

Revista

**PERSPECTIVA  
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



**UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA®**  
CAMPUS GUADALAJARA

NÚMERO  
**05** SEMESTRE II  
2015  
AÑO 3

**ISSN - 2395-9541**

*PERSPECTIVA JURÍDICA UP, año 3, número 05, semestre II, junio-diciembre 2015, publicación semestral editada por Centros Culturales de México, A.C., ubicada en Calzada Circunvalación Poniente número 49, Colonia Ciudad Granja, C.P. 45010, Zapopan, Jalisco, México, Tel. (33)13682200, mtovarh@up.edu.mx, Editor Responsable: Diego Robles Farías. Reserva de derechos al uso exclusivo número 04-2014-121714090400-102, ISSN 2395-9541, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Licitud de título y contenido número en trámite, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Diseño editorial e impresión Editorial y Servicios Creativos, S. de R.L. de C.V., Calle San Juan de los Lagos 151, Colonia Vallarta Poniente, C.P. 44110 Guadalajara, Jalisco, México, Tel. (33)18171385. Este número terminó de imprimirse el día 30 de septiembre de 2015 con un tiraje de 400 ejemplares.*

*La revista Perspectiva Jurídica UP y su contenido son propiedad de “Centros Culturales de México”, A.C. Se permite la reproducción total o parcial de esta obra, su almacenamiento en sistemas digitales, su transmisión en cualquier medio electrónico o mecánico con la previa autorización por escrito por parte de “Centros Culturales de México”, A.C.*

*Para envío de fascículos y Criterios Editoriales, así como acciones de seguimiento, solicitarlos en [perspectivaup@up.edu.mx](mailto:perspectivaup@up.edu.mx), teléfono (33) 16-68-22-20 extensión 4310.*

*Para solicitar la publicación de un artículo, enviar archivo conforme a los criterios editoriales, mediante correo electrónico a [perspectivaup@up.edu.mx](mailto:perspectivaup@up.edu.mx).*

*Se deberá enviar material original incluyendo un resumen.*

*Fecha límite de recepción de artículos para el próximo fascículo: 31 de enero de 2016. Se resolverá sobre su aceptación el 28 de febrero de 2016.*

*Los datos bibliográficos de las fuentes consultadas deberán citarse en el siguiente orden: Autor; título; edición; traductor, si lo hay; editorial; lugar de edición; año; colección, si la hay; volumen, tomo o número, si los hay, y páginas. Las citas deberán adecuarse a lo indicado en los Criterios Editoriales.*

## Consejo Editorial

DR. JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN    DR. OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI  
DRA. MELISSA DE ALBA RITZ        MTRA. SOYLA H. LEÓN TOVAR  
DR. CARLOS PÉREZ DEL VALLE      DR. LUIS MANUEL C. MEJÁN CARRER  
DR. GONZALO GARCÍA VELASCO    DRA. MARINA VARGAS URRUTIA

## Comité Directivo

DR. ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ  
*Director de la Facultad de Derecho*

MTRA. MARÍA ISABEL ÁLVAREZ PEÑA  
*Directora de la Licenciatura en Derecho*

## Comité Editorial

DR. DIEGO ROBLES FARÍAS  
*Editor General*

MTRO. MANUEL TOVAR HERNÁNDEZ  
*Coordinador Editorial*

LIC. MARÍA CRISTINA PÉREZ VENEGAS  
JULIETA ARIADNA MÉNDEZ ANGULO  
*Coordinadoras del Comité Editorial*

JOSÉ SANTIAGO ALMEIDA FALOMIR    MARÍA FERNANDA CHACÓN SANTANA  
DAVID OBEY AMENT GÜÉMEZ        GABRIELA GARCÍA ESCOBAR  
JUAN PABLO ANDRADE ROJAS        MARÍA DOLORES GUTIÉRREZ RÁBAGO  
PAULINA BATANI MUÑOZ              JORGE ANDRÉS VILLA DELSORDO



## Mensaje del director

Estimada comunidad jurídica:

Con especial satisfacción, presentamos el número 5 de nuestra publicación semestral, en continuidad al programa de investigación que estratégicamente ha implementado nuestra Facultad, en concierto con el eje temático que ha trazado la Rectoría y que nos permite seguir subiendo peldaños en la difusión del conocimiento jurídico generado por nuestros colaboradores.

En esta ocasión, dos importantes acontecimientos le dan un sello distintivo; por una parte la conformación del Consejo Editorial de la revista, del más alto nivel académico, integrado por distinguidos profesores, profesionistas e investigadores que cuentan con destacadas calificaciones, a quienes les agradecemos muy especialmente su deferencia y aportación. Y en segundo lugar, la obtención del ISSN que entre otros fines, constituye el dígito obligatorio y requerido para indizar a los sistemas que brindan puntajes en favor de los investigadores y sus instituciones. Ambos aportes, nos colocan en el camino de la excelencia.

Enhorabuena a todos los que hacen posible este esfuerzo.

Dr. Isaías Rivera Rodríguez  
Director de la Facultad de Derecho



## Editorial

En este número de la revista *Perspectiva Jurídica UP* presentamos trabajos jurídicos de la más diversa temática. En el ámbito del Derecho Internacional tenemos los estudios de Anuschka Álvarez Von Gustedt sobre la guerra justa en Irak y la ofensiva contra ISIS y de Juan Alberto Salinas Macías sobre el uso de la fuerza en el ciberespacio, ambos de gran actualidad y definitivamente novedosos. En el campo de la filosofía del derecho y los derechos humanos escriben Jesús Antonio de la Torre Rangel sobre la filosofía del derecho del gran jurista y humanista Vasco de Quiroga; María Magdalena Giungi, sobre la dignidad en el campo de los derechos humanos, excelente artículo traducido al español por Pedro Pallares Yabur y María Cristina Pérez Venegas. Estos dos últimos también publican su ensayo sobre el *ius naturale* de los juristas medievales y Javier Saldaña Serrano presenta su colaboración intitulada *Descripción vs valoración, la respuesta de John Finnis al desafío de la falacia naturalista*.

En otros temas colaboran Gabriel Arévalo Mascareño sobre la concesión, Guillermo Coronado Aguilar sobre la Ley de Asociaciones Público Privadas, Mario de la Madrid Andrade sobre la dación en pago, Soyla H. León Tovar sobre la autonomía de la voluntad en los contratos mercantiles, Luis Manuel C. Méjan Carrer sobre el concurso mercantil en un grupo de sociedades, Gustavo Morante Aguirre sobre arbitraje, Diego Alonso Ramos Castillo y Oscar Mauricio Angulo Peña sobre las acciones para exigir el cumplimiento de los contratos de crédito.

En la sección de Actualidad legislativa dos artículos tratan sobre la reciente reforma energética: el de Isaías Rivera Rodríguez analiza los efectos jurídicos de la reforma energética en la tenencia de la tierra, mientras que Melina Juárez Segura estudia las oportunidades y retos de la misma. Diego Robles Farías analiza el nuevo régimen migratorio en México y María Fernanda Chacón Santana revisa el sistema electrónico de publicaciones de sociedades mercantiles, recientemente promulgado.

Por otro lado, Alina J. Cacho Robledo Vega reseña el libro *El Análisis Cultural del Derecho* de Paul Kahn mientras que Gabriela García Escobar hace una interesante relación de la vida en la Universidad, el proceso de formación de los alumnos y las oportunidades de completar esa preparación en pasantías internacionales. Hay que destacar que María Fernanda Chacón y

Gabriela García Escobar son respectivamente alumnas de los semestres 7° y 9° de la facultad de derecho de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

En este número presentamos al Consejo Editorial de la revista, formado por juristas de primer orden, tanto nacionales como extranjeros, que dirigirán el rumbo editorial y velarán por la calidad del contenido académico. Así mismo hemos obtenido el ISSN o Número Internacional Normalizado para Publicaciones Periódicas (*International Standard Serial Number*) que es el código reconocido internacionalmente para publicaciones periódicas a nivel nacional e internacional. Con este registro iniciaremos de inmediato la *indización* de la revista en alguno de los sistemas que brindan puntajes por las publicaciones a los investigadores y a las instituciones a las que pertenecen.

No quiero terminar sin reconocer el trabajo del comité editorial, formado principalmente por alumnos de los últimos semestres de la facultad de derecho, coordinados por las ex alumnas María Cristina Pérez Venegas y Julieta Ariadna Méndez Angulo. El trabajo editorial de los alumnos constituye un complemento extraordinario en su preparación académica y al mismo tiempo incrementa el sentido de pertenencia de la revista a la universidad.

Como puede destacarse de lo expresado, la revista sigue su curso viento en popa.

Zapopan, septiembre de 2015

Dr. Diego Robles Farías  
Editor General

# Contenido

Mensaje del director..... p. 5

Editorial..... p. 7

## Estudios jurídicos

La guerra justa en Irak: una reflexión, desde el pensamiento clásico, sobre la teoría de la guerra justa y su aplicabilidad en el caso de la guerra contra el Estado Islámico en Irak y Levante

**por ANUSCHKA ÁLVAREZ VON GUSTEDT** ..... p. 15

La desnaturaleza jurídica de la concesión. Apuntamientos teórico-prácticos

**por GABRIEL ARÉVALO MASCAREÑO**..... p. 33

Ley de asociaciones público privadas y las cláusulas multinivel para la resolución de conflictos

**por GUILLERMO CORONADO AGUILAR**..... p. 61

La dación en pago

**por MARIO DE LA MADRID ANDRADE**..... p. 73

Algunas reflexiones sobre la Filosofía del Derecho de Vasco de Quiroga

**por JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL**..... p. 87

Tres lecturas actuales sobre la dignidad

**por MARIA MADDALENA GIUNGI**..... p. 109

Autonomía de la voluntad en los contratos mercantiles, alcances y limitaciones

**por SOYLA H. LEÓN TOVAR**..... p. 131

El tratamiento del concurso mercantil en un grupo de sociedades  
**por LUIS MANUEL C. MÉJAN CARRER**..... p. 149

El árbitro no es autoridad para efectos del amparo  
**por GUSTAVO MORANTE AGUIRRE**..... p. 157

Notas sobre el *ius naturale* de los juristas medievales.  
La discusión académica medieval como contexto en la explicación de Tomás de Aquino  
**por PEDRO PALLARES YABUR**  
**y MARÍA CRISTINA PÉREZ VENEGAS**..... p. 169

Acciones para exigir el cumplimiento de contratos de crédito simple con garantía hipotecaria  
**por DIEGO ALONSO RAMOS CASTILLO**  
**y OSCAR MAURICIO ANGULO PEÑA**..... p. 193

Descripción vs valoración. Las respuestas de John Finnis al desafío de la falacia naturalista  
**por JAVIER SALDAÑA SERRANO**..... p. 215

El uso de la fuerza en el ciberespacio  
**por JUAN ALBERTO SALINAS MACÍAS**..... p. 229

## **Actualidad legislativa**

El nuevo sistema electrónico de publicaciones de sociedades mercantiles (psm)  
**por MARÍA FERNANDA CHACÓN SANTANA**..... p. 257

Reforma Energética en la industria eléctrica.  
Oportunidades y retos  
**por MELINA JUÁREZ SEGURA**..... p. 263

Los efectos de la Reforma Energética en la tenencia de la tierra  
**por ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ**..... p. 273

Nuevo régimen migratorio en México  
por **DIEGO ROBLES FARÍAS**..... p. 283

### **Reseña de libros**

Reseña del libro El Análisis Cultural del Derecho:  
una reconstrucción de los estudios jurídicos de Paul Kahn  
por **ALINA J. CACHO ROBLEDO VEGA**..... p. 305

### **Vida en la facultad**

Universidad, formación y pasantías  
por **GABRIELA GARCÍA ESCOBAR**..... p. 311



# Estudios jurídicos

Revista

PERSPECTIVA  
JURÍDICA 

NÚMERO  
**05** SEMESTRE II  
2015  
AÑO 3



# La guerra justa en Irak: una reflexión, desde el pensamiento clásico, sobre la teoría de la guerra justa y su aplicabilidad en el caso de la guerra contra el Estado Islámico en Irak y Levante

ANUSCHKA ÁLVAREZ VON GUSTEDT<sup>1</sup>

*"La guerra se hace contra aquellos que no pueden ser detenidos por la justicia"*

Demóstenes

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Teoría de la guerra justa*. III. *La guerra en Irak y Siria*. IV. *Conclusión*.

**Resumen.** La declaración de guerra contra el llamado Estado Islámico en Irak y Levante por parte de los Estados Unidos de América y una amplia coalición de países, y el inicio de la campaña militar en Irak y Siria, han resucitado la utilización de la teoría de la guerra justa en el ámbito político internacional. En esta disertación académica se hará una aproximación a esta teoría desde la perspectiva histórico-filosófica, para después exponer los motivos por los cuales, de acuerdo a los criterios propuestos por los pensadores clásicos adaptados a la era contemporánea, la intervención contra el Estado Islámico califica como una guerra justa.

**Palabras claves:** Guerra justa, Estado Islámico, política internacional.

**Abstract:** *The war declaration against the Islamic State in Iraq and Levant made by the United States and a wide coalition of countries, and the beginning of the military campaign in Iraq and Syria, have resuscitated the utilization of the just war theory in the international political field. In this academic dissertation we will make an approximation to this theory from the historical-philosophical perspective, in order to present the motives through which, according to the criteria proposed by the classical*

---

<sup>1</sup> Profesora de Relaciones Internacionales y Geopolítica en la Escuela de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

*thinkers, and adapted to the contemporary era, the intervention against the Islamic State is classified as a just war.*

**Keywords:** *Just war, Islamic State, international politics.*

## I ] Introducción

Después de meses de conflicto civil entre el autodenominado Estado Islámico en Irak y Levante (ISIL o ISIS, por sus siglas en inglés) y los gobiernos del presidente Nuri Al-Maliki de Irak y el presidente Bashar Al Assad de Siria, y tras un período de dudas y debates sobre cómo enfrentar la amenaza islamista radical, en septiembre de 2014 el portavoz de la Casa Blanca, Josh Earnest, afirmaba que los Estados Unidos de América están *en guerra* contra el grupo *yihadista*.<sup>2</sup> Hasta ese momento, la administración estadounidense había preferido referirse al operativo militar que había comenzado un mes antes con ataques selectivos en Irak como *una gran operación antiterrorista*.<sup>3</sup> Sin embargo, en el discurso que el presidente Barack Obama dirigía a la nación esa misma noche, el mandatario utilizaba ya abiertamente el término *guerra* para describir su ofensiva contra ISIL. A partir de dicho momento, los Estados Unidos de América asumían abiertamente el liderazgo de una campaña militar respaldada por una amplia coalición de países cuyo objetivo final es *degradar y, en última instancia, destruir a ISIS*.<sup>4</sup>

Como cabía esperar, la decisión de emprender la guerra en Irak y Siria no tardó en suscitar un intenso debate internacional sobre las causas, la justificación, los objetivos y la estrategia perseguidos por la coalición internacional en la contienda. Muchos han cuestionado la verdadera motivación para participar en la guerra, señalado algunas intervenciones militares de Estados Unidos y otros países occidentales en los últimos cien años -en Nagasaki, en Vietnam, en Libia o el propio Irak, por citar algunos ejemplos- que se han intentado legitimar por la necesidad de la intervención humanitaria, o para difundir los valores supremos de la democracia, pero que, según ellos, en el fondo se habrían *justificado con*

---

<sup>2</sup> Movimiento radical y violento que aspira a crear un Estado islámico mundial afín a su ideología.

<sup>3</sup> KUBE, Courtney y WELKER, Kristen, *Obama Administration Says U.S. Is 'At War With ISIS*, NBC News, <http://www.nbcnews.com/storyline/isis-terror/obama-administration-says-u-s-war-isis-n202336>, consultado el 30 de octubre de 2014.

<sup>4</sup> Traducción propia. HUDSON, David, *President Obama: 'We Will Degrade and Ultimately Destroy ISIL', The White House Blog*, <http://www.whitehouse.gov/blog/2014/09/10/president-obama-we-will-degrade-and-ultimately-destroy-isil>, consultado el 30 de octubre de 2014.

*medias verdades*.<sup>5</sup> Otros opinan que la estrategia de emprender ataques aéreos selectivos contra las fuerzas islámicas no es más que una respuesta *muy marginal* a la crisis;<sup>6</sup> o que este enfoque militar carece de efectividad y finura (*finesse*), dando a la coalición la apariencia, metafórica, de un *toro en una tienda de porcelana*.<sup>7</sup> Por último, también hay reticencia por parte de aquéllos que apuntan a una falta de objetivos claros o de una estrategia de salida (*exit strategy*) y de reconstrucción tras el conflicto, lo que les hace presagiar que esta escalada militar no hará más que prolongar una guerra iniciada, según ellos, hace más de veinte años con la primera Guerra del Golfo.<sup>8</sup> Son múltiples, en definitiva, los desacuerdos expresados en los medios, foros académicos y sociales sobre el *por qué*, *cómo*, y *cuándo* de la guerra.

Aun así, ya nadie duda que «alguien» tenía que hacer «algo»<sup>9</sup> frente a la amenaza de ISIL. Las atrocidades cometidas por el grupo islamista —algunas de ellas transmitidas en directo por medios de comunicación y plataformas de internet— han acallado las voces que habían afirmado que el recurso a la diplomacia no se habría agotado, y políticos, expertos y la opinión pública occidental parecen coincidir en que *la inacción significaría, mucho más que un clamoroso fracaso de política, una imperdonable claudicación moral*.<sup>10</sup> Tanto así que, a pesar de estar cansada de guerras y en una rara muestra de consenso multipartidista, en septiembre más de la mitad (54%) de la opinión pública estadounidense apoyaba la intervención militar en Irak.<sup>11</sup> Efectivamente, pocos dudan ya de que sería imposible *contener* el avance de ISIL sin una intervención

<sup>5</sup> DALY, Jorge L., *En defensa del 'otro'*, El País, [http://internacional.elpais.com/internacional/2014/10/14/actualidad/1413249613\\_571569.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2014/10/14/actualidad/1413249613_571569.html), consultado el 5 de noviembre de 2014.

<sup>6</sup> CHASE, Steve y LEBLANC, Daniel, *Jean Chrétien Defends Trudeau's Opposition to Iraq Combat Mission*, The Globe and Mail, <http://www.theglobeandmail.com/news/politics/jean-chretien-defends-trudeaus-opposition-of-iraq-combat-mission/article21134448/>, consultado el 16 de octubre de 2014.

<sup>7</sup> CALL, Steve C., *A Bull in ISIS' China Shop*, The Weekly, <http://weeklywonk.newamerica.net/articles/bull-isis-china-shop/>, consultado el 30 de octubre de 2014.

<sup>8</sup> BASSETS, Marc, *Obama prolonga en Irak una larga guerra*, El País, [http://internacional.elpais.com/internacional/2014/09/13/actualidad/1410642792\\_506730.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2014/09/13/actualidad/1410642792_506730.html), consultado el 30 de octubre de 2014.

<sup>9</sup> Traducción propia. CALL, *Op. Cit.*

<sup>10</sup> DALY, *Op. Cit.*

<sup>11</sup> *Bipartisan Support for Obama's Military Campaign Against ISIS*, Pew Research, <http://www.people-press.org/2014/09/15/bipartisan-support-for-obamas-military-campaign-against-isis/>, consultado el 15 de septiembre de 2014.

militar.<sup>12</sup> Incluso el Secretario de Estado de la Santa Sede, Cardenal Pietro Parolin, era contundente al afirmar, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, que ante los ataques terroristas en contra de los cristianos y otras minorías de Oriente Medio, *es tanto lícito como urgente frenar la agresión a través de acciones multilaterales y el uso proporcionado de la fuerza.*<sup>13</sup>

Pero ¿qué es lo que ha generado este apoyo tan importante a una intervención militar en Oriente Medio? Nadie dudaría que, al menos en teoría, la paz es ética y moralmente preferible a la guerra. Sin embargo, el operativo militar en Oriente Medio ha resucitado el uso de un concepto clásico en el derecho internacional, denominado *guerra justa*, que nace de la aparente paradoja de considerar el uso de la fuerza como un medio para evitar males mayores. La llamada *teoría de la guerra justa* trata de dar un marco ético y normativo al recurso a la guerra e identifica las razones y circunstancias que justifican la utilización precisamente de la fuerza. Así, es posible afirmar que el enfrentamiento contra ISIL constituye la primera *guerra justa* en varias décadas, pues cumple, a rasgos generales, con los criterios que han dado origen a este concepto.

Para demostrarlo, el análisis en esta disertación se divide en dos partes. En primer lugar, se hará una aproximación al concepto de *guerra justa* desde una perspectiva histórica y filosófica clásica. Se explorarán los criterios que definen una *guerra justa* de acuerdo a San Agustín de Hipona, Santo Tomás de Aquino y Francisco de Vitoria, y se analizará cómo éstos se han traducido al mundo contemporáneo. Ya en la segunda parte, se estudiará el caso de la intervención militar contra ISIL. Para ello, se hará un breve repaso de los acontecimientos que han desencadenado la crisis y, por último, se examinará cómo dicha contienda cumple con los criterios que, de acuerdo a los filósofos presentados, validan una guerra justa.

## II | Teoría de la guerra justa

### 1. Antecedentes históricos y filosóficos

La teoría de la guerra justa (*ius bellum iustum*), tal cual ha llegado a nuestros días, se refiere a una doctrina de ética jurídica y político-militar

---

<sup>12</sup> PAGE, Michael, *Sorry Realists: 'Containment' Won't Work Against ISIS*, Cicero Magazine, <http://ciceromagazine.com/opinion/why-isis-poses-a-real-national-security-threat/>, consultado el 3 de septiembre de 2014.

<sup>13</sup> Traducción propia. PAROLIN, Pietro, *Address of His Eminence Cardinal Pietro Parolin Secretary of State of His Holiness Pope Francis at the 69th Session of the General Assembly of the United Nations*, Bolletino Sala Stampa della Santa Sede, <http://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2014/09/30/0690/01527.html>, consultado el 29 de septiembre de 2014.

de origen fundamentalmente occidental,<sup>14</sup> que ha adquirido gran importancia en el derecho internacional, y que tiene por fin dar una normatividad al derecho a la guerra (*ius ad bellum*), en la guerra (*ius in bello*) y después de la guerra (*ius post bellum*). A continuación expondré las ideas de los clásicos que sentaron las bases para esta teoría.

Las raíces del concepto de guerra justase remontan a la Grecia Antigua, cuando Aristóteles (siglo IV a.C.) sienta las bases de lo que luego Santo Tomás de Aquino desarrollaría en su filosofía, al reflexionar sobre conceptos propios del hombre como lo son la justicia e igualdad, y que han de marcar todas las actividades en sociedad, incluida la guerra.<sup>15</sup> En *La política*, Aristóteles acuña la idea de una guerra naturalmente justa, y realiza una primera lista de causas justas para la guerra.<sup>16</sup> Así, entre las normas que regularon aspectos relacionados con la guerra o cualquier forma de conflicto armado, en esta época surgen conceptos interesantes como la tregua, la reconciliación, el arbitraje, o el uso de emisarios.<sup>17</sup>

Durante la Roma pre-cristiana, Cicerón (s. I a. C.) también anticipa, en *La república*, algunos parámetros de una teoría que con el tiempo se consolidaría: que no hay razón aceptable para la guerra más allá de la justa venganza o legítima defensa, incluyendo la defensa del honor; o que la guerra no puede ser considerada justa a menos que sea declarada abiertamente.<sup>18</sup> Lo más destacable del pensamiento de este político y filósofo romano es que basa su argumento en la suposición de que la naturaleza y la razón humana llevan a un rechazo social de la guerra en base a un código de conducta fundamental de las naciones, sentando así las primeras bases del derecho internacional.

Sin embargo, es realmente durante la Edad Media y el Renacimiento, al fundirse las ideas formuladas anteriormente con la doctrina católica, cuando estas reflexiones adquieren relevancia y se proyectan hasta nuestros días.<sup>19</sup> Entre los pensadores principales de esta época se mencionará aquí brevemente a San Agustín de Hipona y Santo Tomás de Aquino, además de Francisco de Vitoria.

*San Agustín de Hipona (354-430)*: Si bien el sacerdote y luego obispo de Hipona no trata de forma exclusiva o particular el tema de la guerra justa en ninguno de sus 116 trabajos, sus reflexiones sobre la

---

<sup>14</sup> Aunque esto no excluye que, tal y como apunta Mattox, la idea de la guerra justa fuera estudiada y discutida también por la antigua China, los Egipcios, Babilonios, y los Hindúes de la India, entre otros (John Mark Mattox citado por GATT CORONA, Guillermo, *El derecho de guerra contemporáneo: reflexiones desde el penamiento de Francisco de Victoria*, ITESO y Universidad Panamericana, México, 2013, p. 156).

<sup>15</sup> HAWA ARELLANO, Samy, "Historia y concepto de guerra justa", *Revista de Marina*, Armada de Chile, Chile, 2000, No. 1, p. 2.

<sup>16</sup> GATT, *Op. Cit.*, p. 161.

<sup>17</sup> HAWA, *Op. Cit.*, p. 3.

<sup>18</sup> GATT, *Op. Cit.*, p. 168.

<sup>19</sup> HAWA, *Op. Cit.*, p. 4.

cuestión se encuentran dispersos a lo largo de su extensa obra.<sup>20</sup> En sus textos, aunque rechaza el derecho individual a matar en defensa propia, Agustín admite la posibilidad de acudir con justicia a una guerra para: defender a otros, el orden público o el bien común; para reparar males anteriores; y, en los casos de las guerras *ordenadas directamente por Dios*.<sup>21</sup> Esto, según el santo, siempre y cuando ningún otro medio resultara suficiente, la guerra se desarrolle con *recta intención* y esté ordenada por una autoridad legítima.<sup>22</sup> En sus palabras: *ciertamente, incluso quienes combaten, si son buenos, buscan sin duda la paz, pero a costa de derramar sangre*.<sup>23</sup> Como veremos a continuación, sus ideas inspirarían el pensamiento de Santo Tomás de Aquino y Vitoria.

*Santo Tomás de Aquino (1224-1274)*: Con su *Summa Teológica*, el sacerdote italiano origina una corriente de filosofía de un alto contenido ético inspirada en la religión. En la cuestión 40 de esta obra, titulada *La guerra* Santo Tomás admite la posibilidad de que, cumpliéndose ciertos requisitos, la guerra sea lícita, aunque ésta ha de ser la excepción, y no la regla.<sup>24</sup> ¿Cuáles son estos requisitos? Retomando las ideas de San Agustín, el filósofo define claramente tres condiciones: en primer lugar, la guerra justa ha de ser ordenada por una autoridad legítima, entendiendo por tal a quien *está al cuidado de la república* y busca *defender el interés público* frente a los *enemigos externos*.<sup>25</sup> Además, Santo Tomás requiere una causa justa, para la que califican la venganza contra las injurias y castigar a un pueblo que no venga lo cometido inmoralmemente contra su gente. Por último, es necesaria la rectitud de intención.<sup>26</sup>

*Francisco de Vitoria (1486-1546)*: El fraile dominico español es considerado por sus ideas y contribuciones al derecho internacional y a la economía moral como el *precursor* del derecho internacional público.<sup>27</sup> Su

---

<sup>20</sup> MATTOX, John Mark, *Saint Augustine and The Theory of Just War*, Continnum Studies of Philosophy, Neva York, 2008, p. 4.

<sup>21</sup> GATT, *Op. Cit.*, p. 180.

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> RATZINGER, Joseph, *Los últimos días de San Agustín de Hipona: Intervención de Benedicto XVI en la audiencia del miércoles en la que revivió los últimos días de San Agustín de Hipona*, Fluvium, <http://www.fluvium.org/textos/historia/his41.htm>, consultado el 12 de noviembre de 2014.

<sup>24</sup> DE AQUINO, Tomás, *Summa Teológica II-II Qu. 40*, Clerus, <http://www.clerus.org/bibliacлерusonline/es/gej.htm>, consultado el 15 de noviembre de 2014.

<sup>25</sup> Tomás de Aquino citado por BAQUÉS QUESADA, Josep, La utilidad de los clásicos para la delimitación de los casos de guerra justa, Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración, [http://www.aecpa.es/uploads/files/congresos/congreso\\_08/area8/GT-28/BAQUES-JOSEP.pdf](http://www.aecpa.es/uploads/files/congresos/congreso_08/area8/GT-28/BAQUES-JOSEP.pdf), consultado el 12 de noviembre de 2014.

<sup>26</sup> GATT, *Op. Cit.*, p. 192.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 214.

relevancia es tal que se le atribuye la autoría del concepto de *guerra justa*, que constituye la *base de todo derecho de los conflictos armados en la actualidad y se consagra en la Carta de las Naciones Unidas de 1945*.<sup>28</sup> Marcado por una época denominada *la Era de los Descubrimientos* (en 1492 se descubre América) y de transición entre la Edad Media y la Modernidad, Vitoria hizo un análisis crítico de la actitud de los conquistadores españoles en América. Como apunta Gatt Corona, es así como se preocupa por destacar siempre *la igualdad en la dignidad de las personas y la necesidad de reconocer y fortalecer la comunidad internacional*.<sup>29</sup> De estas ideas se deriva su reflexión sobre la guerra justa, transcrita en varios de los textos que nos deja y, de forma particular, en la conferencia llamada *Relección de iure belli* (1539).

Vitoria tuvo una enorme influencia del pensamiento tomista y, al igual que Santo Tomás, identifica una serie de factores para que existan las condiciones de la guerra justa: la necesidad de una causa justa, la autoridad competente, y la rectitud de intención en cuanto a que esté orientada a restablecer la paz, promover el bien y evitar el mal. Sin embargo, Vitoria da un paso más allá. Como se ha visto hasta aquí, tanto San Agustín como Santo Tomás estudiaron principalmente el *ius ad bellum* (es decir, las causas que pueden legitimar una guerra al inicio de las hostilidades). Vitoria, empero, ampliará su reflexión sobre la guerra justa hasta incluir conceptos sobre el *ius in bello*, o el derecho en cuanto a las normas y prácticas que se consideran aceptables durante una guerra.

Para empezar, al valer solamente como último recurso, Vitoria considera que la guerra no ha de tomarse nunca a la ligera, y su objeto debe de ser, ante todo, la defensa y el restablecimiento o mantenimiento de la *comunidad política perfecta*.<sup>30</sup> Por lo tanto, la ponderación y la prudencia, así como la preocupación por el conjunto de la comunidad humana, son fundamentales para marcar los límites de la guerra justa. De acuerdo a Vitoria, el sobrepasar los propósitos originales de una guerra inicialmente justa puede convertirla en una guerra injusta por la violación del *ius in bello*. Por lo tanto, la autoridad legítima (el monarca) ha de consultar a los sabios antes de iniciar la guerra (ponderación) y agotar todos los medios alternativos antes de acudir a la fuerza (prudencia). Pero Vitoria no sólo busca evitar la guerra cuando es posible, sino que además le exige proporcionalidad. Así afirma: *y como todas las cosas que en la guerra se hacen son graves y atroces, pues son matanzas, incendios y devastaciones, no es lícito castigar con la guerra por injurias leves a sus autores, porque la calidad de la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito*.<sup>31</sup> Es decir: es fundamental para la guerra justa que ésta evite excederse en daños y sancione en la medida adecuada al agresor. Por

---

<sup>28</sup> HAWA, *Op. Cit.*, p. 6.

<sup>29</sup> GATT, *Op. Cit.*, p. 286.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 383.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 387.

último, y dando muestras de un espíritu internacionalista sumamente adelantado a su época, Vitoria reconoce cómo la guerra no sólo afecta a los involucrados directamente, sino al mundo entero.

## 2. El concepto y los criterios de la *guerra justa* en la actualidad

¿Cómo se traduce el legado del pensamiento clásico, aquí muy brevemente expuesto, en la normativa actual? En el largo interludio transcurrido desde el siglo XVI, la teoría de la guerra justa se ha enriquecido gracias a las contribuciones de pensadores como Francisco de Suárez, Graciano, o Emerich von Vattel, además de Alex Bellamy y Michael Walzer. Especialmente después de la Primera Guerra Mundial y con la firma de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1945 se retoma con fuerza el concepto, al tratar de delimitarse claramente la diferencia entre la guerra justa y la guerra injusta. También con la Resolución 2444 de 1968 de la Asamblea General de la ONU sobre el respeto a los Derechos Humanos en los Conflictos Armados se da un paso importante en este sentido, ya que se lleva a cabo la fusión entre el Derecho de los Conflictos Armados y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, estableciéndose un marco normativo para el comportamiento adecuado durante las contiendas.<sup>32</sup> Así, con el paso del tiempo, se han matizado y adecuado al mundo contemporáneo los principios que rigen la normativa de la guerra, perfilándose además ideas nuevas en los ámbitos del *ius in bello* (por ejemplo, la inmunidad de los no combatientes) y el *ius post bello* (como la conciliación de las partes, la reinserción de los combatientes, o la reparación e implementación de la justicia una vez terminado el conflicto armado). Sin embargo, a pesar de esta evolución histórica, las ideas centrales del pensamiento de San Agustín, Santo Tomás y Francisco de Vitoria han mantenido su vigencia y constituyen aún hoy los pilares centrales del *ius ad bellum*. Esto salta a la vista en el repaso de los seis criterios que en la actualidad validan una guerra justa tal cual lo hacen autores como Ruíz Campillo y Méndez Hernández. Así, la tradición de la guerra justa ha consolidado los siguientes postulados:<sup>33</sup>

(i) La necesidad de *causa justa*, que -como su nombre indica- se refiere a los argumentos que motivan el recurso a la fuerza. Aquí, generalmente, el derecho internacional contemporáneo contempla que tiene que existir una provocación o un daño causado por un agresor. De acuerdo a los autores, hay tres argumentos para esta causa: cuando un país ha sido atacado y actúa en legítima defensa (como lo establece el Artículo 51 de la Carta de la ONU); cuando un país acude al auxilio de otro

---

<sup>32</sup> Son especialmente relevantes en este sentido los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, ya que definen las principales normas destinadas a limitar la barbarie durante la guerra.

<sup>33</sup> RUIZ CAMPILLO, Xira, "El *ius ad bellum* en la crisis de Irak", UNISCI Discussion Papers en Revistas Científicas Complutenses de Madrid, España, mayo, 2003, pp. 16-17.

que ha sido atacado; y, por último, cuando un país ha sido amenazado con ser atacado y se inicia una llamada *guerra preventiva* con el objeto de *detener una amenaza que va en contra de la vida y libertad de los ciudadanos y cuando el peligro es inminente y se requiere actuar rápido*.<sup>34</sup> Vale la pena mencionar que esta última causa no está exenta de polémica, ya que en la actualidad y ante los nuevos escenarios y amenazas terroristas la amenaza es difícil de identificar y cuantificar.

(ii) La *recta intención*, por la cual se garantice que el uso de la fuerza tan sólo pretenda responder al daño cometido por el contrincante, y no con el deseo de obtener beneficios materiales o de reputación. Esto presupone una voluntad altruista por parte de los tomadores de decisiones y frecuentemente se enmarca en las intervenciones humanitarias. Por consiguiente, el interés nacional no debiera de ser un pretexto para la agresión.

(iii) La existencia de una *autoridad legítima* que *declare formalmente la guerra*, como lo son únicamente las instituciones públicas reconocidas moral y legalmente. Esto se puede referir a un Estado soberano y otros sujetos atípicos del derecho internacional público o, de acuerdo a la Carta de la ONU, el propio Consejo de Seguridad de la organización. Tampoco este punto está exento de polémica, ya que no siempre el que tiene la autoridad necesariamente disfruta de legitimidad.

(iv) El *principio de proporcionalidad*. Esta idea, acuñada por Vitoria, remite a la necesidad de que exista una proporción entre el daño sufrido y el daño infligido por la guerra. La idea es que ninguna guerra puede ser justa a menos que haga más bien que mal. En interpretación de Bellamy, en la actualidad este criterio define que *sólo se pueden atacar objetivos militares cuando su valor militar es mayor que la destrucción previsible que resultará del ataque*.<sup>35</sup>

(v) La *posibilidad de éxito*. Esta idea, estrechamente vinculada a las anteriores, busca asegurar que la vida humana y los recursos económicos no se desperdicien cuando hay serias posibilidades de perder.

(vi) La garantía de que la guerra se declare sólo y exclusivamente si se han agotado todos los medios y canales disponibles para resolver las diferencias, asegurando así que el uso de la fuerza se utilice sólo como *último recurso*. Para ello es necesario que *los actores evalúen con cuidado todas las estrategias que podrían llevar a los fines deseados y elijan solo la fuerza si parece ser la única estrategia viable para lograr esos fines*.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> MÉNDEZ HERNÁNDEZ, E., *La guerra justa y sus expresiones contemporáneas: un acercamiento a la teoría de Michael Walzer*, Universidad Autónoma de México, <http://148.206.53.84/tesiuami/UAMI15345.pdf>, consultado el 13 de noviembre de 2014, p. 25.

<sup>35</sup> Alex Bellamy citado por RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo, "Guerra justa", *Eunomía*, Tirant Lo Blanch, España, marzo, 2014, No. 6, p. 235.

<sup>36</sup> *Idem*.

### III | La guerra en Irak y Siria

¿Se cumplen los criterios propuestos en el caso de la guerra contra el Estado Islámico en Irak y Levante? Con el objeto de entender la pertinencia de la teoría y su aplicabilidad en esta intervención militar, es necesario analizar los hechos que han marcado el conflicto en Oriente Medio en los años recientes. Vale la pena, para ello, entender la naturaleza del Estado Islámico, y los acontecimientos que han llevado a la formación de la coalición militar liderada por los Estados Unidos. Después veremos en qué medida el operativo militar se adhiere a los criterios que lo identifican como una campaña justa.

#### 1. ISIL y el conflicto en Irak y Siria

De acuerdo a fuentes occidentales de información,<sup>37</sup> el Estado Islámico en Irak y Levante (ISIL) es un grupo terrorista de naturaleza *yihadista suní*<sup>38</sup> fundado en torno al año 2002 y que, en sus orígenes, era afín al movimiento de Al-Qaeda en Irak. Su objetivo inicial era hacer frente a la invasión de Irak liderada por el ejército norteamericano poco después de los ataques del 11 de septiembre de 2001. En 2006 se funda oficialmente el Estado Islámico en Irak (ISI, por sus siglas en inglés). Ya desde entonces se le atribuye la muerte de miles de civiles, así como de miembros del gobierno iraquí y de sus aliados internacionales. El apoyo militar estadounidense al gobierno iraquí de Nuri al-Maliki y el rechazo de algunas tribus sunitas a la brutalidad de ISIL supuso el debilitamiento del grupo, que sin embargo supo aprovechar el recrudecimiento del conflicto civil en Siria para afianzarse y renovarse. Así, en 2013 el Estado Islámico se une a la rebelión contra el presidente sirio, Bashar al-Asad, se anuncia la fusión del grupo con los militantes sirios de Jabhat al-Nusra, y se proclama formalmente el ahora conocido como Estado Islámico en Irak y

---

<sup>37</sup> Ver BBC MUNDO, *Siete preguntas para entender qué es Estado Islámico y de dónde surgió*, BBC,

[http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/09/140904\\_que\\_es\\_estado\\_islamico\\_amv](http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/09/140904_que_es_estado_islamico_amv), consultado el 8 de septiembre de 2014; y GREENE, Richard A., THOMPSON, Nick y TORRE, Inez, *ISIS: Everything You Need to Know About the Rise of the Militant Group*, CNN, [http://edition.cnn.com/interactive/2014/09/world/isis-explained/?iid=article\\_sidebar](http://edition.cnn.com/interactive/2014/09/world/isis-explained/?iid=article_sidebar), consultado el 25 de septiembre de 2014.

<sup>38</sup> Los suníes y chiitas componen las dos ramas principales de la comunidad musulmana global y tienen desacuerdos fundamentales de tipo político y doctrinal que se remontan a la sucesión del profeta Mahoma. Si bien los suníes representan alrededor del 90% de los musulmanes, en Irak son minoría y se encuentran en conflicto con los chiitas, en el poder desde la conformación del actual gobierno de Al-Maliki.

Levante. Desde este momento el líder o autonombrado califa es Abu Bakr al-Baghdadi.

Como afirma la BCC, a partir de diciembre de 2013, ISIL se enfoca en Irak y aprovecha la profunda división política entre el gobierno de orientación chiita y la minoría sunita para iniciar una intensa campaña de expansión territorial. De acuerdo a algunas fuentes, desde entonces ISIL ha logrado hacerse con el control de entre 40,000 km<sup>2</sup> (el equivalente a la extensión de Bélgica) y 90,000 km<sup>2</sup> (equivalente al territorio de Jordania).<sup>39</sup>

La importancia del territorio dominado por ISIL puede apreciarse en el siguiente comentario: este espacio abarca ciudades importantes de Irak como Mosul, Tikrit, Faluya y Tal Afar, y Raqqa en Siria y, ante todo, zonas de gran relevancia estratégica como lo son los principales campos de petróleo, presas, carreteras y límites fronterizos entre Siria e Irak. De hecho, de acuerdo a observadores internacionales, sólo los recursos petroleros controlados por los islamistas pudieran estar generando US\$3 millones al día.<sup>40</sup>

El objetivo final de ISIL es establecer el califato como forma de gobierno que se extienda por todo el mundo musulmán. Allí donde asume el control, ISIL ha instituido estructuras formales de gobierno que dependen de un gabinete, gobernadores, así como cuerpos legislativos y financieros. La organización impone su interpretación extremista de la *sharí*a o ley islámica, obligando a las mujeres a llevar el *niqab* o velo que cubre todo el cuerpo; implementando castigos como la lapidación, la amputación de la mano y las ejecuciones públicas; y destruyendo templos y mezquitas. Asimismo, ha ordenado la expulsión de todos los cristianos que se nieguen a convertirse al Islam.<sup>41</sup> Se estima que cerca de ocho millones de personas viven bajo el control parcial o total de ISIL.

Aunque hasta el momento sólo haya tenido actividad en estos dos países -Irak y Siria- el Estado Islámico tiene por objetivo romper las fronteras del Líbano y Jordania con el fin de liberar Palestina.<sup>42</sup> Para ello, ha hecho un llamamiento a los musulmanes de todo el mundo y exige que todos hagan un juramento de lealtad al califa proclamado, Abu Bakr al-Baghdadi. Se cree que al menos 11,000 personas que han viajado a Irak y Siria a participar en esta lucha, procedentes sobre todo de países como Túnez, Arabia Saudita, Marruecos, Francia y Rusia, pero también de

---

<sup>39</sup> BBC MUNDO, *Op. Cit.*

<sup>40</sup> AL-KHATTEEB, Luay, *Will U.S. Strikes Hurt ISIS' Oil Riches?*, CNN, <http://www.cnn.com/2014/09/22/business/isis-oil-luay-al-khatteeb/index.html>, consultado el 25 de septiembre de 2014.

<sup>41</sup> *La limpieza religiosa que el mundo ignora: los cristianos masacrados en Irak y Siria*, Infobae, <http://www.infobae.com/2014/08/05/1585424-la-limpieza-religiosa-que-el-mundo-ignora-los-cristianos-masacrados-irak-y-siria>, consultado el 5 de agosto de 2014.

<sup>42</sup> BBC MUNDO, *Op. Cit.*

Finlandia, Irlanda, Australia, Bélgica y Dinamarca.<sup>43</sup> Mientras funcionarios del gobierno norteamericano apuntan a que el ejército islámico tiene en torno a 15,000 miembros activos, otros expertos estiman que este número podría ser de entre 30,000 y 50,000 combatientes.<sup>44</sup> Así pues, es posible decir que hoy en día ISIL supera a Al-Qaeda en importancia e influencia sobre los grupos extremistas islamistas alrededor del mundo.<sup>45</sup>

Si bien el recrudecimiento del conflicto civil entre ISIL y las fuerzas leales al gobierno de Irak se dio hace ya casi un año, han sido los hechos más recientes los que han desencadenado la intervención militar en la región. De acuerdo a la ONU, entre junio y septiembre de este año el grupo islámico habría causado la muerte de más de 27,000 personas en Irak y Siria.<sup>46</sup> A esta matanza se le ha sumado una intensa campaña de violencia física y sexual contra las mujeres y los niños,<sup>47</sup> las decapitaciones masivas de cristianos y los asesinatos de tribus completas suníes.<sup>48</sup> Sin embargo, lo que realmente llamó la atención de la comunidad internacional sobre el conflicto y generó una fuerte reacción de rechazo hacia ISIL, fueron las decapitaciones de rehenes —civiles— estadounidenses y británicos grabadas en vídeos y difundidas en las redes sociales por el propio grupo islámico. Así pues, poco después de que el presidente de Irak Nurial-Maliki solicitara la intervención de la comunidad internacional para detener la violencia *yihadista*, los Estados Unidos de América declaraban la guerra contra el Estados Islámico y se formaba una coalición de más de sesenta países cuyo objetivo es acabar con la amenaza terrorista.

---

<sup>43</sup> GREENE, *Op. Cit.*

<sup>44</sup> BBC MUNDO, *Op. Cit.*

<sup>45</sup> WATTS, Clinton, *ISIS's Rise After Al Qaeda's House of Cards – Part 4 of 'Smarter Counterterrorism'*, Foreign Policy Research Institute, <http://www.fpri.org/geopoliticus/2014/03/isis-rise-after-al-qaedas-house-cards-part-4-smarter-counterterrorism>, consultado el 30 de octubre de 2014.

<sup>46</sup> *La guerra de ISIL contra Irak y Siria deja 27.000 muertos en 3 meses*, Euronews, <http://es.euronews.com/2014/10/02/la-guerra-de-isil-contra-irak-y-siria-deja-27000-muertos-en-3-meses/>, consultado el 17 de noviembre de 2014.

<sup>47</sup> CUMMING-BRUCE, Nick, *5,500 Iraqis Killed Since Islamic State Began Its Military Drive*, U.N. Says, International New York Times, [http://www.nytimes.com/2014/10/03/world/middleeast/un-reports-at-least-26000-civilian-casualties-in-iraq-conflict-this-year.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2014/10/03/world/middleeast/un-reports-at-least-26000-civilian-casualties-in-iraq-conflict-this-year.html?_r=0), consultado el 30 de octubre de 2014.

<sup>48</sup> *Iraq Christians Flee as Islamic State Takes Qaraqosh*, BBC, <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-28686998>, consultado el 7 de agosto de 2014.

## 2. ¿Guerra justa?

¿Es posible llamar a esta intervención militar una guerra justa? Para encontrar una respuesta a esta interrogante analizaré los seis criterios que define la teoría y me centraré en los argumentos que se han dado para lanzar el ataque de la coalición internacional contra el Estado Islámico. Ya que nos encontramos en la etapa inicial de la contienda, el análisis se centra en los aspectos que califican por el cumplimiento del *ius ad bellum*.

(i) *Causa Justa*. En la situación que nos ocupa, la respuesta es clara: ISIL ha atacado a al menos dos países y gobiernos –en Irak y Siria— reconocidos por la ONU y, como hemos visto anteriormente, tiene por objetivo imponer el califato a lo largo y ancho del mundo musulmán. Se aplica así, sin duda, el derecho a la legítima defensa, potenciado además por el llamado de ayuda que el propio gobierno de Al-Maliki en Irak ha hecho, de forma reiterada, a la comunidad internacional. A esto se le han unido otras causas relevantes: las reiteradas violaciones de los Derechos Humanos de la población civil en el territorio controlado por ISIL; el desafío directo a los gobiernos de Estados Unidos y Reino Unido mediante las decapitaciones grabadas de ciudadanos de ambos países; y el llamamiento a los islamistas de todo el mundo a incurrir en actos terroristas. Es decir: se cumple ampliamente con los requisitos de legítima autodefensa; llamado de auxilio por parte de un país agraviado; e, inclusive, la guerra preventiva contra el mayor desafío terrorista de la actualidad.

(ii) *Recta Intención*. Si bien es cierto que ha habido amplias críticas –y creo que muchas justificadas– a lo que algunos han llamado las *medias verdades* de las pasadas intervenciones de los Estados Unidos en Irak, la recta intención que se ha promovido entre los defensores de este conflicto se refiere a la mencionada obligación moral de hacer *algo*. Las gravísimas violaciones contra los Derechos Humanos de las minorías cristianas y kurdas, de mujeres y niños, e incluso tribus suníes –todas llevadas a cabo, además, con un marcado tono de desafío y triunfalismo— han hecho imperativa una intervención en la región; siendo ésta impulsada, además, por el propio gobierno iraquí. No cabe duda de que, al momento de analizar el surgimiento de este movimiento *yihadista*, la comunidad internacional y, especialmente, los Estados Unidos, debieran hacer un ejercicio de autocrítica y autoinculpación. Sin embargo, dicha reflexión, aunque ayude a entender las causas, no es suficiente para frenar el sufrimiento y las injusticias que se han desencadenado en Irak y Siria. Estamos siendo testigos de *reiterados abusos de los derechos humanos de una gran importancia que pueden llegar a la exterminación masiva, la expulsión de población civil, limpieza étnica, peligro de muerte por hambrunas y epidemias de grandes poblaciones, además de una amenaza*

a la seguridad de los Estados vecinos.<sup>49</sup> Por ello, se han dado las condiciones que exigen una intervención humanitaria.

(iii) *Autoridad legítima que declare formalmente la guerra.* Otro argumento para concluir que ésta es una guerra justa se refiere al hecho de que haya sido declarada por una autoridad competente. El amplio grupo de países que han condenado abiertamente a ISIL y que han ofrecido respaldo militar al gobierno iraquí hacen posible hablar de unanimidad internacional frente al grupo *yihadista*. Así, el gobierno de Estados Unidos se ha visto respaldado por una coalición de más de sesenta países, que incluyen a aliados como Rusia, Gran Bretaña, Francia, Alemania u Holanda, además de países de Oriente Medio como Arabia Saudita, los Emiratos Árabes o Turquía, Jordania, Egipto, Qatar e Irán. La ONU también ha calificado los actos de ISIL como *crímenes de guerra*<sup>50</sup> y, a diferencia del gobierno del presidente sirio Al Assad, el propio gobierno de Irak ha solicitado el apoyo de la comunidad internacional para frenar la amenaza islamista en su territorio.

(iv) *Principio de proporcionalidad.* Este principio, que exige proporcionalidad en el contra-ataque, plantea la necesidad de un objetivo claro en la guerra. Por un lado, es posible afirmar que –por múltiples razones políticas –la campaña militar contra ISIL está siendo muy contenida. Los ataques son aéreos y se han llamado *quirúrgicos*. Es decir: tienen un enfoque preciso y, como tal, buscan un compromiso de recursos proporcional al que están dispuestos a asumir los países de la coalición y que, aun así, resulte exitoso. Sin embargo, es en este último punto donde el argumento en pro de la intervención militar contra ISIL adolece de mayor debilidad. El objetivo de *degradar y, en última instancia, destruir a ISIL* es difícil de lograr, ya que –como lo ha demostrado la eterna persecución de los líderes de Al-Qaeda– los grupos terroristas son amorfos, difíciles de identificar y aislar. Más aún si estamos hablando de entornos sociales y económicos complicados, como es el caso de Irak y la conflictiva Siria. Además, es todo un reto entender las consecuencias y efectividad real de los ataques aéreos quirúrgicos que se están llevando a cabo en Irak. Y por último, ¿Cuándo sabremos si ISIL ha sido destruido? ¿El día que su líder, Abu Bakr al-Baghdadi, sea apresado? Al fin y al cabo, al-Qaeda sigue activo a pesar de la muerte de Osama Bin-Laden... En resumen, para verse cumplido, el principio de proporcionalidad exige un entendimiento exhaustivo del conflicto y sus causas, así como de los

---

<sup>49</sup> Michael Ignatieff citado por RUIZ, *Op. Cit.*, p. 6.

<sup>50</sup> SPENCER, Richard, *Iraq Crisis: UN Condemns 'War Crimes' as Another Town Falls to ISIS*, The Telegraph, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/middleeast/iraq/10904414/Iraq-crisis-UN-condemns-war-crimes-as-another-town-falls-to-Isis.html>, consultado el 16 de noviembre de 2014.

objetivos que propone la intervención, que no necesariamente se han logrado en la actualidad.

(v) *Posibilidades de éxito*. Lo único que queda claro en la crisis de Irak es que, al contar con el poderío militar estadounidense y el apoyo de más de 60 países –muchos de ellos en la región–, las posibilidades de éxito de la campaña militar en el terreno son grandes. Aun así, como apuntaba hace un momento, la dificultad está en definir el éxito. Si lo que se pretende es contener la actual ofensiva militar de ISIL en Irak y Siria, es sumamente probable que esto se logre con cierta facilidad. El mayor reto estará, sin duda, en lograr la destrucción total del grupo o –por extensión– en impedir el resurgimiento de movimientos islamistas similares en la región. Pero, como apuntan numerosos observadores, *vencer el Estado Islámico es imposible desde el exterior, sobre todo viniendo de Occidente*<sup>51</sup> y no se puede pensar en una solución inmediata ante un problema alimentado durante años.<sup>52</sup>

Sólo el tiempo dirá si, una vez cesadas oficialmente las hostilidades, esta intervención puede entenderse como una operación aislada, o si no acaba siendo lo que muchos llaman ya la guerra más larga en la historia de los Estados Unidos.

(vi) *Último recurso*. La agresividad y actitud desafiante con las que ISIL ha llevado a cabo su ofensiva militar prácticamente han excluido la posibilidad de una solución alternativa, diplomática o negociada, al uso de la fuerza en este conflicto. Los actores locales (milicias gubernamentales sirias e iraquíes) han sido incapaces de frenar el avance de ISIL, y la mecánica de destrucción y limpieza étnica del grupo islámico han hecho imperativa una actuación inmediata y contundente por parte de la comunidad internacional. Tanto más cuando la organización ha logrado sistematizar e institucionalizar su brutalidad, logrando conquistar objetivos estratégicos y haciéndose así con recursos económicos que pueden fortalecer su sistema y financiar actos terroristas a nivel global.

## IV ] Conclusión

Después de este breve análisis de los fundamentos filosóficos de la teoría de la guerra justa y su aplicabilidad en el contexto de la intervención contra el Estado Islámico, podemos concluir que, desde el punto de vista del *ius ad bellum*, la guerra contra el Estado Islámico en Siria y Levante es justa, ante todo, por los criterios que exigen la causa justa, la recta intención, el respaldo de la autoridad legítima, y la

---

<sup>51</sup> NAÏR, Sami, *Una guerra incierta*, El País, [http://internacional.elpais.com/internacional/2014/10/03/actualidad/1412360135\\_523768.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2014/10/03/actualidad/1412360135_523768.html), consultado el 4 de noviembre de 2014.

<sup>52</sup> SÁENZ DE UGARTE, Íñigo, *La respuesta contra ISIS y la ley de consecuencias no deseadas*, Guerra Eterna, <http://www.guerraeterna.com/la-respuesta-contra-isis-y-la-ley-de-consecuencias-no-deseadas/>, consultado de 23 de agosto de 2014.

declaración de guerra como último recurso. El análisis de los principios de proporcionalidad y probabilidad de éxito, sin embargo, apuntan hacia la necesidad de dar seguimiento a la contienda desde el punto de vista del *ius in bello* y del *ius post bellum*, sobre todo en lo que a las tareas de reconciliación y restauración de la paz se refiere.

Sin duda alguna, el mayor riesgo de esta contienda radica en la falta de un objetivo definido y de una estrategia de reconstrucción tras la intervención militar cuya ausencia pudiera perpetuar la crisis o incluso dar pie al surgimiento de nuevos movimientos subversivos y terroristas en la región. Será crítico, además de plantear adecuadamente el propósito de la guerra, proteger y regenerar la estructura económica, política y social de los países afectados, en particular entre los grupos y etnias que sufrirán, con mayor agudeza, las consecuencias de la guerra; sobre todo a la hora de evitar que esta intervención se convierta en un eslabón del círculo vicioso de *destrucción -vacío de poder- descomposición social, política y económica-surgimiento de extremismos* que exija una nueva intervención militar dentro de unos años.<sup>53</sup> Por lo mismo, es imperativo que la comunidad internacional en general y los Estados Unidos en particular hagan un examen crítico de las circunstancias que han desencadenado este conflicto y de las causas históricas que han llevado al surgimiento de ISIL.

En definitiva, aun pudiéndose justificar esta ofensiva militar, la guerra dejará abiertos muchos interrogantes que serán vitales para definir el futuro de la región. ¿Se logrará consolidar la democracia en Irak tras la contienda? ¿Cómo se verá afectado el gobierno de Bashar al-Asad en Siria? ¿Qué consecuencias traerá el conflicto para el equilibrio de poderes en Oriente Medio? Serán las respuestas a estas y otras preguntas las que contribuyan a definir el futuro de la región, y a emitir un juicio sobre la pertinencia de la intervención militar contra ISIL. Recordemos, al fin y al cabo, que la guerra, por justa que aparente ser, no ha de ser más que un medio para lograr la paz duradera.

## Bibliografía

AL-KHATTEEB, Luay, *Will U.S. Strikes Hurt ISIS' Oil Riches?*, CNN, <http://www.cnn.com/2014/09/22/business/isis-oil-luay-al-khatteeb/index.html>, consultado el 25 de septiembre de 2014.  
*Bipartisan Support for Obama's Military Campaign Against ISIS*, Pew Research, <http://www.people-press.org/2014/09/15/bipartisan-support-for-obamas-military-campaign-against-isis/>, consultado el 15 de septiembre de 2014.

---

<sup>53</sup> BAOFU, Peter, *Three Pillars of Failure in US-led War on Islamic State*, Pravda, [http://english.pravda.ru/opinion/columnists/02-10-2014/128662-usa\\_war\\_islamic\\_state-0/](http://english.pravda.ru/opinion/columnists/02-10-2014/128662-usa_war_islamic_state-0/), consultado el 2 de octubre de 2014.

- BAOFU, Peter, *Three Pillars of Failure in US-led War on Islamic State*, Pravda, [http://english.pravda.ru/opinion/columnists/02-10-2014/128662-usa\\_war\\_islamic\\_state-0/](http://english.pravda.ru/opinion/columnists/02-10-2014/128662-usa_war_islamic_state-0/), consultado el 2 de octubre de 2014.
- BAQUÉS QUESADA, Josep, *La utilidad de los clásicos para la delimitación de los casos de guerra justa*, Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración, [http://www.aecpa.es/uploads/files/congresos/congreso\\_08/area8/GT-28/BAQUES-JOSEP.pdf](http://www.aecpa.es/uploads/files/congresos/congreso_08/area8/GT-28/BAQUES-JOSEP.pdf), consultado el 12 de noviembre de 2014.
- BASSETS, Marc, *Obama prolonga en Irak una larga guerra*, El País, [http://internacional.elpais.com/internacional/2014/09/13/actualidad/1410642792\\_506730.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2014/09/13/actualidad/1410642792_506730.html), consultado el 30 de octubre de 2014.
- BBC Mundo, *Siete preguntas para entender qué es Estado Islámico y de dónde surgió*, BBC, [http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/09/140904\\_que\\_es\\_estado\\_islamico\\_amv](http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/09/140904_que_es_estado_islamico_amv), consultado el 8 de septiembre de 2014.
- CALL, Steve C., *A Bull in ISIS' China Shop*, The Weekly, <http://weeklywonk.newamerica.net/articles/bull-isis-china-shop/>, consultado el 30 de octubre de 2014.
- CHASE, Steve y Leblanc, Daniel, *Jean Chrétien Defends Trudeau's Opposition to Iraq Combat Mission*, TheGlobe and Mail, <http://www.theglobeandmail.com/news/politics/jean-chretien-defends-trudeaus-opposition-of-iraq-combat-mission/article21134448/>, consultado el 16 de octubre de 2014.
- CUMMING-BRUCE, Nick, *5,500 Iraqis Killed Since Islamic State Began Its Military Drive: U.N. Says*, International New York Times, [http://www.nytimes.com/2014/10/03/world/middleeast/un-reports-at-least-26000-civilian-casualties-in-iraq-conflict-this-year.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2014/10/03/world/middleeast/un-reports-at-least-26000-civilian-casualties-in-iraq-conflict-this-year.html?_r=0), consultado el 30 de octubre de 2014.
- DALY, Jorge L., *En defensa del 'otro'*, El País, [http://internacional.elpais.com/internacional/2014/10/14/actualidad/1413249613\\_571569.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2014/10/14/actualidad/1413249613_571569.html), consultado el 5 de noviembre de 2014.
- DE AQUINO, Tomás, *Summa Teológica II-II Qu. 40*, Clerus, <http://www.clerus.org/bibliaclerusonline/es/gej.htm>, consultado el 15 de noviembre de 2014.
- GATT CORONA, Guillermo, *El derecho de guerra contemporáneo: reflexiones desde el penamiento de Francisco de Victoria*, ITESO y Universidad Panamericana, México, 2013.
- GREENE, Richard A., Thompson, Nick y Torre, Inez, *ISIS: Everything You Need to Know About the Rise of the Militant Group*, CNN, [http://edition.cnn.com/interactive/2014/09/world/isis-explained/?iid=article\\_sidebar](http://edition.cnn.com/interactive/2014/09/world/isis-explained/?iid=article_sidebar), consultado el 25 de septiembre de 2014.
- HAWA ARELLANO, Samy, "Historia y concepto de guerra justa", *Revista de Marina*, Armada de Chile, Chile, 2000, No. 1.
- HUDSON, David, *President Obama: 'We Will Degrade and Ultimately Destroy ISIL'*, The White House Blog, <http://www.whitehouse.gov/blog/2014/09/10/president-obama-we-will-degrade-and-ultimately-destroy-isil>, consultado el 30 de octubre de 2014.
- Iraq Christians Flee as Islamic State Takes Qaraqosh*, BBC, <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-28686998>, consultado el 7 de agosto de 2014.

KUBE, Courtney y Welker, Kristen, *Obama Administration Says U.S. Is 'At War With ISIS*, NBC News, <http://www.nbcnews.com/storyline/isis-terror/obama-administration-says-u-s-war-isis-n202336>, consultado el 30 de octubre de 2014.

*La guerra de ISIL contra Irak y Siria deja 27.000 muertos en 3 meses*, Euronews, <http://es.euronews.com/2014/10/02/la-guerra-de-isil-contra-irak-y-siria-deja-27000-muertos-en-3-meses/>, consultado el 17 de noviembre de 2014.

*La limpieza religiosa que el mundo ignora: los cristianos masacrados en Irak y Siria*, Infobae, <http://www.infobae.com/2014/08/05/1585424-la-limpieza-religiosa-que-el-mundo-ignora-los-cristianos-masacrados-irak-y-siria>, consultado el 5 de agosto de 2014.

MATTOX, John Mark, *Saint Augustine and The Theory of Just War*, Continuum Studies of Philosophy, Nueva York, 2008.

MÉNDEZ HERNÁNDEZ, E., *La guerra justa y sus expresiones contemporáneas: un acercamiento a la teoría de Michael Walzer*, Universidad Autónoma de México, <http://148.206.53.84/tesiuami/UAMI15345.pdf>, consultado el 13 de noviembre de 2014.

NAIR, Sami, *Una guerra incierta*, El País, [http://internacional.elpais.com/internacional/2014/10/03/actualidad/1412360135\\_523768.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2014/10/03/actualidad/1412360135_523768.html), consultado el 4 de noviembre de 2014.

PAGE, Michael, *Sorry Realists: 'Containment' Won't Work Against ISIS*, Cicero Magazine, <http://ciceromagazine.com/opinion/why-isis-poses-a-real-national-security-threat/>, consultado el 3 de septiembre de 2014.

PAROLIN, Pietro, *Address of His Eminence Cardinal Pietro Parolin Secretary of State of His Holiness Pope Francis at the 69th Session of the General Assembly of the United Nations*, Bolletino Sala Stampa della Santa Sede, <http://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2014/09/30/0690/01527.html>, consultado el 29 de septiembre de 2014.

RATZINGER, Joseph, *Los últimos días de San Agustín de Hipona: Intervención de Benedicto XVI en la audiencia del miércoles en la que revivió los últimos días de San Agustín de Hipona*, Fluvium, <http://www.fluvium.org/textos/historia/his41.htm>, consultado el 12 de noviembre de 2014

RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo, "Guerra justa", *Eunomía*, Tirant Lo Blanch, España, marzo, 2014, No. 6.

RUIZ CAMPILLO, Xira, "El ius ad bellum en la crisis de Irak", UNISCI Discussion Papers en Revistas Científicas Complutenses de Madrid, España, mayo, 2003.

SÁENZ DE UGARTE, Íñigo, *La respuesta contra ISIS y la ley de consecuencias no deseadas*, Guerra Eterna, <http://www.guerraeterna.com/la-respuesta-contra-isis-y-la-ley-de-consecuencias-no-deseadas/>, consultado de 23 de agosto de 2014.

SPENCER, Richard, *Iraq Crisis: UN Condemns 'War Crimes' as Another Town Falls to ISIS*, The Telegraph, <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/middleeast/iraq/10904414/Iraq-crisis-UN-condemns-war-crimes-as-another-town-falls-to-isis.html>, consultado el 16 de noviembre de 2014.

Vox, *17 Things About ISIS and Iraq You Need to Know*, Vox, <http://www.vox.com/cards/things-about-isis-you-need-to-know/how-the-iraq-conflict-ends>, consultado el 30 de octubre de 2014.

WATTS, Clinton, *ISIS's Rise After Al Qaeda's House of Cards – Part 4 of 'Smarter Counterterrorism'*, Foreign Policy Research Institute, <http://www.fpri.org/geopoliticus/2014/03/isis-rise-after-al-qaedas-house-cards-part-4-smarter-counterterrorism>, consultado el 30 de octubre de 2014

Fecha de recepción: 8 de enero de 2015

Fecha de aprobación: 17 de agosto de 2015

# La desnaturaleza jurídica de la concesión. Apuntamientos teórico-prácticos

GABRIEL ARÉVALO MASCAREÑO<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Generalidades en torno a la concesión*. III. *Las teorías sobre la concesión*. IV. *La concesión en la Constitución*. V. *La concesión en la ley*. VI. *La concesión en la jurisprudencia*. VII. *La característica intuitu personae*. VIII. *Los elementos de la concesión*. IX. *Las formas de terminación de la concesión*. X. *El caso particular de la subrogación en la Ley de Movilidad y Transporte del Estado de Jalisco*. XI. *La concesión y la competitividad*. XII. *Conclusiones*.

**Resumen.** Desde su surgimiento la figura jurídica de la concesión ha sido de gran utilidad para las entidades gubernamentales a efecto de llevar a cabo la prestación de servicios públicos o la explotación, uso o aprovechamiento de un bien público de manera indirecta, esto es, a través de terceros. Empero los problemas se presentan al tratar de definir la naturaleza de esta figura de derecho administrativo, al grado de no existir un consenso unánime por los doctrinistas sobre lo que verdaderamente es, circunstancia de gran trascendencia, pues a partir de lo que constituye su naturaleza, se puede entender mejor su funcionamiento y los beneficios que esta representa para la población.

**Palabras clave:** concesión, concesión administrativa, servicio público, bien público.

**Abstract:** *Since its emergence, the legal figure of administrative concession has been very useful for government agencies in order to carry out the public service or use of a public good in an indirect way, this is, through third parties. But problems arise when trying to define the nature of such figure of administrative law, because there is an absence of a unanimous agreement by the law theorists about what it truly is, circumstance of great transcendence, because from what it constitutes its nature, we can better understand its functioning and therefore, the benefits it represents to the population.*

**Keywords:** *Concession, administrative concession, public service, public good.*

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho de la Administración Pública y Acto Administrativo, en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara, y Miembro de la Academia de Derecho Administrativo de la Universidad Panamericana.

## I ] Introducción

Muchos tratadistas han estudiado el tema de la concesión del servicio público o concesión administrativa y se han adoptado, por ende, diversas posturas acerca de la naturaleza jurídica de la concesión, sin que exista unanimidad en la esencia de lo que representa esta figura jurídica o de lo que realmente es.

Esto ha generado que las diversas legislaciones administrativas federales, locales y municipales definan a la concesión de diferentes formas, ya sea nominándola como un contrato, o bien, como un acto administrativo, haciendo depender de ello su regulación normativa, por ejemplo introduciendo en el ordenamiento jurídico aspectos que son propios de las facultades discrecionales de la autoridad a consecuencia de decir que la concesión es un acto administrativo, o bien, que la forma de prestar ciertos servicios quede al consenso de las voluntades celebrantes de la concesión, si es que se decide que ésta es un acto consensuado, lo que sin duda alguna provoca una inseguridad jurídica para las partes e incluso para el destinatario o beneficiario de la concesión que por lo regular es la población. De ahí la necesidad de definir sus elementos, las teorías que rodean a esta figura jurídica para definir su naturaleza y lo que las legislaciones creen que es esta figura tan de antaño, pero a su vez contemporánea, hoy en boga, a partir de la reforma en materia de telecomunicaciones cuyos servicios parten de una *concesión* del gobierno federal. Lo anterior de relevancia actual pues no ha llegado el consenso unánime entre los administrativistas de lo que es esta figura, tal vez porque no interesa, o porque su definición pareciera intrincada.

## II ] Generalidades en torno a la concesión

A través del tiempo el Estado ha transferido a los particulares ciertas facultades y obligaciones que originalmente le correspondían ejercer, y es que las ha transmitido porque ha tenido la incapacidad de llevarlas a cabo por su propia cuenta, ya sea porque no tiene los recursos técnicos, materiales, humanos o financieros para ejecutarlos. Otra razón apunta a que el Estado no quiere engrosar la administración pública, pues puede ser que pugne con el principio de adelgazamiento de la administración.

Cualquiera que fuere la razón de su incapacidad o estrategia administrativa, lo cierto es que no ha ejecutado por sí mismo sus obligaciones o facultades, sino que lo ha hecho a través de terceros, con la oportunidad de que estos prestatarios puedan beneficiarse económicamente de esa ejecución de facultades gubernamentales en sustitución de la Administración Pública, lo que ha dado origen a la concesión.

Dada la diversidad de facultades y obligaciones del Estado, la concesión ha adoptado múltiples caras, en algunas ocasiones, se alimenta de los elementos de los actos administrativos y de la actividad contractual pública o por decirlo de otra manera de los contratos administrativos, lo que también ha hecho que se fijen diferentes conceptos y definiciones legales para esta figura tan noble y provechosa tanto para el Estado como para los particulares que se sustituyen en la administración pública, e incluso porque no decirlo, tan beneficiosa para los administrados.

En tal tenor, debe decirse que la concesión, con independencia de su naturaleza, puede ser de dos tipos, para explotar, aprovechar o usar un bien de dominio público de la federación o para prestar un servicio público.

### III ] Las teorías sobre la concesión

Las diversas posturas en torno a la concesión ha dado lugar a la creación de diferentes teorías que definen la naturaleza de la concesión, las cuales giran en torno a si la concesión es un acto administrativo, un contrato o goza de los elementos de una actividad contractual, o bien si se trata de una figura jurídica que de manera ecléctica recoge elementos tanto de los actos administrativos como de los contratos, esto es, si la concesión es un acto mixto. Posturas doctrinales que han sido recogidas por diferentes autores para de ahí partir a una definición de lo que es la concesión.

#### 1. Teoría contractual de la concesión

Se afirma que la concesión no es otra cosa más que un acto jurídico contractual en donde los celebrantes son por un lado la administración pública en su carácter de concedente y el particular (persona física o moral) en su calidad de concesionario, este último encargado de llevar a cabo y ejecutar el servicio público o la explotación, uso o aprovechamiento del bien de dominio público.

El autor Fernando Albi define a la concesión del servicio público de la siguiente manera:

*[...] un modo de gestión de naturaleza contractual, en virtud del cual una persona extraña al concedente aporta los medios financieros indispensables para la implantación de una actividad de la competencia de la administración pública, realiza obra e instalaciones necesarias a dicho fin, y presta al público el correspondiente servicio durante el período estipulado sometiéndose para ello a los reglamentos generales establecidos por la propia administración y percibiendo de los usuarios una contra prestación económica que le permite amortizar su desembolso inicial y cubrir los gastos de conservación y explotación con el*

*procedente beneficio industrial, revertiendo en forma gratuita la administración, al término del contrato, todos los elementos materiales afectos al mismo.*<sup>2</sup>

De acuerdo con Jorge Fernández Ruiz, en Argentina la jurisprudencia y la doctrina confirieron una gran aceptación a la tesis que considera como contrato a la concesión de servicio público, misma que fue definida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como *un acto jurídico de derecho público cuyo fin esencial estriba en organizar un servicio de utilidad general.*<sup>3</sup>

Sigue diciendo que a juicio del referido Órgano Jurisdiccional, se caracteriza la concesión por delegar en un concesionario aquella parte de la actividad del Estado o de sus cuerpos administrativos reputada esencial para ser efectiva dentro de ciertas bases establecida por la misma concesión o por los principios del derecho administrativo, la remuneración de los capitales invertidos con el referido propósito. La concesión genera deberes y derechos a cargo y a favor del concesionario, cuya medida y extensión de unos y otros, con las modalidades impuestas por el poder de policía, quedan determinadas por el contenido del acto.<sup>4</sup>

Por último, el maestro Fernández Ruiz señala que el doctor Raúl E. Dumm coincide con las ideas del máximo tribunal argentino al establecer lo siguiente:

*La concesión constituye, pues, un acto jurídico de derecho público cuya bilateralidad y acuerdo de voluntades entre el poder público concedente y el particular concesionario, la convierten en un contrato del derecho público, y precisamente, en un contrato de derecho administrativo. La finalidad del contrato de concesión de servicios públicos, que es siempre el interés general, priva por encima de toda otra circunstancia; y la obligación fundamental contraída por el concesionario es la de asegurar la prestación del servicio público que se ha comprometido a realizar, ininterrumpidamente. El contrato de concesión, en cuanto supone la prestación de un servicio público por delegación de la autoridad, tiene una especificidad propia que hace admisible la intervención del estado por motivos que trascienden el simple ejercicio de las facultades inherentes al poder de policía.*<sup>5</sup>

La teoría contractual de la concesión ve a esta como una figura jurídica de naturaleza contractual, esto es, que deriva de un acto

---

<sup>2</sup> ALBI, Fernando, *Tratados de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960, p. 540. Citado por FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo, Contratos*, Porrúa, México, p. 397.

<sup>3</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo, Contratos*, Porrúa, México, p. 400.

<sup>4</sup> *Idem.*

<sup>5</sup> DUMM, Raúl E., *Concesión de servicios públicos*, enciclopedia jurídica Omeba, t.III, p. 580. Citado por FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo, Contratos*, Porrúa, México, p. 400.

consensuado entre las partes celebrantes de dicho acto jurídico, pues debe decirse que, efectivamente, la concesión se compone de un clausulado que se integra con derechos y obligaciones recíprocos entre el concedente y concesionario, donde el concesionario se obliga a llevar a cabo la prestación de un servicio público o la explotación, uso o aprovechamiento de un bien, que un principio le correspondía al Estado, a cambio de un beneficio económico, consecuencia de la ejecución de ese servicio o bien utilizado.

Los detractores de esta corriente opinan que la concesión no puede ser considerada como un contrato, ya que el bien público no puede ser sujeto de negociación, sino en todo caso las disposiciones que regulan a la concesión son impuestas de manera unilateral por la administración concedente, lo que hace que ya no exista la libertad en la convención al estar ante una declaración unilateral de la voluntad, es decir, de un acto administrativo.

## 2. Teoría del acto administrativo

El acto administrativo es una declaración unilateral de la voluntad emitida por un funcionario en ejercicio de sus funciones, que produce efectos jurídicos directos, inmediatos y concretos. Asentado lo anterior, la teoría del acto administrativo establece, que la concesión es precisamente un acto administrativo, pues se funda en el poder del Estado para otorgar derechos de una forma unilateral a los administrados que le aseguran el cumplimiento de esa actividad o fin materia de la concesión, con el énfasis de que lo que es materia de concesión no puede ser sujeto de negociación ni de constitución de derechos o prerrogativas sobre él.

Se dice que es un acto administrativo por los doctrinistas que sustentan esta tesis, en razón de que se trata de una declaración unilateral de la voluntad, basada esencialmente en la facultad discrecional de la administración, pues su otorgamiento no se da por un derecho preconstituido en la ley del administrado, como acontece en una licencia o permiso, sino que el acto de otorgar queda a discreción del Estado, sin que para ello influya el deseo del particular.

Autores como Otto Mayer se pronuncian a favor de la teoría de la concesión como acto administrativo, al sostener:

*Para nosotros, la concesión es un acto administrativo, especialmente una disposición que determina discrecionalmente lo que debe ser de derecho en el caso individual. Es un acto jurídico del derecho público. La posibilidad de que este acto cree derechos y deberes es indudable, por lo menos en el sistema del Estado regido por el derecho que nos enorgullecemos de poseer.<sup>6</sup>*

---

<sup>6</sup> MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, Trad. Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschi, Arayú, Buenos Aires, t. IV, pp. 161-162. Citado por FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo, Contratos*, Porrúa, México, p. 402.

Por su parte, el tratadista mexicano Miguel Acosta Romero postula su posición en el sentido de que la concesión es un acto administrativo, al referir lo siguiente:

*En nuestra opinión es posible afirmar actualmente que en los Estados Unidos Mexicanos, la concesión ya no contiene ningún elemento contractual, sino que es un acto administrativo discrecional, por parte de la autoridad administrativa y en ciertos casos, no sólo se ha eliminado ya el concepto de contrato en ésta materia, sino que el Estado se ha reservado para sí la realización de determinadas actividades que se consideran de interés público y que antes eran realizadas por los particulares a través de concesiones.<sup>7</sup>*

Los detractores de esta teoría han señalado que la concesión no puede considerarse como un acto administrativo, ya que necesariamente se necesita de la voluntad del particular concesionario para que se dé la concesión; además, de que refieren que la concesión está compuesta de un clausulado que contiene derechos y obligaciones entre las partes celebrantes de la concesión (concedente y concesionario) lo cual hace a la concesión una figura jurídica de naturaleza contractual.

### 3. Teoría del acto mixto

La teoría de la concesión como acto mixto es la postura ecléctica por naturaleza en la cual se contemplan tanto la teoría de la concesión como acto administrativo y la teoría contractual de la concesión. Esta teoría recoge los elementos de las dos teorías antagónicas para fusionarse en una sola.

Otros autores como el administrativista mexicano Gabino Fraga sostienen que la concesión es un acto mixto compuesto de tres elementos: un acto reglamentario, un acto condición y un contrato.

Dice que el acto reglamentario fija las normas a que ha de sujetarse la organización y funcionamiento del servicio y dentro de él quedan comprendidas las disposiciones referentes a horarios, tarifas, modalidades de prestación del servicio, derechos de los usuarios. Asimismo, comenta que teniendo el carácter de reglamentario este primer elemento de la concesión, la Administración puede variarlo en cualquier instante, de acuerdo a las necesidades que se satisfacen con el servicio, sin que sea necesario el consentimiento del concesionario, pues dice que no se trata de modificar una situación contractual.

Por lo que ve al segundo elemento, el acto condición, el maestro Fraga refiere que es el que condiciona la atribución al concesionario de las facultades que la ley le establece para expropiar, para gozar de ciertas franquicias fiscales, para ocupar tierras nacionales, etc.

---

<sup>7</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 1979, p. 432.

Y finalmente refiere que existe en la concesión un tercer elemento cuya finalidad es proteger los intereses legítimos del particular concesionario, creando a su favor una situación jurídica individual que no puede ser modificada unilateralmente por la administración.<sup>8</sup>

#### IV ] La concesión en la Constitución

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 27, párrafo sexto, establece que lo siguiente:

*[...] En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes, salvo en radiodifusión y telecomunicaciones, que serán otorgadas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones. [...]*

Por su parte, el artículo 28, décimo primer párrafo, en relación a la concesión manifiesta:

*[...] El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público. [...]*

De lo anterior se desprende que la concesión puede ser de dos tipos: la primera, para la prestación de servicios públicos y la segunda para la explotación, uso o aprovechamiento de un servicio público.

#### V ] La concesión en la ley

La concesión administrativa no es una figura jurídica que se regule de manera específica en una legislación en específico, pues es materia de concesión todo tipo de servicio público que la ley permita su concesión, o bien, todo tipo de bien que la norma permita su explotación, uso o aprovechamiento. La concesión está prevista en más de un ordenamiento legal, pero lo que importa evidenciar es la naturaleza jurídica que algunas de estas leyes le atribuyen a la concesión.

---

<sup>8</sup> Cfr. FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 44<sup>a</sup>, Porrúa, México, 2005, pp. 245-246.

Para ello, en el presente capítulo se analizarán algunas legislaciones que prevén la figura de la concesión, sin que exista una razón en particular de por qué se analizan las referidas legislaciones en vez de otras, en donde también se pudiera encontrar legislada ésta figura legal tan trascendente.

Por ejemplo la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión en su artículo 3, fracciones XII y XIII, establecen un concepto de concesión, definiéndolo como un acto administrativo. Al respecto, esta ley dispone:

*Artículo 3. Para los efectos de esta Ley se entenderá por: [...] XII. Concesión única: Acto administrativo mediante el cual el Instituto confiere el derecho para prestar de manera convergente, todo tipo de servicios públicos de telecomunicaciones o radiodifusión. En caso de que el concesionario requiera utilizar bandas del espectro radioeléctrico o recursos orbitales, deberá obtenerlos conforme a los términos y modalidades establecidas en esta Ley;- XIII. Concesión de espectro radioeléctrico o de recursos orbitales: Acto administrativo mediante el cual el Instituto confiere el derecho para usar, aprovechar o explotar bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico o recursos orbitales, en los términos y modalidades establecidas en esta Ley.*

Como se ve, el citado numeral parte de que la concesión es un acto administrativo que confiere el Instituto Federal de Telecomunicaciones para prestar un servicio público de telecomunicación o radiodifusión, o bien, para usar, aprovechar o explotar bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico o recursos orbitales, esto es, la definición parte del ejercicio discrecional y gracioso de la administración pública, sin que haya una conveniencia entre concedente y concesionario, lo que resultaría cuestionable, pues desde luego necesitaría existir la voluntad del particular para prestar ese servicio o explotar determinada banda ancha, pero lo interesante es que esta ley de reciente reforma parte de la concepción de que la concesión es un acto administrativo y no un contrato.

De igual manera la Ley de Vías Generales de Comunicación<sup>9</sup> en su artículo 12 prevé la concesión a manera de acto administrativo, pues al respecto dice:

*Artículo 12.- Las concesiones para la construcción, establecimiento o explotación de vías generales de comunicación, sólo se otorgarán a ciudadanos mexicanos o a sociedades constituidas conforme a las leyes del país. Cuando se trate de sociedades, se establecerá en la escritura respectiva, que, para el caso de que tuvieran o llegaren a tener uno o varios socios extranjeros, éstos se considerarán como nacionales respecto de la concesión, obligándose a no invocar, por lo que a ella se refiera, la protección de sus Gobiernos, bajo pena de perder,*

---

<sup>9</sup> Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 19 de febrero de 1940.

si lo hicieren, en beneficio de la Nación, todos los bienes que hubieren adquirido para construir, establecer o explotar la vía de comunicación, así como los demás derechos que les otorgue la concesión.

Se dice que su regulación es a manera de acto administrativo, ya que el artículo parte de que las concesiones se otorgaran. Luego, trayendo al tema las palabras del profesor español Mariano Gómez González, este dice que la concesión es la acción y efecto de conceder; es decir, de dar, de otorgar, de hacer merced y gracia de algo.<sup>10</sup>

La Ley de Aguas Nacionales<sup>11</sup> en el artículo 3, fracción XIII, define a la concesión como un título, que no es diversa cosa que un acto administrativo, pues dispone lo siguiente:

*Artículo 3. Para los efectos de esta Ley se entenderá por: [...] XIII. "Concesión": Título que otorga el Ejecutivo Federal, a través de "la Comisión" o del Organismo de Cuenca que corresponda, conforme a sus respectivas competencias, para la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, y de sus bienes públicos inherentes, a las personas físicas o morales de carácter público y privado, excepto los títulos de asignación;*

De igual manera, el artículo 4, fracción XV, de la Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables<sup>12</sup> define a la concesión como un título. Veamos:

*Artículo 4o.- Para los efectos de esta Ley, se entiende por: [...] XV. Concesión: Es el Título que en ejercicio de sus facultades otorga la Secretaría, a personas físicas o morales para llevar a cabo la pesca comercial de los recursos de la flora y fauna acuáticas en aguas de jurisdicción nacional, así como para la acuicultura, durante un periodo determinado en función de los resultados que prevean los estudios técnicos, económicos y sociales que presente el solicitante, de la naturaleza de las actividades a realizar, de la cuantía de las inversiones necesarias para ello y de su recuperación económica.*

Así pues, por citar algunos ejemplos de legislaciones administrativas federales se colige que las mismas clasifican a la concesión como un acto administrativo, no como un contrato. Empero, existen otras leyes que la clasifican como un contrato, por mencionar algún ejemplo, cabe mencionar la Ley del Gobierno y Administración Pública Municipal

---

<sup>10</sup> GÓMEZ GONZÁLEZ, Manuel, *Concesiones Administrativas*, Enciclopedia Jurídica Española, Francisco Seix-Editor, Barcelona, p. 854.

<sup>11</sup> Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 1º de diciembre de 1992.

<sup>12</sup> Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de julio de 2007.

del Estado de Jalisco<sup>13</sup>, que en sus artículos 107 y 108 definen a la concesión como un contrato.

*Artículo 107. Los contratos de concesión se deben sujetar a las siguientes bases y disposiciones:*

*I. Determinar con precisión el bien o servicio materia de la concesión y los bienes que se afecten a la prestación del servicio por el concesionario;*

*II. Señalar las medidas que deba tomar el concesionario para asegurar el buen funcionamiento y continuidad del servicio, así como las sanciones que le serán impuestas, en el caso de incumplimiento;*

*III. Determinar el régimen especial al que deba someterse la concesión y el concesionario, fijando el término de la duración de la concesión, las causas de caducidad o pérdida anticipada de la misma, la forma de vigilar el Ayuntamiento, la prestación del servicio, y el pago de los impuestos y prestaciones que se causen. El titular de la concesión puede solicitar antes de su vencimiento, la prórroga correspondiente respecto de la cual tendrá preferencia sobre cualquier otro solicitante;*

*IV. Fijar las condiciones bajo las cuales los usuarios pueden utilizar los bienes y servicios;*

*V. Establecer que las tarifas son aquellas que para cada ejercicio fiscal establezca la ley de ingresos respectiva, así como las contraprestaciones que deba cubrir el beneficiario;*

*VI. Establecer, en su caso, cuándo se ha de solicitar la expropiación por causa de utilidad pública, o de imponer restricciones a la propiedad privada, en los términos de la Constitución Política del Estado y de la ley de la materia; y*

*VII. Determinar la fianza o garantía que deba otorgar el concesionario, para responder de la eficaz prestación del servicio público.*

*Artículo 108. En el contrato-concesión, se deben tener por puestas aunque no se expresen, las cláusulas siguientes:*

*I. La facultad del Ayuntamiento de modificar en todo tiempo, la organización, modo o condiciones de la prestación del servicio público;*

*II. La de inspeccionar la ejecución de las obras y la explotación del servicio;*

*III. La de que todos los bienes muebles e inmuebles que adquiera el concesionario para la prestación del servicio público, se considerarán destinados exclusivamente a los fines del mismo;*

*IV. El derecho del Ayuntamiento, como acreedor singularmente privilegiado, sobre todos los bienes muebles e inmuebles destinados a la prestación del servicio público;*

*V. La obligación del concesionario de prestar el servicio público de manera uniforme, regular o continua;*

*VI. La de reemplazar todos los bienes necesarios para la prestación del servicio público, o de ejecutar todas las obras de reparación, conservación y reconstrucción, para la regularidad y continuidad del servicio;*

*VII. La de que el ejercicio de los derechos de los acreedores del concesionario, aun en el caso de quiebra, no podrá traer como consecuencia la suspensión o interrupción del servicio público;*

---

<sup>13</sup> Emitida mediante decreto publicado en el periódico oficial El Estado de Jalisco el 05 de octubre de 2000, sección III.

VIII. La de prestar el servicio público a toda persona que lo solicite, conforme a la naturaleza del servicio de que se trate, y de acuerdo con los precios o tarifas aprobadas;

IX. La obligación del concesionario de someter a la aprobación del Ayuntamiento, los contratos de crédito, prenda, hipoteca, emisión de obligaciones, bonos, o cualquiera otra, para el financiamiento de la empresa; y

X. La prohibición de enajenar o traspasar la concesión, o los derechos de ella derivados, o de los bienes empleados en la explotación, sin previo permiso y por escrito del Ayuntamiento.

En cambio otra ley estatal de la misma entidad federativa, como lo es la Ley de Movilidad y Transporte del Estado de Jalisco<sup>14</sup>, opta por definir a la concesión como un acto administrativo, al referirse en el artículo 5, fracción VII, de la siguiente forma:

*Artículo 5º. Las acciones relativas a la movilidad y el transporte se regularán mediante los actos y procedimientos administrativos que se establecen en esta ley y en sus reglamentos. Para tal efecto, se entenderá por:- [...]-. VII. Concesión: el acto administrativo por el cual el titular del Poder Ejecutivo del Estado, por conducto de la Secretaría, autoriza a las personas físicas o jurídicas, para prestar un servicio público de transporte, en los términos y condiciones que la propia ley señala. Su otorgamiento y las condiciones que se establezcan se consideran de utilidad pública y de interés general.*

De esta manera, vemos que ni el propio legislador jalisciense se pone de acuerdo en la naturaleza de la concesión, pues en la Ley del Gobierno y Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco dice que la concesión es un contrato y en la Ley de Movilidad y Transporte del Estado de Jalisco se dice que es un acto administrativo.

## V ] La concesión en la jurisprudencia

Desde la Quinta Época nuestro máximo tribunal del país a través de su otrora Sala Auxiliar, al resolver la revisión fiscal 226/54 se pronunció sobre la naturaleza de las concesiones, para ello emitiendo la tesis de rubro: "CONCESIONES, NATURALEZA DE LAS",<sup>15</sup> cuyo ponente fue el

---

<sup>14</sup> Emitida mediante decreto publicado en el periódico oficial El Estado de Jalisco el día 10 de agosto de 2013, sección II.

<sup>15</sup> CONCESIONES, NATURALEZA DE LAS. Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran la concesión como un acto mixto o complejo que reúne caracteres de acto reglamentario, de acto condición y de contrato, y en cuanto, comparte aspectos de contrato, la situación jurídica del concesionario y algunos de los derechos y obligaciones que adquiere, derivan de un concurso de voluntades entre el Estado y el propio concesionario". Revisión fiscal 226/54. Procuraduría Fiscal de la Federación (Comisión Federal de Electricidad). 14 de julio de 1955. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Rivera. Registro No.

entonces Ministro Mariano Azuela Rivera, en donde expuso que la concesión era un acto mixto o complejo que reunía las características de acto reglamentario, de acto condición y de contrato, definición que coincide con la postura del maestro Gabino Fraga como se vio anteriormente.

Más recientemente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la tesis 1a. LXXVII/2005, al resolver el amparo en revisión 421/2005, cuyo ponente fue el Ministro Sergio A. Valls Hernández, en donde expuso en el inicio del citado criterio que la concesión constituía un acto jurídico administrativo mixto por contener cláusulas de orden contractual y otras de naturaleza regulatoria; señalando que en las primeras se materializan las ventajas económicas a favor del concesionario y en virtud de ello el Estado no podrá variarlas sin concurrir la voluntad de aquél, porque podría afectar su esfera jurídica y patrimonio. Por su parte, dijo que las cláusulas regulatorias consisten en las estipulaciones que determinan las condiciones de la concesión y se encuentran vinculadas al marco legal que regula los términos generales de las concesiones a los que deberán sujetarse los concesionarios y los cuales podrá modificar el Estado, atendiendo a decisiones que importen intereses de la colectividad, de manera que cuando se reforma la legislación relativa, se modifican igualmente los términos de las condiciones reglamentarias del título de concesión, sin que para ello sea necesario el consentimiento del gobernado, porque sería tanto como pretender convenir con éste, reformas a la Constitución, a las leyes o a los reglamentos respectivos, lo cual es jurídicamente inadmisibles.<sup>16</sup>

---

384323, Localización: Quinta Época, Instancia: Sala Auxiliar, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, CXXV, Página: 484, Tesis Aislada, Materia(s): Administrativa.

<sup>16</sup> CONCESIÓN ADMINISTRATIVA. LAS MODIFICACIONES A SUS CLÁUSULAS REGULATORIAS EN VIRTUD DE REFORMAS A LA LEGISLACIÓN RELATIVA, AL NO AFECTAR DERECHOS ADQUIRIDOS DEL CONCESIONARIO NO VIOLAN EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LEYES.

La concesión constituye un acto jurídico administrativo mixto por contener cláusulas de orden contractual y otras de naturaleza regulatoria. En las primeras se materializan las ventajas económicas a favor del concesionario y en virtud de ello, el Estado no podrá variarlas sin concurrir la voluntad de aquél, porque podría afectar su esfera jurídica y patrimonio. Por su parte, las cláusulas regulatorias consisten en las estipulaciones que determinan las condiciones de la concesión y se encuentran vinculadas al marco legal que regula los términos generales de las concesiones a los que deberán sujetarse los concesionarios y los cuales podrá modificar el Estado, atendiendo a decisiones que importen intereses de la colectividad, de manera que cuando se reforma la legislación relativa, se modifican igualmente los términos de las condiciones reglamentarias del título de concesión, sin que para ello sea necesario el consentimiento del gobernado, porque sería tanto como pretender convenir con éste, reformas a la Constitución, a las leyes o a los reglamentos respectivos, lo cual es jurídicamente inadmisibles. En esa tesitura, cuando el Estado modifica condiciones

De esta índole, es clara la postura de nuestro máximo tribunal constitucional del país, en el sentido de que la concesión es un acto mixto, y si bien, los argumentos explicitados están contenidos en tesis que actualmente no constituyen jurisprudencia, lo cierto es que representan un argumento de autoridad y reflejan la postura con la que comulga la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## VI ] La característica *intuitu personae*

Una de las características esenciales de las concesiones es que es *intuitu personae*, esto es, de carácter personal, pues la misma es otorgada por la administración pública a través del ejercicio de su facultad discrecional eligiendo a la persona física o moral que considere es la que llevará a cabo la prestación del servicio o la explotación, uso o aprovechamiento del bien de mejor manera. La concesión es para que la ejecute a quien se le ha dado por virtud de haberse considerado la persona más capaz o simplemente que reúne de mejor manera los requisitos legales, técnicos, financieros y humanos para poder sacar adelante el servicio público o bien concesionado.

Por ello, la regla general es que la concesión no puede cederse a un tercero, ni tampoco puede ser objeto de subconcesión, arrendamiento, comodato, gravamen o cualquier acto o contrato por virtud del cual, una persona distinta al concesionario goce de los derechos derivados de tales concesiones. Un ejemplo de ello lo encontramos en los

---

generales regulatorias de los títulos de concesión, a través de reformas legislativas o reglamentarias, derivadas de decisiones que importen el interés público, no se afectan derechos adquiridos del concesionario, por tres razones fundamentales: la primera porque éstas se encuentran vinculadas a la legislación relativa, que simplemente codifica los términos generales de las concesiones; la segunda, porque dicha normatividad se encuentra sujeta a reformas y modificaciones, según lo exija el interés público y la tercera, porque precisamente por esa dinámica legislativa y administrativa, esos derechos no pueden ni deben entrar o conformar el patrimonio del concesionario. Así, en virtud de que las cláusulas regulatorias del título de concesión no crean derechos adquiridos, las modificaciones que éstas sufran en razón de reformas constitucionales, legales o reglamentarias, no violan el principio de retroactividad a que se refiere el artículo 14 constitucional". Amparo en revisión 421/2005. Petroquímica Pennwalt, S.A. de C.V. 11 de mayo de 2005. Cinco votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Joaquín Cisneros Sánchez. Amparo en revisión 606/2005. Minerales y Minas Mexicanas, S.A. de C.V. y otras. 25 de mayo de 2005. Cinco votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Joaquín Cisneros Sánchez. Época: Novena Época, Registro: 177665, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXII, Agosto de 2005, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: 1a. LXXVII/2005, Página: 297.

artículos 91,<sup>17</sup> 110<sup>18</sup> y 111<sup>19</sup> de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión,<sup>20</sup> que establecen respectivamente que las concesiones de espectro para uso público que presten servicios de radiodifusión sólo se podrán ceder, gravar o enajenar total o parcialmente a entes públicos, que sólo las concesiones para uso comercial o privado, esta última con propósitos de comunicación privada, podrán cederse previa autorización

---

<sup>17</sup> Artículo 91. Las concesiones de espectro para uso público que presten servicios de radiodifusión sólo se podrán ceder, gravar o enajenar total o parcialmente a entes públicos. En todo caso, se mantendrán vigentes los compromisos y condiciones establecidos en su título de concesión.

<sup>18</sup> Art.110. Sólo las concesiones para uso comercial o privado, esta última con propósitos de comunicación privada, podrán cederse previa autorización del Instituto en los términos previstos en esta Ley. El Instituto podrá autorizar dentro de un plazo de noventa días naturales, contados a partir de la presentación de la solicitud, la cesión parcial o total de los derechos y obligaciones establecidos en las concesiones, siempre que el cesionario se comprometa a cumplir con las obligaciones que se encuentren pendientes y asuma las condiciones que al efecto establezca el Instituto. La autorización previa de la cesión a que se refiere este artículo podrá solicitarse siempre y cuando haya transcurrido un plazo de tres años contados a partir del otorgamiento de la concesión. No se requerirá autorización por parte del Instituto en los casos de cesión de la concesión por fusión de empresas, escisiones o reestructuras corporativas, siempre que dichos actos sean dentro del mismo grupo de control o agente económico. A tal efecto, se deberá notificar la operación al Instituto dentro de los treinta días naturales siguientes a su realización. En los casos en que la cesión tenga por objeto transferir los derechos y obligaciones establecidos en las concesiones a otro concesionario que preste servicios similares en la misma zona geográfica, el Instituto podrá autorizar la cesión, previo análisis que realice sobre los efectos que dicho acto tenga o pueda tener para la libre competencia y concurrencia en el mercado correspondiente. Si la cesión actualizara la obligación de notificar una concentración conforme a lo previsto en la Ley Federal de Competencia Económica, el Instituto resolverá dentro del plazo previsto para dicho procedimiento, adicionando las consideraciones señaladas en este capítulo. Las autoridades jurisdiccionales, previamente a adjudicar a cualquier persona la transmisión de los derechos concesionados, deberán solicitar opinión al Instituto respecto del cumplimiento de los requisitos que establece la presente Ley.

Las concesiones de uso público o comercial cuyos titulares sean los Poderes de la Unión, de los Estados, los órganos de Gobierno del Distrito Federal, los Municipios y los órganos constitucionales autónomos se podrán ceder a entes de carácter público incluso bajo esquemas de asociación público-privado, previa autorización del Instituto.

<sup>19</sup> Art.111. En ningún caso se podrá ceder, gravar, dar en prenda o fideicomiso, hipotecar o enajenar total o parcialmente la concesión, los derechos en ella conferidos, instalaciones, servicios auxiliares, dependencias o accesorios y los bienes afectos a la misma, a ningún gobierno o estado extranjero.

<sup>20</sup> Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de julio de 2014.

del Instituto Federal de Telecomunicaciones y que en ningún caso se podrá ceder, gravar, dar en prenda o fideicomiso, hipotecar o enajenar total o parcialmente la concesión, los derechos en ella conferidos, instalaciones, servicios auxiliares, dependencias o accesorios y los bienes afectos a la misma, a ningún gobierno o estado extranjero.

Incluso, en caso de cesión en contravención a los supuestos establecidos previamente el artículo 303, fracción VIII<sup>21</sup>, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión castiga con la revocación de la concesión.

Otro ejemplo, pero a nivel local lo encontramos en la Ley del Gobierno y Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco, donde en su artículo 109,<sup>22</sup> establece que la concesión no puede ser objeto de subconcesión ni de cualquier otra forma de cesión que permita que un tercero goce de los frutos de la misma. Aunque, si bien en el citado numeral se establece la regla general, el artículo 110<sup>23</sup> del mismo ordenamiento jurídico prevé la excepción al establecer que los derechos y obligaciones derivados de la concesión, sólo pueden cederse con la autorización previa y expresa del Ayuntamiento, mediante el voto de la mayoría calificada de sus integrantes, y exigiendo al concesionario que reúna los mismos requisitos y condiciones que se tuvieron en cuenta para el otorgamiento de la concesión respectiva.

## VII ] Los elementos de la concesión

Los elementos de la concesión son tres: el concedente, el concesionario y el objeto.

a. El concedente.- El concedente es la administración pública que teniendo competencia legal y autorización expresa de la ley otorga la concesión, pues recuérdese que atento al principio de legalidad la entidad

---

<sup>21</sup> Art.303. Las concesiones y las autorizaciones se podrán revocar por cualquiera de las causas siguientes:

[ ... ]

VIII. Ceder, arrendar, gravar o transferir las concesiones o autorizaciones, los derechos en ellas conferidos o los bienes afectos a las mismas en contravención a lo dispuesto en esta Ley;

<sup>22</sup> Art.109. Las concesiones sobre bienes o servicios públicos municipales no pueden ser objeto en todo o en parte, de subconcesión, arrendamiento, comodato, gravamen o cualquier acto o contrato por virtud del cual, una persona distinta al concesionario goce de los derechos derivados de tales concesiones.

<sup>23</sup> Art.110. Los derechos y obligaciones derivados de la concesión, sólo pueden cederse con la autorización previa y expresa del Ayuntamiento, mediante el voto de la mayoría calificada de sus integrantes, y exigiendo al concesionario que reúna los mismos requisitos y condiciones que se tuvieron en cuenta para el otorgamiento de la concesión respectiva.

pública no podría otorgar una concesión si es que no lo tuviera claramente permitido por la norma jurídica.

El concedente como parte de la concesión tiene derechos, pero también obligaciones. Entre los derechos más significativos está el derecho de reversión, el cual consiste en que una vez terminada la concesión los bienes que se destinaron a la explotación de la misma pasan a ser propiedad del Estado sin contraprestación alguna al concesionario. Para que este derecho proceda debe estar previsto en la ley, lo cual no sucede en todos los ordenamientos que regulan la concesión.<sup>24</sup>

También existen deberes a cargo del concedente, el más importante es transferir al concesionario las facultades necesarias para que éste pueda llevar a cabo la prestación del servicio público o la explotación, uso o aprovechamiento del bien concesionado. Lo anterior es de gran relevancia pues si no se otorgan las facultades necesarias al concesionario no se podrá llevar a cabo de forma eficaz la prestación del servicio público acorde con los principios que rigen éste, es decir, de conformidad con la generalidad, uniformidad, continuidad y regularidad.

b. El concesionario.- El concesionario es la persona física o moral que lleva a cabo la prestación del servicio público o la explotación, uso o aprovechamiento del bien de dominio público del Estado. Existen derechos del concesionario, pero también obligaciones. Entre las primeras se encuentra el de ejercer las facultades que le fueron transferidas de manera temporal para llevar a cabo la concesión, también tiene derecho a recibir los beneficios económicos que la prestación del servicio público genere y en su caso a usar el bien, en tratándose de una concesión relacionada con un bien del Estado.

Las obligaciones más elementales radican en la prestación del servicio público de una manera general, uniforme, continua y regular. De cumplir con las disposiciones establecidas en el título de concesión y de no gravar ni ceder la concesión a un tercero, salvo que la misma ley lo permita y cuente con la autorización del concedente, acorde a las modalidades que la misma norma señale para tal efecto.

c. El objeto.- El objeto de la concesión lo es la materia de la concesión, esto es, el servicio público que se prestará de manera indirecta por el concesionario, o bien, el tipo de bien y la forma en cómo se explotará, utilizará o aprovechará ese bien.

Recuérdese que no todo tipo de servicio público puede ser concesionado, ni todo bien público puede ser objeto de concesión. Un ejemplo de ello es la seguridad pública la cual es prestada directamente por el Estado.

---

<sup>24</sup> DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, *Elementos de Derecho Administrativo*, Primer Curso, 2ª edición, Limusa, México, 2004, p. 306.

## VIII J Las formas de terminación de la concesión

Existen diversas formas de terminación de la concesión, ya que cada una de las legislaciones que regulan algún tipo de concesión prevé cómo será la forma de conclusión.

a. La revocación.- La concesión puede ser revocada por la autoridad administrativa que la otorgó, siempre y cuando exista el interés público de así realizarlo, por razones de oportunidad, pero como toda resolución administrativa debe estar fundada y motivada.

La revocación es una forma de extinguir anticipadamente la concesión, sin necesidad de que exista falta o incumplimiento del concesionario ya que, como se dijo, procede por razones de oportunidad, pero al lesionarse los intereses del particular, se le deberá resarcir por los derechos que pierde (daño) y por las utilidades que deja de percibir (perjuicio).<sup>25</sup>

Asimismo, es importante dejar claro que la revocación de una concesión también se puede dar por incumplimiento de las disposiciones contenidas en el título de concesión, ejemplo de ello es la fracción III, del artículo 303, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, que establece:

*Artículo 303. Las concesiones y las autorizaciones se podrán revocar por cualquiera de las causas siguientes: [...] III. No cumplir las obligaciones o condiciones establecidas en la concesión o autorización en las que se establezcan expresamente que su incumplimiento será causa de revocación.*

También otro caso de revocación lo encontramos en la Ley del Gobierno y Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco, en donde en su artículo 112 dispone que la revocación se produce por prestarse en forma distinta el servicio público concesionado, lo que consideramos que al final será un incumplimiento de lo dispuesto en la propia concesión que es donde se regula el funcionamiento del servicio público concesionado, con independencia de lo que también establezca la propia ley correspondiente. Al respecto, el mencionado artículo dispone:

*Artículo 112. Los Ayuntamientos pueden revocar las concesiones municipales cuando:*

*I. Se constate que el servicio público se preste en forma distinta a los términos de la concesión;*

*II. No se cumpla con las obligaciones que deriven de la concesión o se preste irregularmente el servicio público concesionado;*

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 309.

III. Se constate que el concesionario no conserva los bienes e instalaciones en buen estado de operación, o cuando estos sufran deterioro por la negligencia imputable a aquél, con perjuicio para la prestación eficaz del servicio;

IV. El concesionario deje de contar con los elementos materiales o técnicos para la prestación del servicio público; y

V. En general, por cualquier contravención a las leyes y ordenamientos municipales aplicables.

b. El rescate

El rescate es otra forma de terminación de la concesión, que implica que el Estado asume la responsabilidad de la prestación de un servicio público determinado que en principio se encontraba concesionado y que ya no lo estará más, o de la explotación, uso o aprovechamiento de un bien de dominio público. El rescate al igual que la revocación se da por virtud del interés público y es una forma anticipada de concluir la concesión. De alguna manera, al utilizarse esta figura jurídica de extinción, la administración pública rescatará los bienes o servicios concesionados, con la finalidad de dar directriz diferente al servicio público, tal vez porque no se está garantizando por el concesionario una eficiencia y eficacia en la prestación del mismo o en la explotación del bien.

El rescate provocará que se genere una indemnización al concesionario, en razón de que se le privará de los beneficios de la concesión. Se ha dicho que por virtud de la concesión, la administración pública reorganiza la materia de la concesión, a efecto de que el servicio público sea más eficaz y de mejor calidad para la población.

c. La caducidad.- En algunos ordenamientos jurídicos se prevé la caducidad como una forma de terminación de la concesión de manera anticipada. Esta forma de extinción consiste en la omisión del concesionario de cumplir con el inicio de la concesión, o bien, porque el servicio público no se esté prestando de manera continua, permanente, uniforme y regular.

La Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión no prevé la caducidad como una forma de terminación de la concesión, pues en su artículo 115<sup>26</sup> sólo establece la renuncia, la revocación, el rescate, el vencimiento natural del plazo y la disolución o quiebra del concesionario.

En cambio la Ley de Vías Generales de Comunicación en su artículo 29<sup>27</sup> sí prevé la caducidad como una forma de extinción de la

---

<sup>26</sup> Art.115. Las concesiones terminan por: I. Vencimiento del plazo de la concesión, salvo prórroga de la misma; II. Renuncia del concesionario; III. Revocación; IV. Rescate, o V. Disolución o quiebra del concesionario.

<sup>27</sup> Art.29. Las concesiones caducarán por cualquiera de las causas siguientes:

I.- Porque no se presenten los planos de reconocimiento y localización de las vías, puertos aéreos, campos de emergencia, estaciones, talleres y demás obras e instalaciones, dentro del término señalado en las concesiones; II. Por no construir o no establecer dentro de los plazos

concesión. Lo anterior es solo un ejemplo de que cada legislación administrativa puede contemplar distintas formas de terminación de la concesión.

d. La renuncia.- La renuncia de derechos es otra forma de extinción de la concesión, la cual se encuentra prevista para los casos en que el concesionario no pueda seguir llevando a cabo el objeto de la concesión, es decir, se encuentre imposibilitado de seguir prestando el servicio o explotando, usando o aprovechando el bien público.

Desde luego que, para que se pueda renunciar a la concesión por parte del concesionario debe permitirse por la ley esa forma de terminación, con las consecuencias que ello conlleve, como podría ser hacer efectiva alguna cláusula penal en contra del concesionario por no cumplir con su obligación principal, como lo es el prestar ese servicio público o explotación del bien.

El maestro Acosta Romero dice que la renuncia de derechos sólo es procedente en las siguientes circunstancias: (i) Que se trate de un acto administrativo de tracto sucesivo, o cuando se trate de un acto de efectos inmediatos, que estos no se hayan realizado aún.- (ii) Que el régimen legal permita la posibilidad de la renuncia, es decir, que se trate de derechos en los cuales pueda darse ese acto, pues existen derechos y obligaciones que son irrenunciables.- (iii) Que la renuncia se manifieste por escrito y se

---

señalados en las concesiones, la parte o la totalidad de la vía u obras convenidas; III. Porque se interrumpa el servicio público prestado en todo o en parte importante, sin causa justificada a juicio de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, o sin previa autorización de la misma; IV. Porque se enajene la concesión o alguno de los derechos en ella contenidos, o los bienes afectos al servicio de que se trate, sin la previa aprobación de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes; V. Porque se ceda, hipoteque, enajene, o de cualquier manera se grave la concesión, o algunos de los derechos en ella establecidos, o los bienes afectos al servicio público de que se trate, a algún gobierno o Estados extranjeros, o porque se les admita como socios en la empresa concesionaria; VI. Porque se proporcionen al enemigo, en caso de guerra internacional, cualquiera de los elementos de que disponga el concesionario con motivo de su concesión; VII. Porque el concesionario cambie su nacionalidad mexicana; VIII. Porque se modifiquen o alteren substancialmente la naturaleza o condiciones en que opere el servicio, el trazo o la ruta de la vía, o los circuitos de las instalaciones, o su ubicación, sin la previa aprobación de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes; IX. Porque los concesionarios no paguen la participación que corresponda al Gobierno Federal, en los casos en que así se haya estipulado en las concesiones, o porque se defraude dolosamente al Erario, en la participación, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar; X. Porque el concesionario se rehuse a cumplir, en su caso, con lo dispuesto por los artículos 102 y 103 de esta ley; XI. Porque los concesionarios no cumplan con la obligación de conducir las diversas clases de correspondencia; XII. Por no otorgar la fianza o constituir el depósito a que se refiere el artículo 17 y, XIII. Por los motivos de caducidad estipulados en las concesiones respectivas. XIV. Por incumplir lo dispuesto en el artículo 127 de esta Ley.

notifique a la autoridad competente para que esta pueda resolver lo conducente respecto de los efectos de la renuncia.<sup>28</sup>

e. La quiebra o disolución.- La disolución de la sociedad o la quiebra del concesionario también es objeto de terminación de la concesión, pues derivado de las leyes mercantiles si una persona es declarada en quiebra no podrá dedicarse a actos de comercio durante cierto tiempo, lo que sin duda alguna trae como consecuencia que se pueda ver afectada la prestación del servicio público o la explotación del bien. De igual manera pasa con la disolución de la sociedad, pues esto implicará su desaparición.

f. Muerte del concesionario.- Habrá algunas ocasiones en que la muerte del concesionario produzca la terminación de la concesión.

Empero, no siempre es así, toda vez que existen algunas ocasiones en que sean los derechohabientes quienes continúen prestando los servicios públicos o usando o aprovechando el bien público, claro está, siempre y cuando la propia ley así lo determine. La terminación o no de la concesión dependerá de lo establecido en las cláusulas del título de concesión.

g. Vencimiento natural del plazo.- La forma natural de la concesión es por vencimiento de su plazo, esto es, llegado el último día de prestación del servicio materia de la concesión se extingue la misma. Sin embargo, existen excepciones previstas en las normas jurídicas, nos referimos a la prórroga.

La prórroga es utilizada como su nombre lo indica para prorrogar el bien objeto de la concesión y solo puede prorrogarse si la ley lo permite y se sigue cumpliendo con la capacidad técnica, financiera y humana para continuar ejecutando los servicios públicos o explotando el bien. Cada legislación que prevé la prórroga de la concesión señala el tiempo de prórroga y dependiendo del tipo de concesión será su renovación, llegando incluso a prorrogarse por el mismo tiempo en que se otorgó inicialmente, lo que es jurídicamente factible, pues existe el interés público de por medio, a efecto de se continúe en la prestación de ese servicio público que garantice la satisfacción de la población.

## **IX ] El caso particular de la subrogación en la Ley de Movilidad y Transporte del Estado de Jalisco**

Ya hemos abordado previamente como define la Ley de Movilidad y Transporte del Estado de Jalisco a la concesión, empero un caso característico de esta ley lo es la subrogación, la cual es definida en el artículo 5, fracción XX, de la siguiente manera:

---

<sup>28</sup> ACOSTA ROMERO, *op. cit.*, p. 403.

*Artículo 5°. Las acciones relativas a la movilidad y el transporte se regularán mediante los actos y procedimientos administrativos que se establecen en esta ley y en sus reglamentos. Para tal efecto, se entenderá por: [...] - XX. Subrogación: acto administrativo mediante el cual los organismos públicos descentralizados del Ejecutivo, contratan con los particulares para que presten el servicio público de transporte por un tiempo determinado y bajo las condiciones que marca la ley.*

De una interpretación de este artículo se puede arribar a la conclusión que a través de la figura de la subrogación los organismos públicos descentralizados del Ejecutivo estatal pueden contratar con los particulares (personas físicas) para que presten el servicio público de transporte. La justificación de esta medida, aparte de encontrarse en la propia definición de la subrogación, se encuentra en los artículos 161,<sup>29</sup> párrafo segundo, y 162 de la ley de movilidad y transporte referida.

El artículo 161 en su párrafo segundo en comento, establece que en el caso que sea insuficiente o no cuenten los organismos públicos descentralizados con la infraestructura y equipamiento necesario para prestar el servicio público de transporte, éstos podrán celebrar contratos de subrogación con particulares para dicho efecto, exclusivamente en la modalidad de transporte colectivo urbano, conurbado o metropolitano, suburbano y rural, reservándose estos organismos la titularidad y administración de las rutas, así como el despacho y la supervisión del servicio en las mismas, que les sean asignadas por la Secretaría.

Por su parte, el artículo 162 de la misma legislación establece una serie de derechos y obligaciones que la propia ley le otorga a los subrogatarios, que son del siguiente tenor:

*Artículo 162. Los subrogatarios tendrán los siguientes derechos y obligaciones:*

*I. Operar la prestación del servicio público de transporte, acatando las normas correspondientes a su modalidad y clase;*

*II. Proteger, orientar y respetar a los usuarios del servicio;*

---

<sup>29</sup> Art.161. Los organismos públicos descentralizados del Ejecutivo del Estado cuyo objeto sea la prestación del servicio público colectivo de pasajeros, sólo podrán prestar el servicio en las rutas, en los horarios, con la frecuencia y en las paradas que convengan con la Secretaría. Los organismos públicos descentralizados por ningún motivo podrán constituir una competencia ruinoso para los concesionarios de ruta o corredor del servicio público de transporte de pasajeros colectivo o masivo. En el caso que sea insuficiente o no cuenten con la infraestructura y equipamiento necesario para prestar el servicio, dichos organismos públicos descentralizados podrán celebrar contratos de subrogación con particulares para dicho efecto, exclusivamente en la modalidad de transporte colectivo urbano, conurbado o metropolitano, suburbano y rural, reservándose estos organismos la titularidad y administración de las rutas, así como el despacho y la supervisión del servicio en las mismas, que les sean asignadas por la Secretaría.

III. Cobrar a los usuarios el precio que establezca la tarifa vigente, conforme a la modalidad y clase del servicio de que se trate;

IV. Entregar al usuario, contra el pago del precio, el boleto o comprobante correspondiente;

V. Responder de los daños a terceros, a los viajeros que hayan pagado el importe de su pasaje, por accidentes ocurridos con motivo de la prestación del servicio; para tal efecto, estarán obligados a contar con una constancia o póliza de seguro de viajero vigente que cubra el daño a terceros, atención médica y hospitalaria a las personas;

VI. Verificar que los conductores u operadores a su servicio, reúnan los requisitos establecidos en esta ley y se desempeñen conforme a las fracciones II a IV de este artículo;

VII. Identificar a sus vehículos mediante los colores, emblemas y numeración que asigne el organismo público descentralizado con quien haya celebrado el contrato de subrogación;

VIII. Renovar su contrato, siempre y cuando haya cumplido con las reglas de calidad que al efecto se apliquen;

IX. Designar libremente a quien deba suceder por fallecimiento en sus derechos derivados de la subrogación, conforme al procedimiento establecido en el reglamento de esta ley;

X. Transmitir, con la autorización del organismo público descentralizado y previo pago de los derechos correspondientes, los derechos del mismo; y

XI. Los demás que se establezcan en esta ley, en el contrato de subrogación y en la forma técnica que en su oportunidad se expida y las disposiciones internas que emitan los organismos públicos descentralizados.

De un análisis de estas disposiciones, se puede observar que la subrogación es una especie de subconcesión que la propia legislación de la materia permite, pues lo que se subrogan son los derechos y obligaciones propios de la concesión.

Sobre este mismo tema, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito en el amparo en revisión 358/2011 fijó el criterio a través de una tesis aislada, consistente en que la modificación de las condiciones regulatorias para la prestación del servicio de transporte público de pasajeros no afecta derechos adquiridos de los subrogatarios en la materia, dado que no puede estimarse que éstos se generen cuando está de por medio el interés social, máxime que el derecho a la subrogación no se otorga absoluta e ilimitadamente, sino que se encuentra sujeto a la expedición de las mencionadas normas, en pro del bien común.

El criterio es el siguiente<sup>30</sup>:

---

<sup>30</sup> Registro: 2000169, Época: Décima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, Materia(s): Constitucional, Tesis: III.2o.A.10 A (10a.), Página: 4705.

*SERVICIO DE TRANSPORTE PÚBLICO COLECTIVO DE PASAJEROS EN EL ESTADO DE JALISCO. LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES REGULATORIAS PARA SU PRESTACIÓN NO AFECTA DERECHOS ADQUIRIDOS DE LOS SUBROGATARIOS EN LA MATERIA.*

*La Ley de los Servicios de Vialidad, Tránsito y Transporte del Estado de Jalisco, su reglamento y las normas generales de carácter técnico en la materia expedidas por el gobernador de la entidad, componen el marco regulatorio del servicio público de transporte de pasajeros, cuyo fin es que se garantice a la sociedad el acceso y aprovechamiento a éste en condiciones de higiene, seguridad, comodidad, continuidad, calidad y eficiencia. Ahora bien, conforme al artículo 149 bis de la citada ley, los contratos de subrogación para la operación de dicho servicio contienen condiciones de naturaleza regulatoria, que en términos del artículo 5 de su reglamento, son susceptibles de modificarse según lo exija la dinámica de la vida diaria. Consecuentemente, la modificación de las condiciones regulatorias para la prestación del servicio de transporte público de pasajeros no afecta derechos adquiridos de los subrogatarios en la materia, dado que no puede estimarse que éstos se generen cuando está de por medio el interés social, máxime que el derecho a la subrogación no se otorga absoluta e ilimitadamente, sino que se encuentra sujeto a la expedición de las mencionadas normas, en pro del bien común.*

Algo similar como pasa en la concesión, en donde pueden ser cambiadas de manera unilateral, por virtud de una disposición de la ley, los derechos y obligaciones de los concesionarios, al tener desde nuestro punto de vista, solamente una expectativa de derecho.

## **X ] La concesión y la competitividad**

Una de las razones por las cuales se instrumenta la concesión pudiera también fundarse en la competitividad que genera en el mercado nacional, pues a través de la concesión se permite que los particulares con sus capacidades técnicas y económicas puedan prestar un servicio público o explotar un bien con mayor eficiencia y eficacia que produzca el incentivo y crecimiento de la economía, como es el caso de las concesiones en materia de telecomunicaciones.

No es el caso de este trabajo hacer un estudio particularizado sobre el tema de las concesiones de las telecomunicaciones y la competitividad que genera, pues este tópico debe ser materia de un estudio profundo y aparte de la finalidad de este ensayo, sin embargo, se estima necesario señalar solamente algunas cuestiones atinentes al tema.

El artículo 25<sup>31</sup> de la Constitución Federal establece el concepto de competitividad, refiriendo que se entenderá como el conjunto de

---

<sup>31</sup> Art.25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la

condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

Así, en la iniciativa presentada por el Presidente de la República en materia de telecomunicaciones se dijo lo siguiente:

*El 2 de diciembre de 2012, se firmó el Pacto por México como un acuerdo político que tiene por objeto concretar las acciones y reformas que requiere nuestro país. En dicho acuerdo se coincidió en la necesidad de legislar en las materias de radiodifusión, telecomunicaciones, a fin de garantizar su función social y modernizar al Estado y la sociedad, a través de las tecnologías de la información y la comunicación, así como para fortalecer las facultades de la autoridad en materia de competencia económica. Por ello, dentro del numeral 2, "Acuerdos para el crecimiento económico, el empleo y la competitividad", se asumieron los compromisos siguientes:*

*2.1. Extender los beneficios de una economía formada por mercados competidos.*

*Se intensificará la competencia económica en todos los sectores de la economía, especial énfasis en sectores estratégicos como telecomunicaciones, transporte, servicios financieros y energía. Ello es fundamental ya que la competencia permite la generación de productos y servicios de mejor calidad a menores precios, lo que incentiva el crecimiento de la economía, ayuda a reducir la desigualdad y la pobreza, así como detona procesos de innovación que fomentan el dinamismo económico, social y cultural de las naciones. Para profundizar la competencia económica de México, se instrumentará una política de Estado basada en un arreglo institucional que la dote de fuerza y permanencia. Como inicio de esta política de Estado se plantean las siguientes acciones:*

*Fortalecer a la Comisión Federal de Competencia (CFC).*

*Se dotará a la CFC de mayores herramientas legales mediante las reformas necesarias para determinar y sancionar posiciones dominantes de mercado en todos los sectores de la economía, particularmente se le otorgará la facultad para la partición de monopolios. Se precisarán en la ley los tipos penales violatorios en materia de competencia y se garantizarán los medios para hacerlos efectivos, así se acotarán los procedimientos para dar eficacia a la ley. (Compromiso 37)*

*Creación de Tribunales especializados en materia de competencia económica y telecomunicaciones.*

*Se realizarán las reformas necesarias para crear tribunales especializados que permitan dar mayor certeza a los agentes económicos al aplicar de manera más eficaz y técnicamente informada los complejos marcos normativos que regulan las actividades de telecomunicaciones y los litigios sobre violaciones a las normas de competencia económica. (Compromiso 38)*

*2.2. Garantizar acceso equitativo a telecomunicaciones de clase mundial.*

---

dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

En el ámbito de las telecomunicaciones, es necesario generar mucha mayor competencia en telefonía fija, telefonía celular, servicio de datos y televisión abierta y restringida. Para ello, se tomarán las siguientes medidas:

Derecho al acceso a la banda ancha y efectividad de las decisiones del órgano regulador.

Se reformará la Constitución para reconocer el derecho al acceso a la banda ancha y para evitar que las empresas de este sector eludan las resoluciones del órgano regulador vía amparos u otros mecanismos litigiosos. (Compromiso 39)

Reforzar autonomía de la COFETEL.

Se reforzará la autonomía y la capacidad decisoria de la Comisión Federal de Telecomunicaciones para que opere bajo reglas de transparencia y de independencia respecto de los intereses que regula. (Compromiso 40)

Desarrollar una robusta red troncal de telecomunicaciones.

Se garantizará el crecimiento de la red de CFE, los usos óptimos de las bandas 700MHz y 2.5GHz y el acceso a la banda ancha en sitios públicos bajo el esquema de una red pública del Estado . (Compromiso 41)

Agenda digital y acceso a banda ancha en edificios públicos.

Se creará una instancia específicamente responsable de la agenda digital que deberá encargarse de garantizar el acceso a internet de banda ancha en edificios públicos, fomentará la Inversión pública y privada en aplicaciones de telesalud, telemedicina y Expediente Clínico Electrónico, e instrumentará la estrategia de gobierno digital, gobierno abierto y datos abiertos. (Compromiso 42)

Competencia en radio y televisión.

Se licitarán más cadenas nacionales de televisión abierta, implantando reglas de operación consistentes con las mejores prácticas internacionales, tales como la obligación de los sistemas de cable de incluir de manera gratuita señales radiodifundidas (must carry), así como la obligación de la televisión abierta de ofrecer de manera no discriminatoria y a precios competitivos sus señales a operadores de televisiones de paga (must offer), imponiendo límites a la concentración de mercados y a las concentraciones de varios medios masivos de comunicación que sirvan a un mismo mercado, para asegurar un incremento sustancial de la competencia en los mercados de radio y televisión. (Compromiso 43)

Competencia en telefonía y servicios de datos.

Se regulará a cualquier operador dominante en telefonía y servicios de datos para generar competencia efectiva en las telecomunicaciones y eliminar barreras a la entrada de otros operadores, incluyendo tratamientos asimétricos en el uso de redes y determinación de tarifas, regulación de la oferta conjunta de dos o más servicios y reglas de concentración, conforme a las mejores prácticas internacionales.

Se licitará la construcción y operación de una red compartida de servicios de telecomunicaciones al mayoreo con 90MHz en la banda de 700MHz para aprovechar el espectro liberado por la Televisión Digital Terrestre.

Se reordenará la legislación del sector telecomunicaciones en una sola ley que contemple, entre otros, los principios antes enunciados. (Compromiso 44)

Adopción de medidas de fomento a la competencia en televisión, radio, telefonía y servicios de datos.

La adopción de las medidas de fomento a la competencia en televisión, radio, telefonía y servicios de datos deberá ser simultánea. (Compromiso 45).

*La presente iniciativa responde a los compromisos señalados y constituye una suma de esfuerzos entre el Ejecutivo Federal, el Partido Acción Nacional, el Partido Revolucionario Institucional y el Partido de la Revolución Democrática. Se trata de un proyecto inédito, acorde con la importancia y trascendencia de su contenido, que conjunta la visión de las principales fuerzas políticas del país y el Gobierno Federal, y que parte de la apremiante necesidad de lograr reformas que proyecten a México hacia un futuro más próspero, en beneficio de los mexicanos.*<sup>32</sup>

La reforma en materia de telecomunicaciones permitirá una mayor competitividad en nuestro país en relación a ese mercado, y desde luego, ese crecimiento económico se dará a través del manejo de las concesiones que se otorguen por parte del estado, cuyo espectro regulatorio se ha ampliado, pudiendo ser para uso comercial, público, social y privado, de conformidad con el artículo 67<sup>33</sup> de la Ley Federal de Telecomunicaciones

---

<sup>32</sup>Acuerdos para el crecimiento económico, el empleo y la competitividad, Pacto por México, <http://pactopormexico.org/acuerdos/crecimiento-economico-y-competitividad/> consultado al día 12 de agosto, 2015.

<sup>33</sup> Art. 67. De acuerdo con sus fines, la concesión única será:

I. Para uso comercial: Confiere el derecho a personas físicas o morales para prestar servicios públicos de telecomunicaciones y de radiodifusión, con fines de lucro a través de una red pública de telecomunicaciones;

II. Para uso público: Confiere el derecho a los Poderes de la Unión, de los Estados, los órganos de Gobierno del Distrito Federal, los Municipios, los órganos constitucionales autónomos y las instituciones de educación superior de carácter público para proveer servicios de telecomunicaciones y radiodifusión para el cumplimiento de sus fines y atribuciones.

Bajo este tipo de concesiones se incluyen a los concesionarios o permisionarios de servicios públicos, distintos a los de telecomunicaciones o de radiodifusión, cuando éstas sean necesarias para la operación y seguridad del servicio de que se trate.

En este tipo de concesiones no se podrán explotar o prestar con fines de lucro servicios de telecomunicaciones, de radiodifusión o capacidad de red, de lo contrario, deberán obtener una concesión para uso comercial;

III. Para uso privado: Confiere el derecho para servicios de telecomunicaciones con propósitos de comunicación privada, experimentación, comprobación de viabilidad técnica y económica de tecnologías en desarrollo o pruebas temporales de equipos sin fines de explotación comercial, y

IV. Para uso social: Confiere el derecho de prestar servicios de telecomunicaciones y radiodifusión con propósitos culturales, científicos, educativos o a la comunidad, sin fines de lucro. Quedan comprendidas en esta categoría las concesiones comunitarias y las indígenas; así como las que se otorguen a instituciones de educación superior de carácter privado.

Las concesiones para uso social comunitaria, se podrán otorgar a organizaciones de la sociedad civil que no persigan ni operen con fines de lucro y que estén constituidas bajo los principios de participación ciudadana directa, convivencia social, equidad, igualdad de género y pluralidad.

y Radiodifusión, lo que sin duda generará mayor competitividad en el Estado.

## XI ] Conclusiones

No existe un consenso unánime de lo que es la naturaleza de la concesión, pues algunos opinan que es un acto administrativo, otros un contrato o que tiene una naturaleza contractual y otros más señalan que es un acto mixto, pero esto no se queda en el tintero doctrinal, sino que también se ve reflejado en las legislaciones donde se adoptan posturas distintas de lo que es la concesión, partiendo desde luego de una concepción de lo que la naturaleza de la concesión representó en su momento para el legislador, ya sea un acto administrativo o un contrato. Incluso nuestro máximo Tribunal se ha pronunciado al respecto fijando su determinación en el sentido de que es un acto mixto, un acto ecléctico, lo que ha llevado a la desnaturalización de la concesión.

La concesión, según nuestra opinión, es un acto complejo de derecho público, que integra elementos de los actos administrativos, reúne características de índole contractual, pero que no se limita a la *eclecticidad* que se ha adoptado para definir que no es una cosa ni la otra, esto es, que no es un contrato ni un acto administrativo.

Esta figura de derecho administrativo también se integra por factores financieros, sociales, económicos, que hacen de la concesión una figura *sui generis*, es realmente un acto complejo de derecho administrativo que no le basta ser un acto administrativo, ni un contrato, ni siquiera una mixtura de los dos, pues las necesidades de la población evolucionan y con ello las leyes, y si existe una reforma a una norma que regule la concesión, generará el cambio en el funcionamiento de ésta, adquiriendo una plasticidad la concesión de la que no gozan los contratos ni los actos administrativos.

Así, la concesión incide en la *res publica* y esta envuelve un sinnúmero de factores de toda índole, como culturales, sociales, económicos, financieros, no puede restringirse a decir que se trata de un acto administrativo o un contrato, ya que si bien la concesión se nutre de elementos de estas figuras de derecho administrativo también se integra con otros factores que la hacen única en su tipo.

---

Las concesiones para uso social indígena, se podrán otorgar a los pueblos y comunidades indígenas del país de conformidad con los lineamientos que emita el Instituto y tendrán como fin la promoción, desarrollo y preservación de sus lenguas, su cultura, sus conocimientos promoviendo sus tradiciones, normas internas y bajo principios que respeten la igualdad de género, permitan la integración de mujeres indígenas en la participación de los objetivos para los que se solicita la concesión y demás elementos que constituyen las culturas e identidades indígenas.

## Bibliografía

- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 1979.
- ALBI, Fernando, *Tratados de los modos de gestión de las corporaciones locales*, AGUILAR, Madrid, 1960.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, *Elementos de Derecho Administrativo, Primer Curso*, 2º, Limusa, México 2004.
- DUMM, Raúl E., *Concesión de servicios públicos*, enciclopedia jurídica Omeba, T.III.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo, Contratos*, Porrúa, México, 2003.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (coord.), *La concesión de las Telecomunicaciones*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011.
- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 44ª edición, 2005.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Manuel, *Concesiones Administrativas*, Enciclopedia Jurídica ESPAÑOLA, Francisco, Seix-Editor, Barcelona.
- MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, Trad. Horacio H. Heredia y Ernesto KROTOSCHI, Arayú, Buenos Aires, t. IV.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de Aguas Nacionales.
- Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.
- Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables.
- Ley del Gobierno y Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco.
- Ley de Movilidad y Transporte del Estado de Jalisco.
- Ley de Vías Generales de Comunicación.
- Semanario Judicial de la Federación. IUS 2014.

*Fecha de recepción: 24 de noviembre de 2014*

*Fecha de aprobación: 24 de agosto de 2015*

# Ley de asociaciones público privadas y las cláusulas multinivel para la resolución de conflictos

GUILLERMO CORONADO AGUILAR<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sector público e iniciativa privada*. III. *Mecanismos modernos para la resolución de controversias*. IV. *Mecanismos multinivel para la resolución de controversias*. V. *La ley de asociaciones público privadas y el mecanismo multinivel para la resolución de conflictos*. VI. *Conclusión*.

**Resumen.** Con el propósito de generar avances en materia de infraestructura y de incrementar el Producto Interno Bruto del país, se aprobó la Ley de Asociaciones Público Privadas. Con esto, se permite al sector privado coinvertir con el público en la infraestructura del país, a cambio de la obtención de rentabilidad a largo plazo, de forma en que ambas partes se vean beneficiadas. Sin embargo, tomando en cuenta la naturaleza de esta relación jurídica, fue importante prever mecanismos legales que fueran capaces de permitir una solución amigable en caso de controversia, de tal forma que se protegiera la infraestructura sobre la que se hace la inversión y al país como beneficiario final. Lo anterior, se logró mediante la implementación en la ley de mecanismos modernos para la resolución de controversias tales como la negociación, el comité de expertos, y el arbitraje. El presente artículo se enfoca en explicar estos mecanismos, su regulación en la ley y el propósito de que éstos fueran utilizados teniendo como modelo lo que se conoce como cláusulas multinivel.

**Palabras clave:** Arbitraje, asociaciones público-privadas, cláusulas multinivel, LAPP, MASC.

**Abstract:** *With the purpose of improving the infrastructure and increasing the GDP of the country, the Public-Private Partnership Act was passed. With this, it is now possible for the private sector to co-invest with the public sector in the country's infrastructure, while at the same time obtaining a long-term profit, in a way that both parties see their needs satisfied. However, by acknowledging the nature of this legal relationship, some legal mechanisms were implemented in order to reach an amicable solution in case a conflict between the parties was to arise, while at the same time offering protection to the investment, and consequently*

---

<sup>1</sup> Alumno de la maestría (LLM) del curso *International Dispute Settlement* en Ginebra, co-representante regional del Grupo de Jóvenes Árbitros (YIAG) de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres.

*protecting the country, which is the ultimate beneficiary. The aforementioned consist in alternative mechanisms for dispute resolution, such as negotiation, dispute boards, and arbitration. The present article focuses on explaining these mechanisms, and how they are meant to function within this law and in accordance to what are known as multi-step or multi-tiered clauses.*

**Keywords:** *ADR, arbitration, public-private partnerships, multi-step clauses, multi-tiered clauses.*

## I ] Introducción

A través de inversiones en infraestructura, México ha buscado en los últimos años reactivar o mantener el impulso del país, a fin de lograr la generación de empleos y la creación de riqueza. Uno de los mecanismos que marcaron al país de forma positiva fue la entrada de México al Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN). Con ello, se crearon diferentes programas dirigidos a la inversión e implementación de la infraestructura, como el programa Solidaridad con el cual nacen las carreteras de cuota.

Desgraciadamente, el impulso en las inversiones por parte de México tiene una arista: sus recursos. Estos son limitados y no pueden hacer frente al crecimiento demográfico y necesidades económicas del país, lo que implica que lo que se ha realizado hasta ahora en materia de infraestructura es insuficiente.

Según datos del Foro Económico Mundial (FEM), México se ubica en el número 64 de 125 países, en cuanto a la competitividad de su infraestructura. Si se dividiera en grupos para medir los diferentes sectores, tendríamos: en aeropuertos somos el lugar número 55, en electricidad somos el número 73, en telecomunicaciones estamos ubicados en el número 51, el lugar 49 en carreteras y el 65 en materia de ferrocarriles. Según datos del FEM en su reporte titulado *The Global Competitiveness Report, 2006-2007*, tomando una escala del 1 al 7, donde 1 es poco desarrollada e ineficiente y 7 es entre las mejores del mundo, encontramos que México tiene un promedio de 3.7, es decir, mediocre. En América Latina, y según datos del FEM, México se encuentra en el número 7, atrás de países como Barbados, Chile, Panamá, Jamaica, El Salvador y Uruguay, pero delante de países como Brasil, Argentina y Costa Rica.<sup>2</sup>

Con la aprobación de la Ley de Asociaciones Público Privadas (LAPP), se busca aumentar la inversión en infraestructura incrementando el porcentaje que hoy se tiene con respecto al Producto Interno Bruto

---

<sup>2</sup> LÓPEZ-CLAROS, Augusto, *The global competitiveness report 2006–2007*, World Economic Forum, Suiza, 2006, disponible en:

[http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GlobalCompetitivenessReport\\_2006-07.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2006-07.pdf),  
último acceso: 12 de febrero de 2015.

(PIB). Actualmente se invierte el 3.2% del PIB, lo que resulta poco al compararse con países como Chile, en donde se invierte el 5.8%, o China en el cual se invierte el 7.3% del PIB.<sup>3</sup> El rezago en la inversión en materia de infraestructura se puede deber a varios factores, entre ellos: crisis económicas, altos índices de corrupción<sup>4</sup>, insuficiencia en las finanzas públicas, y faltas de certidumbre en la inversión. Por otro lado se tiene un horizonte prospero, ya que existen finanzas públicas solidas a pesar de los índices de corrupción, una posición geográfica envidiable, múltiples tratados comerciales con diferentes países que nos posibilita entrar a diferentes mercados en el mundo y tener acceso a bienes y servicios de primer nivel y lo que es más interesante, somos una nación joven, lo cual llena de esperanza.

Aun cuando seamos una nación joven en constante crecimiento, existen datos muy importantes en los que se constata el rezago no sólo de México, sino de toda América Latina en materia de infraestructura. Países que se consideraban por debajo de México en materia de competitividad y desarrollo, hoy en día son países que se encuentran a la cabeza con un desarrollo constante y sostenido. Ejemplo de ello son la República de Corea, Malasia, India, Japón y Singapur, tal y como se constata en numerosos estudios que ha realizado la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Dentro de esos estudios, uno que destaca es el realizado por Robert Devlin y Graciela Moguillansky, titulado *Alianzas público-privadas: para una nueva visión estratégica del desarrollo*, en la que no solamente explican el que sino qué van más allá dotándonos del cómo.<sup>5</sup>

Más que nada hoy se necesita el cómo. Aun cuando celebro la publicación de la nueva Ley de Asociaciones Público Privadas, esto acarrea un reto mayor. No sólo se necesita la ley, sino también es preciso indicar qué, si bien la ley viene a ser el mecanismo necesario para lograr el objetivo en cuestión, el mismo aún necesita de un motor para poder funcionar.

Ese motor al que hago referencia es un movimiento idiosincrático, un cambio de perspectiva en la que lo público y lo privado convivan y tengan un rol de tú a tú. Se necesita un cambio de política de estabilidad a una política industrial, en la que jueguen un papel importante las diferentes cámaras empresariales, así como el gobierno, organizaciones no gubernamentales y la academia. Lo anterior, con la intención de fijar un Plan Nacional de Desarrollo, en el que todos los elementos creadores y procuradores de riqueza fijen una postura a largo plazo, a fin de tener una orientación estratégica en la que todos miren hacia el mismo horizonte.

---

<sup>3</sup> [http://www.infraestructura.gob.mx/indexf8ea.html?page=cmsms\\_tags](http://www.infraestructura.gob.mx/indexf8ea.html?page=cmsms_tags)

<sup>4</sup> Sitio web de Transparencia Mexicana.org, disponible en:

<http://www.transparenciamexicana.org.mx/ENCBG/>, último acceso: 12 de febrero de 2015.

<sup>5</sup> DEVLIN, Robert, MOGUILLANSKY, Graciela, *Alianzas público-privadas: para una nueva visión estratégica del desarrollo*, United Nations Publications, Chile, 2010.

Es preciso aclarar que lo propuesto ya ha sido realizado en varios países del orbe, como lo son Australia, España, Finlandia, Irlanda, Singapur y Suecia, solo por nombrar algunos. En el libro referido líneas arriba, se hace un estudio sobre la naturaleza de la alianza Público-Privada, en donde se aprecia que dicho tema no es menor. En Irlanda, por ejemplo, existe una alianza que va más allá de una ley y de la celebración de contratos entre partes; existe una alianza formal y estructurada de muy alto nivel, en la que participa el gobierno, empresas, academia, sindicatos y ONG's.

Los vehículos que dicho país utilizó para tener una *estratégica* Alianza Público Privada fueron la adopción del Consejo Nacional Económico y Social (NESC), el Consejo Nacional de Competitividad (NCC) y el Grupo de expertos sobre calificación del sector laboral del futuro (EGFSN).

De este modo es aparente cómo nos encontramos apenas en el comienzo de lo que podría llamarse una política industrial, misma que debe sobrevivir los cambios políticos sexenales, para encaminarse hacia un desarrollo de largo plazo. Precisamente en esto consiste la naturaleza de una Alianza o Asociación Público-Privada: en la implementación de planes estables de largo plazo.

## II ] Sector público e iniciativa privada

El Gobierno anterior, a través de su Programa Nacional de Infraestructura 2007-2012, se marcó tres propósitos: el primero fue el aumento de la competitividad de las regiones, el segundo, el contar con insumos energéticos suficientes y el tercero, el igualar las oportunidades dentro de los habitantes. Así, siguiendo el Plan Nacional de Desarrollo, México busca generar un impulso en la modernización de carreteras, puertos, aeropuertos y en la infraestructura energética e hidráulica. Los anteriores planteamientos llevaron a la creación de un vehículo legal que sirviera al gobierno para alcanzar los propósitos de modernización y lograr el aumento de la infraestructura. Dicho vehículo es la Ley de Asociaciones Público Privadas (LAPP).<sup>6</sup>

Así, el día 16 de enero de 2012 se publica en el Diario Oficial de la Federación la LAPP, entrando en vigor al día siguiente. De igual manera, a la vez se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia administrativa para dar cabida a esta nueva ley. De este modo, se culmina con el primer gran paso hacia la modernización del país en forma determinante, en donde la iniciativa privada tendrá un papel protagónico. Según datos del Consejo Coordinador Empresarial (CCE), se tienen recursos privados de inversión por 240,000 millones de pesos, disponibles para ejercerse en esquemas de coinversión.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> [http://www.infraestructura.gob.mx/indexf8ea.html?page=cmsms\\_tags](http://www.infraestructura.gob.mx/indexf8ea.html?page=cmsms_tags)

<sup>7</sup> *IP tiene 240,000 mdp para coinversión: CCE, El Economista*, disponible en <http://eleconomista.com.mx/organismos-empresariales/2012/01/17/ip-tiene-240000-mdp-coinversion-cce>, último acceso: 12 de febrero de 2015.

A partir de la entrada en vigor de la LAPP, se da mayor juego y participación a la iniciativa privada en materia de infraestructura, a manera de coinversión con el sector público; es decir, la iniciativa privada pasa de ser un sujeto pasivo a ser un sujeto protagonista, en donde los roles tanto de la inversión pública como del sector público se empiezan a equilibrar, adoptando una política de ganar-ganar (*win-win*), en la que ambas partes se ven beneficiadas. La iniciativa privada obtiene rentabilidad a largo plazo, y por su parte, el sector público obtiene desarrollo en la infraestructura del país, lo cual beneficia a los habitantes.

Para mantener el equilibrio entre las partes, tomando en cuenta que la iniciativa privada y el sector público realizarán coinversiones en base a contratos de largo plazo, esto es, de 15 a 20 o hasta 40 años, es necesario tener los mecanismos legales correctos para la solución amigable de controversias, en la que las relaciones entre las partes no se vean dañadas, o rotas de manera definitiva. De esta forma, se evita que la inversión en infraestructura se vea obstaculizada por temas legales que no llevan a ningún lado. En razón de lo anterior, se crearon mecanismos modernos para la resolución de conflictos dentro del esquema de la LAPP.

Ahora bien, lo que celebro es que dentro de la LAPP permitieron y previeron la utilización de mecanismos legales para proteger la infraestructura, y por ende al beneficiario final de la obra. Al encontrarnos frente a contratos de largo plazo que indican la implementación o ejecución de obras por más de diez o quince años, se necesitan mecanismos que permitan hacer una revisión o ajustes de los contratos. Desde este punto de vista, encontramos que la LAPP se encuentra a la vanguardia, pero cabe aclarar, que se deben de hacer adecuaciones a dicha ley para garantizar una interrelación entre los factores que implementan dichos contratos.

### III ] Mecanismos modernos para la resolución de controversias

En el mundo existen diferentes tipos de mecanismos legales que ayudan a la resolución de controversias de manera rápida y efectiva, y por lo tanto, eficiente en términos totales de costo. Me gustaría llamar a estos mecanismos legales como una especie de inversión en infraestructura legal, ya que provee lo necesario para que las partes dentro de una inversión tengan seguridad jurídica dentro de un marco propicio para desarrollar las expectativas que ambos tienen dentro del contrato de inversión.

Esta infraestructura legal que se busca tener dentro de la LAPP, es una ya utilizada en muchos países en desarrollo, o en vías de. Ejemplos de estos mecanismos son la negociación, la mediación, la conciliación, el comité de expertos o *dispute boards*, y el arbitraje. Estos mecanismos pueden funcionar solos o en conjunto; la forma de usarlos depende de lo que las partes estén buscando dentro del contrato. Al usarse en conjunto, se deben organizar y sistematizar adecuadamente mediante cláusulas multinivel para la resolución de conflictos, por lo que se recomienda tener una adecuada asesoría sobre su utilización.

Los mecanismos modernos que se implementaron dentro de la LAPP para la resolución de conflictos, son tres: negociación, comité de expertos y arbitraje. Dichos mecanismos buscan otorgar imparcialidad en las relaciones entre la inversión pública y el sector público, y de tal forma asegurar la promoción en la inversión de infraestructura, tal y como sucede en arbitrajes en materia de inversión. Lo anterior, toda vez que el Estado receptor de la inversión al ofrecer el arbitraje como medio alternativo para la resolución de conflictos, mejora el clima de las inversiones, lo que conlleva a aumentar mayor inversión, ya sea nacional o extranjera.<sup>8</sup>

La LAPP mostró preocupación en dar seguridad a la inversión de infraestructura y en otorgar seguridad a la inversión privada al momento de contratar, a fin de ocasionar posteriormente la reinversión en infraestructura. Esto se logró gracias a la implementación de un mecanismo legal satisfactorio que genera un clima de seguridad jurídica. No obstante, dicho clima de seguridad jurídica se tiene que construir. No basta con que estos mecanismos estén plasmados en la ley, sino que también el Estado tiene que proveer los medios necesarios para que al llegar el momento en que las partes usen estos mecanismos para la resolución de conflictos, en caso de que exista una desavenencia o controversia, las partes sean capaces de utilizarlos y de regirse bajo sus parámetros.

Otro punto muy importante a tomar en consideración para que la iniciativa privada se anime a formar parte en el desarrollo de la infraestructura de México, es el nivel de transparencia y los niveles de corrupción en el país. Si no existe transparencia y existe un alto nivel de corrupción, es muy probable que los actores extranjeros no busquen participar en los programas de infraestructura. Los altos niveles de corrupción o de alta apariencia de corrupción, y problemas sobre conflictos de interés, son los grandes temas de discusión y cumplimiento por parte del gobierno para atraer la Iniciativa Privada. Esto, a fin de evitar la caída del valor de las empresas de participación estatal, como es el caso de Petrobras que enfrenta grandes peligros de liquidez causados por problemas de corrupción que envían mensajes negativos a inversionistas extranjeros.<sup>9</sup>

#### IV ] Mecanismos multinivel para la resolución de controversias

Las cláusulas multinivel, conocidas en inglés como *multi-step* o *multi-tiered*, han aumentado su uso en contratos de construcción

---

<sup>8</sup> SCHREUER, Christopher, *The ICSID convention: a commentary*, 2da ed, Cambridge University Press, Reino Unido, 2009, p. 8.

<sup>9</sup> LEITE, Julia, PACHECO, Filipe, *Petrobras' \$4 billion bond wipeout is just a prelude*, Bloomberg Business, disponible en: <http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-02-09/petrobras-4-billion-bond-wipeout-is-just-a-prelude>, último acceso: 8 de febrero de 2015.

internacional y contratos de ingeniería.<sup>10</sup> Esto se asimila a los proyectos que prevén los contratos de infraestructura, lo cual incluye la construcción de carreteras, puertos, aeropuertos, escuelas, hospitales, etc. Este tipo de cláusulas disponen que en el evento de que suceda una controversia entre las partes, la resolución de la controversia deberá realizarse mediante una secuencia de procesos en diferentes niveles.<sup>11</sup> En otras palabras, no se podrá acceder al arbitraje, por ejemplo, sin antes haber terminado la etapa de mediación; o como es en el caso particular de la LAPP, hasta que la etapa del comité de expertos haya finalizado.

Por lo tanto, las cláusulas multinivel combinan procedimientos en que las partes directamente o de forma activa buscan resolver sus controversias, como lo es la negociación, y procedimientos en que un tercero sea quien determine una resolución, como lo son los comités de expertos o el arbitraje. Esto se traduce en la posibilidad de tener trajes hechos a la medida para la resolución de conflictos dentro de un contrato de construcción a largo plazo. Lo que se busca obtener con esto es que las partes cooperen entre ellos para resolver los conflictos, evitando la confrontación directa, y buscando en conjunto soluciones que resulten en beneficio de los usuarios finales, es decir, la población.

Como bien mencionan distintos autores, entre más técnico es el campo de acción, mayor es el riesgo de cometer errores. Del mismo modo, al momento de redactar una cláusula multinivel para la resolución de conflictos utilizando diferentes mecanismos, y tomando en cuenta que los contratos de infraestructura tienden a ser muy específicos, se puede caer en el riesgo de crear una cláusula patológica, la cual en vez de ayudar perjudica.

¿Quiénes se ven perjudicados con esto? Todos, ya que puede llevar a negociaciones interminables, comités técnicos que no funcionan, y a arbitrajes in-arbitrables, lo cual llevan a la obstaculización de la satisfacción de los intereses de las partes dentro del contrato y a la no terminación de los proyectos de infraestructura. Esto puede elevar los costos de forma sin precedentes, por lo que se vuelve de suma importancia que al momento de contratar, se tome en cuenta la utilización de una adecuada asesoría sobre este tipo de mecanismos.

## V ] La Ley de Asociaciones Público Privadas y el mecanismo multinivel para la resolución de conflictos

Con el afán de otorgar mejores garantías a la inversión privada al momento de cooperar con el sector público, los legisladores se dieron a la tarea de crear una infraestructura jurídica que se adecuara a los nuevos mecanismos de inversión para infraestructura. Es por ello, que en seis artículos se trata de regular el tema de la negociación, del comité de expertos y del arbitraje. Dichos instrumentos se encuentran jerarquizados

---

<sup>10</sup> PETER BERGER, Klaus, *Arbitration International*, LCIA arbitration and ADR worldwide, Reino Unido, 2006, número 22.

<sup>11</sup> *Idem*.

de menor a mayor, desde el menos adversarial –la negociación– hasta el más adversarial –el arbitraje.

1. Negociación.- El artículo 134 de la LAPP conmina a las partes a que se rijan por el principio de buena fe, y que sobre este principio sean capaces de resolver de mutuo acuerdo divergencias de naturaleza técnica o económica. En este artículo se trata de regular, con falta de técnica legislativa, la negociación y posteriormente el comité de expertos. En este punto es aconsejable que las partes al momento de redactar el contrato tomen en cuenta la etapa de la negociación y le establezcan un plazo máximo, toda vez que la ley no prevé uno. El plazo sugerido es de 15 días, para que dentro de ese periodo se llegue a un acuerdo, previendo que en caso de que esto no se logre, se cierre esa etapa y se abra la etapa del comité de expertos.

Cabría preguntarse por qué 15 días como máximo para la etapa de la negociación. La respuesta es un tanto sencilla: a medida que las negociaciones se extienden, cada día que pasa hace que las obras se paraliquen, conllevando a una pérdida de dinero, tiempo y esfuerzo, por lo que un periodo máximo ayuda a eliminar las pérdidas dentro de la obra. Esto implica un beneficio para ambas partes, ya que se evita tener etapas interminables de negociación, que puede que no lleguen a ninguna parte.

2. Comité de expertos o *dispute boards*.- Una vez terminada la etapa de negociación, en la que no se llegó a ningún acuerdo dentro del periodo máximo establecido –si es que así las partes desean establecer un término máximo–, se procede a una segunda etapa, la cual es la de los comités de expertos. En el artículo 134 de la LAPP se establece que las divergencias que se sometan al comité de expertos serán solamente de naturaleza técnica o económica, sin llegar a poder conocer de cuestiones jurídicas. Así mismo se establece que el comité estará integrado por tres personas, de las cuales cada una de las partes designará a un experto, siendo el tercero elegido por los 2 expertos ya nombrados. Éste último ejercerá el cargo de presidente del comité técnico, recomendándose que sea abogado, ya que muchos de los temas a resolver, aunque sean de carácter técnico, conllevan una gran carga de formato legal, como la forma en que se deban presentar pruebas y desahogar audiencias. Un abogado experimentado en estos temas y con conocimiento de mediación y arbitraje es una ventaja.

Cabe mencionar que en otros lugares los comités de expertos son llamados *dispute boards*, y que según la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el *dispute board* es un comité encargado de resolver las desavenencias que generalmente se establece desde el inicio del contrato y se mantiene con permanencia y remunerado durante toda la duración del mismo.<sup>12</sup> La propia ICC reconoce la importancia de los

---

<sup>12</sup> Reglamento relativo a los *dispute boards*, vigente a partir del 1 de Septiembre de 2004, Cámara de Comercio Internacional, p. 7, disponible en:

mismos, y los considera como *un mecanismo común para la resolución de desavenencias contractuales en el ámbito de contratos a medio o largo plazo*.<sup>13</sup>

Por el contrario, la LAPP entiende los *dispute boards* o comité de expertos de una forma diferente, ya que de la redacción de los artículos comprendidos para este tema, se desprende que el comité de expertos solamente servirá para resolver divergencias de tipo técnica o económica, no así cualquier tipo de problema que se presente para la ejecución del contrato. En este caso, la propia LAPP se queda de alguna manera corta.

A su vez, la redacción de la LAPP no es clara sobre si el comité de expertos permanecerá desde el momento que se celebre el contrato y hasta su terminación, o si nace al momento de la desavenencia y muere al emitir su dictamen. Haciendo una interpretación sistemática de los artículos se concluye la segunda opción; es decir, nace y muere solamente para resolver o dictaminar la divergencia para la cual fue creado. Lo anterior se torna peligroso, ya que por tratarse de contratos de 15, 20 años o más, puede tornarse impráctico, y sobre todo hacerse más costoso. Tomando en cuenta la duración de este tipo de contratos, es probable que surja una multiplicidad de divergencias, y consecuentemente, con una multiplicidad de comités de expertos.

Sin embargo, el reglamento de la LAPP hace una cura al permitir la utilización de los *dispute boards*, según se desprende del artículo 139 en donde se establece que *las partes convendrán las reglas conforme a las cuales actuará el comité de expertos, mismas que podrán encontrarse preestablecidas, como las de la CCI, o alguna otra instancia nacional o internacional*.

Ejemplo de ello es el centro de los *dispute boards* de la CCI, mismos que tienen un reglamento institucional aparte que cuentan con experiencia y toda una infraestructura diseñada para los *dispute boards*, lo cual elimina los riesgos aumentando la rentabilidad de los proyectos.<sup>14</sup>

3. Conciliación.- La propia LAPP, prevé la posibilidad de utilizar el mecanismo de la conciliación, pero para efectos de este trabajo no se tomará en cuenta por las siguientes razones: el ente encargado de llevar a cabo la conciliación es la Secretaría de la Función Pública. Para efectos de obtener la mayor independencia de las partes, tener a dicha secretaría como órgano conciliador rompe todo el esquema de independencia en las decisiones, poniendo en plena desventaja a la inversión pública frente al sector público. Lo anterior, en razón de que la Secretaría de la Función Pública naturalmente estará inclinada a proteger los intereses propios o del gobierno.

---

[http://www.iccmex.mx/uploads/uploads/arbitraje2015/reglamentos/ReglamentoRelativoaLosDisputeBoards\(2004\).pdf](http://www.iccmex.mx/uploads/uploads/arbitraje2015/reglamentos/ReglamentoRelativoaLosDisputeBoards(2004).pdf), último acceso: 12 de febrero de 2015.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Existen más instituciones, la señalada por la CCI es para fines ejemplificativos.

4. Arbitraje.- Por último, una vez que el Comité de Expertos realice su dictamen, y que este no haya sido aprobado por unanimidad, se procederá al arbitraje siempre y cuando así se hubiese pactado, y se hubiere renunciado a la conciliación. La institución del arbitraje se encuentra en el último peldaño de este sistema multinivel para la resolución de controversias, el cual consiste en un mecanismo en el cual las partes dentro del contrato convienen en someter sus desavenencias – mismas que pueden ser presentes o futuras (en la práctica generalmente son futuras) – a un árbitro único o tribunal arbitral designado por las partes, de carácter privado *ad hoc* o institucional.<sup>15</sup> Será dicho tercero ajeno a las partes quien determine mediante el dictado de un laudo, quién tiene o no la razón dentro de la disputa. Esta determinación, es reconocida y ejecutable por las cortes mexicanas.

El arbitraje dentro de la LAPP se encuentra brevemente regulado de manera intencional, haciendo una remisión expresa al Código de Comercio, en donde efectivamente se encuentra ampliamente regulado. Sin embargo, la LAPP si es puntual en tres aspectos fundamentales: en que la aplicación de las leyes serán las mexicanas, en que el idioma del procedimiento será el español o castellano, y que el laudo será obligatorio y firme. Lo único que genera un poco de controversia es si es posible que el laudo dictado pueda ser impugnado en el juicio de amparo.

El tema del arbitraje dentro de la LAPP merece más párrafos, pero los mismos rebasan el objeto de estudio del presente trabajo. Lo que sí es un hecho, es que dará a lugar a mucha controversia, tanto en la doctrina como en la práctica.

Para evitar tener cláusulas de arbitraje patológicas se recomienda utilizar cláusulas arbitrales propuestas por las instituciones administradoras de los mismos. Existen infinidad de las mismas, por lo que las opciones de qué institución utilizar se encuentra enteramente abierta. Lo que sí se recomienda, es utilizar instituciones nacionales o que tengan por lo menos representación nacional, ya que el idioma que se tendrá que emplear será el español.

## VI ] Conclusión

Así como los proyectos de infraestructura contenidos en contratos de asociaciones público privadas contienen una modulación del proyecto desde la base hasta la punta, en el que la parte de abajo sea tan sólida para resistir la parte de arriba, así también lo es, la redacción y elaboración de cláusulas multinivel para la resolución de conflictos hechas a la medida, según cada caso en particular.

En la práctica, la redacción de este tipo de cláusulas debe de ser dejado a un experto que se encuentre activo dentro del mundo de la resolución de conflictos. De su experiencia, se puede evitar que las partes,

---

<sup>15</sup> Por *ad hoc* se entiende al tipo de arbitraje en que las partes desarrollan todas las reglas, y por institucional el arbitraje que es llevado según las reglas de una institución administradora de arbitraje.

al momento de subir las escalas de la controversia, no vean afectados sus intereses, y logren conseguir una transición rápida de un mecanismo al siguiente.

Por lo tanto, un manejo eficiente en la resolución de conflictos, que va desde la redacción de sus cláusulas hasta la utilización de sus mecanismos, ocasiona una disminución en costos y tiempo para las partes.<sup>16</sup>

## Bibliografía

*IP tiene 240,000 mdp para coinversión: CCE*, El Economista, disponible en <http://eleconomista.com.mx/organismos-empresariales/2012/01/17/ip-tiene-240000-mdp-coinversion-cce>, último acceso: 12 de febrero de 2015.

*Reglamento relativo a los dispute boards*, vigente a partir del 1 de Septiembre de 2004, Cámara de Comercio Internacional, disponible en: [http://www.iccmex.mx/uploads/uploads/arbitraje2015/reglamentos/ReglamentoRelativoaLosDisputeBoards\(2004\).pdf](http://www.iccmex.mx/uploads/uploads/arbitraje2015/reglamentos/ReglamentoRelativoaLosDisputeBoards(2004).pdf), último acceso: 12 de febrero de 2015.

Sitio web de Transparencia Mexicana.org, disponible en: <http://www.transparenciamexicana.org.mx/ENCBG/>, último acceso el día 12 de febrero de 2015.

DEVLIN, Robert, MOGUILLANSKY, Graciela, *Alianzas público-privadas: para una nueva visión estratégica del desarrollo*, United Nations Publications, Chile, 2010.

LEITE, Julia, PACHECO, Filipe, *Petrobras' \$4 billion bond wipeout is just a prelude*, Bloomberg Business, disponible en: <http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-02-09/petrobras-4-billion-bond-wipeout-is-just-a-prelude>, último acceso 8 de febrero de 2015.

LÓPEZ-CLAROS, Augusto, *The global competitiveness report 2006–2007*, World Economic Forum, Suiza, 2006, disponible en: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GlobalCompetitivenessReport\\_2006-07.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2006-07.pdf), último acceso: 12 de febrero de 2015.

PETER BERGER, Klaus, *Arbitration International*, LCIA arbitration and ADR worldwide, Reino Unido, 2006, número 22.

SCHREUER, Christopher, *The ICSID convention: a commentary*, 2da ed, Cambridge University Press, Reino Unido, 2009

*Fecha de recepción: 12 de febrero de 2015*

*Fecha de aprobación: 24 de agosto de 2015*

---

<sup>16</sup> PETER BERGER, Klaus, op. cit.



# La dación en pago

MARIO DE LA MADRID ANDRADE<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares*. II. *Concepto*. III. *Naturaleza jurídica de la dación en pago*. IV. *La dación en pago en México*. V. *Los efectos fiscales de la dación en pago*.

**Resumen.** Es común que se presenten situaciones en donde el deudor se encuentra imposibilitado de llevar a cabo las obligaciones de la manera que pactó con el acreedor. Ante tal situación existen distintas formas sustitutas para el cumplimiento de la obligación debida, dentro de las cuales se encuentra la dación en pago, misma que es objeto de estudio del presente trabajo. Éste artículo nos brinda distintos conceptos doctrinales y legales de la dación en pago, para así desarrollar las más relevantes corrientes doctrinales que explican su naturaleza, así como las más importantes críticas correspondientes a cada una de ellas. De igual manera nos expone su regulación en México, explicando entre otros temas, su incidencia con la evicción y los derechos de garantía. Finalmente, se analiza su normatividad fiscal.

**Palabras clave:** Dación en pago, exactitud en la sustancia del pago, evicción, novación objetiva.

**Abstract:** *Situations where the debtor finds himself unable to fulfill the obligations he agreed with the creditor, arise very commonly. Under such circumstances, there are different forms to proceed for the compliance of the owed liabilities, within which we find the dation in payment, object of study of the present paper. This article offers us different doctrinal and legal concepts of dation in payment, to therefore develop the most relevant doctrinal streams which explain its nature, as well as the most important critics regarding such streams. Likewise, it displays its regulation in Mexico, explaining among other topics, the impact of eviction and warranty rights. Finally, it analyzes its tax regulation.*

**Keywords:** *Dation in payment, accuracy in the payment, eviction, objective novation.*

## I ] Consideraciones preliminares

Entre los principios que rigen el cumplimiento de las obligaciones está el de la *exactitud en la sustancia del pago*. De acuerdo con dicho principio, el deudor sólo puede liberarse de la obligación entregando precisamente el bien o prestando el servicio al que se obligó.

---

<sup>1</sup> Director y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima.

El señalado principio tiene una doble manifestación: por una parte, el acreedor no puede ser obligado a recibir una prestación distinta a la que tiene derecho a recibir (*nemo aliud pro alio, invito debitore solvere potest*); por otra, el deudor no está facultado para realizar una prestación diferente a aquella que tiene el deber de satisfacer. De hecho, el artículo 2012 del Código Civil Federal (enseguida CCF) establece que *el acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aun cuando sea de mayor valor*.

No obstante, puede ocurrir que el deudor esté imposibilitado de cumplir sus obligaciones en la manera como lo pactó con el acreedor, por una variedad de circunstancias, entre la cuales figura la falta de liquidez del deudor. Ante tal situación, existen una serie de mecanismos que permiten sustituir, en el momento mismo del cumplimiento, la prestación debida, algunos de los cuáles requieren del acuerdo entre el deudor y el acreedor. A estos medios se les conoce como *sustitutos* o *subrogados del cumplimiento*, entre los que se encuentran los *procedimientos de liberación forzosa del deudor* (ofrecimiento de pago y consignación), la *compensación*, la *remisión* o *condonación* de la deuda y las *cesiones solutorias* (dación en pago y cesión de bienes en pago a los acreedores). En el presente estudio sólo nos ocuparemos de la *dación en pago*, por lo que dejaremos para un desarrollo ulterior, el resto de los sustitutos del cumplimiento.

Según Rico y Garza Bandala, en el *Derecho romano clásico*, se admitió la posibilidad de que el deudor pudiera liberarse de la obligación, cumpliendo una prestación diversa a la esperada (*aliud pro alio*), siempre y cuando contara con el consentimiento del acreedor (*datio in solutum*). De acuerdo con los *sabinianos*, opinión que prevaleció, la extinción de la obligación operaba *ipso iure*, mientras que según los *proculeyanos*, *acaecía ope exceptionis*.<sup>2</sup>

Según los citados autores, en tiempos de Justiniano, la ley señala determinados casos en los que el deudor puede beneficiarse de una *datio in solutum necessaria*, esto es, sin que sea necesario el consentimiento del acreedor, como cuando la deuda está a cargo de la Iglesia.<sup>3</sup>

## II ] Concepto

La *dación en pago* es el negocio jurídico por virtud del cual el acreedor acepta recibir del deudor, como pago de su crédito, un determinado bien o servicio diverso de aquél que se le adeuda.

Esta figura jurídica está prevista en el artículo 2095 del CCF que señala que *la obligación queda extinguida cuando el acreedor recibe en pago cosa distinta en lugar de la debida*.

---

<sup>2</sup> RICO, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, México 2007, p. 540.

<sup>3</sup> Ídem.

Aun cuando el mencionado artículo prevé la dación en pago en las obligaciones de dar, se trata de una figura jurídica que también opera, sin ninguna duda, respecto de las obligaciones de hacer o de no hacer.<sup>4</sup> Por consiguiente, resulta más conveniente referirse a ella como *prestación en lugar de cumplimiento*, como algún sector de la doctrina lo ha hecho.<sup>5</sup> En México, Bejarano define la dación en pago como *el cumplimiento actual de la obligación, con una conducta distinta de la que era su objeto original, con el consentimiento del acreedor*;<sup>6</sup> en tanto que Robles la conceptúa como *aquella forma sustituta de cumplimiento mediante la ejecución de una prestación distinta a la originalmente estipulada, derivada del acuerdo entre las partes*.<sup>7</sup>

Los rasgos que caracterizan la dación en pago son los siguientes: (i) que el deudor deba satisfacer una determinada prestación a favor de su acreedor.- (ii) que el deudor ofrezca ejecutar una prestación distinta de la originalmente acordada (*aliud pro alio*).- (iii) que el acreedor acepte la nueva prestación, en lugar de la prestación original; (iv) que el deudor efectivamente ejecute la prestación ofrecida.- y (v) que se extinga la relación obligatoria cuya prestación ha sido sustituida, como consecuencia de la ejecución de la nueva prestación (*datio in solutum*).<sup>8</sup>

Es preciso señalar que la expresión *datio in solutum* que designa a la dación en pago, es diferente de la aquella referida como *datio pro soluto* que, junto con la *datio pro solvendo* indican los posibles efectos de la primera. Estas últimas denominaciones se emplean, en especial, cuando el objeto de la dación recae sobre créditos. Por lo general –y en la duda–, se entiende que los créditos han sido cedidos *pro solvendo* (la obligación

---

<sup>4</sup> Cfr. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Oxford, sexta edición, México 2010, p. 426. En el mismo sentido, MARTÍNEZ Alfaro Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, Porrúa, décimo primera edición, México 2008, p. 425.

<sup>5</sup> Cfr. MESSINEO, Francesco, *Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1979, tomo IV, p. 204.

<sup>6</sup> BEJARANO, op. cit., p. 426.

<sup>7</sup> ROBLES FARÍAS, Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, Oxford, México 2011, p. 482.

<sup>8</sup> El Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ha considerado que la dación en pago se configura con los siguientes elementos: (i) existencia de un crédito.- (ii) ofrecimiento del deudor de cumplir su obligación con un objeto diferente del que se debe.- (iv) aceptación del acreedor de ese cambio de objeto.- y (v) que el objeto que se entregue a cambio es dado en pago. Véase la tesis: DACION EN PAGO, ELEMENTOS DE LA. Séptima Época. Registro: 256840. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 30 Sexta Parte. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 33.

En el mismo sentido, el Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito en la tesis: DACION EN PAGO. CONTRATO. ACREDITA EL INTERES JURIDICO EN EL JUICIO CONSTITUCIONAL. Novena Época. Registro: 201118. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. IV, Octubre de 1996. Materia(s): Civil. Tesis: IV.3o.12 C. Página: 513.

se extingue con el cobro), a menos que las partes estipulen que se transmiten *pro soluto* (como pago).<sup>9</sup>

Por otra parte, según el criterio sostenido por algunos tribunales federales, la dación en pago no puede probarse con base en presunciones, sino que, por tratarse de una forma de extinción de las obligaciones, debe quedar plenamente acreditada en el proceso jurisdiccional.<sup>10</sup>

En sentido estricto, la dación en pago no es una forma de cumplimiento, puesto que éste se produce cuando la obligación es satisfecha precisamente con el bien o servicio que ha sido el objeto de ella. En consecuencia, los requisitos objetivos del pago (exactitud, identidad, integridad, indivisibilidad) no se reúnen con la dación.<sup>11</sup> En tal virtud, la dación en pago constituye una excepción al principio de exactitud en la sustancia del pago,<sup>12/13</sup> dado que el deudor realiza una prestación distinta de aquélla que ha sido el objeto de la relación obligatoria. La satisfacción de esta nueva prestación se realiza en la fase de cumplimiento de la obligación (*in solutione*), y no como parte de la estructura original de la obligación (*in obligatione*).<sup>14</sup> Resultan aplicables a la dación en pago casi todas las reglas sobre los requisitos del cumplimiento.

No obstante, la dación produce todos los efectos legales del pago, es decir, extingue la relación obligatoria, libera al deudor de responsabilidad y satisface el interés del acreedor.<sup>15</sup>

Además los señalados efectos de la dación, cuando ésta recae sobre bienes también origina un efecto *traslativo de la propiedad*: será

---

<sup>9</sup> Cfr. MESSINEO, op. cit., p. 205.

<sup>10</sup> Véase la tesis del Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil de Segundo Circuito, en la tesis: DACIÓN EN PAGO, DEBE PROBARSE PLENAMENTE. Novena Época. Registro: 194801. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. IX, Enero de 1999, Materia(s): Civil. Tesis: II.1o.C.173 C. Página: 845.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en la tesis: DACION EN PAGO, DEBE PROBARSE PLENAMENTE LA. Séptima Época. Registro: 256839. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 30 Sexta Parte, Materia(s): Civil. Tesis: Página: 33.

<sup>11</sup> Cfr. ROBLES, op. cit., p. 482.

<sup>12</sup> Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Porrúa, México, tomo V, volumen II, p. 625.

<sup>13</sup> DACIÓN EN PAGO. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE LA EXACTITUD EN LA SUSTANCIA DE LOS PAGOS. Novena Época. Registro: 194120. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. IX, Abril de 1999, Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.166 C. Página: 521.

<sup>14</sup> Cfr. RICO y GARZA BANDALA, op. cit., p. 542.

<sup>15</sup> Cfr. ROJINA, op. cit., p. 625. En el mismo sentido ROBLES, op. cit., p. 482.

una *dación real* si los bienes son ciertos y determinados, o bien, una *dación obligacional*, si los bienes son géneros.

Por último, Martínez Alfaro entiende que en las obligaciones facultativas existiría una dación en pago que no requiere del consentimiento del acreedor, si la obligación se llegara a satisfacer con la otra prestación autorizada.<sup>16</sup> Disentimos de ese criterio porque las obligaciones facultativas tienen un objeto diverso de aquél originalmente pactado, con el cual el deudor puede satisfacer la obligación al estar previamente autorizado para ello, por alguna disposición legal o por convenio con el acreedor, como ocurre tratándose de las *obligaciones en moneda extranjera* o del *contrato estimatorio –contrato de consignación mercantil–*. En ese sentido, en las obligaciones facultativas la ejecución de la diversa prestación autorizada ocurre *in obligatione*, no *in solutione*.

### III ] Naturaleza jurídica

Las corrientes doctrinales que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la dación en pago se sitúan en dos extremos. Por una parte, tenemos las que consideran la dación en pago como una modalidad del pago y, en ese sentido, como figura autónoma con su propio régimen jurídico, distinta a cualquier otra institución; por otra parte, están aquellas opiniones que consideran que la dación en pago es una novación objetiva. Además de esas posiciones doctrinales, hay quienes han equiparado la dación en pago a la *compraventa* y quienes consideran que en la figura que analizamos ocurre una *atribución patrimonial*.

#### 1. La dación en pago como modalidad del pago. La teoría tradicional

La *teoría francesa tradicional* reconoce la posibilidad de que el acreedor que acepta recibir en pago una cosa distinta de la debida, puede elegir entre la *dación en pago*, cuya finalidad es extinguir de manera directa el crédito con una cosa diversa a la debida, o bien, la *novación por cambio de objeto*, por la cual se sustituye la obligación primigenia por una nueva obligación con un objeto diferente.<sup>17</sup>

En este sentido, la referida teoría considera que la dación en pago representa una excepción al principio de exactitud en la sustancia del pago y, por lo tanto, es una modalidad del pago mismo.<sup>18</sup>

Una de las principales consecuencias de este enfoque se aprecia cuando el acreedor sufre la *evicción* del bien que le ha sido dado en pago. En este supuesto, se admite que el acreedor tiene la posibilidad de exigir

---

<sup>16</sup> Cfr. MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, Porrúa, décimo primera edición, México 2008, p. 426.

<sup>17</sup> Cfr. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Cárdenas Editor, México 1983, p. 34.

<sup>18</sup> Cfr. ROJINA, op. cit., p. 625.

al deudor el cumplimiento de la prestación primigenia, puesto que se entiende que el pago, en realidad no ha quedado satisfecho.<sup>19</sup>

## 2. La dación en pago como novación objetiva

La dación en pago también ha sido considerada como una *novación objetiva*, corriente en la que se inscriben Planiol y Ripert, así como Aubry y Rau. Según esta teoría, la dación en pago comporta la sustitución del objeto de la primigenia obligación por otro objeto diverso, con lo cual surge una nueva obligación que produce la extinción de la primera. La particularidad de este enfoque estriba en que la segunda obligación dura tan sólo un instante, dado que se cumple de inmediato y, por lo tanto, se extingue.<sup>20</sup>

El tratamiento de la dación en pago como novación tiene como consecuencia que el acreedor que resiente la evicción sólo puede reclamar el saneamiento por esa causa, sin que pueda exigir el cumplimiento de la prestación primitiva, dado que la novación origina la extinción de la relación obligatoria primigenia y la formación de una nueva relación obligatoria.<sup>21</sup>

Por su parte, el Código Civil alemán de 1900 (artículo 365) suprimió la posibilidad que la *teoría francesa tradicional* concedía al acreedor de elegir entre la *dación en pago* y la *novación por cambio de objeto* y equiparó ambas figuras.<sup>22</sup> De este modo, mientras que para Planiol la dación en pago es una especie del género novación objetiva, para el Derecho alemán la especie dación en pago abarca el género novación objetiva.<sup>23</sup>

## 3. La dación en pago como compraventa

La dación en pago también ha sido asimilada a la compraventa. Al respecto se ha afirmado que el bien objeto de la dación se sitúa en el lugar que ocupa la cosa vendida en la compraventa, cuyo precio se ve satisfecho al compensarse precisamente con el importe del crédito adeudado, el cual se extingue al efectuarse la entrega de dicho bien.

Esta asimilación carece de sustento, por cuanto a que la finalidad económica de la compraventa es la adquisición de un bien a cambio de un precio cierto y determinado, en tanto que la dación en pago persigue la extinción de una obligación insatisfecha. Además, la equiparación entre ambas figuras sería inaplicable, de entrada, cuando el objeto de la dación en pago sea una prestación de hacer o de no hacer.

En México, en un asunto resuelto en el año de 1927, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en lo sucesivo SCJN) señaló

---

<sup>19</sup> *Ib.*, pp. 625-626.

<sup>20</sup> *Ib.*, p. 626.

<sup>21</sup> *Ib.*, p. 627.

<sup>22</sup> Cfr. PLANIOL, *op. cit.*, p. 340.

<sup>23</sup> Cfr. ROJINA, *op. cit.*, p. 627.

que la dación en pago era un contrato equivalente a una verdadera venta.<sup>24</sup>

#### 4. La dación en pago como atribución patrimonial

A diferencia de las posiciones anteriores, para Díez Picazo la realización del *aliud* –es decir, algo distinto– constituye una *atribución patrimonial* que el deudor hace al acreedor, que consiste en *la transmisión de la propiedad de una cosa o de un derecho, en la constitución de un nuevo derecho, en la prestación personal de servicios por parte del deudor*.<sup>25</sup>

### IV ] La dación en pago en México

El Derecho mexicano ha acogido la *teoría tradicional* para regular la dación en pago.<sup>26</sup> En este sentido, el Código Civil Federal trata la citada figura jurídica como una excepción al principio de exactitud en la sustancia del pago que opera por vía convencional, y rechaza la perspectiva de la dación en pago como una novación objetiva.<sup>27</sup>

Lo anterior se deduce del artículo 2095 del CCF según el cual, la obligación queda extinguida cuando el acreedor recibe en pago un bien distinto de aquél que es debido. De hecho, el referido artículo está situado dentro del capítulo relativo al pago, lo que indica que la dación se considera como modalidad del pago y no como una *modificación sustancial* de la relación obligatoria.

Esto no significa, sin embargo, que la novación por cambio de objeto en México esté proscrita. De hecho, la diferencia entre la novación objetiva y la dación en pago ha sido resaltada por algún tribunal federal. Al respecto, se ha señalado que aun cuando *la novación y la dación en pago tienen un solo objeto, extinguir una obligación, resultan ser figuras jurídicas distintas, toda vez que mientras en la primera las partes interesadas sustituyen una obligación nueva por una antigua, en la segunda la obligación se extingue al recibir el acreedor en pago una cosa diferente de la convenida en forma previa*.<sup>28</sup>

Es preciso señalar, además, que la dación en pago podría tener carácter mercantil, cuando se refiera a la satisfacción de un crédito que

<sup>24</sup> DACION EN PAGO. Quinta Época. Registro: 281531. Instancia: Pleno. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. XXI, Materia(s): Civil. Tesis: Página: 860.

<sup>25</sup> DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, segunda edición, Madrid 1996, p. 557.

<sup>26</sup> RICO y GARZA, op. cit., p. 543.

<sup>27</sup> Cfr. ROJINA, op. cit., p. 627.

<sup>28</sup> NOVACIÓN Y DACIÓN EN PAGO, SU DISTINCIÓN. Novena Época. Registro: 196788. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. VII, Febrero de 1998, Materia(s): Civil. Tesis: I.6o.C.100 C. Página: 518.

goce de ese mismo carácter, como sería el caso –por ejemplo– de una dación relacionada con una fianza mercantil.<sup>29</sup>

### 1. Las consecuencias de la evicción en la dación en pago

La consecuencia de tratar a la dación en pago como excepción al principio de exactitud en el pago es que, cuando el acreedor sufre la evicción del bien que recibió en pago, la dación queda sin efecto y renace la obligación primitiva, en los términos del artículo 2096 del CCF. En este supuesto, el acreedor está facultado para reclamar el cumplimiento de la prestación original, con sus *derechos accesorios*, tales como garantías, intereses, pena convencional, etcétera.<sup>30</sup>

De acuerdo con Rojina, el hecho de que se entienda que la obligación primitiva *renace* significa que no ha habido novación alguna, *puesto que si existiera, el acreedor sólo tendría derecho al saneamiento para el caso de evicción*.<sup>31</sup>

Lo que es un hecho es que la expresión *renace* puede prestarse a confusión, al dar a entender que *hubo por lo menos un principio de extinción, ya que gramaticalmente para que una cosa renazca se supone que se extinguió*.<sup>32</sup>

En realidad, no es que la obligación primitiva renazca en caso de evicción, sino que la obligación nunca se habría extinguido al haber recaído la dación en pago sobre una cosa ajena, lo cual origina la nulidad de la dación, en los términos del artículo 2087 del CCF.<sup>33/34</sup>

El mencionado artículo 2096 parece plantear un efecto distinto al que corresponde a la evicción tratándose de la compraventa. Sin embargo, la referida disposición no excluye la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar el saneamiento por evicción y, por lo tanto, exigir del deudor todas las consecuencias que de ella derivan, si ello le resulta más conveniente que pretender el cumplimiento de la prestación primigenia. Así –por ejemplo– si el bien materia de la dación tiene un valor mayor que lo adeudado, sería más conveniente para el acreedor proceder por evicción si el deudor actuó de mala fe, puesto que de este modo podrá reclamar el valor del bien (daños y perjuicios) y las mejoras voluntarias o de mero placer realizadas al bien. En ese sentido, en

---

<sup>29</sup> DACION EN PAGO (FIANZAS). Quinta Época. Registro: 317473. Instancia: Segunda Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. CXXI, Materia(s): Civil. Tesis: Página: 1142.

<sup>30</sup> Cfr. RICO y GARZA op. cit., p. 543. En el mismo sentido, ROBLES, op. cit., p. 484.

<sup>31</sup> ROJINA, op. cit., p. 627.

<sup>32</sup> *Ib.*, p. 627.

<sup>33</sup> El referido artículo dispone: “No es válido el pago hecho con cosa ajena; pero si el pago se hubiere hecho con una cantidad de dinero u otra cosa fungible ajena, no habrá repetición contra el acreedor que lo haya consumido de buena fe.”

<sup>34</sup> Cfr. RICO y GARZA BANDALA, op. cit., p. 543. En el mismo sentido, ROBLES, op. cit., p. 484.

realidad se confiere al acreedor la facultad de optar entre reclamar las consecuencias de la evicción, o bien, exigir la satisfacción de la prestación original.

Esta doble vía ha sido reconocida por Pothier, Planiol y Ripert. Tales autores entienden que la acción de garantía que se concede al acreedor en el supuesto de evicción es adicional a la acción primitiva que le corresponde a éste por virtud del crédito insatisfecho cuando la dación en pago no se realiza. Aún en el caso de la evicción, *hay un acreedor que no ha sido pagado*. Para Planiol y Ripert, *de concederse al acreedor las dos acciones* (su acción primitiva y la de garantía) *no podrá acumularlas y habrá de decidirse por una de ellas*. Para Pothier, la acción de garantía representaba mayores ventajas, *porque permitía al acreedor obtener daños y perjuicios además del valor de la cosa*.<sup>35</sup>

Por su parte Messineo sostiene que el deudor está obligado a la *garantía por evicción y por los vicios de la cosa según las reglas de la venta, salvo que el acreedor (accipiens) que sea objeto de evicción o al que se hubiere trasferido cosa afectada por vicios, prefiera exigir la prestación originaria y pedir el resarcimiento del daño*.<sup>36</sup>

La Tercera Sala de la SCJN ha considerado que si bien existe disposición legal que prevé que la obligación primitiva renace cuando el acreedor sufre la evicción del bien que recibe en pago, sería inequitativo aplicar tal disposición cuando resulta imposible reclamar el cumplimiento de esa obligación porque el bien objeto de la misma haya salido del patrimonio del deudor, por haber sido vencido en un procedimiento de reivindicación, supuesto en el cual resulta procedente la condena al pago por equivalente.<sup>37</sup>

## 2. Los derechos de garantía y la dación en pago

Un punto que debe analizarse es el atinente a los efectos de la dación en pago respecto de los derechos de garantía, los cuales, en principio, también se extinguen con la dación. Sin embargo, la importancia del asunto estriba en determinar si los derechos de garantía reviven al producirse la evicción.

El artículo 2942 del CCF prevé dos situaciones en las que la hipoteca extinguida por dación en pago revive: primero, cuando el bien objeto de la dación se pierde por culpa del deudor; y, segundo, cuando el acreedor pierde el bien por virtud de la evicción.

Aun cuando en el primer caso la señalada disposición establece como requisito para que reviva la hipoteca, que la pérdida del bien por culpa del deudor suceda cuando esté en poder del propio deudor,

---

<sup>35</sup> PLANIOL, op. cit., p. 341-

<sup>36</sup> MESSINEO, op. cit., p. 204.

<sup>37</sup> EVICCIÓN. PAGO POR EQUIVALENCIA (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO). Séptima Época. Registro: 240423. Instancia: Tercera Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 169-174 Cuarta Parte, Materia(s): Civil. Tesis: Página: 84.

consideramos que la regla también resulta aplicable al caso en que el bien se halle en posesión del acreedor, siempre que la pérdida haya sido por culpa del deudor.

Si la anotación de la hipoteca en el Registro Público de la Propiedad fue cancelada al otorgarse la dación en pago, la mencionada anotación sólo revive desde la fecha de la nueva inscripción. En tal situación, el acreedor únicamente conserva el derecho a reclamar la responsabilidad civil al deudor, por los daños que se le hayan causado, de conformidad con el artículo 2943 del CCF.

No obstante, cuando la hipoteca la ha otorgado un tercero, la ineficacia sobrevinida de la dación en pago de ninguna manera hará resurgir la hipoteca cancelada, en razón de que la posición de los terceros no puede agravarse, salvo que éstos lo consientan.

Sin discusión alguna, estas disposiciones son aplicables por analogía a los demás derechos de garantía, sean éstos de naturaleza real o personal, y, de esa manera, adquieren generalidad.

Por otra parte, el hecho de que se reciba en pago determinado bien, de ninguna manera autoriza a cancelar los gravámenes que a favor de terceros tuviera el bien enajenado.<sup>38</sup> En este caso, el bien dado en pago habrá de transmitirse en propiedad con los gravámenes que dicho bien reporta.

### 3. Ejecución inmediata de la prestación, innecesaria

Pero ¿qué ocurre con las obligaciones de hacer o de no hacer, en las que no cabe la evicción? Supóngase que el deudor se compromete a prestar un servicio en lugar de la primitiva obligación de dar, pero el deudor también incumple esta nueva prestación. La solución a esta interrogante nos permitirá replantear la respuesta que la doctrina mexicana ha encontrado respecto de la naturaleza jurídica de la dación en pago.

Un sector de la doctrina sostiene que en la dación en pago el deudor debe ejecutar de inmediato la nueva prestación, puesto que si ésta es aplazada o diferida se estaría ante una *novación objetiva*—novación por cambio de objeto—, pero no de una dación.<sup>39</sup> Incluso, algún autor rechaza la posibilidad de dar en pago bienes futuros, salvo que lo que se transmita sea el derecho a percibir tales bienes.<sup>40</sup>

Nos parece que no es indispensable que la ejecución de la nueva prestación deba efectuarse de inmediato, sino que puede diferirse para

---

<sup>38</sup> DACION EN PAGO, CANCELACION DE LOS GRAVAMENES CONSTITUIDOS EN FAVOR DEL ADQUIRENTE, SOBRE LOS BIENES OBJETO DE LA (LEGISLACION DE TLAXCALA). Quinta Época. Registro: 374105. Instancia: Cuarta Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. LXXXI, Materia(s): Civil. Tesis: Página: 5664.

<sup>39</sup> Cfr. BEJARANO, op. cit., p. 427.

<sup>40</sup> Cfr. AZÚA REYES, Sergio T., *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, México 1993, p. 310.

un momento posterior, sin que por esa razón se produzca la novación objetiva de la obligación original.

Lo que ocurre es que la primitiva obligación subsiste mientras se realiza la nueva prestación y se extingue hasta entonces. Esto significa que *la extinción de la obligación queda supeditada a una condición suspensiva consistente en que se satisfaga la prestación ofrecida*, condición que se entiende implícita en el acuerdo de dación en pago. De ninguna manera se trata de una condición potestativa, puesto que la arbitrariedad que caracteriza a esta clase de condiciones desaparece, al resultar afectado el deudor si el hecho al que se somete la condición no llega a ocurrir.

Para el análisis de los efectos de la dación en pago son relevantes, entre otros, los aspectos relacionados con (i) el incumplimiento de la prestación de hacer o de no hacer que sustituye a la prestación original.- (ii) los vicios ocultos del bien objeto de la dación.- y, (iii) la pérdida o deterioro del bien por culpa del deudor, en especial, antes de entregarlo al acreedor.

#### 4. La dación en pago como contrato atípico: su contenido obligacional

De acuerdo con Díez Picazo, la dación en pago es un *contrato atípico* celebrado entre el acreedor (*accipiens*) y el deudor (*solvens*) destinado a conseguir la satisfacción del primero mediante una prestación distinta de la originalmente estipulada.<sup>41</sup>

Por lo tanto, al redactar la dación en pago habrá de considerarse diversos aspectos como parte de su contenido obligacional, entre los cuales, pueden mencionarse los siguiente: (i) un eventual *reconocimiento de adeudo*, como punto de referencia.- (ii) la identificación del crédito adeudado.- (iii) el monto debido por capital e intereses.- (iv) el bien o el servicio que es objeto de la dación en pago.- (v) la precisión de que se trata de un pago total o, en su caso, de un pago parcial, supuesto éste en el que (vi) debe indicarse la cantidad restante que se adeuda y, (vii) eventualmente, la manera como ésta será pagada (viii) quizá hayan acordado las partes una *quita parcial*.- (ix) la cancelación, en su caso, de las garantías que respaldan el crédito original y las que subsistan, si se trata de un pago parcial. Por último (x) conviene prever los efectos de la *evicción* y de la eventual existencia de *vicios ocultos* del bien enajenado.

Es preciso tener en cuenta, además, que la dación en pago podría ser consecuencia de una *transacción*, punto que habría de quedar reflejado en el instrumento que al efecto se otorgara.

#### 5. La dación en pago y las operaciones con recursos de procedencia ilícita

La dación en pago de inmuebles o de derechos reales sobre inmuebles es, sin discusión, una actividad vulnerable para los efectos del artículo 17, fracción XII, apartado A, inciso a), la Ley Federal para la

---

<sup>41</sup> DIEZ PICAZO, op. cit., pp. 555-556, 557.

Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícitas.

Esa clase de operaciones estará sujeta a la presentación del aviso ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público cuando el valor catastral o, en su caso, el valor comercial del inmueble, el que resulte más alto, sea igual o superior al equivalente en moneda nacional a *dieciséis mil* veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal.

## V ] Consecuencias fiscales de la dación en pago

En realidad, las consecuencias fiscales de la dación en pago, por ser una forma de enajenación de bienes, son idénticas a las de cualquier otra enajenación.

No obstante, recibe un tratamiento un poco diferente en lo que respecta a la *enajenación por dación en pago o adjudicación*, de inmuebles, certificados de vivienda, derechos de fideicomitente o fideicomisario que recaigan sobre inmuebles, que realicen las personas físicas con actividad empresarial, que se relacionen con créditos obtenidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley del Impuesto Sobre la Renta. Tales enajenaciones están exentas del pago del referido impuesto, siempre que la enajenación se realice a favor de contribuyentes que por disposición legal no puedan conservar la propiedad de dichos bienes o derechos.<sup>42/43</sup>

Asimismo, los *contribuyentes que no puedan conservar en propiedad por disposición legal los bienes o derechos que adquieran por dación en pago –o por adjudicación–*, no pueden deducir como inversión el valor de esos bienes según lo prevén los artículos 29 y 57 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (en adelante LISR).

El referido artículo 57 señala que para *determinar la ganancia obtenida o la pérdida sufrida en la enajenación que realicen de los citados bienes o derechos*, (i) *restarán al ingreso que obtengan por dicha enajenación en el ejercicio en el cual se enajene el bien o derecho*, (ii) *el costo comprobado de adquisición*, el cual (iii) se podrá ajustar

---

<sup>42</sup> Artículo segundo transitorio, fracción XLVII, de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

<sup>43</sup> El mencionado artículo segundo transitorio, fracción XLVII, de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, agrega:

“En estos casos, el adquirente deberá manifestar en el documento que se levante ante fedatario público y en el que conste la enajenación que cumplirá con lo dispuesto en el artículo 54-A de la Ley del Impuesto sobre la Renta que se abroga”.

“Las personas físicas que tributaron conforme a la Sección I del Capítulo VI del Título IV de la Ley de Impuesto sobre la Renta que se abroga, que enajenen los bienes a que se refiere esta fracción, no podrán deducir la parte aún no deducida correspondiente a dichos bienes que tengan a la fecha de enajenación, a que se refiere el artículo 108, último párrafo de la referida Ley, según corresponda, debiendo manifestar en el documento que se levante ante fedatario público el monto original de la inversión o la parte aún no deducida sin actualización, según sea el caso, así como la fecha de adquisición de los bienes a que se refiere dicho artículo”.

multiplicándolo por el factor de actualización correspondiente al periodo comprendido desde el mes en el que el bien o derecho fue adquirido por dación en pago o por adjudicación y hasta el mes inmediato anterior a la fecha en la que dicho bien o derecho sea enajenado a un tercero, por quien lo recibió en pago o por adjudicación. La referida disposición agrega que tratándose de acciones, el monto que se restará en los términos de este párrafo, será el costo promedio por acción que se determine de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 24 de la LISR.

Por lo que se refiere a los contribuyentes a quienes se les hubieran perdonado deudas como resultado de (i) reestructuración de créditos o (ii) de enajenación de bienes muebles e inmuebles, certificados de vivienda, derechos de fideicomitente o fideicomisario que recaigan sobre inmuebles, por dación en pago o adjudicación judicial o fiduciaria, están autorizados para excluir como ingresos para los efectos del impuesto sobre la renta, el monto de la referida condonación, siempre que se trate de créditos otorgados por contribuyentes que por disposición legal no puedan conservar los bienes recibidos como dación en pago o adjudicación judicial o fiduciaria y siempre que cancelen, en su caso, el interés que se hubiera deducido para efectos de dicho gravamen por las deudas citadas. Para tal efecto, los contribuyentes deberán presentar las declaraciones complementarias que correspondan derivadas de la cancelación de los intereses que se hubieran deducido.<sup>44/45</sup>

e) Por último, en materia del impuesto al valor agregado, las instituciones de crédito que adquieran bienes mediante dación en pago o adjudicación judicial o fiduciaria están obligados a efectuar la retención del impuesto que se les traslade (artículo 1-A de la Ley del Impuesto al Valor Agregado).

---

<sup>44</sup> Artículo segundo transitorio, fracción XLVI, de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

<sup>45</sup> El artículo segundo transitorio, fracción XLVIII, establece lo siguiente: “Durante los ejercicios de 2002 y 2003, los contribuyentes que tributen conforme al Título II de la Ley del Impuesto sobre la Renta, no pagarán el impuesto sobre la renta, por los ingresos derivados de la enajenación de inmuebles, certificados de vivienda, derechos de fideicomitente o fideicomisario que recaigan sobre inmuebles, que realicen los contribuyentes como dación en pago o adjudicación fiduciaria a contribuyentes que por disposición legal no puedan conservar la propiedad de dichos bienes o derechos, siempre que la dación en pago o adjudicación fiduciaria derive de un crédito obtenido con anterioridad a la entrada en vigor de esta disposición. En este caso, el contribuyente que enajenó el bien no podrá deducir la parte aún no deducida correspondiente a ese bien que tenga a la fecha de enajenación, a que se refiere el artículo 37, sexto párrafo de la Ley del Impuesto sobre la Renta, debiendo manifestar en el documento que se levante ante fedatario público el monto original de la inversión y/o la parte aún no deducida sin actualización, según sea el caso, así como la fecha de adquisición de los bienes a que se refiere esta fracción”. “En estos casos, el adquirente deberá manifestar en el documento que se levante ante fedatario público y en el que conste la enajenación, que cumplirá con lo dispuesto en la fracción L de este artículo transitorio”.

## Bibliografía

- AZÚA REYES, Sergio T. *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, México 1993.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Oxford, sexta edición, México 2010, p. 426.
- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, décima cuarta edición, México 1995.
- DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, segunda edición, Madrid 1996.
- GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Porrúa, séptima edición, México 1990.
- MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, Porrúa, décimo primera edición, México 2008.
- MESSINEO, Francesco, *Derecho Civil y Comercial*, tomo IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1979.
- PLANIOL Marcel, RIPERT Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Cárdenas Editor, México 1983.
- RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, tercera edición, México 2007.
- ROBLES FARIAS, Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, Oxford, México 2011.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, tomo V, Porrúa, sexta edición, México 1995.

*Fecha de recepción: 20 de agosto de 2015*

*Fecha de aprobación: 28 de agosto de 2015*

# Algunas reflexiones sobre la Filosofía del Derecho de Vasco de Quiroga

JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Sobre la Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos.* III. *Vasco de Quiroga: como oidor, defensor de los derechos de los indios.* IV. *Quiroga promotor de derechos.* V. *El derecho subjetivo en la obra de Quiroga.* VI. *Justicia: una virtud social.* VII. *Conclusión.*

**Resumen.** A 450 años de la muerte del jurista Vasco de Quiroga, primer obispo de Michoacán, se ofrecen puntos de reflexión sobre su Filosofía del Derecho, la cual se expresa tanto en su teoría (textos escritos) como en su práctica de juez primero y obispo después. El pensamiento jurídico de Quiroga es iniciador de la Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos, ya que teoriza sobre los derechos (libertades) y acerca de la justicia, y los hace práctica en la defensa concreta de los empobrecidos de las Indias.

**Palabras clave:** Derechos Humanos, Vasco de Quiroga, Tradición Iberoamericana.

**Abstract:** 450 years after the death of the jurist Vasco de Quiroga, first bishop of Michoacán, some topics to take into consideration about his philosophy of Law are exposed, which is exposed in his theory (written text) as in his practice as first judge and, later, bishop. The juridical thought of Quiroga is pioneer of Iberoamerican Human Rights Tradition because it theorized about rights (freedoms) and about justice, practicing them on the concrete defense of the Las Indias impoverished.

**Keywords:** Human Rights, Vasco de Quiroga, Iberoamerican Tradition.

## I ] Introducción

El 14 de marzo de 1565, murió don Vasco de Quiroga, en Pátzcuaro, ciudad de su sede episcopal.<sup>2</sup> De tal modo que estamos conmemorando el 450 aniversario del fallecimiento de uno de los pilares de la historia cultural de México, un auténtico *productor de humanismo*. Francisco Miranda dice que es *Una de las figuras más consistentes de*

<sup>1</sup> Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma de Aguascalientes.

<sup>2</sup> Aunque la mayoría de los historiadores sostienen que la muerte del obispo de Michoacán fue en Pátzcuaro, algunos dicen que fue en Uruapan.

nuestra historia... La actualidad de su memoria se debe a que encarnó profundos valores humanos que lo han convertido en varón universal... Dedicó su vida a luchar por la igualdad humana, la libertad y el armónico desarrollo de las personas y las sociedades...<sup>3</sup>

En este recuerdo que hacemos de Vasco de Quiroga, voy a referirme a algunos aspectos de su Filosofía del Derecho. Este quehacer filosófico no se lo propuso Quiroga de manera explícita; no era un filósofo del Derecho de oficio; su pensamiento jurídico forma parte de sus reflexiones teóricas y acciones prácticas como abogado, juez y obispo, en defensa de los derechos de los indígenas, de sus personas, comunidades y pueblos. Bien dice Alejandro Rosillo que Quiroga fue primordialmente un abogado y un obispo cuya praxis quedó plasmada más en su quehacer como oidor y en sus fundaciones de pueblos, hospitales e instituciones educativas que en obras escritas.<sup>4</sup> A pesar de su sólida formación jurídica y humanística, produjo pocas obras escritas. De tal modo que para poder acercarnos a la Filosofía del Derecho de Quiroga, tenemos que –como dice el propio Rosillo–: vincular los textos con la praxis concreta que efectuó, con las finalidades concretas que buscó, con los logros que obtuvo y con la memoria histórica que de su persona se tiene entre los pueblos que defendió.<sup>5</sup>

El propósito de este recuerdo que hacemos de Don Vasco de Quiroga, es rescatar su pensamiento jurídico con la intención tanto de divulgar la Filosofía del Derecho mexicana como de dar a conocer los fundamentos de eso que algunos autores venimos de un tiempo acá denominando Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos.

Antes de entrar a materia de fondo, diremos que Vasco de Quiroga nació probablemente en 1470 en la villa de Madrigal de la provincia de Ávila, en donde fue bautizado en la iglesia de San Nicolás. Pertenece a una familia de origen gallego; sus padres fueron Vasco Vázquez de Quiroga y María Alonso de la Cárcel. Recibió la licenciatura en cánones en la Universidad de Valladolid o en Salamanca.<sup>6</sup>

## II ] Sobre la tradición iberoamericana de derechos humanos

Entre el 29 de mayo y el 2 de junio de 1537, el papa Paulo III dio tres documentos de enorme importancia para la Iglesia indiana en general y para la Iglesia novohispana en particular; tres documentos que implican la defensa de los derechos de los indios: la *Pastorale Officium*, la bula

<sup>3</sup> MIRANDA, Francisco, *Vasco de Quiroga, Varón Universal*, Ed. Jus, México, 2007, p.5.

<sup>4</sup> ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro, *Los inicios de la tradición iberoamericana de derechos humanos*, Ed. Universidad Autónoma de San Luis Potosí y Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, San Luis Potosí-Aguascalientes, 2011, p. 413.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 414.

<sup>6</sup> Cfr. AGUAYO SPENCER, Rafael, *Don Vasco de Quiroga. Pensamiento Jurídico*, en el “Estudio Preliminar”, edición y notas de Soberanes, José Luis, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 1986, págs. 21 y 22.

llamada *Altitudo divino consillii* y la encíclica *Sublimis Deus*, siendo esta última una auténtica declaración de derechos inherentes a todos los hombres y de libertad de los pueblos. La encíclica *Sublimis Deus* era producto del pensamiento y la acción de varios misioneros indianos; que en su inspiración y solicitud al papa, destacan las siguientes intervenciones: informes y acciones concretas del dominico Bernardino Minaya; una célebre carta del primer obispo de Tlaxcala, el dominico Julián Garcés; una carta del obispo de México, el franciscano Juan de Zumárraga; varios escritos del dominico fray Bartolomé de las Casas, destacando su primer libro conocido como *Del único modo*; y las opiniones vertidas por los obispos y religiosos novohispanos en las juntas apostólicas de mediados de 1536, celebradas en la ciudad de México.<sup>7</sup>

La encíclica *Sublimis Deus*, es, sin duda, una primera declaración universal de derechos humanos, producto de un reconocimiento previo de esos derechos, hecho por un puñado de misioneros que supieron reconocer en el indio al otro hombre, esto es a seres distintos de ellos, pero tan seres humanos como ellos mismos. Se trata de un fruto ya maduro, que implica el comienzo de la consolidación de una teoría iberoamericana de derechos humanos.

Sobre los derechos humanos existen dos tradiciones teóricas: la de la Ilustración, ligada a la Revolución Francesa y a la Independencia de Estados Unidos, de corte eminentemente individualista; y otra tradición que nace en América Latina con Bartolomé de las Casas y el grupo de los primeros evangelizadores que pensaban como él, caracterizada por concebir los derechos humanos a partir del pobre.<sup>8</sup>

Cada una de esas tradiciones teóricas sobre los derechos humanos tiene una filosofía jurídica en la cual hunde sus raíces. La de la Ilustración apela teóricamente a la llamada Escuela del Derecho Natural, que se desarrolla a lo largo de los siglos XVII y XVIII; es de corte racionalista y su principio social fundamental es el individualismo. La segunda es más antigua y se trata del iusnaturalismo de tradición cristiana que tiene su expresión más acabada con los teólogos juristas españoles del siglo XVI y principios del siglo XVII, tales como Vitoria, De Soto, Suárez y Mariana; conlleva una concepción del Derecho Natural no sólo racional, sino que tiene en cuenta al ser humano concreto y a la historia y con un principio social fundamental de corte comunitario. Esta corriente del iusnaturalismo cristiano da el salto definitivo en la concepción de los derechos humanos desde el pobre, no en las cátedras españolas, sino en la praxis de la defensa del indio y a partir de la realidad de las Indias.

---

<sup>7</sup> Para ampliar el tema: DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio "A 475 años: recuerdo y actualidad de la encíclica *Sublimis Deus*, como proclamación de derechos humanos", en *Revista de Investigaciones Jurídicas* N° 36, Escuela Libre de Derecho, México, 2012, págs. 95-129.

<sup>8</sup> Esta afirmación la hizo el jesuita chileno José Aldunate en la Mesa 6-1 sobre Investigación, el 9 de noviembre de 1990. Cfr. "Los Derechos Humanos y la Iglesia Chilena", en *La Universidad y los Derechos Humanos en América Latina*. Ed. Unión de Universidades de América Latina y Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1992. págs. 123-129.

Los distintos fundamentos filosóficos de una y otra corriente de derechos humanos, hacen que existan entre ellas enormes diferencias. Pero no es el momento de profundizar en ello.

La Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos tuvo su inicio con la defensa que hicieron de los derechos de los indios los padres dominicos que llegaron a La Española en 1510 encabezados por fray Pedro de Córdova. Esos religiosos con la explotación y exterminio de los indios ante sus ojos, dice Las Casas:

*...comenzaron a juntar el derecho con el hecho... y a tractar entre sí de la fealdad y enormidad de tan nunca oída injusticia, diciendo así: '¿Estos no son hombres? ¿Con estos no se deben guardar y cumplir los preceptos de caridad y justicia? ¿Estos no tenían sus tierras propias y sus señores y señoríos?'*

Con el objeto de denunciar la injusticia, se pusieron de acuerdo los religiosos en la prédica de los sermones con motivo de Adviento, determinando que el encargado de la homilía fuera fray Antón de Montesinos, basándose en un texto firmado por todos los frailes de la comunidad, que en su parte medular decía así:

*Decid: ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a estos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas dellas, con muertes y estragos nunca oídos, habéis consumido?... ¿Estos, no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amallos como a vosotros mismos?...*<sup>10</sup>

El descubrimiento de la alteridad, del otro, conlleva a reconocer sus derechos. El saber ver al otro, hace descubrir su dignidad, la dignidad humana, cuyo núcleo, dice Joaquín Herrera, es el derecho a tener derechos, contenido esencial de los derechos humanos.<sup>11</sup>

La Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos en el sentido que la hemos descrito no es unánimemente aceptada. Lejos de ello, muchos historiadores sólo reconocen la tradición teórica de los derechos del hombre de la Ilustración y sitúan, por lo tanto, *el comienzo de los derechos humanos entre los siglos XVII y XVIII en Inglaterra, Francia y las colonias inglesas de América del Norte.*<sup>12</sup> En esa posición crítica y objetora, actuando -como él mismo dice- *de abogado del diablo,*

---

<sup>9</sup>LAS CASAS, Bartolomé de. *Historia de las Indias*. t. II, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1981, lib. III, cap. III, p. 439.

<sup>10</sup>*Ibidem*. págs. 441 y 442.

<sup>11</sup>HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos desde La Escuela de Budapest*. Ed. Tecnos. Madrid, 1989. p. 128.

<sup>12</sup>ROVETTA KLYVER, Fernando. "Hacia un modelo iberoamericano de derechos humanos a partir de Francisco de Vitoria y de la legislación indiana", en *Los Derechos Humanos en América. Una perspectiva de cinco siglos*. Ed. Cortes de Castilla y León. Salamanca, 1994. p. 153.

Bartolomé Clavero niega la existencia de derechos humanos en la América Española, en un trabajo presentado en un seminario precisamente sobre la tradición indiana y los derechos humanos. El profesor de la Universidad de Sevilla dice:

*Recordemos ante todo algo tan básico como que los derechos, rigurosamente los derechos, no existían entonces para nadie. Los juristas, siguiendo a los teólogos, no admitían derechos en su sentido subjetivo, esto es facultades de sujetos, por sí mismos y para ningún caso; esto no entraba en los supuestos de la cultura del tiempo; era algo entonces inconcebible. De entrada, a nadie, ni a colonizador ni a colonizado sin ir más lejos, se le reconocía capacidad alguna de título originario y disposición propia. El derecho comenzaba por ser, no facultad de un titular, sino ordenamiento de la sociedad. Tenía ante todo este sentido de orden objetivo.*<sup>13</sup>

Clavero ubica el nacimiento de los derechos humanos *hasta mediado el siglo XVII y por latitudes de momento tan sólo británicas.*<sup>14</sup> Y agrega que: *De entonces, solamente de entonces, viene la ocurrencia que hoy nos puede parecer tan sencilla del individuo como sujeto originario del derecho.*<sup>15</sup>

No estamos de acuerdo con la postura de Clavero. Creemos que el movimiento de la Ilustración, acompañando a los cambios sociales y políticos de su entorno, genera una juridificación en términos modernos de lo que se ha denominado derechos humanos, pero la concepción de éstos es anterior a la mitad del siglo XVII, y precisamente existe un momento histórico muy anterior, la primera mitad del siglo XVI, en que éstos se reconocen y forman parte de la juridicidad de su tiempo, no sólo como derechos de los individuos sino también como derechos de los pueblos o comunidades.

Conscientes de lo complejo de la temática y lo polémico de esta cuestión, sin embargo nos atrevemos a sostener, en contra de la opinión de Clavero, que los derechos en el mundo indiano no están perdidos y que sí aparecen, a veces incipientes y a veces bien formados, sólo que dentro de una formación social distinta a la de los estados individualistas liberales que se establecerán muchos años después. *Esos derechos aparecen teóricamente reconocidos, éticamente sostenidos y muchos de ellos objetivizados normativamente por la legislación dada y aplicada por el Estado.*

Mauricio Beuchot sostiene que los derechos humanos fueron ya plenamente concebidos por la Escuela de Salamanca y de ahí pasaron a Indias, y se hicieron vida en la práctica de los misioneros indianos,

---

<sup>13</sup>CLAVERO, Bartolomé. "Espacio colonial y vacío constitucional de los derechos indígenas", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho VI-1994. La Tradición Indiana y el origen de las declaraciones de derechos humanos*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1994. p. 67.

<sup>14</sup>*Ibidem*. p. 75.

<sup>15</sup>*Idem*

especialmente en Bartolomé de Las Casas y en Alonso de la Veracruz<sup>16</sup> y también, sostengo, en Vasco de Quiroga.

Mauricio Beuchot escribe:

*Algunos autores, como Michel Villey, Leo Strauss y Ralph MacLrerny, sostienen que los derechos humanos corresponden a los derechos naturales del iusnaturalismo moderno (p. ej. Grocio, Pufendorf y Rousseau), pero no al iusnaturalismo clásico (p. ej. Aristóteles, Justiniano y Santo Tomás). Lo anterior, ya que la noción clásica de derecho (tanto en los griegos, como en el derecho romano y en los medievales) es objetiva, es una propiedad del objeto; en cambio, la noción moderna del derecho es subjetiva, es un derecho del sujeto, una propiedad del individuo. Pero creemos que los derechos humanos sí pueden fundamentarse en un derecho natural tomista, aunque no directamente, sino a través de la escuela de Salamanca.*<sup>17</sup>

Beuchot se apoya en la tesis de Blandine Barret-Kriegel, que encuentra una vinculación con el derecho natural tomista mediante la Escuela Tomista de Salamanca, con la cual se da ese cambio de la noción de derecho objetivo a la de derecho individual: cambia la idea de ley (antes, incluso, que la idea de naturaleza),<sup>18</sup> Pero el filósofo dominico no sólo se apoya en la tesis de Barret-Kriegel, sino que la profundiza y la refuerza.

Villey había sostenido que los derechos humanos, al ser derechos subjetivos, no pudieron tener origen en el tomismo, ya que Santo Tomás (1224-1274) tenía una noción del derecho como algo objetivo y la Escuela de Salamanca traiciona al Aquinate al admitir la noción de derechos subjetivos; pero la profesora Barret-Kriegel más bien se alegra de que los salmantinos hayan modificado así la noción tomista de derecho y de ley natural, porque ve en ello el surgimiento de la noción de derechos humanos.<sup>19</sup>

Bien, veamos de qué manera Beuchot reconstruye la genealogía de los derechos humanos.

Comienza nuestro filósofo por recordar que los romanos decían que las cosas eran objeto de un derecho, esto era el *dominium*. Y esta noción de dominio pasa a Santo Tomás y a los escolásticos. *El propio*

---

<sup>16</sup> Cfr. BEUCHOT, Mauricio *Filosofía y derechos humanos*. Ed. Siglo XXI. México, 1993; *Los Fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de Las Casas*. Antropos Editorial del Hombre. Barcelona, 1994; "Bartolomé de Las Casas, el humanismo indígena y los derechos humanos", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, VI-1994. *Op. cit.*; "Derechos subjetivos, derechos naturales y derechos humanos", en la obra colectiva *Laberintos del Liberalismo*. Ed. Miguel Ángel Porrúa. México, 1995.

<sup>17</sup> BEUCHOT, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos*. *Op. cit.* págs. 13 y 14.

<sup>18</sup> *Ibidem*. p. 14.

<sup>19</sup> BEUCHOT, Mauricio *Bartolomé de Las Casas, el humanismo indígena y los derechos humanos*, *Op. Cit.* p. 38.

*Aquinate -agrega Beuchot- habla de la potestad y del dominio en el sentido que tiene el derecho subjetivo.<sup>20</sup>*

El dominico reafirma, que en el santo de Aquino sí aparecen los derechos subjetivos o personales, pero acota:

*Los derechos que Santo Tomás entiende como subjetivos pueden ser activos y pasivos. Él los toma en sentido pasivo, es decir, como derechos que son dados o permiten algo por otro, más que como derechos para hacer algo uno mismo. Por eso los derechos personales, pasivos de Santo Tomás, difícilmente pueden tomarse como derechos humanos.<sup>21</sup>*

Creemos que la noción de los derechos humanos en Santo Tomás se extrae de su noción misma de justicia, como derechos humanos pasivos según dice Beuchot. Esto porque *lo suyo, el acto o la cosa, que se debe a otro en justicia, es precisamente su derecho, su derecho subjetivo, su derecho humano. Cuando Santo Tomás trata la cuestión de la justicia dice:*

*...la justicia versa principalmente acerca de las cosas que se refieren a otro como a su propia materia... Y por tanto, el acto de la justicia por comparación a la propia materia y objeto se designa cuando se dice que da a cada uno su derecho; porque, como dice San Isidoro (Etym. 1. 10, letra I), dicese justo porque guarda el derecho.<sup>22</sup>*

Beuchot, siguiendo a Villey, sostiene que la noción de derecho subjetivo, ya corriente en la Filosofía del Derecho moderna, tiene su origen en el franciscanismo medieval, en el ala nominalista de esa orden y en concreto en Guillermo de Ockham (1300-1349).<sup>23</sup>

En su *Opus nonaginta dierum*, Ockham, al defender a los frailes menores contra el papado, que los acusaba de herejía por querer practicar la pobreza completa, recurre para justificar la pobreza franciscana al derecho civil y eclesiástico, y analiza los conceptos de uso, usufructo, propiedad, dominio y potestad y los conecta con la noción del Derecho.

*Ockham ve al derecho subjetivo como aquel en que habría poder de recurrir a la sanción establecida por la autoridad pública: 'potestad o poder de proteger y defender algo en un juicio humano.'... Al igual que Santo Tomás, define el dominium por el potestas; pero la potestas, entendida aquí como ius, hace que el derecho pase a tener un sentido subjetivo, un poder, una capacidad, una prerrogativa o una libertad.<sup>24</sup>*

<sup>20</sup> BEUCHOT, Mauricio, *Derechos subjetivos, derechos naturales y derechos humanos*. Op. Cit. p. 152.

<sup>21</sup> *Ibidem*. p. 153.

<sup>22</sup> DE AQUINO, Santo Tomás, *Suma Teológica*. T. XI, *La Prudencia, la Justicia y el Derecho*, Cuestión LVIII, Art. I, Versión del texto latino de Ismael Quiles, Club de Lectores, Buenos Aires, 1987. p. 117.

<sup>23</sup> BEUCHOT. "Derechos subjetivos..." Op. Cit. p. 153.

<sup>24</sup> *Ibidem*. p. 154.

Villey sostiene que Ockham, el llamado *Venerabilis Inceptor*, por ignorar el Derecho Romano, basó su sistema filosófico-jurídico en la noción de poder o potestad. Pero es necesario añadir que esto es posible por su propia epistemología nominalista, que radicaliza la noción del ser en lo individual, y esto, llevado a lo social, a la acentuación del individuo, ya que los universales, las totalidades, sólo son nombres (*nomina*) carentes de realidad.

Beuchot escribe:

*El nombre que se daba al derecho subjetivo era, entonces, 'poder' (potestas), esto es, una cualidad del sujeto, a saber, el dominio que tiene sobre las cosas. O, si se quiere, y más propiamente, la potestad engendra el dominio sobre algo, y eso es poseído por el individuo. El paso del ius al poder fue permitido, según hemos visto, por una filosofía nominalista, privilegiadora de lo singular, del individuo, como era la de Ockham. Este fue el primero en defender el derecho subjetivo y en edificarle su teoría.*<sup>25</sup>

En Ockham el derecho es el poder conforme a la recta razón, y si es poder o potestad, es derecho subjetivo.<sup>26</sup> En el siglo XV, otro nominalista, Juan Gerson (+1429), sostiene que al dominio pertenece la libertad, la cual es una facultad irrestricta, dada por Dios al hombre. Así, el derecho como dominio lleva la noción del derecho como libertad o garantía individual.<sup>27</sup>

Gerson fue un gran nominalista, pero también un gran místico, y su vivencia de la libertad divina (para crear y para salvar) y de la libertad humana (aun para pecar) le lleva a ver la libertad como un derecho y el derecho como una libertad. Ya el derecho no está vinculado a un orden moral objetivo ni a un deber -como para Santo Tomás-, su fundamento es la soberanía del individuo... Define el derecho como 'la facultad o potestad que compete a alguien según el dictamen de la recta razón'.<sup>28</sup>

En el siglo XVI son seguidores de Gerson, Joannes Mair y Jacobus Almain, ambos nominalistas, y son quienes transmiten su pensamiento. Mair fue profesor de Vitoria en el Colegio de Monteagudo de la Universidad de París y tuvo influencia en el dominico; ciertamente no al grado de que Vitoria aceptara la epistemología nominalista, pero influye el nominalismo en su concepción jurídica y en la de toda la Escuela de Salamanca. Dice Beuchot:

*En el siglo XVI, Vitoria recupera el sentido subjetivo pasivo del derecho que había dado Santo Tomás, no el activo de Gerson. Para Vitoria, tanto los bárbaros o infieles, como los herejes y los cristianos, es decir, todos los hombres, tienen como imagen de Dios la facultad racional; por ella son capaces de*

---

<sup>25</sup> *Ibidem.* p.156.

<sup>26</sup> *Ibidem.* p. 157.

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> *Ibidem.* págs. 157 y 158.

*dominium sobre sus acciones y sobre sus bienes, i.e. tienen libertad y posesión o gobierno. El derecho individual se da, pero de modo pasivo, porque depende de un orden objetivo de moral y de justicia.*<sup>29</sup>

Aunque, ciertamente, Vitoria no llega a la concepción del derecho subjetivo como Gerson, en cuanto que facultad, poder, dominio o libertad, ya que acentúa la noción de lo justo objetivo siguiendo a Santo Tomás, sin embargo, al Profesor del Colegio de San Esteban, la fuerte influencia nominalista, lo hace destacar ya, en algunos textos, la radicación del *ius* en la persona, como derecho subjetivo, al relacionar el derecho con la posibilidad de padecer injuria, y a establecer expresamente, con relación a los seres racionales, el derecho que tienen sobre la cosa, cuando escribe que *pueden padecer injuria; luego tienen derecho a las cosas; luego dominio, que no es otra cosa que este derecho.*<sup>30</sup>

Y pasando ya a los autores indianos, encontramos, como dice Beuchot, que *Las Casas utiliza, pues, la noción de potestas y dominium, como la posesión de algún derecho en sentido subjetivo... Las Casas, aun cuando da preferencia al derecho objetivo, está ya utilizando -con otros vocablos- la noción de derecho subjetivo, incluso en el ámbito del derecho natural. Estos derechos naturales subjetivos son los que corresponden a los derechos humanos.*<sup>31</sup> Por mi parte, creo haber demostrado, que en la obra de Alonso de la Veracruz aparece muy clara la noción de derecho subjetivo y, por lo tanto, de derechos humanos.<sup>32</sup>

### III ] Vasco de Quiroga: como oidor, defensor de los derechos de los indios

#### 1. Su experiencia española

Vasco de Quiroga llegó a la Nueva España, en concreto a las playas de Veracruz, el 30 de diciembre de 1530, y entra en la Ciudad de México el 9 de enero de 1531, en su calidad de oidor de la llamada *Segunda Audiencia* de México. Trae además, de *tal vez unos centenares de libros*,<sup>33</sup> una gran experiencia de servicio a grupos humanos minoritarios *destrozados por la guerra, que trataban desesperadamente de adaptarse, para poder sobrevivir, a las costumbres, idioma y religión de los*

<sup>29</sup> *Ibidem.* págs. 160 y 161.

<sup>30</sup> VITORIA, Francisco de, *Las elecciones jurídicas de Vitoria*. Ed. Jus, México, 1947, Introducción y Notas de Rafael Aguayo Spencer, p. 72.

<sup>31</sup> BEUCHOT, "Derechos subjetivos...", *Op. Cit.* págs. 163 y 165.

<sup>32</sup> Cfr. DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Alonso de la Veracruz: amparo de los indios. Su teoría y práctica jurídica*, Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes, Aguascalientes, 1998.

<sup>33</sup> AGUAYO, *Op. Cit.*, p. 28.

vencedores<sup>34</sup>; son moros y judíos que siguen siendo perseguidos y hostigados, a los que el jurista de Quiroga se dedica.

En 1525 tenemos a Vasco de Quiroga como juez de residencia del corregidor de la ciudad de Orán, licenciado Paéz de Ribera, acusado de haber despojado tanto a moros y judíos como a cristianos de una gran cantidad de dinero. En 1526, en compañía de Pedro Godoy, en labores diplomáticas que se le encomendaron, concertó un tratado de paz con Abdula, rey de Tremecen, estado morisco fronterizo de Orán, el cual se firmó el 12 de agosto de 1526 en el monasterio de Santo Domingo el Real de Orán y fue refrendado por el rey de España el 9 de septiembre de ese año. *Warren cree ver la mano de don Vasco en determinadas cláusulas del documento que acusan un gran sentido de humanidad, equidad y justicia*<sup>35</sup>.

La Real Audiencia y Chancillería de Granada se estableció el 8 de febrero de 1505. En ella prestó sus servicios durante varios años Vasco de Quiroga, y según Aguayo Spencer ese trabajo debió dejar *profunda e imborrable influencia... en el futuro oidor de la Nueva España*.<sup>36</sup> De acuerdo con las capacidades para la rendición de Granada – 1492 -, los moros vencidos que no quisieran o no pudieran abandonar el territorio, que eran la mayoría, tenían derecho de conservar religión, lengua, costumbres y haberes. El arzobispo de Granada Fray Hernando de Talavera se entregó a su grey, y con métodos pacíficos y llenos de humildad, en pleno respeto de la libertad de los musulmanes, les predicó el Evangelio y buscó su conversión. Sin embargo, el futuro administrador del Reino, Fray Francisco Jiménez de Cisneros, cardenal y arzobispo de Toledo, llega un día a Granada con facultades de entrometerse en los asuntos de la diócesis de Talavera y por fuerza quiso cristianizar, y aquel que se opuso fue reprimido. Vasco de Quiroga vivió, como funcionario de justicia, el conflicto en Granada; sobre su modo de entender el cristianismo influye el *alfaquí santo* – como le llamaban los sarracenos a Talavera -y no el despiadado Jiménez de Cisneros. De tal modo que los *rasgos generales de su carácter y las líneas generales de su idiosincrasia* del nuevo oidor don Vasco, eran los siguientes, según nos los dice Aguayo Spencer:

*Una racional convicción de que los hombres pueden superar en la convivencia las diferencias de credo, raza y lengua; un innato sentimiento de piedad – propio de seres muy varoniles – hacia los desvalidos; una instintiva capacidad inagotable de misericordia y una congénita aversión irremisible contra los avaros y ambiciosos que se revela como una constante de sus obras y escritos.*<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> *Ibidem*. p. 22.

<sup>35</sup> *Ibidem*. p. 23

<sup>36</sup> *Idem*

<sup>37</sup> *Ibidem*. p. 28

## 2. La Audiencia de México

El primer gobierno novohispano lo ejerció el conquistador Hernán Cortés, con los cargos de gobernador, capitán general y justicia mayor de la Nueva España. Funciones que le fueron otorgadas primero por el Ayuntamiento del municipio de la Villa Rica de la Veracruz y confirmados por los otros primeros ayuntamientos novohispanos. Esos nombramientos fueron ratificados por el Rey Carlos I, según Real Cédula del 15 de octubre de 1522 firmada en Valladolid.<sup>38</sup>

Debido al aumento de la importancia de la Nueva España, a su crecimiento y a la enorme complejidad de sus problemas, es que la Corona decidió establecer un órgano de gobierno colegiado y estable, que tuviera primordialmente funciones judiciales y asumiera también funciones de tipo administrativo, por lo que por cédula fechada en Burgos a 13 de diciembre de 1527 establece la Primera Audiencia en México.

La llamada *Primera Audiencia* comenzó a funcionar un año después de su erección, en diciembre de 1528. Además de las facultades judiciales estaba ya investida de facultades de gobierno. La Audiencia se componía de cinco miembros; fue presidida por el conquistador y gobernador del Pánuco Nuño Beltrán de Guzmán. El resto de los oidores eran el licenciado Juan Ortiz de Matienzo, que había sido oidor en Santo Domingo y Diego Delgadillo; Alonso de Parada y Francisco Maldonado, que murieron antes de ocupar el cargo. La Audiencia funcionó sólo con tres oidores ya que estaba facultada para ello por la cédula que la funda. Estos individuos a quienes se les encargó el gobierno y la administración de justicia de la Nueva España, no eran *hombres de gobierno* dice Ezequiel A. Chávez, sino *ambiciosos sin escrúpulos ni conciencia*.<sup>39</sup> Bravo Ugarte agrega que los oidores se dedicaron a enriquecerse, despojando a Cortés y a sus capitanes y soldados y extorsionando a los indios, de los que se señalaron 100,000 en encomienda, y a lo que pedían mantenimientos y ropas en tanta cantidad, que con lo que sobró pudieron hacer alhóndigas de maíz y ropa, que públicamente vendían.<sup>40</sup>

Cuando la Corona se percató de la desastrosa administración de la Audiencia presidida por Guzmán, procedió a su destitución *provocada fundamentalmente por la situación insostenible en que se encontraba la colonia, debido a la dureza de su política hacia las comunidades indígenas*

---

<sup>38</sup> Cfr. ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, T.I, Ed. Porrúa, México, 1984, p. 238.

<sup>39</sup> CHÁVEZ, Ezequiel A. *Apuntes sobre la Colonia. Obras Completas*. Tomo II, Ed. Jus y El Colegio Nacional. México, 1844, p. 32.

<sup>40</sup> BRAVO UGARTE, José, *Historia de México*, Tomo Segundo, *La Nueva España*. Ed. Jus, México, 1970, p. 102.

que había reducido drásticamente el número de indios amenazando la existencia de la dominación colonial.<sup>41</sup>

Los nuevos oidores fueron nombrados el 5 de abril de 1530. Por cédula de 12 de julio de 1530 se les dan las Instrucciones para su gobierno. Forman parte de este cuerpo colegiado Sebastián Ramírez de Fuenleal, obispo de Santo Domingo, con el cargo de presidente y los licenciados Vasco de Quiroga, Alonso Maldonado, Francisco Ceynos y Juan Salmerón. Comenzaron a gobernar a principios de enero de 1531.

Según la Instrucciones que se dieron para su gobierno debían continuar el juicio de residencia a Hernán Cortés y debían castigar y exigir responsabilidad a los miembros de la llamada Primera Audiencia, devolviendo a los indios las tierras que se les hubiere quitado por aquellos funcionarios.<sup>42</sup>

El gobierno de la Segunda Audiencia termina el 15 de octubre de 1535, con la asunción al poder del primer virrey Antonio de Mendoza. Dice Ezequiel A. Chávez que el gobierno de estos oidores se caracteriza por su *extraordinaria cordura*.<sup>43</sup>

El juicio sobre el gobierno de la Segunda Audiencia que nos proporciona Ethelia Ruiz es el siguiente:

*Así, la segunda Audiencia procuró disminuir el poder de los encomenderos mediante la creación del corregimiento y ensayó fórmulas para controlar el flujo tributario, mediante la tasación de los tributos, de acuerdo a los criterios que la Corona determinó. Estos criterios eran los de considerar la posibilidad que los indios tenían para pagar ese tributo, sin que ello les significara una carga excesiva y garantizar, al mismo tiempo, el sustento de los colonos y el aumento de la Hacienda Real. La importancia de la segunda Audiencia radicó en que, pese a su carácter transitorio, fue uno de los gobiernos más notables por su eficacia y correspondencia con el proyecto de la Corona de ese momento.*<sup>44</sup>

El buen gobierno de estos oidores había logrado que los encomenderos estuvieran en *relativa quietud* garantizándoles la paz y la seguridad de la Nueva España a pesar de que la Audiencia había quitado encomiendas a un buen número de españoles y que su política hacia los indios fue la de protegerlos en los abusos más notables y destructivos de los colonos.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> RUIZ MEDRANO, Ethelia, *Gobierno y Sociedad en Nueva España: Segunda Audiencia y Antonio de Mendoza*, Ed. Gobierno del Estado de Michoacán y El Colegio de Michoacán, México, 1991. P. 31.

<sup>42</sup> ESQUIVEL OBREGÓN. *Op. Cit.* p. 382.

<sup>43</sup> CHÁVEZ. *Op. Cit.* p. 32.

<sup>44</sup> RUIZ MEDRANO. *Op. Cit.* págs. 31 y 32.

<sup>45</sup> *Ibidem.* p. 32.

### 3. Don Vasco haciendo justicia a los indios

A partir del gobierno de la Segunda Audiencia, los indios acudieron ante ella haciendo valer sus derechos. Dice Ethelia Ruiz que la Audiencia *impulsó la atención de las causas de los indios: procuró dedicar un día de su semana de trabajo a escuchar y resolver los asuntos presentados por aquellos, y buscó los mecanismos para que recibieran justicia en forma eficaz.*<sup>46</sup>

Entre los impedimentos que tenían los indios para acceder al sistema de justicia, estaban lo costoso de los litigios y el desconocimiento de las nuevas formas de justicia impuesto por la dominación y cultura jurídica española. Algunos miembros de la Audiencia fueron sensibles e intentaron captar las características de la sociedad y la cultura indígena; a la cabeza de ellos Vasco de Quiroga. Este jurista comprendió que el orden y el bienestar de los indios dependían de *una adecuación del derecho castellano a la compleja realidad indígena*<sup>47</sup>, y con esta idea Vasco de Quiroga *abrevió el procedimiento en los juicios civiles relativos a los pleitos entre indios y españoles y, sobre todo, en las peticiones que se referían a libertades de esclavos.*<sup>48</sup> Asunto este último que tanto preocupó a don Vasco y motivó que escribiera su *Información en derecho*. Con relación a la búsqueda de adecuar el Derecho español a la realidad indígena, el oidor Quiroga fue comisionado para ello por la Audiencia y para llevar a cabo su labor se hizo asesorar de cuatro jueces indígenas.<sup>49</sup>

El *contacto judicial*, que pone a Quiroga en relación con seres humanos de todo tipo y condición, *empieza tal vez a perfilar su obra*, dice Aguayo; ya que *se da cuenta de la miseria lacerante en que viven los indios que parecen haber quedado al margen de todo cuadro político – social y que muestran una casi irreprimible tendencia al aislamiento.*<sup>50</sup> Lo que lo hace optar por sus derechos; *defendiéndolos* como juez, como oidor; y *promoviéndolos* al proyectar su propuesta de pueblos hospitalares. *Algo notable en la vida de don Vasco es el uso del derecho – que manejaba con profundo dominio- en defensa del indio*<sup>51</sup> dice Hurtado.

En su *Carta al Consejo de Indias*, el oidor Vasco de Quiroga narra una resolución de justicia, en defensa de los derechos de un grupo de indios, dictada por la Audiencia. Resulta que un teniente de capitán del Marqués -Hernán Cortés- ante el levantamiento de un pueblo de indios al cual somete, contrariando la disposición de la propia Audiencia, los hace esclavos de guerra y los reparte. Se comisiona al propio oidor

<sup>46</sup> *Ibidem* p. 38

<sup>47</sup> *Ibidem* p. 41.

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> Cfr. RUIZ MEDRANO, *Op. Cit.* p. 41.

<sup>50</sup> AGUAYO SPENCER. *Op. Cit.* p. 32

<sup>51</sup> HURTADO, Juan Manuel, *Don Vasco de Quiroga. Una visión histórica, teológica y pastoral*, Ediciones Dabar, México, 1999. p. 130

Quiroga a recoger esos indios y ponerlos en libertad. Quiroga narra así esta acción de la Audiencia, administrando justicia:

“... el dicho theniente, entendiendo mal lo acordado e las instrucciones, repartió entre los que con él fueron, segúnd él a confesado, obra de dos myll yndios que tomó por fuerza, que se le hizieron fuertes en su peñol, de los quales todos los más se piensa que son niños e mujeres, de que acá avemos recebido no poco enojo e tenemos preso al dicho capitan y avemos reprehendido mucho al márques por que les dio la ynstrucción algo obscura, e hasta agora está acordado que yo vaya a recoger todos los que repartió que se pudieran aver, e saber lo que hizo e como lo hizo, e hacer lo que en ello se deva hazer con justicia.”<sup>52</sup>

4. En la *información en derecho*, noticias sobre la administración de justicia

La obra jurídica más importante de don Vasco de Quiroga es su *Información en derecho*, que está fechada en México el 24 de julio de 1535. El título completo del documento es *Información en derecho del licenciado Quiroga sobre algunas provisiones del Real Consejo de Indias*. Sus objetivos son dejar sin efectos una provisión real que permitía la esclavitud de los indios e insistir en su remedio general para el Nuevo Mundo: la creación de sus pueblos – hospitales.<sup>53</sup>

Carlos Herrejón describe la personalidad de don Vasco expresada en esta obra, diciendo que se muestra en la “*Información*” *intensamente comprometido con su misión de oidor, jurista y abogado, promotor y apóstol, reformador y visionario.*<sup>54</sup>

Vasco de Quiroga nos da noticia sobre cómo se presentan los indios a la Audiencia pidiendo justicia... *con el auxilio y favor divino, iba ya cesando y la cosa se entendiendo y se desentirizando, y la gente maceoal se animando y esforzando, y pidiendo su justicia y libertades (por sus libelos de pinturas).*<sup>55</sup>

El oidor Quiroga le describe al Consejo de Indias cómo, poco a poco, los indios más pobres y sencillos – *la gente maceoal* – se van animando, atreviendo, a acercarse al máximo tribunal a solicitar justicia – *pidiendo su justicia y libertades*–. Agrega que esa solicitud de justicia la hacen los indios expresando sus demandas con pinturas –*por sus libelos de pinturas*.

Las *pinturas* con las que se demandaba justicia son los *códices*, estos es, testimonios documentales relativos a diversos temas de los pueblos indios. Se trata de manuscritos con pictografías (representaciones estilizadas de dioses, personas, animales, astros y

<sup>52</sup>QUIROGA, Vasco de, “Carta al Consejo de Indias” en Aguayo Spencer, *Op. Cit.*, Sección Documental. P. 78.

<sup>53</sup> Cfr. HERREJÓN PEREDO, Carlos en la “Introducción” a *Información en derecho* de Vasco de Quiroga. Ed. Secretaría de Educación Pública, Col. Cien de México, México, 1985, p. 9.

<sup>54</sup> *Ibidem.* p. 10.

<sup>55</sup> QUIROGA, Vasco de, *Información en derecho Op. Cit.* No. 7, p. 50.

objetos varios), de carácter ideográfico, esto es con representaciones de ideas, con representación de sonidos, con indicación de números y signos calendáricos, con jeroglíficos y colores convencionales. Estos *códices* eran hechos por los *tlacuilos* que eran verdaderos maestros en este arte de la escritura. *El tlacuilo era un profesional de su oficio, conocía los secretos de su lengua, dominaba los sistemas de escritura tradicionales y era un maestro en el arte de la composición, del manejo del espacio y de la narrativa gráfica que aplicaba en cada tema.*<sup>56</sup>

Los contenidos de las *códices* ya en tiempo de la dominación española – posthispánicos –, describen las condiciones sociales de *sujeción y explotación de los pueblos indios*, explica Perla Valle, describiéndose el despojo sistemático de las tierras, el cobro exagerado de tributos, las diferentes formas de explotación del trabajo, entre otras vejaciones y violaciones de derechos.<sup>57</sup> Esto era, en buena medida, lo que los indios demandaban a la Audiencia y que Quiroga nos narra, usando la escritura pictográfica como descripción de hechos y prueba legal; los *códices*, entonces, fueron aceptados como *documentos probatorios de diversos asuntos.*<sup>58</sup> Y fueron documentos útiles para obtener justicia, pues el oidor Quiroga los elogia al decir: *Tan bien dicho y alegado por sus pinturas como lo supieron hacer Bartulo y Baldo en sus tiempos por escrito.*<sup>59</sup>

Continúa el oidor Vasco de Quiroga describiendo cómo piden los indios justicia y como la alcanzan de la Audiencia:

*... por tan buena manera y con tanto silencio (que es el culto de la justicia), que esto es cosa increíble a quien no lo ve, y tanta consolación y gozo del ánima para quien en ello entiende, que no se siente el trabajo del cuerpo que se recibe ni el quedar defraudado en las horas del comer y reposo, porque sus intenciones simplecillas y buenas, no queden defraudadas en sus libertades; y en la notoria justicia y derecho que en ello, a mi ver, tienen, pretenden y piden, con tan buenos modos y maneras y medios, reposo y razonamientos que tienen en lo pedir, que cierto es, a mi ver, gran vergüenza y confusión para la soberbia nuestra...*<sup>60</sup>

Vasco de Quiroga insiste, en su propia *Información en derecho*, en que los indios acuden a la Audiencia a pedir derechos, “libertades” les llama y el máximo tribunal los atiende haciéndoles justicia.

<sup>56</sup> VALLE, PERLA. “Códices Coloniales. Memorias en imágenes de los pueblos indios”, en *Arqueología Mexicana* No. 38, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México, julio – agosto de 1999, p. 9.

<sup>57</sup> Cfr. VALLE. *Op. Cit.* págs. 10 y 11.

<sup>58</sup> RUIZ MEDRANO, Ethelia, “Códices y justicia: los caminos de dominación”, en *Arqueología Mexicana* No. 38, *Op.Cit.* p. 48.

<sup>59</sup> QUIROGA. *Información en derecho*, *Op. Cit.* p. 169 (parágrafo 188).

<sup>60</sup> *Ibidem* págs. 50 y 51 (parágrafo 7).

#### IV ] Quiroga promotor de derechos

El oidor Quiroga en su *Información en derecho*, denunciando el trato a los indios:

*Salvo solamente en cuanto a saberlos muy bien esquilmar hasta sacar sangre y raer hasta lo vivo, casi ningún caso se hacía dellos. Y no sé por qué, siendo como son por naturaleza tan dóciles; aunque miento, que sí sé por qué no les conviene que sean tenidos por hombres sino por bestias: por servirse dellos como de tales a rienda suelta y más a su placer, sin impedimento alguno; y así también estarán siempre muy lejos deste bien de policía todos los que estovieren derramados.*<sup>61</sup>

Ante esto el promotor de derechos propone su remedio, la que considera solución a la opresión de los indios, los pueblos – hospitales: se junten en pueblos de ciudades grandes, donde se les puedan dar ordenanzas buenas, que sepan, y entiendan y en que vivan, y se pueda tener cuenta y razón con ellos.<sup>62</sup>

*Hospital* no significa aquí enfermería sino que su concepto de hospital aplicado a pueblos y ciudades, obliga a meditar en una idea del hombre, entendida como huésped del mundo y de sus semejantes,<sup>63</sup> dice Aguayo Spencer, implica la idea de la plenitud de la solidaridad humana. Por cierto en esos pueblos-hospitales, había el lugar para curar enfermos, y el propio Quiroga impulsó estos establecimientos para restaurar la salud en su diócesis.<sup>64</sup>

El 6 de agosto de 1536 se expidieron las bulas de erección del obispado de Mechuacán, y el nombramiento de su primer obispo el licenciado Vasco de Quiroga.<sup>65</sup>

Dice Carrillo Cázares:

*Las bulas, que despacharon de España no llegaron a México sino a mediados de 1538, con un retraso ocasionado por las guerras entre Francia y Castilla. Al menos desde el 27 de abril de 1538 don Vasco se hallaba en Michoacán atendiendo a los negocios de la audiencia y administrando ya su diócesis, como electo, mientras le llegaban las bulas para recibir la colación canónica del nuevo*

<sup>61</sup> QUIROGA, *Información en derecho*, Op. Cit. p. 64 (párrafo 20).

<sup>62</sup> *Idem*.

<sup>63</sup> AGUAYO SPENCER, Op. Cit. p. 36

<sup>64</sup> Fray Gerónimo de Mendieta, hablando del Sacramento de la *Extremaunción*, hace notar que los indios prefieren morir en sus casas, pero no es así en Michoacán, en donde “todos ellos, desde el menor hasta el mayor, van á curarse y á morir en el hospital, adonde reciben todos los sacramentos”, *Historia Eclesiástica Indiana*, Tercera Edición facsimilar y primera con la reproducción de los dibujos originales del códice. Ed. Porrúa, México, 1980, p. 307.

<sup>65</sup> Cfr. CARRILLO CÁZARES, Alberto, *Vasco de Quiroga: la Pasión por el Derecho*, Col. I, Ed. El Colegio de Michoacán, Arquidiócesis de Morelia y Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2003, p. 20. (Se tenía como fecha el 18 de agosto: Cfr. Aguayo Spencer, Op. Cit., p. 53).

obispado. En junio de 38 se halla arreglando asuntos relacionados con las tierras del Hospital de Santa Fe de la Laguna.

El 24 de julio, con la toma de posesión del nuevo oidor, el recién llegado licenciado Lorenzo de Tejada, Quiroga es relevado de su cargo en la audiencia de México. Finalmente, el 6 de agosto de 1538 don Vasco toma posesión canónica del obispado en la ciudad de Tzintzuntzan.<sup>66</sup>

Don Vasco era laico; así que hubo de recibir el sacramento del orden sacerdotal para poder ser consagrado obispo. Entre una y otra consagración transcurrió un periodo corto de tiempo. No se conocen con precisión las fechas.<sup>67</sup> Es un caso análogo al de San Ambrosio obispo de Milán; por cierto Padre de la Iglesia inspirador de su utopía de los pueblos-hospitales.<sup>68</sup>

La Patrística ilumina el proyecto quiroguiano, sobre todo en su idea de propiedad comunal, que constituía su base organizativa en relación a los bienes, tal como operaron en la práctica y se desprende de las *Reglas y Ordenanzas para el gobierno de los hospitales de Santa Fe de México y Michoacán, dispuestos por su fundador el Rmo. Y venerable Sr. A. Vasco de Quiroga, primer obispo de Michoacán*<sup>69</sup>. La organización de los pueblos – hospitales es a la manera de las primeras comunidades cristianas.

Vasco de Quiroga fundó dos pueblos – hospitales, ambos con el nombre de Santa Fe. El primero en Tacubaya – hoy parte de la Ciudad de México-, el 14 de septiembre de 1532 en la fiesta de la Exaltación de la Santa Cruz; y el segundo en Michoacán, en las riberas del Lago de Pátzcuaro, siendo todavía oidor y no obispo, también el 14 de septiembre, ahora de 1533.<sup>70</sup> Su objeto era el desarrollo integral de sus miembros, fomentando la educación espiritual y manual así como la cristianización de los indios, en un ambiente de pleno desenvolvimiento de sus prácticas comunitarias, con un estilo de propiedad comunal de acuerdo a su socialidad. Hemos dicho que están inspiradas en la Patrística y en las comunidades cristianas primitivas; y varios autores sostienen que el modelo está en la *Utopía* de Tomás Moro.<sup>71</sup>

Don Vasco –Tata Vasco le decían los indios, que lo veían como a un padre- tuvo dificultades con los encomenderos y pobladores españoles, que siempre amenazaron con la invasión de las propiedades comunales de sus hospitales-pueblos de Santa Fe. *Siempre en pie de lucha*

<sup>66</sup> CARRILLO CÁZARES, *Op. Cit.* p. 20.

<sup>67</sup> Aguayo Spencer sostiene que Vasco de Quiroga fue consagrado obispo entre el 13 y 29 de diciembre de 1538 en la ciudad de México, *Op. Cit.* p. 53; Carrillo Cázares sostiene que con los datos que se tiene no se puede precisar, aunque sí dice que pudo ser en diciembre de 1538, en Adviento de manos del obispo Juan de Zumárraga, *Op. Cit.*, págs. 20-21.

<sup>68</sup> Cita en *Información en derecho* en muchas ocasiones a San Ambrosio y otros Padres de la Iglesia. Cfr. Paragrafos 70 y 71.

<sup>69</sup> En AGUAYO Spencer. *Op. Cit.* Sección documental, págs. 221-240.

<sup>70</sup> Cfr. HURTADO. *Op. Cit.* p. 44.

<sup>71</sup> Cfr. ZAVALA, Silvio, *Recuerdo de Vasco de Quiroga*. Ed. Porrúa, México, 1965.

buscando que se les respete la exención de tributos y se les preserve de otros servicios, dan a la institución un sentido de privilegio aunque Quiroga expresa que sería lo deseable para otras comunidades.<sup>72</sup>

El obispo Quiroga va a España en 1547, y permanece allí hasta 1554. Trata varios asuntos, entre otros, precisamente, *arregla que los indios de los pueblos- hospitales no paguen impuestos y queden exentos de todo servicio personal.*<sup>73</sup>

## V ] El derecho subjetivo en la obra de Quiroga

En la obra jurídica de Vasco de Quiroga, claramente se encuentra la noción de derechos humanos; porque el jurista castellano, siguiendo precisamente al nominalista Gerson, desarrolla la idea del *derecho subjetivo* como *libertad*. Gerson aparece en la obra de Don Vasco implícitamente, animando toda su concepción del Derecho; y explícitamente, en muchos lugares citado.

Vasco de Quiroga insiste, en su propia *Información en derecho*, en que los indios acuden a la Audiencia a pedir derechos, *libertades* les llama y el máximo tribunal los atiende haciéndoles justicia.

*Pues Dios permitió que yo, por experiencia cierta, lo viese y entendiese y supiese, no como privado, sino como en la audiencia de sus libertades, que me está cometida por esta Real Audiencia, que hago cada día con sencillez y llaneza entre estos indios naturales sobre sus libertades, donde concurren de muchas e diversas partes gentes muchas a pedir sus libertades y otras cosas...*<sup>74</sup>

Herrejón hace notar, precisamente, que una de las fuentes teóricas importantes de Quiroga en su *Información en derecho* es Juan Gerson, *para la epistemología, el análisis de gobiernos y el concepto de potestad ordinativa.*<sup>75</sup> Y en efecto, el jurista Quiroga cita, en varias ocasiones, al filósofo y místico, *doctor cristianísimo*<sup>76</sup>, como le llama a Gerson. Creemos que la influencia de Gerson está también en el concepto que tiene del Derecho Quiroga, como *libertad*, en cuanto que derecho subjetivo activo, esto es que le pertenece y está en el sujeto, y si no puede ejercerlo lo reclama, lo exige. No decimos que toda la concepción quiroguiana de lo jurídico sea de acuerdo al nominalismo y como derecho subjetivo, pero sí es notable como, al igual que Gerson, identifica derecho y libertad.

Sólo a manera de ejemplo, en el enunciado del Capítulo III de su *Información en derecho*, Quiroga sostiene que *a estos naturales no se les puede hacer justa guerra... sin perjuicio ni agravio del derecho destos*

<sup>72</sup> MIRANDA, Francisco, "Las Reducciones Quiroguianas de Santa Fe. Una experiencia utópica en la Nueva España del siglo XVI", en *Christus* No. 551, México, diciembre de 1981, p0. 28.

<sup>73</sup> HURTADO. *Op. Cit.* p. 96

<sup>74</sup> QUIROGA, *Información en Derecho, Op. Cit.*, p. 63 (parágrafo 18).

<sup>75</sup> HERREJÓN. *Op. Cit.* p. 20.

<sup>76</sup> QUIROGA. *Información en Derecho. Op. Cit.* p. 73 (parágrafos 11).

*naturales*<sup>77</sup>; como vemos, claramente se expresa la idea del derecho subjetivo. Y más adelante dice: *Y si así es, que lo que era propio suyo destes naturales no se les puede quitar...*<sup>78</sup>, en reafirmación básica de derechos.

Este texto de Quiroga es claro ejemplo del desarrollo de la noción del *derecho subjetivo* en la Filosofía del Derecho Novohispana; lo que abona en apoyo de la Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos.

Quiroga, en concreto en relación con la libertad de los indios, se expresa del modo siguiente, teniendo en cuenta que el Real Consejo de Indias por provisión de 2 de agosto de 1530 había prohibido hacer esclavos a los indios y que el propio Consejo revocó ese decreto, permitiendo así la esclavitud, con fecha 20 de febrero de 1534.

*Y digo, con el acatamiento que debo y sometiéndome a todo mejor parecer, que la nueva provisión revocatoria de aquella y bendita primera que, a mi ver por gracia e inspiración del Espíritu Santo, tan justa y católicamente se había dado y proveído, allá y acá pregonado y guardado sin querella de nadie... Porque, aunque a aquéllos hincha las bolsas y pueble las minas, a estos verdaderos pobladores destruye y despuebla los pueblos; y a estos miserables que por ella, como rebaños de ovejas, han de ser herrados, quita las vidas con las libertades; digo a aquestos pobrecillos maceoales, que son casi toda la gente común...*<sup>79</sup>

## VI ] Justicia: una virtud social

La concepción jurídica de Quiroga, como se dijo, no es básicamente nominalista, aunque tiene la fuerte influencia de esta corriente. Don Vasco no es individualista, aunque acepte la idea del derecho en el sujeto; lo prioritario para él, a final de cuentas, es la justicia como producción social, comunitaria.

También, una de las raíces de la Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos es la Patrística. Y mucho se ha dicho de la influencia específica de San Ambrosio en Vasco de Quiroga, desde el modo de asumir el obispado en un proceso sumarísimo –Ambrosio fue bautizado, ordenado sacerdote y consagrado obispo de Milán el mismo día, el 7 de diciembre del año 374<sup>80</sup>–, y por su idea de propiedad comunitaria. La influencia del obispo de Milán en el obispo de Michoacán, es también en el modo de entender la *justicia* ligada a la *misericordia*.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 81 (párrafo 30).

<sup>79</sup> QUIROGA, *Información en Derecho*, *Op. Cit.*, p. 48

<sup>80</sup> Cfr. GARRIDO BONAÑO, Manuel, O.S.B., en la Introducción a *Obras de San Ambrosio I, Tratado sobre el Evangelio de San Lucas*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1964, p. 5.

Ambrosio decía que *la justicia es una virtud social*<sup>81</sup>, y hacía una pregunta afirmativa ¿*Qué es la justicia, sino la misericordia?*<sup>82</sup> Y agrega:

*Pues la misericordia es la plenitud de las virtudes; así a todos ha sido propuesta como norma de virtud perfecta: no ser avaro de sus vestidos ni de sus alimentos. Sin embargo, la misericordia misma guarda una medida según las posibilidades de la condición humana, de tal modo que cada uno no se desprenda enteramente de todo, sino que lo que tiene lo divida con el pobre.*<sup>83</sup>

La teoría y práctica jurídica de Vasco de Quiroga, en defensa de los derechos de los indios, son consecuentes con la inspiración de San Ambrosio.

En la tradición del mundo grecolatino están las fiestas en honor de Cronos o Saturno, llamadas *Saturnalia*. Por escritos de Luciano (120-180) y Macrobio (S. IV), sabemos que se trata de una fiesta muy antigua; durante la acción festiva se concedía a los esclavos un periodo de libertad absoluta, comían con los patronos y durante el banquete éstos servían a los esclavos. Hay una inversión simbólica de *status* entre patronos y esclavos.<sup>84</sup>

Traemos esto a cuento, porque Vasco de Quiroga en su *Información en derecho* hace alusión a los *Saturnales* de Luciano. En este texto Quiroga, como hemos dicho, hace una enérgica defensa de la libertad de los indios y hace elogios de su bondad y de sus relaciones en justicia. Recuerda como en el reinado de Saturno todos eran iguales, en la llamada *edad dorada*. Quiroga hace la aplicación a los indios, naturales del Nuevo Mundo:

*Así que de aquesta suerte, manera y condición que dice este original de Luciano, que eran los hombres de aquella dorada edad, bien mirado y no de otra, se hallará que son o quieren ser estos naturales de este nuevo mundo, en todos y por todo y cuasi sin faltar punto, en tanta manera, que parece que con verdad por esto se pueda decir retornan los tiempos en que reinaba Saturno...*<sup>85</sup>

Por eso Vasco de Quiroga va a insistir en la necesidad de un derecho especial para los pueblos indios, que dé cuenta de su socialidad y su propia identidad:

---

<sup>81</sup> SAN AMBROSIO, *Tratado Sobre el Evangelio de San Lucas*, Libro Segundo, No. 30, en *Obras de...* Op. Cit., p. 101.

<sup>82</sup> *Ibidem*, Libro Segundo, No. 90, p. 141.

<sup>83</sup> *Ibidem*, Libro Segundo, No. 77, p. 131.

<sup>84</sup> Cfr. DESTRO, Adriana, y PESCE, Mauro, *Cómo nació el cristianismo joánico. Antropología y exégesis del Evangelio de Juan*, Ed. Sal Terrae, Santander, 2002, págs. 96-99. Ver: Luciano de Samosata *Novelas Cortas y Cuentos Dialogados*, versión del griego de Rafael Ramírez Torres, S.J, Ed. Jus, México, 1966, Tomo II, págs. 511-531.

<sup>85</sup> QUIROGA, *Información en derecho*, p. 195.

*Y por tanto, no se pueden ni deben, cierto, representar ni imaginar ni acertar ni entender sus cosas ni gentes, por las leyes ni imagen de las nuestras, pues ninguna concordia ni conveniencia, paz ni conformidad ni semejanza, pueden tener ni tienen con ellas pues que son en todo y por todo contrarias de ellas; pero tenerlas ya fácilmente con aquellas leyes, ordenanzas y costumbres que fuesen más conformes a las suyas, y a las de aquellos de la edad dorada que tanto conforman con ellas...*<sup>86</sup>

Como hombre de su tiempo, como intelectual del siglo XVI, Quiroga recurre a los clásicos. Pero su alegato es de profunda raíz cristiana y más adelante es explícito en ello. En su mente está esa otra inversión simbólica, en el rito que narra el Evangelio de Juan, cuando el Maestro Jesús lava los pies de sus discípulos (13, 1-20). Es el servicio al otro. Es la concepción de la justicia del antiguo Oriente, que implica paz, y plenitud, misericordia y acción benéfica.<sup>87</sup> Así entendía Tata Vasco el Derecho.

## VII ] Conclusión

El análisis de la Filosofía del Derecho de Vasco de Quiroga, nos lleva a concluir que, desde la primera mitad del siglo XVI, el pensamiento jurídico hispano, y en concreto el novohispano, desarrolló la idea del derecho subjetivo, noción básica para teorizar sobre derechos humanos, siguiendo en esto a autores como Gerson que habla de *libertades*. Y que, aceptando el derecho subjetivo como fundamental en su concepción del Derecho, sin embargo lo prioritario de lo jurídico es la justicia. Derechos (*libertades*) y justicia, son los dos grandes temas de la filosofía jurídica de Vasco de Quiroga.

## Bibliografía

- AGUAYO SPENCER, Rafael, *Don Vasco de Quiroga. Pensamiento Jurídico*, en el "Estudio Preliminar", edición y notas de Soberanes, José Luis, Ed. Miguel Ángel Porrúa, México, 1986
- BEUCHOT, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos*. Ed. Siglo XXI. México, 1993
- BEUCHOT, Mauricio, *Los Fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de Las Casas*. Antropos editorial del hombre. Barcelona, 1994;
- BEUCHOT, Mauricio "Derechos subjetivos, derechos naturales y derechos humanos", en la obra colectiva *Laberintos del Liberalismo*. Ed. Miguel Ángel Porrúa. México, 1995
- BRAVO UGARTE, José, *Historia de México*, Tomo Segundo, *La Nueva España*. Ed. Jus, México, 1970
- CARRILLO CÁZARES, Alberto, *Vasco de Quiroga: la Pasión por el Derecho*, Col. I, Ed. El Colegio de Michoacán, Arquidiócesis de Morelia y Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2003
- CHÁVEZ, Ezequiel A. *Apuntes sobre la Colonia. Obras Completas*. Tomo II, Ed. Jus y El Colegio Nacional. México, 1844

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>87</sup> Cfr. DESTRO Y PESCE. *Op. Cit.* págs. 98-99.

- CLAVERO, Bartolomé. "Espacio colonial y vacío constitucional de los derechos indígenas", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho VI-1994. La Tradición Indiana y el origen de las declaraciones de derechos humanos*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1994
- DESTRO, Adriana, y PESCE, Mauro, *Cómo nació el cristianismo joánico. Antropología y exégesis del Evangelio de Juan*, Ed. Sal Terrae, Santander, 2002
- DE AQUINO, Santo Tomás, *Suma Teológica*. T. XI, *La Prudencia, la Justicia y el Derecho*, Cuestión LVIII, Art. I, Versión del texto latino de Ismael Quiles, Club de Lectores, Buenos Aires, 1987
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio, *Alonso de la Veracruz: amparo de los indios. Su teoría y práctica jurídica*, Ed. Universidad Autónoma de Aguascalientes, Aguascalientes, 1998
- ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, T.I, Ed. Porrúa, México, 1984
- GARRIDO BONAÑO, Manuel, O.S.B., en la Introducción a *Obras de San Ambrosio I, Tratado sobre el Evangelio de San Lucas*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1964
- Herrejón Peredo, Carlos en la *Introducción a Información en derecho de Vasco de Quiroga*. Ed. Secretaría de Educación Pública, Col. Cien de México, México, 1985
- HERRERA FLORES, Joaquín. *Los derechos humanos desde La Escuela de Budapest*. Ed. Tecnos. Madrid, 1989
- HURTADO, Juan Manuel, *Don Vasco de Quiroga. Una visión historia, teológica y pastoral*, Ediciones Dabar, México, 1999
- LAS CASAS, Bartolomé de. *Historia de las Indias*. t. II, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1981
- MIRANDA, Francisco, *Vasco de Quiroga, Varón Universal*, Ed. Jus, México, 2007
- MIRANDA, Francisco, *Las Reducciones Quiroguianas de Santa Fe. Una experiencia utópica en la Nueva España del siglo XVI*, en *Christus* No. 551, México, diciembre de 1981
- ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro, *Los inicios de la tradición iberoamericana de derechos humanos*, Ed. Universidad Autónoma de San Luis Potosí y Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, San Luis Potosí-Aguascalientes, 2011
- ROVETTA KLYVER, Fernando. *Hacia un modelo iberoamericano de derechos humanos a partir de Francisco de Vitoria y de la legislación indiana*, en *Los Derechos Humanos en América. Una perspectiva de cinco siglos*. Ed. Cortes de Castilla y León. Salamanca, 1994
- RUIZ MEDRANO, Ethelia, *Gobierno y Sociedad en Nueva España: Segunda Audiencia y Antonio de Mendoza*, Ed. Gobierno del Estado de Michoacán y El Colegio de Michoacan, México, 1991
- VALLE, Perla. *Códices Coloniales. Memorias en imágenes de los pueblos indios*, en *Arqueología Mexicana* No. 38, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México, julio – agosto de 1999
- AGUAYO SPENCER, Rafael *Las elecciones jurídicas de Vitoria*. Ed. Jus, México, 1947.

Fecha de recepción: 18 de mayo de 2015

Fecha de aprobación: 21 de agosto de 2015

# Tres lecturas actuales sobre la dignidad<sup>1</sup>

MARIA MADDALENA GIUNGI<sup>2</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Jürgen Habermas: La concepción política de los derechos humanos*. III. *Jeremy Waldron: La expansión de la dignidad humana como estatus*. IV. *Robert George y Patrick Lee: La naturaleza y las bases de la dignidad humana*. V. *Conclusión*.

**Resumen.** A partir del surgimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como respuesta a grandes acontecimientos históricos que demandaban el reconocimiento de la dignidad humana, el concepto de ésta ha sido entendido y aplicado de diversos modos por pensadores y juristas. En este artículo se exponen tres lecturas de la dignidad en el debate contemporáneo: la de Jürgen Habermas, la de Jeremy Waldron, y la expuesta por Robert P. George y Patrick Lee. En opinión de la autora, el primero presenta una concepción política de dignidad, el segundo la reduce al ámbito meramente jurídico y los últimos conciben a la dignidad como una realidad intrínseca de todo ser humano. En las siguientes páginas se explora si el concepto de dignidad intrínseca es ajeno a la visión jurídica y política de los derechos humanos, o si por el contrario, abarca tales ámbitos y va más allá de ellos; para lo cual se acude a diversos casos legales y estudios académicos.

**Palabras clave:** Dignidad, Derechos Humanos, dignidad intrínseca.

**Abstract:** *After the settlement of the Universal Declaration of Human Rights as a response to notorious historical events which demanded the recognition of human dignity, such concept has been understood and applied in different manners by diverse thinkers and jurists. This article presents three readings of dignity within the actual debate towards it: the one proposed by Jürgen Habermas, the one of*

---

<sup>1</sup> Este artículo se concibió originalmente como un artículo independiente, sin embargo, se publicó como la segunda parte del capítulo titulado "*Human Dignity an Undefined idea? In Search of the Concept's Many Facets Through the path of history and philosophy*", por la profesora Giungi y Lorenza Violini. Aparece en el libro *Human Rights and Natural Law. An Intercultural Philosophical Perspective*, ed. SCHWEIDLER, W., Academia Verlag, Alemania, 2013. La traducción al español fue realizada por María Cristina Pérez Venegas y Pedro Pallares Yabur. Agradecen el empeño de Adriana Guízar Becerra.

<sup>2</sup> Maria Maddalena Giungi es Investigadora Asociada del programa posdoctoral 2015-16 del Departamento de Política, de la Universidad de Princeton. Ha realizado estancias de investigación en la Universidad de Notre Dame (Indiana) y en la Universidad de Oxford. Su especialidad es la protección de Derechos Fundamentales en el sistema Constitucional de la Unión Europea.

Jeremy Waldron, and the one presented by Robert P. George and Patrick Lee. From the author's perspective, the first one understands dignity as a political phenomena, the second one reduces it to a mere legal concept, and the latter thinkers present dignity as an inherent reality of every human being. In this text the author discusses whether the concept of dignity is foreign to the legal and political conception of human rights, or if instead, it embraces such realms and goes beyond them. For such analysis, the author considers diverse legal cases and academic works.

**Keywords:** Dignity, human rights, intrinsic dignity.

## I ] Introducción

A mediados del siglo veinte, Occidente enfrentó dos guerras mundiales, los horrores del totalitarismo y el uso y abuso de armas de destrucción masiva como lo fue la bomba atómica. Más aún, después de la Segunda Guerra Mundial siguió una Guerra Fría entre las potencias del mundo occidental –liderados por los Estados Unidos y sus aliados de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN)– contra los países comunistas –con la Unión Soviética a la cabeza y sus Estados satélites y aliados–. En medio de todo esto se redactó la Declaración Universal de Derechos Humanos como un *manifiesto* de las personas y sus derechos fundamentales; derechos que fueron pisoteados durante la Segunda Guerra Mundial.<sup>3</sup> La Declaración se formuló con una perspectiva clara a favor de la dignidad<sup>4</sup> reconocible en artículos centrales del texto, pero

---

<sup>3</sup> Como sostuvo Neil MacCormick: «Fidelity to the rule of law is one condition for the protection of liberty against unwarranted incursions by agencies of government. Insistence on the charter of *Rechtssat* or law-state is a way of stipulating that the force of the state must always and only be deployed under general rules that can be interpreted quite strictly and in universalistic ways that preclude unjust discriminations. But this does not itself seem enough. General Rules can confer extremely wide discretion on particular officials – a case in point is the law under which Hitler was granted the power to rule by decree in Germany after 1934. Examples of abusive grants of broad discretionary powers abound in other states both in Europe and beyond it, though few as egregious as that of the Nazi terror. [...] Taken by itself the rule of law, albeit essential, seems likely to be some context insufficient to protect against evil doing by agencies of the state. It is a real virtue but, taken on its own, a formal one. Perhaps we need also some substantive limits as well as purely formal limits to state power? Recognition of fundamental rights is one candidate for providing such limits. It is one which has gained great contemporary prestige as result of various international instruments and national constitutional safeguards adopted in aftermath of the World War of 1939 to 1945, and devised in response to the horrors revealed by that period of human history». MACCORMICK, N., *Institutions of Law*, Oxford University Press, 2009, pp. 190-191

<sup>4</sup> Mary Ann Glendon señala: «The idea of human dignity got a fresh look, however in May 1945 when the first photographs from the concentration camps appeared, and the world began to come to terms with the atrocities committed in the course of the National Socialist extermination program. That program, we now know, began with forced sterilization measures modeled on those promoted by the American eugenics movement. It proceeded in stages—from sterilization to killing

especialmente en el preámbulo. Según Henkin, la Declaración ofrece una idea de derechos humanos con un fundamento y un principio aceptables universalmente: *la dignidad humana*.<sup>5</sup> Al reconocer este principio, la doctrina Europea consideró la experiencia de los derechos humanos bajo una nueva luz y reformuló su propia teoría de estos derechos. Sin embargo, incluso si la Declaración de San Francisco fue un instrumento importante para popularizar ese concepto, la identificación de la dignidad humana como el fundamento para los derechos no ha tenido un avance libre de dificultades.<sup>6</sup>

*[Hoy en día,] el uso de la dignidad humana no ofrece un sustento universal para el pensamiento jurídico, y no parece muy útil para que los jueces resuelvan una controversia. El significado de la dignidad depende del contexto en que se encuentre y su significado varía entre una jurisdicción y otra. A veces incluso dentro de una misma jurisdicción. Sin embargo, parece que la dignidad se ha convertido en un lugar común en los textos legales que proveen protección a los derechos humanos en muchas jurisdicciones. Se usa con frecuencia en sentencias judiciales; por ejemplo, para justificar la remoción de restricciones al aborto en Estados Unidos, o como para imponer limitaciones al lanzamiento de enanos en Francia, o para derogar leyes que prohíben la sodomía en Sudáfrica, o también para incorporar el suicidio asistido por un médico profesional en Europa.*<sup>7</sup>

---

*the mentally ill, then to "impaired" inmates of concentration camps, and finally to mass killings of those inmates. When the full horrors implicit in the idea of "life unworthy to live" (Lebensunwertesleben) came to light, the concept of the dignity of human life began to receive serious attention from opinion shapers [...]. The concept of human dignity became the hermeneutical key of constitutions like the German Basic Law of 1949, which opens with the statement that: "The dignity of man shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority"».* GLENDON, M.A., "The Bearable Lightness of Dignity", *First Things Journal*, mayo de 2011, disponible en <http://www.firstthings.com/article/2011/04/the-bearable-lightness-of-dignity>, última consulta: 10 de agosto de 2015.

<sup>5</sup> HENKIN, Louis, "Religion, Religions, and Human Rights", *The Journal of Religious Ethics*, Vol. 26, No. 2 (Otoño, 1998), pp. 229-239

<sup>6</sup> Siguiendo a M. A. Glendon: «Among the proponents of these hopeful new charters, however, there was already a certain uneasiness about whether the concept of human dignity could really do all work it was expected to do. For one thing, dignity was nowhere defined in these documents. Rather, as Adam Shulman has pointed out, the statesman who drafted them seem to have used the word as "a placeholder for whatever it is about human beings that entitles them to basic human rights and freedoms"». Op. cit. GLENDON, M. A., "The Bearable Lightness of Dignity".

<sup>7</sup> MCCRUDDEN, C., "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *European Journal of International Law*, de próxima publicación; Oxford Legal Studies Research Paper No. 24/2008, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1162024>, última consulta: 10 de agosto de 2015. Ver también op. cit. GLENDON, M.A., *The Bearable Lightness of Dignity*; BOGNETTI, G., *The Concept of Human Dignity in European and U.S. Constitutionalism*, en NOLTE, G. (Ed.), *European and U.S. constitutionalism*, Council of Europe Publishing, 2005, p. 81; ver también EBERLE, E. J., *Dignity and Liberty, Constitutional visions in Germany and the United States*, Praeger, 2002.

Como dijo el filósofo Jacques Maritain en 1949, la Declaración Universal de Derechos Humanos requiere de algún valor último *donde esos derechos se sostengan y que al mismo tiempo se integren en limitaciones mutuas*.<sup>8</sup> En la misma línea, Mary A. Glendon sostiene que *el valor, revelado explícitamente por la Declaración, es la dignidad humana. Pero conforme ha ido pasando el tiempo, se ha vuelto dolorosamente evidente que la dignidad no posee más inmunidad al secuestro ideológico que algún otro concepto*.<sup>9</sup>

La primera afirmación del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos invoca la *dignidad intrínseca* de los seres humanos. Sin embargo, *no se describe qué es lo que constituye esa dignidad intrínseca; cualquier descripción habría sido controvertida. Pero existe un consenso en afirmar que todos los miembros de la familia humana tienen una dignidad intrínseca y unos derechos fundados en esa dignidad*.<sup>10</sup> Además, *existe más de una forma propia de utilizar la idea de dignidad humana en el desarrollo de cualquier teoría de derechos humanos*.<sup>11</sup>

Este artículo expondrá tres lecturas respecto a la dignidad humana, en orden a mostrar los distintos enfoques del debate contemporáneo respecto a ella. Nos referiremos a tres interpretaciones de importantes profesores que han estudiado la dignidad humana desde la perspectiva jurídica y desde la filosófica.

Primero nos ocuparemos de la perspectiva de Habermas sobre la dignidad como concepto unificador en la historia y como continuidad en el desarrollo de los derechos humanos. Él rechaza *la idea de una derivación filosófica a partir de un contenido substancial de los derechos humanos, y sólo afirma una aproximación que sostenga el mismo derecho para todos a participar en la determinación política de un conjunto completo de derechos*.<sup>12</sup> Habermas utiliza el concepto de dignidad para unir distintas tensiones a favor de los derechos humanos. Es decir, *el significado específico de la dignidad humana, y en consecuencia de la necesidad particular de los derechos humanos, sólo se percibe a la luz de la violación de la dignidad en un caso particular, experimentado, por ejemplo, por alguna clase marginada, minorías despreciadas y*

---

<sup>8</sup> MARITAIN, J., en UNESCO (ed.), *Human Rights: Comments and Interpretations*, Allan Wingate, 1949, pp. 9-17

<sup>9</sup> GLENDON, M.A., *International Law: Foundations of Human Rights. The Unfinished Business*, en SCAPERLANDA, Michael A., Teresa Stanton Collett (Ed.), *Recovering Self-Evident Truths: Catholic Perspectives on American Law*, CUA Press, 2007, p. 330

<sup>10</sup> WOLTERSTORFF, N., *Justice: Rights and Wrongs*, Princeton University Press, 2010, pp. 311-322

<sup>11</sup> Cfr. FLYNN, J., "Human Rights, Humanitarianism, and the Politics of Human Dignity" (2011), APSA 2011, Annual Meeting Paper, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1899837>, última consulta: 10 de agosto de 2015.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 13

*discriminadas, inmigrantes ilegales, personas que buscan asilo, y otros por el estilo.*<sup>13</sup>

En segundo término, describiremos la visión de Jeremy Waldron. En ella, la dignidad se funda en, y sólo en, el uso jurídico: *La dignidad es una idea constructiva, con una función explicativa y fundacional útil.*<sup>14</sup> De esta manera, la dignidad no necesita ser considerada en primer término como una idea moral, sino que debe ser tratada como propia del ámbito jurídico. *La fórmula dignidad humana –en efecto– se relaciona con el reconocimiento de que todos los seres humanos compartimos un estatus de alto rango legal, político y moral.*<sup>15</sup> Tal y como veremos, esta comprensión jurídica de la dignidad humana es explicativa para todos aquellos casos en los que los seres humanos son degradados y humillados por la tortura.

Finalmente, revisaremos el argumento de Robert George y Patrick Lee, quienes estudian el concepto de dignidad como una realidad intrínseca. *Asumen que el altísimo valor de la vida humana viene acompañado de una serie de exigencias sobre la dignidad humana, a saber, que los seres humanos poseen una dignidad esencial y no derivada de otra realidad, o sea intrínseca. Es decir, poseen dignidad, o una excelencia, en virtud del tipo de ser que son; y esta dignidad esencial puede utilizarse para referirse sintéticamente al por qué se prohíbe, por ejemplo, matar a un ser humano.*<sup>16</sup>

La explicación de Robert George sobre la dignidad humana adopta una perspectiva de la teoría de la ley natural y muestra la conexión íntima entre la naturaleza inherente entre todos los seres humanos y los derechos humanos. En particular, compararé esta visión de la dignidad humana con la interpretación que de la dignidad ofreció la Corte Europea de Justicia en el caso *Brüstle v Greenpeace* (2001).

La finalidad de este artículo es explorar si el concepto de dignidad intrínseca es ajena a la visión jurídica y política de los derechos humanos. Primero expondremos las posiciones de Habermas y Waldron para después contrastarlas con las ideas de George y Lee. Después veremos cómo afecta a la Declaración de Derechos Humanos una afirmación como la de dignidad intrínseca. Cada reflexión sobre la dignidad humana se revisará en el contexto de un caso legal, dado que es en el ámbito del razonamiento jurídico en el que es posible proteger con fruto la dignidad humana a través de los derechos humanos.

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, pp. 11-12

<sup>14</sup> WALDRON, J., *Dignity, Rank and Rights*, Oxford University Press, 2012, p. 82

<sup>15</sup> ROSEN, M., *Replies to Jeremy Waldron: Dignity, Rank and Rights, Tanner Lectures*, Berkeley, 21 a 23 de abril, 2009, disponible en [http://scholar.harvard.edu/michaelrosen/files/replies\\_to\\_jeremy\\_waldron.pdf](http://scholar.harvard.edu/michaelrosen/files/replies_to_jeremy_waldron.pdf), última consulta: 10 de agosto de 2015.

<sup>16</sup> TOLLEFSEN, C. O., “*Capital Punishment, Sanctity of Life, and Human Dignity*”, *Public Discourse*, The Witherspoon Institute, 16 de septiembre de 2011, disponible en <http://www.thepublicdiscourse.com/2011/09/3985/>, última consulta: 10 de agosto de 2015.

En esta ocasión, intentaremos resolver el problema del concepto de dignidad intrínseca y si éste se reduce sólo a modo de decir *jurídico* o *político*, o si bien puede entenderse más allá de esos ámbitos.

## II ] Jürgen Habermas: la concepción política de los derechos humanos

Habermas defiende la siguiente tesis: *ha existido desde el principio una íntima, si bien es cierto en los inicios sólo implícita, conexión conceptual entre derechos humanos y dignidad.*<sup>17</sup> Sin embargo, hemos de reconocer que el uso jurídico inició sólo como resultado de las declaraciones de derechos humanos del siglo XVIII. Si seguimos este presupuesto, Habermas está convencido que *los derechos humanos han sido siempre el producto de la resistencia al despotismo, la opresión y la humillación.*<sup>18</sup> Es lo que sucedió, por ejemplo, con la abolición de la esclavitud. Gracias al éxito de los derechos individuales, las revoluciones norteamericana y francesa fueron capaces de popularizar su intuición sobre la dignidad, de forma que las condiciones inhumanas en las cuales vivían los esclavos, se percibieron como contrarias a esa idea. Así, primero algunos Estados prohibieron el comercio de esclavos y después se abolió la esclavitud misma. En consecuencia, es entendible que el filósofo alemán esté convencido de que las violaciones a los derechos humanos ponen de manifiesto ante la sociedad y la vida política, el valor de la dignidad:<sup>19</sup> *Las características de la dignidad humana, se especifican y actualizan de forma que pueden entonces llevar tanto al abandono de un derecho positivo específico como al establecimiento de unos nuevos.*<sup>20</sup> Habermas, en efecto, utiliza el concepto de dignidad humana para conectar estas luchas concretas a favor de los derechos humanos.<sup>21</sup>

La íntima relación entre derechos humanos y dignidad humana nos muestra el factor distintivo de la dignidad: su contenido moral. La dignidad es delineada dentro del contexto de los derechos humanos dirigidos a actualizar los valores morales del universalismo igualitario en el derecho positivo. Bajo esta perspectiva, la dignidad humana se convierte en la clave para explicar la ambivalencia tanto moral como jurídica inherente en el concepto de derechos humanos. Es decir, *los derechos humanos son, actualmente, una síntesis entre una moralidad justificada*

---

<sup>17</sup> Según Habermas, la apelación a los derechos humanos se alimenta de la indignación de los humillados por la violación o su dignidad humana. Ver HABERMAS, J., *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, *Metaphilosophy* 41 (4), 2010, pp. 464-480

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 466

<sup>19</sup> "Increasing the protection of human rights within nation-states or pushing the global spread of human rights beyond national boundaries has never been possible without social movements and political struggles, without courageous resistance to oppression and degradation". *Ibid.*, p. 476

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 468

<sup>21</sup> Cfr. op. cit. FLYNN, J., *Human Rights, Humanitarianism and the Politics of Human Dignity*.

racionalmente, fundada en la conciencia individual Kantiana, con la ley positiva. Esta unión sirve a los gobernantes y las asambleas de los Estados como instrumento para construir las instituciones del estado moderno y del mercado.<sup>22</sup>

En otras palabras, la idea de la dignidad humana aparece como *bisagra conceptual que conecta la moralidad del respeto igual para todos con la ley positiva y el proceso democrático de creación de la ley, de forma que su interacción edifica un orden político fundado en los derechos humanos.*<sup>23</sup> Si esto es así, este concepto tiene una *función mediadora en el cambio de perspectiva desde los deberes morales hacia las exigencias legales.*<sup>24</sup>

Sin embargo, existe otro elemento conceptual fundamental en la dignidad: la idea de dignidad como el *honor social que pertenece al mundo de lo tradicional y a una sociedad jerárquicamente ordenada.*<sup>25</sup> Cuando esta comprensión específica de la dignidad –entendida como el estatus de un hombre o de un grupo *estatuído* por una comunidad a favor de un tipo de persona– se universaliza, entonces se diluyen las características propias de *ethos* común de la igualdad de todas las personas, pues se expande el concepto más allá de significar sólo el respeto propio que surge del reconocimiento a la igualdad social de todas las personas.

Esta evolución del concepto de dignidad, por una parte mantiene la característica que lo conecta con el estatus de miembro de una comunidad ordenada en el espacio y el tiempo, y por la otra, este estatus exige deber de igualdad para todos los que se encuentren en esa posición. De aquí se sigue que en el desarrollo de este concepto, es notable que la función fundamental de la dignidad humana se transfiere *del contenido de una exigencia moral de igual respeto para todos, hacia el estatus de ciudadanos ordenados que derivan su auto respeto del hecho de que son reconocidos por el resto de ciudadanos como sujetos de los mismos derechos activables a su disposición.*<sup>26</sup> En consecuencia, el concepto de dignidad no aparece como una mera generalización de un *estatus-dependencia de dignidades* pertenecientes a una función honorífica en una comunidad o a un grupo social. Por el contrario, este

---

<sup>22</sup> Las más extensas observaciones de Habermas sobre los derechos humanos se encuentran en HABERMAS, J., “Kant’s Idea of Perpetual Peace: At 200 Years’ Historical Remove”, en *Id.*, *The Inclusion of Other: Studies in Political Theory*, MIT Press, 2001; *Id.*, *The Postnational Constellation: Political Essays*, MIT Press, 2001; *Id.*, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, 1996; ver también FLYNN, “Habermas on Human Rights: Law, Morality, and Intercultural Dialogue”, *Social Theory and Practice*, Vol. 29, No. 3, Julio de 2003, pp. 431-457

<sup>23</sup> Op. cit. HABERMAS, *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, p. 469

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 471

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 472

<sup>26</sup> *Ídem.*

significado de dignidad humana, el que depende del reconocimiento social, ha de conectarse con la idea de ciudadanía democrática: sólo los miembros de una comunidad política fundada en la Constitución son capaces de proteger y garantizar a todos su dignidad e igualdad de derechos.<sup>27</sup>

Esta comprensión de la dignidad humana como el estatus de ciudadanos, que incorpora y adscribe al individuo dentro de una comunidad política y social, puede verse ejemplificada en el uso de la dignidad que suele aplicarse a los casos de discriminación racial. En particular, nos referimos a la idea de que el derecho es el mantenimiento de las posiciones desventajosas y de subordinación de algún grupo social. El caso *Heart of Atlanta Motel, Inc v. United States* (1964), se refiere a un hotel –el Atlanta Motel– que se negó a rentar un cuarto a clientes de color, en contravención directa a la Ley de Derechos Civiles. El ministro de la Corte Suprema Goldberg afirmó que:

*El principal propósito de la Ley de Derechos Civiles de 1964 es, tal y como lo reconoce esta Corte, y yo mismo explicaré, la reivindicación de la dignidad humana, y no sólo hace referencia a un problema económico. El Comité de Comercio del Senado lo afirmó con claridad: El propósito principal de [...] [la Ley de Derechos Civiles], por tanto, es la de resolver este problema, a saber, la violación a la dignidad personal que suele acompañar la negación de un acceso igual a los comercios. La discriminación no es sólo un asunto de dólares y centavos, de hamburguesas y películas; es la humillación, frustración y vergüenza que seguramente una persona siente cuando le dicen que no puede ser reconocido como miembro de la sociedad sólo por su raza o color.<sup>28</sup>*

En este caso, al igual que en *Law v. Canada* (Ministerio de Empleo e Inmigración, 1999)<sup>29</sup> o en *President of Republic of South Africa v. Hugo* (1997),<sup>30</sup> se sostuvo que la discriminación racial es ilegal y al mismo tiempo se trata de una forma de promover la igualdad formal y la inclusión en una sociedad democrática.

---

<sup>27</sup> "As a modern legal concept, human dignity is associated with the status that citizens assume in the self-created political order. As addressees, citizens can come to enjoy the rights that protect their human dignity only by first uniting as authors of the democratic undertaking of establishing and maintaining a political order based on human rights"; *ibid.*, p. 473

<sup>28</sup> *Heart of Atlanta Motel Inc. vs. Estados Unidos*, 379 EE.UU. 241 (1964). Este importante caso representó un desafío inmediato a la Ley de Derechos Civiles de 1964, punto de referencia de la legislación de derechos civiles que significó la primera reforma legal del Congreso de Estados Unidos sobre el tema de los derechos civiles y las relaciones raciales desde la Ley de Derechos Civiles de 1875. Durante gran parte de los cien años anteriores a 1964, las relaciones raciales en Estados Unidos habían sido dominadas por la segregación, un sistema de separación racial que, en nombre de la fórmula "separados pero iguales", en realidad perpetuaba las condiciones de inferioridad en vivienda, servicios y trato para los estadounidenses afroamericanos.

<sup>29</sup> *Ley vs. Canadá* (Ministerio de Trabajo e Inmigración), [1999] 1 SCR 497.

<sup>30</sup> *Presidente de la República de Sudáfrica vs. Hugo* 1996 (4) SA 1012 (D).

A la luz de este argumento, ¿qué papel juega la dignidad intrínseca invocada en la Declaración Universal? Habermas sostiene que los conceptos *dignidad intrínseca* y *ley natural* carecen de valor jurídico. Son por el contrario, afirmaciones morales. Él piensa que es más preciso concebir la dignidad como el conector de una posición en la comunidad –un estatus– de la persona en cuanto ciudadano, con igual *ciudadanía* que el resto. En otras palabras, la dignidad humana realiza su función jurídica cuando *los derechos humanos se representan más claramente como derechos básicos legalmente institucionalizados dentro de las democracias constitucionales. Esto es así porque los derechos básicos de este tipo [los constitucionalizados] son los únicos que realizan los ámbitos de los derechos humanos: los morales y los jurídicos.*<sup>31</sup>

Los derechos humanos son la determinación de la dignidad humana que permite a alguien ser un ciudadano igual al resto para participar políticamente en la comunidad.

Más allá de esta comprensión, la dignidad humana y por tanto los derechos humanos *permanecen sólo como una fuerza débil del derecho internacional y siguen a la espera de institucionalización dentro del marco del orden mundial, que apenas comienza a tomar forma.*<sup>32</sup> Así, a diferencia de las derivaciones estandarizadas del contenido de derechos humanos desde una idea fundamental como puede ser la dignidad humana, una teoría política de los derechos humanos, como sugiere Habermas, *aprehende el componente activo de la dignidad humana, al hacerla central en su descripción constructivista del contenido moral y político de los derechos humanos.*<sup>33</sup>

### III ] Jeremy Waldron: la expansión de la dignidad humana como estatus

De acuerdo con Jeremy Waldron, si tomamos un derecho humano concreto –el derecho a la vida por ejemplo–, nos daremos cuenta de que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y de los distintos tribunales regionales en esta materia no mantiene una posición constante y homogénea que describa la conexión entre dignidad humana y el derecho humano particular. Por el contrario, parece casi imposible encontrar una explicación común en el uso jurisprudencial de la dignidad humana, especialmente cuando se trata de asuntos donde se toman en cuenta principios éticos. De ahí que él sugiera un cambio de perspectiva y buscar *un camino en el que el derecho proteja una dignidad con un significado profundo, una dignidad que se comprenda de forma más*

---

<sup>31</sup> Op. cit. FLYNN, “Habermas on Human Rights: Law, Morality, and Intercultural Dialogue”, p. 435

<sup>32</sup> Op. cit. HABERMAS, *Kant's Idea of Perpetual Peace*, p. 192

<sup>33</sup> Op. cit. FLYNN, *Human Rights, Humanitarianism and the Politics of Human Dignity*, pp. 13-14

aguda, y más íntimamente conectada con la verdadera naturaleza del derecho.<sup>34</sup>

Para cumplir con este fin, sostiene que nuestro deber básico de respetar, sostener y no atentarse contra la vida humana no se fundamenta realmente en lo que llamamos 'dignidad': *La belleza o sacralidad de la vida humana no es realmente una idea que haga referencia a la dignidad.*<sup>35</sup> Desde su punto de vista, *la dignidad es una especie de concepto-estatus: tiene que ver con la posición (quizá una posición legal o quizá, más informalmente, una presencia moral) con que la persona se manifiesta ante la sociedad y a través de la cual se relaciona con los otros.*<sup>36</sup> En otras palabras:

... *La dignidad es el estatus que se predica de una persona a partir del hecho de que a ella se le reconoce como alguien con la capacidad de controlar y de regular sus acciones de acuerdo con su propia aprehensión de las normas y las razones que se aplican a ella. La dignidad, además, asume que la persona es «capaz de» –y pesa sobre ella el «deber de»– ofrecer y dar cuenta tanto de sí misma como del modo en que ella regula sus acciones y organiza su vida. Es un «dar cuenta de» y «deber de dar cuenta de» al que otros deben poner atención. Finalmente, la dignidad significa que ella posee los medios para exigir que su capacidad de tomar postura y su presencia ante los demás como ser humano debe ser tomada en cuenta con seriedad, incluye el deber incorporarse en la vida de los otros, en las actitudes de los demás, en las acciones dirigidas hacia ella y en la vida social en general.*<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> WALDRON, J., "How Law Protects Dignity" (2012), *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 317, disponible en [http://lsr.nellco.org/nyu\\_plltwp/317](http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/317), p. 1, última consulta: 10 de agosto de 2015.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 5. Waldron argumenta que existen la noción de dignidad como "valor absoluto" y otra como "clasificación de status". Él está a favor de la segunda. La concepción que se desarrolla en sus obras presenta a la dignidad como status o condición que una persona puede ocupar en la sociedad, a partir del lugar y a través de la cual se auto-presenta frente a los demás mediante su discurso y su acción. Las disposiciones sobre dignidad, como él las entiende, son particularmente importantes para quienes están completamente a merced de los demás. Su punto de vista no se opone a que la persona signifique también valor incondicional y supremo de toda vida humana. Él cree que jurídicamente todavía se ha de justificar cómo la dignidad humana se aplica a niños y personas con discapacidad profunda. Por esta razón, desde su punto de vista, esta preocupación no debe alejarnos de una concepción que implique el ejercicio activo de un estatus legal específico. Puede ser abordada por el tipo de estructura que John Locke introdujo en su teoría de los derechos naturales, cuando habló de la igualdad que se aplica a todos los seres humanos en virtud de su racionalidad: los niños, –confiesa– no nacen en este estado de igualdad, a pesar de que han nacido para él. Al igual que los herederos de un título aristocrático, su estatus equivale al rango que ocupan o están destinados a ocupar, sin que deba inventarse un tipo diferente de dignidad para ellos en el ínter. Ver también op. cit., WALDRON, J., *Dignity, Rank and Rights*.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 2

<sup>37</sup> *Ibid.*, pp. 2-3

Su idea de dignidad expresa más bien la idea de estatus y no tanto de la idea de valor, como la utilizaba Kant. La dignidad corresponde al concepto jurídico de estatus, aplicable a toda persona, que se considera como el estándar de la legislación. Es decir, para él la dignidad expresa más bien la idea de rango o categoría social. Algo parecido al uso antiguo de la palabra *dignitas*. De «Arturo» se podría decir que posee una dignidad en sentido moral, pero el uso jurídico de la palabra hacía referencia más bien a ser «Rey». Esa posición o estatus sintetizaba una serie de cargas y beneficios propios del oficio con los que «Arturo» se presentaba ante la comunidad. Y sólo desde esa posición exigía cierto trato jurídico y justificaba ante sí y los demás, sus propias acciones. La idea valor de *dignitas* aplicada a «Arturo» –como persona en cuanto tal– es distinta a la idea de estatus que justifica las decisiones jurídicas de «Rey». De esta forma, concluye Waldron, *en derecho, un estatus es un específico paquete de derechos, poderes, incapacidades, deberes, privilegios, inmunidades y compromisos atribuidos a una persona en virtud de su condición o la situación en la que se encuentra.*<sup>38</sup>

Sin lugar a dudas, el significado de dignidad que nos ofrece Waldron es controvertido. Él intenta proponernos una comprensión de dignidad como estatus o posición-ante-otro y no tanto como un valor fundamental: *el respeto que una persona puede exigir en cuanto ser humano por parte de cualquier otro hombre, y ese respeto no es simplemente el asombroso misterio que surge de la persona a partir de su propia [entitativa] capacidad moral, sino más bien, [la dignidad] es generar un legítimo ámbito frente a los demás sobre la sólida base de la igualdad y la acción hacia otros como si él o ella también fueran uno de los fines últimos que deben tomarse en cuenta en la acción.*<sup>39</sup>

Para entender mejor la idea de dignidad como estatus que propone Waldron, consideremos que las *leyes contra la denigración y el atropello de la dignidad personal son utilizadas a veces para reivindicar los intereses humanos desde la propia comprensión de un adulto (el cuidado de sí mismo, la protección de las propias necesidades físicas). Además, se utilizan para protegerlo contra formas de humillación que invaden su propio interés.* Con esta idea –ser reconocidos y tratados como seres capaces de auto-controlar el propio destino– se conecta el concepto de dignidad como estatus. Consideremos, por ejemplo, dentro de la numerosa jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, el caso *Tekin v. Turquía* (2001).

El señor Tekin presentó su queja a la Comisión el 14 de julio de 1993. Alegaba que había recibido tratos degradantes durante su detención en las oficinas centrales de la policía en Derinsu y Derik, entre el 15 y el 19 de febrero de 1993. Estos hechos no habían sido investigados

---

<sup>38</sup> WALDRON, J., “Is dignity the foundation of Human Rights?” (2013), *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 374, disponible en SSRN: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2196074](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2196074), última consulta: 10 de agosto de 2015.

<sup>39</sup> Op. cit., WALDRON, J., *How law protects dignity?*, p. 3

adecuadamente por las autoridades. Su alegato se basó en los artículos 2, 3, 5(1), 6(1), 10, 13, 14 y 18 de la Convención. De acuerdo con la decisión de la Corte, las condiciones en las que el Sr. Tekin había sido detenido y la manera en que lo trataron, le había producido heridas y moretones en el cuerpo. Esto constituía un tratamiento inhumano y degradante, en violación al artículo 3. La Corte recuerda que, *con respecto a una persona privada de su libertad, el recurso a la violencia física que no es estrictamente necesaria por su conducta, lesiona la dignidad humana y en principio es una infracción al derecho reconocido en el artículo 3*. En otras palabras, la humillación, la vejación y la tortura contra las personas implican la reducción y perjuicio del estatus de la persona en comparación con otros seres humanos bajo la misma posición. Cuando esto sucede, la persona es privada del respeto que le es debido en virtud del principio de equidad.<sup>40</sup>

¿Podemos aquí descubrir rastros de la idea de dignidad intrínseca? No todavía. De acuerdo con Waldron la dignidad a la que aquí se hace referencia no es una idea moral, sino jurídica. La dignidad no se refiere a una condición intrínseca de la naturaleza del ser humano, sino que pertenece al modo en que la ley, por su misma naturaleza, trata a todos como poseedores de un estatus equivalente. Por tanto, la violación es especialmente visible cuando este estatus que asigna a cada persona una dignidad –un núcleo de cargas y beneficios–, es violada. Entonces es cuando se produce una violación a la equidad, que exige participar de la misma posición.

#### IV ] Robert George y Patrick Lee: la naturaleza y las bases de la dignidad humana

En el 2008, Robert P. George, uno de los teóricos del derecho natural más importantes, participó en la elaboración de un informe para el Consejo de Bioética escribiendo, junto con Patrick Lee, el artículo *La Naturaleza y las Bases de la Dignidad Humana*.<sup>41</sup> El artículo es una reflexión sobre el concepto *dignidad intrínseca* como una cualidad intrínseca del ser humano, en oposición al significado de dignidad que la define en relación con el derecho de privacidad, no interferencias arbitrarias y la autodeterminación; sentido que le asigna la jurisprudencia de Estados Unidos con relación al aborto, la fecundación artificial y la eutanasia. En el artículo, Robert George afirma que *todos los seres*

<sup>40</sup> "It seems that in domestic and international jurisprudence it is possible identify a common judgment about cases of tortures, a sort of universal condemn, I would almost venture to say that there is a *ius commune* regarding these matters". CAROZZA, P., "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply", *European Journal of International Law*, Vol. 19, p. 931, 2008, Notre Dame Legal Studies Paper No. 09-14, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1393744>, última consulta: 10 de agosto de 2015.

<sup>41</sup> GEORGE, R.P., P. Lee, *The Nature and Basis of Human Dignity*, *Ratio Juris*, Vol. 21 No. 2, junio de 2008, pp. 173-193

humanos poseen un tipo especial de dignidad, que es la base de la obligación que todos tenemos de no matarlos, la obligación de asumir su bien-estar y tomarlo en cuenta en nuestra actuación, e incluso la obligación de tratarlos como quisiéramos que ellos nos traten a nosotros; y por supuesto que todos los seres humanos somos iguales ante esta dignidad fundamental. En consecuencia, nos ofrece argumentos que contrastan con quienes sostienen que sólo algunos seres humanos, gozan de una dignidad y valor plenos porque poseen ciertas características añadidas a su humanidad, (por ejemplo, una capacidad inmediata de ejercicio de la autoconciencia o de deliberación racional). Nos gustaría conectar esta perspectiva con la reflexión de Böckenförde sobre el concepto de persona. Éste último sostiene que el concepto actual de persona sirve para distinguir la vida humana de la vida personal, para entender así la personalidad –esto es, *ser-una-persona*– como un concepto distinto del ser humano. No toda vida humana, sino sólo aquella que posee ciertas características y cualidades distinguibles, puede ser la vida de una persona y en consecuencia, llamarse *persona*. El concepto de persona, puesto de esta manera, es para limitar lo que la ley protege bajo el ámbito de la dignidad humana: no todo ser humano, no toda etapa de la vida humana, participa de la dignidad humana.<sup>42</sup>

Por el contrario, de acuerdo con George, ser persona deriva del tipo de ente sustancial que uno es, una entidad sustancial de naturaleza racional, siguiendo la definición de Boecio (*persona est rationalis naturae individua substantia*). La posesión del valor moral pleno se sigue de ser un modo especial de entidad o sustancia, a saber, una sustancia con naturaleza racional. Este valor se posee independientemente del hecho de que algunas personas (sustancias con naturaleza racional) tengan una mayor inteligencia, o que sean moralmente superiores (en el ejercicio de su capacidad de elección libre en un modo ético más eminente) que otros. En otras palabras, la posesión de valor moral pleno se sigue de ser una persona (una sustancia distinguible de naturaleza racional), incluso a pesar de algunas desigualdades en algunos aspectos (intelectual, moral, etc.) Dado que los derechos básicos se fundamentan en ser un tipo específico de sustancia, de aquí se sigue que tener esa naturaleza sustancial lo cualifica para poseer un valor moral pleno, derechos básicos, y una igual dignidad personal. Por tanto, los seres humanos poseen un valor intrínseco como sujetos de derechos mientras existan como tales, es decir, no aparecen en determinado momento, adquieren un valor moral o un valor como sujetos de derechos algún momento después en el tiempo. Esta interpretación sustancial de la dignidad humana, se deriva de la tradición *imago Dei* judeo-cristiana –en otras palabras, de la idea de que el ser humano es creado a imagen de Dios y en consecuencia tiene una dignidad humana intrínseca no reductible a una manifestación de sus propias capacidades–. De aquí se sigue que los embriones y los fetos también son sujetos de derechos y merecen el respeto moral pleno tanto de individuos como de la comunidad política. También se deriva que los

---

<sup>42</sup> Cfr. BÖCKENFÖRDE, E.W., *Dignità umana e bioetica*, Morcelliana, 2009.

seres humanos siguen siendo personas, seres con dignidad intrínseca, sujetos de derechos, mientras vivan: no existen seres humanos infra-personales. En efecto, de acuerdo con George, la investigación que destruye embriones, el aborto y la eutanasia implican matar vidas humanas inocentes en violación a su derecho moral –un derecho no positivado, pero realmente existente– a la vida y a su protección ante la ley. Esto significa que la dignidad incluye a todos los seres humanos, independientemente de su edad, tamaño, etapa de desarrollo o inmediatez en el ejercicio de sus capacidades.

La interpretación de Robert George nos ofrece una clarificación fundamental en el concepto de dignidad humana, que se relaciona especialmente con el derecho a la vida, y que reconstruye en oposición al concepto de dignidad humana, caracterizado por la jurisprudencia norteamericana que lo comprende como una expresión de la libertad de elección y la privacidad.

Podríamos mostrar que esta idea de dignidad como valor intrínseco continuo en la persona en todas las etapas de su desarrollo, se recoge en la jurisprudencia más reciente de la Corte de Luxemburgo.<sup>43</sup> En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió, el 18 de octubre de 2011, un importante caso: el *Brüstle v. Greenpeace e.V.* (C-34/10). En él se excluyó la posibilidad de patentar el procedimiento que buscaba obtener células madres extraídas a partir de un embrión humano en etapa de blastocito y que necesariamente implicaba la destrucción del embrión. El Tribunal Federal de Patentes alemán había declarado nula la patente del Sr. Brüstle sobre el procedimiento científico. El científico recurrió al Tribunal Supremo Alemán, y este decidió preguntar al Tribunal de Justicia Europeo. En concreto, se le preguntaba si la técnica practicada por Brüstle debía excluirse de las técnicas científicas excluibles de patente en función de la Directiva Europea 98/44/CE relativa a la protección jurídica de invenciones biotecnológicas y el artículo § 2 II 1 No. 3, de la ley alemana de patentes. La duda consistía en saber si esa directiva excluía a todo embrión humano desde la fecundación o si debían cumplirse otros requisitos, como por ejemplo, determinado nivel de desarrollo. En la ley alemana se dice que *no se otorgará patente en lo que respecta al uso de embriones humanos para usos comerciales o industriales*. La respuesta a esta pregunta dependía de la interpretación que se le daría al artículo 6(2)(c) de la directiva mencionada que establece: *Los inventos que se considerarán como no patentables serán aquellos cuya explotación comercial sean contrarios al orden público o la moralidad [...] en particular se considerarán como no patentables [...] el uso de embriones humanos para uso industrial y comercial.*<sup>44</sup>

<sup>43</sup> VIOLINI, L., “Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana”, en *Quaderni costituzionali*, 1/2012, pp. 145-148

<sup>44</sup> “§ 2 II 1 No. 3, of the German Patent Act is derived from this EU Directive. EU Directives harmonize law within the EU, and the Member States have to implement the legal meaning of the Directive into their national statutes – in this case into the German Patent Act – a process that leaves space for interpretation, legal uncertainties and disputes such as this one. Article 6 (2) (c) of the

La primera pregunta planteada por el *Bundesgerichtshof* al mencionado Tribunal Europeo se decidió por una interpretación amplia del término *embriones humanos* por estar en juego la dignidad:

*El contexto y la finalidad de la Directiva revelan así que el legislador de la Unión quiso excluir toda posibilidad de patentabilidad en tanto pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana. De ello resulta que el concepto de «embrión humano» recogido en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva debe entenderse en un sentido amplio.<sup>45</sup>*

Como al Tribunal le interesaba generar uniformidad en un criterio donde estuviera en juego la dignidad humana, señaló que:

*... la falta de una definición uniforme del concepto de embrión humano crearía el riesgo de que los autores de determinadas invenciones biotecnológicas se vieran tentados a solicitar una patente en los Estados miembros que tengan la concepción más estricta del concepto de embrión humano y sean, por consiguiente, los más permisivos en lo que atañe a las posibilidades de patentar, debido a que la patentabilidad de dichas invenciones estaría excluida en los demás Estados miembros.<sup>46</sup>*

El Tribunal consideró que todo óvulo humano, a partir de la fecundación, deberá considerarse un «embrión humano» [...] habida cuenta de que la fecundación puede iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano. Más aún, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis debe ser considerado embrión humano porque aunque en pureza estos organismos no hayan sido objeto de fecundación, cabe considerar, [...] que por efecto de la técnica utilizada para obtenerlos, son aptos para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano, de la misma manera que el embrión creado por fecundación de un óvulo.<sup>47</sup>

Es decir, se considera embrión humano a aquella célula que pueda iniciar el proceso de desarrollo propio de los seres humanos. Esa aptitud sería señal de que estamos ante un mismo ente que sólo cambia

---

*Directive does not allow the Member States any discretion regarding the fact that the processes and uses listed therein are not patentable. In other words, § 2 II of the German Patent Act – in particular its concept of embryo – cannot be interpreted differently from that of the corresponding concept in Article 6 (2) (c) of the Directive”; LANGER, C., “The European Court of Justice Bars Stem Cell Patents In Landmark Decision”, Berkeley Tech. L.J. Bolt, 5 de enero de 2012, disponible en <http://btlj.org/?p=1646>, última consulta: 10 de agosto de 2015.*

<sup>45</sup> C-34/10, *Olivier Brüstle c. Greenpeace e V.*, Gr. Sez., 18 de octubre de 2011, párr. 34, sentencia disponible en

<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62010CJ0034&lang1=es&type=TEXT&ancre=>, última consulta: 10 de agosto de 2015.

<sup>46</sup> *Ibid.*, párr. 28

<sup>47</sup> *Ibid.*, párr. 35 y ss.

accidentalmente; sólo se desarrolla, pero esencialmente se trata del mismo individuo. La dignidad es atributo inherente al tipo de ser del embrión, que participa del valor radical de los seres humanos como personas.

## V ] Conclusión

Charles Malik, uno de los redactores de la Declaración Universal de Derechos Humanos, escribió durante el proceso de redacción del documento, que a pesar de que un asunto fundamental no siempre estuvo presente en la mentalidad de los redactores, *de cualquier manera estaba ahí, en la base de cada debate y cada decisión. Era el problema sobre el origen de estos derechos. ¿Bajo qué título el hombre posee los derechos humanos? ¿Son otorgados por el Estado, o por la sociedad, o por las Naciones Unidas? ¿O más bien pertenecían a la naturaleza del hombre, de forma tal que si se le despojan simplemente deja de ser hombre?*<sup>48</sup>

Me parece que en la explicación que ofrecen estos tres autores, están de acuerdo en el hecho de que la dignidad humana es la base de los derechos humanos. Sin embargo, su definición de dignidad es muy distinta y sirve para fines distintos: Habermas lo define en términos políticos, Waldron en el plano jurídico, y George y Lee en el metafísico.

Jürgen Habermas conecta la dignidad humana con la exigencia del reconocimiento de cada uno como ciudadano igual al resto.<sup>49</sup> Él entiende que el concepto jurídico de dignidad es sobre todo un concepto político, que funciona como llave para la inclusión igualitaria dentro de la comunidad política. Su visión muestra que una vez que los humanos han logrado cierto grado de igualdad material en su vida privada, entonces quieren vivir en un mundo ordenado por lo que Hanna Arendt denominaba igualdad de participación.<sup>50</sup> Así defendían la libertad contra la amenaza de dominación por parte de cualquier grupo o individuo. La dignidad posee un valor moral, porque sería la que justifica históricamente la reivindicación y la búsqueda de cierto reconocimiento dentro de los debates políticos desarrollados en la historia. La dignidad justificaría una lucha política concreta a favor del reconocimiento. De esta manera, la

<sup>48</sup> MALIK, C., "International Bill of Human Rights", *United Nations Bulletin*, julio de 1948.

<sup>49</sup> El deseo de reconocimiento y respeto de la propia personalidad y dignidad por parte de la comunidad política y social, se deriva de la idea de que los individuos están constituidos por sus comunidades y por lo tanto su auto-concepción depende de su relación con el todo social. Ver Rao, N., "Three Concepts of Dignity in Constitutional Law" (11 de mayo de 2011), *Notre Dame Law Review*, Vol. 86, No. 1, 2011, pp. 183-271, George Mason Law & Economics Research Paper No. 11-20, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1838597>, última consulta: 10 de agosto de 2015.

<sup>50</sup> Ver ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt, 1951; *Id.*, *The Human condition*, The University of Chicago Press, 1958; *Id.*, "What is freedom?", en ARENDT, H. *Between Past and Future: Six Exercises in Political Thought*, The Viking Press, 1961, pp. 143-172

dignidad es un concepto tanto histórico como político vinculado a los esfuerzos por lograr la igualdad ciudadana.

En consecuencia, los derechos humanos se debaten y deciden dentro de una comunidad política particular, y no son en sí mismos intrínsecos a la naturaleza humana. Sin embargo, es necesaria una salvaguarda universal de la dignidad humana, pues la persona tiene derecho a pertenecer a una auténtica comunidad política en orden a resolver los asuntos jurídicos.<sup>51</sup> Esta perspectiva encaja adecuadamente con los casos que resuelven discriminación basada en la raza, el origen nacional o étnico, el color, la religión, sexo, edad, o discapacidad mental o física.

Sin embargo, la dignidad entendida como exigencia de reconocimiento es fundamentalmente distinta a la idea de dignidad ontológica intrínseca. Estos dos tipos de dignidad enfatizan diferentes aspectos de la personalidad.<sup>52</sup> La dignidad intrínseca se centra en el atributo universal de los individuos en cuanto seres humanos. En cambio, de acuerdo con Habermas, la dignidad como demanda de reconocimiento es sólo un instrumento político porque implica un proceso de deliberación democrática dentro de una comunidad política. De esta forma, se conecta con la idea de actitudes relacionales del individuo.

En su aproximación a la dignidad humana, Waldron tampoco la describe desde el punto de vista ontológico fundamental, como un concepto que se basa en la condición humana, sino que cree que debe entenderse como un *estatus de alto rango jurídico, político y social* que se concede a todos por igual. De acuerdo con la visión de Waldron de la dignidad, esta no se entiende ni como intrínseca, ni como atributo universal de los seres humanos, ni como reconocimiento (inclusión) en una comunidad política de un grupo de personas o individuos. Para Waldron, la dignidad tiene su hábitat propio en el ámbito de la discusión jurídica, porque es una *idea construida con una función justificativa y fundacional*.<sup>53</sup> Es decir, la dignidad no es una idea que funcione en el ámbito filosófico y moral, sino que su uso eficaz se da en el ámbito jurídico. Esto parece evidente si se considera que la dignidad como concepto

---

<sup>51</sup> Ver HELIS, J., "Hannah Arendt and Human Dignity: Theoretical Foundation and Constitutional Protection of Human Rights", *Journal of Politics and Law*, Vol. 1, No. 3, septiembre de 2008.

<sup>52</sup> "Inherent dignity focuses on the universal attribute of individuals as human agents, able to choose and direct their own lives. Recognition dignity focuses on the individual, but finds that the dignity of a person exists not only in making choices, but also in having those choices validated and accepted by the state and other members of the community. These forms of dignity, both focused on the individual, will sometimes run in the same direction. But they can just as easily conflict, for example when recognition and respect for one person requires constraints on another person's speech or expression, or when recognition and preferences for some racial groups means exclusion of particular individuals from selective opportunities". Op. cit. ARENDT, H., *The Origins of Totalitarianism*, pp. 268-269

<sup>53</sup> Op. cit., WALDRON, J. *Dignity, Rank and Rights*.

jurídico autónomo es su origen. La dignidad se comenzó a utilizar en el derecho, como una forma de referirse a las cargas y beneficios de un estatus o posición –de la *dignitas* del Rey se seguían unas facultades a favor o en carga de Arturo precisamente porque este era Rey. El estatus o posición es sobre todo un concepto jurídico. A partir de ahí se configuraron formas de interacción características de los estatus a los que se les concedía una alta estima, un valor, una deferencia o sumisión especial que justificaba esos derechos y obligaciones. Waldron nos ha ofrecido varios ejemplos claros y persuasivos de los modos en los cuales la ley se ha utilizado para defender tanto los altos rangos o los derechos de una persona ordinaria al proteger su dignidad [el valor de la posición u oficio], protegerla de la degradación, el insulto y el desprecio.<sup>54</sup> Michael Rosen nos ofrece una crítica interesante sobre los argumentos de Waldron.

En primer lugar, él cree que la historia del concepto de dignidad como estatus muestra profundas tensiones y ambigüedades, tensiones que necesitan clarificación. La palabra *dignidad* se utilizó como fórmula de compromiso después de la Segunda Guerra Mundial para servir como fundamento del nuevo orden mundial. Sin embargo este acuerdo se ha roto tiempo después –algo que no sorprende– cuando ese compromiso mostró ser incapaz para jugar el papel fundacional que se esperaba que lograría.<sup>55</sup>

En segundo lugar, si la dignidad, el concepto fundacional, se entiende como un estatus de alto rango jurídico, político y social que se asigna a todos los que pertenecen a ese estatus, y a todos los estatus, entonces ¿sobre esta audaz promesa se logrará la armonía en el campo de batalla de la (moral) metafísica? [...] ¿Quién se incluye en ‘todos’? ¿Incluye a los cigotos, embriones, fetos, discapacitados mentales y aquellos que padecen estados vegetativos persistentes?<sup>56</sup> Si existe alguna respuesta a estas preguntas en la descripción de Waldron sobre dignidad humana, no queda muy claro cuál sería y cómo lo haría. Ahora bien, me parece que si todo individuo pertenece a algún estatus o posición protegible, las fronteras que separan esta concepción de la teoría de la ley natural y dignidad intrínseca no es tan pronunciada. La frontera entre una interpretación antropológica de la dignidad y la jurídica no parece ser muy infranqueable.

Por último, la conexión entre dignidad como estatus y los casos jurisdiccionales relativos a la degradación de los seres humanos nos muestran que una noción de dignidad humana se relaciona con la concepción de respeto. El artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos prohíbe la tortura, y un trato o pena inhumana y degradante. Podemos encontrar la misma prohibición si leemos el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *Nadie será sometido*

<sup>54</sup> Op. cit. ROSEN, M., *Replies to Jeremy Waldron: Dignity, Rank and Rights*.

<sup>55</sup> ROSEN, M., *Dignity Past and Present*, en op. cit. WALDRON, J., *Dignity, Rank, and Rights*, p. 84

<sup>56</sup> Op. cit. ROSEN, M., *Replies to Jeremy Waldron: Dignity, Rank and Rights Tanner Lectures*

a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En consecuencia, lo que la degradación, el insulto y el desprecio tienen en común es que son expresión o símbolo de un daño, de aquellos en los que el eminente estatus del ser humano no es reconocido.<sup>57</sup> Rosen está de acuerdo con esta comprensión del daño a la dignidad, pero también anota que esta comprensión de la dignidad que exige un respeto-en-cuanto-respetabilidad, ha tenido una importante consecuencia;

*Si asumimos la visión de que el daño a la dignidad es esencial y solamente simbólica –es imposible expresar respeto o dañar sólo un estatus– entonces hemos de creer que todas las violaciones a los derechos humanos fundamentales son simbólicas. Si esto es así, la dignidad no puede colmar el rol asignado a ella por nuestros documentos básicos de derechos humanos; entonces fracasamos en justificar un fundamento para los derechos reconocidos en ellos.<sup>58</sup>*

Esta falta de autocrítica nos conecta con la explicación que ofrecen Robert George y Patrick Lee de lo que implica la dignidad intrínseca. Su descripción intenta proveer un fundamento básico de los derechos humanos al mostrar el núcleo de la dignidad.<sup>59</sup> Por un lado, los seres humanos necesitan reconocimiento y respeto de su integridad (física y moral). Por el otro, existe algo más básico que esas *necesidades fundamentales*: la idea de algo intrínseco, una inviolabilidad inherente de los seres humanos en cuanto seres humanos.

Esta concepción no es sólo jurídica ni sólo moral, y se conecta íntimamente a los casos referentes al derecho a la vida. En este artículo, también hice referencia al razonamiento de la Corte Europea de Justicia en el caso *Brüstle v. Greenpeace* (2011) que no se refiere al derecho a la vida en sí mismo, sino a la posibilidad de patentar embriones humanos. Me parece que el Tribunal le reconoce a la dignidad humana un valor fundamental en orden a proteger al embrión humano, o, en otras palabras, en orden a preservar la vida humana en todas las etapas de su desarrollo, de todo intento de mercantilización ya sea comercial, industrial o de investigación. Esta interpretación de la dignidad no excluye las posiciones de Habermas y Waldron, por el contrario, las dirige hacia su núcleo, al origen del dinamismo de la dignidad (la necesidad fundamental de reconocimiento y respeto) que muestra al mismo tiempo la raíz y la complejidad del desarrollo humano integral. Charles Malik explica la importancia de la dignidad intrínseca al tipo de ser. La cita es larga pero vale la pena:

---

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 19

<sup>58</sup> Michael Rosen no cree que los daños simbólicos sean daños irreales, sino que, sin duda, no pueden considerarse daños fundamentales. Después de todo, tal y como él mismo escribió, lo peor que el estado nazi hizo a los judíos no fue la humillación de tratarlos como ovejas y trasladarlos en camiones de ganado y obligarlos a vivir en condiciones de una miseria inimaginable; lo peor que hicieron fue asesinarlos. *Op. cit. Id., Dignity Past and Present.*

<sup>59</sup> Cfr. *Op. cit.*, GEORGE, R., P. Lee, *The Nature and Basis of Human Dignity*, p. 173

Si los derechos humanos se originan solamente por el Estado, la sociedad y las Naciones Unidas, es claro que lo que el Estado ahora otorga, algún día podría revocarlo sin violar ninguna ley superior. Pero si estos derechos y libertades pertenecen al hombre en cuanto hombre, entonces el Estado o las Naciones Unidas, lejos de asignárselos, deben reconocerlos y respetarlos, de lo contrario violarían una ley superior a su condición. Este es el problema de si el Estado está condicionado por una ley superior, –la ley de la naturaleza– o si el Estado es suficiente por sí mismo para justificar su propia ley. Si estamos ante esto último, entonces no existe forma alguna de revisar sus contenidos: él sería el juez de todo. Pero si existe algo superior a él, algo que puede descubrirse y que es capaz de configurar la ley positiva, entonces si ésta contradice esa norma fundamental es nula en sí misma y debe ser desobedecida. Finalmente, si mis derechos y libertades fundamentales me pertenecen por naturaleza, entonces no son ni remotamente un amalgama de artículos: deben constituir un todo ordenado. Una investigación responsable debe por tanto evidenciar su íntima articulación.

La más profunda descripción de la presente crisis de los derechos humanos no es que estos derechos hayan sido violados en la guerra reciente [la Segunda Guerra Mundial]; ni tampoco la falta de una exigencia que demande su adecuado establecimiento y protección; ni tampoco que las Naciones Unidas no hayan hecho algo por protegerlos. Hemos hablado mucho más sobre los derechos humanos que antes, y las Naciones Unidas ha establecido una Comisión especial dedicada en su totalidad a promover esta causa.

La verdadera crisis de los derechos humanos no se encuentra en alguna de estas narrativas. Consiste más bien en el hecho de que la gente hoy día no cree que posea derechos naturales, intrínsecos e inalienables. ¡Deberíamos ver al hombre moderno argumentar a favor de estos derechos! ¿Podrías justificarle al hombre de nuestros días que él posee derechos naturales y originarios, y por tanto fundamentales a su existencia? La simple sugerencia de que existe una naturaleza, una realidad, una verdad, una armonía y un orden inmutable en las cosas, además de que nuestro destino supremo consiste en conocer y conformar nuestra existencia a ellos, le parece un anatema al hombre moderno. A él le interesan derechos que no nacen en y desde ese orden, sino desde su gobierno, desde las Naciones Unidas, desde lo que él llama «el mundo existente tal y como aparece» y «esta última etapa evolutiva». Despojado y desolado va como mendigando por sus derechos a los pies del mundo, y cuando la Comisión [que redactó la Declaración Universal] aprobaba un artículo por 10 votos a 8, ¡se alegraba de que en ese momento le otorgaban un derecho! Habiendo perdido su sustento en Dios, o más precisamente, habiéndose cegado él mismo a Dios por confiar solamente en sí mismo, en vano busca sus derechos por otro lado. ¿Puede existir un espectáculo más trágico que haber perdido su propio ser?<sup>60</sup>

Por todo lo dicho, la dignidad intrínseca es irreductible a un término sólo político o a otro exclusivamente jurídico. Incluye esencialmente ambos aspectos, pero no puede ser identificado sólo con alguno de ellos. Los incluye de alguna manera, como una manifestación de sí misma, y al mismo tiempo supera sus determinaciones políticas y jurídicas.

---

<sup>60</sup> Op. cit., MALIK, C., *International Bill of Human Rights*. Cfr. también SPAEMAN, R., *Love and dignity of human life*, Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 2012, y BOTTURI, F., *Dignità e Rispetto Reciproco*, Catholic Muslim Forum, 4 a 6 de noviembre de 2008.

## Bibliografía

- ARENDR, Hannah, *Between Past and Future: Six Exercises in Political Thought*, The Viking Press, 1961.
- \_\_\_\_\_ *The Human Condition*, The University of Chicago Press, 1958.
- \_\_\_\_\_ *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt, 1951.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Dignità Umana e Bioetica*, Morcelliana, 2009.
- BOTTURI, F., *Dignità e Rispetto Reciproco*, Catholic Muslim Forum, 4 a 6 de noviembre de 2008.
- CAROZZA, Paolo, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply* (2008), *European Journal of International Law*, Vol. 19, 2008, Notre Dame Legal Studies Paper No. 09-14.
- EBERLE, Edward J., *Dignity and Liberty, Constitutional visions in Germany and the United States*, Praeger, 2002.
- FLYNN, Jeffrey, *Habermas on Human Rights: Law, Morality, and Intercultural Dialogue*, *Social Theory and Practice*, Vol. 29, No. 3, julio de 2003.
- \_\_\_\_\_ *Human Rights, Humanitarianism, and the Politics of Human Dignity* (2011), Annual Meeting Paper, APSA 2011
- GEORGE, Robert P., Patrick Lee, *The Nature and Basis of Human Dignity*, *Ratio Juris*, Vol. 21, No. 2, junio de 2008.
- GLENDON, Mary Ann, *The Bearable Lightness of Dignity*, *First Things Journal*, mayo de 2011.
- HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, 1996.
- \_\_\_\_\_ *The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights*, *Metaphilosophy* 41 (4), 2010.
- \_\_\_\_\_ *The Inclusion of Other: Studies in Political Theory*, MIT Press, 2001.
- \_\_\_\_\_ *The Postnational Constellation: Political Essays*, MIT Press, 2001.
- HELIS, John, *Hannah Arendt and Human Dignity: Theoretical Foundation and Constitutional Protection of Human Rights*, *Journal of Politics and Law*, Vol. 1, No. 3, septiembre de 2008.
- HENKIN, Louis, *Religion, Religions, and Human Rights*, *The Journal of Religious Ethics*, Vol. 26, No. 2, Otoño de 1998.
- LANGER, Claudia, *The European Court of Justice Bars Stem Cell Patents In Landmark Decision* (2012), *Berkeley Technology Law Journal, The Bolt*, 5 de enero de 2012.
- MACCORMICK, Neil, *Institutions of Law*, Oxford University Press, 2009.
- MALIK, Charles, *International Bill of Human Rights*, *United Nations Bulletin*, julio de 1948.
- MARITAIN, Jacques, en UNESCO (Ed.), *Human Rights: Comments and Interpretations*, Allan Wingate, 1949.
- MCCRUDDEN, Christopher, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights" (17 de Julio de 2008), *European Journal of International Law*, de próxima publicación, Oxford Legal Studies Research Paper No. 24/2008.
- NOLTE, Georg (Ed.), *European and U.S. Constitutionalism*, Council of Europe Publishing, 2005.
- RAO, Neomi, "Three Concepts of Dignity in Constitutional Law" (11 de mayo de 2011), *Notre Dame Law Review*, Vol. 86, George Mason Law & Economics Research Paper No. 11-20.
- ROSEN, Michael, *Replies to Jeremy Waldron: Dignity, Rank and Rights*, *Tanner Lectures*, Berkeley, 21 a 23 de abril, 2009.

SCAPERLANDA, Michael A., Teresa Stanton Collett (Ed.), *Recovering Self-Evident Truths: Catholic Perspectives on American Law*, CUA Press, 2007.

SAPEMAN, Robert, *Love and dignity of human life*, Wm. B. Eerdmans Publishing Co., 2012.

TOLLEFSEN, Christopher O., "Capital Punishment, Sanctity of Life, and Human Dignity", *Public Discourse*, The Witherspoon Institute, 16 de septiembre de 2011.

VIOLINI, L., "Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana", en *Quaderni costituzionali*, 1/2012.

WALDRON, Jeremy, *Dignity, Rank and Rights*, Oxford University Press, 2012.

\_\_\_\_\_ "How Law Protects Dignity" (2012), *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 317.

\_\_\_\_\_ "Is Dignity the Foundation of Human Rights?" (2013), *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 374.

WOLTERSTORFF, Nicholas, *Justice: Rights and Wrongs*, Princeton University Press, 2010.

## Casos legales

Heart of Atlanta Motel Inc. vs. Estados Unidos, 379 EE.UU. 241 (1964).

Ley vs. Canadá (Ministerio de Trabajo e Inmigración), (1999) 1 SCR 497.

Presidente de la República de Sudáfrica vs. Hugo 1996 (4) SA 1012 (D).

Olivier Brüstle c. Greenpeace e V., Gr. Sez., C-34/10, 18 de octubre de 2011.

Fecha de recepción: 7 de agosto de 2015

Fecha de aprobación: 14 de agosto de 2015

# Autonomía de la voluntad en los contratos mercantiles, alcances y limitaciones

SOYLA H. LEÓN TOVAR<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Régimen jurídico de los contratos mercantiles*. III. *Autonomía de la voluntad*. IV. *Pacta sunt servanda*. V. *Límites a la autonomía de la voluntad*. VI. *Contratos vinculados o coaligados*. VII. *Contratos conexos*. VIII. *La interpretación del contrato mercantil*.

**Resumen.** Aunque en el siglo pasado se había reconocido en México que la autonomía de la voluntad en los contratos había pasado a segundo término como lo refiere la exposición preliminar del Código Civil de 1928, hoy retoma fuerza este principio en dos vertientes; por un lado es reconocido como un derecho humano, *con rango constitucional*, que no puede ser violado o suprimido, y por tanto que respeta la *pacta sunt servanda*; y, por el otro, se enfatizan o reconocen diversas instituciones ilegales que limitan dicha autonomía, tales como el abuso del derecho, los actos propios, el retraso desleal, la vinculación contractual, la conexidad y las cláusulas abusivas a las que se hace referencia en este artículo.

**Palabras clave:** Autonomía de la voluntad, derecho humano, *pacta sunt servanda*.

**Abstract:** *In Mexico, while the contractual principle of the parties' autonomy had been deliberately obscured and sidelined, as it can be seen in the preliminary exposition of the 1928 Civil Code, nowadays it has been reinforced in two ways: on one side it has been recognized in the Constitution as a human right, meaning that it cannot be violated or suppressed, and that the principle of pacta sunt servanda must always be respected; and on the other side, different institutions that limit this autonomy have been deemed illegal, such as the abuse of rights, estoppel, unfair or disloyal delay, tying agreements, related contracts, and other abusive clauses that are analyzed in this article.*

**Keywords:** *Autonomy, human right, pacta sunt servanda.*

## I ] Introducción

Hemos sido testigos en las últimas décadas de los cambios profundos que se han dado en todas las ramas del saber jurídico; los avances tecnológicos han facilitado el uso de los medios electrónicos para

---

<sup>1</sup> Profesora de la materia de sociedades mercantiles y presidenta de la Academia de Derecho Mercantil, en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

comunicarnos a distancia, producir declaraciones de voluntad y celebrar contratos sin necesidad de que consten en papel escrito ni contengan una firma autógrafa, sino por mensajes de datos generados, enviados, recibidos o archivados por dichos medios electrónicos.

El comercio, nacional e internacional, ha sido promotor, motor y testigo de estos cambios dadas las exigencias del mismo. No ha sido difícil comprender que gracias a los trabajos de la Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional se hayan reconocido las nuevas tecnologías y los medios electrónicos por prácticamente todos los países para favorecer el flujo de las operaciones, para fomentar la investigación y la tecnología, así como para dar seguridad a las operaciones que conforme las necesidades del comercio se han llevado a cabo a través de mensajes de datos, tales como el corretaje, la compraventa y el *hosting*.

Este fenómeno ha favorecido la preponderancia de la autonomía de la voluntad con la creación de nuevas figuras jurídicas (contratos atípicos), adecuación de las existentes (compraventas por internet), nuevas formas de cumplimiento de obligaciones (pagos electrónicos) y de satisfacción de necesidades (por ejemplo, recepción de bienes y servicios digitales), y por tanto de relaciones jurídicas válidas y obligatorias para las partes (*Pacta sunt servanda*).

Al mismo tiempo, aunque hasta el siglo pasado en México estudiábamos al derecho basados en la ley, conforme la cual los jueces resolvían sus controversias, como fieles aplicadores de la misma, en este siglo observamos un giro de la ley al derecho, de las garantías individuales a los derechos humanos, del constitucionalismo al convencionalismo y con ello el reconocimiento de principios como los de proporcionalidad y razonabilidad; dicha evolución también ha influido en el derecho de los contratos mercantiles y ha dado paso por un lado a la regulación y reconocimiento de nuevas instituciones jurídicas y, por el otro, a redefinir los alcances de la autonomía de la voluntad que es la base de los contratos; en este artículo se destacan algunas instituciones que ponen de manifiesto la permanencia de la autonomía de la voluntad y al mismo tiempo nuevas manifestaciones sobre limitaciones a la misma.

## II ] Régimen jurídico de los contratos mercantiles

En México, los contratos mercantiles están regulados principalmente por leyes mercantiles; el Código de Comercio (CCo) regula los contratos de comisión, consignación, compraventa, cesión de créditos, préstamo y transporte; la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito a las aperturas de crédito, depósito, reporto, cuenta corriente, fideicomiso y la prenda; la Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas a los contratos de seguro, fianza, coaseguro, etc., la Ley de Instituciones de Crédito (apertura de crédito, crédito documentario, depósito) Ley del Mercado de Valores (compraventa, intermediación, mandato, caución bursátil); Ley de Navegación y Comercio Marítimo (transporte, fletamento, compraventa); sin embargo no lo hace ampliamente. Asimismo, los usos y

costumbre comerciales son una fuente importante para el derecho mercantil en general y para los contratos comerciales como lo muestran no solo diversas disposiciones legales, sino las reglas y usos utilizados mundialmente como los Términos de Comercio Internacional (INCOTERMS) para las compraventas de expedición y las Reglas y Usos Uniformes sobre Créditos Documentarios (RUU).

Al mismo tiempo y ante la falta de unificación de las normas del derecho privado, el Código Civil Federal (CCF) y 32 Códigos Civiles locales regulan algunos de los contratos antes mencionados, y dado que no son esencial o intrínsecamente civiles, sino de mercantilidad condicionada, dichos negocios son susceptibles de ser regulados por cualquiera de dichos ordenamientos, según que se trate o no de actos de comercio y si bien los principios sobre los contratos son los mismos en materia civil y mercantil, el CCo contiene normas que se apartan de las previstas en el CCF; a guisa de ejemplo, en materia de pérdida de la cosa, de plazo de cumplimiento de obligaciones, de los efectos de la mora, de la pena convencional, los efectos o consecuencias son distintas en el CCo de las de los Códigos Civiles; vgr., en estos la transmisión del riesgo en enajenaciones de cosas ciertas y determinadas opera por mero efecto del contrato (*res perit dominus*) pero en materia mercantil el riesgo se transmite a partir de que la cosa es entregada de manera real, jurídica o virtualmente; el cumplimiento de obligaciones civiles en las que no existe plazo específico por las partes o por la ley se fija en función de la naturaleza de la obligación: en obligaciones de dar, 30 días siguientes a la interpelación judicial o extrajudicial; en obligaciones de hacer cuando lo exija el acreedor transcurrido el plazo razonable; pero en materia mercantil el plazo se fija en función de la naturaleza de la acción procesal: al día inmediato si trae aparejada ejecución, o dentro de los 10 días después de contraídas si es acción ordinaria.

Además, el CCo no regula in extenso los contratos ni las obligaciones mercantiles, sino solo en cuanto a su carácter mercantil, de manera que no contiene las normas que solucionen cualquier controversia o resuelvan cualquier cuestión sobre el acto jurídico de que se trate; por lo que se debe recurrir a la incorporación o a la supletoriedad de las normas del Código Civil a las del CCo.; la primera implica considerar a las normas de diversos ordenamientos como si estuvieran incorporadas en el ordenamiento incompleto, como ocurre en los supuestos del art. 81 del CCo que previene que con las restricciones de este código, serán aplicables a los actos de comercio las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes, y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos; así como en el artículo 1° del CCF, que refiere expresamente que las disposiciones de este Código regirán en toda la República en asuntos del orden federal; en cuanto a la supletoriedad, en cambio, se *acude a la norma delegada* a fin de aplicar la disposición al caso concreto; es un instrumento aislado de la interpretación y de la integración: *su función no es interpretativa ni integradora* sino constructiva; por ello nuestra Suprema Corte había establecido una jurisprudencia sobre supletoriedad en la cual exigía

cuatro requisitos para su procedencia: a) Que se establezca expresamente la supletoriedad; b) Que se prevea la institución jurídica a la cual se pretende aplicar; c) Que falten disposiciones expresas en el Código; y d) Que las disposiciones o principios con los que se vaya a llenar la deficiencia no contraríen, de algún modo, las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida. Sin embargo, en la tesis de jurisprudencia 2a./J. 34/2013 (10a.), la Segunda Sala de nuestro máximo tribunal, cambió los requisitos para la supletoriedad para ampliar la posibilidad de aplicar las disposiciones del CCF, al exigir que:

a) *El ordenamiento legal a suplir establezca expresamente esa posibilidad, indicando la ley o normas que pueden aplicarse supletoriamente, o que un ordenamiento establezca que aplica, total o parcialmente, de manera supletoria a otros ordenamientos; b) La ley a suplir no contemple la institución o las cuestiones jurídicas que pretenden aplicarse supletoriamente o, aun estableciéndolas, no las desarrolle o las regule deficientemente; c) Esa omisión o vacío legislativo haga necesaria la aplicación supletoria de normas para solucionar la controversia o el problema jurídico planteado, sin que sea válido atender a cuestiones jurídicas que el legislador no tuvo intención de establecer en la ley a suplir; y, d) Las normas aplicables supletoriamente no contraríen el ordenamiento legal a suplir, sino que sean congruentes con sus principios y con las bases que rigen específicamente la institución de que se trate.*<sup>2</sup>

### III ] Principio de autonomía de la voluntad

Uno de los principios fundamentales del Derecho privado es la autonomía de la voluntad o libertad contractual;<sup>3</sup> conforme la cual, las partes tienen libertad para: 1) celebrar contratos ya sea de los regulados en la ley o crear nuevos contratos como el de *confirmación financiera* (servicios de gestión y administración de los pagos); los *Créditos emergentes o Dip Financing*, otorgados por los acreedores (o terceros) al comerciante concursado; la cesión de créditos de comercio exterior, sin recurso y a descuento (*Forfaiting*); 2) Incluir en el contrato las cláusulas que se consideren convenientes (vgr. no competencia, precuantificación de daños, confidencialidad, limitación de responsabilidad, etc.); 3) Determinar la ley aplicable a los contratos o a ciertas cláusulas de éstos (*dépeçage*); y, 4) para determinar el tribunal competente.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Segunda Sala.- *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.- Décima Época.- Libro XVIII, marzo de 2013, Tomo 2, página 1065.- Tesis 2a./J. 34/2013 (10a.).

<sup>3</sup> REZZONICO, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma SRL, Buenos Aires, 1999. Señala citando a Engel, *Traite des obligations en droit suisse*, p. 77, sostiene que en el plan del derecho privado, el derecho civil reposa sobre cuatro pilares que abrazan las libertades fundamentales: libertad personal, propiedad libre, libertad de testar y libertad contractual.

<sup>4</sup> Cfr. MUÑOZ, Edgardo, *El Derecho de los Contratos y de la Compraventa en Iberoamérica*, Tiran lo Blanch Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015, pp. 33 y 34.

Dicho principio está reconocido como un derecho humano, según la tesis del 13 de diciembre de 2014 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que privilegia el principio de la autonomía de la voluntad a rango constitucional<sup>5</sup>:

*AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL. A consideración de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el principio de autonomía de la voluntad goza de rango constitucional y no debe ser reconducido a un simple principio que rige el derecho civil. Así las cosas, el respeto del individuo como persona requiere el respeto de su autodeterminación individual, por lo que si no existe libertad del individuo para estructurar sus relaciones jurídicas de acuerdo con sus deseos, no se respeta la autodeterminación de ese sujeto. Aunado a lo anterior, el principio de autonomía de la voluntad tiene reflejo en el derecho de propiedad y en la libertad de contratación, la cual también es un elemento central del libre desarrollo de la personalidad, y en cuya virtud las partes de una relación jurídica son libres para gestionar su propio interés y regular sus relaciones, sin injerencias externas.*

Incluso se ha sostenido que hay una esfera de actuación puramente privada, que queda fuera del alcance de las normas constitucionales, en la que los individuos son libres de discriminar en las relaciones privadas; de regular esas relaciones (determinando el contenido de los contratos, de los estatutos sociales o de las disposiciones testamentarias) y de comportarse, en general, de una manera que le está vedado a los órganos públicos regular.

#### **IV ] *Pacta sunt servanda***

Se trata de la fuerza vinculatoria y las consecuencias del acuerdo de voluntades entre las partes, independientemente de que con posterioridad al acto ocurran circunstancias que alteren su cumplimiento; pues el deudor está obligado, merced a la disposición normativa, a realizar determinada prestación en favor del acreedor, está facultado incluso a obtenerla por la fuerza pública, a pesar de que sobrevengan acontecimientos futuros imprevisibles que pudieran alterar o poner en desequilibrio el cumplimiento de la obligación, de acuerdo con las condiciones que privaban cuando se contrató.

Los principios de UNIDROIT establecen que todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes y éstos sólo puede ser modificados o extinguidos conforme a lo que él disponga, ya sea por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos principios.

---

<sup>5</sup> Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 13, Diciembre de 2014, Página 219, Tesis: 1a. CDXXV/2014 (10a.), Amparo directo en revisión 992/2014, 12 de noviembre de 2014. Esta tesis se publicó el viernes 5 de diciembre de 2014 a las 10:05 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

El artículo 78 del CCo dispone que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y en los términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados, y en el mismo sentido se expresa el art. 1832 del CCF. Sin embargo, a diferencia de ambos, el artículo 1796 del CCF previene que desde que se perfecciona el contrato, éste obliga a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley, *pacta sunt servanda*, principio aplicable a los contratos mercantiles, pese a la excesiva onerosidad de los contratos reconocida en el plano internacional en los principios sobre los contratos internacionales de UNIDROIT y que los tribunales federales desconocieron no obstante que México fue parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En una tesis aislada del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, se asume como ley suprema la *pacta sunt servanda* con base en que el artículo 78 del *Código de Comercio* que no exige alguna formalidad o requisito para que los contratos mercantiles tengan validez, pues únicamente establece que deben cumplirse en la forma y en los términos que las partes quisieron obligarse; incluso existe jurisprudencia del 2002 bajo la voz *CONTRATOS. LOS LEGALMENTE CELEBRADOS DEBEN SER FIELMENTE CUMPLIDOS, NO OBSTANTE QUE SOBREVENGAN ACONTECIMIENTOS FUTUROS IMPREVISIBLES QUE PUDIERAN ALTERAR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN, DE ACUERDO A LAS CONDICIONES QUE PRIVABAN AL CONCERTARSE AQUÉLLA*:

Luego, es claro que dicho dispositivo legal consagra el principio de *pacta sunt servanda*, esto es, indica que lo estipulado por las partes, en cualquier forma que se haya establecido, debe ser llevado a efecto. Por tanto, es inconcuso que, tratándose de actos mercantiles, no es posible aplicar la teoría de la imprevisión, que sostiene que los tribunales tienen el derecho de suprimir o modificar las obligaciones contractuales, cuando las condiciones de la ejecución se encuentren modificadas por las circunstancias, sin que las partes hayan podido prever esta modificación —que los canonistas de la edad media consagraron en la cláusula *rebus sic stantibus*—, pues tal principio es contrario a lo que consagra el citado precepto legal.

No obstante, esta tesis no puede tener vigencia en México, por el nuevo orden constitucional y de derechos humanos que privilegia los tratados internacionales y los derechos *pro homine*.

Este principio tiene límites impuestos por las leyes privativas, el orden público, la moral y la costumbre, a los cuales hay que agregar nuevos supuestos que la doctrina y la jurisprudencia internacional han acuñado basados en la buena fe.

## V ] Límites a la autonomía de la voluntad

No obstante el carácter de derecho humano con el que se califica a la autonomía de la voluntad y por tanto el deber irrestricto de las partes

del cumplimiento de un contrato en los términos en que fue convenido es que los principios *pacta sunt servanda* y autonomía de la voluntad están limitados; la misma Primera Sala de la SCJN sostiene que la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares es siempre matizada; su alcance debe ser graduado en cada caso conforme al peso de los derechos o intereses con los que aquellos entran en colisión; es decir, este principio tiene límites aunque parezca una *contraditio in terminis*.

La autonomía de la voluntad está acotada por normas del orden público, leyes privativas, interés social, la economía nacional, la soberanía y la necesidad de proteger intereses difusos como los de los consumidores que se ven obligados a adherirse a los contratos de los grandes empresarios y someterse al rigor contractual y sus principios como el de *pacta sunt servanda* y sus consecuencias, tales como la resolución del contrato o su cumplimiento forzado y en cualquier caso el pago de daños y perjuicios por el mero hecho de su incumplimiento, emergiendo su derecho de optar voluntariamente y sin su responsabilidad por el cumplimiento forzado o la resolución del contrato. Nuevas tendencias han añadido limitaciones a la autonomía de la voluntad:

1. Límites por los derechos humanos.- Desde este siglo, los derechos humanos constituyen una limitación a la autonomía de la voluntad en los sistemas constitucionales, porque tales derechos humanos son vinculantes no solo para los poderes públicos (eficacia vertical), sino también entre los particulares (eficacia horizontal);<sup>6</sup> es decir que los particulares gozan también de protección jurídica eficaz frente al desconocimiento o no reconocimiento de sus derechos humanos por otros particulares cuando celebran contratos, o cuando tales particulares se niegan a contratar con otros particulares, conculcando sus derechos fundamentales.<sup>7</sup> Por ejemplo las partes no pueden fijar en sus contratos intereses usurarios ni lesivos porque violan los derechos humanos al constituir una forma de explotación del hombre por el hombre.

Aunque en otros casos, la eficacia de los derechos humanos en los contratos es matizada; su alcance debe ser graduado en cada caso conforme el peso de los derechos o intereses con los que entran en colisión, habida cuenta *que hay una esfera de actuación puramente privada, que queda fuera del alcance de las normas constitucionales, en la que los individuos son libres de discriminar a la hora de seleccionar las personas con las que van a relacionarse (pueden contraer matrimonio con quien gusten, invitar a su casa a quienes crean conveniente, asociarse con quienes deseen y negarse a entrar en un determinado establecimiento, por los motivos que sean); de regular esas relaciones (determinando el*

---

<sup>6</sup> Cfr. ANZURES GURRÍA, José Juan, *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*, *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 22, enero junio 2010, p. 4.

<sup>7</sup> ALFARO ÁGUILA Real, J., "Autonomía privada y derechos fundamentales", *Anuario de Derecho Civil*, T. XLVI, fascículo I, enero-marzo 1993, p. 75.

*contenido de los contratos, de los estatutos sociales o de las disposiciones testamentarias) y de comportarse, en general, de una manera que le está vedado a los órganos públicos regular;*<sup>8</sup> por lo que, previo al juicio de ponderación y razonabilidad, se debe analizar el tipo de relación.

2. Buena fe.- Conforme este principio, cada parte tiene derecho a buscar su propio beneficio pero respetando leal y honestamente los intereses del otro; por eso debe actuar con diligencia, honestidad y equidad, dicha buena fe implica que se debe cumplir el contrato con lealtad; por ello, son contrarios a la buena fe, los actos deshonestos del comercio (competencia desleal), la excesiva onerosidad, el abuso del derecho, el *stoppel*, el enriquecimiento sin causa, y la mora desleal del acreedor.

Nuestros tribunales federales han insistido en que las partes deben actuar con buena fe. La Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, reconoce la buena fe (artículo 7.1) como un principio en la compraventa internacional y señala que *en la interpretación de dicha convención se tendrá en cuenta la necesidad de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional*; en el mismo sentido, conforme los Principios sobre los contratos internacionales de UNIDROIT, en los contratos internacionales las partes deben actuar con buena fe y lealtad comercial, sin que puedan excluir o limitar ese deber. La buena fe está considerada en el artículo 1796 del CCF y se arroja con el principio de seguridad jurídica reconocida por nuestra Constitución Federal.

Conforme los Principios UNIDROIT, la buena fe de las partes debe prevalecer, no sólo desde su celebración, sino antes; desde las negociaciones previas, que pueden revestir la forma de cartas de intención, promesas de contrato, memorándum de entendimiento; *letter of intent; commitment letters; binders, agreements in principle; memoranda of understanding*, entre otros, hasta la conclusión y ejecución del contrato y aun después comprende el cuidado, la atención, conocimiento, vigilancia, perseverancia y trabajo que es lícito esperar de una persona razonable y responsable. La buena fe y la lealtad comercial, exigen de las partes el deber de cuidado, de diligencia, y de emplear los mejores esfuerzos (*best effort*).

3. Abuso del derecho.- Todas las personas podemos hacer uso y disfrutar de nuestro derecho, pero el ejercicio abusivo queda fuera del derecho, por lo que solamente el ejercicio útil es el protegido por la ley; por lo tanto, cuando una persona ejerce su derecho sin beneficio alguno y causa un daño o perjuicio a otro, abusa de su derecho y debe responder

---

<sup>8</sup> Tesis Aislada: 1a. CDXXVI/2014 (10a.), Décima Época, Primera Sala, Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I.

por los daños ocasionados.<sup>9</sup> Nuestros tribunales han admitido la existencia del abuso del derecho como fuente de obligaciones, por ser un acto contrario no solo al espíritu, sino al objeto y a la finalidad de la institución, por lo que cuando el derecho se ejercita simplemente para perjudicar a otro, hay una culpa delictuosa y existe la obligación de indemnizar al perjudicado<sup>10</sup> por abusar del derecho, sin utilidad para el titular de ese derecho, con la intención de dañar a otro y el perjuicio ocasionado a éste; así, la voz ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR EL EJERCICIO ABUSIVO DE UN DERECHO. SUS ELEMENTOS;<sup>11</sup> si bien debe probarse que el ejercicio del derecho no conlleva un beneficio a su titular, o bien, que hubo intención de provocar el daño causado; lo cual es difícil por lo que debe acudir a otra fuente de la obligación, como puede ser los actos propios, el retraso desleal. etc.

4. Actos propios (*Stoppel*).- Las personas tienen libertad para celebrar o declarar los actos que quieran con el contenido que su libertad de acción les permite, pero no irrestrictamente, sino que esa libertad tiene sus límites, uno de ellos es precisamente la buena fe, que impide al sujeto realizar actos en contra de su propio actuar, de manera incongruente en perjuicio de otro y, por tanto se ocasiona esa actuación contradictoria que perjudica a otro que confió en la actuación primigenia.

Las partes no pueden actuar en contra de sus propios actos, en contradicción a un entendimiento que hayan suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última haya actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja (Principios de UNIDROIT), es decir no se puede actuar en contra sus propios actos, *venire contra factum proprium, nulla conceditur*; por ello, la ley impone una barrera, un freno (*stoppel*) a las pretensiones de quien reclama algo en contraposición con lo que había aceptado o actuado.

Esta doctrina también es conocida como el principio de los actos propios o del impedimento (*Stoppel*), conforme la cual una parte no puede negar la veracidad de una declaración de hechos realizada previamente por esa parte, y no puede beneficiarse de sus propias manifestaciones incongruentes, cuando otro ha actuado de buena fe con base en una declaración sobre los hechos realizada por el primero (se trata de manifestaciones de hechos y no de interpretación del derecho).

Conforme tal principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo o por aquél de quien se derive su derecho de un modo aparente y ostensible con perjuicio de la otra parte ni de tercero que, fundado en las apariencias producidas intencional o negligentemente por

---

<sup>9</sup> ALTERINI, Anibal Atilio, *Prologo*, en Ordoqui Castilla, Gustavo, *Abuso del Derecho en Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*, Colección Jurídica de Derecho Contemporáneo, Ed. Legales, 2014, p. 5.

<sup>10</sup> BONNECASE, Julien, *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Volumen I. Editorial Harla, México, Distrito Federal, 1997, p. 824 a la 827.

<sup>11</sup> Novena Época, Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVII*, Febrero de 2003 p. 967.

el responsable de ellas, actúa en consecuencia o contrae una obligación o sufre un perjuicio en su persona o en patrimonio.<sup>12</sup>

Los requisitos para que se aplique esa doctrina en México, conforme resoluciones judiciales,<sup>13</sup> son: a) una conducta vinculante, anterior del sujeto, válida, eficaz y relevante, en función de un hecho o acto jurídico que genere en las demás personas o la sociedad la confianza de que en el futuro dicho individuo procederá conforme a ella; b) una pretensión contradictoria con la conducta previa o anterior; c) un perjuicio a tercero, en tanto que confía en el sentido objetivo de la conducta vinculante de la persona, que han variado o alterado de alguna forma su posición jurídica; y, d) identidad de las partes.<sup>14</sup>

5. Retraso desleal o mora del acreedor.- La doctrina del retraso desleal (*Verwirkung*) es novedosa, aún no es aceptada en México, se origina en Alemania a finales del siglo XIX, y ha sido aceptada en España, en Grecia, Portugal y Bélgica en tanto que en Inglaterra existe una doctrina similar.<sup>15</sup>

El retraso desleal pretende sancionar al acreedor por su negligente actuar en el ejercicio de su derecho y en perjuicio del deudor, por no hacerlo efectivo en su oportunidad, desde que pudo legalmente hacerlo, dejando de mala fe que transcurra el tiempo; ese no ejercicio es considerado desleal e intolerable desde la perspectiva de la buena fe y los derechos humanos de los deudores y/o de los responsables de la deuda al dejar transcurrir el tiempo de manera irracional para reclamar las prestaciones a su favor, habiendo creado la confianza en el deudor de que no iba a reclamarse un crédito, hacer efectiva una pena o ejercitar una acción derivada de un contrato.

Conforme esta doctrina, vulnera el principio de buena fe quien ejecuta su derecho tan tardíamente que la otra parte razonablemente pudo pensar que no iba a ejercitarlo, por lo que su ejercicio se torna inadmisibles, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico; esto es, cuando el retraso en el ejercicio de la acción implica

---

<sup>12</sup> PUIG BRUTAU, José, *Estudios de derecho comparado*, La doctrina de los actos propios, Editorial Ariel, Barcelona, p. 104.

<sup>13</sup> Cfr. El reconocimiento de esta doctrina se resumen en la tesis CONTRATOS. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y DEL PRINCIPIO DE BUENA FE, op. cit.

<sup>14</sup> Así, la tesis aislada "PRINCIPIO DE LOS ACTOS PROPIOS. ELEMENTOS Y CONDICIONES DE APLICACIÓN, Décima Época Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 4 p. 2696.

<sup>15</sup> VAQUER ALOY, Antoni y CUCURULL SERRA, Nuria, ¿Solvencia recuperada en buen momento? Aplicaciones jurisprudenciales de la *Verwirkung* en el juicio ejecutivo; *INDret*, Revista para el Análisis del Derecho, Facultad de Derecho y Economía Universitat de Lleida 274., Febrero de 2005, p. 3, [http://www.indret.com/pdf/274\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/274_es.pdf), consultada el 25 de enero de 2015.

una actitud desleal por haber transcurrido un tiempo suficiente para permitir que la otra parte confíe en que ya no se va a ejercitar, habiéndose ajustado a la actitud resultante de tal conducta pasiva.

Este principio implica reconocer que así como se sanciona al deudor por su mora en el pago con privación de la propiedad de los recursos al acreedor, debe sancionarse por mora al acreedor que abusando de su derecho omite su ejercicio e incrementa la deuda a su favor; dicha doctrina, debería aplicarse siempre ante cualquier tardanza del acreedor cuando las cargas u obligaciones del deudor son excesivas y sancionarlo por el retraso desleal considerado como liberatorio del cumplimiento de una obligación; sin embargo, es aplicado de manera excepcional al estimar que el mero paso del tiempo y el retraso en reclamar por sí mismos no pueden integrar la apariencia o confianza de que ya no se va a ejercitar el derecho, ya que pugnaría con la prescripción de las acciones y *no puede afirmarse que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado, la confianza de que no se actuará*, tal y como se sostuvo en alguna sentencia española (S.T.S. 16-12-91 y en igual sentido, la de 22 de octubre de 2002); sin embargo, el término de la prescripción no puede privilegiar al acreedor moroso, sino que, en igualdad de condiciones del deudor, lo debe sancionar cuando dicho retraso provoca por sí mismo una explotación del hombre por el hombre, cuando el acreedor goza de una garantía excesiva para responder de los intereses y del capital que se incrementan con el simple transcurso del tiempo sin el pago; y en todo caso cuando el mero transcurso del tiempo hace razonablemente creer al deudor que no ejercerá acción de cobro o de ejecución.

6. Cláusulas abusivas.- Se trata de cláusulas contrarias a la buena fe, al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, y se manifiestan como tales cuando se imponen condiciones inequitativas entre las partes, se abusa de una de ellas o de su situación, se coloca a una parte en situación de incertidumbre, indefensión o desventaja frente a la otra, cuando se abusa de su posición débil, necesitada, urgida, apremiante. En Europa, conforme la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *Sobre las Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores* (la *Directiva*), las cláusulas abusivas fueron reconocidas y los países de la Unión Europea las asumieron en sus legislaciones del consumo generando declaraciones frecuentes de nulidad de las mismas. En México, con la reforma a la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC) del 4 de febrero de 2004, se insertó como principio la protección al consumidor contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios y se sanciona de nulidad al contrato que contenga cláusulas que imponen o *impliquen* prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas (a. 1º, fracción VII, y 85 LFPC); sin embargo, para operaciones con las instituciones del sistema financiero, como los bancos, las afianzadoras y las aseguradoras, aunque la Ley de

Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, (LPDUSF) en su artículo 56 bis, prohíbe incluir en los contratos de adhesión cláusulas abusivas, no las califica de nulas, simplemente faculta a la CONDUSEF para que, mediante disposiciones de carácter general establezca los casos y supuestos bajo los cuales considere la existencia de dichas cláusulas y además solo respecto de los términos y condiciones de los contratos, sin incluir a las tasas de interés, comisiones, o cualquier otro concepto que implique la contraprestación a favor de las Institución Financiera, lo que disminuye el impacto que deberían tener dichas cláusulas.

Sin embargo, sin un importante avance en nuestro país sobre la contratación y reflejan el impacto que tienen en México las nuevas tendencias del derecho mercantil.

Pero es claro que existe abuso del derecho en los bancos, cuando imponen cláusulas sobre vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios por falta de pago; cuando imponen cláusulas penales o indemnizaciones a cargo del cliente pero no a cargo de banco; cuando obligan a una renuncia o restricción de los derechos del consumidor, imponen la inversión de la carga probatoria ante un hecho de incumplimiento; amplían los derechos de una parte en desmedro de la otra, etc. En cambio en otros países, como España es frecuente tener noticia de la declaración de *nulidad radical* de cláusulas de los contratos celebrados con entidades financieras.

Las cláusulas abusivas se presentan con frecuencia en contratos en los que una de la partes que interviene goza de poder económico, impone las cláusulas que le conceden fortaleza a una y debilidad a la otra y, lleva a que se rompa el equilibrio entre las partes contractuales, pues la parte fuerte impondrá sus condiciones a la parte débil, muchas veces en forma abusiva.

El procedimiento por el cual se contrata a través de esta modalidad, suele ser el de *condiciones generales*, los *contratos tipos* o los *contratos formularios*, y cuya inscripción en registros públicos como el Registro de Contratos de Adhesión (RECA) de la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), pretenden ser un filtro para impedir cláusulas abusivas.

7. Excesiva onerosidad o *hardship*.- Conforme los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, existe excesiva onerosidad (*hardship*, *frustración de la finalidad del contrato*, *imprevisión*, o *excesiva onerosidad sobrevenida*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental ya sea por el acontecimiento de ciertos eventos, o porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se incrementa, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y dichos eventos acontezcan o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato, sin que hubieran podido ser tomados en cuenta razonablemente en el momento de celebrarse el contrato, escapen al control de la parte perjudicada y el riesgo no fue asumido por ésta; se trata de circunstancias que cambian substancialmente las prestaciones de las partes.

Si bien con base en el principio de la buena fe, el obligado debe conducirse como persona consciente de su responsabilidad en el cumplimiento cabal de sus obligaciones cualquiera que resulte la magnitud de su contenido, cuando sobrevienen acontecimientos que no se previeron o no pudieron preverse y que modifican substancialmente sus obligaciones, no es justo ni legal mantener dichas obligaciones, sino que las mismas se deben ajustar.

Por ello, desde hace más de medio siglo, se reconoció que las partes estaban obligadas a cumplir en sus términos todas y cada una de las obligaciones asumidas, en tanto las circunstancias no cambiaran (*rebus sic stantibus*); que el reconocimiento de la excesiva onerosidad constituye un remedio excepcional para mitigar graves situaciones que modifican las prestaciones, sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato y que provocan un incremento del costo de la prestación o una disminución de su valor.

En este tenor, los referidos principios de UNIDROIT reconocen que ciertos sucesos pueden alterar fundamentalmente el equilibrio del contrato, y por tanto el perjudicado tienen derecho a una renegociación del mismo cuando dichos sucesos son conocidos después de celebrado el contrato; no pudieron ser razonablemente previstos; escapan al control de esa parte; y, dicha parte no se asumió el riesgo.

En tales casos, la parte en desventaja puede solicitar a la otra parte la renegociación del contrato, sin que por ello se le autorice a suspender el cumplimiento. Si en un período razonable no hay acuerdo sobre la renegociación, el perjudicado tiene expedita la acción correspondiente ante el tribunal competente, en cuyo caso tribunal puede determinar dar por terminado el contrato o ajustar el mismo. Facultad que ciertamente puede ser cuestionada pero que en aras del equilibrio contractual está justificada

## VI ] Reconocimiento de contratos vinculados o coaligados o recíprocos

Nuestro CCo en su artículo 1121, se refiere al reconocimiento de contratos vinculados o coaligados o recíprocos cuando señala que en los juicios mercantiles: *La competencia por razón de materia, es prorrogable con el fin de no dividir la continencia de la causa en aquellos casos en que existan contratos coaligados o las prestaciones tengan íntima conexión entre sí; es decir, reconoce la existencia de los contratos vinculados, al igual que la doctrina y legislación extranjeras.*

Los contratos vinculados son contratos interdependientes, individuales, que sin embargo las partes han querido mantener como un todo; que expresan su voluntad para unirlos jurídicamente de manera que el cumplimiento de uno de ellos se refleja en los demás, el incumplimiento de uno implique el incumplimiento del otro; que la nulidad de uno de ellos produzca también la nulidad de los demás contratos; de manera que cuando ello ha ocurrido, las consecuencias del incumplimiento de uno de dichos contratos incide en los demás contratos vinculados. Nuestros

tribunales han aceptado estos contratos y han reconocido dichas consecuencias en diversas tesis aisladas, como la siguiente:

*CONTRATOS COALIGADOS, RESCISIÓN DE LOS.* La doctrina jurídica contemporánea ha definido con precisión la figura de los llamados contratos coaligados. Los negocios coaligados como actos jurídicos interdependientes tienen una conexión económica objetiva entre sí y una unidad que deriva de la voluntad de las partes. De los elementos objetivo y subjetivo que les atribuye la doctrina, es el segundo el que en nuestro Derecho mercantil tiene más trascendencia, pues de acuerdo con el artículo 78 del Código de Comercio: en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse. Ahora bien, de los tres tipos de vinculación que reconoce la doctrina, la que es verdaderamente importante es la vinculación por dependencia unilateral o bilateral, cuando dos o más negocios, cada uno constituyendo una figura, son deseados como un todo. En la vinculación unilateral, un negocio predomina y los demás le están subordinados; en la bilateral los dos o más negocios son totalmente interdependientes, en el sentido de que la voluntad existe sobre todos ellos en un plano de igualdad. Una consecuencia que se desprende de la existencia de contratos vinculados, es que el cumplimiento de un contrato se refleja en los demás y el incumplimiento de uno también tiene que tener relevancia respecto de los demás contratos. La nulidad de uno de los actos jurídicos produce también la de los demás contratos vinculados. La situación de dependencia permite concluir que si se viola un contrato, la contraparte puede pedir la rescisión no únicamente del mismo sino también la de los demás que estén vinculados. Así ocurre en el caso en que en los contratos guardan una situación bilateral o de mutua dependencia o bien cuando la violación se efectúa en un contrato principal al que los demás contratos están subordinados por una relación lógica de dependencia que deriva de la voluntad de las partes”<sup>16</sup>

## VII ] Contratos conexos

Nos referimos a esos contratos amalgamados que hacen posible la realización de un negocio único,<sup>17</sup> como ocurre en el caso de las desarrolladoras de fraccionamientos que contratan con los dueños de los terrenos la transmisión de éste, con los intermediarios la promoción de la venta de casas habitación y con los bancos para que otorguen créditos hipotecarios a sus clientes para la compra de las casas habitación con garantía hipotecaria. Son contratos individuales que juntos forman una red

---

<sup>16</sup> Amparo directo 4341/56. Hidroeléctrica del Amacuzac, S. A. 7 de agosto de 1957. Mayoría de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela: Disidente: Mariano Ramírez Vázquez.- Tercera Sala.- Sexta Época.- Semanario Judicial de la Federación.- Cuarta Parte.- Volumen: II, Cuarta Parte, página: 75.- Tesis relacionada con jurisprudencia 108/85.

<sup>17</sup> SEGUI, Adela, *Teoría de los contratos conexos. Algunas de sus aplicaciones. Especial Referencia al Proyecto del Código Civil de 1998 y a las conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, septiembre de 1999*, [www.derechodelconsumidorydefensadelacompecaths.com/...](http://www.derechodelconsumidorydefensadelacompecaths.com/...) - Argentina

o sistema contractual,<sup>18</sup> por lo que se alude a encadenamiento o conexidad contractual, y a redes contractuales, porque involucran pluralidad de contratos para la realización de un negocio único, pero vinculados entre sí a través de una finalidad económica supra contractual.

A diferencia de los contratos vinculados que se celebran entre las mismas personas asumiendo el carácter de partes en dichos contratos, en las redes contractuales, una de esas personas celebra los contratos con varias personas, no existe identidad de sujetos, por lo que es indiferente si las partes son o no las mismas; tampoco interesa que se celebren o no al mismo tiempo; y, sin embargo estos contratos conexos desprecian el efecto relativo de los contratos, ya que a pesar de ser contratos que individualmente producen sus consecuencias, al estar amalgamados entre sí, el cumplimiento, nulidad o terminación de uno de ellos influye en los demás de la cadena, pese a que no son las mismas partes; aquí la relatividad del contrato desaparece, pues un contrato celebrado entre comprador y vendedor puede influir en el contrato de crédito para la compra del bien, de suerte que el comprador puede tener derecho a no pagar el crédito hipotecario si resultaron vicios o daños en el inmueble adquirido con ese crédito, siempre y cuando haya conexidad contractual.

*SEGUROS. SI EL CONTRATO FORMA PARTE DE UNA UNIÓN DE CONTRATOS, LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS QUE DERIVAN DE AQUÉL SE RIGEN POR LAS QUE ASUMAN LAS PARTES EN LA PÓLIZA CORRESPONDIENTE Y LAS QUE EL INTERMEDIARIO DE LA INSTITUCIÓN DE SEGUROS PACTE CON EL ASEGURADO. Cuando una institución de seguros permite que una empresa dedicada a prestar servicios de telefonía móvil actúe como su intermediaria para que proponga a sus clientes la contratación de un seguro, los derechos y obligaciones que derivan de dicho seguro se regirán no sólo por las condiciones de la póliza, sino también por las asumidas con la intermediaria, por lo que si en la póliza correspondiente quedó establecido que el pago se haría en las oficinas de la aseguradora y en el contrato de servicios se estipuló que el pago mensual de las primas sería cobrado con cargos a la tarjeta de crédito del cliente, juntamente con los demás servicios contratados, la condición general prevista en la póliza debe ceder respecto de la cláusula específica establecida en el contrato de servicio celebrado entre el cliente y el intermediario, sobre todo si la conducta de las partes refleja que el contrato se cumplió voluntariamente conforme con lo pactado en el contrato de servicios.<sup>19</sup>*

La doctrina ha tratado de indagar cuál es la fuente de esa obligación de un tercero que no participa directamente en la relación

---

<sup>18</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos* - Ed. Rubinzal y Culzoni - Año 2001 en <http://www.ricardolorenzetti.com.ar/secciones/contratos1.htm>, Consultado el 24 febrero 2006 y 18 de diciembre de 2014.

<sup>19</sup> Novena Época Cuarto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Mayo de 2005 Página: 1547 Tesis: I.4o.C.89 C. Amparo directo 7584/2004. Seguros Inbursa, S.A., Grupo Financiero Inbursa. 30 de septiembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretaria: Gloria Esther Sánchez Quintos.

contractual de la que resulta la responsabilidad pero que sí es parte del otro negocio amalgamado o conexo, en el que participa con el afectado, y ha considerado que son dos sus fuentes: 1) La responsabilidad extracontractual, que puede surgir: por el hecho de los dependientes o responsabilidad vicaria (*culpa in eligendo*); por control; por la apariencia (marcas); y, por el riesgo creado; y, 2. La responsabilidad contractual, el vínculo asociativo, la estipulación a favor de tercero, y el vínculo obligatorio (paciente/hospital), en México, se alude a esta responsabilidad en la siguiente tesis:

*RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA DE HOSPITALES, RESPECTO DE LOS PROFESIONISTAS QUE INTEGRAN SU ROL. ESTÁ FUNDADA EN LA PRESUNCIÓN DE CULPA. La circunstancia de que los médicos que laboran en un hospital actúen sin obedecer órdenes del administrador de éste, no hace improcedente la acción intentada contra aquél, como responsable solidario de los daños que los profesionistas causen a los pacientes en el desempeño de su labor, pues la responsabilidad del hospital tiene como fundamento la presunción de culpa en la elección de sus encargados u operarios que causen el daño y en la dependencia en que se encuentran respecto de éste ... y si tal efecto le es causado a un paciente, es claro que el hospital debe responder solidariamente por los daños causados por sus operarios.<sup>20</sup>*

## VIII J La interpretación del contrato mercantil

Además de la tradicional interpretación de los contratos, en nuevo orden constitucional mexicano, obliga al juez a llevar a cabo una interpretación *conforme*, del contrato, a la luz de las normas nacionales e internacionales de los derechos humanos, para aplicar la norma más *benéfica o realizar la interpretación más amplia* si se trata de reconocer derechos protegidos, así como en la elección de la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites permanentes o suspensión extraordinaria a los derechos; lo cual implica que si un derecho (derecho dado) es regulado en dos o más normas debe elegirse aquella que favorezca más ampliamente a la persona o que implique una menor restricción, y si la norma admite varias interpretaciones jurídicamente válidas, debe preferirse aquella que represente una mayor protección para el individuo o una menor restricción del derecho; sin embargo, en la jurisprudencia citada con anterioridad, que considera de que lo pactado entre las partes es la ley suprema entre las mismas previene que tratándose del cumplimiento de un contrato (del derecho pactado), el principio de interpretación

---

<sup>20</sup> Cfr. 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXI, Mayo de 2005; Pág. 1537 SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO Amparo directo 543/2004. Hospital Santa María Chapalita, S.A. 18 de noviembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo Moreno Ballinas. Secretario: Armando Márquez Álvarez.

conforme es inaplicable,<sup>21</sup> dado que la autonomía de la voluntad es un derecho humano; sin embargo, debe ser matizado con un alcance que tendrá que ser graduado o modulado en cada caso atendiendo al peso relativo de los derechos o intereses con los que aquéllos entran en colisión.<sup>22</sup>

Conforme lo expuesto, no cabe duda que la tendencia es reconocer la autonomía de la voluntad conforme la buena fe y los derechos humanos, como lo muestran instituciones que otrora no tenía cabida su restricción, supresión o limitación, como acontece con los intereses lesivos y los usurarios en los que nuestra SCJN ha puesto un límite a quienes han venido abusando de la buena fe y necesidad de los deudores para explotarlos y apropiarse de sus bienes bajo el velo de la *pacta sunt servanda* con el cobro de intereses excesivos e inadmisibles.

## Bibliografía

- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*, Porrúa, México, 1980.  
 BORJA SORIANO, Manuel, *Tratado general de las obligaciones*, t. I, Porrúa, México, 1968.  
 BRANCA, Giuseppe, *Instituciones de derecho privado*, trad. Pablo Macedo, Porrúa, México, 1978.  
 CHULÍA VICENT, Eduardo y Teresa Beltrán Alandete, *Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999.  
 DÍEZ PICAZO, Luis *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1970.  
 DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo *Derecho civil*, 11ª ed., Porrúa, México, 2008.  
 MARTÍNEZ ALARCÓN, Javier *Teoría general de las obligaciones*, 2ª ed., Oxford University Press, México, 2000.  
 PLANIOL, RIPERT, BOULANGER, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, t. II, s./e., París, 1947.  
 LORENZETTI, Ricardo Luis *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, en

<sup>21</sup> Así en la tesis bajo la voz “DERECHOS HUMANOS. EL PRINCIPIO PRO HOMINE ES INAPLICABLE CUANDO TRATÁNDOSE DEL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO, EL QUEJOSO ALEGA QUE EL JUZGADOR DEBE ELEGIR LO MÁS FAVORABLE PARA ÉL, ENTRE LO EXPRESAMENTE PACTADO EN EL ACUERDO DE VOLUNTADES Y LO DISPUESTO POR LA LEY, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3, p. 1992.

<sup>22</sup> PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. FACTORES PARA MEDIR LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. Décima Época Registro: 2008113 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I Materia(s): Constitucional Tesis: 1a. CDXXVI/2014 (10a.). Página: 243.

<http://www.ricardolorenzetti.com.ar/secciones/contratos1.htm>, Consultas hechas el 24 de febrero de 2006 y el 18 de diciembre de 201

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, Porrúa, México, 1997

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Obligaciones y contratos frente a la inflación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1980.

*Fecha de recepción: 21 de agosto de 2015*

*Fecha de aprobación: 28 de agosto de 2015*

# El tratamiento del concurso mercantil en un grupo de sociedades

LUIS MANUEL C. MÉJAN CARRER<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Presentación.* II. *Antecedente.* III. *Qué se entiende por grupo de sociedades.* IV. *Detonador del concurso mercantil de un grupo de sociedades.* V. *Acumulación por cuerda separada y solicitud de declaración conjunta.* VI. *Domicilio y competencia.* VII. *Consolidación de masas.* VIII. *Solicitud del comerciante o demanda por acreedores.* IX. *Concursos mercantiles transfronterizos de grupos empresariales.* X. *Conclusión.*

**Resumen.** La Ley de Concursos Mercantiles mexicana presenta algunas peculiaridades tanto procesales como de fondo en cuanto a la regulación de los concursos de grupos empresariales, es decir, sociedades controladas y controladoras, dichas peculiaridades pueden dar lugar a confusiones y críticas, sin embargo, también han sido útiles en muchos otros aspectos. En el presente artículo se señalan y se describen brevemente algunos puntos clave para entender dicha regulación.

**Palabras clave:** Concurso mercantil, grupos empresariales, consolidación sustantiva.

**Abstract:** *The Mexican Law of Bankruptcy act, has some adjective and substantive peculiarities in the regulation of the bankruptcy proceedings of corporative groups, namely, holding and controlled corporations. These peculiarities can lead to confusion and critics; however, they have been useful in many other aspects. In the present article some of the main topics are briefly described in order to the understanding of this regulation.*

**Keywords:** *Bankruptcy proceedings, corporation groups, substantive consolidations.*

## I ] Presentación

Dar atención al fenómeno del concurso mercantil cuando este afecta a un grupo de sociedades es una prioridad para los regímenes legales. Muchas empresas, incluidas las estrictamente familiares, diversifican sus actividades confiándolas no a una sola persona jurídica sino a un conjunto de éstas que guardan una relación entre sí.

---

<sup>1</sup> Profesor de la asignatura Plus en el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Ex Director General del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles (IFECOM).

El tema era una necesidad que se marcaba en la legislación mexicana desde la creación en el año 2000 de la Ley de Concursos Mercantiles y que no había sido abordado.

La reforma que el legislador mexicano hace a la ley en cuestión incluye el tema aunque con alguna timidez y no ocupándose de la totalidad de los aspectos que podían y debían, haber sido tratados, pero al menos ya no se trata de un fenómeno ignorado por el régimen jurídico mexicano.

## II ] Antecedente

La Ley de Concursos Mercantiles del año 2000 contempló el caso de que empresas que forman un grupo empresario acudieran al concurso aunque solo en el aspecto estrictamente procesal y competencial.

Se disponía que se acumularían pero se llevarían por cuerda separada los procedimientos en los que participaran las empresas controladoras y sus controladas, o bien, varias de las controladas. Siguiendo las normas que entonces tenía la legislación fiscal para referirse al fenómeno, definía como controladoras a las sociedades mexicanas propietarias de más del cincuenta por ciento de acciones con derecho a voto de las controladas. Cometía el error de considerar acciones con derecho a voto a las que lo tenían limitado y a las acciones de goce, error que fue corregido en la reforma de 2007.<sup>2</sup>

El legislador modifica el texto de los artículo 15 y 17, a la vez que añade un artículo 15 bis para ocuparse del problema en la manera como se explica en el presente artículo.

## III ] Qué se entiende por grupo de sociedades

El concepto de *grupo de sociedades* es un concepto un tanto elusivo pues varias legislaciones en México hacen referencia al fenómeno y cada una de ellas da una interpretación que no coincide con exactitud con las otras. Sin embargo, ante la falta de un tratamiento corporativo uniforme y para el propósito del presente, es importante tomar sólo en cuenta los conceptos de la Ley de Concursos Mercantiles.<sup>3</sup>

Para dicha Ley un grupo lo constituye una sociedad controladora y una o más controladas. La característica de controladora se lo da el ser titular de derechos que le permitan votar por más del 50% del capital, tener poder decisorio en las asambleas, poder nombrar a la mayoría del órgano de administración o *por cualquier otro medio* tener facultades de

---

<sup>2</sup> Artículo 15 original de la Ley de Concursos Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha de 12 de mayo del año 2000.

<sup>3</sup> En doctrina puede definirse como: *conjunto de sociedades vinculadas o unidas entre sí por una relación de control o de coordinación, orientadas unitariamente para la obtención de un fin común, pero destinadas cada una de ellas a un sector empresarial o mercado en específico*, PEÑA BRISEÑO, Víctor Manuel, *Concurso Mercantil de Grupos de Sociedades*, Tirant Lo Blanch, México, 2014, p. 83

tomar las decisiones fundamentales de la sociedad. Controladas serán pues las sociedades en las que una sociedad con las características mencionadas, ejerce el control sobre ella.

Es de hacerse notar que el control se ejerce no sólo a través de la tenencia accionaria sino cuando por cualquier otro medio se puede dirigir las decisiones fundamentales de la sociedad.

#### **IV ] Detonador del concurso mercantil de un grupo de sociedades**

El sistema de la ley de insolvencia es que un comerciante llega a la situación de ser declarado en concurso mercantil cuando incumple generalizadamente sus pagos, lo cual consiste en que por lo menos tenga adeudos incumplidos con dos acreedores y además se presente una condición de conformación en los activos y pasivos: tener el 35% de los pasivos vencidos por más de 30 días y no contar con activos líquidos por valor del 80% de los pasivos vencidos, derivado de lo que dicta el artículo 10 de la Ley de Concursos Mercantiles. Si se trata de una solicitud hecha por el comerciante bastará que uno de los dos supuestos, el de los activos o los pasivos, esté presente; en el caso de ser demandado el concurso mercantil por el acreedor, se requiere que se den ambas circunstancias, según se establece en el artículo 9 de la Ley.

Esa situación debe estar dada al momento de la admisión de la solicitud o demanda aunque se ha añadido a la ley la posibilidad de la inminencia, entendido como tal que los supuestos financieros citados estén cercanos y se presentarán indefectiblemente en los siguientes noventa días a la presentación de la solicitud de concurso mercantil que haga el comerciante (artículo 20 bis).

En el caso de grupos de sociedades a efectos de que proceda la declaración conjunta de concurso mercantil, bastará que cualquiera de los integrantes satisfaga uno de esos requisitos y que, por lo mismo, los demás integrantes del grupo se vean arrastrados a llegar ahí.<sup>4</sup> Esto aplica también, no sólo al caso de que el concurso mercantil del grupo societario sea solicitado, sino también cuando sea demandado.

#### **V ] Acumulación por cuerda separada y solicitud de declaración conjunta**

El actual artículo 15 de la Ley mantiene la disposición: *se acumularán, pero se llevarán por cuerda separada, los procedimientos de concurso mercantil de sociedades mercantiles que integren un grupo societario.*

---

<sup>4</sup> Artículo 15 bis: ... *Para la declaratoria conjunta del concurso mercantil resultará suficiente con que uno de los integrantes del grupo se encuentre en alguno de los supuestos de los artículos 10, 11 o 20 Bis, y que dicho estado coloque a uno o más de los integrantes del grupo societario en la misma situación, artículo reformado el 27 de diciembre de 2007 y adicionado el 10 de enero de 2014, publicado en el Diario Oficial de la Federación.*

La expresión confunde porque se antoja contradictoria. Lo que ordinariamente se entiende es que lo contrario a la cuerda separada es la acumulación, juntarlos pareciera ser algo así como si se dijera es un líquido sólido.

La explicación puede encontrarse en una diferencia que se hacía antiguamente entre la acumulación de acciones y la acumulación de autos. En la primera, el concepto tradicional de acumulación, se resuelve en un mismo expediente todas las acciones que se derivan de una misma *litis*. En la segunda, cada una se maneja en su propio cuaderno pero son observadas conjuntamente por el juzgador a fin de no producir resoluciones que pudieran resultar contradictorias. *La acumulación no hace perder a cada uno de los autos acumulados su individualidad, porque no equivale a su fusión, de lo que se sigue que no se forma con ellos un solo cuaderno.*<sup>5</sup>

El acumular y llevar por cuerda separada es precisamente una de estas acumulaciones de autos.

A diferencia del concepto de acumular por cuerda separada, cuando se trata de la solicitud o demanda conjunta de concurso de un grupo de sociedades la nueva disposición establece que tal concurso mercantil se llevará en un mismo procedimiento. Es decir la acumulación opera en forma regular. Aun así, como no hay la posibilidad de consolidar las masas pues la disposición legal lo prohíbe,<sup>6</sup> será necesario que se provea específicamente en cada sociedad. En efecto, para citar unos cuantos ejemplos: los acreedores de una de las empresas del grupo, pueden ser diversos a los de las otras empresas del grupo, los bienes que deban separarse en una empresa serán diversos a los de las demás, las garantías otorgadas por una de las integrantes podrá no garantizar a los acreedores de otras, etcétera.

De cualquier manera, el permitir que se presente en forma conjunta el concurso mercantil de un grupo de empresas es importante porque usualmente ese grupo de empresas representan una unidad económica y empresarial por lo que la suerte de una de las empresas afecta necesariamente a las otras. Además, es evidente que la acumulación conlleva también una simplificación de trámites y costes en términos tanto de recursos económicos como en tiempo y esfuerzo y es congruente con el principio orientador de economía procesal que impone el artículo primero de la Ley de Concursos Mercantiles. UNCITRAL (CNUDMI por sus siglas en castellano: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) lo expresa así: *Permitir la presentación conjunta de las solicitudes de apertura tiene por objeto*

---

<sup>5</sup> PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. 4ª ed., Editorial Porrúa, México 1963, p. 45

<sup>6</sup> Art. 15 bis de la Ley de Concursos Mercantiles: *Podrán solicitar simultáneamente la declaración judicial conjunta de concurso mercantil, sin consolidación de masas, aquellos Comerciantes que formen parte del mismo grupo societario...*

facilitar la coordinación del examen requerido para decretar la apertura de un procedimiento y reducir los gastos al respecto.<sup>7</sup>

Es posible que el concurso de empresas pertenecientes a un grupo pueda ser iniciado en momentos diversos para lo cual opera la acumulación por cuerda separada a que se refiere el artículo 15, a fin de dejar bajo el control del mismo juez el procedimiento de todas y cada una de las empresas.<sup>8</sup>

## VI ] Domicilio y competencia

La regla general que rige al concurso mercantil es que éste debe ser promovido ante el Juez de Distrito (la competencia es federal) del domicilio social del Comerciante y, si dicho domicilio es irreal, deberá ser el lugar donde tenga la administración principal la empresa, pues uno puede ser el sitio donde la escritura constitutiva señala como domicilio social, otro puede ser el domicilio fiscal y otro puede ser donde realmente se lleva a cabo la dirección del negocio. Este es el concepto conocido internacionalmente bajo el nombre de *centro de los principales intereses*, o por sus siglas en inglés COMI (*Center of Main Interests*).

Para el caso de empresas de un grupo societario que van entrando a concurso mercantil, la acumulación deberá llevarse por el Juez que ha conocido el primero de los juicios. Si la solicitud del concurso se hace en forma conjunta deberá promoverse en el lugar donde tenga su domicilio la empresa que primero llega a los supuestos de incumplimiento generalizado de pagos a que se refieren los artículos 10 (situación contable detonadora), 11 (presunciones de incumplimiento generalizado de pagos) y 20 bis (caso de inminencia) de la Ley General de Concursos Mercantiles.

## VII ] Consolidación de masas

La iniciativa original llegada al Congreso de la Unión en Mayo de 2013 incluía la posibilidad de romper totalmente el velo corporativo y reunir los patrimonios de las empresas de un grupo en concurso a fin de que se conjuntaran en una sola. Eso es conocido como *consolidación sustantiva* que se da cuando se suman los activos y los pasivos de todas las empresas como si fueran la misma.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> CNUDMI. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, tercera parte, Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia*, Naciones Unidas, Nueva York, 2012, p. 24

<sup>8</sup> Artículo 15 bis de la Ley de Concursos Mercantiles. ... Los procedimientos de declaración conjunta de concurso mercantil podrán acumularse con otros procesos de concurso mercantil conforme a lo dispuesto en el artículo 15.

<sup>9</sup> El principio común a todos los regímenes con disposiciones de este tipo es que, para dictar una orden de consolidación, el tribunal debe estar convencido de que, si no la dicta, los acreedores sufrirían un perjuicio mayor que el que sufrirían las empresas insolventes y los acreedores disconformes si lo hace. UNCITRAL. *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el*

Esta figura es útil porque permite reconocer el fenómeno que muchas veces está detrás de un grupo de empresas: el de una verdadera unidad económica, en donde las diversas entidades jurídicas que lo conforman solamente son eso: una vestidura jurídica para crear, en muchas ocasiones artificialmente, entidades diversas. Uno de los resultados de hacer esa consolidación es el que los créditos intercompañías se compensan jurídicamente y se *netean* contablemente.

Al igual de lo que pasa con la teoría del levantamiento del velo corporativo, los regímenes de insolvencia que autorizan la consolidación sustantiva lo hacen en casos verdaderamente extraordinarios, pues un principio de derecho y de seguridad jurídica es que debe preservarse el reconocimiento de la individualidad que proviene de la personalidad jurídica. Las razones que ordinariamente llegan a justificar esta situación extraordinaria suelen ser:

Que sea muy difícil precisar a cuál de las entidades pertenece el activo o el pasivo por la forma como están entremezclados, o bien cuando se usan para propósitos de actividades fraudulentas o de ilegitimidad comercial.<sup>10</sup>

Lamentablemente el legislador mexicano no incorporó la figura de la consolidación sustantiva en circunstancias como las excepcionales comentadas como lo recomienda la parte tercera de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia preparada por UNCITRAL pues, si bien presenta dificultades técnicas, responde mejor a la verdadera realidad económica del concursado e, incluso, a la realidad jurídica, pues recuérdese el trato que debe darse a actos jurídicos que han sido simulados, la verdadera voluntad de los socios de esas compañías es operar un solo negocio y no una pluralidad de los mismos. Esa pluralidad con frecuencia es usada para fines de defraudación fiscal o laboral.

## VIII J Solicitud del comerciante o demanda por acreedores

El concurso mercantil puede ser iniciado por cualquiera de las empresas, posteriormente las demás empresas del grupo (controladora o controladas) podrán ir presentando las solicitudes para ser declaradas en concurso mercantil. En este supuesto se surte la situación de acumulación por cuerda separada que prevé el segundo párrafo del artículo 15 de la Ley de Concursos Mercantiles *Se acumularán, pero se llevarán por cuerda separada, los procedimientos de concurso mercantil de sociedades mercantiles que integren un grupo societario*. De esta suerte las empresas irán tomando la decisión de ir promoviendo su concurso mercantil a paso y medida que vean que lo van necesitando y lo mismo puede decirse del caso en que los acreedores demandan el concurso: pueden demandar los acreedores de cada una de las empresas la declaración en concurso

---

*Régimen de la Insolvencia, Naciones Unidas, Nueva York, 2006, P. 286*

<sup>10</sup> UNCITRAL. *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia*, tercera parte, Naciones Unidas, 2006, p.79

mercantil de éstas en forma independiente para que los concursos mercantiles se acumulen y se manejen por cuerda separada.

Sin embargo, la Ley contempla un supuesto diverso al anterior: la declaración conjunta y en forma simultánea de comerciantes que formen parte de un mismo grupo societario. Esta declaración puede ser pedida por los mismos comerciantes o por los acreedores de los mismos.

Debe entenderse que no es indispensable que la totalidad de las sociedades que forman parte del grupo entren a la situación concursal, las que ingresen en forma conjunta deben ser aquellas en las que se surta el supuesto de procedencia de la declaración (artículos 10, 11 y 20 bis de la Ley de Concursos Mercantiles) o sean arrastradas a ello por la declaración en situación concursal de una de las sociedades.

La solicitud conjunta deberá hacerse a petición de los representantes de todas y cada una de las empresas involucradas pues no puede ignorarse la individualidad jurídica de las mismas. Deberá cubrirse, también en cada una de ellas, el requisito establecido en la fracción VI del artículo 20 de la Ley: celebrar los acuerdos de los actos corporativos de cada una de ellas que manifiesten la aquiescencia de los socios o accionistas a llegar a la concursalidad.

Por lo que toca a los acreedores que demandan la declaración en concurso mercantil de varios miembros del grupo, la Ley no especifica si basta que los acreedores de una de las sociedades lo demanden y señalen a las varias empresas del grupo societario para que éstas se vean llevadas al concurso, o si es menester que acreedores de cada una de ellas hagan la demanda correspondiente.

Por un lado podría interpretarse que como la situación de incumplimiento generalizado afecta a varias de las empresas de un mismo grupo, bastaría que el acreedor de una de ellas promoviera involucrando a las demás para justificar la atracción a la demanda en aras de los principios de trascendencia, economía procesal, celeridad y buena fe que rigen las actuaciones del proceso con el fin de garantizar la protección de los acreedores.

Por otro lado podría parecer que el acreedor de una sociedad está legitimado solo para demandar el concurso mercantil de esa sociedad pues no parecería tener interés jurídico en demandar la declaración de empresas con las que no le une ninguna relación jurídica. Esto solo parecería ser posible si se autorizara la consolidación sustantiva que está vetada por la Ley.

## **IX ] Concursos mercantiles transfronterizos de grupos empresariales**

La legislación mexicana no añadió, al hacer su reforma, ninguna norma aplicable a los concursos mercantiles de grupos empresariales cuando estos operan en varias jurisdicciones. Desde luego que el Título Décimo Segundo de la Ley que trata el fenómeno de los concursos transfronterizos mantiene su vigencia y aplicabilidad pero hubiera sido interesante incluir alguna norma sobre, por ejemplo: ¿Cómo podrán los

representantes extranjeros de procedimientos de insolvencia de grupos empresariales para participar en el concurso mercantil de la empresa controladora o controlada mexicana? O bien: ¿Cómo podrá establecerse la coordinación entre los distintos tribunales que conocen en varios países de los procesos de insolvencia de las diversas entidades empresariales que conforman el grupo?

Sería ideal contar con un régimen que permita a las partes de los diversos procesos actuar indistintamente en ellos e incluso poder celebrar audiencias conjuntas que tuvieran validez en todos y cada uno de los procedimientos, hoy en día la tecnología proporciona las herramientas necesarias para realizar audiencias por teleconferencia.

Cuando los acreedores lo son de varias empresas en distintas jurisdicciones ¿cómo se les dará reconocimiento a sus créditos y qué preferencias se les otorgará?

¿Sería conveniente que el especialista (conciliador o síndico) de una de las empresas lo fuera de las otras, incluso si ello ocurre en diverso país? Y si fueran varios y distintos ¿podrían celebrar convenios entre ellos para compartir información y diseñar estrategias conjuntas, por ejemplo para armar un convenio de reestructuración que cubra a todo el grupo?

Tanto la Unión Europea como algunos países, Colombia es el caso, han venido instrumentando mecanismos para coordinar tales acciones, ¿Por qué dejar a México fuera de esos avances?

## X | Conclusión

La Ley concursal mexicana se ha hecho cargo del fenómeno del concurso mercantil de un grupo empresario aunque ha omitido algunas consideraciones y tratamientos que en otros regímenes se suelen dar, lo cual puede ser una deficiencia para cuando se trata de instrumentar el sistema especialmente tratándose de concursos transfronterizos.

## Bibliografía

CNUDMI. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, Naciones Unidas, Nueva York, años 2006 y 2012

Ley de Concursos Mercantiles publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo del año 2000

Ley de Concursos Mercantiles última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 2014

PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil. 4ª ed., Editorial Porrúa, México 1963

PEÑA BRISEÑO, Víctor Manuel, Concurso Mercantil de Grupos de Sociedades, Tirant Lo Blanch, México, 2014

UNCITRAL. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, Naciones Unidas, Nueva York, 2006

*Fecha de recepción: 22 de febrero de 2015*

*Fecha de aprobación: 25 de agosto de 2015*

# El árbitro no es autoridad para efectos del amparo

GUSTAVO MORANTE AGUIRRE<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Diagnóstico del problema estudiado.* III. *Interpretación del concepto de particular como autoridad para efectos de amparo.* IV. *Considerar al árbitro como autoridad-particular para efectos de amparo violaría tratados internacionales.* V. *El control judicial permisible ya está regulado y es innecesario el juicio de amparo como control constitucional del laudo.* VI. *Precedente.* VII. *Conclusión.*

**Resumen.** El concepto de autoridad responsable para efectos del juicio de amparo en México ha evolucionado constantemente en las vías jurisprudencial y legislativa. A la fecha, con la reforma efectuada en el dos mil trece de la Ley de Amparo se ha llegado a la posibilidad de que un particular pueda ser considerado como autoridad responsable en el juicio de amparo, lo que conlleva a la vez a la interrogativa de si es posible interponer dicho juicio en contra de un laudo dictado por un tribunal arbitral. El presente artículo se enfoca a explicar cómo esto no es posible, toda vez que implicaría desnaturalizar la función arbitral como un método privado de solución de controversias alternativo al proceso y violentar tratados internacionales y los principios de celeridad, economía y concentración procesales.

**Palabras clave:** Arbitraje, autoridad responsable, juicio de amparo, Ley de Amparo, particular.

**Abstract:** *The concept of responsible authority for the amparo trial in Mexico has constantly evolved both jurisprudentially and legislatively. As of today, with the two thousand thirteen law reform of the amparo trial, it is possible to consider an individual as a responsible authority in the amparo trial, whichs leads to the issue of determining whether it is possible to file a writ of amparo against an award rendered by a court of arbitration. This article focuses on how this would not be possible since it would imply going against the nature of arbitration as a private method of alternative dispute resolutions to trial, and at the same time it would violate international treaties and procedural rights such as the right to a speedy trial, judicial economy and efficiency.*

**Keywords:** *Amparo act, amparo trial, arbitration, responsible authority, civilian.*

---

<sup>1</sup>Profesor de las materias de Teoría General del Proceso y Contratos Civiles en la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara.

## I ] Introducción

La nueva Ley de Amparo, publicada el 02 de abril de 2013 en el Diario Oficial de la Federación, se caracterizó por cambiar algunos paradigmas que regían desde sus orígenes al juicio de protección constitucional. Uno de estos paradigmas fue el concepto de autoridad para efectos del amparo.

Antes de la reforma, el concepto de autoridad se había configurado a partir de una evolución jurisprudencial cuyo origen se encuentra en el caso de Marcolfo F. Torres de 1918,<sup>2</sup> en el cual se identificó como elemento definitorio del concepto de autoridad la posibilidad del uso de la fuerza pública.

Posteriormente, los tribunales consideraron que el concepto de autoridad para efectos del amparo debía calificarse desde un punto de vista formal, es decir, si la autoridad en cuestión era o no un órgano del Estado. Sin embargo, ese criterio fue superado configurando dicho concepto a partir del desempeño de una *función de imperio, que ordene y se haga obedecer*.<sup>3</sup> Finalmente, la Corte concluyó que el concepto de autoridad debía analizarse caso por caso, decidiendo si un acto en concreto podía *afectar de manera unilateral los derechos de los particulares, creando, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas concretas*.<sup>4</sup>

Como en muchos otros temas, en la nueva Ley de Amparo el Poder Legislativo adoptó en el texto legal el contenido del desarrollo jurisprudencial, y en relación con el concepto de autoridad lo definió en los siguientes términos:

*Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo: I. (...) II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.*

*Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.*

Ahora bien, en relación con el arbitraje, la incorporación de la posibilidad de que un particular tenga la calidad de autoridad responsable en amparo abrió una ventana que había sido cerrada vía jurisprudencial, es decir, la posibilidad de interponer un amparo en contra de un laudo dictado por un tribunal arbitral.

---

<sup>2</sup> RUIZ TORRES, Humberto Enrique, Curso General de Amparo, Oxford, México, 2007, p. 188.

<sup>3</sup> Íbidem, p. 190.

<sup>4</sup> Íbidem, p. 191.

El objeto de este documento es analizar la disposición legal, a efecto de concluir si la nueva Ley de Amparo haría procedente el amparo en contra de un laudo arbitral o no, definiendo lo que en nuestra opinión debería ser la conclusión en los tribunales federales en aras de proteger la eficacia de los métodos de solución de controversias implicados.

## II ] Diagnóstico del problema estudiado

El arbitraje es el único método verdaderamente heterocompositivo de solución de controversias alternativo al proceso. Parafraseando a Don José Ovalle Favela, la heterocomposición se caracteriza porque la solución del litigio no es dada por las partes (como sucede en la autotutela o en la autocomposición), sino que surge de un tercero ajeno sin interés propio en la controversia.<sup>5</sup>

De ese modo, la mediación y la conciliación, a pesar de la intervención de un tercero imparcial en la resolución de un litigio, no pueden calificarse como heterocompositivas, pues al final de cuentas, son las partes quienes, aunque asistidas, dan la solución del litigio.<sup>6</sup> Sin embargo, en el arbitraje, al igual que en el proceso, la solución del litigio no surge de las partes, sino del tercero imparcial con carácter de vinculante, en este caso el árbitro.

Esa breve referencia doctrinal, sirve de base para advertir uno de los muchos beneficios del arbitraje: la solución del litigio es dada por el árbitro, sin que el Estado intervenga en dicha solución.

Es cierto que al carecer de imperio, la institución del arbitraje requiere de la asistencia judicial para lograr su eficacia en caso de rebeldía, pero hasta antes de la nueva Ley de Amparo, la posibilidad de que el Poder Judicial revisara el fondo y el razonamiento de un laudo estaba cerrada.

Ése es el verdadero riesgo que la nueva Ley de Amparo abrió en perjuicio del arbitraje. El pensar que es posible acudir al amparo para que un Juez Federal determine si un laudo transgrede derechos

---

<sup>5</sup> OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, 6ª ed, Oxford, México, 2008, p. 23.

<sup>6</sup> Tanto en la doctrina, como en algunas legislaciones (v.gr. Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco) se ha distinguido a la conciliación y a la mediación en el hecho de que el conciliador debe proponer a las partes una solución, mientras que el mediador no puede realizar tal propuesta. Hay algunas disposiciones, como las contenidas en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) sobre Conciliación Comercial Internacional en que ambos términos son equivalentes su distinción no es relevante [art. 1.3]. De cualquier manera, a pesar de que un conciliador proponga una solución a las partes, no se puede catalogar como un método heterocompositivo, pues si las partes aceptan dicha propuesta de solución, al final de cuentas son éstas las que resuelven el conflicto mediante una transacción, quedándose en la categoría de método autocompositivo. Para que pueda considerársele como método heterocompositivo es necesario que la solución del conflicto dictada por el tercero vincule a las partes.

fundamentales, como lo sería el de legalidad, abre la puerta a que el sentido de un laudo no sea tan definitivo como era la intención de las partes.

La gravedad radica en que de permitir la procedencia de un amparo en contra del laudo de un árbitro, inhibiría la práctica arbitral y desnaturalizaría el objetivo final de dicha institución: erigirse como una verdadera alternativa de la Justicia Estatal.

En el análisis propuesto nos parece importante hacer hincapié en la naturaleza alternativa del arbitraje respecto del proceso. Al pactar un arbitraje, la voluntad de las partes provoca dos efectos: uno positivo que implica la obligación de participar en el arbitraje, de asumir la decisión como vinculante y de cooperar de buena fe durante su desarrollo; y uno negativo que impide que las partes acudan a plantear la controversia ante la jurisdicción ordinaria.

De ahí que el arbitraje, como método heterocompositivo de solución de controversias, se erija como un mecanismo alternativo que excluye al proceso. No se desconoce la necesaria participación de los jueces para auxiliar a los árbitros en ciertos momentos de la secuela procesal, pues éstos carecen de imperio, pero eso no significa que el arbitraje no sustituya al proceso judicial como el método que resolverá, en definitiva, el fondo de un litigio concreto.

Lo relevante de esta conceptualización del arbitraje radica en que algunos juristas han considerado al árbitro como un *auxiliar de la justicia*, opinión con la que no coincidimos. Si consideráramos al árbitro como un auxiliar de la justicia, es probable que esa línea de pensamiento nos lleve a la conclusión de que el árbitro sí es autoridad para efectos del amparo conforme a la nueva ley, pues su función como auxiliar de la justicia sería la del delegado que apoya al titular de la jurisdicción. Esto responde más a las teorías *judicialistas* que han tratado de explicar la naturaleza del arbitraje, mismas que nos parecen equivocadas.

Consideramos que la idea de ver al árbitro como un *auxiliar de la justicia* parte de dos premisas con las que no comulgamos, a saber: (i) pensar que la causa y finalidad del arbitraje es el *aligerar* la sobrecarga de trabajo de los tribunales, y, (ii) ver al arbitraje como un auxilio de la administración de justicia.

En relación con la primera premisa, es importante precisar que el arbitraje no surgió como una manera de reducir la carga de trabajo de los tribunales nacionales, sino como una forma natural entre comerciantes de resolver controversias de manera flexible, eficiente y depositando su confianza en sus pares.<sup>7</sup> Es cierto que el arbitraje puede servir como una forma de reducir la carga de trabajo y que esta posibilidad ha sido esgrimida por algunas personas como una justificación adicional para el respaldo del Estado al arbitraje, pero nos parece que se trata de un beneficio adicional del arbitraje y no su causa o su finalidad. Con ello

---

<sup>7</sup> REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ª ed, traducido por Noiana Marigo y Felipe Ossa, La Ley, Argentina, 2007, pp. 61 a 64.

queremos decir, que tal efecto benéfico del arbitraje, no determina su naturaleza.

Por otro lado, la segunda premisa nos parece equivocada pues los árbitros no administran justicia. El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su segundo párrafo, reserva la administración de justicia a los tribunales estatales, mientras que en su cuarto párrafo ordena que las leyes prevean mecanismos alternativos de solución de controversias. Así las cosas, de una interpretación de ambos párrafos, se puede concluir que los mecanismos como el arbitraje son alternativos a la administración de justicia que corresponde exclusivamente al Estado. Como lo dijimos arriba, el arbitraje se erige como un mecanismo alternativo y, por tanto, excluyente de la justicia del Estado.

Ahora bien, si analizamos la función del árbitro, en realidad no implica ningún auxilio para la función judicial. Son los tribunales judiciales quienes auxilian al arbitraje con su *imperium*, pero el árbitro no asiste en lo absoluto al juez en su función. Es cierto que el juez puede valerse de otras personas para auxiliarse en su función (v.gr. policías, peritos, etc.), pero el arbitraje no es uno de ellos, al tratarse de un mecanismo que sustituye y excluye al juez en su función de solucionar un conflicto.

Así las cosas, es importante sentar como premisa que la fuente del arbitraje es la voluntad de las partes y su desarrollo no constituye un auxilio a la justicia del Estado, sino una alternativa de naturaleza privada que la reemplaza.

El arbitraje es, al final de cuentas, una relación jurídica obligacional compuesta por las partes, el árbitro y, en algunas ocasiones, por una institución arbitral, cuyos efectos están respaldados por el Estado. Las partes asumen la obligación de someterse al arbitraje al pactarlo y el árbitro asume sus obligaciones al aceptar el cargo. De ahí que al procedimiento arbitral es, por sus causas primeras, la ejecución del contrato de arbitraje. Todas estas relaciones que forman el acuerdo de arbitraje exigen cooperación de buena fe de las partes para alcanzar un objetivo común: resolver de manera definitiva una controversia determinada.

Ahora bien, al margen de la conveniencia o no de la procedencia del amparo, a continuación se hará un esfuerzo por interpretar la disposición legal para determinar si del sentido correcto de dicha disposición, el amparo en contra de un laudo resulta procedente o no.

### **III ] Interpretación del concepto de particular como autoridad para efectos de amparo**

De los precedentes del proceso legislativo de la nueva Ley de Amparo se puede apreciar en la exposición de motivos que el primer proyecto del texto del artículo 5º, al referirse a los particulares como autoridades para efectos del amparo, se propuso en los siguientes términos:

Artículo 5°. Son partes en el juicio de amparo: (...) II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Los particulares podrán tener la calidad de autoridad responsable en el juicio de amparo cuando actúen en ejercicio de funciones públicas.

De dicha transcripción es razonable afirmar que la idea de hacer procedente el amparo en contra de los particulares, en su génesis, respondía a la posibilidad de que algunos particulares ejercieran funciones públicas sin tener formalmente el carácter de autoridades del Estado.

En la discusión de la cámara de diputados como cámara revisora de la iniciativa de ley, algunos diputados, como el Diputado Felipe Arturo Camarena García, proponían especificar los casos en que procedería el amparo en contra de un particular, pues de lo contrario se daría *trabajo innecesario* a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que interpretara dicha disposición.<sup>8</sup>

Incluso desde la discusión en la Cámara de origen, el Senador Tomás Torres Mercado afirmaba en ese mismo tenor que era necesario que las Cámaras especificaran las hipótesis de procedencia para que no se prestara la posible interposición de amparos para resolver controversias de naturaleza privada.<sup>9</sup>

En contrapartida, la diputada Zuleyma Huidobro González sí planteó la posibilidad de que no se limitara la procedencia del amparo a actos equivalentes a los de autoridad, sino a todo caso en que los particulares violentaran derechos fundamentales, bajo el argumento de que los derechos humanos no deben ser oponibles sólo al Estado, sino también a cualquier persona. Incluso llegó a afirmar que tal límite *desnaturaliza* la intención de incluir a los particulares como posibles autoridades para efectos del amparo.<sup>10</sup>

Planteadas esas discusiones durante el proceso legislativo, lo relevante para la interpretación del precepto tal y como quedó promulgado, es contrastar esas posiciones con el texto definitivo, en el que el segundo párrafo del artículo 5° impone dos requisitos *sine qua non*

---

<sup>8</sup> Versión estenográfica de la discusión de la Cámara revisora (Diputados) del 12 de febrero de 2013. Disponible en la página web que se cita a continuación:

<http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/DetalleProcesoLeg.aspx?IdLey=93440&IdRef=1&IDP roc=6>, fecha de consulta: 20 de noviembre de 2014.

<sup>9</sup> Versión estenográfica de la discusión de la Cámara de origen (Senadores) de los días 11 y 13 de octubre de 2011. Disponible en la página web que se cita a continuación

<http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/DetalleProcesoLeg.aspx?IdLey=93440&IdRef=1&IDP roc=3>, fecha de consulta: 20 de noviembre de 2014.

<sup>10</sup> Versión estenográfica de la discusión de la Cámara revisora (Diputados) del 12 de febrero de 2013. Disponible en la página web que se cita a continuación:

<http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/DetalleProcesoLeg.aspx?IdLey=93440&IdRef=1&IDP roc=6>, fecha de consulta: 20 de noviembre de 2014.

para la procedencia del amparo en contra de un particular: (i) cuando los particulares realicen actos equivalentes a los de autoridad que afecten derechos fundamentales, y, (ii) que sus funciones estén determinadas por una norma general.

Tales requisitos permiten concluir que la procedencia del amparo en contra de particulares es una norma excepcional, al prever dos requisitos necesarios para su procedencia. Como norma de excepción, de conformidad con el principio general consagrado en el artículo 11 del Código Civil Federal, debe ser interpretada de manera restrictiva, es decir, sólo para los casos que estén expresamente previstos en la norma.

En esa lógica, para que se surta el primer requisito, es decir, que se trate de un acto equivalente a los de autoridad, se tiene que recurrir al contenido del primer párrafo de dicha fracción que define las características de un acto de autoridad. De ahí que para que un acto de un particular sea equivalente al de una autoridad, es necesario que éste cree, modifique o extinga situaciones jurídicas de manera unilateral y obligatoria o que omita el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Así las cosas, para que un árbitro pueda ser considerado como autoridad para efectos del amparo en su calidad de particular, es necesario, en primer término, que sus actos creen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas *de manera unilateral* y obligatoria. Coincidirá el lector que no hay duda de que las decisiones arbitrales (sean laudos, resoluciones procesales o medidas precautorias) son actos jurídicos que crean, modifican y extinguen situaciones jurídicas y lo hacen de manera obligatoria. Sin embargo, nos parece que para que el árbitro satisfaga el primer requisito de los enunciados, le falta el elemento de unilateralidad. Se trata de un requisito indispensable, puesto que la conjunción “y” que utiliza el legislador es copulativa, por lo que gramaticalmente debe concluirse que ambos factores (unilateral y obligatoria) deben presentarse al mismo tiempo para satisfacer dicho requisito.

En nuestra opinión, en el caso del arbitraje no se satisface el elemento de unilateralidad, puesto que el árbitro no tiene facultades por sí mismo, son las partes quienes le conceden y limitan la función arbitral. La fuente del arbitraje no es otra que la voluntad de las partes, por lo que las decisiones que toma el árbitro son producto de un acto de voluntad celebrado de manera previa por las partes en conflicto. Así las cosas, los actos de los árbitros, si consideramos al arbitraje como una relación jurídica obligacional en la que participan las partes y el árbitro quien al aceptar el cargo se obliga en los términos pactados en el acuerdo de arbitraje, no pueden considerarse como actos unilaterales, pues la fuente de su obligatoriedad no depende del árbitro, sino de la voluntad de las partes. De ahí que en realidad se trata de actos jurídicos multilaterales privados, cuya fuente es la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, nos parece que la falta del segundo requisito es aún más clara. Dice la disposición en comento que es necesario que las funciones del particular que provocan la violación a los derechos fundamentales *deben estar determinadas por una norma general*, es

decir, una norma válida para la totalidad de las personas.<sup>11</sup> Las funciones del árbitro y el ámbito de sus facultades no se fundan en una norma general, sino que su eficacia como fuente obligacional procede del acuerdo de voluntades de las partes. El árbitro no actúa porque la ley le concede facultades, sino porque las partes se las conceden en el acuerdo de arbitraje. *En el proceso arbitral, que constituye un método privado de solución de controversias, la jurisdicción del tribunal arbitral deriva simple y únicamente del acuerdo de las partes.*<sup>12</sup> Es cierto que la ley dota de eficacia jurídica a dichos acuerdos mediante la posibilidad del auxilio judicial al arbitraje y la posibilidad de ejecutar coactivamente las resoluciones arbitrales, pero la ley no determina la función arbitral.

Nos parece que la interpretación restrictiva que debe realizarse al artículo 5° de la nueva Ley de Amparo –por tratarse de una excepción a la regla general–, no puede superarse mediante la aplicación del principio *pro persona*, puesto que al tratarse el arbitraje de un método que confronta a dos particulares, el principio *pro persona* no permitiría interpretar a favor de una de ellas una disposición en perjuicio de la otra cuando la relación subyacente fue aceptada de manera libre y voluntaria. Aún más, el propio árbitro como particular también merecería la interpretación *pro persona* a su favor, lo que deja aún más clara la interpretación restrictiva y que favorece la seguridad jurídica de las partes involucradas.

Con ello queremos concluir que no es posible una interpretación extensiva que tienda a relajar los requisitos mínimos que como norma de excepción impuso el legislador para la procedencia del amparo en contra de un particular.

#### **IV ] Considerar al árbitro como autoridad-particular para efectos de amparo violaría tratados internacionales**

En nuestra opinión, de aceptar la procedencia del amparo en contra de un laudo señalando al árbitro como autoridad en los términos de la disposición en cuestión, violaría los artículos 4 y 5 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.<sup>13</sup> El primero de dichos preceptos establece lo siguiente:

*Artículo 4: las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las*

---

<sup>11</sup> TORANZO VILLORO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 18ª ed, Porrúa, México, 2004, p. 299.

<sup>12</sup> REDFERN, Alan; HUNTER, Martin, *op cit.* p. 69.

<sup>13</sup> Hecha en la Ciudad de Panamá, República de Panamá, el 30 de enero de 1965, firmada por México *ad referendum* el 27 de octubre de 1977 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de abril de 1978.

*leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales.*

El artículo transcrito establece categóricamente que los laudos que no sean recurribles por acuerdo de las partes o por las leyes aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada, es decir, firme y sin admitir medio ordinario o extraordinario (como lo sería el amparo) de defensa según como lo define el Código de Comercio en su artículo 1343. De ahí que permitir el amparo en contra de un laudo, equivale a quitarle fuerza de sentencia judicial *ejecutoriada*.

Asimismo, el artículo 5 de la misma Convención, de texto equiparable al del artículo 1462 del Código de Comercio, establece un catálogo *numerus clausus* de causales que pueden dar lugar a denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo. De ahí que permitir la procedencia del amparo en contra de un laudo, abriría una puerta trasera al arbitraje para excluir dichas disposiciones e incorporar cualquier supuesta violación a derechos fundamentales en el laudo para evitar la posibilidad de promover su reconocimiento y ejecución.

Sobre este tema conviene recordar que desde 1999, al redefinir la pirámide de jerarquía normativa, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que los Tratados Internacionales tienen una jerarquía superior a todas las normas federales y a las estatales, aunque por debajo de la Constitución. Este tema se modificó con la reforma al artículo 1° a la Constitución y el caso Radilla Pacheco, para ubicar a los tratados que contengan normas de derechos humanos a un mismo nivel que la Constitución Federal. Lo relevante para el caso es que la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional tiene una jerarquía superior a la Ley de Amparo, por lo que debe prevalecer sobre sus disposiciones, reforzando la idea que la interpretación correcta es aquella que favorezca a la eficacia del arbitraje.

## **V ] El control judicial permisible ya está regulado y es innecesario el juicio de amparo como control constitucional del laudo**

Al margen de lo dicho hasta ahora, la posibilidad de recurrir al amparo en contra de un laudo arbitral no solo es contrario a la naturaleza del arbitraje e inconveniente para la realización de sus fines, sino también resulta totalmente innecesario.

Las causales de violación que pudieran afectar gravemente a una de las partes en un arbitraje ya están contempladas como causales de nulidad o de denegación de ejecución tanto en los tratados internacionales relevantes para México (Convención de Panamá y Convención de Nueva York), como en el Código de Comercio (artículos 1457 y 1462). Así las cosas, ya existe un control judicial al arbitraje en

protección de las partes en contra del cual sí procede el juicio de amparo.<sup>14</sup>

Así las cosas, nos parece evidente que permitir el amparo en contra del laudo y señalando al árbitro como autoridad responsable, resulta ocioso y contrario a los principios de economía, celeridad y concentración procesales, además de contravenir la justicia pronta. Lo cierto es que las normas de derecho doméstico e internacional ya prevén mecanismos de control al arbitraje por parte de los tribunales estatales. En efecto, para ejecutar forzosamente un laudo arbitral existe, en México, un juicio especial mercantil ante los tribunales estatales y cuya sentencia puede ser impugnada mediante el amparo directo. Asimismo, para el caso de los laudos dictados en México, se prevé la acción de nulidad por alguna de las causales previstas en el artículo 1457 del Código de Comercio. En ambos casos, las sentencias que dicten los jueces al resolver dichos procedimientos son impugnables vía amparo directo. De ahí se sigue que no hay razón alguna para permitir la procedencia del amparo en contra de una resolución arbitral, cuando la ley ya contempla los medios de control judicial al arbitraje, resultando totalmente innecesaria la interposición del amparo.

Es, pues, innecesario permitir que el árbitro sea señalado como autoridad para efectos del amparo directo, cuando los controles judiciales al arbitraje ya están definidos, regulados y son de naturaleza excepcional.

## VI | Precedente

Existe un precedente publicado en el Semanario Judicial de la Federación que resulta un tanto preocupante. Su texto es el siguiente:

---

<sup>14</sup>Con la reforma de 2011, se modificó el Código de Comercio para que los procedimientos de ejecución o de nulidad de laudos arbitrales se tramiten mediante un juicio especial mercantil regulado a partir del artículo 1471 del Código de Comercio. Con esta reforma algunos tribunales han sostenido que el amparo procedente en contra de la sentencia del juez con que se concluya el juicio de nulidad o de reconocimiento y ejecución, sería el amparo directo al tratarse de la sentencia que pone fin a un juicio especial. Sin embargo, hay al menos un precedente de un Tribunal Colegiado del Primer Circuito (voz: NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL. CONTRA LA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL PROCEDIMIENTO RESPECTIVO, PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO) que declaró que el amparo procedente es el indirecto al no poder considerar la sentencia dictada en ese tipo de juicio especial como una sentencia definitiva al no haberse analizado el fondo de la controversia sino solamente cuestiones formales, es decir, al no decidir *el juicio en lo principal* (conforme a lo referido en el segundo párrafo de la fracción I del artículo 170 de la nueva Ley de Amparo) y tratarse, entonces, de un acto ejecutado después de concluido el *juicio* (equiparando el arbitraje a un *juicio*). En lo personal, no coincidimos con la conclusión del Tribunal Colegiado del Distrito Federal, pues la materia del juicio especial mercantil de reconocimiento y ejecución o de nulidad de laudos arbitrales, se limita a las causales de los artículos 1457 y 1462 del Código de Comercio, por lo que la sentencia que se dicte en ese proceso sí resuelve la Litis de fondo planteada ante el juez.

Época: Décima Época, Registro: 2007320, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 9, Agosto de 2014, Tomo III, Materia(s): Común, Tesis: I.5o.C.76 C (10a.), Página: 1841.

**LAUDO EMITIDO POR ÁRBITRO PARTICULAR. ES INCOMPETENTE EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO PARA CONOCER DE ÉL EN EL AMPARO DIRECTO.** De las fracciones III, inciso a) y V, inciso c), del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en el diverso 170 de la nueva Ley de Amparo, se advierte que los Tribunales Colegiados de Circuito son competentes para conocer de los juicios de amparo directo, los que sólo proceden contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que le ponen fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo. En ese contexto normativo, la validez de un laudo emitido por un árbitro particular no puede dilucidarse a través de dicho medio de defensa, al tratarse de una decisión que no es emitida por los tribunales de referencia, pues no es suficiente para estimar la competencia de dichos órganos, que la decisión señalada como acto reclamado tenga la denominación de laudo, ya que tal es la noción que corresponde a las resoluciones definitivas que emiten los tribunales del trabajo, y esa naturaleza no corresponde al árbitro que emitió el acto que se reclama en un procedimiento arbitral pactado por las partes, pues un requisito sine qua non para estimar la posibilidad de que en el amparo directo pueda cuestionarse la regularidad de ese tipo de actos, es que sean emitidos por tribunales del Estado y no por árbitros privados. Por ende, en estos casos el Tribunal Colegiado de Circuito, con fundamento en el artículo 45 de la Ley de Amparo, debe declarar su incompetencia y remitir el asunto al Juez de Distrito que corresponda, quien deberá pronunciarse sobre la posibilidad de que el árbitro, como particular que emite un acto equiparable al de autoridad, pueda ser considerado como responsable para efectos del juicio de amparo.

**QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.** Amparo directo 384/2013. Gilberto Contreras Zúñiga. 8 de agosto de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca. Esta tesis se publicó el viernes 29 de agosto de 2014 a las 08:13 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Llama la atención que el Colegiado plantee la duda y luego establezca que el Juez de Distrito es quien debe resolver si un árbitro puede o no ser señalado como autoridad para efectos del amparo. ¿Por qué no decidió entrar al fondo de la cuestión y resolver que el árbitro no podía considerarse como autoridad para efectos del amparo? Nos parece que nada hubiera impedido que el Colegiado definiera la postura en lugar de posponer la solución del problema de interpretación.

## VII ] Conclusión

En atención a lo dicho concluimos que una interpretación adecuada y estricta –como norma de excepción– del segundo párrafo de la fracción segunda del artículo 5° de la nueva Ley de Amparo, no permite que se encuadre a un árbitro en la hipótesis normativa que permite la procedencia del amparo en contra de un particular.

Asimismo, consideramos que la conclusión contraria, no solo desnaturaliza la función arbitral como un método privado de solución de

controversias alternativo al proceso, sino que además resultaría violatorio de tratados internacionales, y absolutamente innecesario, contraviniendo los principios de celeridad, economía y concentración procesales.

## Bibliografía

OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, 6ª ed., Oxford, México, 2008.

REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ª ed., traducido por Noiana Marigo y Felipe Ossa, La Ley, Argentina, 2007

RUIZ Torres, Humberto Enrique, *Curso General de Amparo*, Oxford, México, 2007.

TORANZO VILLORO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 18ª ed, Porrúa, México, 2004.

Versión estenográfica de la discusión de la Cámara revisora (Diputados) del 12 de febrero de 2013. Disponible en la página web que se cita a continuación (última fecha de acceso 20 de noviembre de 2014): <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/DetalleProcesoLeg.aspx?IdLey=93440&IdRef=1&IdProc=6>

*Fecha de recepción: 2 de diciembre de 2014*

*Fecha de aprobación: 24 de agosto de 2015*

# Notas sobre el *ius naturale* de los juristas medievales. La discusión académica medieval como contexto en la explicación de Tomás de Aquino

PEDRO PALLARES YABUR<sup>1</sup>  
MARÍA CRISTINA PÉREZ VENEGAS<sup>2</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El razonamiento jurídico medieval: la aequitas de las cosas, la interpretatio del jurista*. III. *El ius naturale y ius gentium de los juristas del ius commune*. IV. *Conclusión*

**Resumen.** Para emprender el estudio de Tomás de Aquino es provechoso comprender los planteamientos propios de su tiempo. En el ámbito de la ciencia del derecho, los juristas laicos de la Edad Media poseían una visión distinta a la contemporánea en torno al razonamiento jurídico, la configuración de lo justo y el modo en que el hombre podía descubrir y determinar el derecho. La distinción entre tres tipos de *ius*: el *naturale*, el *gentium* y el *civile* nunca se explicó de forma clara. El jurista buscaba el equilibrio propio de las cosas, y cuando estas se referían a los equilibrios humanos, estos podrían originarse en su *existencia-similar-a-los-animales* o en el movimiento natural de la razón. Estos eran presupuestos de la solución justa concreta, que *aparecían* de forma natural o espontánea en la operación del jurista. Tomás de Aquino construye su teoría del derecho natural *utilizando* esta forma de comprender la relación entre estos tres tipos de *ius*.

**Palabras clave:** *ius naturale*, *ius gentium*, *aequitas*, Tomás de Aquino.

**Abstract:** *In order to undertake the study of Thomas Aquinas it is helpful to understand the approach of its own time. In the field of legal science, laicist jurists of the Middle Ages had a different vision towards legal reasoning, the configuration of justice and on how men can discover and determine the just. The distinction between three types of ius: the natural, the gentium and civile was never explained clearly. The lawyer sought the proper balance of things, and when these were related to human balances, they could originate in its existence-similar-to-animals or in the natural movement of reason. These were presuppositions of the just, they came up naturally or spontaneously in the operation of the jurist.*

---

<sup>1</sup> Profesor investigador de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

<sup>2</sup> Analista en asuntos jurídicos de la Secretaría General de Gobierno de Jalisco.

*Thomas Aquinas built his theory of natural rights using this way of understanding the relationship between the three types of ius.*

**Keywords:** *ius naturale, ius gentium, aequitas, Tomas Aquinas.*

## I ] Introducción

Tomás de Aquino describe en el Prólogo a su famosa obra, la *Summa Theologiae*, el interés que le mueve a elaborar ese trabajo:

*Hemos detectado, en efecto, que los novicios en esta doctrina se encuentran con serias dificultades a la hora de enfrentarse a la comprensión de lo que algunos han escrito hasta hoy. Unas veces, por el número excesivo de inútiles cuestiones, artículos y argumentos. Otras, por el mal método con que se les presenta lo que es clave para su saber, pues, en vez del orden de la disciplina, se sigue simplemente la exposición del libro que se comenta o la disputa a que da pie tal o cual problema concreto. Otras veces, por la confusión y aburrimiento que, en los oyentes, engendran las constantes repeticiones.*<sup>3</sup>

A este profesor medieval le interesa ofrecer a los principiantes en las ciencias sagradas una explicación coherente, que avance poco a poco de forma ordenada, como levantar un edificio. Al mismo tiempo, junto a cada ladrillo habría que incluir los argumentos más relevantes ofrecidos hasta ese momento. Su intención era, en primer lugar, *introducir* a quien comienza en el estudio de la ciencia sagrada y *ponerlo al día* en los argumentos más importantes ofrecidos hasta sus días. En segundo término, pretendía edificar una estructura en la que los contenidos de la fe pudieran conocerse *todos* y al mismo tiempo de forma *coordinada*. Esta doble intención permite al aprendiz no sólo asimilar la teología en su totalidad, sino hacerlo mientras madura intelectualmente.

Esa es la *música de fondo* con la que se ha de leer su obra en general y su explicación sobre el *lex naturae* y el *ius naturale* en particular. Como es sabido, en ese gran edificio que es la *Summa*, la primera parte la dedica al modelo, al ejemplar, es decir a Dios y cuanto produjo. La segunda fue dividida a su vez en dos partes distintas: en la primera, estudia cómo es el hombre explicado a partir de su semejanza de *Dios-creador*—es decir, desde el punto de vista de la *generación* de sus propias acciones, *por tener libre albedrío y dominio de sus actos*.<sup>4</sup> Gracias a sus actos libres *hace suya* su propia existencia. En ese contexto Tomás expone los equilibrios naturales de la razón y las condiciones *naturales* por las que la razón se ajusta—en parte de forma espontánea, en parte de forma creativa—a sus fines cuando ella misma opera: la discusión de la «*lex naturae*». Todo ello está en la *Prima Secundae*.

En la *Secunda Secundae* expone cómo hacer realidad en concreto los bienes propios del ser humano mediante la acción. Ahí coloca el bien

---

<sup>3</sup>S.Th. I, *Prooemium*.

<sup>4</sup>S.Th. I-II, *Prooemium*.

humano que busca equilibrar su existencia común junto a otros. En otras palabras, existe un tipo especial de acciones humanas cuya finalidad es ajustar la relación entre dos personas através de las cosas externas que los vinculan entre sí. Ahí estudia el «*ius naturale*».

Tomás convoca todo tipo de argumentos de quienes se han servido tanto del *ius naturale*, el *ius gentium*, como de la *lex naturae* para construir sus argumentos:<sup>5</sup> desde las Sagradas Escrituras, a Padres de la Iglesia como Isidoro de Sevilla o San Agustín; manda llamar a filósofos como Cicerón, Aristóteles, o utiliza razonamientos de teólogos universitarios como Pedro Lombardo o Alberto Magno. Y por su puesto, el Aquinatense introduce los conceptos, problemas y explicaciones tanto de Ulpiano o Gayo como el de los profesores de derecho de la Universidad medieval tal y como se argumentaba en el siglo XIII.<sup>6</sup>

Así pues, ¿qué enseñaban los juristas sobre el *ius naturale* en las aulas universitarias de derecho civil? ¿Cuál es el argumento de estos juristas laicos que manda llamar el de Aquino para explicar su teología de la acción humana? Estas Notas tienen como finalidad reconstruir el argumento del *ius naturale* que utilizaban esos juristas medievales, recogidos principalmente en las Glosas universitarias.

Hemos calificado este texto como Notas porque nuestra intención es sólo ofrecer el argumento que hemos recopilado de los estudiosos de esta materia. Únicamente pretendemos introducir este tema a partir de las notas y fichas que hemos recogido.

---

<sup>5</sup>La consulta de los autores antiguos es necesaria para el esclarecimiento de la cuestión y la resolución de las dudas. Así como en los tribunales no se puede dar sentencia sin que hayan sido oídas las razones de ambas partes, así también el que se ocupa de filosofía llegará más fácilmente a formar un juicio científico definitivo, si conoce las opiniones y dudas de los distintos autores. (*Sententia Metaphysicae*, lib. 3 lecc. 1)

<sup>6</sup>Tomás cita principalmente a los juristas romanos, y sólo se refiere a sus colegas juristas de forma genérica. Por ejemplo, en *S.Th* II-II q.88 a11 co. se pregunta si el voto de continencia puede ser *desvinculado* del estado religioso, calificando de *ignorantes* a unos canonistas –no juristas *laicos*– que opinaban lo contrario: *Por una razón semejante, el Papa no puede hacer que el que ha hecho la profesión religiosa deje de ser religioso, a pesar de que algunos juristas dicen ignorantemente lo contrario. En otro pasaje se refiere a los juristas y compara su enfoque con el de Aristóteles*: Debe observarse que lo político o civil aquí está tomado de diversa manera por Aristóteles y por los juristas. Aristóteles habla de lo justo político o civil a partir del uso que le dan los ciudadanos, en cambio, los juristas hablan del derecho político o civil a partir de su causa, es decir, porque alguna ciudad lo constituye para sí. Por eso, acertadamente es llamado legal por Aristóteles, como puesto por la ley, lo que los juristas llaman positivo. Vemos que acertadamente se divide lo justo político en dos partes. Pues los ciudadanos practican lo justo porque la naturaleza lo puso o imprimió en la mente humana y porque la ley lo ha insituído. (*Super Sententia Ethic.*, lib. 5 lecc. 12 n. 2)

### III ] El razonamiento jurídico medieval: la «*aequitas*» de las cosas, la «*interpretatio*» del jurista

El jurista postilustrado ha de considerar que sus colegas medievales pensaban su profesión más como el esfuerzo intelectual por descubrir la respuesta concreta que equilibre la relación entre dos personas. Su intención no se originaba en beneficiarios que oponen a otros una carga reconocida y tutelada por la ley. Para los juristas medievales, el fenómeno jurídico se centraba en el *ius* o en los equilibrios que *aparecían* o se *daban* en una situación. El *ius* se configura desde criterios objetivos que equilibraban realmente un *acto*, *objeto* o *estado de cosas*<sup>7</sup> y su misión consistía en configurar *lo justo* en una relación de personas determinadas. El *ius* equivalía a unos «ajustamentadores» adecuados-o equilibros que ajustan- para el caso concreto. Así lo dice Tomás: *Lo primero de la justicia (...) es ordenar al hombre en las cosas que están en relación con el otro. Implica, en efecto, cierta igualdad, como su propio nombre manifiesta. Vulgarmente se dice que las cosas que se igualan se ajustan.*<sup>8</sup>

Si lo que se busca es la determinación de lo justo en las cosas externas para relacionar adecuadamente a las personas, es necesario que los datos con los que trabaja el jurista se *ajusten* en función de: (i) cuáles son las cosas, personas, situaciones y funciones sociales en juego. (ii) cómo organizarlas, ajustarlas, equilibrarlas de modo *equitativo*. (iii) qué *pre-disposición* ofrece la ley en función de la experiencia pasada y la necesidad de coordinar esfuerzos sociales. (iv) cómo mantener esa respuesta como posible, viable y útil, y, (v) cuáles son las acciones propias por las que esos equilibrios –*justamentes* les dice Finnis– se hagan realidad. En otras palabras, la misión de la jurisprudencia realista consistía en determinar:

*Cierta proporción de igualdad de la cosa exterior con la otra persona con la que se relaciona el agente [...] en [encontrar] una proporción de las mismas cosas, o que nos es proporcionada por la misma relación social que anda en juego con independencia de lo que aprecie o quiera el sujeto afectado. Porque un nervio básico de esta visión del derecho es aquel que entiende que un hombre es relevante jurídicamente para otro hombre por referencia a las cosas, esto es, que se ha de calcular lo que uno debe a otro según la cosa que los vincula en derecho.*<sup>9</sup>

<sup>7</sup> FINNIS, J.M., *Ley natural y derechos naturales* [Natural Law, Natural Rights], trad. ORREGO SÁNCHEZ, C., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 237.

<sup>8</sup> *Iustitiae proprium est inter alias virtutes ut ordinet hominem in his quae sunt ad alterum. Importat enim aequalitatem quandam, ut ipsum nomen demonstrat, dicuntur enim vulgariter ea quae adaequantur iustari.* (S.Th., II-II q.57 a.1 co.)

<sup>9</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Historia del derecho natural*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999, p. 58-59.

¿Cómo sabían estos juristas *preilustrados*, en específico los del *ius commune*, qué era el *ius* en el *aquí y ahora* del caso concreto? Esta respuesta puede ofrecerse de dos maneras: la que describe el método argumentativo que utilizaban estos juristas o la que describe los presupuestos e ideas fundamentales que justificaban un razonamiento de ese estilo.

Sobre el procedimiento utilizado, diremos que estamos ante un método en parte inductivo, en parte deductivo. Primero, cribaban los hechos para determinar el asunto jurídico en cuestión, *¿Ante qué problema jurídico estoy?, ¿Qué hechos son relevantes?, ¿Qué hechos están en el asunto pero no forman parte del problema jurídico?* Era el momento inductivo. A partir de ahí buscaban en el *Corpus Iuris Civilis* el tratamiento a ese tipo de asuntos, tomaban en cuenta las glosas respectivas y las soluciones a casos análogos. Después, buscaban sintetizar –*reductio ad unum*– las justificaciones, causas o *rationes* dispersas a lo largo del *Corpus Iuris*. Pero, como explica Grossi, este repaso del *Digesto* y textos romanos, no implicaba buscar una respuesta ya hecha.<sup>10</sup> Por el contrario, escribe este profesor italiano: *El derecho*

<sup>10</sup> Esta forma argumentativa puede descubrirse también en la literatura jurídica desarrollada en la universidad medieval –principalmente en la época de los Glosadores– para escribir la manera en que se plantean y resuelven problemas en el ámbito escolar. Kantorowicz compara estas *quaestiones disputatae* a los *Moot Court* comunes en las universidades anglosajonas. En ellas, el asunto jurídico se presentaba en forma de pregunta, de duda, como inseguridad o ignorancia. *Pero la importancia de estas disputas jurídicas trasciende con mucho su función educativa [...] la quaestiones disputatae eran el vínculo más importante entre el derecho escrito de Justiniano y su aplicación en las cortes de justicia de su tiempo. Así maduró el ánimo para crear analogías audaces, para manejar con audacia los principios de la equidad, para llenar la lacunae de la ley con intuición e imaginación.* El desarrollo de la *quaestio* jurídica medieval podría traducirse bajo la siguiente estructura: (i) la *rubrica* o *titulus* que anuncia el asunto formalmente; (ii) el *exordium*, que sirve como introducción: *talís quaestio, huius negotii*, por ejemplo; (iii) el *casus* llamado también *causa, negotium, materia, thema*, con los datos esenciales del problema y el *ponere* o *proponere*, es decir, la posición de alguno de los implicados; (iv) la frase que describe el problema en abstracto, el nudo del caso o una controversia –no un *casus legis*– inicia con un *quaeritur, controversia est, quaestionis est, veritur in quaestionis*; (v) luego el proponente de la disputa indicaba su posible respuesta *proponitur* a la que acompañan los (vi) *argumenta* y *allegationes*, le siguen los *opponens* et *respondens*, los matices más precisos a la ley invocada o *determinare legem*, cada uno con sus *probatur*, sus contra argumentos o *allegat, nec obstat* exponían los *argumenta et allegationes legum*; por último (vii) se presentaba la *solutio* que en ocasiones parecía una sentencia. KANTOROWICZ, H., "The *quaestiones disputatae* of the glossators", en *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, vol. 16 (1939), 1-67, pp. 16-31.; también puede verse GORDLEY, J., "*Ius quaerens intellectum: The method of the medieval civilians*" en [The Creation of the *Ius Commune: From Casus to Regula*], eds. CAIRNS, J.W. y DU PLESSIS, P.J., Edinburgh University Press, 2010; y DONDORP, H. y Schrage Eltjo J.H., "*The sources of medieval learned law*" en [The Creation of the *Ius Commune: From Casus to Regula*], eds. CAIRNS, J.W. y DU PLESSIS, P.J., Edinburgh University Press, 2010.

*justineaneo es –si se nos permite la expresión– como un recipiente vacío que los nuevos contenidos deforman despiadadamente, un contenedor del que sólo queda la función de contener el signo de la validez, cuya contribución, en muchos casos, se reduce al lenguaje y a refinados instrumentos técnico-jurídicos.*<sup>11</sup>

Con estas *rationes* volvían al caso concreto (momento deductivo) para descubrir esa respuesta justa (esto es *lo igual-debido-suyo*). Esa respuesta se fundamentaba en la causa legítima que habían encontrado.<sup>12</sup> El profesor Carpintero es cauto al momento de describir este método jurisprudencial, pues *no es sencillo describir el itinerario intelectual que, por lo general, siguieron realmente estos autores. Pero concluye que:*

*En la época que estamos estudiando [ius commune] prevaleció una visión de la metodología jurídica más apegada a la vida concreta, profundamente realista y práctica, muy distinta, por tanto, de silogismos y deducciones. El jurista medieval –escribe Giuliani– no calcula, no hace silogismos, sino que distingue problemas. La teoría dialéctica de la interpretatio iuris parece resolverse en una teoría de la argumentación jurídica, en una metodología de problemas*<sup>13</sup>.

El método se orientaba hacia el *diálogo* en el que se configuraba el *ius*, en un ir y venir de las exigencias propias de la situación, a los principios racionales que en ella se encontraban (*regulae*) –experiencia ya recogida en el *Copus Iuris*– y los motivos que justificaban una respuesta (*causas*).

Paolo Grossi considera que el método se construía a partir de una serie de certezas compartidas que funcionan como cimiento del razonamiento jurídico. Estas certezas eran, primero, un poder político incompleto e indiferente hacia el derecho que manifiesta una autonomía de lo jurídico.<sup>14</sup> Segundo, la convicción del carácter plural del derecho

---

<sup>11</sup> GROSSI, P., *El orden jurídico medieval*, trads. ÁLVAREZ ALONSO, C. y TOMÁS Y VALIENTE, F., Marcial Pons, Madrid, 1996, 174

<sup>12</sup> Una explicación más detallada puede verse en los trabajos del profesor Carpintero, CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *En torno al método de los juristas medievales*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* (1982), p. 617-647, o CARPINTERO BENÍTEZ, *El derecho natural laico de la edad media. Observaciones sobre su metodología y conceptos*.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 630. Poco antes había escrito de este modo de argumentar; *resultaba una argumentación extraordinaria, fluida, no siempre ligada a las formas pre-establecidas, construida, como hemos estudiado, sobre unas Fuentes muy distintas. No se trataba, por tanto, de una construcción doctrinal hecha sobre una lógica demostrativa que se mostraría en una presunta cadena de razonamientos que se deducirían necesariamente de unas premisas tenidas por indiscutibles.* (*Ibid.* p. 629). Aunque sí es posible afirmar que *deducción e inducción fueron unidas en la jurisprudencia medieval, sin que parezca posible establecer la línea de fisura entre una y otra forma de proceder de modo que las doctrinas medievales ofrecieron opiniones probables. He hecho referencia a los canales fundamentales por los que discurre el razonamiento jurídico medieval, siguiendo el esquema de leges-rationes-auctoritates.* (*Ibid.* P. 635.)”

<sup>14</sup> El derecho no como expresión de un régimen político, instrumento de control social o realización de un programa ordenador total de la sociedad.

medieval, junto a la multiplicidad armonizada de fuentes de producción del derecho.<sup>15</sup> Tercero, la centralidad del *hecho*, del *suceso histórico*, de lo real, de *la cosa* que contiene en sí una *manifestación jurídica* intrínseca. Esto es así porque se asume que las cosas existen orientadas a un fin que les determina un orden.<sup>16</sup> Cuarto, el carácter parcial e incompleto del individuo aislado, su orientación hacia la comunidad y el carácter perfecto de ésta. El jurista medieval ve el flujo de todas las cosas, el contexto en el que se da el hecho, veían la línea, no el punto.<sup>17</sup> Y por último, quinto, el orden al que apunta la totalidad de las cosas: *Los hechos naturales y sociales ahora protagonistas* –escribe Grossi– *no son un aluvión de fenómenos amontonados de mala manera uno con el otro, sino que, encontrando la propia fuente en la sabiduría divina, están insertos en una armonía que todos integran.*<sup>18</sup>

El jurista medieval daba por hecho que la realidad ante sí que configuraba el asunto jurídico, anunciaba un orden que debía ser aclarado, puesto de manifiesto por la solución jurídica del caso. En este sentido se puede decir que en la argumentación jurídica medieval, *mandaban las cosas*. En efecto,

[Los juristas del *ius commune*] *estaban interesados por lo que imprecisamente designamos con la palabra cosa, que ellos llamaban a veces el casus o quaestio. Su actitud ante la realidad les llevaba (...) a adoptar una actitud ante cada problema que, antes que nada, era teórica: contemplaban lo que ocurría, y de la mano de la posible naturaleza del problema y de sus consecuencias previsibles, adoptaban la solución mejor para todos de acuerdo con las normas disponibles. Por decirlo con Tomás de Aquino, lo realmente importante era resolver el caso desde los ex propriis principiis rei, tomando como punto de referencia las cosas tal como suelen suceder normalmente: inquisitio autem fiat per communia [S.Th. II-II q.51, a.4 co.].*<sup>19</sup>

Pero, si la *cosa justa* se determina en función de una *causa*, interpretada por una *ratio*, que sólo se justifica por ser aplicable al caso ante el que se encuentra, ¿no estamos ante un método argumentativo circular? Estamos ante un método no lineal, es decir, ante la interacción entre realidad *creada de un modo* pero al fin y al cabo incompleta, a la espera de ser *impregnada* por la razón del hombre; y precisamente una

<sup>15</sup> *La clave interpretativa esencial de todo el orden jurídico medieval –que aquí se pretende resaltar para el lector- es que los detentadores del poder constituyen una fuente entre las muchas llamadas para la edificación de este orden; si duda, no la única, y mucho menos la más sobresaliente. El problema de las fuentes -problema estructural de cada construcción histórica sub specie iuris- se resuelve en una coralidad de aportaciones que respetan fielmente la coralidad de fuerzas de las que el derecho es espejo y forma consumada.* GROSSI, P., op.cit., p. 57.

<sup>16</sup> *Factualidad, historicidad, reicentrismo* son las palabras que utiliza Grossi.

<sup>17</sup> Tomás de Aquino escribió al respecto; *El orden de las cosas implica el bien del universo. Ninguna parte es perfecta si está separada del todo del que es integrante.* (S.Th. I, q.47, a.1 co.)”

<sup>18</sup> *Ibid.*, 96-97

<sup>19</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, op.cit., *Historia.*, p. 48

razón que toma los datos de la realidad, que al mismo tiempo *construye* la respuesta adecuada.

Para resolver la aparente circularidad, hemos de tomar en cuenta las categorías fundamentales que orientaban al jurista en su comprensión-configuración de lo real como un *ius-debido*. A saber: - (i) la *aequitas* de las cosas.- (ii) los oficios como *personas objetivadas en sus funciones*, y.- (iii) la *interpretatio* del jurista y la *lex* de la autoridad como momentos distintos de la experiencia jurídica.

Los juristas medievales partían de la convicción de que las cosas pueden ordenarse, ajustarse y distribuirse de forma que los hombres coordinen su conducta entre sí a partir de ellas. La realidad se manifiesta ante el jurista de forma tal que es posible encontrar racionalmente en ella cierto equilibrio: ya sea porque su fin se coordina (*ajusta*) con el de otras cosas o porque si las cualidades de las cosas se *ajustan* estas pueden cumplir con sus fines. Francisco Carpintero dice al respecto:

*Normalmente, el pensamiento jurídico medieval tenía presente en este tema lo ordenado por Constantino en el año 314: Placuit in ómnibus rebus praecipuam esse iustitia et aequitatisque quam stricti iuris rationem (C.3.1.8) según cuyo tenor, la aequitas y la iustitia eran algo anterior al ius, y, más concretamente, su fons et origo.*<sup>20</sup>

La *aequitas* existía en los hechos como un *logos*—un orden racional expresado en unos fines, unos medios apropiados y su cualidad de ser inteligibles para una razón—a la espera de ser descubierto al resolverse el caso concreto. Esta especie de *equidad incompleta* —*aequitas rudis*— es el antecedente lógico del *ius* o más precisamente su *fons et origo* que de hecho lo justifica racionalmente. En efecto:

*Aequitas es la armonía derivada de los hechos conforme a la cual en causas similares se debe aplicar un derecho similar. (...) Si tal equidad se encuentra en la voluntad del hombre, se llama entonces justicia. Y por otro lado, si esta voluntad se materializa en preceptos, ya sean escritos, ya consuetudinarios entonces se denomina ius.*<sup>21</sup>

Para los juristas del derecho civil medieval, cuando la *aequitas* se asienta en el carácter de una persona, en ella la justicia se hace vida y las acciones que realiza son *justas*. Esto es así porque la persona tiene esa cualidad, puede juzgar un hecho concreto a partir de los datos que tiene ante sí —incluida la costumbre de una ciudad y sus leyes— y evidenciar el *ius* concreto. Mientras la *aequitas* es una cualidad de las cosas, la *iustitia*

---

<sup>20</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, op.cit., *En torno...*, p. 636.

<sup>21</sup> *Quia iusticiae fons et origo est aequitas, videamus prius quid sit aequitas. Aequitas est rerum conveniencia quae in paribus causis paria jura desiderat. Item Deus, qui secundum hoc quod desiderat, aequitas dicitur. Nichil autem est aequitas quam Deus. Si talis aequitas in voluntate hominis est perpetuo, iustitia dicitur. Quae talis voluntas redacta in praeceptionem, sive scripta, sive consuetudinaria, ius dicitur.* Fragmento Praguense cit. en GROSSI, P., op. cit., p. 180

lo es de las personas que develan y permiten señalar lo que es *ius*.<sup>22</sup> Dicho de otro modo, la justicia es una cualidad de la voluntad, un bien del carácter que busca hacer realidad el orden que se expresa en las cosas o *aequitas*.<sup>23</sup> Irnerius (1050-1125) lo explica así en una glosa al Digesto: *La equidad es distinta de la justicia. La equidad se percibe en las cosas mismas, la cual, cuando desciende de la voluntad, toma forma, se hace justicia*.<sup>24</sup>

Esa *aequitas* pertenece principalmente a Dios –Él ha impregnado a las cosas de un equilibrio cuando las creó, es el *Justo originario*- pero el hombre, con su esfuerzo racional, al captar ese orden en las cosas y establecer el *ius*, puede convertirse en un hombre *justo* por dos motivos: hace suyo el orden de la justicia en él mismo y configura –crea– un orden justo en el mundo exterior a él. Ambos aspectos lo hacen semejante a Dios.<sup>25</sup> En este sentido, la *justicia* –en sentido estricto nos referimos a la

<sup>22</sup>Azo de Bologna (1150–1230) escribió su *Summa Codicis* glosando Instituta 1.1 *La equidad, sin embargo, se refiere a las cosas, al ajustamiento adecuado de las cosas, que en causas similares se busca formular a iura similares, y ajustar adecuadamente todas las cosas sobre una base igual. Y se dice equidad como decir igualdad, y verdad para aplicarlo a las cosas, y así, decimos acción [justa] respecto al hombre. [Aequitas est autem rerum convenientia, quae in paribus causis paria iura desiderat, et omnia bona aequiparat. Et dicitur aequitas, quasi aequalitas. Vertiturque in rebus, id est, in dictis et factis hominum]*(Azo, *Summa Codicis*, Instituta 1.1. (3.1.8.)

<sup>23</sup> Cicerón, explicando el argumento de comparación lo había formulado así: También vale la comparación en cosas iguales, vg.: [P]orque la equidad pide que se apliquen los mismos *iura* en causas iguales. [*Valeat aequitas quae paribus in causis paria iura desiderat*](Tópica 23)

<sup>24</sup>*Differt autem aequitas a iustitia, aequitas enim in ipsis rebus percipitur, que cum descendit ex voluntate, forma accepta fit iustitia* (Irnerio, *Glosa al Digesto*, 1.1). Una idea similar se encuentra en la *Summa Codicis* (1.3, C. 2.3) del mismo Irnerio: *La equidad se refiere a la proporción en las cosas, pues en causas similares se pide que se apliquen los mismos iura. Pues la justicia se da en el tiempo, si así lo manifiesta una voluntad; cualquier equidad, se hace realidad en el tiempo, si está en una voluntad [Equitas enim est rerum convenientia, que cuncta coequiparant (et in paribus causis paria iura desiderat). Quae et iustitia est ita denum, si ex voluntate redacta sit; quicquid enim aequum, ita demum iustum, si est voluntare]*. Ambas son citas de CARLYLE, M.A., *The political theory of the Roman lawyers and the canonists from the ninth to the thirteenth century*, William Blackwood and Sons, Nueva York, 1909, p. 9

<sup>25</sup>La justicia es la voluntad de dar a cada uno su *ius*. La cual pertenece a Dios en plenitud y perfección, en nosotros se dice que somos realmente justos por participación [*Est autem iustitia voluntas ius suum cuique tribuere. Quae quidem in Deo plena est et perfecta, in novis vero per participationem iustitia esse dicitur*] (*Fragmentum Pragense*, 3.9). Azo escribió en su *Summa institutionum*, 1.1: *Est autem iustitia constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi, ut ff. eodem l. iustitia. Quae definitio potest intelligi duobus modis; uno prout est in creatore altero prout est in creatura; et si intelligatur prout in creatore, id est in Deo, omnia verba proprie posita sunt, et plana sunt omnia: quasi diceret, iustitia est Dei dispositio, quae in omnibus rebus recte consistit et iuste disponit: ipse retribuit unicuique secundum opera sua, ipse non variabilis, ipse non est temporalis dispositionibus vel voluntatibus suis; immo eius voluntas est constans et perpetua: ipse enim nec habuit principium, nec habet vel habebit finem. Altero modo intelligitur prout est in*

persona que de forma constante y perpetua posee la cualidad moral de ser justo— es el origen del *ius*, pues es él quien la concreta, tomando en cuenta una *aequitas rudis* que ya existe en el asunto o dicho genéricamente en las cosas.<sup>26</sup>

Esta *aequitas rudis* implicaba ese equilibrio como *incoado* o *anunciado* en las cosas y situaciones que relacionan a los sujetos entre sí. De alguna manera se encontraban toscas e informes en los hechos. Por ejemplo, si el asunto jurídico tenía que ver con la construcción de un edificio y las servidumbres que debían respetarse, el jurista buscaba esa disposición de las cosas que anunciaba su *equilibrio* o *aequitas rudis*: la distribución del terreno, las exigencias de habitabilidad propias de la condición humana, las leyes del lugar, las casas ya construidas, la solución viable, etc. Todas esas situaciones se tomaban en cuenta como indicios de *lo justo* que equilibraría adecuadamente a las personas concretas en juego. Una vez habiendo determinado qué es esa solución justa, la equidad se constituía. Francisco Carpintero explica y ofrece este ejemplo:

*Los juristas medievales distinguían la aequitas rudis de la aequitas constituta, es decir, la justicia en bruto de la justicia que ya estaba concretada. Si un abogado trabaja para una empresa y esa empresa le paga un sueldo, su justicia ya está constituida: él podrá exigir que se le pague su sueldo, ni más ni menos. Pero si ese mismo abogado, además de trabajar para una empresa, atiende a otros clientes con los que no tiene ningún contrato de prestación continuada de servicios, sus clientes le deberán dinero a él, pero sin que la cantidad esté perfectamente determinada: decimos que en esos casos hay una aequitas rudis que se verá concretada cuando el abogado establezca unos honorarios razonables de acuerdo con los diversos factores que hay que tener en cuenta en ese caso.*<sup>27</sup>

La *aequitas constituta* se conocía y configuraba a la vez, a partir de las cosas mismas y su *aequitas rudis*, pero también gracias a las *regulae* que la experiencia jurídica había reconocido previamente y podía encontrarse en las soluciones del *Corpus Iuris*. Para ellos, lo relevante del Digesto consistía en ser un catálogo de razones, un compendio de la

---

*creatura, id est in homine iusto. Homo enim iusus habet voluntatem tribuendi unicuique ius suum: et ita voluntas dicitur iustitia et dicitur voluntas tribuere ius suum, non quantum ad actum sed quantum ad affectionem.*

<sup>26</sup> En forma poética, Azo escribió que los *iura* emanan de la justicia como los ríos lo hacen de la fuente, la justicia desea lo que el *ius* busca: *A iustitia enim velut a materia, et quasi fonte quodam omnia iura emanat: quod enim iustitia vult, idem ius prosequitur [...]* *Et dicitur iustitia, quia in ea stant omnia iura. Ius ergo derivatur a iustitia* (Azo, *Summa Institutionum* i, 1) Placentino repite la misma idea: el *ius* se deriva de la justicia, y precisamente ésta se llama así, porque todos los *iura* se fundan y nacen en ella: *Competenter enim dominus Justinianus de iustitia et iure praemittit, de iustitia, ut pote ex qua omnia iura emanant, tanquam ex fonte rivuli [...]* *Est autem dicta iustitia quia in ea stant omnia iura.* (Placentinus, *Summa institutionum*, i.1)

<sup>27</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Apuntes de filosofía del derecho* (Pro Manuscripto) 2012, pág. 14

racionalidad de las soluciones a problemas similares sobre los que partían para estudiar el caso.

A un lector acostumbrado a argumentos *lineales* y deductivos esta correlación podría causarle confusión. En efecto, ¿qué lleva prioridad lógica, la realidad que impone a la razón o la razón que aplica sus categorías a la realidad? El jurista medieval consideraba la relación *realidad-razonable* y *razón-que-razona* de modo análogo al de dos piezas de rompecabezas. Aunque no es válido confundirlas, sólo tienen sentido en relación de una con la otra. De forma similar, el *ius* tenía su fundamento en la razón, tanto porque el sujeto era capaz de conocer (*ratio*) como porque el objeto real expresaba una racionalidad (*logos*) específica, su *aequitas*, que *alimentaba* esa capacidad de conocer.

De esta forma, por ejemplo, se comprende que en esta época, los redactores de las leyes *no pu[dieran] obrar a placer, sino que deb[ían] acudir a aquel almacén subterráneo y preexistente que es el orden jurídico, es decir, a un conjunto de reglas racionales*<sup>28</sup> que se manifiestan en y desde la realidad.

En el trabajo del jurista, la *realidad* y la *razón* se implican mutuamente en la configuración del *ius*: su conmesurabilidad también es su ajustamiento. La realidad ya se presentaba expresando cierta *aequalitas* o una *iustitia seu equitas*. Paolo Grossi califica esta realidad no como metajurídica, sino más bien como metaformal.<sup>29</sup> De modo que es posible decir que el varón ya esté ajustado, conmensurado, orientado hacia la mujer en relación a la procreación de los hijos; o que en la compraventa el cambio de propiedad de la cosa sea una consecuencia *conmensurada* a las características de ese tipo de acuerdo; o que el hombre exprese o se *conmensure* con la libertad. El *ius* se configuraba como fruto de ese encuentro fértil entre razón y realidad. Es por ello que el trabajo del jurista:

*No se puede reducir a un mero proceso de descubrimiento, es decir, meramente cognoscitivo de la norma [de la regla o del texto justiniano]. La interpretatio de los medievales es también un acto de voluntad y de libertad del intérprete. La Glossa Magna -que resumía una enseñanza que circulaba en toda la escuela de los glosadores- es precisa: Interpreto, es decir, corrijo. Asimismo, explico más ampliamente la palabra, asimismo añado, también amplío; y en sentido contrario, corrijo, es decir amplío.*<sup>30</sup>

<sup>28</sup>GROSSI, P., op. cit., pág. 170.

<sup>29</sup>Ibid., p. 173.

<sup>30</sup>[I]nterpretor, idest corrigo [...]. Item verbum apertius exprimo [...] ítem arrego, ítem prorrogo, sed contra corrigo id set addo (Glossa Magna, ed. Lugduni, 1562, ad l. Sive ingenua I, ad senatusconsultum Tertullianum (D. 38,18,1), glo. Interpretatione). Ibid., p. 170. Poco más adelante Grossi presenta esta glosa de Bartolo: *interpretatio sumitur quandoque pro correctione, quandoque pro arctatione seu derogatione, quandoque pro verborum expositione seu declaratione, quandoque pro additione seu ad novum casum extensione* (In primam Digesti veteris partem, Venetiis, 1615, ad l. Omnes populi, de iustitia et iure.(D. 1.1.9), n. 53 en Ibid. p. 170.)

El jurista se vale de las *regulae iuris*, de las soluciones del Digesto como acumulación de experiencia, como conocimiento previo de la *aequitas rudis* y de acertadas expresiones de la *aequitas constituta*. Pero analiza el problema, reconoce la *aequitas* en esos datos y aporta una distribución adecuada y explícita del caso: configura la solución justa.<sup>31</sup>

### III ] El *ius naturale* y el *ius gentium* de los juristas del *ius commune*

Como lo hemos dicho ya, el jurista medieval cimentaba su argumento en la certeza tanto de un orden racional de la realidad – incluyendo su *aequitas*–, como en la validez de la recopilación Justiniana. Veían en el *Corpus Iuris* una síntesis de los preceptos intrínsecamente racionales de la *aequitas* ya traducidos y sintetizados en conceptos e instituciones jurídicas muy precisa.<sup>32</sup> En el razonamiento jurídico medieval,

*El punto de partida es el dato normativo, o sea la lex romana; este respeto se debe a la aspiración de la dimensión de validez del discurso de los juristas, pero inmediatamente después el itinerario se desplaza hacia lo efectivo; y se desplaza en dos etapas sucesivas: se propone la causa legis o, como se dice en tantos otros testimonios, la ratio legis y no las verba como objeto de la interpretatio; se identifica la causa/ratio con una aequitas y se aplica sobre ésta el procedimiento analógico.*<sup>33</sup>

A diferencia de los teólogos o los filósofos, los juristas medievales partían del *Corpus Iuris*, no de las autoridades filosóficas o de la Sagrada Escritura. En consecuencia, sus explicaciones sobre la relación entre las tres fuentes de equidad, *ius naturale*, *ius gentium* y *ius civile*,<sup>34</sup> dependen,

<sup>31</sup> Grossi concluye: *El derecho justiniano es –si se nos permite la expresión– como un recipiente vacío que los nuevos contenidos deforman despiadadamente, un contenedor del que sólo queda la función de contener el signo de la validez, cuya contribución, en muchos casos, se reduce al lenguaje y a refinados instrumentos técnico-jurídicos* (Ibid., 174.)

<sup>32</sup>Tan es así que Acursio se preguntaba: ¿Es necesario que estudie Teología el que quiere ser jurista?... No, pues en el *Corpus Iuris* encuentra todo lo necesario. [Quod quicumque vult iurisprudens vel iurisconsultus esset, debeat Theologiam legere? Respondeo quod non nam in corpore iuris haec omnia inveniuntur] (Cfr. *Institutionum sive primorum totius Iurisprudantiae elementarum libri quattuor. Commentariis Accursii et multorum insuper aliorum doctorum hominum scholiis atque observationibus illustrate* (Paris 1559), glosa e del libro I, título II. CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, op.cit., *El derecho ...*, p. 90

<sup>33</sup>GROSSI, P., op. cit, p. 173

<sup>34</sup>D.1.1.1.2: El derecho privado es tripartito, pues está compuesto por los preceptos naturales, de gentes y civiles. [Dicendum est igitur de iure privato (quod ad singulorum utilitatem pertinet), quod tripartitum est; collectum es naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus]. En este contexto, el concepto *praeceptis* no ha de entenderse en sentido ilustrado, a saber, un acto de voluntad, heterónimo al hecho, que manda lo que debe hacerse. Por el contrario, como se ha dicho, estos «*praeceptis*» son expresión de la racionalidad de la realidad.

*casi al pie de la letra, de las afirmaciones contradictorias que se encuentran, sobre [estos] tipos de derecho, en el Corpus Iuris.*<sup>35</sup>

Pues bien, una manera de explicar la relación entre estos tipos de *ius* la ofrecían bajo cierto tipo de vínculo cronológico bajo la categoría de antecedente-consecuente temporal. Según este punto de vista existen en la ciencia jurídica, tres etapas históricas. La primera de ellas es la del *ius naturale*, que fue derogada parcialmente por la segunda era, la del *ius gentium*, y finalmente una tercera etapa, la del *ius civile*, matizaba las instituciones del *ius gentium* a la luz de las circunstancias de una ciudad determinada.

En la etapa del *ius naturale*, todos nacían libres<sup>36</sup> de manera similar a los animales, pues parece que ellos manifiestan una cierta libertad, emancipación o espontaneidad. Hay en el hombre una manifestación similar, al gozar de esa *nuda libertad* para moverse hacia un sitio u otro. Además, también de forma comparable a los animales, se percibe en el hombre una tendencia, una exigencia de cada individuo impuesta por la especie, a conservar su propio género mediante el apareamiento entre macho y hembra. Pero no sólo eso, de forma *igual* a los animales, se percibe que cada ejemplar de la especie es capaz de poseer cualquier cosa, y en ese sentido, poseer o ser dueño de todo. El *ius naturale*, dice el Digesto, es

*Aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio [privativo] del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y del mar, también es común a las aves. De ahí deriva la unión del macho y la hembra que nosotros denominamos matrimonio; de ahí la procreación de los hijos y de ahí su educación. Pues vemos que también los otros animales, incluso los salvajes, parecen tener conocimiento de este derecho.*<sup>37</sup>

Isidoro de Sevilla lo formuló así:

[1] *Ius naturale* es el que es común a todos los pueblos, y existe en todas partes por el simple instinto de la naturaleza, y no por ninguna promulgación legal. Por ejemplo, la unión del hombre y la mujer; el reconocimiento de los hijos y su educación; la posesión común de todas las cosas; la misma libertad para todos; el derecho a adquirir cuanto el cielo, la tierra y el mar encierran.<sup>38</sup>

<sup>35</sup>CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, op.cit., *El derecho...*, p. 92-93. Del profesor Carpintero tomamos esta explicación.

<sup>36</sup>[*utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita*]. (D.1.1.4)

<sup>37</sup>*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censi.* (D.1.1.1.3)

<sup>38</sup>[1] *Ius naturale [est] commune omnium nationum, et quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur; ut viri et feminae coniunctio, liberorum successio et educatio, communis omnium possessio, et omnium una libertas, adquisitio eorum quae caelo, terra marique*

En una segunda etapa cronológica aparece el *ius gentium* que surge como respuesta a situaciones que se consideraban razonables. Al finalizar una guerra, ¿qué hemos de hacer con los vencidos en combate?, ¿Se les deja ir, se les mata, se les esclaviza? Para aprovechar mejor la tierra, ¿da lo mismo que todo sea de todos, o que cada uno cuide y haga producir una porción de tierra? Los hombres de *aquel entonces* buscaron soluciones que les parecían razonables cuando la simple existencia *nuda* de la libertad o cuando la *común posesión de todo* generaba inequidades o injusticias. El Digesto narra así lo sucedido:

*Siendo así que por derecho natural todos nacían libres y era desconocida la manumisión, al no conocerse la esclavitud. Pero una vez que apareció la esclavitud por el derecho de gentes, siguió el beneficio de la manumisión. Y aunque nos llamábamos hombres por único nombre natural, comenzaron, por derecho de gentes, a existir tres géneros: los libres y, opuestos a éstos, los esclavos.*<sup>39</sup>

Y más adelante:

*Es libertad la natural facultad de hacer lo que se quiere con excepción de lo que se prohíbe por la fuerza o por la ley. La esclavitud es una institución del derecho de gentes, por la cual uno está sometido, contra la naturaleza al dominio ajeno. Los esclavos se llamaron servi porque los generales suelen vender a los cautivos y, por esto, los con-servan sin matarlos: y se llaman mancipia porque los enemigos los capturan con la mano.*<sup>40</sup>

Si la libertad es un estado de vida propio del *ius naturale*, la esclavitud era del *ius gentium*, pues por su causa una persona se sometía contra la naturaleza al dominio ajeno.<sup>41</sup> Así, el *ius gentium* aparece cuando

---

*capiuntur. Item depositae rei vel commendatae pecuniae restitutio, violentiae per vim repulsio.* El resto del pasaje incluye como exigencia del *ius naturale* la obligación de la no violencia y cumplir con las propias promesas: [2] Asimismo, [es ejemplo de *ius naturale*] la restitución de lo que se ha prestado o del dinero que se ha confiado a alguien; el rechazo de la violencia por la violencia. Todo esto y otras cosas semejantes no pueden considerarse nunca injustas, sino naturales y equitativas. [2] *Nam hoc, aut si quid huic simile est, numquam iniustum [est], sed naturale aequumque habetur.* Isidoro de Sevilla, *Etymologiarum sive Originum*, lib.V, IV, [1] [2]. Isidoro de Sevilla, *Etymologiarum sive Originum*, lib.V, IV, [1] [2].

<sup>39</sup>[U]tpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desiderant esse servi. (D.1.1.4)

<sup>40</sup>*Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur. [1] Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur. [2] Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent. [3] Mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiuntur. [...]* (D.1.5.1)

<sup>41</sup>Acursio al glosar este pasaje reafirma esa posición: *en este lugar se define la libertad atendiendo al derecho en que se descubre [expresa, manifiesta, inventa], que es el derecho natural, por lo que*

existe una causa razonable que justifique este tipo de derogación del *ius naturale*.

*Por este ius gentium se introdujeron las guerras, se separaron los pueblos, se fundaron los reinos, se distinguieron las propiedades, se pusieron lindes a los campos, se elevaron edificios, se instituyeron el comercio, las compraventas, los arrendamientos, y las obligaciones...*<sup>42</sup>

De esta forma, si por *ius naturale* todos los hombres eran libres, una circunstancia histórica concreta hacía *justo* bajo unos motivos razonables, la existencia de la esclavitud y por ende la *manumisión*. Porque la libertad era una expresión o manifestación de lo que era el *ius naturale*. La libertad era un dato, *hecho constituido*, no tanto una exigencia estatuida con valor jurídico por la naturaleza. Por tanto, la esclavitud y la emancipación existían como categorías e instituciones jurídicas por una necesidad histórica interpretada desde unas exigencias racionales.<sup>43</sup>

---

*también queda comprendida la libertad del esclavo... pues bajo el derecho natural todos los hombres nacen libres, Libertas. Diffinit hic libertas secundum ius quod est inventa, ius naturale secundum unde etiam libertas servi diffinitur... allí dicun tibi diffinitur libertas liberorum non libertas servorum. Tu dic quod libertas est facultas id es possibilis a iure naturali potest facere quicquid vult. Cfr. Glosa «b» a D.1.5.4, Carpintero Benitez, Francisco, op.cit. El derecho ... ,p. 33-100, p. 68.*

<sup>42</sup>*Ex hoc iure gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutæ: exceptis quibusdam quæ iure civili introductæ sunt. (D.1.1.5)*

<sup>43</sup>En *Instituta* 2.1.11-12 puede verse otro ejemplo de esta comprensión de la *libertad* como un *suceso natural* y la comprensión cronológica entre los distintos tipos de *ius*. Los animales gozan de una *nuda libertad* que pierden al ser aprisionados por el cazador, y recuperan este *ius naturale* si alquél no los mantienen atados y dominados: §11 Las cosas se hacen de muchas maneras de los particulares; en efecto, el dominio de algunas cosas lo adquirimos por *ius naturale*, que, según dijimos, se llama *ius gentium*; el de otras, por *ius civile*. Así, pues, más cómodo es comenzar por el derecho más antiguo: pero es evidente, que es más antiguo el *ius naturale*, que la naturaleza de las cosas produjo con el mismo género humano; pues entonces comenzaron a existir los *civilia iura*, cuando comenzaron a fundare ciudades, a crearse magistrados y a escribirse leyes [§12] Así, pues, las reses bravías, y las aves y los peces, esto es todos los animales que en la tierra, en el mar y en el cielo nacen, al punto que por alguno hubieren sido cogidos, comienzan a ser de él por *ius gentium*; pues lo que antes no es de nadie, se concede por razón natural al que lo ocupa. Y no importa que a las reses bravías y a las aves las coja cualquiera en su fundo o en el ajeno: más, a la verdad, al que entra en un fundo ajeno para cazar o para coger aves, se le puede prohibir por el dueño, si antes lo viera, que entre. Mas el que de estos animales hubieres cogido, se reputa que es tuyo mientras sea retenido bajo tu custodia; pero cuando de ella se hubiere evadido y a la libertad natural (*naturalem libertatem*) hubiere vuelto, deja de ser tuyo y se hace nuevamente del que lo ocupa. Y se entiende que recobra la libertad natural, o cuando hubiere escapado de tu vista, o de tal modo esté en tu presencia que sea difícil su persecución. Al iniciar el capítulo sostiene en relación a

La capacidad racional de interpretar *hechos* como exigencias de justicia, en razón de una equidad, manifiesta una forma de ser distinta a las de los animales. Ese es el carácter racional que expresaba el *ius gentium*<sup>44</sup>. Por eso es exclusivo del género humano y lo distingue de lo que lo hace común a los animales según el *ius naturale*.<sup>45</sup>

Este *ius gentium* es el propio de una segunda etapa cronológica hipotética, donde se *adormece* *ius naturale* a causa de una razón suficiente y proporcional (*propter necessitates*).<sup>46</sup> El jurista medieval Acursio de Bagnolo (1184-1263), justificaba esta capacidad de adormecero *no-tomar-en-cuenta-por-ahora* la libertad natural a través de la esclavitud, argumentando un motivo razonable: era mejor que los prisioneros se convirtieran en esclavos a que perdieran la vida.<sup>47</sup> En este sentido, el *ius gentium* deroga temporalmente al *ius naturale*, o quizá mejor dicho, lo *oculta* por un motivo razonable y suficiente. Acursio dice simplemente que el *ius naturale no ha sido tenido en cuenta en este caso*<sup>48</sup>.

Pero, si aparecía algún motivo –razonable y suficiente– para levantar ese velo que ocultaba la vigencia del *ius naturale*, éste recuperaba su efectividad; o dicho de modo menos preciso, recuperaba su visibilidad.

---

la propiedad de las cosas que algunas de ellas *son por ius naturale comunes a todos* como el aire, el agua corriente, el mar, las cosas del mar, etc. Pertenecen al *ius gentium* el poder acercarse a la orilla del mar, meterse al río, el uso de riberas, utilizar las costas para desembarcar, etc. (Cf. *Instituta* 2.1.4-5), siempre y cuando por *ius civile* pasar por ahí vaya en contra del dominio de alguien o expresamente le haya prohibido cruzar por su campo.

<sup>44</sup>[...] en cambio, el [derecho] que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado por todos los pueblos y se denomina *ius gentium* como derecho que utilizan todas las gentes <o pueblos> [quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes praeaeque custoditur vocaturque *ius gentium*, quasi quo iure omnes gentes utuntur.] (D.1.1.9)

<sup>45</sup>Es *ius gentium* aquel que usan todos los pueblos humanos. El cual puede entenderse fácilmente que se distingue del natural porque el natural es común a todos los animales y el de gentes únicamente a los hombres entre sí [*Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit*] (D.1.1.4)

<sup>46</sup>Acursio en glosa “b” a D.1.5.4; o tómesese en cuenta glosa “h” en D.1.4 a la ley *Ergo omne ius*, donde dice *Necessitas, id est ius gentium, quod per hominum necessitatem est inductum* [...] o también a Azo, en la glosa *quae generalis* en *Lectura Codicis* 1.22.6: *iura naturalia dicuntur immutabilia... nisi iuxta causa interveniat, vel publica utilitas* CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, op.cit., *El derecho natural...*, p. 71.

<sup>47</sup>*Si intellectus referas ad casos supervenientes meli est servitute esse quam non esse. sic enim omnes capti ab hostibus periret mali est rei publice eos vivere servos quam mori igenus. item si spicias necessitates qua essent nisi usu capiones melius eas tolerari. aliter enim non posset probari dominium fere*. Cfr. D.1.1.11, glosa <t>. Idem.

<sup>48</sup>*Sed quod dicat esse immutabile, es contra id quod de servitute dicitur: quae est contra ius naturale: et tamen praevallet. Sed dic, non derogatur ob hoc, licet non servetur in illo casu man nihilominus bonum et aequum est*, Glosa <e> a Inst. 1.2.11, CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, op.cit., *El derecho...*, p. 74.

Por ejemplo, en el caso de la manumisión se recuperaba la libertad de las personas. En efecto, el Digesto escribía sobre la manumisión:

*También las manumisiones son propias del derecho de gentes... al ser manumitido se libera de la potestad. Lo cual procede del derecho de gentes, siendo así que por derecho natural todos nacían libres y era desconocida la manumisión, al no conocerse la esclavitud. Pero una vez que apareció la esclavitud por el derecho de gentes, siguió el beneficio de la manumisión*<sup>49</sup>.

Otro ejemplo de este adormecer lo encontramos en la propiedad. El derecho natural establecía la *communis omnium possessio*, o el impulso natural de todos a poseerlo todo. Sin embargo, el derecho de gentes había originado la propiedad, porque cuando las tierras son de todos, son poco productivas, lo que hace razonable la propiedad privada.<sup>50</sup> Y al introducirla mediante el *ius gentium*, la *usucapio* encontraba un fundamento jurídico, mismo que *ocultaba* una exigencia del *ius naturale*. De esta manera, el *ius naturale* puede ser derogado cuando existe una causa proporcionada y en tal caso es lícito, según la mentalidad medieval, proceder contra lo que estatuye el derecho natural, tanto en el fuero interno como en el externo.<sup>51</sup>

La tercera etapa en esta explicación cronológica la constituiría la del *ius civile*, donde se atemperaban las instituciones excesivamente toscas del derecho de gentes, incorporando la costumbre propia de la ciudad. *Es derecho civil el que ni se aparta en todo de lo natural o de gentes ni se conforma totalmente a él. Así, pues, cuando añadimos o*

<sup>49</sup>*Manumisiones quoque iuris gentium sunt ... quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur, nee esse nota manumissio, cum servitus esse incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, seutum est beneficium manumissionis* (D.1.1.4). Al respecto, comenta Acursio que *La esclavitud o la usucapio se introdujo por bien público, cuando este es contrario a lo que dicta el ius naturale, no es bueno. Si es bueno lo que se sigue de algo, no puede ser malo. Es de iure naturali que todos sean libres. El dominio de las cosas no se ha de suprimir, y se contesta ... servitatem vel usucapionem de bono publico introducta cum haec iuri naturali sit contraria dicat non esse bona. si enim bonum est aliquid eadem ergo malum ipsum non esse. Est de iure naturali omnes esse liberos. dominio rem suam non auferri [...] si intellectus referas ad casos supervenientes meli est servitute esse quam non esse. sic enim omnes capti ab hostibus periret mali est rei publice eos vivere servos quam mori ignuos. item si ispicias necessitates qua essent nisi usu capiones melius eas tolerari. aliter enim non posset probari dominium fere»*. D.1.1.11, glosa «t».

<sup>50</sup>Por este derecho de gentes se introdujeron las guerras, se separaron los pueblos, se fundaron los reinos, se distinguieron las propiedades, se pusieron lindes a los campos, se elevaron edificios, se instituyeron el comercio, las compraventas, los arrendamientos, y las obligaciones, con excepción de algunas introducidas por el derecho civil [*Ex hoc iure gentium introducta bella, discretiae gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae: exceptis quibusdam quae iure civili introductae sunt.*] (D.1.1.5)

<sup>51</sup>CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, op. cit., *El derecho natural laico...*, p. 72.

sustraemos algo al derecho común, lo hacemos derecho propio, es decir, civil.<sup>52</sup>

Ahora bien, si el Digesto calificaba al derecho natural como *lo que siempre es justo y bueno*,<sup>53</sup> ¿cómo es posible que el *ius naturale* pueda no tomarse en cuenta si *siempre es bueno y es justo*?<sup>54</sup> ¿Cómo era posible, por ejemplo, que el esclavo, habiendo perdido su libertad pudiera firmar contratos y vincularse libremente, o bajo qué base recuperaba su libertad por la manumisión?

Acursio resolvía esa contradicción explicando que el *ius naturale* y *ius gentium* podrían ser lo mismo bajo cierta perspectiva. En efecto, escribe que el *ius naturale* comprende cuatro realidades: primero, la ley mosaica; segundo, las obligaciones que provienen del instinto natural; en tercer lugar, el derecho de gentes; [...] cuarto el derecho pretoriano [...].<sup>55</sup> En este contexto parecería que el *ius gentium* se relacionaba con el *ius naturale* como la parte respecto al todo.

De esta manera, Acursio, siguiendo el esquema del Digesto, llama *ius naturale* a todo aquello que es propio de los seres vivos, como el moverse libremente. Y como lo propio del ser humano es la razón (*ius gentium*) en algún sentido pueden equipararse ambos tipos de *ius* –en cuanto que cada ser se comporta espontáneamente según lo que es–, pero no en todos los casos lo hacen igual –en unos se utiliza la razón–. El *ius naturale* sería siempre bueno porque siempre lo es realizar la vida, y el *ius gentium* sería inmutable en cuanto que es inmutable la racionalidad, no en cuanto a la respuesta concreta que deroga o no al *ius naturale*.<sup>56</sup>

El profesor Carpintero hace notar que esa equiparación entre ambos derechos sigue siendo problemática. Implicaría que la razón, que constituye el *ius gentium*, es al mismo tiempo la que deroga la *común libertad de todos* del *ius naturale*, y es al mismo tiempo éste derecho el que fundamenta a aquél. Un mismo *ius naturale* justificaría así dos

<sup>52</sup> *Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficitur.* (D.1.1.6)

<sup>53</sup> La palabra *derecho* se emplea en varias acepciones: una cuando se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como es el derecho natural [*Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale*] (D.1.1.11).

<sup>54</sup> Isidoro de Sevilla escrito que las exigencias del *ius naturale*, no pueden considerarse nunca injustas, sino naturales y equitativas. [2] Nam hoc, aut si quid huic simile est, numquam iniustum [est], sed naturale aequumque habetur. Isidoro de Sevilla, *Etymologiarum sive Originum*, lib.V, IV, [1] [2].

<sup>55</sup> *Ius naturale quattuor modis dici. Primo lex mosaica. Secundo, obligationi qui ex instinctu naturali. Tertio ius gentium... Quarto ius pretorium, ut infra de minor. l. i. et facit, inst. de iure natu. in princ.* Cfr. Acursii glossa in *Digestum vetus, infortiatu et novum*, CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, op.cit., *El derecho natural...*, p. 64.

<sup>56</sup> *Nota quod ius gentium naturali ratione inductum, et hic unde est inmutabile*, Cfr. Glosa «e» a Instituta 1.2.1. Al glosar Instituta 2.1.1, «i», señala que el derecho de gentes puede ser llamado derecho natural porque *est naturali ratione inductum*.

contrarios.<sup>57</sup> Algo similar sucedería con los contratos. El Digesto explicaba que por el *ius gentium* se instituyó el comercio, las compraventas, los arrendamientos, etc.<sup>58</sup> Sin embargo, el principio *pacta sunt servanda* se había atribuido al *ius naturale* –San Isidoro de Sevilla ya lo presentaba así en sus *Etimologías* (627-630)-<sup>59</sup> porque es tan evidente que debía formar parte de este derecho. El efecto del contrato, fundado en el *ius naturale*, tenía su causa en el *ius gentium*, y éste a su vez era una razón que tenía motivos suficientes para no tomar en cuenta a aquél. *Ius naturale* –el efecto- era anterior en el tiempo al *ius gentium* –la causa-. Acursio afirmó que el cumplimiento de los contratos se fundaba en un motivo tan evidente a la razón natural que podía considerarse como una manifestación del *ius naturale* y no como *ius gentium*.

Azo de Bolonia (1150–1230) explicaba que *ius naturale* se comprendía en distintos sentidos: podría referirse a un instinto natural, y por lo tanto referirse a todos los seres vivos, o podría significar sólo aquello creado por el hombre y ser por tanto un *ius commune* correspondiente al *ius gentium*. Y dado que tanto el instinto natural como la inclinación racional ha sido establecida por Dios, *ius naturale* también puede entenderse como aquello que se contiene tanto en la ley mosaica como en el Evangelio; en ellos se describe lo que es el *aequissimum* de lo humano. Por último, otro sentido de la expresión es aquél similar al de Isidoro: el *ius naturale* es aquel que protege los acuerdos y contratos, por lo que puede considerarse como *ius civile*.

Azo resume los sentidos en que puede utilizarse la expresión *ius naturale*, pero al final distingue el primer sentido de los restantes, es decir, el que comprende la definición de Ulpiano como un derecho *secundum motum sensualitatis*, mientras que resto de las acepciones implican el uso

<sup>57</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, op. cit., *El derecho ...*, p. 74.

<sup>58</sup> D.1.1.5.

<sup>59</sup> *Derecho natural es el que es común a todos los pueblos, y existe en todas partes por el simple hecho instinto de la naturaleza. Por ejemplo [...] la restitución de lo que se ha prestado o del dinero que se ha confiado a alguien [...]. Todo esto y otras cosas semejantes no pueden considerarse nunca injustas, sino naturales y equitativas.* Isidoro de Sevilla, *Etymologiae u Originum sive etymologiarum libri viginti*, lib. V, IV, 1-2. El principio *pacta sunt servanda* es tan evidente que la razón capta esta vinculación entre promesa y cumplimiento de forma *natural*: espontánea. De alguna forma, similar al modo en que está inclinado el varón a la mujer, o los padres a los hijos, o el hombre a *moverse espontáneamente* o a *apropiarse de cosas*. Si ponemos atención, lo natural aquí significa lo originado espontáneamente en el ser humano, en este caso, la razón *espontáneamente* capta la validez del principio, implícito tanto en el depósito como el préstamo. En otros ejemplos con los que acompaña su descripción del *ius naturale* aparecen tanto los similares a los animales -lo que nosotros calificamos como *instinto* -la unión del hombre y la mujer para procrear hijos-, como la posesión común y la libertad similar de todos. *Natural* ha de entenderse como “surge espontáneamente de su forma de ser, algo que sucede tanto en el ámbito de lo que nos hace similares a los animales como en el ámbito de la razón.

de la razón. Por eso, el *ius naturale* será aquel que opera *secundum modum rationis*.<sup>60</sup>

Entonces, a partir de los textos del *Corpus Iuris* que utilizaba la jurisprudencia medieval, ¿se puede distinguir claramente entre estos dos criterios o principios de lo jurídico, si en ocasiones el *ius naturale* opera como fundamento del *ius gentium* y en otras éste puede contradecir o no tomar en cuenta a aquél?

*Ante estos problemas los juristas medievales no llegaron a soluciones coherentes. El núcleo del problema residía en la doble naturaleza que acordaron la naturalis ratio: unas veces aparece como recta ratio que muestra principios de justicia evidentes que afectan a todos los hombres, y en otras ocasiones se muestra como una facultad natural con la que se llega a resultados satisfactorios según un razonamiento fundamentalmente pragmático. En el primer caso, la ratio aparece en sus teorías como ius naturale eterno e inviolable, y que sería algo que muestra la Naturaleza; en el segundo supuesto la razón se muestra como ius gentium que constituye un orden normativo creado por los hombres, de acuerdo con sus conveniencias, que deroga preceptos fundamentales del Derecho natural.*<sup>61</sup>

Para otro jurista medieval, Pedro de Bellapertica (m. 1308),<sup>62</sup> la solución que separa a ambos derechos le parece que *no vale ni lo que se da como limosna*.<sup>63</sup> Bellapertica distingue dos modos de comprender el *ius naturale*: El primero, siguiendo a Ulpiano, como lo que la naturaleza enseñó a todos los animales. En él incluye el impulso natural de todos a la libertad y a la posesión de las cosas. Un derecho natural «*ut natura*» que sólo aparece en los primeros párrafos de su glosa a las Instituciones; un «*ius naturale*» que se manifiesta como una *fuerza natural* que arrancaba desde las tendencias humanas naturales. Pero *el derecho natural puede*

---

<sup>60</sup>*Ius autem naturale pluribus modis dicitur. Primus est ut dicatur a natura animati motus quodam instinctu naturae proveniens, quo singula animalia ad aliquid faciendum inducuntur. Ius naturale est quod natura, id est, ipse Deus docuit omnia animalia [...]. Dicitur enim quandoque ius naturale, ius commune hominum industria statutum et ita ius gentium potest dici ius naturale ut j. de re. di. singularum (Inst., 2.1.11) Item dicitur ius naturale, quod in lege Mosaica vel in Evangelio continetur ut legitur in Decret. con. i. distinc. i (Gratian, Dec. Dist. 1) Otem dicitur ius naturale aequissimum, ut cum dicitur lapsos minores secundum aequitatem resituti, ut ff. de min. l. i in princ. (Dig. 4.4.1) Est etiam ius naturale quod tuetur pacta ut ff. de pac. l. i. inprin. (Dig. 2.14.1) et hac significatione ius naturale potest dici civile. Prima autem definitio data est secundum motum sensualitatis, aliae autem assignatae sunt secundum modum rationis, Azo de Bologna, Summa Institutionum, 1.2; citado en CARLYLE, op.cit., *The political theory...*, p. 30.*

<sup>61</sup>CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, op.cit., *El derecho...*, p.75; Carlyle es de la misma idea, cf. CARLYLE, op.cit., *The political...*, p. 31 y ss.

<sup>62</sup>Según la cronología que ofrece Torrell, Tomás de Aquino escribe la segunda parte de la *Summa* desde mediados de 1271 hasta finales de 1272. Cfr. Jean-Pierre Torrell, *Saint Thomas Aquinas. The Person and his work*, Catholic University of America Press, trad. Robert Royal, Washington, p. 333

<sup>63</sup>“Cfr. Comentario 65 a Insti. 1.2.11, CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, op.cit., *El derecho natural...*, p. 77.

ser entendido de otra forma distinta, a saber, como el derecho de gentes que nació con el mismo género humano.<sup>64</sup> Como se ve, para Bellapertica la relación entre ambos derechos no sigue una lógica cronológica, sino que describe ontológicamente dos aspectos del ser humano. Desde un punto de vista el hombre manifiesta una *natura* que lo impulsa a la libertad natural, a la común posesión de todo, a la conservación de la especie por la procreación, etc., de forma similar a los animales. Desde otro, la *ratio* como manifestación *natural* y al mismo tiempo exclusivamente humana, que se identifica con el *ius gentium*, es decir, *quod cum ipso genere humano introductum est*. Así, el *ius naturale* en sentido estricto, es al mismo tiempo *ius gentium* si la razón se considera como una expresión *natural*. Este sería un derecho natural *ut ratio*.

Ahora bien, la razón humana –derecho natural en sentido estricto *ius naturale vel gentium*- no construye o elabora sus conclusiones desde el vacío. Bellapertica afirma que la *ratio* obtiene contenidos específicos de las inclinaciones de derecho natural *ut natura*. Este jurista francés no tiene problema en reconocer en las inclinaciones naturales (*fas*), cierto contenido jurídico que había rechazado: *el derecho natural es una fuerza ínsita en las cosas mismas*.<sup>65</sup>

Por otro lado, Bellapertica parece distinguir deliberadamente entre *lex natural* y *ius natural*. La primera se refiere a los primeros principios de operación de la razón práctica, *innatos* en la razón deóntica humana, siempre inmutables. El *ius natural* en cambio, se utiliza en el contexto de los *equilibrios* en las cosas que es necesario *ajustar* o *igualar* en vistas a resolver qué es lo justo en un caso contingente e histórico concreto. Éste *ius* del caso concreto no es *inmutable* en el sentido de ofrecer una misma solución *a priori*, sino en vista de las necesidades y causas que justifican una solución *tipo* a una situación generalizada, el caso concreto ajusta dichos equilibrios a la *utilitas*.

Para ello se han de tomar en cuenta los equilibrios naturales en las cosas, la contingencia de la historia y el caso ante sí, de forma que cuando *una solución es justa, vincula en conciencia, es decir, es obligatoria, y en ella se funden el derecho natural y el derecho positivo, sin que sea posible distinguir entre ambos*<sup>66</sup>. Lo relevante consistía en

<sup>64</sup>*Ius primaevum naturale dicitur quod natura omnia animalia docuit... Alio modo sumitur ius naturale secundum quod est ius gentium quod cum ipso humano gener introductum est*” Cfr. *In libros institutionum divi iustiniani sacratissimo principis Commentarii*. Lyon, 1589, comentario 60 a Instituta 1.2.1. En el comentario 4 al mismo lugar escribió “*Ius primaevum est commune sicut est illum quod competit omnibus animantibus... sic ipsum ius quod homines utuntur magis secundum propriam appropriationem vocatur ius gentium*”. CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, op. cit., *El derecho natural...*, p. 76.

<sup>65</sup>*Ius naturale est vis insita in rebus*, Cfr. Comentario núm 7 a *Inst. 1.2.1*, CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, op.cit., *El derecho natural...*, p. 78.

<sup>66</sup>CARPINTERO BENÍTEZ, F., “Los tres iusnaturalismos”, en *Ars Iuris*, vol. 12 (1994), 87-106, p. 92. Otro problema será el origen de la obligatoriedad de leyes de tipo político: aquellas que son útiles a la organización de la vida en común, determinadas por la autoridad

determinar el *ius* del caso, cuyos equilibrios eran propios de *lo humano* y propios de la circunstancia, y la razón descubriría de forma *innata* como ley del comportamiento humano, el dar *lo suyo*.

#### IV ] Conclusión

Sea como fuere, de manera caótica siguiendo las formulaciones del Digesto, los juristas medievales afirmaban que: - (i) en la condición humana.- (ii) en la razón que examina esa condición humana, y.- (iii) en las disposiciones de la ciudad, se encuentran unos criterios fundamentales e indispensables para ajustar, adecuar y equilibrar las posiciones jurídicas. Unos *ajustamientos* que se ofrecen al jurista para que este configure su solución concreta.

Esos *ajustamientos* se originaban primero a partir de un modo de ser que se inclina hacia algo, como el hecho de la libertad natural o la posesión de las cosas. Una condición humana vista *ut natura* y por tanto similar (común) a los animales. En segundo término, esos criterios para equilibrar una situación y descubrir lo justo podrían descubrirse desde la consideración racional (*ut ratio*) tanto de la existencia humana básica como de las necesidades sociales ineludibles en las que se vive. Estos criterios podrían considerarse *naturales*, en tanto la solución racional y la vinculación deóntica de la misma era propiamente humana o *natural*.<sup>67</sup> En tercer lugar, se contaba con los *ajustamientos* puestos por la vida de la comunidad o *ius civile*.<sup>68</sup>

Pero la dependencia de los juristas medievales a los textos romanos, así como a sus métodos e interpretaciones, hacen que sus explicaciones sobre las diferencias y relación entre la condición humana y sus exigencias racionales, sean limitadas, contradictorias y oscuras. Al mismo tiempo, las definiciones formales de *ius naturale* desde las que partieron, no les permitieron llegar a tener una visión clara del sentido en que tal concepto debía utilizarse: ¿como un instinto de la naturaleza, como un *ius* de la razón, como exclusivo del ser humano, como inmutable o

---

y aceptadas por los ciudadanos. Dice Carpintero que, *su obligatoriedad procede desde la ley natural, que ordena que sean obenecidas las leyes del poder político porque esta obediencia es imprescindible para la convivencia* (Ibid.,p. 92).

<sup>67</sup> Tomás de Aquino distingue también entre la inclinación natural expresada en las tendencias naturales, sus fines objetivos y medios proporcionados, una naturaleza «*ut natura*», de la capacidad natural de aplicar la razón para realizar esas exigencias de forma humana-racional según la circunstancia histórica. Más adelante volveremos sobre este punto.

<sup>68</sup>Francisco Carpintero concluye que con el paso del tiempo, según el acento puesto en uno u otro modo de comprender el *ius naturale* originó iusnaturalismos distintos. Del *ius naturale ut natura* entendido como tendencia a la libertad hizo posible el iusnaturalismo de Hobbes o Locke; y que del *ius naturale ut ratio*, se creó la *dirección racionalista del iusnaturalismo moderno que encontró sus máximos exponentes en Pufendorf y Wolff* CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, op.cit., *El derecho natural...*, p. 86

como modificable? Pero no nos debe extrañar la falta de especulación iusfilosófica que demuestran los escritos de los juristas. El *Corpus Iuris* era para ellos suficiente para responder a las preguntas que un jurista pudiera plantearse a propósito de un problema jurídico.<sup>69</sup> Sus categorías *ius naturale* o *ius gentium* no las utilizaron para fundamentar y legitimar un *ius civile*, sino más bien para orientar respuestas jurídicas concretas. Por eso, a pesar de sus raíces –que entroncan con el inicio de la humanidad en el *status naturae*–, y en contra de su rango de justicia eterna, el derecho natural medieval, con su proclamación de la libertad e igualdad de todos los hombres, aparece condenado a representar un papel de rey que reina, pero no gobierna.<sup>70</sup>

A pesar de este aparente desprecio, el *ius naturale* era considerado como la justificación de esa inviolabilidad radical, de esa indisponibilidad absoluta de algunas exigencias jurídicas. La lógica jurídica medieval orientaba la labor del jurista de reconocer y/o configurar la posición justa del asunto a partir de los datos reales de éste.

En definitiva, lo equilibrado por naturaleza –y por tanto en cierto sentido el *ius naturale*– implicaba para los juristas medievales (i) el ser los hombres igualmente libres, la posibilidad de propiedad sobre todas las cosas y cierta paridad en la condición sensible, todas ellas similares a los animales.– (ii) el movimiento innato de la razón a captar las exigencias implícitas de una teleología humana, y.– (iii) el orden teleológico, racional y de sentido *inscrito* en las cosas, o *aequitas*. Dice el profesor Carpintero que

*Lo cierto es que los primeros capítulos del Digesto y de la Instituta están llenos de referencias a las dos nociones de derecho natural [...], especialmente a la que lo entiende como communis omnium possessio y omnium una libertas. La noción del ius naturale como justicia o equidad natural se encuentra más dispersa a lo largo de todo el Corpus Iuris Romanorum.*<sup>71</sup>

Queda claro que los juristas medievales no tuvieron el interés ni las categorías intelectuales para justificar las exigencias que se presentaban en la realidad y se traducían en el lenguaje y problemas heredados en el Digesto. Tampoco les preocupaba elaborar un

---

<sup>69</sup>Ibid., p. 94.

<sup>70</sup>Ibid., p. 96.

<sup>71</sup>CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Justicia y Ley Natural: Tomás de Aquino, y los otros Escolásticos*, Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense, Madrid, 2004, p. 10.; En otro trabajo, concluye: *Creo interpretar estas declaraciones (que pueden parecer un tanto esotéricas para la mentalidad actual) si afirmo que aquellos juristas entendían que la falta de libertad era soportable siempre que no crispaba o rompiera el ser humano. Es decir, la libertad natural originaria era recortable según las necesidades, pero hasta un cierto límite. Y lo mismo sucedía con la derogación que la propiedad privada había operado contra la communis omnium possessio estatuaía también por el Derecho natural.* (CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Persona y officium: derechos y competencias*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. LXXIII (1996), p. 32.)

argumento donde todos los términos del debate –incluidas las opiniones de los teólogos y canonistas- estuvieran armonizados y matizados. Esa tarea correspondió a Tomás de Aquino.

## Bibliografía

- BERMAN, Harold J. "The Origins of Western Legal Science." *Harvard Law Review* 90, no. 5 (1977): 894-943
- CARLYLE, M. A. *The Political Theory of the Roman Lawyers and the Canonists from the Ninth to the Thirteenth Century*, William Blackwood and Sons, Nueva York, 1909
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. "Apuntes De Filosofía Del Derecho. (Pro Manuscrito)."
- . "El Derecho Natural Laico De La Edad Media. Observaciones Sobre Su Metodología Y Conceptos." *Persona Y Derecho* 8, (1981): 33-100.
- . "En Torno Al Método De Los Juristas Medievales." *Anuario De Historia Del Derecho Español* (1982): 617-647.
- . *Historia Del Derecho Natural*. Instituto De Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica. 1st ed. Vol. núm. 7. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.
- . *Justicia Y Ley Natural: Tomás De Aquino, Y Los Otros Escolásticos*. Madrid: Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense, 2004.
- . "Persona Y «officium»: Derechos Y Competencias." *Rivista Internazionale Di Filosofia Del Diritto* LXXIII, (1996).
- . "Los Tres Iusnaturalismos." *Ars Iuris* 12, (1994): 87-106.
- CROWE, Michael Bertram. "St. Thomas and Ulpian's Natural Law." En *St. Thomas Aquinas 1274-1974. Commemorative Studies*, editado por Maurer, A. Vol. I, 261-282. Toronto: Pontifical Institute of Medieval Studies, 1974.
- DONDORP, Harry y Schrage Eltjo J.H. "The Sources of Medieval Learned Law." En [The Creation of the *Ius Commune*: From Casus to Regula], editado por Cairns, John W. y Paul J. Du Plessis, 77: Edinburgh University Press, 2010.
- FINNIS, John Mitchell. *Ley Natural Y Derechos Naturales*. Colección L.E.D. [Natural Law, Natural Rights]. Traducido por Orrego Sánchez, Cristóbal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- GORDLEY, James. "«*Ius Quaerens Intellectum*»: The Method of the Medieval Civilians." En [The Creation of the *Ius Commune*: From Casus to Regula], editado por Cairns, John W. y Paul J. Du Plessis, 77: Edinburgh University Press, 2010.
- GROSSI, Paolo. *El Orden Jurídico Medieval*. Monografías Jurídicas. Traducido por Álvarez Alonso, Clara y Francisco Tomás y Valiente. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- GUARDINI, Romano. *Tres Escritos Sobre La Universidad*. Astrolabio. Antropología y Ética. Traducido por Sánchez-Migallón, Sergio. 1ª ed. Pamplona: Eunsa, 2012.
- KANTOROWICZ, Hermann. "The «*quaestiones Disputatae*» of the Glossators." *Tijdschrift Voor Rechtsgeschiedenis* 16, (1939): 1-67.
- TORREL, Jean-Pierre, "Saint Thomas Aquinas. The Person and his work", Catholic University of America Press, trad. Robert Royal, Washington.

Fecha de recepción: 1 de junio de 2015

Fecha de aprobación: 20 de agosto de 2015

# Acciones para exigir el cumplimiento de contratos de crédito simple con garantía hipotecaria<sup>1</sup>

DIEGO ALONSO RAMOS CASTILLO<sup>2</sup>  
OSCAR MAURICIO ANGULO PEÑA<sup>3</sup>

SUMARIO: I. *Vías Procesales Tradicionales*. II. *Sujetos Pasivos*. III. *Acciones para exigir el cumplimiento de Contrato de Crédito Simple con Garantía Hipotecaria*. IV. *Conclusiones Generales*.

**Resumen.** El presente estudio aborda la problemática que están viviendo las instituciones financieras para determinar cuál es la acción y la vía adecuada para exigir el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los contratos de crédito simple con garantía hipotecaria a los acreditados, obligados solidarios y/o garantes hipotecarios, a partir de las diversas interpretaciones que sobre el tema, han dado la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y los Tribunales Colegiados de Circuito. Dicha problemática se aborda, tomando en cuenta la especial confusión que en lo particular viven dichas instituciones, con la disposición contenida en el artículo 669 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, que prevé la caducidad de la vía civil sumaria hipotecaria en el plazo de un año.

**Palabras clave:** Contratos de crédito simple, garantía hipotecaria, vías procesales, obligados solidarios.

**Abstract:** *This article addresses problems that are facing financial institutions, in order to determine which is the appropriate legal action to enforce joint obligor fulfill his obligations derivate from credit agreements with mortgage. Based on the above, those problems will be studied taking into account the particular confusions that are facing those institutions, pursuant to article 669 from the Code of Civil Procedures.*

**Keywords:** *Credit agreements, mortgage, legal procedure actions, obligors.*

---

<sup>1</sup> El presente documento fue preparado, tomando en cuenta las disposiciones contenidas en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, en lo que respecta a la ejecución de la garantía hipotecaria, por lo que en su aplicación podríamos encontrar algunas diferencias con otras Entidades Federativas con regulaciones diferentes.

<sup>2</sup> Profesor de la materia Teoría General de la Obligaciones en la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara.

<sup>3</sup> Abogado postulante enfocado en el área de litigio y solución de controversias.

## I ] Vías procesales tradicionales

El antiguo artículo 72 de la Ley de Instituciones de Crédito, hoy derogado, regulaba los caminos procesales que las instituciones financieras podían optar para lograr el pago de su crédito, cuando prestaban dinero y se garantizaba su cumplimiento con una garantía real hipotecaria.

Con independencia de que dicho artículo fue derogado, dichos caminos procesales aún siguen estando vigentes, pues la mayoría de ellos siguen siendo reconocidos por las jurisprudencias emitidas tanto por los Tribunales Colegiados de Circuito, como por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Así, en los contratos de crédito con garantía hipotecaria, las vías comunes que pueden utilizar las instituciones financieras para obtener el cumplimiento coercible de los contratos principales y accesorios respectivamente, son las siguientes:

1. Vía Mercantil Ejecutiva.- Puede elegirse la vía ejecutiva mercantil cuando el procedimiento se basa en un documento que traiga aparejada ejecución; esto es, cuando a la demanda se acompañe junto al contrato de crédito, los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la institución de crédito acreedora, conforme lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito, en relación con el diverso artículo 1391 fracción IX del Código de Comercio.

2. Vía Mercantil Ordinaria.- Puede elegirse la vía ordinaria mercantil, regulada en los artículos 1388 al 1390 del Código de Comercio, para lograr la condena del acreditado y/o aval u obligado solidario, cuando se intenta lograr el cobro del crédito en base a documentos que no traen aparejada ejecución. En estos casos el embargo y ejecución de los bienes para obtener el pago se realiza hasta después del dictado de la sentencia condenatoria.

Cabe precisar que en los casos anteriores no se hace efectivo el gravamen hipotecario porque no es ésta la pretensión del actor.

3. Vía Civil Sumaria Hipotecaria.- Puede elegirse la vía hipotecaria, cuando lo que se pretende es lograr el pago, pero con la intención de hacer efectiva la garantía real que reporta el bien. En este tipo de juicios, la acción persigue al bien de tal forma que debe demandarse a quien aparezca como propietario del mismo ante el Registro Público de la Propiedad, pudiendo ser el deudor originario o no.

De lo antes expuesto, tenemos entonces, que existen tres vías distintas para hacer valer los derechos de las instituciones financieras: dos de carácter personal, derivados del contrato principal de crédito; y una de carácter real, derivado del contrato accesorio de hipoteca.

Cada una de las vías mencionadas tiene un fundamento jurídico diferente y una regulación propia, por lo que aunque las tres sirvan para cobrar el crédito que se adeuda, ha de atenderse a sus propias características, términos, condiciones de ejercicio, formas de ejecución y de defensa para quien resulta ser el propietario del bien que, en su caso,

pretenda rematarse a favor del acreedor.

## II ] Sujetos pasivos: legitimación pasiva en la causa

La Jurisprudencia de la Primera Sala de la SCJN ha distinguido la legitimación pasiva que los sujetos que participan en el otorgamiento de un crédito pueden tener, en relación con cada una de las vías que pueden intentarse para obtener el pago de los créditos otorgados por parte de las instituciones financieras.

Para una mejor comprensión, es necesario precisar cuáles son los más comunes sujetos pasivos que pueden figurar en un contrato de crédito con garantía hipotecaria:

1. El Acreditado, siendo este quien recibe la cantidad de dinero otorgada en crédito.

2. El Aval u Obligado Solidario, siendo este quien se obliga a cubrir la totalidad del dinero que reciba el acreditado.

3. El Garante Hipotecario, que es quien se obliga en los términos de un contrato accesorio de hipoteca, y que si bien no se obliga directamente al contrato de crédito, sí responde del adeudo en caso del incumplimiento hasta el valor del bien inmueble hipotecado.

Aunque cada una de las anteriores calidades son distintas entre sí pues tienen *diferentes derechos y obligaciones*, no necesariamente se trata de personas diferentes, pues puede darse el caso que una misma persona reúna más de una calidad; esto en virtud de que un aval puede otorgar garantía hipotecaria, al igual que el acreditado, y por lo tanto resulta necesario separar la naturaleza de la relación con la que se obliga cada persona, para determinar cuál es la vía idónea para ejercer las acciones que se desprenden del contrato de crédito.

Así por ejemplo, una persona que reúna tanto la calidad de obligado principal como de garante hipotecario, no podrá ser demandado en la misma vía para la ejecución del gravamen hipotecario, como para la ejecución del saldo del crédito sobre el resto de sus bienes. De igual manera, un garante hipotecario, que no reúna a su vez el carácter de acreditado, mutuuario u obligado solidario, no podrá ser demandado en la vía ejecutiva mercantil para la ejecución del contrato de crédito en la totalidad de su patrimonio.

Sirve de apoyo a lo expuesto, la Jurisprudencia por Contradicción de Tesis 1a./J. 5/2002 emanada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consultable en la página 119 del Tomo XV de Marzo de 2002 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, misma que establece lo siguiente:

**VÍA EJECUTIVA MERCANTIL. ES IMPROCEDENTE SU EJERCICIO EN CONTRA DEL GARANTE HIPOTECARIO CUANDO NO TIENE A LA VEZ EL CARÁCTER DE ACREDITADO, MUTUATARIO U OBLIGADO SOLIDARIO (ARTÍCULOS 68 Y 72 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO).**

*Los artículos 68 y 72 de la Ley de Instituciones de Crédito, así como el diverso 1391 del Código de Comercio establecen, respectivamente, que los contratos o las pólizas en que consten los créditos otorgados por las instituciones bancarias,*

*junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por éstas, serán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito, lo que da pauta para el ejercicio de la vía ejecutiva mercantil, y que el acreedor de un crédito garantizado con hipoteca podrá ejercer sus acciones en juicio ejecutivo mercantil, ordinario "o el que en su caso corresponda", comprendiéndose dentro de esta expresión a la vía hipotecaria civil; asimismo, que el juicio ejecutivo mercantil procede cuando la demanda se funda en documento que trae aparejada ejecución. Ahora bien, de la interpretación conjunta de los numerales citados, se concluye que, cuando el crédito otorgado por una institución de crédito tenga garantía real, dicho ente podrá ejercitar sus acciones en el juicio ejecutivo mercantil, sólo respecto del demandado o demandados que tengan la calidad de acreditados, mutuatarios u obligados solidarios (deudores directos), pero no en contra de quien sólo tiene el carácter de garante hipotecario, puesto que por la naturaleza del contrato de hipoteca, así como por las características particulares de las vías ejecutiva mercantil e hipotecaria, si el garante hipotecario, quien sólo tiene la obligación real y subsidiaria de responder del pago de la obligación principal en defecto de su normal cumplimiento, mediante la aplicación del bien otorgado en garantía, no se obligó en forma alguna como deudor directo en el contrato de crédito otorgado por la mencionada institución, no tiene legitimación pasiva para ser demandado en la vía ejecutiva mercantil, porque no se reúne un presupuesto lógico de su procedencia, como lo es la existencia de una deuda cierta, líquida y exigible a su cargo, sino sólo en la especial hipotecaria y, por ende, resulta improcedente el ejercicio de aquélla, cuando no se reúnen simultáneamente en el otorgante de la garantía esta calidad y la de acreditado, mutuatario u obligado solidario, es decir, no se trata de una persona obligada en el juicio ejecutivo mercantil al pago de las cantidades de que haya dispuesto el acreditado, porque su obligación depende del incumplimiento de pago por parte de éste, supuesto en el que deberá soportar la afectación del bien hipotecado al pago de la deuda.*

Debe mencionarse que, si bien en esta jurisprudencia únicamente se hace mención a la imposibilidad de demandar en la vía mercantil ejecutiva al Garante Hipotecario, el hecho de que éste no pueda ser demandado en la vía mercantil ordinaria se entiende implícita por identidad de razón; de igual forma, interpretando la jurisprudencia a contrario sensu, se entiende, que por las mismas razones, el acreditado y el aval no pueden ser demandados en la vía civil sumaria hipotecaria.

### **III ] Acciones para exigir el cumplimiento de contrato de crédito simple con garantía hipotecaria**

En el año 2013 la Primera Sala de la SCJN prohibió, mediante la Jurisprudencia 42/2013, la posibilidad de ejercer acciones de carácter personal y de carácter real simultáneamente en un mismo procedimiento.

Ello generó que no fuera por una parte, ni factible ni jurídicamente posible demandar en las vías mercantiles, ya sea ejecutiva u ordinaria, tanto al Acreditado y/o al Aval, junto con el Garante Hipotecario por la ejecución de la garantía hipotecaria; como tampoco era ni factible ni jurídicamente posible demandar en la vía civil sumaria hipotecaria tanto al Garante Hipotecario como al Acreditado y/o al Aval por el cumplimiento del contrato principal de crédito.

Así, la Jurisprudencia por Contradicción de Tesis 1a./J.42/2013 emanada de la Primera Sala de la SCJN, consultable en la página 497 del Libro XXII de Julio de 2013, Tomo 1 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, establecía lo siguiente:

**VÍA ESPECIAL HIPOTECARIA. EL ACREEDOR NO PUEDE EJERCER SIMULTÁNEAMENTE UNA ACCIÓN REAL CONTRA EL GARANTE HIPOTECARIO Y UNA PERSONAL CONTRA EL DEUDOR SOLIDARIO DEL CONTRATO.**

*Las instituciones bancarias, en los contratos de crédito que celebran, comúnmente buscan asegurar el cumplimiento de la obligación asumida por el deudor, por lo que, en ocasiones, exigen que en el contrato participe un tercero con el carácter de deudor solidario o, paralelamente, requieren la celebración de un contrato accesorio de hipoteca; no obstante lo anterior, hay ocasiones en que exigen ambas cosas, por ello son diversas las hipótesis que pueden generarse al respecto. La distinción de esas hipótesis es importante cuando el acreedor pretende el cobro del crédito, ya que las obligaciones que asumen el deudor solidario y el garante hipotecario no son las mismas, ni se originan en el mismo contrato, pues mientras la obligación del deudor solidario se da en el contrato principal, la del garante hipotecario se adquiere en el accesorio; además, quien acepta el carácter de deudor solidario adquiere el deber de responder en su totalidad de la obligación de pago contraída por el deudor principal, lo cual implica que el acreedor puede exigir a cualquiera de ellos que responda con la "totalidad" de sus bienes, lo que no ocurre en el caso del garante hipotecario, porque si bien éste se obliga a responder subsidiariamente ante el incumplimiento, esa obligación sólo puede hacerse efectiva en el bien o los bienes dados en garantía, sin que pueda extenderse a otros. Así, para lograr el cobro de un crédito garantizado por un deudor solidario y una hipoteca, el acreedor tendrá a su alcance la acción real hipotecaria si pretende ejercer la acción real derivada del contrato accesorio, y la ejecutiva o la ordinaria mercantil, tratándose de una acción personal derivada del contrato de crédito; sin embargo, éstas son independientes y no pueden conjuntarse, pues el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que la impartición de justicia será en los plazos y términos que fijen las leyes, y que el fundamento jurídico de cada una es diverso y, por ende, su regulación también lo es, de manera que desconocerlo implicaría transgredir la seguridad jurídica, pues si bien es cierto que el actor tiene derecho a que se le administre justicia, también lo es que el demandado lo tiene en cuanto a que ello ocurra en la vía determinada al efecto. Por lo anterior, ante el incumplimiento de la obligación de pago, no es dable que a través de la vía hipotecaria, cuyo sustento radica en el ejercicio de una acción real, el acreedor intente simultáneamente una personal de carácter ejecutivo en contra del deudor solidario, ya que los términos y las condiciones que las rigen son distintos, de manera que ni por economía procesal pueden intentarse conjuntamente en la misma vía, pues si bien ambas acciones están vinculadas al mismo crédito, lo cierto es que la obligación asumida por el deudor solidario no sólo es diversa a la aceptada por el garante hipotecario, sino que también tienen diversas causas, al derivar de contratos diferentes.*

Dicha jurisprudencia, generó la siguiente interrogante: si en una misma demanda no se pueden ejercer acciones personales y reales, pues en opinión de la Primera Sala, existen términos y condiciones que rigen de forma particular y distinta a cada una de ellas, ¿cómo se ejecuta al garante hipotecario, al acreditado y al obligado solidario?

Para resolver la pregunta anterior, en nuestra opinión, existen dos escenarios:

Primer escenario.- La vía civil sumaria hipotecaria no ha caducado en términos del artículo 669 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.

Si la vía sumaria hipotecaria no ha caducado en términos del artículo 669 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, existen, tomando en cuenta las vías tradicionales procesales antes explicadas, tres posibilidades:

i. Demandar al garante hipotecario, la ejecución de la garantía hipotecaria en la vía civil sumaria hipotecaria, y esperar a que finalice dicho procedimiento, para entonces, iniciar en la vía mercantil ordinaria o ejecutiva, según sea el caso, la demanda en contra del acreditado y/o al aval u obligado solidario para exigir el cumplimiento del contrato de crédito.

ii. Demandar al acreditado y/o al aval u obligado solidario en la vía mercantil ordinaria o ejecutiva, según sea el caso, y esperar a que finalice dicho procedimiento, para entonces, iniciar en la vía civil sumaria hipotecaria la demanda en contra del garante hipotecario solicitando la ejecución de la garantía hipotecaria.

iii. Demandar paralelamente, al mismo tiempo, la ejecución de la garantía hipotecaria en la vía civil sumaria hipotecaria, y la ejecución del derecho de crédito en la vía mercantil ordinaria o ejecutiva.

Primera posibilidad. Primero Juicio Civil Sumario Hipotecario y subsidiariamente el Juicio Mercantil Ordinario o Ejecutivo.

Para contestar esta posibilidad, es necesario partir de la probabilidad de que la garantía hipotecaria pueda ser insuficiente para cubrir la totalidad del adeudo, pues en el contrato de hipoteca, el garante únicamente responde hasta el valor del bien hipotecado.

Partiendo de lo anterior, si aceptamos ésta interpretación, y la llevamos a sus últimas consecuencias, nos llevaría al absurdo de pensar, que en todos los casos tiene mayor importancia el contrato accesorio que el contrato principal, lo cual es contrario a su naturaleza, pues el primero no se puede concebir sin la existencia del segundo; mientras que el segundo, si puede subsistir por sí mismo, sin la existencia del primero.

De manera adicional, si aceptamos que el juicio mercantil es subsidiario del juicio civil hipotecario, llegaríamos al absurdo de pensar que hay un beneficio de orden o de excusión del deudor directo sobre el garante hipotecario, lo cual, como se dijo es contrario a la naturaleza de su relación, pues uno participa en un contrato que es accesorio del otro.

Aunado a lo anterior, se correría el riesgo de que, si aceptamos esta interpretación, y el bien hipotecado es insuficiente para cubrir el total del adeudo que ampara el contrato de crédito, éste último podría volverse incoercible, por la posibilidad de que se actualizara la prescripción de la acción personal que podría extinguir la exigibilidad del crédito contratado.

Por lo anterior, ésta primera posibilidad, en nuestra opinión no es factible, por ser contrario a la naturaleza del contrato accesorio, aunado a que, la ley no prevé un beneficio de orden y excusión a favor del deudor

directo, ni tampoco puede forzarse al acreedor a mantener su crédito en *stand by*, con el riesgo de sufrir la posibilidad de una extinción de su derecho.

Esto último, no debe interpretarse, como que el acreedor no puede elegir si demanda a uno, a otro, o a ambos; pues lo que se afirma, es que no es posible, que se *obligue* a que se ejerza de manera subsidiaria, una acción mercantil, sobre una hipotecaria.

Segunda posibilidad.- Primero Juicio Mercantil Ordinario o Ejecutivo y subsidiariamente el Juicio Civil Sumario Hipotecario.

Para contestar esta posibilidad, es igualmente necesario partir de la probabilidad de que el acreditado y/o el aval u obligado solidario, pudieran no ser lo suficientemente solventes para cubrir la totalidad del adeudo, pues para ello, fue necesario constituir una hipoteca que garantizara el mismo.

Así, al igual que en el escenario anterior, se corre el riesgo, aún más plausible, de que si esperamos a que concluya el juicio mercantil, y esperamos a ver si es ejecutable la sentencia, la vía hipotecaria podría caducar, pues es una realidad, que los procedimientos judiciales en México, tienden a durar en la mayoría de los casos, un plazo muy superior a un año.

Aunado a lo anterior, la ley tampoco establece un beneficio de orden y excusión a favor del garante hipotecario, pues esos beneficios son sólo propios del contrato de fianza, que si bien también es de naturaleza accesoria, no son aplicables analógicamente, pues no hay identidad de razón, en la medida en que en el contrato de fianza, la naturaleza de la obligación es personal, y por tanto el fiado responde con la totalidad de sus bienes; mientras que en el de hipoteca, la naturaleza de la obligación es real, y por lo tanto, el garante hipotecario sólo responde hasta el importe del valor del bien otorgado en hipoteca.

Al sujetar al Acreedor a esta interpretación, implicaría, primero otorgar beneficios al garante hipotecario que no prevé la ley, *orden* y *excusión*; segundo, demeritar el motivo determinante de la voluntad de la parte acreedora, y que es, el que éste se encuentre protegido ante la posibilidad de impago por una garantía de fácil ejecución; y tercero, visto desde la realidad práctica de nuestros tribunales, el eliminar toda posibilidad de ejecutar la garantía hipotecaria, por la altísima posibilidad de que la vía preferencial caducara.

Por lo anterior, en nuestra opinión, ésta segunda posibilidad es aún menos factible que la primera.

Ello, se insiste, no significa que el acreedor no pueda elegir si demanda a uno, a otro, o a ambos, pues en tal caso, el acreedor es el que deberá de soportar la consecuencia de su decisión. Lo que en éste punto se afirma, es que lo que no es posible, es que se *obligue* a que se ejerza de manera subsidiaria, la acción hipotecaria, sobre la acción mercantil.

Tercera posibilidad.- Iniciar paralelamente el Juicio Mercantil Ordinario o Ejecutivo y el Juicio Civil Sumario Hipotecario.

Al respecto, es importante mencionar que no hay un solo criterio o jurisprudencia que prohíba ejercer las acciones personales y reales de forma paralela en procedimientos distintos; es decir, no existe un criterio

que prohíba tramitar un juicio mercantil ordinario o ejecutivo en contra del Acreditado y/o el Aval, al mismo tiempo que se tramita un juicio civil sumario hipotecario en contra del Garante Hipotecario. Por el contrario, con anterioridad a la Jurisprudencia 42/2013 antes citada, era común que se iniciaran acciones paralelas, y que éstas fueran acumuladas en un mismo procedimiento.

Así, para responder a esta hipótesis, es necesario primero partir de lo siguiente: el contrato de crédito y el contrato de hipoteca, constituyen relaciones jurídicas obligatorias independientes; que si bien se encuentran ligadas entre sí, pues se constituyen con una finalidad económica común, no son iguales, pues:

i. El contrato de hipoteca es de naturaleza sustantiva civil, mientras que el otro en el caso de estudio, es de naturaleza sustantiva mercantil.

ii. El contrato de crédito es principal y, por lo tanto, puede tener existencia por sí misma, aún y cuando se declare la nulidad del contrato de hipoteca; mientras que el contrato de hipoteca es accesorio, y por lo tanto su existencia depende de la del principal, lo que implica que si éste es nulo, la hipoteca deja de surtir también efectos legales.

iii. En el contrato de crédito, los deudores, *acreditado y aval*, asumen deberes y responsabilidades, *schuld y haftung*; mientras que en el contrato de hipoteca, se tiene la responsabilidad pero no el deber, solamente *haftung*.

iv. Las acciones que se pueden ejecutar en el contrato de crédito en estudio, se tramitan por las vías previstas en la legislación adjetiva mercantil federal; mientras que las acciones para exigir el cumplimiento del contrato de hipoteca, se tramitan por las vías previstas por la legislación adjetiva civil de cada Entidad Federativa.

v. Los deberes y derechos que se derivan de la naturaleza del contrato, de la ley, de la buena fe, del uso y de las costumbres, en uno y otro contrato, son diferentes.

Si aceptamos que el contrato de hipoteca y el contrato de crédito, constituyen realidades obligatorias, que aunque ligadas, son diferentes, y que por lo tanto, los derechos y deberes que de una y otra se pueden derivar son muy distintos; tenemos que en términos del artículo 17 Constitucional, es perfectamente posible que el acreedor inste al órgano jurisdiccional, para exigir el cumplimiento de cualquiera de los deberes que se desprendan ya sea del contrato de hipoteca y/o del contrato de crédito.

Así, para poder exigir el cumplimiento de dichos deberes, tenemos que se pueden dar las siguientes hipótesis:

i. Demandar de manera simultánea el cumplimiento del contrato de hipoteca y del contrato de crédito, ya sea en la vía civil o en la vía mercantil. Como se reseñó al inicio de la presente opinión, tal hipótesis no es posible ni viable, pues así lo determinó la Primera Sala de la SCJN en la Jurisprudencia por Contradicción de Tesis 1a./J.42/2013, consultable en la página 497 del Libro XXII de Julio de 2013, Tomo 1 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con el rubro: *VÍA ESPECIAL HIPOTECARIA. EL ACREEDOR NO PUEDE EJERCER*

*SIMULTÁNEAMENTE UNA ACCIÓN REAL CONTRA EL GARANTE HIPOTECARIO Y UNA PERSONAL CONTRA EL DEUDOR SOLIDARIO DEL CONTRATO.*

ii. Que habiendo demandado en la vía civil sumaria hipotecaria y en la vía mercantil ordinaria o ejecutiva, procediera la acumulación de acciones, con la finalidad de: a) eficientar la impartición de justicia, b) evitar sentencias contradictorias y, c) mantener la continencia de la causa.

Tal hipótesis tampoco es posible ni viable, ya que caería en el mismo supuesto resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Jurisprudencia por Contradicción de Tesis 1a./J.42/2013, consultable en la página 497 del Libro XXII de Julio de 2013, Tomo 1 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con el rubro: *VÍA ESPECIAL HIPOTECARIA. EL ACREEDOR NO PUEDE EJERCER SIMULTÁNEAMENTE UNA ACCIÓN REAL CONTRA EL GARANTE HIPOTECARIO Y UNA PERSONAL CONTRA EL DEUDOR SOLIDARIO DEL CONTRATO.*

Aunado a lo anterior, existe prohibición expresa en el artículo 176 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, para acumular juicios sumarios.

iii. Que habiendo demandado en la vía civil sumaria hipotecaria y en la vía mercantil ordinaria o ejecutiva, procediera la excepción de litispendencia, por no poder subsistir una acción, mientras la otra esté pendiente de resolución.

Tal hipótesis tampoco sería posible, pues en nuestra opinión, no se reúnen los requisitos para que opere la litispendencia, aún y cuando el garante hipotecario reuniera además la calidad de acreditado o aval; pues si bien pudiera llegar a existir identidad de personas, al ser el mismo acreditado y garante hipotecario, y en las dos, sea parte del incumplimiento derivado del acreditado al contrato de crédito; no hay identidad en el objeto, causa, y calidad con la que intervino esa misma persona, pues se trata de relaciones contractuales distintas, que prevén derechos y deberes distintos, que son comunes a la naturaleza de uno y otro contrato.

iv. Que habiendo demandado en la vía civil sumaria hipotecaria, sin haber intentado al mismo tiempo la vía mercantil ordinaria o ejecutiva, se actualice el supuesto previsto en el artículo 27 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, y que por tanto se considere extinguida la acción del cumplimiento del contrato de crédito.

Tal hipótesis en nuestra opinión, tampoco sería posible, pues el artículo 27 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco refiere a acciones que por su naturaleza deben acumularse, y no a las que jurídicamente no son acumulables como lo son las derivadas de un contrato de hipoteca y de un contrato de crédito.

Al respecto resulta relevante la tesis de la hoy extinta Tercera Sala de la SCJN, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Volumen 217-228, Cuarta Parte, Página: 129 que se describe a continuación:

**GARANTIA HIPOTECARIA. NO SE EXTINGUE PORQUE EL ACREEDOR HAYA OPTADO POR EL EJERCICIO DE LA ACCION EJECUTIVA MERCANTIL.**

*Del contenido de los artículos 462 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, en relación con el 31 del propio ordenamiento se sigue que el primero de ellos faculta de manera expresa al interesado para intentar a su*

*elección sin sanción alguna, el juicio hipotecario o el ejecutivo. El examen del citado precepto deja fuera de discusión que si el crédito que se cobra está garantizado con hipoteca el acreedor podrá utilizar el juicio hipotecario, el ejecutivo, o el ordinario. En tales condiciones el artículo 462 adjetivo, constituye una excepción a la regla general establecida por el 31 del mismo cuerpo legal, que previene que cuando haya varias acciones contra una misma persona, respecto de una misma cosa, deben intentarse en una sola demanda y que por el ejercicio de una o más quedan extinguidas las otras, de suerte que como en la hipótesis que se examina no se trata de una misma cosa, dado que el juicio ejecutivo mercantil se intenta con un título distinto del testimonio en que se hace constar la garantía hipotecaria del adeudo, nada se opone en derecho a que si como consecuencia del ejercicio de la acción ejecutiva mercantil, no se logra la satisfacción total del crédito respectivo, pueda el acreedor válidamente ejercitar la acción hipotecaria. Además en ninguna de las siete fracciones de que consta el artículo 2941 del Código Civil, se contempla como causa de extinción de hipoteca el haber intentado el acreedor una acción diversa a la hipotecaria, y sí en cambio, dispone ese numeral en su fracción II que la hipoteca se extingue hasta que queda satisfecha la obligación a la que sirvió de garantía, de modo que si en el ejecutivo mercantil no se satisface totalmente la deuda, el acreedor está en aptitud de deducir la acción hipotecaria.*

v. Aceptar como posible el demandar de manera paralela en la vía civil sumaria hipotecaria el cumplimiento del contrato de hipoteca en la vía preferencial: vía sumaria hipotecaria; y a su vez, demandar en la vía mercantil ordinaria o ejecutiva, según sea el caso, el cumplimiento del contrato de crédito.

En nuestra opinión, ésta es la única hipótesis plausible y viable, pues: en primer término, ni el contrato de crédito ni el contrato de hipoteca, constituyen obligaciones naturales que carezcan de coercibilidad, y que por tanto impidan acceder a los órganos jurisdiccionales para exigir su cumplimiento; en segundo término, porque es la única forma en que puede ser exigido el cumplimiento de cada una de las relaciones jurídicas obligatorias, respetando su naturaleza, y los términos y condiciones que establecen las leyes que las rigen, sin el riesgo de que ocurra la caducidad o prescripción de las acciones respectivas; en tercer término, porque el ejercicio de la acción en una sola vía no interrumpe los plazos de caducidad y prescripción de las otras acciones; en cuarto término, porque el ejercicio de una no genera la extinción de la otra, al no ser susceptibles de acumulación; en quinto término, porque el ejercicio de una no se encuentra supeditada al ejercicio de la otra, pues la ley no establece a favor del deudor hipotecario ni del acreditado u aval, beneficios de orden y excusión, no constituyen obligaciones subsidiarias ni sucesivas; en sexto término, porque por la tramitación de una, no se genera ante la tramitación de la otra, la litispendencia, que impida que subsista sólo un procedimiento a la vez; y por último, y por todo lo hasta aquí expuesto, porque es la única forma, en que prevalecerá el derecho humano que tiene el acreedor, a que se le administre justicia, y que tenga una tutela judicial efectiva, para el cobro de su crédito.

Así en conclusión al primer escenario, al ser el contrato de crédito y el contrato de hipoteca, relaciones jurídicas obligatorias distintas, a pesar de provenir de un mismo origen: el adeudo; las acciones para

obtener su cumplimiento, en consecuencia también lo son, y por ello pueden ser ejercidas de forma paralela, a elección del acreedor, en contra de cada una de las partes en cada uno de los contratos, y en las vías procesales tradicionales, que explicamos en el inicio de la presente opinión.

Segundo escenario.- La vía civil sumaria hipotecaria ha caducado en términos del artículo 669 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, por haber transcurrido el plazo de un año.

Al respecto surge una nueva interrogante: ¿Qué sucede cuando transcurre el plazo de un año y el acreedor no ejerce su acción hipotecaria?

A fin de dar contestación a dicha interrogante resulta conveniente esclarecer la *ratio legis* del referido precepto legal 669 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, a partir de la exposición de motivos de la reforma publicada el veintinueve de diciembre de dos mil uno (Decreto 19425) en el Periódico Oficial del Estado, donde el legislador expresó, en lo que interesa, lo siguiente:

*En el artículo 669 del Código de Procedimientos Civiles, se establece una regla procesal que estimamos de gran importancia, al limitar la procedencia de la vía civil sumaria hipotecaria en cuanto su ejercicio a un plazo de un año a partir del que el deudor incurra en mora. Esto, para limitar y forzar el ejercicio de esta acción con resultados positivos para ambas partes, toda vez que al forzar la presentación de las demandas de este tipo en el plazo perentorio de un año, se evita una acumulación innecesaria de intereses moratorios con la consecuente generación de créditos totalmente impagables e incobrables, evitando en lo posible el terrible fenómeno de la cartera vencida e indirectamente, la forzada cultura del no pago. Cabe hacer la aclaración, que el incumplimiento en esta norma trae aparejada la caducidad de la instancia, mas no la extinción de la hipoteca en cuanto la prelación de los derechos del acreedor, ni la publicidad o naturaleza del gravamen en relación con el bien inmueble hipotecado y mucho menos la obligación del pago derivada del contrato, toda vez que la caducidad de la vía sumaria hipotecaria no afecta el registro del propio gravamen, ni los derechos u obligaciones pactadas, por tratarse de una medida de carácter adjetivo. La limitación aquí mencionada, no se aleja de prácticas ya conocidas en el marco jurídico mexicano, ya que basta con hacer referencia a los juicios mercantiles ejecutivos, que de igual forma limitan la procedencia de esa vía, a un plazo fatal.*

En ese contexto, de una interpretación teleológica y de la exposición de motivos que dio origen a la promulgación del referido artículo, se hace patente que la finalidad perseguida por el legislador mediante esa normatividad es que el acreedor no perdiera su garantía real hipotecaria, sino que se le dejaran a salvo sus derechos para hacerla efectiva mediante un juicio diverso, ya que el incumplimiento de esa norma trae como consecuencia la caducidad de la vía, pero no la extinción del propio derecho real, esto, en el entendido de que habrán de observarse las reglas procesales que prevé la ley.

Si partimos de que la garantía real hipotecaria no es lo que se pierde, sino únicamente la vía preferencial, se genera una nueva

interrogante: ¿Cómo puede hacerse efectivo el derecho hipotecario, sino es en la vía civil sumaria hipotecaria?

Para responder esa interrogante, consideramos necesario poner a consideración dos posibilidades, tomando en cuenta la calidad del sujeto pasivo: i.- Que el garante hipotecario, sea a su vez, acreditado u obligado solidario.- ii.- Que el garante hipotecario, sólo se haya obligado al contrato accesorio de hipoteca, o que habiéndose obligado a éste último, haya transmitido el bien a un tercero.

Primera Posibilidad.- Que el garante hipotecario, sea a su vez, acreditado u obligado solidario.

En seguimiento a lo expuesto en la primera parte de esta opinión, y en atención a que el garante hipotecario, sí se obligó de igual manera al contrato de crédito, se surte la pregunta, si en el juicio ejecutivo u ordinario mercantil, es posible ejecutar la garantía hipotecaria en dicho procedimiento.

Al respecto resulta conveniente citar la jurisprudencia 63/2007 de la Primera Sala de la SCJN, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, de Junio de 2007, página 155, que establece lo siguiente:

*TERCERO EXTRAÑO. EN UN JUICIO ORDINARIO MERCANTIL SEGUIDO EN CONTRA DEL DEUDOR QUE GARANTIZÓ EL ADEUDO CON UNA HIPOTECA. TIENE ESE CARÁCTER EL ADQUIRENTE DEL BIEN HIPOTECADO QUE SE LE TRANSMITIÓ CON ANTERIORIDAD AL INICIO DEL MISMO.*

*Si se inicia un juicio ordinario mercantil en contra de quien transmitió la propiedad hipotecada y en ese procedimiento se embarga el bien transmitido con anterioridad al inicio de tal litigio, el adquirente no tiene el carácter de causahabiente del demandado sino de tercero extraño a tal juicio, aun a pesar de la hipoteca y de que hubiere tenido conocimiento de la misma, pues debe destacarse que en esta clase de juicios lo que se persigue es una acción personal en contra del demandado en la que nada tiene que ver la hipoteca ni mucho menos el adquirente del bien. Para que el adquirente pudiera considerarse causahabiente del demandado en estos supuestos, tendría que habersele transmitido la propiedad después de iniciado el juicio o trabado el embargo, pues la sola circunstancia de que el bien embargado también se encuentre hipotecado, no justifica que en un procedimiento iniciado por una acción personal en la que el objeto del embargo sean bienes propiedad del deudor, se pretenda hacer efectiva la garantía hipotecaria, la cual es de carácter real, por lo que sólo persigue al bien, con independencia de quién sea el deudor. De esta manera, si lo que se pretende es hacer efectiva la garantía hipotecaria, se tendrá que recurrir necesariamente a la vía establecida por la ley para ello, es decir, a la acción hipotecaria y, en estos casos, el nuevo adquirente podrá ser causahabiente de quien le transmitió la propiedad con anterioridad a ese procedimiento, si es que el acreedor no tuviera conocimiento de tal transmisión; pero en caso de que el actor sí tenga conocimiento de la misma, el nuevo adquirente no tendrá el carácter de causahabiente sino de demandado o codemandado ya que la ley establece que cuando se intenta esta clase de juicio se debe demandar a quien aparece como propietario en el Registro Público de la Propiedad. En conclusión, no es jurídicamente factible que se pretenda hacer efectiva una garantía hipotecaria a través de un juicio distinto del hipotecario, por lo cual, en ese caso, el nuevo adquirente del bien hipotecado tendrá el carácter de tercero extraño en los juicios*

*distintos del hipotecario.*

En dicha Jurisprudencia, la Primera Sala determinó que siempre que se quiera demandar el pago de un crédito garantizado con hipoteca, pero con la intención de hacer efectivo ese gravamen, deben utilizarse los procedimientos establecidos en la legislación civil adjetiva de cada uno de los Estados, precisamente porque las reglas del procedimiento respecto de las hipotecas se encuentran reguladas en las legislaciones locales y no en la Ley de Instituciones de Crédito, ni en el Código de Comercio.

De esta manera, la acción que debe ejercerse dependerá de la elección de la institución de crédito y de lo que pretenda, pero si lo que intenta es hacer efectiva la garantía hipotecaria que se constituyó al momento de otorgarse el crédito, entonces está obligado a ejercer la vía hipotecaria civil y a seguir el procedimiento establecido por el legislador local para ello, y no a través de la vía mercantil ejecutiva u ordinaria.

Sobre el tema, existe diversa Jurisprudencia por Contradicción de Tesis 1a./J. 91/2011 emanada también de la Primera Sala de la SCJN, consultable en la página 546 del Tomo XXXIV de Septiembre de 2011 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, misma que establece lo siguiente:

**HIPOTECA. NO ES JURÍDICAMENTE VÁLIDO ORDENAR SU EJECUCIÓN EN LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE RESUELVE LA ACCIÓN PERSONAL INTENTADA EN EL JUICIO ORDINARIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).**

*El artículo 669 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, prevé la hipótesis de procedencia de la vía especial hipotecaria, cuya finalidad es hacer efectiva la garantía real otorgada para asegurar el pago. En los casos en los que el acreedor tiene a su favor un crédito con garantía hipotecaria y pretende obtener el pago del adeudo, puede hacerlo a través de las diversas vías establecidas por el legislador, según la finalidad que persiga; así, si su voluntad se limita a obtener el pago del crédito, puede ejercer las acciones personales mediante juicio ordinario o ejecutivo, pero, si pretende hacer efectiva, desde luego, la garantía otorgada, habrá de intentar necesariamente la vía hipotecaria que, en el caso del artículo 669 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Jalisco, prevé el plazo de caducidad de un año. Ahora bien, la circunstancia de que llegue a caducar la vía no significa que el acreedor pierda la garantía real hipotecaria otorgada a su favor, pues quedan a salvo sus derechos de hacerla efectiva en otro juicio diverso en la etapa procesal oportuna; sin que ello signifique que, en la sentencia definitiva que resuelva una acción personal, el juez pueda ordenar la ejecución de la garantía, pues tal manera de proceder puede afectar derechos de terceros, toda vez que no se tiene la certeza de que exista identidad con la persona que haya sido condenada al pago y la que aparezca como titular del bien raíz en el folio real; en todo caso, debe entenderse que dicha garantía puede hacerse efectiva en la etapa de ejecución de sentencia.*

En dicha Jurisprudencia, la Primera Sala reiteró lo expuesto por la jurisprudencia primeramente citada, y determinó que el procedimiento mercantil ordinario no era la vía idónea para hacer efectiva la garantía hipotecaria, pues en éste sólo se decide sobre los derechos personales de crédito entre el acreedor y el deudor del contrato correspondiente.

Además señaló la Primera Sala, que se correría el riesgo de privar del bien hipotecado al nuevo propietario sin otorgarle garantía de audiencia, pues aun cuando dicho inmueble garantiza el pago del adeudo, *para poder ejercer los derechos derivados de ese gravamen*, se tiene que hacer por medio del procedimiento idóneo para ello, es decir, a través de la vía hipotecaria.

Aunque no lo establece de manera expresa, por identidad de razón, si se pretende hacer efectiva la garantía hipotecaria en la vía ejecutiva mercantil, se contravendría el derecho fundamental a la seguridad jurídica que tiene el propietario del bien, derivado del artículo 17 constitucional, porque no se estaría siguiendo el procedimiento establecido por el legislador para esos casos, por lo que si un Juez, en la vía ordinaria o ejecutiva, ordena la ejecución de una hipoteca a favor del acreedor, violaría el artículo constitucional antes referido, pues no se estarían siguiendo las formalidades y términos establecidos por el legislador para cada clase de juicio.

Así, de todo lo hasta este momento expuesto, puede concluirse que, cuando la recuperación del crédito con garantía hipotecaria se intenta en la vía ordinaria o ejecutiva mercantil no resulta válido ordenar en sentencia definitiva que se haga efectiva dicha garantía, esto, en virtud de que la acción que se ejerce en ese tipo de juicios es de naturaleza personal, es decir, se demanda al titular de la obligación en tanto que la ejecución de la garantía hipotecaria es real, *en donde se persigue obtener el bien mediante la demanda en contra de quien aparece como titular en el Registro Público de la Propiedad, aunque éste no sea el deudor originario*; de manera que no resulta legal la decisión que desde luego ordena el remate de un bien inmueble de cuya titularidad no se tiene certeza y en el que existe la posibilidad de que se afecten derechos de terceros que hayan adquirido el bien gravado, sin haber sido oídos ni vencidos en el juicio, en el que se pretende privarles de su propiedad.

Todo lo anterior, no impide que si el bien inmueble hipotecado es embargado en ejecución de sentencia en un juicio mercantil, éste no pueda ser sujeto de ejecución, pues en tal caso, lo que se estará ejecutando no es la hipoteca en sí misma como derecho real, sino el embargo, en el cual se deberá de respetarse que quien sea el condenado en el procedimiento mercantil, sea el que aparezca como titular del bien embargado en el Registro Público de la Propiedad.

Sin embargo, ésta última posibilidad expresada en el párrafo anterior, no resuelve qué hacer con la garantía real cuando la vía civil sumaria hipotecaria ha caducado, pues se puede dar el caso de que el garante hipotecario, no sea obligado directo del contrato de crédito, o que siéndolo, ya lo haya transmitido a una tercera persona, y que por ende, no sea sujeto de embargo, en términos de la legislación adjetiva mercantil. Para ello, es necesario, analizar la segunda posibilidad, que se desarrolla en el siguiente apartado.

Segunda Posibilidad.- Que el garante hipotecario, sólo se haya obligado al contrato accesorio de hipoteca, o que habiéndose obligado a éste último, haya transmitido el bien a un tercero.

Para contestar lo anterior, resulta conveniente traer a colación, algunas de las conclusiones que se han vertido a lo largo de la presente opinión:

i. El contrato de hipoteca constituye una relación jurídica obligatoria independiente del contrato de crédito.

ii. El contrato de hipoteca, es de naturaleza real, y su regulación y ejecución se encuentra regulado por las legislaciones civiles de las distintas Entidades Federativas; mientras que el contrato de crédito, es de naturaleza personal, y su regulación y ejecución, en el caso de las Instituciones de Crédito, se encuentra regulada por la Legislación Mercantil.

iii. El Código de Comercio prevé formalidades y regulaciones diferentes para la tramitación de los procedimientos, que los previstos en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.

iv. En la vía mercantil ordinaria o ejecutiva, sólo podrán tener legitimación pasiva en la causa, quienes tengan la calidad de acreditado o aval u obligado solidario; mientras que en la vía hipotecaria sólo podrán ser demandados quienes hayan suscrito el contrato de hipoteca *garante hipotecario*, o quien aparezca como titular del bien inmueble en el Registro Público de la Propiedad.

v. A pesar de que haya caducado la vía sumaria hipotecaria, no es posible ordenar la ejecución de la garantía en un juicio ordinario o ejecutivo mercantil.

vi. La caducidad de la vía sumaria hipotecaria, no implica la desaparición de la garantía o la caducidad de la acción de cumplimiento del contrato de hipoteca, sino que únicamente caduca la vía preferencial de pago que el acreedor tiene en su favor para hacer efectiva dicha garantía.

Partiendo de lo anterior, es importante señalar que en el año 2000, el Pleno de la SCJN, al resolver el amparo en revisión 283/99, señaló que no era posible hacer nugatorio el derecho de ejecución de las instituciones de crédito, por el sólo hecho de que no se encontrara previsto en la legislación mercantil un juicio que permitiera la ejecución de la garantía hipotecaria. Así, el Pleno de la SCJN, determinó que las instituciones de crédito, tenían a su alcance la vía civil hipotecaria como medio para hacer efectivo el cumplimiento del contrato de hipoteca, pues tal es la legislación que regula los derechos y obligaciones que se desprenden de dicho contrato accesorio. Dicha tesis puede ser consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XI, de Abril de 2000, página 76, bajo la voz y texto siguiente:

**INSTITUCIONES DE CRÉDITO. EL ARTÍCULO 72 DE LA LEY RELATIVA NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL, AL PERMITIR A TALES INSTITUCIONES OPTAR POR LA VÍA CIVIL HIPOTECARIA CUANDO EL CRÉDITO TENGA ESTA GARANTÍA.**

*La opción que otorga el artículo 72 de la Ley de Instituciones de Crédito para que tales instituciones ejerzan sus acciones en juicio ejecutivo mercantil, ordinario o, en su caso, en la vía civil hipotecaria cuando el crédito tenga esta garantía, no viola la garantía de igualdad consagrada en el artículo 1o. de la Constitución Federal, pues con ello no se les otorga un tratamiento privilegiado*

*en relación con el resto de los gobernados que se sitúen en una situación análoga, ya que la legislación procesal común también otorga a los acreedores en un crédito garantizado con hipoteca el derecho de ejercer las vías ordinaria y ejecutiva, como acciones personales, y la especial hipotecaria, como acción real, en los mismos términos que lo hace el artículo 72 de la ley referida, precisamente para evitar que las instituciones de crédito se coloquen en una situación desigual que haga nugatorios sus derechos de ejecución deducidos de cualquier operación en la que se constituya la hipoteca como garantía del cumplimiento de las obligaciones, al no encontrarse previsto en la legislación mercantil un juicio que permita la ejecución de la garantía hipotecaria.*

Así, en el caso de análisis, tampoco puede hacerse nugatorio el derecho de las instituciones de crédito, para ejecutar las garantías hipotecarias, por el sólo hecho de que éstas no puedan ser ejecutadas en la vía mercantil, y que por alguna razón, además haya caducado la vía sumaria hipotecaria, pues se insiste, que el que se dé el fenómeno previsto en el artículo 669 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, no implica la pérdida del derecho sustantivo.

Resulta aplicable a lo anterior, la tesis del Cuarto Tribunal Colegiado en materia Civil del Tercer Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXII, de Noviembre de 2010, página 1427, con el rubro y texto siguientes:

**CADUCIDAD DE LA VÍA HIPOTECARIA. NO IMPLICA LA PÉRDIDA DEL DERECHO SUSTANTIVO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).**

*El Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, en su título décimo primero, capítulos I y III, prevé las reglas generales de la tramitación de los juicios sumarios y las específicas de los juicios hipotecarios, asimismo, que la acción hipotecaria es procedente cuando se pida la constitución, ampliación, división y registro de una hipoteca o su cancelación o cuando se demanda el pago, la rescisión o el vencimiento anticipado del crédito garantizado a través del contrato accesorio de hipoteca. Por otra parte, por Decreto Número 19425, publicado en el Periódico Oficial "El Estado de Jalisco", el veintinueve de diciembre de dos mil uno, se adicionó el tercer párrafo al artículo 669 de la aludida codificación, en los siguientes términos: "La acción de pago por esta vía caduca en un año contado a partir del día siguiente a aquel en que tuvieron lugar los hechos que la originan. ..."; de lo que se sigue que el acreedor que tenga garantizado su crédito mediante hipoteca y demande el pago correspondiente, dispone de un año para ejercer la acción hipotecaria en la vía sumaria, término que inicia a partir del día siguiente al incumplimiento del deudor; empero, es incompleta la redacción del invocado precepto, porque no resuelve la situación de la garantía real; por ello, utilizando el método de interpretación auténtica de la voluntad del legislador plasmada en el proceso legislativo, se colige que al establecer que esa vía de privilegio caduca en un año, pretendió impedir la acumulación de intereses moratorios y fue claro al plantear que el acreedor no pierde su garantía real hipotecaria; motivo por el cual, pese a la redacción del precepto, de ninguna manera puede considerarse que al caducar la vía hipotecaria, aquélla no pueda hacerse efectiva.*

Así, si el derecho sustantivo no se encuentra extinto, para poder permitir a la institución de crédito ejercer su derecho fundamental de acción y acceder a una tutela judicial efectiva, es necesario que aceptemos que la vía pertinente para ejecutar una acción derivada del contrato de

hipoteca, es y debe ser necesariamente la vía civil ordinaria, cuando la vía sumaria hipotecaria haya caducado.

Lo anterior, ya que si partimos que el plazo que establece el artículo 669 del Enjuiciamiento Civil del Estado de Jalisco, está enfocado a caducar únicamente una vía preferencial, pero en ningún momento el de extinguir la exigibilidad y existencia de la garantía real; tenemos que la vía adecuada para solicitar el cumplimiento de un contrato de naturaleza civil, que no contiene en el Código ningún otro medio de tramitación especial, *por haber fenecido la posibilidad de acceder al juicio civil sumario hipotecario*, es la vía ordinaria civil, pues así lo establece el propio artículo 266 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.

Así, si partimos de que una de las razones por las cuales, la Primera Sala de la SCJN, determinó que no era procedente la ejecución de la garantía real en un juicio mercantil ordinario, era porque, la naturaleza de la hipoteca era civil, y no mercantil, y que por lo tanto, se preveían distintas formalidades, derechos y obligaciones que los previstos en la materia mercantil; tenemos que la vía procedente para ejecutar la garantía real, la necesitamos buscar necesariamente en la legislación adjetiva civil.

Situación que en nuestra opinión resulta congruente con todo lo hasta aquí expuesto, pues si es el Código Civil del Estado de Jalisco, el que regula los derechos y obligaciones que se desprenden de la naturaleza del contrato de hipoteca; resulta lógico, que sea el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, el que regule la forma en que su cumplimiento deba ser exigido coactivamente.

Así, si tenemos que el artículo 266 de la Ley Adjetiva Civil del Estado de Jalisco, establece que: *Todas las contiendas entre partes que no tengan señalada en este Código tramitación especial, se ventilarán en juicio ordinario; y en el caso concreto, al caducar la vía sumaria hipotecaria, no se tienen ninguna otra tramitación especial que permita hacer efectiva la garantía real; tenemos que la única vía posible para hacer efectivo el derecho real contra el que aparezca como propietario del bien inmueble hipotecado, respetando sus derechos de audiencia, es la vía civil ordinaria.*

Lo anterior cobra sustento en la Jurisprudencia por Reiteración de Tesis III.5o.C./11 emanada del Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito con sede en Guadalajara, Jalisco, consultable en la página 1048 del Tomo XXVII, de Junio de 2008 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, misma que a la letra establece lo siguiente:

**CADUCIDAD DE LA VÍA SUMARIA Y NO DE LA ACCIÓN HIPOTECARIA ES LA QUE CONTEMPLA EL ARTÍCULO 669, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE JALISCO (REFORMADO MEDIANTE DECRETO 19425 PUBLICADO EN EL PERIÓDICO OFICIAL "EL ESTADO DE JALISCO", DE VEINTINUEVE DE DICIEMBRE DE DOS MIL UNO).**

El precepto de referencia señala: "... La acción de pago por esta vía caduca en un año contado a partir del día siguiente a aquel en que tuvieron lugar los hechos que la originan. ...". La interpretación que debe darse al término "acción" es en el sentido de que caduca la posibilidad de ejercer el derecho contenido en la hipoteca en la vía privilegiada, mas no la perención de la

*obligación de pago que generó ese gravamen, ya que la confusión que podría producir la redacción del precepto, se salva por la propia exposición de motivos que busca impedir la acumulación innecesaria de intereses, abatir el fenómeno de la cartera vencida y combatir la cultura del no pago, subsistiendo la prelación de los derechos del acreedor, la publicidad y registro del gravamen, que son de orden sustantivo y no adjetivo, hace concluir que el decaimiento del derecho a que se refiere el precitado numeral afecta únicamente a la vía hipotecaria y no a la acción, la que puede ejercerse en la ordinaria pues la atribución de perseguir en juicio lo que es debido, no está sujeta a las reglas de caducidad de la vía sino a las propias contenidas en el artículo 1754 del Código Civil del Estado.*

Resulta aplicable, en cuanto a la posibilidad de acceder a la vía civil ordinaria para ejercer el pago derivado de una garantía hipotecaria, la tesis del Quinto Tribunal Colegiado en materia Civil del Tercer Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, de Agosto de 2003, página 1701, que a la letra, establecía lo siguiente:

**CÉDULA HIPOTECARIA. PROCEDE SU EXPEDICIÓN Y REGISTRO EN JUICIO ORDINARIO CUANDO SE RECONVIENE LA ACCIÓN HIPOTECARIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).**

*El Juez válidamente puede ordenar la expedición y registro de la cédula hipotecaria cuando el demandado principal y actor reconvenional solicitan el pago del crédito que la hipoteca garantiza, toda vez que ello es una consecuencia del ejercicio de la acción hipotecaria según lo previenen los artículos 669 y 671 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco; sin que sea exclusivo de la vía sumaria, ya que no existe dispositivo alguno que así lo indique. Por el contrario, si se parte de la base de que el reconvencionista no pudo elegir la vía sumaria para deducir su acción, pues se vio obligado a contrademandar en la vía ordinaria bajo la que se sigue el juicio de nulidad, es claro que los privilegios de su acción hipotecaria los puede hacer valer en ese procedimiento, excepción hecha de los relativos a la celeridad del mismo.*

De igual forma, resulta aplicable la tesis del Segundo Tribunal Colegiado en materia Civil del Sexto Circuito, también visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXII, Noviembre de 2005, página 869, que establece lo siguiente:

**HIPOTECA. AL SER DE NATURALEZA ACCESORIA, LOS DERECHOS DE COBRO DE LA OBLIGACIÓN QUE GARANTIZA DEBEN INTENTARSE EN LA VÍA EJECUTIVA O EN LA ORDINARIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).**

*Si bien es cierto que conforme al artículo 2887 del Código Civil para el Estado de Puebla "La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre inmuebles o derechos reales para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.", y de acuerdo con el artículo 179, fracción V, del Código de Procedimientos Civiles para esta entidad federativa, vigente hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil cuatro, la acción hipotecaria es real, también lo es que no puede perderse de vista que en este último ordenamiento no se reglamentó la tramitación de un procedimiento especial hipotecario; por tanto, en atención a que la hipoteca nace para garantizar el cumplimiento de una obligación y, por tal motivo, se le considera de naturaleza accesoria, según el artículo 204, fracción I, del código procesal indicado, se concluye que los derechos de cobro de la obligación que garantiza, deben intentarse en la forma prevista en el diverso*

703 de esa legislación adjetiva, esto es, en la vía ejecutiva o bien en la ordinaria, en el entendido de que si se opta por la primera debe exhibirse el instrumento público en que conste la obligación que garantiza ese gravamen real, por así ordenarlo el artículo 691, fracción IV, de la abrogada legislación procesal local.

Y por último, resulta aplicable la tesis del Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, de Febrero de 1998, página 559, con el rubro y texto siguientes:

*VÍA EJECUTIVA CIVIL. AUN CUANDO SEA LA QUE ESTABLECE LA LEY PROCESAL PARA TRAMITAR UN JUICIO, NO DEBE DECLARARSE IMPROCEDENTE LA VÍA ORDINARIA EN QUE SE PROMOVió (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ).*

*Es verdad que conforme al Código de Procedimientos Civiles del Estado de San Luis Potosí, el juicio sobre cumplimiento de contrato de hipoteca y otras prestaciones accesorias, debió promoverse en la vía ejecutiva civil; pero si el actor ejerció las acciones en la vía ordinaria, no debe declararse ésta improcedente y dejar a salvo los derechos del promovente, pues en el juicio ordinario se otorgan más ventajas para el demandado, tales como mayor amplitud de plazos y mejores oportunidades de hacer valer los recursos correspondientes, lo cual permite a dicho demandado una defensa más amplia, por lo que ningún perjuicio resiente si el asunto se ventila en la vía ordinaria en lugar de la ejecutiva. Resulta aplicable al caso el criterio que la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado en relación con la vía sumaria, tomando en consideración que el juicio ejecutivo es propiamente un juicio sumario, el cual, si bien otorga algunas prerrogativas al actor, éste no disfrutará de ellas al plantear su acción en juicio ordinario.*

Así en conclusión, y por todas las razones expuestas con anterioridad, las instituciones de crédito podrán ejecutar en la vía civil ordinaria la hipoteca, cuando haya caducado la vía civil sumaria hipotecaria, en términos del artículo 669 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.

#### **IV ] Conclusiones generales**

Habiendo expresado todo lo anterior, a manera de resumen, se presentan las siguientes conclusiones, respecto a las vías a las que puede acceder una institución de crédito, para ejercitar los derechos derivados de un contrato de crédito con garantía hipotecaria:

1. Acciones personales.- Las acciones personales únicamente pueden ser ejercidas en contra del Acreditado y/o Aval u Obligado Solidario en la vía mercantil ordinaria o ejecutiva, según sean los documentos en que se encuentre fundamentado el crédito contratado.

2. Acciones reales.- Las acciones reales únicamente pueden ser ejercidas en contra del Garante Hipotecario en vía civil sumaria hipotecaria, siempre que ésta no se encuentre caduca, en cuyo caso se deberá de promover en la vía civil ordinaria.

3. Distinción entre el contrato de crédito y el contrato de hipoteca.- El contrato de crédito es distinto al contrato de hipoteca, por

lo que, a pesar de que ambos provienen de un mismo origen: el adeudo; las relaciones jurídicas obligatorias son distintas y, por tanto, las acciones para obtener su cumplimiento también lo son, y como consecuencia deben ser ejercidas de manera particular en contra de cada una de las partes en dichos contratos.

4. Acumulación de acciones en un mismo procedimiento.- No pueden acumularse en un mismo procedimiento las acciones personales ejercidas en contra del Acreditado y/o Aval junto con las acciones reales en contra del Garante Hipotecario, puesto que la Primera Sala de la SCJN prohíbe tal hipótesis.

5. Sobre la caducidad de la vía civil sumaria hipotecaria.- No puede pretenderse que, al caducar la vía civil sumaria hipotecaria, entonces no se pueda demandar al Garante Hipotecario en ninguna otra vía por el cumplimiento de sus obligaciones, puesto que tal circunstancia implicaría una limitación al derecho fundamental al Acceso a la Justicia y a la Tutela Judicial Efectiva en perjuicio de las Instituciones Financieras; ya que de lo contrario, tendrían en su favor una garantía real jurídicamente imposibilitada de ser reclamada.

Ahora bien, a efectos de brindar una mejor comprensión sobre la forma de proceder al momento de demandar el pago de los créditos con garantía hipotecaria, a continuación se plantean los posibles escenarios respecto de los sujetos pasivos de dichos créditos y como proceder a ejercer las acciones pertinentes en contra de los mismos:

1. Acreditado que además es Garante Hipotecario.- Cuando el Acreditado sea a su vez Garante Hipotecario, ejercer en su contra la acción personal en la vía mercantil para obtener el cumplimiento del contrato de crédito y, paralelamente, ejercer la acción hipotecaria en la vía civil sumaria hipotecaria para obtener el cumplimiento del contrato de hipoteca.

En caso de que la vía civil sumaria hipotecaria se encuentre caduca, paralelamente a la tramitación de la acción real en la vía mercantil, ejercer la acción de cumplimiento de hipoteca en la vía civil ordinaria.

2. Aval que además es Garante Hipotecario.- Dada la naturaleza de las obligaciones asumidas por el Aval, al ser este un deudor solidario con el Acreditado, la forma de proceder en su contra debe ser entonces idéntica a la del Acreditado, haciendo mención que entonces las acciones deben ejercerse conjuntamente en un mismo procedimiento, distinguiendo desde luego las reales de las personales.

Así entonces, si el Aval es quien a su vez tiene la calidad de Garante Hipotecario, se deberán ejercer las acciones en su contra tal y como se expresaron en el punto que antecede pero, si únicamente figura como obligado solidario, entonces procederá en su contra exclusivamente la acción personal en la vía mercantil ordinaria o ejecutiva, según corresponda.

3. Garante Hipotecario que no es ni Acreditado ni Aval u Obligado Solidario.- Cuando el Garante Hipotecario sea una persona distinta del Acreditado y/o Aval u Obligado Solidario, deberá ejercerse en su contra la acción hipotecaria en la vía civil sumaria hipotecaria, paralelamente a la

tramitación de las acciones personales en la Vía Mercantil en contra del Acreditado y/o Aval.

En caso de que la vía civil sumaria hipotecaria se encuentre caduca, paralelamente a la tramitación de la acción real en la vía mercantil en contra del acreditado y/o aval, se deberá ejercer la acción de cumplimiento de hipoteca en la vía civil ordinaria en contra del Garante Hipotecario.

*Fecha de recepción: 11 de noviembre de 2014*

*Fecha de aprobación: 25 de agosto de 2015*



## Descripción vs valoración. Las respuestas de John Finnis al desafío de la falacia naturalista

JAVIER SALDAÑA SERRANO<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema*. II. *Punto de partida de John Finnis*. III. *Razón especulativa y razón práctica*. IV. *Silogismo práctico*. V. *El argumento de la Naturaleza Humana*. VI. *Bienes humanos básicos y principios de razonabilidad práctica*. VII. *Conclusión*.

**Resumen.** Para dar respuesta a las objeciones al iusnaturalismo formuladas a partir de la falacia naturalista, Finnis primeramente reconoce que el deber no puede deducirse del ser, y a partir de ello desarrolla dos principales líneas argumentales. La primera es la distinción entre razón especulativa y razón práctica, así como de sus respectivos principios básicos. Los principios prácticos expresan nuestra comprensión de un valor que motiva el actuar humano, por lo que haciendo tal distinción no se incurre en la inferencia ilícita ya mencionada. La segunda parte de la naturaleza humana, los principios prácticos más básicos no derivan de un conocimiento especulativo o metafísico de la naturaleza humana, sino que no derivan de nada, son primeros principios autoevidentes captados por ser buenos para la naturaleza humana y se conocen por la experimentación interior de nuestra propia naturaleza.

**Palabras clave:** iusnaturalismo, falacia naturalista, razón práctica, naturaleza humana, Finnis.

**Abstract:** *To respond to the objections to natural law formulated based in the naturalistic fallacy, what Finnis first do is to recognize that duty cannot be deduced from being, and from there he develops two main argumentative lines. The first one is the distinction between speculative and practical reasoning and their corresponding basic principles. Practical principles express our comprehension of a value that motivates human action. Therefore if we make that distinction the illicit inference is not made. The second one is based on human nature. The most basic practical principles do not derivate from a speculative or metaphysical knowledge of human nature; they do not derivate from nothing. They are self-evident basic principles apprehended by reason*

---

<sup>1</sup> Investigador titular "B" de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

*because they are good for human nature and they can be known only by the internal self experience of our own nature.*

**Keywords:** *Iusnaturalism, naturalistic fallacy, practical reason, human nature, Finnis.*

## I ] Planteamiento del problema

Mi exposición versará sobre uno de los muchos razonamientos por los que el profesor John Finnis se ha caracterizado e identificado a lo largo de su trayectoria académica; me refiero al tema de la derivación ilícita del *deber ser* a partir del *ser* (Falacia Naturalista), cuestión que ha tratado en diversos trabajos.<sup>2</sup> Yo me referiré a la exposición que el profesor Finnis hace en *Natural Law and Natural Rights (LNDN)*.<sup>3</sup>

Antes de mi exposición permítaseme un comentario previo. Este tiene que ver con explicar por qué desde hace tiempo he estado interesado en este asunto, y por qué ha sido una de mis mayores preocupaciones académicas.

La razón es relativamente sencilla; como todos ustedes saben, uno de los argumentos recurrentemente citados a la hora de oponerse a la ética y filosofía del derecho de inspiración iusnaturalista es la llamada falacia naturalista (*naturalistic fallacy*). Los más importantes pensadores de corte iuspositivista y en general todos aquellos teóricos que se inscriben en un no cognitivismo ético, lo han esgrimido como uno de los recursos más importantes y eficaces contra la *extraña* figura del derecho natural. En uno y otro sentido todos los críticos de éste derecho han empleado este argumento para descalificarlo.

Puede ser que la afirmación anterior hoy ya no sea tan radical ni despierte tantas pasiones como lo hizo en otros tiempos, pero en culturas con fuerte raigambre normativista como la mexicana, este argumento sigue teniendo aún vigencia en buena parte de los iusfilósofos, sobre todo, en quienes enseñan en las facultades de derecho. Aunado a críticas contra el derecho natural como la de la separación e independencia del derecho natural del derecho positivo; y la a-historicidad del derecho natural; o la falta de formalización y garantías de éste, se encuentra, sin duda, como una de las más importantes la de la Falacia Naturalista.

La mentalidad descrita, según lo profetizó Hans Kelsen, sigue suscribiendo el siguiente argumento:

<sup>2</sup> Cfr. FINNIS, John, "Natural law and the "is"- "ought" question: an invitation to Professor Veatch" en *The Catholic Lawyer*, 26/4, 1981, pp. 266-277. Cfr. "Natural inclinations and natural rights: deriving "ought" from "is" according to Aquinas", en L. J. Elders-K. Hedwig (eds.), *Lex et libertas. Freedom and law according to St. Thomas Aquinas*, Pontificia Academia di S. Tommaso, Librería Editrice Vaticana, Citta del Vaticano, 1987.

<sup>3</sup> FINNIS, John; *Natural law and Natural Rights*; Claredon Press; Oxford, 1980. Hay una versión castellana de este libro por Orrego C., *Ley Natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000. Esta versión es la que utilizaremos, en adelante LNDN.

*Nadie puede negar que la afirmación de que algo es –esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real–, es esencialmente diferente del enunciado que dice que algo debe producirse, esto es, del enunciado con el cual se describe una norma; y que, en consecuencia, de que algo exista, no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de que algo deba ser, no puede seguirse que algo sea.*<sup>4</sup>

La tesis expuesta plantea la distinción entre *realidad* y *valor*, entre *naturaleza* y *sociedad*, o, para utilizar los mismos términos del profesor vienés, la incomunicabilidad entre *causalidad* e *imputación*. En esta tesis se alude a dos mundos, el del *ser*, o de la naturaleza, y el del *deber ser*, propio del comportamiento humano.

Por eso he creído conveniente referirme en este trabajo a los argumentos que presenta principalmente el profesor John Finnis y colateralmente otros filósofos que se oponen a la existencia de la Falacia Naturalista, como son Mauricio Beuchot y Hilary Putnam.

## II | Punto de partida de John Finnis

El texto con el que el profesor Finnis inicia su exposición es el párrafo de David Hume, quien en su *Treatise of Human Nature* expone la tesis central del argumento:

*En todo sistema moral de que haya tenido noticia, hasta ahora, he podido siempre observar que el autor sigue durante cierto tiempo el modo de hablar ordinario, estableciendo la existencia de Dios o realizando observaciones sobre los quehaceres humanos, y, de pronto, me encuentro con la sorpresa de que, en vez de las cópulas habituales de las proposiciones: es y no es, no veo ninguna proposición que no esté conectada con un debe o un no debe. Este cambio es imperceptible, pero resulta, sin embargo, de la mayor importancia. En efecto, en cuanto que este debe o no debe expresa alguna nueva relación o afirmación, es necesario que ésta sea observada y explicada y que al mismo tiempo se dé razón de algo que parece absolutamente inconcebible, a saber: cómo es posible que esta nueva relación se deduzca de otras totalmente diferentes. Pero como los autores no usan por lo común de esta precaución, me atreveré a recomendarla a los lectores: estoy seguro de que una pequeña reflexión sobre esto subvertiría todos los sistemas corrientes de moralidad, haciéndonos ver que la distinción entre vicio y virtud, ni está basada meramente en relaciones de objetos, ni es percibida por la razón.*<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa-UNAM, México, 1991, p. 19.

<sup>5</sup> En este escrito se usará la versión castellana de la obra: HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana*, preparada por F. Duque, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 633-634. Lo que puede desprenderse del texto de Hume es el hecho de negar a la razón la posibilidad de un conocimiento sobre la moral. Para el autor escocés sólo existió un tipo de racionalidad, la teórica o especulativa, la cual se encontraba distante de los sentimientos y de las sensaciones que eran las que producían la moral, ignorando con esto la existencia de una racionalidad práctica, y con ello la idea fundamental de bien como motivo para la acción humana. Dicho

Para el profesor Finnis, dos serían las interpretaciones más relevantes del texto anterior. La primera de ellas apunta a que Hume está enunciando una verdad lógica: que de un conjunto de premisas no morales, o no valorativas, no se puede seguir una conclusión moral o valorativa.<sup>6</sup> Así, no es posible aceptar que en la conclusión se encuentren razones para la acción si al menos en alguna de las premisas no se encuentran éstas.

La segunda interpretación es que tal cita hay que ubicarla en el contexto histórico en el que Hume la escribió, ya que el pensador escocés la elaboró como un ataque contra los pensadores racionalistas del siglo XVIII, específicamente contra Samuel Clarke: *un ataque cuya pieza central es la tesis de que la percepción racional de las cualidades morales de las acciones no podría proporcionar por sí misma una orientación que mueva a la acción.*<sup>7</sup>

De cualquier modo y en ambos supuestos, el profesor Finnis acepta que el principio enunciado por Hume ha de reconocerse como verdadero y significativo.<sup>8</sup>

Más allá de que, como lo señala Finnis, dicha tesis ya se encontraba en Platón, Aristóteles y Tomás de Aquino, y de que el propio Hume incurrió en la falacia que él había denunciado, lo importante en un primer momento es saber, como lo deja perfectamente claro el profesor Finnis, que ningún autor iusnaturalista de importancia ha afirmado que el derecho positivo derive lógicamente de la naturaleza empírica ni que se deduzca sin más del derecho natural. Esto es, que el *deber ser* de la norma positiva se derive del *ser* de las cosas o del *ser* del derecho natural (el cual es una forma de *deber ser*), o que deba ser una copia de éste. Del mismo modo, Finnis niega que la ley natural sostenga que los seres humanos están dedicados o unidos en comunidad de objetivos como, por ejemplo, la búsqueda de la justicia.<sup>9</sup>

### III ] Razón especulativa y razón práctica

El argumento desde el que Finnis objeta éstas y otras críticas que se le formulan al derecho natural es su afirmación de que los principales autores iusnaturalistas, esto es, tanto Aristóteles como Tomás de Aquino, admitirían sin dificultad que el *deber* no puede deducirse del *ser*<sup>10</sup>, pues estos pensadores aceptaron sin ninguna objeción la diferencia entre la razón especulativa y la razón práctica, ambas con sus respectivos

---

en otras palabras, para Hume, por tanto, no existe una razón práctica normativa que oriente el obrar humano a la consecución del bien.

<sup>6</sup> Cfr. *LNDN*, p. 70.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 70 y 71.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Cfr. *LNDN*, p. 63.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 80.

principios evidentes por sí mismos y que sirven como puntos de partida en ambos razonamientos.

Para el profesor oxonienese, igual que para toda la tradición clásica, ambos tipos de razonamiento parten de principios básicos, que son tales porque desde ellos se comienzan a elaborar sus argumentos. Estos principios reciben justamente el nombre de principios especulativos y prácticos en atención a esa diferenciación. Finnis pondrá de manera especial su atención en los segundos, estableciendo que éstos expresan nuestra comprensión de un valor que puede proporcionar el punto de partida para razonar qué hacer. Así, por ejemplo: *El conocimiento es algo bueno que vale la pena poseer o estar bien informado y con la mente clara es una buena forma de ser, éstos son principios de la razonabilidad práctica.*<sup>11</sup>

Un camino parecido es el seguido por Mauricio Beuchot, quien como Finnis, reconoce que tanto Aristóteles como Tomás de Aquino no incurrieron en el error lógico anunciado, pues ellos conocieron perfectamente la distinción entre razonamiento especulativo y práctico, y como cada uno de ellos parte de los primeros principios, autoevidentes e indemostrables, no hay ninguna inferencia ilícita.

#### IV ] Silogismo práctico

Para ejemplificar lo señalado anteriormente, Finnis explica en términos lógicos, específicamente a través del silogismo práctico, el ejemplo del conocimiento y de cómo aquí no existe una inferencia ilícita del *debe* a partir del *es*:

(i) *Sería bueno averiguar la verdad sobre los supuestos principios de la ley natural.* (ii) *Es probable que la lectura crítica de este libro me ayude a averiguar lo que quiero averiguar sobre estas materias.* (iii) *luego, a pesar de lo aburrido que es, lo leeré por completo y reflexionaré sobre sus argumentos.*

Aquí, la primera de sus premisas se encuentra expresada a modo de un principio práctico y refleja un deseo inteligente al *referir su objeto (averiguar sobre la ley natural) a la forma inteligible y general de bien de la cual dicho objeto es una forma posible de participación o ejemplificación.*<sup>12</sup> La segunda de las premisas es un juicio de hecho sobre el libro, y, finalmente, la conclusión expresa el curso de actuación que se seguirá. De este modo, el principio de razonamiento práctico actuaría como el punto de arranque desde el cual el hombre comprende que su actuación tiene un fin al cual dirige su comportamiento. No siendo una regla, el principio sirve para orientar nuestro razonamiento, y *puede*

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 95.

concretarse (más que aplicarse) en un gran número indefinido de premisas y principios prácticos más específicos.<sup>13</sup>

Beuchot también recurre al silogismo práctico para zafarse de la Falacia Naturalista, pero él cree que se puede ir más allá de las simples proposiciones que componen el silogismo práctico colocándose en los mismos términos que componen dichas proposiciones. Aquí, hace ver que en los propios términos presentes en las oraciones que se usan, hay ya una carga valorativa. El argumento lo toma de Searle, que sostiene que los vocablos usados para describir contienen muchas veces elementos que los hacen también valorar. De enunciados descriptivos se obtiene, por transformación, enunciados valorativos, tematizando los componentes axiológicos que pretendían ser solamente descriptivos.

## V ] El argumento de la naturaleza humana

Ubicado ya en el plano del razonamiento práctico, Finnis expondrá el otro argumento importante en la polémica de la inderivabilidad del *debe* a partir del *es*. Este es el de la naturaleza humana, argumento que probablemente sea el más controvertido y objetado, incluso por quienes se inscriben dentro de la corriente aristotélico-tomista.<sup>14</sup> Con las particularidades de cada uno de los pensadores críticos, se puede decir que la objeción central a la propuesta de Finnis, igual que a la de Grisez y su continuadores, sería que la tesis de estos autores *adolesce de fallas en la interrelación de la razón práctica sistemática con una filosofía de la naturaleza*<sup>15</sup> (Hittinger); o que la misma sustituye una comprensión ontológica por una deontológica de la ley natural y en consecuencia presenta una *ley natural que no toma en cuenta la naturaleza*<sup>16</sup>, excusando el argumento metafísico de las proposiciones morales (Lloyd Weinreb), o como lo señala uno de sus más importantes objetores, Henry Veatch, al señalar que Grisez y con él Finnis, erigen una

<sup>13</sup> *Ibidem*. Lo que Finnis señala acerca del razonamiento práctico sobre la «concreción» de éste, se entiende muy bien en el caso del Derecho. Sobre este punto Andrés Ollero ha insistido desde siempre en la importancia de comprender la denominada “aplicación del Derecho”, más como “concreción” o “determinación” que como “derivación”. Cfr. OLLERO, Andrés, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pp. 435-445, especialmente, p. 441. En sentido análogo, SERNA, Pedro, “Hermenéutica y relativismo”, en *De la argumentación a la hermenéutica*, Comares, Granada, 2003, pp. 4-7, y 216-218.

<sup>14</sup> Un resumen de las objeciones al referido argumento por seguidores de las tesis aristotélicas-tomistas en GEORGE, Robert, P., “Ley natural y naturaleza humana”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, 110, México, 2004, pp. 598-601. Cfr. también, MASSINI, Carlos, Ignacio, “Razón práctica y objetividad del derecho. El debate contemporáneo acerca de los principios jurídicos”, en *Sapientia*, LIX., fas. 215, Buenos Aires, 2004, p. 229.

<sup>15</sup> GEORGE, Robert, P., “Ley natural y naturaleza humana”, en *Boletín mexicano de derecho...*, *op. cit.*, p. 598.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 599.

*pared separando la razón práctica de la teórica, la ética de la metafísica, la naturaleza de la moral, el «ser» del «deber ser».*<sup>17</sup>

¿Cuál es el razonamiento que sirve a estos autores para formular dichas objeciones? Sin duda, una ética fuerte se alcanza a través del recurso a la naturaleza humana como dato antecedente a la prescripción. Según ellos, sin el recurso y apelación a la naturaleza humana y en definitiva a la metafísica que revela hechos propios de tal naturaleza, no se ve cómo sea posible fundar una ética sólida. De este modo y para estos autores, no hay ningún proceso indebido de inderivabilidad en el recurso antecedente a la naturaleza humana, porque la propia naturaleza contiene ya una fuerte carga deóntica, es decir, en el propio ser de tal naturaleza existe ya latente el *deber ser*.

El profesor Finnis y Grisez se oponen a la afirmación anterior explicando que ésta incurre en la falacia naturalista, es decir, establece proposiciones deónticas de proposiciones ónticas. Para ellos y sus seguidores, ninguna conclusión que establezca razones para la acción puede estar fundada en premisas que no contenga razones para la acción.

En primer lugar, habrá que decir que Finnis acepta la existencia de la naturaleza humana, es decir, él jamás ha negado la existencia de tal naturaleza. Y no sólo eso sino que además en el plano puramente ontológico, no epistemológico, la bondad de los bienes humanos depende de la naturaleza; sin embargo, el conocimiento de ella no es a *priori* o exterior. En este punto Finnis es especialmente claro: Para él la naturaleza humana se conoce desde dentro, desde su vital ejercicio, sin necesidad de una deducción metafísica. Aquí, la razonabilidad práctica de la persona se funda en unos primeros principios, los cuales son inderivados y se caracterizan por tener por objeto solamente bienes humanos básicos. Estos principios son los más básicos y fundamentales en sí mismos, son las razones más básicas para la acción y como tales no derivan de nada.

El conocimiento práctico (es el caso de las disciplinas normativas) es tal desde sus primeros principios, evidentes, no inferidos de principios especulativos. Estos primeros principios afirma Finnis: *No son inferidos de proposiciones metafísicas sobre la naturaleza humana, o sobre la naturaleza del bien y del mal, o sobre la «función de un ser humano», ni son inferidos de una concepción teleológica de la naturaleza ni de ninguna otra concepción de la naturaleza. No son inferidos o derivados de nada.*<sup>18</sup>

Con lo anterior, Finnis intenta salir de la acusación formulada contra la teoría del derecho natural, según la cual, ésta pretende inferir deberes a partir de hechos, haciendo ver que en el caso del razonamiento práctico, que es el caso de la acción humana, no se parte de un conocimiento especulativo o metafísico de la naturaleza humana conocida previamente. Resulta especialmente contundente la afirmación que hace al respecto cuando establece:

---

<sup>17</sup> VEATCH, Henry, "Natural Law and the Is-Ought Question", en *Catholic Lawyer*, 26, 1981, p. 265, citado por *ibidem*.

<sup>18</sup> LNDN, p. 67.

*Si la naturaleza del hombre fuese diferente, también los serían sus deberes. Las formas básicas del bien captadas por el entendimiento práctico son lo que es bueno para los seres humanos con la naturaleza que tienen. Tomás de Aquino piensa que el razonamiento práctico no comienza comprendiendo esta naturaleza como desde fuera, mediante observaciones y juicios psicológicos, antropológicos o metafísicos, que definan la naturaleza humana, sino experimentando la propia naturaleza, por decirlo así, desde adentro, bajo la forma de las propias inclinaciones.<sup>19</sup>*

Según lo que se acaba de exponer, la idea que Finnis tiene del razonamiento práctico parte de la *praxis* vital del hombre, donde se conocen ciertos bienes básicos que deben ser realizados de acuerdo con lo establecido por el primer principio de la razón práctica (*bonum faciendum et prosequendum, malum vitandum*) y con los restantes requerimientos de razonabilidad práctica. Tales bienes forman parte de la naturaleza metafísica del hombre pero su conocimiento práctico no deriva del conocimiento especulativo o metafísico de esa naturaleza.

Ahora bien, ya en el plano epistemológico, ¿cómo accede la inteligencia humana al conocimiento de tales principios? En este punto Finnis es especialmente claro al establecer que las razones más básicas de la acción humana son conocidas por evidencia. No siendo inferidos de nada, tales principios son autoevidentes. En realidad, aquí Finnis está interpretando el conocido texto de Tomás de Aquino (I-II q. 94. a. 2) que enuncia esta tesis: *los principios de la ley natural son en el orden práctico lo que los primeros principios de la demostración en el orden especulativo, pues unos y otros son evidentes por sí mismos.*<sup>20</sup>

Robert P. George, seguidor de esta corriente y quien mejor ha comprendido esta posición tanto de Grisez como de Finnis, ha resumido muy bien el problema del conocimiento de los primeros principios del siguiente modo:

*Se conocen por actos no inferenciales de comprensión en los cuales aprehendemos objetivos o propósitos como valederos en sí mismos. Las razones más básicas para la acción son aquellas cuya intelegibilidad no depende de razones más profundas o aun más fundamentales. Como razones básicas no pueden ser derivadas ya que no existe nada más fundamental que pudiera servir como premisa para una derivación lógica. De modo que deben ser autoevidentes.<sup>21</sup>*

## VI | Bienes humanos básicos y principios de razonabilidad práctica

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, pp. 67-68.

<sup>20</sup> DE AQUINO, Tomás, *Summa Theologiae*, I-II, q. 94. a. 2., BAC, Madrid, 1997, p. 731.

<sup>21</sup> GEORGE, Robert, P., "Ley natural y naturaleza humana", en *Boletín mexicano de derecho...*, *op. cit.*, p. 603.

Finalmente señalaré, en términos generales, una distinción que considero importante a efectos de comprender mejor lo antes expuesto.

En la teoría cuyas líneas generales se acaba de mostrar desempeñan una función esencial los siguientes argumentos: por una parte, el primer principio de la razón práctica y los bienes básicos y, por otra, los requerimientos o principios inderivados de la razonabilidad práctica. Aquellos son de naturaleza premoral; estos últimos son los que convierten en morales las decisiones, porque, si son seguidos, las acciones serán razonables, y si no son respetados, serán irrazonables.

La distinción entre bienes premorales y bienes morales apuntada por Finnis es especialmente importante porque dicha distinción le servirá para reconocer que el primer principio del razonamiento práctico (se debe obrar y perseguir el bien y evitar el mal), y los bienes básicos que enuncia, son premorales porque apuntan, como señala Orrego, a *bienes humanos que son objeto tanto de las elecciones buenas como de las malas*.<sup>22</sup> Así, primero conocemos los bienes premorales, y una vez elegidos los bienes a conseguir, estando conformes con todas las exigencias de razonabilidad práctica, dirigimos nuestra acción a la consecución de los mismos. Es en esta última parte donde ya nos encontramos en el terreno de la moralidad.<sup>23</sup> Los primeros principios y los bienes básicos son premorales, y la moralidad aparecerá cuando el hombre con su razón y su libertad los haya encarnado en sus concretas decisiones y acciones, por eso la mera comprensión de los bienes no garantiza que ellos sean buscados correcta, adecuada o razonablemente.<sup>24</sup>

Los bienes humanos básicos que ofrece Finnis en el orden que él los expone en *LNDN* son los siguientes: i) la vida.- ii) el conocimiento de la verdad.- iii) el juego.- iv) la experiencia estética.- v) la sociabilidad o amistad.- vi) la razonabilidad práctica (referida a la capacidad de decisión en los actos con trascendencia ética).- vii) la religión.<sup>25</sup> Tales bienes son

<sup>22</sup> ORREGO, Cristóbal, “Estudio preliminar”, en *LNDN*, p. 21.

<sup>23</sup> Orrego es especialmente claro en este punto al señalar que “(...) la existencia de elecciones libres de conductas moralmente malas, pero de todos modos dirigidas por una cierta forma –disminuida, parcial y desordenada– de racionalidad práctica, exige distinguir entre los primeros principios de la razón práctica en general y su correcta o razonable aplicación en la elección del bien moral. El bien moral es el bien propio de la acción libre cuando está conforme con todas las exigencias de la razonabilidad práctica. El mal moral se da en la acción libre cuando no se ordena según las exigencias de la razonabilidad práctica, aunque la acción mala de todas maneras apunta hacia algún bien humano (sólo el bien puede ser objeto del acto de la voluntad), básico o incluso meramente sensible o infraracional”. *Ibid.*, p. 21-22.

<sup>24</sup> VIGO, Rodolfo Luis, *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, Fontamara, México, 2003, p. 115.

<sup>25</sup> Esta nómina de bienes no es una lista en la que éstos se agoten, ni tampoco es la enumeración definitiva en el pensamiento de Finnis. En trabajos posteriores el propio Finnis ha cambiado la enumeración de los bienes. Para esta evolución del pensamiento de John Finnis cfr. ORREGO, Cristóbal, “Estudio preliminar”, en *LNDN*, pp. 26-27-28.

premorales *por cuanto entiende que cada ser humano ya tiene parte en ellos aún antes de toda decisión deliberada de perseguirlos.*<sup>26</sup>

Las características en tanto que bienes humanos básicos serían las siguientes: i) autoevidentes, o sea, indemostrables en tanto que no necesitan demostración.- ii) autónomos, es decir, no hay bienes que sean instrumentos de otros.- iii) no hay entre ellos jerarquía alguna, a pesar de que cada persona pueda dar más importancia a unos y a otros. De este modo, un médico protegería más el bien de la vida que el juego.<sup>27</sup>

Establecido el carácter premoral de los bienes básicos, Finnis entiende que la moralidad consiste precisamente en buscar su realización siguiendo o respetando las exigencias de la razonabilidad práctica. Tales exigencias distinguen el pensamiento correcto del incorrecto. Así, establecen *los criterios para distinguir entre los actos que son razonables (...) y actos que son irrazonables (...) entre modos de obrar que son moralmente rectos o moralmente desviados.*<sup>28</sup> La inteligencia humana discierne lo que es bueno y *debe ser perseguido*, obrando de una manera diferente a como lo hace con el conocimiento especulativo o metafísico, pero no por eso menos racional que éste. Movida la naturaleza humana por sus inclinaciones, la razón humana por un acto de comprensión capta que el objeto de tal inclinación es una forma general de bien *para uno mismo (y para otros semejantes a uno)*<sup>29</sup>, pudiendo establecer cursos de acción, o tomar decisiones, guiados por los requerimientos de la razón práctica.

Los argumentos anteriores son ilustrativos y demuestran con toda claridad como Finnis acepta que el paso del *ser* al *deber* es indebido; después coloca su argumentación al nivel del puro razonamiento práctico o, en términos lógicos, se ubica sólo en el silogismo práctico, rechazando expresamente cualquier recurso a un nivel antropológico o metafísico

<sup>26</sup> ANDORNO, Roberto, "El paso del «ser» al «deber ser» en el pensamiento iusfilosófico de John Finnis" en *Persona y Derecho*, 34, Pamplona, 1996, p. 27.

<sup>27</sup> "Más importante que la descripción y el número preciso de estos valores es el sentido en que cada uno es básico. En primer lugar, cada uno es una forma de bien igualmente evidente. En segundo lugar, ninguno puede ser reducido analíticamente a ser sólo un aspecto de alguno de los otros, o a ser meramente instrumental en la búsqueda de cualquiera de los otros. En tercer lugar, cada uno, cuando nos concentramos en él, puede razonablemente ser considerado como el más importante. De ahí que no hay una jerarquía objetiva entre ellos". *LNDN.*, p. 123.

<sup>28</sup> *LNDN.*, p. 57.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 68. Un ejemplo clarísimo expuesto por Finnis es el de conocimiento. "Uno no juzga que «yo tengo [o todos tienen] una inclinación a aprender sobre las cosas» y entonces infiere por ende «el conocimiento es un bien que ha de ser perseguido». Más bien, por un simple acto de comprensión no inferencial uno capta que el objeto de la inclinación que uno experimenta es un caso de una forma general de bien, para uno mismo (y para otros semejantes a uno)". *Ibidem.*

previo.<sup>30</sup> Esto no significa, como lo hemos dicho antes, que Finnis rechace la idea de naturaleza humana, pero aun reconociéndola y fundando en ella los bienes en el plano ontológico, no deriva de ella los principios básicos para la acción humana en el plano práctico. Finnis acepta dicha idea y reconoce igualmente el argumento metafísico que explica al hombre, pero rechaza que de éste se deriven las acciones básicas de realización humana.

Ahora bien, ¿qué quiere decir el profesor oxoniense cuando afirma que Tomás de Aquino acude a la naturaleza humana experimentándola desde dentro *bajo la forma de las propias inclinaciones*? Finnis, en este punto, está pensando en la afirmación de Tomás de Aquino establecida en renglones precedentes cuando reconoce que *el bien es lo primero que se alcanza por la aprehensión de la razón práctica, ordenada a la operación; porque todo agente obra por un fin, y el fin tiene razón de bien*.<sup>31</sup> El bien, por tanto, se alcanza por las inclinaciones naturales del hombre, por la manera y forma en la que éstas lo aprehenden. Por el modo de lograrlas. *Por otra parte, como el bien tiene razón de fin, y el mal, de lo contrario, síguese que todo aquello a lo que el hombre se siente naturalmente inclinado lo aprehende la razón como bueno y, por ende, como algo que debe ser procurado, mientras que su contrario lo aprehende como mal y como algo que debe de ser evitado*.<sup>32</sup>

Lo que Finnis pretende significar es que, en la teoría de Tomás de Aquino y en la suya propia, lo percibido como bueno, como bien que debe hacerse y alcanzarse, se presenta de manera inmediata y autoevidente a la conciencia humana. Así, por ejemplo, bienes como el conocimiento (la verdad buscada por sí misma) o la preservación de la vida (cada uno de los aspectos de la vitalidad) son bienes para el hombre *que han de ser buscados*. Y como el principio primero de la razón práctica es *el bien hay que hacerlo y perseguirlo, y el mal evitarlo*, el conocimiento o la preservación de la vida deben ser buscados y perseguidos. No hay aquí ningún concepto de naturaleza humana especulativo a partir del cual se obtenga o se derive que hay que conservar la vida o el conocimiento. Ambos bienes, por contrario, son comprendidos como tales en virtud de la propia inclinación natural del hombre.

Por otra parte, habrá que insistir en que dichas inclinaciones naturales en el hombre están medidas por la racionalidad. Así, concluye Finnis, siguiendo a Tomás de Aquino: *El criterio de conformidad o contrariedad respecto de la naturaleza humana es la razonabilidad*.<sup>33</sup> En

<sup>30</sup> Cfr. FINNIS, John, *Fundamentals of Ethics*, Georgetown University Press, Londres, 1983, p. 22. Un análisis de la visión de la ética no metafísica que Finnis sostiene puede verse en la reseña que escribe SOAJE RAMOS, Guido, "Sobre Fundamentals of ethics" en *Ethos*, 14-15, Buenos Aires, 1986-1987, p. 236 ss.

<sup>31</sup> DE AQUINO, Tomas, *Summa Theologiae*, I-II, q, 94. a. 2., ed., cit., p. 732.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> LNDN., p. 69.

definitiva, en la acción humana, lo correcto moralmente y su contrario no son inferidos de una noción *a priori* de naturaleza humana, sino de lo que es razonable moralmente en orden a la consecución o preservación de un bien. Finnis lo deja claramente establecido al señalar que para el Aquinate descubrir qué es lo correcto o incorrecto no es preguntarse por si está o no de acuerdo con la naturaleza del hombre, sino si tal acción es o no *razonable*.<sup>34</sup>

## VII ] Conclusión

Llegados a este punto creo que es necesario señalar como comentario conclusivo que después de la exposición de algunos de los más importantes argumentos utilizados por John Finnis para oponerse a la temida falacia naturalista, será muy difícil seguir atacando cualquier ética de carácter objetiva, y, por supuesto, continuar objetando las tesis centrales del derecho natural, al menos el derecho que echa raíces en Aristóteles y Tomás de Aquino. Estos pensadores y el derecho que ellos defendieron se encuentra muy lejos de incurrir en tal error lógico, antes bien, conocieron perfectamente la diferenciación entre razonamiento especulativo y práctico. Estamos entonces en condiciones de seguir pensando y argumentando a favor del derecho natural.

## Bibliografía

- ANDORNO, Roberto, "El paso del «ser» al «deber ser» en el pensamiento iusfilosófico de John Finnis" en *Persona y Derecho*, 34, Pamplona, 1996.
- DE AQUINO, Tomás, *Summa Theologiae*, BAC, Madrid, 1997.
- FINNIS, John; *Natural law and Natural Rights*; Claredon Press; Oxford, 1980.
- FINNIS, John, "Natural law and the "is"-ought" question: an invitation to Professor Veatch" en *The Catholic Lawyer*, 26/4, 1981.
- FINNIS, John, *Fundamentals of Ethics*, Georgetown University Press, Londres, 1983.
- GEORGE, Robert, P., "Ley natural y naturaleza humana", en *Boletín mexicano de derecho comparado*, 110, México, 2004.
- HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana*, F. Duque, Tecnos, Madrid, 1998.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa-UNAM, México, 1991.
- L. J. Elders-K. Hedwig (eds.), *Lex et libertas. Freedom and law according to St. Thomas Aquinas*, Pontificia Academia di S. Tommaso, Librería Editrice Vaticana, Citta del Vaticano, 1987.
- MASSINI, Carlos, Ignacio, "Razón práctica y objetividad del derecho. El debate contemporáneo acerca de los principios jurídicos", en *Sapientia*, LIX., fas. 215, Buenos Aires, 2004.
- OLLERO, Andrés, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.
- SERNA, Pedro, *De la argumentación a la hermenéutica*, Comares, Granada, 2003
- SOAJE RAMOS, Guido, "Sobre Fundamentals of ethics" en *Ethos*, 14-15, Buenos Aires, 1986-1987

<sup>34</sup> Cfr. *Ibidem*.

VEATCH, Henry, "Natural Law and the Is-Ought Question", en *Catholic Lawyer*, 26, 1981  
VIGO, Rodolfo Luis, *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J.Finnis*, Fontamara, México, 2003.

*Fecha de recepción: 10 de enero de 2015*

*Fecha de aprobación: 17 de agosto de 2015*



# El uso de la fuerza en el ciberespacio

JUAN ALBERTO SALINAS MACÍAS<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Naturaleza de las Operaciones Ofensivas en el Ciberespacio*. III. *Ius Ad Bellum en el Ciberespacio*. IV. *Ciberataque como Término de Arte en el Jus Ad Bellum*. V. *Conclusión*

**Resumen.** En esta era de guerra remota, el ciberespacio se convirtió en uno de los dominios más relevantes. Sus características permiten el incremento en las capacidades de Estados y actores no-estatales para perseguir sus intereses, ya sean económicos, políticos o militares. En caso de ciberguerra existe una incertidumbre sobre el derecho aplicable y hasta qué punto responde a esta nueva realidad. Para ello, este artículo explora la naturaleza de una operación ofensiva en el ciberespacio, cuándo activa el andamiaje legal del *jus ad bellum*, y los retos que coloca al derecho internacional.

**Palabras clave:** Ciberespacio, Ciberataques, Derecho Internacional aplicable.

**Abstract:** *In this era of remote warfare, cyberspace became one of the most relevant domains. Its characteristics allow the increase of State's and non-state actor's capabilities to pursue their interests, whether they are economic, political, or military. In case of cyberwarfare, there is uncertainty about the applicable law and how it responds to this new reality. To that extent, this article explores the nature of an offensive operation in cyberspace, when it triggers the conventional ius ad bellum framework, and the challenges it poses to international law.*

**Keywords:** Cyberspace, Cyberattacks, International applicable law.

## I ] Introducción

El ciberespacio comúnmente se imagina como un espacio paralelo, abstracto, lógico, de ideas, pero ajeno a la realidad material.<sup>2</sup> Sin embargo, rápidamente se posiciona como el pilar de la economía,

<sup>1</sup> Profesor en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, Universidad Jesuita de Guadalajara.

<sup>2</sup> SKLEROV, Matthew, *Solving the Dilemma of State Responses to Cyberattacks: A Justification for the Use of Active Defenses Against States Who Neglect Their Duty to Prevent*, 201, *Military Law Review*, 2009, disponible en: [http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/Military\\_Law\\_Review/pdf-files/201-fall-2009.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Military_Law_Review/pdf-files/201-fall-2009.pdf). Última consulta: 18 de agosto, 2015.

investigación, educación, ejército y gobiernos transparentes.<sup>3</sup> En el 2011, casi cuatro mil millones de personas estaban conectadas al menos a una fuente móvil de internet.<sup>4</sup> Se espera que para el 2017, las suscripciones a banda ancha puedan alcanzar al 70% de la población, ya sea móvil o doméstica.<sup>5</sup>

El ciberespacio es una red de redes. Implica, por un lado, que una red tiene posibilidad a conectarse con otras a través del internet<sup>6</sup> y, por otro, que también incluye aquellas redes *offline*, sin conexión con otras redes.<sup>7</sup> Esta realidad, nos hace distinguir entre el ciberespacio como un dominio en general y al Internet como la conectividad entre redes. El ciberespacio y la capacidad de conectarse a la red de redes es la pieza fundamental que hoy discutimos, tanto como derecho humano<sup>8</sup> y herramienta que fomenta el desarrollo a través de la comunicación instantánea, desapareciendo las barreras geográficas.<sup>9</sup> El internet fue diseñado para ser expandible, colaborativo y fácilmente adaptable a la innovación tecnológica;<sup>10</sup> por lo tanto, incluye actividades económicas, propiedad intelectual, infraestructura crítica y militar que colocan un creciente valor al ciberespacio.<sup>11</sup> Todo ello pertenece a la red en la era de la información.

---

<sup>3</sup> THE WHITE HOUSE, *International Strategy for Cyberspace; Prosperity, Security, and Openness in a Networked World*, 2011, disponible en: [https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss\\_viewer/international\\_strategy\\_for\\_cyberspace.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf). Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> United Nations Office on Drugs and Crime, *Comprehensive Study on Cybercrime* (Vienna: UNODC, febrero 2013), p.1.

<sup>6</sup> CLARKE, Richard, *Cyber War: The Next Threat to National Security and What To Do About It*, Harper Collins, USA, 2010, p.69.

<sup>7</sup> *Ibidem*. p.70.

<sup>8</sup> BILDT, Carl, *A Victory for the Internet*, The New York Times, 05 de julio, 2012, disponible en: <http://www.nytimes.com/2012/07/06/opinion/carl-bildt-a-victory-for-the-internet.html>. Última consulta: 18 de agosto, 2015. RALPH, Talia, *UN deems Internet access a basic human right*, Global Post, 06 de julio de 2012, disponible en: <http://www.globalpost.com/dispatch/news/politics/diplomacy/120706/un-deems-internet-access-basic-human-right-0>. Última consulta: 18 de agosto, 2015. LANGS, Sarah, *Adding to the online bandwagon*, Daily News, 11 julio, 2012, disponible en: <http://www.nydailynews.com/blogs/pageviews/2012/07/adding-to-the-online-bandwagon-un-declares-internet-access-a-human-right>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>9</sup> THE WHITE HOUSE, op. cit. *Op. Cit.* 2, en 3.

<sup>10</sup> Department of Defense, *Strategy for Operating in Cyberspace* (2011) 2.

<sup>11</sup> HAYES, Carol et al., *Mitigative Counterstriking: Self-Defense and Deterrence in Cyberspace*, Harvard Journal of Law and Technology, 2012, V.25 disponible en: <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v25/25HarvJLTech415.pdf>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

Las amenazas al ciberespacio se presentan en forma proporcional a la dependencia al mismo. Por ello, la necesidad de explorar el ciberespacio como el quinto dominio, sumado a la tierra, agua, aire y espacio.<sup>12</sup> Desde inicios de la década pasada se sugería por académicos y tomadores de decisiones que las guerras se combatirían en el ciberespacio o con un alto contenido en este dominio.<sup>13</sup> Las estrategias de los Estados giran en torno a la ciberseguridad, que son medidas principalmente pasivo-defensivas.<sup>14</sup> Recientemente, algunos Estados han comenzado a hacer públicos sus estándares para las operaciones ofensivas después de que algunas realizadas en cubierto se hicieran públicas.<sup>15</sup> Sin embargo, aún persiste la neblina jurídica respecto a diversos retos que quiero abordar en el artículo. Primero, para comprender al ciberespacio como un dominio es necesario explorar su arquitectura, el funcionamiento de las Operaciones Ofensivas en el Ciberespacio (OOC), los diversos tipos de OOC, su compleja ejecución, problemas de atribución y jurisdicción, y sus posibles efectos.

Segundo, la relación del ciberespacio como dominio y el derecho de guerra, para determinar cuál es el marco normativo vigente y su aplicación en un escenario de conflicto armado.

Tercero, si consideramos ciertos tipos de OOC como un ciberataque utilizando el concepto 'ataque' como término de arte en el derecho internacional es necesario evaluar la aplicabilidad del derecho de guerra y, particularmente, del *jus ad bellum*. La falta de consenso en la definición es manifiesta en los ataques a Estonia (2007),<sup>16</sup> Georgia

---

<sup>12</sup> ALLEN, Patrick *et al.*, *The Information Sphere Domain Increasing Understanding and Cooperation*, en *Virtual Battlef. Perspective. Cyber Warf. 2* (C. Czosseck ed., IOS Press 2009).

<sup>13</sup> HAYES, Carol *et al.*, *op.cit.* 10, en 10.

<sup>14</sup> SKLEROV, *op.cit.* 1, en 2.

<sup>15</sup> SANGER, David, *Obama Order Sped Up Wave of Cyberattacks Against Iran*, *The New York Times*, 01 de junio, 2012, disponible en: <http://www.nytimes.com/2012/06/01/world/middleeast/obama-ordered-wave-of-cyberattacks-against-iran.html>. Última consulta: 18 de agosto, 2015. Es importante destacar que Stuxnet es una medida ofensiva que dio pie a la discusión pública de cómo lucen las OOC más sofisticadas.

<sup>16</sup> DAVIS, Joshua, *Hackers Take Down the Most Wired Country in Europe*, *WIRED*, 21 de agosto de 2007, disponible en: [http://www.wired.com/politics/security/magazine/15-09/ff\\_estonia?currentPage=all](http://www.wired.com/politics/security/magazine/15-09/ff_estonia?currentPage=all). Última consulta: 18 de agosto, 2015; *Estonian DDoS Attacks – A summary to date | DDoS and Security Reports | Arbor Networks Security Blog*, <https://asert.arbornetworks.com/estonian-ddos-attacks-a-summary-to-date/>; *Estonia has no evidence of Kremlin involvement in cyber attacks*, *Sputnik International*, 06 de septiembre de 2007, disponible en: <http://en.rian.ru/world/20070906/76959190.html>. Última consulta: 18 de agosto de 2015; *Denial-of-Service: The Estonian Cyberwar and Its Implications for U.S. National Security*, *International Affairs Review*, disponible en: <http://www.iar-gwu.org/node/65>. Última consulta: 18 de agosto, 2015. *2007 cyber attack on Estonia launched by Kremlin-backed youth group*, *Homeland Security News Wire*, 13 de marzo, 2013, disponible en <http://www.homelandsecuritynewswire.com/2007-cyber-attack-estonia>

(2008),<sup>17</sup> Irán con *Stuxnet* (2010)<sup>18</sup> y más recientemente con los ataques a Sony (2014).<sup>19</sup> Se ha llegado a afirmar por académicos y juristas internacionales que los principios del derecho internacional sí aplican al ciberespacio;<sup>20</sup> sin embargo, no es claro hasta qué punto y los retos que presenta. Por ejemplo, ¿Cuándo un ciberataque puede ser considerado uso de la fuerza en los términos del Artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas (Carta)? ¿Cuándo un ciberataque puede ser considerado un ataque armado para efectos de la legítima defensa establecida en el Artículo 51 de la Carta? ¿Cómo se le permite a un Estado responder si no hay un efecto cinético?

Por último, concluyo con los retos que presenta el marco regulatorio del derecho de guerra para atender a un dominio altamente proliferado, con pocas posibilidades de disuasión y una limitada exploración tanto de seguridad como de derecho internacional.

## II ] La naturaleza de las operaciones ofensivas en el ciberespacio

El concepto de ciberespacio fue por primera vez utilizado por William Gibson al señalar que era *una alucinación consensual experimentada por millones de legítimos usuarios*.<sup>21</sup> Esta alucinación transitó de una red cerrada en la era previa al Internet a una red de redes en la realidad 2.0 que vivimos.<sup>22</sup> El ciberespacio incluye: (i) redes locales conectadas y no accesibles. (ii) redes locales no conectadas, que son casi inexistentes; y (iii) redes abiertas.<sup>23</sup> El primer y segundo modelo

---

launched-kremlin-backed-youth-group. Última consulta; 18 de agosto, 2015. MYERS LEE, Steven 'E-stonia' Accuses Russia of Computer Attacks, The New York Times, 18 de mayo, 2007, disponible en: <http://www.nytimes.com/2007/05/18/world/europe/18cnd-russia.html>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>17</sup> HOLLIES, David. *Cyberwar Case Study: Georgia 2008*, Small Wars Journal, 2011; SWAINE, Jon. *Georgia: Russia 'conducting cyber war'*, 11 de agosto, 2008, disponible en: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/georgia/2539157/Georgia-Russia-conducting-cyber-war.html>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>18</sup> SANGER, David. *Obama Ordered Wave of Cyberattacks Against Iran*, The New York Times, 01 de junio, 2012, disponible en: <http://www.nytimes.com/2012/06/01/world/middleeast/obama-ordered-wave-of-cyberattacks-against-iran.html>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>19</sup> PERLROTH, Nicole, *et.al*, *North Korea Loses Its Link to the Internet*, The New York Times, 22 de diciembre, 2014, disponible en: <http://www.nytimes.com/2014/12/23/world/asia/attack-is-suspected-as-north-korean-internet-collapses.html>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>20</sup> KOH, Harold. *International Law In Cyberspace* (2012). (En Adelante, "Discurso de Koh")

<sup>21</sup> GIBSON, William, *Neuromancer*, Ace Books, Estados Unidos, 1984, p. 51

<sup>22</sup> CLARKE, op.cit., *Op. Cit.* 5, en 69.

<sup>23</sup> *Id.* en 70.

pertenece en la era pre-internet, mientras que el último modelo utiliza como premisa la existencia del Internet y la conectividad con cualidades *laissez faire*.<sup>24</sup> Desde la explotación del ciberespacio abierto, el comercio, servicios financieros, gubernamentales, estructura vital, estrategia militar y otros fines fueron dependiendo cada vez más del ciberespacio para sus operaciones cotidianas.<sup>25</sup>

Las amenazas a este nuevo *bien común* fueron creciendo de forma proporcional a nuestra dependencia y adquiere un valor estratégico. Originalmente el ciberespacio fue diseñado para convertirse en un *commons* con cinco elementos fundamentales propios de dicha categoría: (i) no puede haber apropiación pública o privada.<sup>26</sup> (ii) ningún actor puede reclamar derechos reales sobre el espacio común.<sup>27</sup> (iii) las naciones compartirán los beneficios del *commons* informático.<sup>28</sup> (iv) no puede haber armas.<sup>29</sup> y (v) el *commons* debe ser preservado para el beneficio de futuras generaciones.<sup>30</sup> Sin embargo, en la práctica, la protección del ciberespacio como un *commons* rápidamente se erosionó dado que los Estados y actores no estatales entraron en una carrera de armas de la cual no habrá marcha atrás.<sup>31</sup>

Esta realidad, es lo que llevó al ciberespacio a abandonar su naturaleza y diseño de *commons* por el de un dominio, considerado como un espacio en el que se realizan actividades beligerantes.<sup>32</sup> Históricamente dos dominios han predominado en las operaciones militares: tierra y mar.<sup>33</sup> Durante la Primera Guerra Mundial, el espacio aéreo fue un factor determinante y se incluyó a los dominios tradicionales.<sup>34</sup> Asimismo, en la administración del presidente de los Estados Unidos, Ronald Reagan, se

---

<sup>24</sup> TRACHTMAN, Joel, *Cyberspace, Sovereignty, Jurisdiction, and Modernism*, Indiana Journal of Global Legal Studies, 1998, Vol.5, Tomo 2, p. 571, disponible en: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1134&context=ijgls>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>25</sup> THE WHITE HOUSE, op.cit. 2, en 7.

<sup>26</sup> FRAKES, J *Notes and Comments: The Common Heritage of Mankind Principle and the Deep Seabed, Outer Space, and Antarctica*, 21 Wisconsin International Law Journal, pp. 409, 426, disponible en: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&doid=21+Wis.+Int%27+L.J.+409&srctype=smi&srcid=3B15&key=2a9022b86639c896522d9a7fb442c3de>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>27</sup> *Ibidem*. en 411.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*. en 412.

<sup>30</sup> *Idem*.

<sup>31</sup> DEIBERT, Ronald, *Militarizing Cyberspace*, MIT Technology Review, 22 de junio, 2010, disponible en: <http://www.technologyreview.com/notebook/419458/militarizing-cyberspace/>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>32</sup> ALLEN, Patrick *et al. Op Cit.* 11, en 1.

<sup>33</sup> *Idem*.

<sup>34</sup> *Idem*.

incluyó al espacio exterior como un dominio, después de treinta años de investigación espacial.<sup>35</sup> Hay ciertas tendencias presentes en los nuevos dominios que nos son fácilmente identificables en el ciberespacio: (i) debe existir la capacidad de operar. (ii) las operaciones provienen de un espacio común. (iii) la capacidad de afectar el dominio y los otros dominios reconocidos. (iv) reconocimiento de las características únicas del dominio y su desarrollo y, (v) apoyo financiero e institucional para su desarrollo.<sup>36</sup> El ciberespacio como dominio tiene además una característica esencial: es en sí mismo un dominio, pero también potencializa a los otros cuatro dominios tradicionales.<sup>37</sup>

El reconocimiento del ciberespacio como un dominio requiere de un mayor y más profundo examen sobre su dinámica y particularmente sus operaciones, de las cuales podemos identificar las siguientes cuatro características. Primero, las OOC tienen resultados inciertos y difícilmente se puede predecir sus consecuencias.<sup>38</sup> Sin embargo, sus efectos pueden ser de dos tipos: directos o indirectos.<sup>39</sup> Los efectos directos se circunscriben al ciberespacio que, según nos hace referencia el Reporte del *National Research Council* (NRC), causan la pérdida de integridad, autenticidad o disponibilidad de un sistema.<sup>40</sup> Los efectos indirectos pueden ser los más graves, ya que causan un daño colateral o exterior al ciberespacio. Estos efectos son los que pudieran ocasionar el incremento de un conflicto a un escenario de guerra armada convencional.<sup>41</sup> De hecho, a diferencia de los efectos directos que pueden ser reversibles, los efectos indirectos buscan un daño permanente a un sistema, inhabilitando la posibilidad de funcionar.<sup>42</sup> Los efectos indirectos son esencialmente los que analizan los juegos de guerra realizados por los organismos de

---

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> *Ibidem.* en 2.

<sup>37</sup> *Ibidem.* en 7. Léase: tierra, mar, aire y espacio exterior.

<sup>38</sup> OWENS, A. William, *et al. Technology, Policy, Law, and Ethics Regarding U.S. Acquisition and Use of Cyberattack Capabilities, National Research Council, 2009*, disponible en: <http://www.steptoe.com/assets/attachments/3785.pdf>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>39</sup> *Ibid.* en 67; HAYES, Carol *et al. Op Cit.* 10, en 431.

<sup>40</sup> OWENS, A. William, *et al. Op. Cit.* 26, at 111. (i) Pérdida de integridad: alterar la información para que en ciertas circunstancias de operación, el sistema no provee resultados exactos [...] una computadora que perdió su integridad puede ser dirigida a su autodestrucción.- (ii) Pérdida de autenticidad: una operación ofensiva cuya fuente provee información oscura o dañina.- (iii) Pérdida de disponibilidad: cuando un sistema simplemente no está disponible o el tiempo de respuesta es intolerablemente largo.

<sup>41</sup> *Ibidem.* en 112.

<sup>42</sup> *Idem.* Por ejemplo: los efectos directos surgen cuando un OOC afecta la computadora que controla un generador, pero puede ser reversible si únicamente borra contenido y la regresa a su configuración de fábrica. Un efecto indirecto sea que inabilite el generador y elimine el suministro de energía eléctrica a una zona geográfica.

defensa debido las consecuencias que puede resultar en daños y pérdidas de vidas humanas.<sup>43</sup>

Segundo, las OOC son complejas de planear y ejecutar. A diferencia de otras operaciones con armas convencionales, las desarrolladas y ejecutadas en el ciberespacio son más propensas de ser efectivas cuando ocurre un error en un sistema de defensa del adversario, además del diseño de la operación ofensiva; es decir, dependen del error del adversario y diseño del software. En ciertos casos como muestra la *Operación Juegos Olímpicos* contra el sistema nuclear de Irán, la operación se lanzó en 2006 y sus primeros efectos tuvieron lugar en 2008.<sup>44</sup>

Tercero, los OOC son relativamente económicos y fáciles de desarrollar, comparado con otras formas de causar efectos negativos al adversario. Esto, desde el punto de vista estratégico es sumamente relevante, los OOC son *ampliamente disponibles, baratos, y fáciles de obtener*.<sup>45</sup> Por ello, la posibilidad de un conflicto en el ciberespacio implica un replanteamiento de lo que es considerado un arma convencional y sus ramificaciones— comenzando por qué trascendería el escenario de guerra convencional entre Estados, para incluir de forma más dinámica a actores de carácter no-estatal.<sup>46</sup>

Cuarto, las OOC colocan un incentivo importante para su negociación, o bien, explotación a través de *proxies*.<sup>47</sup> Las OOC provienen de un medio altamente proliferado y se presentan los siguientes problemas: (i) atribuir la responsabilidad de un Estado por acciones realizadas por actores de carácter no estatal. (ii) examinar las precondiciones para atribuir a un Estado una OOC cuando sus efectos son suficientemente graves. y (iii) cuándo un Estado permite y promueve los ataques a través de actores de carácter no estatal, se pueda encontrar este en un contexto de conflicto armado internacional.<sup>48</sup>

Las OOC utilizan software como arma, tal y como sucede con operaciones en los otros dominios. Hay tres tipos principales de armas

---

<sup>43</sup> ASSANTE, Michael, *America's Critical Infrastructure Is Vulnerable To Cyber Attacks*, Forbes, 11 de noviembre, 2014, disponible en: <http://www.forbes.com/sites/realspin/2014/11/11/americas-critical-infrastructure-is-vulnerable-to-cyber-attacks/>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>44</sup> SANGER, David. *Confront and Conceal: Obama's Secret Wars and Surprising Use of American Power*, Broadway Books, Estados Unidos de América, 2014.

<sup>45</sup> OWENS, A. William, *et al. Op. Cit.* 37, en 20.

<sup>46</sup> U.S. Naval Insitute y CACI International, *Cyber Threats to National Security* jul. 2010,p.7, disponible en: [http://asymmetricthreat.net/docs/asymmetric\\_threat\\_4\\_paper.pdf](http://asymmetricthreat.net/docs/asymmetric_threat_4_paper.pdf). Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>47</sup> OWENS, A. William, *et al. Op. Cit.* 37, en 20

<sup>48</sup> SCHMITT, N, Michael, *et al. Proxy Wars in Cyber Space*, Fletcher Security Review, 2014 V.I, 2014, disponible en: [https://ccdcoe.org/sites/default/files/multimedia/pdf/c28a64\\_2fdf4e7945e9455cb8f8548c9d328ebe.pdf](https://ccdcoe.org/sites/default/files/multimedia/pdf/c28a64_2fdf4e7945e9455cb8f8548c9d328ebe.pdf). Última consulta: 18 de agosto, 2015.

informáticas (AI): (i) software maligno enviado a través de Internet.<sup>49</sup> (ii) negación del servicio (DOS, por sus siglas en inglés).<sup>50</sup> y (iii) intrusiones remotas no autorizadas.<sup>51</sup> El primer tipo es un software que se acciona con un *click*, abriendo los contenidos que permiten al ejecutor de una AI tener control sobre las operaciones que realiza el administrador del sistema o usuario. Estas operaciones se realizan contra sistemas vulnerables y permiten obtener una amplia cobertura una vez que se disemina su software a través del ciberespacio.<sup>52</sup> Además de ser sencillos, fácilmente se pueden convertir en una operación DOS al aprovechar las vulnerabilidades para desestabilizar un sistema.<sup>53</sup> La segunda categoría es la más frecuente y se denomina *denial of service* o DOS y utiliza los protocolos de comunicación que permiten a las computadoras vincularse entre ellas, ocasionando que se saturen y dejen de funcionar.<sup>54</sup> Es decir, los ataques DOS saturan a un sistema, dejándolo inoperante por falta de capacidad. Los ataques a Estonia en 2007 fueron a través de esta modalidad de AI.<sup>55</sup> La tercer variante son intrusiones a un sistema por individuos.<sup>56</sup> Son programas realizados para obtener acceso sin autorización manipulando el Protocolo de Control de Transmisión/Protocolo de Internet (TCP/IP, por sus siglas en inglés).<sup>57</sup> Este tipo de AI permite al atacante rodear el proceso de autenticación y conectarse con un modelo *peer-to-peer*.<sup>58</sup>

Las categorías de OOC y los tipos de AI nos permiten tener una mayor comprensión de la dimensión práctica del dominio. Es importante, ahora, tomar en cuenta cuándo pueden ser consideradas como un ciberataque y los retos en la aplicación del derecho internacional, particularmente vinculado a un contexto de derecho de guerra.

### III ] *Ius ad bellum* en el ciberespacio

El reto más importante en un escenario de conflicto en el ciberespacio es la ausencia de certidumbre jurídica. En diversas ocasiones se ha hecho alusión a la inaplicabilidad del derecho internacional para el nuevo dominio; sin embargo, a pesar que las normas internacionales padecen cierto anacronismo,<sup>59</sup> no es una epifanía afirmar que los

---

<sup>49</sup> GHOSH, Sumit et al. *Cybercrimes*, Springer, Estados Unidos de América, 2010, p.28

<sup>50</sup> SKLEROV, *Op. Cit.* 1, p. 18.

<sup>51</sup> GHOSH, *Op. Cit.* 49, p. 30.

<sup>52</sup> *Idem.* p. 34.

<sup>53</sup> *Idem.* p.28

<sup>54</sup> SKLEROV. *Op. Cit.* 1, p. 18.

<sup>55</sup> SANGER. *Op. Cit.* 15.

<sup>56</sup> SKLEROV. *Op. Cit.* 1, p. 16.

<sup>57</sup> GHOSH. *Op. Cit.* 49, p. 30.

<sup>58</sup> *Idem.*

<sup>59</sup> SKLEROV. *Op. Cit.* 1, en 6.

principios del derecho internacional sí aplican a este nuevo dominio.<sup>60</sup> De hecho, la normatividad internacional se ha visto históricamente confrontada con el desarrollo tecnológico y si los medios de conflicto y los dominios cambian, el derecho debe adaptarse.<sup>61</sup>

El derecho de guerra tiene dos vertientes: por un lado, el *jus ad bellum* o derecho para ir a la guerra que determina cuándo un Estado puede recurrir legalmente al uso de la fuerza y, por otro lado, el *jus in bello* o derecho durante la guerra, que regula la forma que deben conducirse los actores durante un conflicto armado.<sup>62</sup> Para efectos del presente análisis me enfocaré en la primer vertiente del derecho de guerra.

El primer reto del *jus ad bellum* que debemos situar en su debido contexto es el concepto del uso de la fuerza y cuándo un ciberataque puede ser considerado de tal forma. La prohibición al uso de la fuerza es uno de los pilares del orden internacional y fue codificada en la Carta de las Naciones Unidas, señalando que [*l*]os Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.<sup>63</sup> Uno de los principales problemas con la prohibición del uso de la fuerza en el escenario internacional es que no existe un consenso sobre su significado y su evolución desde la adopción de la Carta en 1945.<sup>64</sup> La misma redacción del máximo instrumento internacional es ambigua y permite identificar en tres apartados el uso de la palabra *fuerza*, de las cuales en dos de ellas tiene una connotación armada y una vinculada a la integridad territorial e independencia política de un Estado.<sup>65</sup>

Para explorar el contenido del uso de la fuerza es importante señalar dos corrientes. En una primera corriente que podemos denominar restrictiva, se afirma que el uso de la fuerza debe ser interpretado en su sentido ordinario y limitarlo a un contexto de fuerza armada. Estados Unidos y otros países Occidentales favorecen históricamente esta perspectiva.<sup>66</sup> La segunda corriente que podemos denominar evolutiva,

---

<sup>60</sup> KOH, *Op. Cit.* 19.

<sup>61</sup> SKLEROV, *Op. Cit.* 1, en 1.

<sup>62</sup> SCHMITT, N, Michael *The Law of Cyber Warfare: Quo Vadis?*, Stanford Law Policy Review, 2014, V.25:269, disponible en: [https://journals.law.stanford.edu/sites/default/files/stanford-law-policy-review/print/2014/06/schmitt\\_25\\_stan.\\_1.\\_poly\\_rev.\\_269\\_final.pdf](https://journals.law.stanford.edu/sites/default/files/stanford-law-policy-review/print/2014/06/schmitt_25_stan._1._poly_rev._269_final.pdf). Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>63</sup> Carta de las Naciones Unidas Art. 2(4) (1945).

<sup>64</sup> WAXMAN, Matthew. *Cyber-Attacks and the Use of Force*, Yale Journal of International Law, 2010, p. 429, disponible en: <http://www.yjil.org/docs/pub/36-2-waxman-cyber-attacks-and-the-use-of-force.pdf>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>65</sup> Carta de las Naciones Unidas, *Op. Cit.* 60, en Prámbulo y los Artículos 2(4) y 41.

<sup>66</sup> SCHMITT, N. Michael. *Cyberspace and International Law*, Harvard Law Review Forum, 2013. p.178.

considera el concepto del uso de la fuerza como expansivo y objeto de interpretación que no debe restringirse al uso de fuerza limitar.

Desde la corriente evolutiva es posible identificar tres fases que nos permiten un mayor entendimiento del concepto de uso de la fuerza. Primera, el uso de fuerza limitado a un contenido de fuerza armada. Como podemos constatar en el *travaux préparatoires* de la Carta, era la voluntad de algunas delegaciones—principalmente la estadounidense—mantener una interpretación restrictiva del concepto y limitar la discusión a la prohibición el uso de fuerza militar o armada.<sup>67</sup> Segunda, la fuerza como coerción. En 1970, la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGONU) adoptó la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta y el mantenimiento de paz al recordar *el deber de los Estados de abstenerse, en sus relaciones internacionales, de ejercer coerción militar, política, económica o de cualquier otra índole contra la independencia política o la integridad territorial de cualquier Estado*.<sup>68</sup> Además, evitar recurrir a *cualquier medida de fuerza que prive de su derecho a la libre determinación y a la libertad y a la independencia a los pueblos aludidos en la formulación del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación*.<sup>69</sup> (Énfasis añadido.) La relativa ampliación interpretativa se da esencialmente por un impulso de Estados afines a los soviéticos que enfrentaban sanciones económicas de Occidente y, desde su perspectiva, violaba su independencia política. Por ello, el concepto evolucionó para incluir coerción como una violación a la obligación internacional de mantener relaciones de amistad y cooperación.<sup>70</sup> Sin embargo, para algunos, el hacer énfasis en la coerción y no ser incluido de forma literal como uso de la fuerza no es otra cosa que soporte a una visión restrictiva. Sin embargo, al hacer una evaluación de los efectos, la coerción puede generar las mismas consecuencias que el uso de la fuerza militar al vulnerar la independencia política de un Estado. Cuatro años más tarde, la AONU adoptó la resolución 3314 (XXIX) que *insta a todos los Estados a que se abstengan de todo acto de agresión y de cualquier otro uso de la fuerza contrario a la Carta* y afirma que *la agresión constituye la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza*. (énfasis añadido.) Tanto la *United Nations General Assembly Resolution 2625 (UNGAR)* (1970) y la *UNGAR 3314* (1974) nos permiten hablar de una segunda fase en la evolución del concepto del uso de la fuerza que no descarta la existencia de formas graves de usos de la fuerza (i.e., actos de agresión con fuerza armada) y actos que no utilizan fuerza armada pero pueden tener consecuencias devastadoras para la independencia política, pudiendo incluir la coerción como una violación a la prohibición del uso de la fuerza. Tercera, el uso de la fuerza como interferencia. Esta fase tiene una correlación con el Artículo 2(7) de la

---

<sup>67</sup> WAXMAN. *Op. Cit.* 64, p. 428.

<sup>68</sup> General Assembly Resolution 2625 (1970).

<sup>69</sup> *Idem.* pt. Anex.

<sup>70</sup> WAXMAN. *Op. Cit.* 64, p. 429.

Carta que prohíbe *intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados*, y esencialmente con la decisión de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso *Actividades Militares y Paramilitares en y Contra Nicaragua* (en adelante, *Nicaragua v. EEUU*), al afirmarse que sería necesario distinguir las formas más graves del uso de la fuerza que constituyen un ataque armado, de otras formas.<sup>71</sup> Según la CIJ, existe un uso directo de la fuerza a través de fuerza armada y un uso indirecto de la fuerza a través del apoyo a los *contras*, como acciones subversivas.<sup>72</sup> Este criterio sostiene que hay una interpretación progresiva del principio del no-uso de la fuerza en las relaciones internacionales y que la forma más severa es un ataque armado. Sin embargo, no puede descartar la existencia de otras formas vinculadas a los principios de igualdad soberana<sup>73</sup> y no interferencia.<sup>74</sup>

El principio de la prohibición al uso de la fuerza es cardinal para el sistema internacional. Sin embargo, es un principio que ha sido constantemente violado desde que se codificó en la Carta. Se estima que entre 200 y 680 ocasiones se ha incumplido esta obligación internacional desde 1945 hasta 1989 y el número pudiera ser significativamente mayor si tomamos en cuenta las intervenciones humanitarias en la década de los 90's y el ejercicio de la legítima defensa de Estados Unidos desde los ataques del 9/11.<sup>75</sup>

Este principio toral tiene tres excepciones contempladas dentro de la arquitectura de la Carta. Primera, cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSONU) en ejercicio de las facultades conferidas en el Capítulo VII de la Carta, determina la existencia de una amenaza a la paz y seguridad internacionales.<sup>76</sup> En esta situación, el CSONU puede recomendar la adopción de dos tipos de medidas. La primer modalidad implica la adopción de medidas que no impliquen *el uso de la fuerza armada [...] para hacer efectivas sus decisiones, y [...] podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de*

---

<sup>71</sup> International Court of Justice, *Case concerning the military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America (Merits))* § 191, 1986, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>72</sup> *Idem.* para. 247; United Nations General Assembly Resolution 42/22 (XLII) Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de la abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales.

<sup>73</sup> Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 62, en Artículo 2(1).

<sup>74</sup> *Id.* en Artículo 2(7).

<sup>75</sup> GLENNON, J, Michael, *Force and the Settlement of Political Disputes. Debate with Alain Pellet*, The Hague Colloquium on Topicality of the 1907 Hague Conference, 07 de septiembre, 2007, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1092212>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>76</sup> Carta de las Naciones Unidas, *supra* nota 62, en Artículo 39.

*relaciones diplomáticas*.<sup>77</sup> La segunda modalidad implica, a *contrario sensu*, que es necesario emplear el uso de la fuerza y se obliga a la comunidad internacional a tomar las acciones que sean necesarias para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.<sup>78</sup>

Segunda, el ejercicio del uso de la fuerza mediante organizaciones regionales o de defensa para aplicar medidas coercitivas y prevenir agresiones posteriores. Esta ruta fue explorada en diversos casos emblemáticos como la Crisis de los Misiles entre Cuba y Estados Unidos, en que el gobierno del entonces presidente Kennedy solicitó a la Organización de los Estados Americanos adoptar medidas coercitivas para contener la amenaza que presentaba la instalación de misiles soviéticos en la isla.<sup>79</sup> La complejidad de esta modalidad es la necesidad de someterla a la aprobación del CSONU; de lo contrario, sería violatoria a la misma obligación de no uso de la fuerza. Para muestra de la complejidad de esta alternativa está el análisis de la operación que realizó la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en Kosovo para contener la crisis humanitaria, que introdujo a la discusión sobre la operación militar para ser considerada como ilegal, pero legítima.<sup>80</sup>

Tercera, la última excepción es la legítima defensa. Dicha excepción es históricamente la más invocada por la comunidad internacional. Si hacemos un recuento, el *impasse* en el CSONU durante la Guerra Fría–y en la actualidad–impedía aprobar resoluciones con fundamento en el Capítulo VII de la Carta que permitiera hacer el uso de la fuerza para contener una amenaza a la paz y seguridad internacionales. Por lo tanto, las acciones de los Estados durante esta etapa tenían un andamiaje legal principalmente orientado hacia la legítima defensa. Este derecho se codificó en la Carta como inmanente de los Estados cuando éstos se vean agraviados por un ataque armado. Al igual que el concepto del uso de la fuerza, para los ataques armados tampoco hay consenso sobre su significado. La situación aumenta su complejidad cuando se analiza la figura de la inminencia en la cual existen diversos casos de práctica estatal, entre los cuales encontramos notablemente el Caso *Caroline* en el que se estableció que un ataque es inminente cuando no permita deliberación.<sup>81</sup> La única certeza es que la legítima defensa debe

---

<sup>77</sup> *Idem*. Artículo 41.

<sup>78</sup> *Idem*. Artículo 42.

<sup>79</sup> CHAYES, Abram. *The Cuban Missile Crisis*. Oxford University Press, 1974, p. 16

<sup>80</sup> HENKIN, Louis. *Editorial Comments: NATO's Kosovo Intervention: Kosovo and the Law of «Humanitarian Intervention»*, *American Journal of International Law*, 1999, pp. 824-28.

<sup>81</sup> WEBSTER, Daniel, *The diplomatic and official papers of Daniel Webster, while secretary of state*, Harper & Brothers, Nueva York, 1782-1852, The Library of Congress, p.110, disponible en:

[http://archive.org/stream/diplomaticoffici01webst/diplomaticoffici01webst\\_djvu.txt](http://archive.org/stream/diplomaticoffici01webst/diplomaticoffici01webst_djvu.txt).

Última consulta: 18 de agosto, 2015.

observar en todo momento los principios de necesidad y proporcionalidad.<sup>82</sup>

El problema de una interpretación inflexible del uso de la fuerza es la incapacidad de dar certeza jurídica a un Estado en un escenario de autoayuda cuando se viola la prohibición del no uso de la fuerza pero no cumple el estándar del ataque armado para hacer uso de la legítima defensa. Para llenar este vacío legal, las contramedidas entran a la ecuación. Las contramedidas son comúnmente referidas como una represalia en tiempo de paz. Son actos permisibles cuando un Estado ha violado una obligación internacional, permitiéndole al Estado agraviado adoptar medidas en respuesta que sin existir el daño, serían ilegales.<sup>83</sup> Sin embargo, la discusión más relevante sobre las contramedidas como mecanismo de autoayuda contemplado en la práctica estatal radica en la posibilidad de utilizar la fuerza menos severa como respuesta. Por ejemplo, Bruno Simma en su voto particular en el caso *Plataformas Petroleras* cuestionó la lógica planteada por el Borrador de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (ILC, por sus siglas en inglés) y sugiere la consideración de ocupar el vacío legal con la aplicación de contramedidas. La ventaja al flexibilizar la concepción de las contramedidas por el ILC radica en la consolidación de los usos de fuerza más severos y evitar que los Estados invoquen la legítima defensa sin sufrir un ataque armado o que éste sea inminente.

#### IV ] Ciberataque como término de arte en el *jus ad bellum*

Como se discutía con anterioridad, es necesario explorar qué es un ciberataque como término de arte en el derecho internacional para determinar sus implicaciones legales. El uso indiscriminado del concepto puede llevar a confusión e incertidumbre jurídica. A pesar que no hay un instrumento jurídico-político a nivel internacional que lo defina, en la práctica sí hay un creciente consenso sobre qué puede ser considerado un tal y sus implicaciones. Exploraremos algunas definiciones que se han publicado por académicos, *think-tanks*, y organismos públicos para encontrar elementos que nos ayuden a conceptualizarlos con mayor precisión.

El Departamento de Defensa de los Estados Unidos (DoD) publicó en el 2011 su Estrategia para Operar en el Ciberespacio en la cual estableció los parámetros de lo que consideran amenazas para el

---

<sup>82</sup> International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, 1996, § 37-50, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=498&code=unan&p1=3&p2=4&case=95&k=e1&p3=5>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>83</sup> *International Law Commission*, redacta artículos en *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*. International Law Commission, 2001, artículo 49, disponible en: [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf). Última consulta: 18 de agosto, 2015.

ciberespacio.<sup>84</sup> Para el DoD, los adversarios buscan *explotar, dañar, negar y degradar las redes [con las cuales operan]*.<sup>85</sup> Afirma que hay tres tipos de amenazas al ciberespacio que son prioridad: (i) robo o explotación de información.<sup>86</sup> (ii) negación del servicio o DoS que afecte la disponibilidad de las redes, su información o los recursos conectados a dicha red.<sup>87</sup> y (iii) una acción destructiva que incluya la corrupción, manipulación o cualquier actividad que amenaza con destruir el sistema.<sup>88</sup> De este catálogo se desprende una diferencia entre las amenazas: la primera es considerada ciberexplotación y las últimas dos son considerados ejemplos de ciberataques. Sin embargo, se enfoca de forma primaria y limita en análisis de un ciberataque al objetivo de los mismos; es decir, la afectación de un sistema vinculado al DoD. Si bien es cierto que DoD fue de las primeras instancias en publicar un documento guiándonos sobre los parámetros de los ciberataques y la ciberexplotación, los ejemplos como los recientes ataques a Sony muestran la insuficiencia de esta estrategia y la necesidad de su revisión.<sup>89</sup>

Otro ejemplo es Martin Libicki—uno de los principales académicos en la materia— que sugiere considerar un ciberataque como la *afectación deliberada o corrupción del sistema de un Estado por el interés de otro*.<sup>90</sup> Él, al igual que el DoD, invita a hacer una distinción entre ciberataque y ciberexplotación o ciberespionaje. El primero busca dañar un sistema de seguridad nacional en búsqueda de afectar la capacidad de respuesta de un Estado, mientras que el segundo únicamente observa.<sup>91</sup> La propuesta de Libicki considera, además, que un ciberataque puede ser ejecutado por un Estado o por un actor no estatal, actuando en apego a los intereses de un Estado.<sup>92</sup> A pesar de lo rígido de la premisa al considerar que un actor no estatal tiene que seguir los intereses de un Estado para poder considerar su OOC como un ciberataque, le permite al autor explorar un escenario de ciberguerra, ya que la acción es atribuible a un Estado y entonces entraría a una modalidad análoga a la guerra convencional.

Richard Clarke, asesor de seguridad con George W. Bush—casi bajo la misma línea de Libicki—, señaló que un ciberataque es una *penetración a un sistema sin autorización, de parte de o, en apoyo de un gobierno en el sistema de otro*.<sup>93</sup> Tanto Libicki, como Clarke, utilizan un

---

<sup>84</sup> Department of Defense, *Op. Cit.* 10, en 2.

<sup>85</sup> *Ibidem.* en 3.

<sup>86</sup> *Idem.*

<sup>87</sup> *Idem.*

<sup>88</sup> *Idem.*

<sup>89</sup> PERLROTH, *et al. Op.Cit, supra note 19.*

<sup>90</sup> LIBICKI, C. Martin, *Cyberdeterrence and Cyberwar*, RAND Corporation, 2009, disponible en: [http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monographs/2009/RAND\\_MG877.pdf](http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monographs/2009/RAND_MG877.pdf). Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>91</sup> *Idem.*

<sup>92</sup> *Ibidem.* p. 82.

<sup>93</sup> CLARKE, *Op.Cit.*, 6, en 228.

lenguaje amplio, pero constriñen un ciberataque a Estados o actores no estatales como *proxies*, permitiéndoles tener una respuesta teórica a la posibilidad de escalar un conflicto a proporciones de guerra convencional. Sin embargo, la deficiencia de estos conceptos es evidente al analizar las implicaciones de la Guerra contra el Terror, posterior a los ataques a las Torres Gemelas el 9 de Septiembre de 2001, al entablar con un grupo no estatal un conflicto (al-Qaeda). Si bien *prima facie* se atribuye la responsabilidad a Afganistán por incapacidad o falta de voluntad, las operaciones continúan en un esquema de ataques selectivos al confrontar y replegarse—entrando a una modalidad en la que difícilmente se puede distinguir entre paz o guerra.<sup>94</sup>

En el reporte del NRC se definieron los ciberataques como el *uso de acciones deliberadas [por parte de un adversario] para alterar, dañar, engañar, degradar, o destruir los sistemas computacionales, redes o información que reside o transita por los sistemas o redes [de un Estado]*.<sup>95</sup> Lo valioso del reporte del NRC es que profundiza el entendimiento de un ciberataque a los efectos que puede tener, sean directos o indirectos.<sup>96</sup> Además, considera que, aunque no es el objetivo primario del concepto, un ciberataque puede no limitarse al *software*, sino también debe incluir un daño al *hardware*.<sup>97</sup>

Duncan Hollis, otro teórico en la materia, considera que un ciberataque *utiliza flujos de datos para engañar, inhabilitar, degradar, o destruir los sistemas de los adversarios o la infraestructura que soporta*.<sup>98</sup> Hollis, profundiza el trabajo técnico realizado por el Reporte del NRC para incluir un factor relevante en las estrategias vigentes sobre ciberseguridad: infraestructura.

Oona Hathaway, en un esfuerzo sobresaliente junto con su equipo de investigadores en *Yale Law School*, realizaron uno de los mayores avances: reunir los elementos de los conceptos publicados para crear uno más cercano a la normatividad internacional. Definieron que un ciberataque es *cualquier acción tomada para someter las funciones de una red computacional por un propósito político o de seguridad nacional*.<sup>99</sup> La

<sup>94</sup> CHAYES, Antonia, *New Wars Draft Law Article*, p. 2, disponible en: <http://www.fletchersecurity.org/#!chayes/c11fw>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>95</sup> OWENS, A. William, et al. *Technology, Policy, Law, and Ethics Regarding U.S. Acquisition and Use of Cyberattack Capabilities*, National Research Council, 2009, *supra* note 38, en 10-11, disponible en: <http://www.steptoe.com/assets/attachments/3785.pdf>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>96</sup> *Idem*. p. 4.

<sup>97</sup> *Idem*. p. 11.

<sup>98</sup> HOLLIS, B.Duncan, *Why States Need an International Law for Information Operations*, Lewis Clark Review, 2007, disponible en: <http://law.lclark.edu/live/files/9551-lcb114art7hollis.pdf>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>99</sup> HATHAWAY, A. Oona, *The Law of Cyber-Attack*, Yale Law School Faculty Scholarship, 2012, Faculty Scholarship Series, disponible en:

importancia, como veremos más adelante, está en su vinculación con el Artículo 2(4) de la Carta, al hacer referencia a la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales en torno a la independencia política.

Por último, Michael N. Schmitt, quizá el principal académico en la materia y editor del Manual de Tallinn, afirmó que los *ciberataques son operaciones llevadas a cabo en o contra del ciberespacio que pueden tener como objetivo usuarios individuales, objetos fuera del ciberespacio e incluso sociedades enteras*.<sup>100</sup> En el Manual de Tallin, realizado por el grupo de expertos que coordinó Schmitt, definió a un ciberataque como una *ciberoperación, ofensiva o defensiva, que sería razonable esperar resulte en daño o muerte a personas o destrucción a objetos*.<sup>101</sup> Esta aportación— quizá la de mayor autoridad hasta el momento— es ambigua ya que se remite a problemas relativos al concepto del uso de la fuerza y su implicación para los ciberataques.

Las distintas definiciones nos muestran que la vinculación del derecho de guerra y el ciberespacio aún son un trabajo en progreso. No hay una definición que genere un consenso de la comunidad internacional. Sin embargo, sí nos permite sugerir la siguiente definición: *un ciberataque es una acción deliberada destinada a vulnerar un sistema crítico para la seguridad nacional, independencia política o integridad territorial de un Estado*. Esta definición es superior a las anteriores por tres motivos: (i) permite una mayor flexibilidad en cuanto a los actores y circunscribe los ciberataques a Estados y actores no estatales, pero para efectos de conflicto en el dominio o ciberguerra, únicamente como un intercambio entre Estados, colocando un espacio relevante a la atribución. (ii) se enfoca en un fin determinado, que es la seguridad nacional, independencia política o integridad territorial. y (iii) brinda la posibilidad de discutir claramente a un ciberataque como una violación al Artículo 2(4) de la Carta, utilizando una interpretación progresiva el mismo.

Para hacer un análisis a un caso particular, algunos autores como Oona Hathaway sugieren limitarse a un análisis de efectos que permita determinar la existencia de un ciberataque.<sup>102</sup> Sin embargo, sugiero explorar un modelo analítico integrado por cuatro aspectos. Primero, los actores de un ciberataque. Es de suma importancia para efectos legales determinar y atribuir la responsabilidad a un Estado o a un actor no estatal.<sup>103</sup> Como vimos con anterioridad, dentro de las cualidades de una

---

[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4844&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4844&context=fss_papers). Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>100</sup> SCHMITT, N, Michael Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, 1999, 885-937.

<sup>101</sup> International Group of Experts at the Invitation of The NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, Draft of the Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare 92 2013.

<sup>102</sup> HATHAWAY. *Op.Cit, supra note 99*, p. 111.

<sup>103</sup> International Law Commission, *Op. Cit.* 84, en Artículos 2, 5 y 6.

OOC que pueden desembocar en un ciberataque encontramos la facilidad para la negación plausible de un ataque, colocando un incentivo a los Estados para hacer uso de *proxies* para ocultar su responsabilidad. Por ello, es necesario enfocar mecanismos de cooperación para adoptar medidas defensivas que permitan una mayor atribución. En caso de actores de carácter no estatal, puede operar la doctrina de incapacidad o falta de voluntad para fincar responsabilidad a un Estado.<sup>104</sup>

Segundo, el ciberespacio como medio. A pesar que académicos han argumentado a favor de considerar un daño al *hardware* como un ciberataque, al tomar en cuenta las características de un AI para realizar un OOC, nos damos cuenta que sería irrelevante considerar una ejecución externa, mas sí es necesario considerar que toda OOC puede tener efectos directos e indirectos, siendo los últimos generalmente los más graves.

Tercero, tener como fin vulnerar la integridad territorial o independencia política. Este es uno de los puntos que claramente nos permitirá hacer una distinción entre un ciberataque y un cibercrimen, siendo estos últimos mucho más genéricos y sin contar con un fin que busque debilitar, degradar, engañar o destruir un sistema en violación a la regulación del uso de la fuerza que discutiremos en el siguiente apartado.

Cuarto, los efectos que puede tener un ciberataque. Estos efectos pueden ser directos e indirectos. Si ocasiona, como hace referencia la definición del Manual de Tallinn, un daño o muerte a personas o destrucción de objetos. Este apartado, como veremos, puede ser lo que determine la existencia del ejercicio de la legítima defensa en el escenario internacional.

Los cuatro elementos del modelo analítico que sugiero permiten determinar la existencia de un ciberataque y es superior a otros modelos más limitantes por tres razones: (i) es consistente con un marco normativo internacional y brinda mayor certeza sobre las respuestas permisibles. (ii) los elementos permiten un análisis progresivo de un ciberataque, dependiendo su severidad. (iii) es mucho más intuitivo respecto de los fines *sine qua non* que persigue un ciberataque.

Casos Prácticos: (i) Estonia v. Rusia.- Los ataques realizados a Estonia son el ejemplo más emblemático hasta el momento para el estudio del nuevo dominio. Los ataques los realizó Rusia en dos fases. La primera de ellas comenzó el 26 de Abril de 2007 después de que el gobierno de Estonia removió una estatua construida en 1947.<sup>105</sup> Ese día,

---

<sup>104</sup> DEEKS, S. Ashley, "Unwilling or Unable"; *Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense*, *Virginia Journal of International Law Association*, 2012, V.52:483,N.3,p.487, disponible en: [http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol52/issue3/Deeks\\_Post\\_Production.pdf](http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol52/issue3/Deeks_Post_Production.pdf). Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>105</sup> *Denial-of-Service: The Estonian Cyberwar and Its Implications for U.S. National Security*, *International Affairs Review*, *supra* note 15, disponible en: <http://www.iar-gwu.org/node/65>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

los atacantes— hasta ese momento desconocidos— utilizaron AI de tipo DDoS,<sup>106</sup> que primero atacaron los sitios web del Parlamento, el Presidente y el Primer Ministro con una cifra aproximada de 1,000 paquetes de datos.<sup>107</sup> Al día siguiente, un alto funcionario del gobierno acudió al sitio web del Partido de la Reforma— del cual emanó el Primer Ministro— y se percató que no estaba funcionando.<sup>108</sup> Días después, los ataques se expandieron a sitios web de periódicos y banca electrónica.<sup>109</sup> El 2 de mayo, el gobierno logró contener provisionalmente el impacto de los ataques y tres días después anunció que los mismos se originaron en Rusia.<sup>110</sup> Los ataques continuaron en distintas olas y densidades. La segunda y peor fase de ataques se tomó lugar el 9 de mayo que se conmemora el Día de la Victoria. Gracias a la capacidad del equipo de emergencias de Estonia Computer Emergency Response Team (CERT) pudieron contener las olas de ataques. Los paquetes con los que saturaron los sitios en Estonia oscilaron entre 20 mil y cuatro trillones de paquetes por minuto.<sup>111</sup> Los ataques casi ocasionaron el colapso total del sistema bancario a través del cual se realizaban el 97% de las operaciones bancarias en Estonia.<sup>112</sup> Otras compañías como *Skype* sufrieron pérdidas incalculables.<sup>113</sup> Jaak Aaviksoo, entonces ministro de defensa de Estonia declaró que los ataques fueron masivos, bien enfocados y organizados,<sup>114</sup> y argumentó que los ataques fueron equivalentes a un bloqueo,<sup>115</sup> considerado como un acto de agresión. La atribución fue compleja en un sentido técnico, ya que los ataques provenían de 178 países diferentes, incluyendo Estados Unidos, China, Vietnam, entre otros.<sup>116</sup> En un sentido jurídico-político, la atribución fue aún más compleja: el gobierno de Rusia negó cualquier responsabilidad sobre los ataques y afirmó que cualquier *hacker* podía infiltrarse y hacer uso de su ubicación. Sin embargo, Estonia rastreó la dirección IP de los ataques y provenían del sitio donde se

<sup>106</sup> *Id.* note 15; DAVIS, Joshua, *Op. Cit.* 16.

<sup>107</sup> WRENN, Chris, *Theory for Cyberdeterrence*, The Fletcher School of Law and Diplomacy, 2010 disponible en: <http://gradworks.umi.com/35/39/3539954.html>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>108</sup> DAVIS, Joshua, *Op. Cit.* 16.

<sup>109</sup> WRENN, *Op. Cit.* 107, p. 193.

<sup>110</sup> SHACKELFORD, Scott. *From Nuclear War to Net War*, Berkeley Journal of International Law, 2009, V.27, disponible en, <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1368&context=bjil>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>111</sup> *Idem.*

<sup>112</sup> WRENN, *Op. Cit.* 107, p. 195.

<sup>113</sup> DAVIS, Joshua, *Op. Cit.* 16.

<sup>114</sup> FINN, Peter, *Cyber Assaults On Estonia Typify A New Battle Tactic*, The Washington Post, 19 de mayo, 2017, disponible en: <http://www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2007/05/18/AR2007051802122.html>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>115</sup> Homeland Security News Wire. *Op. Cit.* 16.

<sup>116</sup> *Idem.*

encuentran las oficinas de la administración presidencial de Rusia.<sup>117</sup> A pesar del intercambio de acusaciones, los ataques se atribuyeron a un grupo denominado *Nashi su* (que se traduce como “Movimiento Joven, Nuestro”,) fundado en 2005 con más de 100 mil miembros afiliados.<sup>118</sup> Autores como Shackelford han afirmado que los ciberataques son equivalentes a un ejército terrestre, fuerza aérea y fuerzas especiales.<sup>119</sup>

En este contexto, Estonia tuvo tres alternativas. La primera de ellas era continuar con una retórica de *info-bloqueo* y justificar el ejercicio de la legítima defensa en contra de Rusia. Esto presentó un cambio paradigmático en torno a la forma más severa del uso de la fuerza al cuestionar si un ciberataque puede tener consecuencias equivalentes a un ataque armado. Desde el primer momento quedó claro que con el daño y destrucción de objetos tangibles, lesiones o muerte de individuos cruzaría el estándar establecido por un medio convencional y un criterio de *minimis*.<sup>120</sup> Sin embargo, esto requería de un ejercicio de persuasión para convencer a la comunidad internacional de un mayor consenso sobre una respuesta que acate los principios de proporcionalidad y necesidad. Esto planteaba, a su vez, dos aristas sobre la respuesta: (i) utilizar un ciberataque como respuesta, pero reconociendo su incertidumbre, compleja planeación, ejecución y, quizá limitada exploración y desarrollo de armas informáticas, y, (ii) escalar a mecanismos convencionales de guerra, que fue rápidamente descartada por asimetría de poder entre los dos países.<sup>121</sup>

La segunda opción era acudir a la OTAN y solicitar asistencia y medidas de defensa colectiva con fundamento en el Artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte:

*Las Partes acuerdan que un ataque armado contra una o más de ellas, que tenga lugar en Europa o en América del Norte, será considerado como un ataque dirigido contra todas ellas, y en consecuencia, acuerdan que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva reconocido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, ayudará a la Parte o Partes atacadas, adoptando seguidamente, de forma individual y de acuerdo con las otras Partes, las medidas que juzgue necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada, para restablecer la seguridad en la zona del Atlántico Norte.*<sup>122</sup>

---

<sup>117</sup> FINN, *Op. Cit.* 114.

<sup>118</sup> DAVIS, Joshua, *Op. Cit.* 16.

<sup>119</sup> SHACKELFORD, Scott. *Op. Cit.* 110, p. 82.

<sup>120</sup> SCHMITT, N. Michael, “*Below the Threshold*” *Cyber Operations: The Countermeasures Response Option and International Law*, Virginia Journal of International Law, 2014, V.54, p. 16, disponible en; [http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol54/Schmitt-v7-JRN\\_FINAL\\_TO\\_PUBLISH.pdf](http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol54/Schmitt-v7-JRN_FINAL_TO_PUBLISH.pdf). Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>121</sup> REUTERS, *Russia to triple military spending*, Arlington Foreign Policy, Examiner.com, disponible en; <http://www.examiner.com/article/russia-to-triple-military-spending>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>122</sup> Tratado del Atlántico Norte, Artículo 5.

A pesar que Estonia es miembro de la OTAN, la organización determinó examinar el Artículo 4 el cual estipula que *[l]as Partes se consultarán cuando, a juicio de cualquiera de ellas, la integridad territorial, la independencia política o la seguridad de cualquiera de las Partes fuese amenazada.*<sup>123</sup> Con esto, el análisis determinó que no había una violación a la integridad territorial y, por lo tanto, no era necesario proveer de asistencia a Estonia.

La tercer alternativa sería un proceso penal que, por la limitada cooperación entre Rusia y Estonia, no fue posible la extradición y únicamente se logró multar a un joven de 20 años con una cantidad aproximada de \$1,642.00 USD.<sup>124</sup> Otro escenario que requiere una más profunda cooperación para hacer frente a grupos de carácter no estatal o grupos criminales que utiliza la infraestructura de un Estado.

El *jus ad bellum* está a prueba después del conflicto en Estonia. Una interpretación restrictiva del artículo 2(4) de la Carta provocó dejar a un Estado prácticamente en situación de indefensión y la asimetría en el poder militar de los Estados hacía ilógico un ejercicio de legítima defensa por mecanismos de guerra convencional. Cuatro años más tarde, un oficial del gobierno ruso aceptó haber conocido sobre la operación y que los ataques se realizaron desde su oficina.<sup>125</sup>

Sin embargo, esto provocó un estudio profundo sobre el impacto de un ciberataque como violación a la prohibición del uso de la fuerza. (En respuesta a estos hechos, por ejemplo, la OTAN apoyó la creación del Centro de Excelencia que auspició los debates que concluyeron en el Manual de Tallinn). Particularmente el reto que encontraron es la necesidad de adoptar una definición consensuada de ciberataque y cuándo puede resultar en un uso de la fuerza menos grave y en un ataque armado. Asimismo, el debate sobre cómo responder a un ciberataque en apego al derecho de guerra. Por ejemplo, acorde a la visión de Estados Unidos, todo ciberataque permite recurrir al uso de la fuerza con base en el artículo 51 de la Carta. Sin embargo, en hechos como los ocurridos al ataque con Sony atribuidos a Corea del Norte, Estados Unidos mostró incertidumbre de cómo responder y adoptó dos medidas: (i) un apagón a la conectividad de Corea del Norte.<sup>126</sup> y (ii) sanciones económicas.<sup>127</sup> El

---

<sup>123</sup> *Ibid*, en artículo 4.

<sup>124</sup> KIRK, Jeremy. *Student fined for attack against Estonian Web site*, Infoworld. Disponible en: <http://www.infoworld.com/article/2649226/security/student-fined-for-attack-against-estonian-web-site.html>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

<sup>125</sup> CLOVER, Charles. *Kremlin-backed group behind Estonia cyber blitz*, Financial Times, 2009, disponible en; <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/57536d5a-0ddc-11de-8ea3-0000779fd2ac.html#axzz3jCUGNWer>. Última consulta: 18 de agosto de 2015.

<sup>126</sup> PERLROTH, *et al.* *Op. Cit.* 19

<sup>127</sup> SANGER, E. David *et al.* *US sanctions North Korea over Sony cyberattack*, The Boston Globe, 02 de enero, 2015 disponible en; <https://www.bostonglobe.com/news/world/2015/01/02/sanctions-north-korea-over-sony-cyberattack/QzRbFUnIVnRDSHIMK1uSNM/story.html>. Última consulta: 18 de agosto de 2015.

ejemplo de Estados Unidos muestra en su práctica una transición al concepto gradual del uso de la fuerza y a la flexibilización en el ejercicio de contramedidas ya que la operación fue considerada como un ciberataque, pero la respuesta norteamericana no recurrió a fuerza militar en respuesta, sino a usos de fuerza menos severos.

## V | Conclusión

No es la primera ocasión en que el derecho internacional se presenta como un supuesto normativo anacrónico ante la realidad del ciberespacio y su transición a operar como un dominio. No implica que sea una zona libre de derecho y no requiere reinventar el derecho internacional consuetudinario, pero sí potencializa la incertidumbre jurídica sobre el uso de la fuerza. Por ende, un posible conflicto en o a través del ciberespacio se posiciona como un área gris en el derecho internacional, ya que por su dinámica es difícil saber cuándo te encuentras en un contexto de paz o guerra.

Es necesario adoptar una interpretación progresiva del principio prohibitivo del uso de la fuerza que permita dar certeza legal a los Estados al determinar respuestas permisibles o usos de la fuerza combinados con operaciones en otros dominios. Además, se requiere de un modelo analítico más intuitivo que permita determinar la existencia de un ciberataque y que permita identificar espacios de oportunidad para mejorar las redes de cooperación en materia de ciberseguridad.

## Bibliografía

ALLEN, Patrick *et al.*, *The Information Sphere Domain Increasing Understanding and Cooperation*, en *Virtual Battlef. Perspective. Cyber Warf.* 2 (C. Czosseck, IOS Press 2009).

ASSANTE, Michael, *America's Critical Infrastructure is Vulnerable to Cyber Attacks*, *Forbes*, 11 de noviembre, 2014, disponible en: <http://www.forbes.com/sites/realspin/2014/11/11/americas-critical-infrastructure-is-vulnerable-to-cyber-attacks/>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

BILD, Carl, *A Victory for the Internet*, *The New York Times*, 05 de julio, 2012, disponible en: <http://www.nytimes.com/2012/07/06/opinion/carl-bild-a-victory-for-the-internet.html>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

Carta de las Naciones Unidas

CHAYES, Abram, *The Cuban Missile Crisis*, Oxford University Press, 1974.

CHAYES, Antonia, *New Wars Draft Law Article*, disponible en: <http://www.fletchersecurity.org/#!chayes/c1lfw>. Última consulta: 18 de agosto, 2015

CLARKE, Richard, *Cyber War: The Next Threat to National Security and What To Do About It*, Harper Collins, USA, 2010

CLOVER, Charles. *Kremlin-backed group behind Estonia cyber blitz*, *Financial Times*, 2009, disponible en; <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/57536d5a-0ddc-11de-8ea3-0000779fd2ac.html#axzz3jCUgNWer>. Última consulta: 18 de agosto de 2015

DAVIS, Joshua, *Hackers Take Down the Most Wired Country in Europe*, *WIRED*, 21 de agosto de 2007, disponible en:

- [http://www.wired.com/politics/security/magazine/1509/ff\\_estonia?currentPage=all](http://www.wired.com/politics/security/magazine/1509/ff_estonia?currentPage=all) Última consulta: 18 de agosto, 2015
- DEEKS, S, Ashley, "Unwilling or Unable"; *Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense*, *Virginia Journal of International Law Association*, 2012, V.52:483,N.3, disponible en: [http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol52/issue3/Deeks\\_Post\\_Production.pdf](http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol52/issue3/Deeks_Post_Production.pdf). Última consulta: 18 de agosto, 2015.
- DEIBERT, Ronald, *Militarizing Cyberspace*, *MIT Technology Review*, 22 de junio, 2010, disponible en: <http://www.technologyreview.com/notebook/419458/militarizing-cyberspace/>. Última consulta: 18 de agosto, 2015
- Denial-of-Service: The Estonian Cyberwar and Its Implications for U.S. National Security*, *International Affairs Review*, disponible en: <http://www.iar-gwu.org/node/65>. Última consulta: 18 de agosto, 2015
- Department of Defense, *Strategy for Operating in Cyberspace* (2011)
- Estonian DDoS Attacks A summary to date, DDoS and Security Reports*, *Arbor Networks Security Blog*, disponible en: <https://asert.arbornetworks.com/estonian-ddos-attacks-a-summary-to-date/>; Última consulta: 18 de agosto, 2015
- Estonia has no evidence of Kremlin involvement in cyber attacks*, *Sputnik International*, 06 de septiembre de 2007, disponible en: <http://en.rian.ru/world/20070906/76959190.html>. Última consulta: 18 de agosto de 2015;
- FINN, Peter, *Cyber Assaults On Estonia Typify A New Battle Tactic*, *The Washington Post*, 19 de mayo, 2007, disponible en: <http://www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2007/05/18/AR2007051802122.html>. Última consulta: 18 de agosto, 2015
- FRAKES, J., *Notes and Comments: The Common Heritage of Mankind Principle and the Deep Seabed, Outer Space, and Antarctica*, *Wisconsin International Law Journal*, disponible en: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=21+Wis.+Int%27+L.J.+409&srctype=smi&srcid=3B15&key=2a9022b86639c896522d9a7fb442c3de>. Última consulta: 18 de agosto, 2015
- General Assembly Resolution 2625 (1970)
- GHOSH, Sumit et al. *Cybercrimes*, Springer, Estados Unidos de América, 2010
- GIBSON, William, *Neuromancer*, Ace Books, Estados Unidos de América, 1984
- GLENNON, J, Michael, *Force and the Settlement of Political Disputes. Debate with Alain Pellet*, *The Hague Colloquium on Topicality of the 1907 Hague Conference*, 07 de septiembre, 2007, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1092212>. Última consulta: 18 de agosto, 2015
- HATHAWAY, A. Oona, *The Law of Cyber-Attack*, *Yale Law School Faculty Scholarship*, 2012, *Faculty Scholarship Series*, disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4844&context=fs\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4844&context=fs_papers). Última consulta: 18 de agosto, 2015
- HAYES, Carol et al., *Mitigative Counterstriking: Self-Defense and Deterrence in Cyberspace*, *Harvard Journal of Law and Technology*, 2012, V.25 disponible en: <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v25/25HarvJLTech415.pdf>. Última consulta: 18 de agosto, 2015
- HOLLIES, David. *Cyberwar Case Study: Georgia 2008*, *Small Wars Journal*, 2011.
- HOLLIS, B.Duncan, *Why States Need an International Law for Information Operations*, *Lewis Clark Review*, 2007, disponible en: <http://law.lclark.edu/live/files/9551-lcb114art7hollis.pdf>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.
- HENKIN, Louis. *Editorial Comments: NATO's Kosovo Intervention: Kosovo and the Law of «Humanitarian Intervention»*, *American Journal of International Law* 1999.

International Court of Justice, *Case concerning the military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America (Merits))* 1986, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/?sum=367&p1=3&p2=3&case=70&p3=5>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, 1996, disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=498&code=unan&p1=3&p2=4&case=95&k=e1&p3=5>. Última consulta: 18 de agosto, 2015

International Group of Experts at the Invitation of The NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, *Draft of the Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* 92, 2013.

International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*. International Law Commission, 2001, disponible en: [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf).

Última consulta: 18 de agosto, 2015

KIRK, Jeremy. *Student fined for attack against Estonian Web site*, Infoworld. Disponible en: <http://www.infoworld.com/article/2649226/security/student-fined-for-attack-against-estonian-web-site.html>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

KOH, Harold. *International Law In Cyberspace* (2012)

LANGS, Sarah, *Adding to the online bandwagon*, Daily News, 11 julio, 2012, disponible en: <http://www.nydailynews.com/blogs/pageviews/2012/07/adding-to-the-online-bandwagon-un-declares-internet-access-a-human-right>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

LIBICKI, C. Martin, *Cyberdeterrence and Cyberwar*, RAND Corporation, 2009, disponible en: [http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monographs/2009/RAND\\_MG877.pdf](http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monographs/2009/RAND_MG877.pdf). Última consulta: 18 de agosto, 2015.

OWENS, A. William, et al. *Technology, Policy, Law, and Ethics Regarding U.S. Acquisition and Use of Cyberattack Capabilities*, National Research Council, 2009, disponible en: <http://www.steptoe.com/assets/attachments/3785.pdf>. Última consulta: 18 de agosto, 2015.

PERLROTH, Nicole et al. *North Korea Loses Its Link to the Internet*, The New York Times, 22 de diciembre 2014, <http://www.nytimes.com/2014/12/23/world/asia/attack-is-suspected-as-north-korean-internet-collapses.html>.

RALPH, Talia, *UN deems Internet access a basic human right*, Global Post, 06 de julio de 2012, disponible en: <http://www.globalpost.com/dispatch/news/politics/diplomacy/120706/un-deems-internet-access-basic-human-right-0>. Última consulta: 18 de agosto, 2015

Reuters, *Russia to triple military spending*, Arlington Foreign Policy, Examiner.com, disponible en; <http://www.examiner.com/article/russia-to-triple-military-spending>. Última consulta: 18 de agosto, 2015

SANGER, E. David. *Confront and Conceal: Obama's Secret Wars and Surprising Use of American Power*, Broadway Books, Estados Unidos de América, 2014.

SANGER, E. David et al. *US sanctions North Korea over Sony cyberattack*, The Boston Globe, 02 de enero, 2015 disponible en; <https://www.bostonglobe.com/news/world/2015/01/02/sanctions-north-korea-over-sony-cyberattack/QzRbFUnIVnRDSHIMK1uSNM/story.html>. Última consulta: 18 de agosto de 2015

SANGER, E. David, *Obama Order Sped Up Wave of Cyberattacks Against Iran*, The New York Times, 01 de junio, 2012, disponible en:

- <http://www.nytimes.com/2012/06/01/world/middleeast/obama-ordered-wave-of-cyberattacks-against-iran.html>. Última consulta: 18 de agosto, 2015
- SCHMITT, N. Michael, "Below the Threshold" *Cyber Operations: The Countermeasures Response Option and International Law*, *Virginia Journal of International Law*, 2014, V.54, p. 16, disponible en: [http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol54/Schmitt-v7-JRN\\_FINAL\\_TO\\_PUBLISH.pdf](http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol54/Schmitt-v7-JRN_FINAL_TO_PUBLISH.pdf). Última consulta: 18 de agosto, 2015
- SCHMITT, N. Michael, *Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework*, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, 1999
- SCHMITT, N. Michael. *Cyberspace and International Law*, *Harvard Law Review Forum*, 2013
- SCHMITT, N. Michael, et al. *Proxy Wars in Cyber Space*, *Fletcher Security Review*, 2014 V.I, 2014, disponible en: [https://ccdcoe.org/sites/default/files/multimedia/pdf/c28a64\\_2fdf4e7945e9455cb8f8548c9d328e9be.pdf](https://ccdcoe.org/sites/default/files/multimedia/pdf/c28a64_2fdf4e7945e9455cb8f8548c9d328e9be.pdf). Última consulta: 18 de agosto, 2015.
- SCHMITT, N. Michael, *The Law of Cyber Warfare: Quo Vadis?*, *Stanford Law Policy Review*, 2014, V.25:269, disponible en: [https://journals.law.stanford.edu/sites/default/files/stanford-law-policy-review/print/2014/06/schmitt\\_25\\_stan.\\_l.\\_poly\\_rev.\\_269\\_final.pdf](https://journals.law.stanford.edu/sites/default/files/stanford-law-policy-review/print/2014/06/schmitt_25_stan._l._poly_rev._269_final.pdf). Última consulta: 18 de agosto, 2015
- Shackelford, Scott. *From Nuclear War to Net War*, *Berkeley Journal of International Law*, 2009, V.27, disponible en, <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1368&context=bjil> Última consulta: 18 de agosto, 2015
- SKLEROV, Matthew, *Solving the Dilemma of State Responses to Cyberattacks: A Justification for the Use of Active Defenses Against States Who Neglect Their Duty to Prevent*, *Military Law Review*, 2009, disponible en: [http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/Military\\_Law\\_Review/pdf-files/201-fall-2009.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Military_Law_Review/pdf-files/201-fall-2009.pdf). Última consulta: 18 de agosto, 2015
- SWAINE, Jon. *Georgia: Russia 'conducting cyber war'*, ago. 11, 2008, disponible en: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/georgia/2539157/Georgia-Russia-conducting-cyber-war.html> Última consulta: 18 de agosto, 2015
- The White House, *International Strategy for Cyberspace; Prosperity, Security, and Openness in a Networked World*, 2011, disponible en: [https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss\\_viewer/international\\_strategy\\_for\\_cyberspace.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf). Última consulta: 18 de agosto, 2015
- TRACHTMAN, Joel, *Cyberspace, Sovereignty, Jurisdiction, and Modernism*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1998, Vol.5, Tomo 2, disponible en: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1134&context=ijgls>. Última consulta: 18 de agosto, 2015
- Tratado del Atlántico Norte
- U.S. Naval Insitute y CACI International, *Cyber Threats to National Security*, julio 2010, disponible en: [http://asymmetricthreat.net/docs/asymmetric\\_threat\\_4\\_paper.pdf](http://asymmetricthreat.net/docs/asymmetric_threat_4_paper.pdf). Última consulta: 18 de agosto, 2015
- United Nations Office on Drugs and Crime, *Comprehensive Study on Cybercrime* (Viena: UNODC, febrero 2013)
- WAXMAN, Matthew. *Cyber-Attacks and the Use of Force*, *Yale Journal of International Law*, 2010, disponible en: <http://www.yjil.org/docs/pub/36-2-waxman-cyber-attacks-and-the-use-of-force.pdf>. Última consulta: 18 de agosto, 2015

WEBSTER, Daniel, *The diplomatic and official papers of Daniel Webster, while secretary of state*, Harper & Brothers, Nueva York, 1782-1852, The Library of Congress, disponible en: [http://archive.org/stream/diplomaticoffici01webst/diplomaticoffici01webst\\_djvu.txt](http://archive.org/stream/diplomaticoffici01webst/diplomaticoffici01webst_djvu.txt). Última consulta: 18 de agosto, 2015

WRENN, Chris, *Theory for Cyberdeterrence*, The Fletcher School of Law and Diplomacy, 2010, disponible en: <http://gradworks.umi.com/35/39/3539954.html>. Última consulta: 18 de agosto, 2015

*Fecha de recepción: 10 de enero de 2015*

*Fecha de entrega: 27 de agosto de 2015*



# Actualidad legislativa

Revista

PERSPECTIVA  
JURÍDICA 

NÚMERO  
**05** SEMESTRE II  
2015  
AÑO 3



# El nuevo sistema electrónico de publicaciones de sociedades mercantiles (PSM)<sup>1</sup>

MARÍA FERNANDA CHACÓN SANTANA<sup>2</sup>

El 13 de junio de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, un decreto por el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles y otras leyes, en relación con la Miscelánea en Materia Mercantil. Como parte de dichas reformas se estableció una nueva disposición acerca de cómo se deben realizar las publicaciones a las que se encuentran obligadas las sociedades bajo diversas leyes mercantiles. En específico, se encomendó a la Secretaría de Economía para que creara un nuevo sistema electrónico de publicaciones de sociedades mercantiles (PSM).

El 12 de junio de 2015, se emitió el acuerdo mediante el cual se estableció el nuevo Sistema Electrónico y las disposiciones para su operación, el cual entró en vigor el día 15 de junio de 2015.

El PSM ya se encuentra disponible a través de su sitio de internet [www.psm.economía.gob.mx](http://www.psm.economía.gob.mx).<sup>3</sup> El sitio permite realizar las siguientes operaciones: (i) consulta: que es la búsqueda de información y descarga de boletas, (ii) publicación: es la captura y envío de la información que debe difundirse conforme a las leyes mercantiles, y (iii) rectificación: es la corrección de un error en una publicación.

Como beneficio de este nuevo medio de publicación cualquier persona puede consultar la información publicada y descargar las boletas de las publicaciones realizadas mediante el simple acceso al sitio de internet del sistema electrónico. La consulta puede realizarse a través de los siguientes criterios: (i) tipo de publicación (ii) fecha de publicación, y (iii) consulta general. Es importante señalar que las publicaciones se limpian en el sistema cada 30 días naturales, por lo que la consulta a través del inciso (i) tipo de publicación, sólo podrá tener acceso a las publicaciones realizadas dentro de los 30 días anteriores al día en que se esté realizando la búsqueda, sin embargo se puede acceder a las

---

<sup>1</sup> Agradezco la colaboración del Lic. Santiago González Luna Marseiye, la Lic. Martha Haydeé Álvarez González y el Lic. Ricardo Campirano Gutiérrez en la elaboración del presente artículo.

<sup>2</sup> Alumna de 7° Semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana campus Guadalajara.

<sup>3</sup> La Secretaría de Economía emitió una "Guía para activar complemento de Java (para la firma electrónica)" la cual tiene la finalidad de apoyar a los usuarios de los portales de la Dirección General de Normatividad Mercantil en la configuración de la aplicación Java para el uso de la firma electrónica.

publicaciones de las sociedades a través de los otros dos medios de consulta.

El PSM simplifica los trámites administrativos proporcionando un medio de publicidad gratuito a través del cual las sociedades deberán realizar las siguientes publicaciones:

i. Convocatoria de Asamblea General Constitutiva; ii. Convocatoria para Asambleas Generales; iii. Convocatoria de Asamblea de tenedores de certificados de participación; iv. Convocatoria de Asamblea por orden de autoridad; v. Acuerdo de Asamblea sobre aumento de capital social; vi. Balance General de la negociación de sociedades extranjeras; vii. Estados financieros, notas y dictamen de los comisarios; viii. Balance de las sociedades que emiten obligaciones; ix. Reducción del capital social; x. Acuerdos sobre fusión, último balance de cada sociedad, sistema establecido para la extinción de su pasivo; xi. Resolución de escisión; xii. Acuerdo de transformación; xiii. Decreto de exhibición cuyo plazo o monto no conste en la acciones; xiv. Acuerdo sobre distribución parcial (liquidación); xv. Balance (liquidación); xvi. Resultado del sorteo para designar acciones amortizadas; xvii. Reglamentos de los empresarios de transportes y, xviii. Otras publicaciones previstas en las leyes mercantiles conforme al catálogo previsto en el Sistema.<sup>4</sup>

Cualquier sociedad a través de su representante legal o usuario autorizado podrá acceder al sistema PSM mediante el uso de su firma electrónica (FIEL).

En este sistema, la FIEL es la manera de asegurar la autenticación del titular, la firma está directamente relacionada con su titular y su uso otorga el consentimiento a obligarse respecto a lo que se firme. Es por eso que debe ser muy cuidadoso su manejo.

Los representantes legales de las sociedades, los usuarios autorizados y los servidores públicos de la Secretaría, respecto a la convocatoria para asambleas generales y la convocatoria de asamblea por orden de autoridad, son los usuarios que podrán realizar publicaciones y rectificaciones en el PSM, mediante el uso de su FIEL.

Para poder publicar por primera vez, el nuevo sistema electrónico le solicitará al representante legal de la sociedad que proporcione ciertos datos personales que permitan identificar a este mismo y a la sociedad en relación con sus respectivas firmas electrónicas avanzadas, aceptando los términos y condiciones para su uso.<sup>5</sup> Tanto el representante legal, como los usuarios autorizados y los servidores públicos son responsables de la existencia y veracidad de la información que se publique, respondiendo de los daños y perjuicios que se pudieran originar.

---

<sup>4</sup>Las publicaciones deben ser en formato PDF y tener un tamaño máximo de 1 Megabyte.

<sup>5</sup>Para mayor información, la Secretaría de Economía emitió un manual localizable en [http://www.psm.economia.gob.mx/PSM/resources/120615\\_manual\\_de\\_usuario\\_psm.pdf](http://www.psm.economia.gob.mx/PSM/resources/120615_manual_de_usuario_psm.pdf), el "Manual de Usuario" el cual explica los pasos a seguir para ingresar al sistema por primera vez, así como para realizar las publicaciones.

El representante de la sociedad, puede dar de alta a otros usuarios autorizados para que utilicen el sistema, y de igual manera podrá revocar dicha autorización.

Para el cómputo de plazos, el artículo 50 Bis del Código de Comercio prevé que las publicaciones que deban realizarse conforme a las leyes mercantiles surtirán efectos al día siguiente de su publicación, sin perjuicio de las publicaciones que deban realizarse de conformidad con otras disposiciones o leyes especiales.

La reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles, por medio de la cual se creó el nuevo sistema PSM omitió establecer en sus transitorios (i) Qué medios de publicación se debían de utilizar mientras la Secretaría no estableciera el nuevo sistema, por lo que se imponía la obligación de realizar las publicaciones a través de un sistema que no existía<sup>6</sup> y, (ii) Si este nuevo sistema complementa los medios de publicaciones pactados en los estatutos sociales de las sociedades que preveían los periódicos oficiales y los diarios de mayor circulación o si los sustituye.<sup>7</sup>

Diversas opiniones de abogados expertos se han suscitado respecto al tema, entre las cuales se encuentran las siguientes:

1. Principio de irretroactividad. Este principio se consagra en el artículo 14 constitucional dentro del *capítulo I de los derechos humanos y sus garantías*; el cual establece:

*A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.*

Lo que lleva a cuestionarnos, en primer lugar, si el establecimiento del sistema PSM tiene efectos retroactivos en los pactos estatutarios de las sociedades que, con anterioridad a la reforma de la ley, preveían como medios de publicación los periódicos oficiales o los diarios de mayor circulación y en segundo término, si dichas sociedades sufren algún perjuicio derivado de la aplicación retroactiva de la ley, en el cual se pudiera llegar a alegar a través del amparo, la inconstitucionalidad de la reforma que establece que la publicidad de ciertos actos exigidos por ley deben realizarse a través del PSM.

Un segundo punto de vista se cuestiona si la reforma realmente vulnera el principio de irretroactividad. Este segundo punto de vista sugiere que la garantía de irretroactividad se respeta en tanto que la nueva norma no afecta a situaciones jurídicas creadas con anterioridad a la entrada de vigencia de la norma. Conforme a este punto de vista, la entrada en vigor de la norma no tiene efectos sobre el pacto estatutario

---

<sup>6</sup> Decreto por el que se reforma la Ley General de Sociedades Mercantiles y otras leyes, en relación con la miscelánea mercantil, en la cual se establece el nuevo sistema PSM, encomendando a la Secretaría de Economía para establecer el nuevo medio de difusión, publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha de 13 de junio de 2014.

<sup>7</sup> Acuerdo mediante el cual la Secretaría de Economía establece el nuevo sistema de publicaciones de sociedades mercantiles, a través de su sitio en internet, publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha de 12 de junio de 2015.

en la medida en que no lo toma inoficioso por ministerio de la ley, sino que el efecto de la entrada en vigor afecta solamente a situaciones jurídicas creadas con posterioridad a la entrada en vigor de la norma. Es decir, la norma que exige publicar las convocatorias a través del PSM solamente afecta a la situación jurídica que da origen a la convocatoria (como lo es un acuerdo de accionistas).

2. Principio de autonomía de la voluntad. Este principio se basa en el poder que tienen los individuos para crear normas obligatorias de conducta que rijan sus relaciones jurídicas, las limitaciones a este principio son: (i) el interés u orden público, (ii) las leyes prohibitivas y, (iii) la ilicitud.

En relación con este principio, opiniones han llevado a pensar que en virtud de que los pactos estatutarios son expresión de la autonomía de la voluntad, si en los mismos se establecieran medios de publicación distintos al PSM, estos deberían de prevalecer debido a que los artículos reformados en la ley, no tienen carácter prohibitivo pues, no *prohíben*, ni señalan que son de orden público ni que no admiten pacto en contrario en cuanto a la aplicación de otros medios de publicación distintos al PSM, por lo que la libertad a pactar medios de publicación distintos no afecta al orden u interés público, en virtud de que son normas obligatorias de conducta que se apoyan en la libertad de las partes a estipular lo que sea de su interés en el contrato, por lo que tienen un interés privado que no interesa o tiene impacto en el orden u interés público y que como último punto no constituye un hecho ilícito.

Sin embargo, hay opiniones contrarias que se cuestionan si la publicidad de ciertos actos mercantiles como la venta de acciones, la fusión o la escisión de una sociedad, por citar algunos ejemplos, resultan relevantes para acreedores o deudores que sin ser parte de ese pacto social, tienen un interés jurídico en la manera en que se desenvuelvan las sociedades mercantiles.

3. Normas sustantiva o normas adjetivas. Otra opinión relevante se basa en definir si el carácter de las normas reformadas que establecen el nuevo sistema electrónico son de naturaleza sustantiva o adjetiva, lo anterior para determinar su ámbito de aplicación, por lo que si fueran normas de carácter sustantivo estas se deben regir conforme a las leyes vigentes del momento de su creación, cosa distinta a las leyes adjetivas, las cuales se deben regir por las leyes vigentes del momento en que inicie el proceso. El Diccionario Jurídico Mexicano las define de la siguiente manera:

*La clasificación derecho adjetivo contiene las normas que regulan la utilización de los aparatos del Estado que aplican<sup>8</sup> el derecho. Normalmente, se piensa en el derecho procesal, como el que contiene las normas adjetivas. La clasificación derecho sustantivo se refiere a las normas que conceden derechos e imponen obligaciones, excepto las relacionadas con el proceso. Los denominados códigos sustantivos (p.e., CC, CP, la parte relativa de la LFT, etc.) contienen las*

---

<sup>8</sup> Subrayada por la autora del artículo.

normas clasificadas como sustantivas, mientras los códigos procesales (p.e., el CPC, el CPP, la parte relativa de la LFT, etc.) contienen las normas clasificadas como adjetivas. Lo anterior no siempre resulta verdad, pues se pueden ver múltiples normas procesales que están en los códigos sustantivos y viceversa.<sup>9</sup>

Lo anterior resulta conveniente para poder definir la norma que regirá a los pactos estatutarios celebrados con anterioridad a la reforma que establece el sistema PSM, es decir, si la norma resulta de carácter sustantivo, se regirá por la ley del momento de creación del acto, cosa distinta a si la norma se considerará de carácter adjetivo, pues se regirá por la ley vigente del momento en que se inicie el proceso.

4. El Carácter imperativo de la ley. La forma en que se encuentra redactada la reforma mediante la cual se establece este nuevo sistema PSM, establece de manera imperativa la obligación de publicar a través del nuevo sistema electrónico, lo anterior es evidente según los siguientes artículos:

*Artículo 50 Bis. Las publicaciones que deban realizarse conforme a las leyes mercantiles se realizarán a través del sistema electrónico que para tal propósito establezca la Secretaría de Economía, y surtirán efectos a partir del día siguiente de su publicación.<sup>10</sup>*

*Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones que deban realizarse de conformidad con otras disposiciones o leyes especiales.*

*Artículo 186. La convocatoria para las asambleas generales deberá hacerse por medio de la publicación de un aviso en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía con la anticipación que fijen los estatutos, o en su defecto, quince días antes de la fecha señalada para la reunión...<sup>11</sup>*

Esto sin dejar a un lado lo que establece el artículo 188 de la ley General de Sociedades Mercantiles, el cual establece lo siguiente:

*Artículo 188. Toda resolución de la Asamblea tomada con infracción de lo que disponen los dos artículos anteriores<sup>12</sup>, será nula<sup>13</sup>, salvo que en el momento de la votación haya estado representada la totalidad de las acciones.*

---

<sup>9</sup> INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo III, D, Editorial Porrúa, S.A., Av. República Argentina, 15 México, 1985, p. 117; en voz de: ROSS, Alf., Sobre el derecho y la justicia; trad. De Genaro R. Carrio; Buenos Aires, Eudeba, 1963

<sup>10</sup> Artículo 50 bis del Código de Comercio reformado y publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de junio de 2014.

<sup>11</sup> Artículo 186 de la Ley General de Sociedades Mercantiles reformada y publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha de 13 de junio de 2014

<sup>12</sup> Se refiere al artículo 186 y 187 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el artículo 187 establece: *La convocatoria para las Asambleas deberá contener la Orden del Día y será firmada por quien la haga.*

<sup>13</sup> Subrayada por la autora del artículo.

Esta postura enfatiza el carácter imperativo de la ley, el cual a pesar de que no prohíbe la aplicación de otros medios de publicación, nunca señala que el PSM pueda ser sustituido por otros, por lo que en base a lo desarrollado anteriormente, la interpretación correcta y literal de la ley no debería de excluir al nuevo sistema electrónico como medio de publicación, sino, en todo caso ser complementado por los otros medios establecidos en los pactos estatutarios.

No existen criterios de las autoridades ni de tribunales al respecto, sin embargo no debemos perder de vista el espíritu de la ley la cual sin lugar a dudas busca beneficiar a las sociedades mediante la publicidad de sus actos de una forma más accesible, gratuita y eficiente.

En base a lo anterior, se debe resolver si este nuevo sistema PSM complementa o sustituye los medios de publicación que se prevén en los pactos estatutarios de las sociedades mercantiles constituidas con anterioridad a la reforma y creación de este sistema y definir en qué medio se deben realizar las publicaciones debido a que no prevén al PSM como medio para realizar las publicaciones que exigen las leyes mercantiles.

Sin lugar a dudas el nuevo sistema electrónico de publicaciones de sociedades mercantiles otorga mayor certidumbre y seguridad jurídica a las sociedades, proporcionando un medio de publicidad efectivo, eficiente y gratuito que permite que las sociedades mercantiles realicen las consultas y, publicaciones que establece la ley, eliminando los costos e impulsando la competitividad y productividad a nivel nacional, disminuyendo los requisitos mediante la modernización y simplificación administrativa de las disposiciones que rigen la actividad mercantil y fomentando el cumplimiento de las mismas.

Es necesario que la autoridad correspondiente aclare si este nuevo sistema debe de aplicarse como medio de publicación para todas las sociedades mercantiles, sin importar si son anteriores a la vigencia de este nuevo sistema.

## Bibliografía

Acuerdo mediante el cual se establece el Sistema Electrónico de Publicaciones de Sociedades Mercantiles y las disposiciones para su operación, publicado en el diario oficial de la federación el 12 de junio de 2015

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de julio de 2015

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código de Comercio, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, de la Ley de Fondos de Inversión, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, de la Ley Federal de Derechos y de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en relación con la Miscelánea en Materia Mercantil, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio de 2014.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo III, D, Editorial Porrúa, S.A., Av. República Argentina, 15 México, 1985, p. 117

Manual de Usuario del Sistema Electrónico de Publicaciones de Sociedades Mercantiles.

*Fecha de recepción: 27 de agosto de 2015*

*Fecha de aprobación: 31 de agosto de 2015*

# Reforma Energética en la industria eléctrica.

## Oportunidades y retos

MELINA JUÁREZ SEGURA<sup>1</sup>

SUMARIO: I. Objeto. II. Finalidad. III. Actividades que regula. IV. Autoridades. V. Disposiciones comunes. VI. Generación. VII. Suministro. VIII. Usuarios Finales. IX. Transmisión y distribución. X. Comercialización. XI. Mercado eléctrico mayorista. XII. Energía limpia. XIII. Mercado de certificados de energía limpia. XIV. Uso y ocupación de superficies. XV. Conclusión.

**Resumen.** Con la publicación de la Ley de la Industria Eléctrica, por primera vez en el país, las actividades concernientes a dicha industria, serán abiertas a la libre competencia. La ley en cita, genera un gran campo de acción, pero a la vez, desencadena dudas respecto al impacto económico que representará su aplicación. Los puntos fundamentales de esta Reforma tienen como tópicos principales los siguientes: Primeramente, la generación, que englobará cuestiones como ¿Quién es un generador? ¿Cuántas clases de generadores contempla la ley? ¿Qué permisos necesitarán para operar? Segundo, se llevará a cabo una exposición del concepto de Suministro contemplado en la ley, así como la identificación de los tipos de suministros. Así mismo se hará el abordaje de la figura de los Usuarios Finales y se definirán cuáles son las obligaciones de los Centros de Carga. Se analizará también, el papel dentro de la reforma de los Distribuidores, cómo será la regulación por parte de la Comisión Reguladora de Energía (CRE) y funcionamiento de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución. En lo que concierne al aspecto económico, no se puede dejar de mencionar el de la Comercialización, Mercado Eléctrico mayorista, Energía Limpia y su Mercado de Certificados. Por último el presente artículo cierra con un tema no menos importante que es el del Uso y Ocupación de Superficies. Señalando cómo será la afectación superficial de las propiedades, creación de servidumbres, así como la regulación y criterios para su manejo.

**Palabras Clave:** Generación, suministro, usuario final, mercado eléctrico mayorista.

**Abstract:** *With the promulgation of the Electric Industry Law, economic activities in that particular sector will be open to free market investors for the first time. The law in question creates a huge new field of*

---

<sup>1</sup> Profesora de la materia de Derecho Ambiental en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

*opportunities, but it in turn, creates doubt regarding the economic impact its enforcement will have. Considering this reform's fundamental aspects, this analysis will envelop the following main aspects: Firstly, generation, which will cover such issues as: Who will be a generator? How many types of generators does the new law take in account? Which permits will they need to operate? Secondly, the author will include a brief analysis of the Supply concept stated in the new law, and she will identify the different types of supplies. This article will also review the key End User concept and the obligations contained in the new law directed at Load Centers. The author will also analyze the Distributor's roll in the reform in question, how will the Energy Regulation Commission's regulations be, and the performance of the National Transmission Network and the General Distribution Networks. From an economic perspective, the commercialization aspect, as well as the Wholesale Electrical Market, Clean Energy and the Certificates Market will also be analyzed. Lastly, this article closes with the Use and Occupation of Surfaces topic, and an analysis of the property's superficial impact, the creation of easements and the regulation and criterion for their management.*

**Keywords:** *Generation, supply, end user, wholesale electrical market.*

El pasado 11 de Agosto de 2014, se publicó la esperada Ley de la Industria Eléctrica<sup>2</sup> Controvertida, debido a que por primera vez en el país, las actividades concernientes a dicha industria, serán abiertas a la libre competencia. La ley en cita, genera un gran campo de acción, pero a la vez, desencadena dudas e incertidumbre, respecto al impacto económico que representará su aplicación. En el presente texto, se expone de manera sencilla y esquematizada, los diversos conceptos regulados por el nuevo cuerpo legislativo.

## I ] Objeto

Regular la planeación y control del Sistema Eléctrico Nacional y del Servicio Público de Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica. Así como las actividades derivadas de la Industria eléctrica.

## II ] Finalidad

Promover el desarrollo sustentable de la Industria Eléctrica, garantizando una operación continua, eficiente y segura en beneficio de los usuarios y reglamentar el cumplimiento de las obligaciones del Servicio Público y Universal, en lo referente a Energía Limpia y reducción en emisión de contaminantes.

---

<sup>2</sup> Ley de la Industria Eléctrica, Publicada en el Diario Oficial de la Federación 11 de Agosto 2014.

### III ] Actividades que regula

Las derivadas de la industria eléctrica, tales como: (i) Generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica.- (ii) Planeación y control del Sistema Eléctrico Nacional.- (iii) Operación del Mercado Eléctrico Mayorista.

### IV ] Autoridades

Secretaría de Energía: Principalmente conducirá la política energética, desarrollando planes y programas de coordinación con diferentes autoridades, en busca del correcto funcionamiento del Sistema Eléctrico Nacional.

CRE: Se encargará de emitir los permisos referidos en la Ley y sentar las Bases, disposiciones, metodología, mecanismos y normas de Mercado.

Centro Nacional de Control de Energía (CENACE): Organismo público descentralizado de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio, creado en la antes mencionada ley. Tiene a su cargo: (i) El Control Operativo del Sistema Eléctrico Nacional.- (ii) Operación del Mercado Eléctrico Mayorista.- (iii) Manejo del acceso a la Red Nacional de Transmisión y de las Redes Generales de Distribución.

### V ] Disposiciones comunes

En lo no previsto por la Ley, se consideran mercantiles los actos de la Industria Eléctrica. Mismos que se regirán por el Código de Comercio y supletoriamente por el Código Civil Federal.

Los permisionarios serán personas físicas o morales constituidas conforme a las leyes mexicanas. La generación, transmisión, distribución, comercialización y proveeduría de insumos primarios para la industria eléctrica se realizarán de manera independiente entre ellas y bajo condiciones de estricta separación legal.

No obstante a la existencia de regularizaciones respecto a tarifas de actividades de la Industria Eléctrica, la generación y comercialización de energía, serán servicios que se presten en un régimen de libre competencia. Las oportunidades de comercialización dentro de la presente Ley, son amplias. Reflejan a los diversos actores participes. Para una mejor explicación, se expondrán en diversos incisos:

### VI ] Generación

1. Generador: (i) Titular de uno o varios permisos para "generar" electricidad en Centrales Eléctricas. (ii) Titular de un contrato de Participante de Mercado, quien representará en el mercado Eléctrico

Mayorista a las centrales antes mencionadas. (iii) Quien, con autorización de la CRE, representa a las Centrales Eléctricas ubicadas en el extranjero.

2. Generador Exento: Propietario o poseedor de una o varias Centrales Eléctricas que no requieren ni cuenten con permiso para generar energía eléctrica.

De lo anterior, consideremos el concepto de "generación distribuida" cuyas características son: (i) Se realiza por un Generador Exento. (ii) Se realiza en una Central Eléctrica interconectada a un circuito de distribución que contenga una alta concentración de Centros de Carga, en los términos de las Reglas del Mercado.

Las obligaciones de los Generadores que representen Centrales Eléctricas interconectadas al Sistema Eléctrico Nacional son: (i) Celebrar contratos de interconexión emitidos por la CRE. (ii) Operar Centrales Eléctricas en cumplimiento a las instrucciones del CENACE. (iii) Mantenimiento de sus Centrales Eléctricas a la coordinación y a las instrucciones del CENACE. (iv) Notificar al CENACE los retiros programados de sus Centrales Eléctricas. (v) Proporcionar servicios conexos, cuando por causas de emergencia se pongan en riesgo las instalaciones del Sistema Eléctrico Nacional o del Suministro Eléctrico.

3. Respecto a la producción de sus propias centrales eléctricas los generadores podrán: (i) Representar a los Generadores Exentos en el Mercado Eléctrico Mayorista. (ii) Adquirir servicios de transmisión y distribución en base con Tarifas Reguladas. (iv) Adquirir y enajenar servicios conexos no incluidos en el Mercado Eléctrico. (v) Compraventa de: Energía eléctrica; Servicios Conexos que se incluyan en el Mercado Eléctrico Mayorista; Derechos Financieros de Transmisión; Certificados de Energías Limpias. (vi) Celebrar Contratos de Cobertura Eléctrica para realizar operaciones de compraventa relativas a la energía eléctrica, potencia o los servicios conexos y a los Derechos Financieros de Transmisión. Así como, adquirir o realizar operaciones relativas a los Certificados de Energías Limpias.

4. ¿Requiere de permiso el Generador? Sí. Para actividades que comprendan el financiamiento, instalación, mantenimiento, gestión, operación, ampliación, modernización, vigilancia y conservación de las Redes Particulares. que resulten necesarias para entregar la producción de las Centrales Eléctricas a la Red Nacional de Transmisión o las Redes Generales de Distribución o para fines de abasto aislado.

Las Redes Particulares no formarán parte de la Red Nacional de Transmisión o las Redes Generales de Distribución y se sujetarán al régimen jurídico aplicable a la Central Eléctrica a la que pertenezcan.

La central eléctrica en la cual se genere la energía e y productos asociados, requerirá un permiso cuando: (i) tenga una capacidad mayor o igual a 0.5 MW. (ii) Estén representadas por un Generador en el Mercado

Eléctrico Mayorista. (iv) Esté ubicada en el extranjero y conectada exclusivamente al Sistema Eléctrico Nacional.

Como excepción, las Centrales Eléctricas destinadas exclusivamente al uso propio en emergencias o interrupciones en el Suministro Eléctrico, no requieren del permiso.

## VII ] Suministro

Servicio de interés público que corresponde al conjunto de productos y servicios requeridos para satisfacer la demanda y el consumo de energía eléctrica de los Usuarios Finales, regulado por la CRE y que comprende: (i) Representación de los Usuarios Finales en el Mercado Eléctrico Mayorista. (ii) Adquisición de la energía eléctrica y Productos Asociados (iv) Celebración de Contratos de cobertura Eléctrica. (v) Enajenación de la energía eléctrica para su entrega en los Centros de Carga de los Usuarios Finales. (vi) Facturación, cobranza y atención a los Usuarios Finales.

Existen tres tipos de suministros:

1. Usuario Básico: Su contraprestación es la regulación tarifaria. El tipo de usuario final, es cualquier persona que lo solicite y que no sea usuario calificado, cuyos centros de carga se encuentren ubicados en las zonas donde operen. Puede representar en el Mercado Eléctrico Mayorista a los Generadores Exentos Sólo si se lo solicitan. Su contrato de suministro deberá de ser registrado ante la Procuraduría Federal del Consumidor. Como peculiaridad, podemos agregar que celebrarán contratos de cobertura eléctrica exclusivamente a través de subastas que llevará a cabo el CENACE.

2. Usuario Calificado: Su contraprestación es acorde a la libre competencia. Para esta clasificación el usuario final es el calificado. Puede representar en el Mercado Eléctrico Mayorista a los Generadores Exentos sólo si se lo solicitan. Su contrato de suministro deberá de ser registrado ante la Procuraduría Federal del Consumidor.

3. Usuario de Último Recurso: Su contraprestación es el precio máximo. Para ellos, el usuario final es el Usuario Calificado que lo requieran y cuyos centros de carga se encuentren ubicados en las zonas donde operen. Puede representar en el Mercado Eléctrico Mayorista a los Generadores Exentos sólo si se lo requieren. Su contrato de suministros se preverá dentro los contratos de suministro calificado. Este tipo de usuario tiene tiempo limitado con la finalidad de mantener la continuidad del servicio cuando un suministrador de servicios calificados deje de prestar el suministro eléctrico.

## VIII ] Usuarios finales

Persona física o moral que adquiere, para su propio consumo o para el consumo dentro de sus instalaciones, el Suministro Eléctrico en sus Centros de Carga, como Participante del Mercado o a través de un Suministrador. También se considera como tal el usuario calificado, mismo que deberá contar con un registro ante la CRE para adquirir el suministro eléctrico como participante del mercado o mediante un suministro de servicios calificados.

Están obligados a registrarse aquellos centros de carga que: (i) Se hayan incluido en el registro de Usuarios Calificados. (ii) No reciban el Servicio Público de Energía Eléctrica a la entrada en vigor de la Ley y reúnan los requisitos para incluirse en el registro de Usuarios Calificados.

Podrán registrarse los centros de carga que: (i) Incluidos en los Contratos de Interconexión Legados a la fecha de entrada en vigor de la Ley. (ii) Reporten una demanda igual o mayor a 3 Megawatts, durante el primer año de vigencia de la Ley

Una persona puede registrarse como Usuario Calificado en determinados Centros de Carga y a su vez mantener la Calidad de Usuario Básico en otros Centros de Carga, considerándose como Usuarios Finales diferentes. En caso de que no realice dicho registro, la CRE lo registrará y notificará al Suministrador correspondiente para que preste el Suministro de Último Recurso al Usuario Final, hasta que contrate el Suministro Eléctrico a través de un Suministrador de Servicios Calificados o en modalidad de Usuario Calificado Participante del Mercado.

Cabe puntualizar, que al interponer un procedimiento conciliatorio ante la PROFECO, respecto de los servicios prestados a los Usuarios Calificados, no se suspende la facultad del proveedor de interrumpir o suspender unilateralmente el suministro de energía.

## IX ] Transmisión y distribución

Distribuidor, es el organismo o empresa productiva del Estado o subsidiaria que preste el servicio público de distribución de Energía Eléctrica, cobrando las tarifas que la CRE establezca por uso de infraestructura, siendo responsables de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución. La ley permite que el Estado y los distribuidores formen asociaciones o celebren contratos con particulares para que, por cuenta de la Nación, realicen financiamiento, instalación, mantenimiento, gestión, operación y ampliación de la infraestructura necesaria para prestar el Servicio Público de Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica.

Con ello, aparece la oportunidad de invertir como particular en la realización de obras, ampliaciones o modificaciones de transmisión o distribución, bajo su pago total o mediante aportaciones, obteniendo los siguientes beneficios: (i) Adquirir los derechos financieros de transmisión. (ii) Recibir ingresos que resulten de la venta de los mismos. (iii) No tener responsabilidad por los costos que ocurran en el Mercado Eléctrico

Mayorista como resultado de caso fortuito o fuerza mayor. (iv) Estar sujetos a servidumbre legal los predios necesarios para la instalación de la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución. Analizados los actores de la actividad en la Industria Energética, vale la pena enfocar temas económicos.

## **X ] Comercialización**

En un sistema de libre competencia, la comercialización de Energía Eléctrica basa su servicio en las siguientes actividades: (i) Prestar el Suministro Eléctrico a los Usuarios Finales. (ii) Representar a los Generadores Exentos en el Mercado Eléctrico Mayorista. (iii) Adquirir servicios de transmisión y distribución con base en las Tarifas Reguladas. (iv) Adquirir y enajenar los Servicios Conexos no incluidos en el Mercado Eléctrico, con intermediación del CENACE. (v) La compraventa de Energía Eléctrica y servicios conexos. (vi) Servicios Conexos que se incluyan en el Mercado Eléctrico Mayorista. (vii) Potencia o cualquier otro producto que garantice la suficiencia de recursos para satisfacer la demanda eléctrica. (viii) Los productos anteriores, vía importación o exportación. (ix) Derechos Financieros de Transmisión. (x) Certificados de Energías Limpias, y, (xi) Las actividades no consideradas comercialización y no requieren permiso o registro son: (i) La venta de energía eléctrica de un Usuario Final a un tercero, sí la energía eléctrica se utiliza dentro de las instalaciones del Usuario Final. (ii) La venta de energía eléctrica de un tercero a un Usuario Final, sí la energía eléctrica se genere a partir de Generación Distribuida dentro de las instalaciones del Usuario Final.

## **XI ] Mercado eléctrico mayorista**

Será operado por el CENACE y conformado por quien celebren un contrato de participante del Mercado con el CENACE en modalidad de Generador comercializador, Suministrador, Comercializador no Suministrador o Usuario calificado. Los Generadores, Comercializadores y Usuarios Calificados sólo podrán participar en el Mercado Eléctrico Mayorista, previa celebración de contrato y presentación de la garantía correspondiente, en términos de las Reglas del mercado, habilitados a realizar las transacciones de compraventa.

Los Generadores, Suministradores y Usuarios Calificados Participantes del mercado notificarán al CENACE de cada Central Eléctrica y cada Centro de Carga que representen o que pretenden representar en el Mercado Eléctrico Mayorista.

## **XII ] Energía limpia**

Fuentes de energía y procesos de generación de electricidad, cuyas emisiones o residuos, no rebasen los umbrales establecidos en las disposiciones reglamentarias. Se incluyen: El viento, la radiación solar, los bioenergéticos, nucleoelectrónica, entre otros. Existiendo la posibilidad de

que otras fuentes de energía sean incluidas mediante determinación de la Secretaría de Energía y la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

Para la promoción de Energías Limpia, se incluyó en la ley los Certificados de Energías Limpias, los cuales son títulos emitidos por la CRE que acreditan la producción de un monto determinado de energía eléctrica a partir de Energías Limpias y que sirve para cumplir los requisitos asociados al consumo de los Centros de Carga.

### **XIII J Mercado de certificados de energías limpias**

Los Suministradores, Usuarios Calificados Participantes del Mercado, Usuarios Finales que se suministren por abasto aislado y titulares de Contratos de Interconexión Legados que incluyan Centros de Carga de carácter público o particular, deberán cumplir con las obligaciones de Energías Limpias. Motivo que generará, que los certificados sean negociables. Fomentará la celebración de Contratos de Cobertura Eléctrica a largo plazo que incluyan Certificados de Energías Limpias. Mismos, que permitirán el traslado de certificados excedentes o faltantes entre periodos y establecerán cobros por realizar dicho traslado a fin de promover la estabilidad de precios.

Permitirá la adquisición, circulación y compraventa de los Certificados de Energías Limpias y los Contratos de Cobertura Eléctrica relativos a ellos por personas que no sean Participantes de Mercado. La CRE creará y mantendrá un Registro de Certificados, el cual contendrá el matriculado de cada certificado y la información correspondiente a su fecha de emisión, vigencia e historial de propietarios. Únicamente el último poseedor del certificado en el Registro podrá hacer uso de él.

### **XIV J Uso y ocupación superficial**

La industria eléctrica es considerada de utilidad pública, por lo que procederá:

La ocupación, afectación superficial o constitución de servidumbres necesarias para prestar el Servicio Público de Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica y construcción de Plantas de Generación de Energía Eléctrica.

Las actividades de transmisión y distribución de energía eléctrica se consideran de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie o del subsuelo de los terrenos afectos a aquéllas.

Al ser un asunto prioritario se obliga a la Federación, los gobiernos de los Estados y del Distrito Federal, de municipios y delegaciones a contribuir al desarrollo de proyectos de: Generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. Lo anterior, mediante procedimientos

que agilicen y garanticen el otorgamiento de los permisos y autorizaciones en el ámbito de su competencia.

Al no existir limitante, respecto al tema de solicitar sólo en propiedad pública el uso, goce o afectación de los terrenos, bienes o derechos necesarios para realizar las actividades de la Industria Eléctrica, la ley establece procedimientos para que las contraprestaciones sean negociables entre los propietarios o titulares de dichos terrenos, bienes o derechos (Incluyendo derechos reales, ejidales, derechos de las comunidades indígenas y procedimientos previstos en la Ley Agraria). En el caso de ser de propiedad privada, además podrá convenirse la adquisición. La contraprestación deberá considerar el valor comercial, pudiendo ser: (i) El pago de las afectaciones de bienes o derechos distintos de la tierra, así como la previsión de los daños y perjuicios que se podrían sufrir con motivo del proyecto a desarrollar. (ii) La renta por concepto de ocupación, servidumbre o uso de la tierra.

## XV ] Conclusión

*El futuro contiene lo temido o lo esperado; según la intención humana* señala Ernst Bloch en el prólogo de *El Principio Esperanza*.<sup>3</sup> La Ley de la Industria Eléctrica más que asentar las bases de un nuevo sistema de explotación energética, representa el rompimiento de todo un paradigma económico y social. Estamos en el umbral de un gran número de oportunidades de inversión y participación en las actividades relacionadas con la generación, suministro, distribución y comercialización de Energía Eléctrica. La nueva ley, abre un campo de mercado especializado, del cual se espera un gran desarrollo económico para el país. Toda oportunidad conlleva retos y riesgos. Siendo los mayores: La falta de reglas de mercado, disposiciones aplicables, contratos autorizados, o sistema de tarifas estandarizadas. Es de resaltarse, la ausencia de una de las principales autoridades reguladoras contempladas en la ley El CENACE. Contamos con un esquema general, que en ciertas áreas es confuso y en otras incompleto. Tendremos que esperar a que el marco jurídico se complete y aplique correctamente. De funcionar, nos encontraremos cara a cara con un verdadero impulso económico y social. Sólo resta puntualizar, que esta naciente industria sea dirigida correctamente, para que el futuro traiga lo esperado y no lo temido.

*Fecha de aprobación: 2 de octubre de 2014*

*Fecha de recepción: 19 de agosto de 2015*

---

<sup>3</sup> Bloch Ernest, *El Principio Esperanza 1*, 1º Edición Editorial TROTTA, 2006.



# Los efectos de la Reforma Energética en la tenencia de la tierra

ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. *La conexión del aprovechamiento energético al suelo o tierra*; II. *Régimen general de la tenencia de la tierra*; III. *La Reforma Energética del 2013/2014*; IV. *Marco legal, específico y complementario*; V. *Carácter prioritario del aprovechamiento energético*; VI. *Procedimiento contractual y manifestación de interés*; VII. *Vía voluntaria o concertada*; VIII. *Contraprestación*; IX. *Vía voluntaria agraria*; X. *Validación de contrato, acuerdo o convenio*; XI. *Mediación*; XII. *Vía impositiva o legal*; XIII. *Impacto social*; XIV. *Conclusiones*.

**Resumen.** El aprovechamiento energético esta invariablemente vinculado al suelo o tierra. El presente es un análisis de los efectos jurídicos que tuvo la reciente Reforma Energética en la tenencia de la tierra. Explora el marco legal, el procedimiento contractual a seguir, la contraprestación, las vías, el impacto social y el carácter prioritario del aprovechamiento energético.

**Palabras clave:** Aprovechamiento energético, hidrocarburos, tenencia de la tierra.

**Abstract:** *Energy use is invariably linked to the ground. This paper contains an analysis of the legal impact the reform in the energy sector represented in land tenure. It explores the legal framework, the contractual procedure to be followed, prices to be rendered, social impact and the relevance and priority energy use has.*

**Keywords:** *Energy use, fossil fuels, land tenure.*

## I ] La conexión del aprovechamiento energético al suelo o tierra

El aprovechamiento energético de hidrocarburos, geotérmico y de electricidad, por razones simplemente físicas, invariablemente está ligado al suelo o tierra, pues es esta frontera la colindante con el recurso y, por ende, tiene una vinculación directa con la propiedad inmueble, lo cual obliga a tener en consideración inmediata justamente al régimen

---

<sup>1</sup> Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara. Ex Procurador Agrario de la República Mexicana.

general de la tenencia de la tierra en nuestro país y, por ende, su conformación y modalidades del orden constitucional.

## II ] Régimen General de la Tenencia de la Tierra

Conforme reza el artículo 27 de nuestra Constitución Política, la Nación *ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio* de las tierras a los particulares, para constituir la propiedad privada, al mismo tiempo que tendrá siempre el derecho de imponerle las modalidades que dicte el interés público; bajo estos preceptos es que se crea la propiedad privada, plena, del orden civil, bajo regulación local (los Códigos Civiles de cada entidad federativa), sujeta a la jurisdicción local para la resolución de las controversias que sobre ésta se susciten y con un registro público local para su control, la cual puede ser tener un aprovechamiento del orden urbano y rural, que conforma aproximadamente el 43% del territorio nacional.

Como modalidad impuesta por la propia Constitución Política, está la propiedad social o agraria, del orden ejidal y comunal, bajo una regulación federal (Ley Agraria) y jurisdicción también federal en la solución de los conflictos que sobre ella se generen (los tribunales agrarios), con un registro público federal para su control documental, la que también puede ser urbana (tierras del asentamiento humano), o rural (tierras de uso común y las tierras parceladas), y que conforman aproximadamente el 52% del territorio nacional.

Finalmente, tenemos la propiedad pública, conformada con los bienes que quedan bajo el dominio directo de la nación, integrada por las vías generales de comunicación, los destinados al servicio público, los cuerpos de agua, las zonas federales, y los terrenos baldíos y nacionales, que suman aproximadamente el 5% restante del territorio nacional.

## III ] La Reforma Energética del 2013/2014

Como es del dominio público, dentro de las llamadas reformas estructurales del marco normativo nacional, por decreto del 18 de diciembre del 2013 se reformaron los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política, por lo que hace a la materia energética; posteriormente, en el Diario Oficial de la Federación del 11 de agosto del 2014 se publicaron las leyes reglamentarias, y el 31 de octubre siguiente se hizo lo propio con el marco reglamentario de las anteriores.

En consecuencia, al adentrarnos en el análisis de esta reforma primeramente es importante dejar sentado que la reforma plantea un especial efecto contractual, constituido por dos grandes apartados: uno, sustentado en la actividad vinculada con el aprovechamiento de los hidrocarburos, la energía geotérmica y la eléctrica, lo que incluye la exploración, explotación y conexos (LH 2; LIE 1, 2); y dos, el sustentado en la afectación resultante por esa actividad a la propiedad o titularidad

del suelo o tierra, que, como apuntamos, queda insuperablemente unida por razones físicas, al subsuelo y a su requerimiento superficial para estas industrias, particularmente la eléctrica. Nuestro análisis versa justamente sobre este segundo apartado, que constituye el régimen de tenencia de la tierra.

#### **IV ] Marco legal, específico y complementario**

El marco legal del que parte el presente análisis es la Ley de Hidrocarburos (LH)<sup>2</sup> y su reglamento (RLH)<sup>3</sup>, la Ley de la Industria Eléctrica (LIE)<sup>4</sup> y su reglamento (RLIE)<sup>5</sup>, la Ley de Energía Geotérmica (LEG)<sup>6</sup> y su reglamento (RLEG)<sup>7</sup>, la Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Ambiente del Sector Hidrocarburos (LANS)<sup>8</sup>, y el Reglamento Interior de la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano (RISEDATU)<sup>9</sup>, cuyas siglas serán utilizadas en referencia con sus artículos. Por ser también de aplicación directa al tema que nos ocupa, acudimos a la Ley Agraria (LA)<sup>10</sup> y al Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC)<sup>11</sup>.

#### **V ] Carácter prioritario del aprovechamiento energético**

Debemos partir de la premisa de que la nueva normatividad energética establece un carácter prioritario a la industria de hidrocarburos (LH 96) y eléctrica (LIE 71), lo que conlleva a determinar que al ser de utilidad pública, tienen preferencia sobre cualquier otra actividad, superficial o del subsuelo (LIE 42, 71), por lo cual se pueden imponer servidumbres legales, y la ocupación o afectación superficial al uso y usufructo. En consecuencia, también como premisa inicial, es importante destacar que en la normatividad energética se desecha o, al menos se deja de lado, la figura y facultades administrativas de la expropiación, atento a que dicha utilidad pública no persigue la extinción de la propiedad sino la participación de sus titulares en la industria.

---

<sup>2</sup> Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014.

<sup>3</sup> Reglamento publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de octubre de 2014.

<sup>4</sup> Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014.

<sup>5</sup> Reglamento publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de octubre de 2014.

<sup>6</sup> Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014.

<sup>7</sup> Reglamento publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de octubre de 2014.

<sup>8</sup> Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014

<sup>9</sup> Reglamento publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013.

<sup>10</sup> Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de febrero de 1992.

<sup>11</sup> Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1943.

## VI ] Procedimiento contractual y manifestación de interés

Como vías para el desarrollo y aprovechamiento de los derechos de uso y usufructo territorial de estas industrias, ahora abiertas tanto a las Empresas Productivas del Estado como a los particulares, se establecen tanto la vía voluntaria o concertada, como la vía impositiva o legal. La primera se sustenta en la suscripción de acuerdos, convenios o contratos, de naturaleza mercantil, como lo define la propia normatividad referente y en su caso, con supletoriedad del Código Civil Federal (LH 97), entre los contratistas e interesados y los propietarios o titulares de los bienes o derechos que sean requeridos para ello (LH 100; LIE 73); señala el texto legal respectivo que tratándose de la propiedad privada, también puede ser considerada su adquisición, lo que desde luego también involucraría a la propiedad agraria, pero una vez que fuera desincorporada de ese régimen. El procedimiento para arribar a esos acuerdos o contratos, deberá efectuarse con pleno respeto a los derechos humanos, y atendiendo a la convencionalidad aplicable para las comunidades indígenas.

El procedimiento contractual inicia con una expresión escrita manifestando el interés del inicio de la negociación, la que se deberá dirigir a los titulares de los bienes o derechos involucrados, dando al mismo tiempo puntual aviso a la Secretaría de Energía (SENER) o de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano (SEDATU), según sea la industria y destino, para su registro y los efectos posteriores, como se verá más adelante (LH 101, I, II y IV; LIE 74, I, II y IV).

## VII ] Vía voluntaria o concertada

Los acuerdos, convenios o contratos a celebrar deberán ser por escrito y ajustarse a los modelos y lineamientos que emita la SENER, con opinión de la SEDATU y viceversa, según se trate de hidrocarburos o energía eléctrica; en este aspecto debemos decir que al emitir dichas dependencias los lineamientos y elaborar los modelos de contratos, por virtud de su calificación oficial, podemos entender que serán prácticamente contratos de adhesión (LH 101, VIII; LIE 74, VIII).

La normatividad en cuestión señala como posibles tipos de contratos al arrendamiento, la servidumbre voluntaria, la ocupación superficial, la ocupación temporal, la compraventa, la permuta u otras no prohibidas por la ley (LH 101, V; LIE 74, V). En este punto, un aspecto importante a considerar, para el caso de tierras del régimen social o agrario, es la limitación temporal que señala la ley de la materia a un plazo de 30 años como máximo, aunque prorrogables, pues no es cuestión menor dicha restricción, atento a sus efectos y alcances (LA 45).

## VII ] Contraprestación

Por lo que hace a la contraprestación que se establezca en los acuerdos, convenios o contratos, podrá ser pactada en efectivo o especie, será siempre acorde al valor comercial de los derechos que se involucren, y deberá incluir el monto por la renta, las posibles afectaciones a los bienes o derechos distintos de la tierra (cultivos, implementos, equipamientos, entre otros), así como los posibles daños y perjuicios que pudieran generarse, siempre acorde a la *actividad habitual* del inmueble en cuestión (LH 101, VI; LIE 74, VI). Adicionalmente, deberán preverse los mecanismos financieros necesarios para cuando sea el caso de requerirse el desmantelamiento de instalaciones y abandono de los terrenos, a fin de que al finalizar el acuerdo o contrato, permita restablecer en el pleno goce de sus derechos al titular, así como los daños que no se hubieran previsto en la misma contraprestación (LH 116; LIE 89).

A destacar, justamente como ejemplo de la incorporación del propietario o titular a los beneficios de la productividad del subsuelo, la norma señala que en el caso de la extracción de hidrocarburos, también se podrá incluir en la contraprestación para el caso del gas natural no asociado, no menos del 0.5% ni más del 3.0% de sus ganancias, y en cualquier otro hidrocarburo, no menos del 0.5% ni más del 2.0% (LH 101, VI, c).

Deberán ser incluidos los derechos y obligaciones pactadas para las partes, así como prever la inclusión de mecanismos alternos de solución de controversias, como son la mediación o el arbitraje; y también se señala la prohibición de pactar en la contraprestación una parte de la producción, pues no debe perderse de vista que los recursos energéticos son propiedad de la nación.

Un elemento que cobra especial importancia por ser eje central del proceso de aprovechamiento energético, sea en la vía concertada o impositiva, es la práctica de los avalúos. La normatividad señala que la negociación sobre la contraprestación, se realizará a partir de los tabuladores que respecto del valor de la tierra deberá realizar o actualizar el Instituto de Administración y Avalúo de Bienes Nacionales (INDAABIN) (LH 103; LIE 76), y se dispone expresamente que los mismos deberán emitirse integralmente; sin embargo, después de esa base, las partes podrán acudir a la práctica de otros avalúos del mismo Instituto o de instituciones de crédito, corredores públicos u otros profesionistas especializados (LH 104; LIE 77).

## IX ] Vía voluntaria agraria

En ésta vía voluntaria, se prevé un apartado con disposiciones específicas del régimen social o agrario (LH 102; LIE 75), cuando sea el caso de que se involucren terrenos, bienes o derechos sujetos al régimen de los ejidos y comunidades, con lo que la Ley Agraria (LA) deberá ser

aplicada complementariamente; y en este sentido, los sujetos agrarios podrán ser asesorados y representados por la Procuraduría Agraria (LH 102, I); desafortunadamente, la norma no incluye a los sujetos agrarios identificados como *poseionarios* (LA 56 y 57), lo que aparentemente les deja fuera de la posibilidad de beneficiarse en las mismas condiciones que los ejidos, ejidatarios, comunidades y comuneros, situación francamente inequitativa o, al menos, imprecisa, y que podrá dar lugar a una conflictividad que es menester prever.

Cuando se trate del uso, goce, afectación o disposición de bienes o derechos del orden agrario, *deberá sujetarse invariablemente* a las formalidades previstas para el acuerdo de asamblea de formalidades especiales (LH 102, II; LIE 75, II), disposición que a la luz de la norma especializada agraria, conlleva al menos tres escenarios legales; una, en la que la norma energética entra en contradicción con la norma agraria, al exigir aquella una asamblea general de ejidatarios o comuneros, con formalidades especiales (plazo de convocatoria; quorum de instalación y de resolución; representación de la Procuraduría Agraria; y asistencia de fedatario público), pues la Ley Agraria indica que para la celebración de contratos y convenios sobre tierras de uso común (de titularidad y aprovechamiento de los sujetos agrarios colectivos) solo se requiere la celebración de una asamblea simple (LA 23, V); dos, que dicha disposición es inaplicable cuando se trata de derechos parcelarios de los sujetos agrarios individuales, pues éstos gozan de plena libertad para suscribir los contratos que involucren esos derechos individuales, sin tener que obtener el respaldo de la asamblea (LA 45, 76, 77 y 79); y tres, que pareciera que nuevamente se excluye el caso de los *poseionarios*, como ya apuntamos en párrafos anteriores.

Sigue señalando en materia agraria que el pago de la contraprestación, cuando corresponda individual, se efectuará directamente, salvo el porcentaje por la extracción de hidrocarburos, el que será para el núcleo agrario; y cuando le corresponda al sujeto agrario colectivo, que desde luego también incluye el porcentaje señalado por la extracción, se hará por conducto de su órgano de representación, el Comisariado Ejidal (LH 102, III; LIE 75, III). En el caso de hidrocarburos apreciamos que el beneficio por la extracción aplica colectivamente, lo que nos parece un acierto, atento a la condición de su ubicación en el subsuelo, que precisamente no puede ser individualizada. Y en este aspecto, una vez más, expresamente no se incluye a los sujetos agrarios *poseionarios*, lo que pareciera ratificar que se les deja fuera del beneficio que sí se les respeta a los ejidos, ejidatarios, comunidades y comuneros; reiteramos nuestro apunte anterior.

## X J Validación de contrato, acuerdo o convenio

Un aspecto novedoso y que puede resultar extraño, es que no bastará con el concierto entre las partes, contratistas e interesados y

titulares de bienes o derechos, conforme al procedimiento contractual anteriormente señalado, en el que el elemento voluntario no es suficiente para perfeccionarlo (artículo 1796 del Código Civil Federal), sino que será necesario un proceso adicional para la validación del contrato, acuerdo o convenio, por la vía judicial, quedando en la competencia del Juez de Distrito en materia civil o del Tribunal Unitario Agrario, según se trate del régimen de la propiedad privada o agraria involucrada (LH 105; LIE 78).

Podemos visualizar que esta innovación puede ser entendida como demeritoria de la concertación de voluntad entre las partes, al requerir una calificación de juzgador; pero seguramente obedecerá a la exigencia de la plena certeza que los interesados en las industrias energéticas requieren para hacer realidad su participación, y sabemos, que al campo mexicano se la ha visto con desconfianza en este aspecto.

Un primer cuestionamiento que al respecto surge es sobre la vía procesal aplicable para esa validación; podría suponerse que en el primer caso sería la del juicio civil ordinario, y en el segundo, el del juicio agrario; y podemos afirmar que no es viable la jurisdicción voluntaria pues la norma energética señala que al efecto deberá recaer sentencia que constituya cosa juzgada, lo que no es posible en ésta instancia voluntaria (CFPC 354).

Pero luego, en la norma se señala que en el procedimiento judicial de validación se deberán verificar las formalidades legales para los contratos, acuerdos o convenios; llama la atención ésta exigencia, pues como apuntamos, primeramente es claro que no es suficiente la voluntad de las partes, y segundo, que esa verificación constituirá una prueba y cuestionamientos directos a los modelos o contratos de adhesión que antes deberán ser aprobados y emitidos como modelos por las dependencias responsables; enseguida, una vez verificadas las formalidades, el juzgador ordenará la publicación de un extracto del documento en un periódico de mayor circulación y en los lugares más visibles del núcleo agrario; y finalmente, emitirá su sentencia, la cual, ya señalamos, constituirá cosa juzgada, contra la cual solo procederá el Juicio de Amparo (LH 105; LIE 78).

En el proceso judicial de validación de los contratos, acuerdos o convenios, será necesaria la identificación de la *litis*, indispensable para la vía del juicio y por ende, para la emisión de sentencia que la dirima y en consecuencia, que implique su ejecutoriedad.

## XI ] Mediación

Si transcurrido un plazo de 180 días a partir de la manifestación de interés o inicio de la negociación antes apuntado, no hubiere respuesta o una conclusión favorable para el acuerdo o contrato, se tendrán dos alternativas: acudir a la mediación de la SEDATU, o pasar a la fase impositiva (LH 106; LIE 79). Por lo que hace a la mediación, la actuación de la dependencia será escuchar los argumentos de las partes, procurar

una buena relación y sugerir acuerdos con base en las ofertas y avalúos ya emitidos (LH 107; LIE 80).

El Reglamento Interior de la SEDATU, reformado para esos efectos, incorporó la Dirección General de Contratos y Negociaciones a la Unidad de Utilización del suelo para Proyectos de Energía e Inversiones Físicas de los Fondos Mineros, con miras a cumplir estas nuevas responsabilidades (RISEDATU 16 bis, 29 bis).

## **XII ] Vía impositiva o legal**

Luego, la vía impositiva puede tener lugar en dos momentos; uno, como ya señalamos en el párrafo anterior, como alternativa de la mediación, al concluir un plazo de 180 días a partir de la manifestación de interés o inicio de la negociación, y que fue previamente notificada a la SENER, por la vía judicial se procederá a la constitución de servidumbre legal (o de hidrocarburos), la cual deberá comprender los derechos de tránsito de personas, de transporte, conducción y almacenamiento, la construcción, instalación y mantenimiento, y en general, las obras y trabajos para el desarrollo y vigilancia, y las demás que resulten necesarias para el fin propuesto (LIH 106, 109; LIE 82). La contraprestación que se fije en esta será acorde a las propuestas y avalúos hechas con anterioridad (LIH 110; LIE 83).

El otro momento en que puede aparecer la vía impositiva, es al concluir un plazo de 30 días contados a partir de la sugerencia de la SEDATU producida en la mediación, sin haber obtenido resultado; con lo que se procederá a la constitución de servidumbre legal (o de hidrocarburos) en la vía administrativa, a solicitud de la SENER a la SEDATU para que de trámite ante el Ejecutivo (sic) (LH 108; LIE 81), cuya competencia queda establecida en la Dirección General de Contratos y Negociaciones (RISEDATU, 29 bis, VII); sin embargo, no se ha establecido el procedimiento respectivo, de suerte tal que por ahora solo podríamos considerar la aplicación supletoria de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

## **XIII ] Impacto social**

La nueva normatividad ha contemplado los efectos del impacto social por el desarrollo de la industria energética (LH 119, 121; LIE 117), para lo cual se ordena a la SENER la elaboración de estudios sobre la presencia de grupos sociales vulnerables, a fin de establecer su salvaguarda; al mismo tiempo, establece que se respetarán los derechos humanos de las comunidades y pueblos (LH 118; LIE 117 y 118), quienes también deberán ser consultados previamente, para lograr acuerdos y obtener su consentimiento (LH 120; LIE 119). Adicionalmente, habrá una prevención sobre montos o reglas para el destino de éstos, dirigidos al

desarrollo humano y sustentable de las comunidades o localidades involucradas en la industria (LH 121; LIE 120).

#### XIV ] Conclusiones

A manera de conclusiones, bajo un esquema de análisis FODA, podemos identificar en primer término, como fortaleza del nuevo marco energético relativo a su impacto en la tenencia de la tierra, el respeto prioritario al régimen de la propiedad y, por ello, la anteposición de otras vías, voluntarias o no, a la facultad expropiatoria, con la imposición de servidumbres legales; como señalamos al principio, la intención es no anular la titularidad de la tierra, sino hacerlos partícipes del desarrollo energético.

Entre las oportunidades que se derivan de la reforma, están al menos, la participación de los titulares de la tierra, sean particulares o agrarios, de beneficios económicos que antes no estaban considerados; también, la generación de infraestructura local y regional derivada de la misma industria, que puede ayudar a potenciar otras actividades productivas y mejorar el nivel de vida; luego, ser parte activa en el desarrollo; y al mismo tiempo, la creación de una nueva contractualidad, administrativa y privada, que genera oportunidades profesionales; la conformación de nuevos procedimientos administrativos, que igualmente requieren capacitación y adecuaciones al marco legal y competencial; y finalmente, el fortalecimiento de órganos como la Procuraduría Agraria y de impartición de justicia, con los tribunales agrarios, en sus nuevas competencias de validación contractual y de imposición de servidumbres legales.

En el campo de las debilidades, podemos apreciar que los contratos que serán aprobados y emitidos por las instancias oficiales, se constituyen en prácticamente contratos de adhesión, a los que será difícil hacer ajustes o sugerencias, conformando un esquema rígido y por ende, complejo; y, al tener como alternativa de sus suscripción, la imposición legal, la fuerza organizativa y de gestión actual de los productores rurales en general, pero en particular, de los sujetos agrarios, requerirá un fortalecimiento, que bien puede significarse en las organizaciones sociales campesinas.

Como amenazas identificamos la posibilidad del autoritarismo oficial, dada la prioridad de la industria energética; a la voracidad que pueden plantear las empresas e interesados, nacionales, pero sobre todo extranjeros, que desconozcan el sentido social del campo mexicano; y finalmente, las desafortunadamente posibles afectaciones al medio ambiente y recursos naturales, propias de estas industrias.

En consecuencia, estimamos que en el ámbito de los requerimientos para la adecuada implementación y operación de la reforma energética, podemos apuntar, por lo menos por ahora, algunos puntos claros: que los modelos y lineamientos de contratos o convenios,

autorizados por la SENER y SEDATU, contengan todos los aspectos legales y subsanen deficiencias, que permitan los espacios de adecuación a cada caso y negociación; será indispensable el fortalecimiento de la Procuraduría Agraria para cumplir sus nuevas responsabilidades de asesoría y representación, resultando aún más urgente los márgenes de autonomía para su función; en la ampliación de facultades a la SEDATU y la regulación de su actuación como mediador, es importante la definición de la fuerza legal del resultado final; y es menester dar claridad competencial y procesal, a las vías de imposición de las servidumbres legales, sea jurisdiccional o administrativa.

Al mismo tiempo, en el orden agrario, es indispensable incluir la figura legal de los *posesionarios*, como sujetos agrarios titulares de derechos parcelarios; y en el caso de los derechos agrarios individuales, no quedar sujetos a las decisiones de la asamblea del núcleo agrario; considerar los plazos máximos para los contratos de aprovechamiento de uso y usufructo en materia agraria, siendo más explícitos en su prórroga; y finalmente, también deberán ser reformadas las leyes agrarias para incorporar el derecho y la acción procesal que establezca el procedimiento para la validación de los convenios o contratos agrarios, y la servidumbre legal en su caso, a fin de que la sentencia adquiera la fuerza de cosa juzgada.

*Fecha de recepción: 7 de julio de 2015*

*Fecha de aprobación: 25 de agosto de 2015*

# Nuevo régimen migratorio en México

DIEGO ROBLES FARIÁS<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Estructura de la Ley de Migración.* III. *Entrada y salida del territorio nacional.* IV. *Estancia de extranjeros en territorio nacional. Las Condiciones de estancia.* V. *La Situación migratoria.* VI. *Actividades realizadas por extranjeros.* VII. *Actos jurídicos que pueden realizar los extranjeros independientemente de su Condición de estancia.* VIII. *Registro Nacional de Extranjeros.*

**Resumen.** El presente artículo reseña el régimen migratorio de nuestro país a partir de la promulgación de la Ley de Migración del 25 de mayo de 2011, una ley que moderniza el sistema migratorio, lo hace compatible con la apertura a la inversión extranjera y enfatiza la política humanitaria de México hacia los migrantes. El análisis se centra en el régimen jurídico de la entrada, salida y estancia de extranjeros al país, así como en la regulación de las distintas condiciones de estancia y situaciones migratorias que les permite realizar actividades y celebrar actos jurídicos en México.

**Palabras clave:** Régimen migratorio, Ley de Migración, Migración, Inmigración, Migrantes.

**Abstract:** *This article refers to the migratory regime of our country, since the promulgation of the Migration Law on May 25th of 2011, a law that modernizes the migratory system, makes it compatible with the aperture of foreign investment and emphasizes Mexico's humanitarian policies towards immigrants. This analysis focuses in the legal regime of the entry, exit and residence of immigrants in the country, and also in the regulation of the different residence conditions and migratory situations that allows them to perform activities and to celebrate legal acts in Mexico.*

**Keywords:** *Migratory regime, migration law, migration, immigrants, migrants.*

## I ] Nueva Ley de Migración y nuevo régimen migratorio en México

Con la publicación de la *Ley de Migración* de 2011<sup>2</sup> (en adelante LM) México estrena régimen migratorio y se desprende del sistema

---

<sup>1</sup> Profesor Investigador de la Universidad Panamericana campus Guadalajara. Editor de la revista *Perspectiva Jurídica UP*.

<sup>2</sup> La Ley de Migración se publicó en el DOF del 25 de mayo de 2011 y entró en vigor al día siguiente, con excepción –entre otros artículos– de los contenidos en el Título Cuarto (Arts.

anterior que se contenía en la Ley General de Población de 1974, pero cuyas disposiciones fueron tomadas de sus antecesoras de 1936 y 1947. No obstante la reforma de 2008 que materializaba los esfuerzos en materia de protección de los derechos de los migrantes, sobre todo al despenalizar la migración irregular, era evidente que el sistema migratorio de nuestro país –con más de setenta años de antigüedad- era obsoleto e inoperante para atender una nueva realidad migratoria en un entorno caracterizado por el incremento sustancial del flujo internacional de personas.

En efecto, las últimas tres décadas se han diferenciado por el desarrollo del comercio internacional, que a su vez ha incrementado los flujos de inversión extranjera directa, en especial hacia los países en vías de desarrollo. La inserción de México en la globalización de las inversiones trajo como consecuencia la promulgación de la Ley de Inversión Extranjera de 1993 –una ley promotora de ese tipo de inversión- junto con la suscripción del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) en 1994.

Al mismo tiempo se observó un mayor flujo de extranjeros que arribaban al país con el objeto de invertir, trabajar en las empresas extranjeras instaladas en territorio nacional, fijar su residencia temporal o permanente, o simplemente como turistas. Desde entonces, se hizo evidente la necesidad de una revisión a fondo de la política migratoria que simplificara y ordenara los procedimientos migratorios y del mismo modo que adecuara los procesos y documentos migratorios al contexto internacional.<sup>3</sup> Por otro lado, se vio la conveniencia de adaptar la legislación mexicana a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, sobre todo en relación con el trato y protección de los migrantes.<sup>4</sup>

---

31 al 65). Precisamente ese título contiene la regulación del movimiento internacional de personas y la estancia de extranjeros en territorio nacional, el cual quedó suspendido para entrar en vigor con el Reglamento de la Ley de Migración del 28 de septiembre de 2012, que a su vez entro en vigor el 9 de noviembre de 2012. Al mismo tiempo se derogaron los Arts. 7 al 75 de la Ley General de Población y 89 al 212 de su reglamento que contenían en antiguo régimen en esa misma materia.

<sup>3</sup> *Vid*, Exposición de Motivos de la Ley de Migración.

<sup>4</sup> México ha suscrito tratados internacionales en relación a derechos humanos, entre ellos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre la Condición de los Extranjeros; la Convención Internacional para la Protección Internacional de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas y contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; el Pacto Internacional de Derechos

Doce años después de la suscripción del TLCAN por fin se realizó dicha adecuación. La política migratoria del Estado mexicano para el siglo XXI quedó establecida y fue regulada en tres cuerpos legales: la Ley de Migración,<sup>5</sup> la Ley General de Población –ya reformada- y la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político.<sup>6</sup> En este nuevo contexto, quedó reservada a la Ley de Migración la movilidad internacional de personas, la internación y legal estancia de extranjeros en el país, el tránsito y parte de la emigración y el retorno de migrantes; corresponde a la Ley General de Población normar la materia de población, la migración interna y parte de la emigración y, finalmente, la última de las leyes mencionadas regulará el asilo político, la condición de refugiado y el otorgamiento de protección complementaria.

La nueva legislación migratoria tiene como finalidad facilitar el flujo de extranjeros que de manera regular (legal) ingresen a nuestro país, pero además protege los derechos de los migrantes que circulan por nuestro territorio, incluso de manera irregular, tomando en cuenta que México es un país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes internacionales.<sup>7</sup> Así, en la exposición de motivos de la ley se establece que la política migratoria implementada por nuestro país es de *puertas hospitalarias* y por ello se afirma que rompe con el paradigma de la disyuntiva que existía en esta materia, entre las políticas de *puertas abiertas* o de *puertas cerradas*. La elección de la política de *puertas hospitalarias* –en línea con la tradición humanitaria de nuestro país- implica una evidente apertura al ingreso de extranjeros (ahora vemos a los migrantes en todas las ciudades, cuando hasta hace poco eran *invisibles*), pero sin descuidar la seguridad, de modo que se fomente el desarrollo económico y al mismo tiempo se fortalezcan los mecanismos para detectar a las personas que ingresan con propósitos contrarios a la seguridad nacional.

---

Económicos, Sociales y Culturales; y los Lineamientos Regionales para la Atención de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados en caso de repatriación.

<sup>5</sup> La Ley de Migración define la política migratoria como sigue: “Artículo 2. La política migratoria del Estado Mexicano es el conjunto de decisiones estratégicas para alcanzar objetivos determinados que con fundamento en los principios generales y demás preceptos contenidos en la presente Ley, se plasman en el Reglamento, normas secundarias, diversos programas y acciones concretas para atender el fenómeno migratorio de México de manera integral, como país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes. ...”

<sup>6</sup> La Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político (Antes Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria) fue publicada originalmente en el DOF del 27 de enero de 2011 y modificada, incluyendo su denominación, el 30 de octubre de 2014.

<sup>7</sup> El objeto de la Ley de Migración se establece en el Art. 1. Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de observancia general en toda la República y tienen por objeto regular lo relativo al ingreso y salida de mexicanos y extranjeros al territorio de los Estados Unidos Mexicanos y el tránsito y la estancia de los extranjeros en el mismo, en un marco de respeto, protección y salvaguarda de los derechos humanos, de contribución al desarrollo nacional, así como de preservación de la soberanía y de la seguridad nacionales.

Dicha política migratoria está fundamentada en los doce principios rectores siguientes (Art. 2):

i. Respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros, sea cual fuere su origen, nacionalidad, género, etnia, edad y situación migratoria.

ii. Congruencia de manera que el Estado mexicano garantice la vigencia de los derechos que reclama para sus connacionales en el exterior.

iii. Enfoque integral acorde con la complejidad de la movilidad internacional de personas.

iv. Responsabilidad compartida con los gobiernos de los diversos países y entre las instituciones nacionales y extranjeras involucradas en el tema migratorio.

v. Hospitalidad y solidaridad internacional con las personas que necesitan un nuevo lugar de residencia temporal o permanente.

vi. Facilitación de la movilidad internacional de personas, salvaguardando el orden y la seguridad.

vii. Complementariedad de los mercados laborales con los países de la región.

viii. Equidad entre nacionales y extranjeros.

ix. Reconocimiento a los derechos adquiridos de los inmigrantes.

x. Unidad familiar e interés superior de la niña, niño y adolescente.

xi. Integración social y cultural entre nacionales y extranjeros residentes en el país.

xii. Facilitar el retorno al territorio nacional y la reinserción social de los emigrantes mexicanos y sus familias.

En la exposición de motivos de la Ley de Migración se señala que la iniciativa tuvo influencia de legislaciones extranjeras en la materia, como las de Argentina, España, Brasil, Chile, Colombia, Venezuela, Uruguay, Costa Rica, Francia, Canadá y los Estados Unidos de Norteamérica.

## II ] Estructura de la Ley de Migración

La Ley de Migración está compuesta por ocho títulos. En el Título primero *De las Disposiciones Preliminares* se establece el objeto de la ley (Art. 1 LM), se define la política migratoria del Estado mexicano, se describen los doce principios rectores de dicha política (Art. 2 LM) y se establecen las definiciones que servirán para la debida comprensión de la ley en su conjunto (Art. 3 LM).

El Título segundo establece los *Derechos y Obligaciones de los Migrantes* y la consecuente obligación del Estado mexicano de garantizarlos. Los derechos de que gozan los extranjeros en nuestro país se basan en el principio de equiparación o de igualdad de trato con los mexicanos, que se consagra en los artículos primero y 33 de la Constitución, sobre todo por lo que ve a los derechos humanos y garantías individuales establecidos en la parte *dogmática* de la propia Constitución, así como en los tratados y convenios internacionales. En importante señalar que los extranjeros gozarán de esos derechos fundamentales con independencia a su situación migratoria (Art. 6 LM).

Entre los derechos expresamente reconocidos a los extranjeros en la Ley de migración se encuentran: derecho de libre tránsito, con las limitaciones establecidas por la leyes nacionales y los tratados internacionales (Art. 7 LM), derecho a la educación y atención médica, independientemente de su situación migratoria (Art. 8 LM), derecho de registro de los actos del estado civil y demás actos registrables en el Registro civil, independientemente de su situación migratoria (Art. 9 LM), derecho de preservación de la unidad familiar, reservado únicamente a los extranjeros con situación migratoria regular (Art. 10 LM), derecho a la procuración de justicia y al debido proceso, independientemente de su situación migratoria (Art. 11 LM), derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, independientemente de su situación migratoria (Art. 12 LM), derecho a la información en cuanto al contenido y extensión de sus derechos, independientemente de su situación migratoria (Art. 13 LM), derecho a un traductor o intérprete, independientemente de su situación migratoria (Art. 14) acceso a la vida económica y social del país, reservado a los extranjeros que obtengan la condición de estancia de residentes temporales o permanentes (Art. 15 LM).

Respecto de las obligaciones que corresponden a los migrantes (Art. 16 LM) tenemos: custodiar la documentación que acredite su identidad y su situación regular en el país y mostrarla cuando le sea requerida por las autoridades migratorias; proporcionar la información y datos personales que les soliciten las autoridades competentes; y las demás obligaciones establecidas en la Constitución, en la Ley de migración y su reglamento y en las demás disposiciones aplicables.

En el Título tercero *De las Autoridades Migratorias* se señalan las que se consideran autoridades para efectos migratorios, así como las facultades que les corresponden. Destaca el señalamiento de la Secretaría de Gobernación como la autoridad principal a la que corresponde formular y dirigir la política migratoria. De ella depende el Instituto Nacional de Migración (INAMI) cuyo objeto es la ejecución, control y supervisión de las autoridades migratorias y la instrumentación de las políticas migratorias y la Secretaría de Relaciones Exteriores a quien corresponde aplicar, en el ámbito de su competencia, la ley y su reglamento, promover acuerdos bilaterales que regulen el flujo migratorio y la expedición de visas.

Como autoridades auxiliares se señalan: la Secretaría de turismo, la Secretaría de Salud; la Procuraduría General de la República, el Sistema nacional para el desarrollo integral de la familia, los Sistemas estatales DIF, el Distrito Federal y el Instituto Nacional de las Mujeres.

El Título cuarto *Del Movimiento Internacional de Personas y la Estancia de Extranjeros en Territorio Nacional* regula dos situaciones de vital importancia para el derecho migratorio:

i. *Entrada y salida del territorio nacional*: de mexicanos y extranjeros, incluyendo los documentos con los que se acredita la nacionalidad, la expedición de Visas a los extranjeros y los requisitos para la salida de niños, niñas y adolescentes o de personas bajo tutela jurídica.

ii. *Estancia de extranjeros en territorio nacional*: regula las tres condiciones de estancia con las que los extranjeros pueden permanecer

en territorio nacional de manera regular: *visitante, residente temporal y residente permanente*.

Con independencia de la relevancia que sin duda tiene el reconocimiento y regulación de los derechos de los migrantes en nuestro país, para nosotros la parte más importante de la nueva Ley de Migración desde el punto de vista del derecho migratorio, es precisamente este título, al que dedicaremos la mayor parte del presente estudio, por lo que analizaremos en apartados posteriores los requisitos de entrada y salida de nacionales y extranjeros a México incluyendo la expedición de Visas, así como cada una de las condiciones de estancia de los extranjeros en territorio nacional.

En el Título quinto *De la Protección a los Migrantes que Transitan por el Territorio Nacional* la Ley de Migración reconoce la protección que el Estado mexicano debe proporcionar a los migrantes, incluso los que circulan con una situación migratorio irregular. Así, se reconocen los derechos fundamentales de los migrantes y se hace énfasis en que pueden ejercerlos con total independencia de la situación migratoria regular o irregular en que se encuentren.

El Título sexto trata *Del Procedimiento Administrativo Migratorio* estableciendo los derechos de los migrantes que las autoridades deben salvaguardar en el ejercicio de sus funciones de control, revisión y verificación migratoria, así como el alojamiento temporal en una estación o estancia migratoria durante los procesos de aseguramiento y deportación.

El Título séptimo *De las Sanciones* establece el sistema de sanciones y multas a que se harán acreedores tanto las autoridades migratorias como a los propios extranjeros o mexicanos por incumplimiento de la ley. Se delimitan también los supuestos en que un extranjero puede recibir la sanción máxima, consistente en su expulsión.

Finalmente, en el Título octavo *De los Delitos en Materia Migratoria* se tipifican delitos específicos en materia migratoria, como el tráfico de indocumentados, así como los agravantes correspondientes.

### III ] Entrada y salida del territorio nacional

En el presente apartado estudiaremos los requisitos que deben presentar extranjeros y nacionales para ingresar al país, incluyendo la obtención de la visa para aquellos extranjeros que lo requieran. Señalaremos también los requisitos establecidos para que puedan salir del país menores de edad y personas sujetas a tutela jurídica.

Cualquier persona –nacional o extranjera– pueden entrar o salir del territorio nacional exclusivamente por los lugares destinados al tránsito internacional de personas, ya sea por tierra, mar o aire (Art. 34 LM). Al efecto, deben cumplir con los siguientes requisitos:

a. *Ingreso de mexicanos al territorio nacional.*– Los mexicanos no podrán ser privados del derecho de ingresar al territorio nacional, sin

embargo deben acreditar su nacionalidad con los siguientes documentos (Art. 36 LM).

i. Pasaporte. ii. Cédula de Identidad Ciudadana o Cédula de Identidad Personal o su equivalente; iii. Copia certificada del Acta de Nacimiento; iv. Matrícula consular; v. Carta de Naturalización, o vi. Certificado de Nacionalidad Mexicana.

Asimismo podrán identificarse con credencial para votar con fotografía, expedida por la autoridad electoral nacional, o cualquier otro documento expedido por la autoridad en el ejercicio de sus funciones. A falta de los documentos mencionados podrán acreditar su nacionalidad mexicana mediante cualquier otro elemento objetivo de convicción.

b. *Ingreso de extranjeros al territorio nacional.*- Los extranjeros que pretendan ingresar al territorio nacional deberán presentar los siguientes documentos (Art. 37 LM).

i. Pasaporte o documento de identidad de viaje que sea válido conforme al derecho internacional.

ii. Visa válidamente expedida y vigente, en caso de los extranjeros que la requieran, según veremos adelante, o

iii. Tarjeta de residencia o autorización de estancia de visitante regional, visitante trabajador fronterizo o visitante por razones humanitarias. Este documento y condiciones de estancia las veremos más adelante.

c. *Visas.*- Por regla general, los extranjeros que pretendan ingresar al país, deben presentar alguna de las siguientes visas (Art. 40 LM):<sup>8</sup>

i. *Visa de visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas*, que autoriza al extranjero a permanecer por un tiempo ininterrumpido no mayor a ciento ochenta días, contados a partir de la fecha de entrada.

ii. *Visa de visitante con permiso para realizar actividades remuneradas*, que autoriza al extranjero a permanecer por un tiempo ininterrumpido no mayor a ciento ochenta días, contados a partir de la fecha de entrada y realizar actividades remuneradas.

iii. *Visa de visitante para realizar trámites de adopción*, que autoriza al extranjero vinculado con un proceso de adopción en México, a solicitar su ingreso con el objeto de permanecer en el país hasta en tanto se dicte la resolución y, en su caso, se inscriba en el Registro Civil la nueva

---

<sup>8</sup> El Art. 3 fracción XXXI define Visa como: la autorización que se otorga en una oficina consular que evidencia la acreditación de los requisitos para obtener una condición de estancia en el país y que se expresa mediante un documento que se imprime, adhiere o adjunta a un pasaporte u otro documento. La visa también se puede otorgar a través de medios y registros electrónicos pudiéndose denominar visa electrónica o virtual. La visa autoriza al extranjero para presentarse a un lugar destinado al tránsito internacional de personas y solicitar, según el tipo de visado su estancia, siempre que se reúnan los demás requisitos para el ingreso.

acta del niño, niña o adolescente adoptado, así como se le expida el pasaporte respectivo y todos los trámites necesarios para garantizar la salida del menor. La expedición de esta autorización, sólo procederá respecto de ciudadanos de países con los que los Estados Unidos Mexicanos hayan suscrito algún convenio en la materia.

iv. *Visa de residencia temporal*, que autoriza al extranjero para permanecer en el país por un tiempo no mayor a cuatro años.

v. *Visa de residente temporal estudiante*, que autoriza al extranjero permanecer en el país por el tiempo que duren los cursos, estudios, proyectos de investigación o formación y realizar actividades remuneradas.

vi. *Visa de residencia permanente*, que autoriza al extranjero a permanecer en el país de manera indefinida.

Las visas otorga el permiso para trabajar a cambio de una remuneración exclusivamente cuando se señale explícitamente en dicho documento.

Es importante señalar que la visa acredita que el extranjero cumple los requisitos para la obtención de una *condición de estancia* – término que analizaremos más adelante- y por tanto autoriza al extranjero para presentarse en cualquier lugar destinado al tránsito internacional de personas y solicitar su ingreso al país en dicha condición de estancia.

*No requieren visa.*- Como lo anticipamos, la regla general es que todo extranjero que pretenda ingresar al país debe previamente obtener una visa. Sin embargo, como todo principio general tiene excepciones. En el caso de México son más los extranjeros que no requieren visa de los que están obligados a solicitarla y obtenerla, por lo que las excepciones se han convertido en la regla.

A continuación relacionamos los extranjeros que no requieren visa para ingresar al territorio nacional:

i. En los términos de la fracción III del artículo 37 de la Ley de Migración, no requieren visa los extranjeros que se coloquen en alguno de los siguientes supuestos: Nacionales de países con acuerdo de supresión de visas; Acuerdo unilateral de México; Visitante Regional; Visitante trabajador fronterizo; Titulares de permiso de salida y regreso; Titulares de Condición de estancia autorizada.; Solicitantes de la condición de refugiados, protección complementaria, apátrida, o por razones humanitarias o por causa de fuerza mayor y Tripulación embarcaciones o aeronaves, conforme los compromisos internacionales.

ii. Conforme a la Información publicada por el INAMI<sup>9</sup> no requieren visa: Residentes de Canadá, EUA, Japón, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, o cualquiera de los países que integran el Espacio *Schengen* (Área europea de libre circulación de personas); Los que tengan Visa válida y vigente de los Estados Unidos de Norteamérica; Titulares de Tarjeta de Viajero de Negocios (tarjeta ABTC) de la *Asia Pacific Economic*

---

<sup>9</sup> Para cualquier información relacionada con las visas, incluyendo la lista de los países que requieren visa y de los que no la requieren, consúltese la página del INAMI: [www.inm.gob.mx](http://www.inm.gob.mx)

Cooperation (APEC); Certificado que lo acredite como miembro de la tripulación de la aeronave en que arriba y Titulares de Libreta de mar (Embarcaciones).

Las visas se solicitan en las oficinas consulares que México tenga establecidas en el extranjero (Art. 41 LM), salvo los casos del derecho a la preservación de la unidad familiar, por oferta de empleo o por razones humanitarias, en los que la solicitud se podrá realizar en las oficinas del INAMI.<sup>10</sup>

d. *Salida de mexicanos y extranjeros del territorio nacional.*- Cualquier persona –nacional o extranjera- podrá salir libremente del territorio nacional, cumpliendo con los siguientes requisitos (Art. 47 LM):

- i. Hacerlo por lugares destinados al tránsito internacional de personas;
- ii. Identificarse mediante la presentación del pasaporte o documento de identidad o viaje válido y vigente;
- iii. Presentar al Instituto la información que se requiera con fines estadísticos;
- iv. En el caso de extranjeros, acreditar su situación migratoria regular en el país, o el permiso expedido por la autoridad migratoria en los términos del artículo 137 de esta Ley, y
- v. Sujetarse a lo que establezcan otras disposiciones aplicables en la materia.

Se podrá impedir la salida de mexicanos o extranjeros en los siguientes casos (Art. 48 LM):

- i. Se le haya dictado por autoridad judicial, providencia precautoria o medida cautelar, siempre que tenga por objeto restringir la libertad de tránsito de la persona;
- ii. Que se encuentre bajo libertad caucional por vinculación a proceso;
- iii. Que goce de libertad preparatoria o condicional, salvo con permiso de la autoridad competente;
- iv. Por razones de seguridad nacional, de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables, y
- v. Tratándose de niñas, niños y adolescentes sujetos a un procedimiento de restitución internacional, de conformidad con lo establecido en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano.

e. *Salida de menores o de personas sujetas a tutela jurídica.*- Hemos dicho que tanto los mexicanos como los extranjeros deben cumplir con los requisitos exigidos por la Ley de Migración y su reglamento para el ingreso o la salida del territorio nacional (Art. 35 LM). Por lo que ve a los menores de edad y las personas sujetas a tutela jurídica, existen

---

<sup>10</sup> En el DOF del 10 de octubre de 2014 se publicaron los LINEAMIENTOS Generales para la expedición de visas que emiten las Secretaría de Gobernación y de Relaciones Exteriores, que contienen los requisitos, procedimientos y criterios para la obtención de visas.

requisitos especiales cuyo objeto es protegerlos de la sustracción o robo y cumplir con los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país, que analizaremos a continuación.<sup>11</sup>

La salida de México de menores o personas bajo tutela, tanto nacionales como extranjeros, estará sujeta a lo siguiente (Art. 49 LM):

i. El menor o sujeto a tutela debe contar con pasaporte o documento de identidad y viaje, el que deberá exhibirse a la autoridad migratoria.

ii. Deben ir acompañados de alguno de sus padres o de alguna de las personas que ejerza sobre ellos la patria potestad o tutela en los términos de la legislación civil.

iii. En el caso de que viajen solos, o vayan acompañados por un tercero mayor de edad –entendido como una persona distinta a sus padres– deben contar con la autorización de quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, otorgado ante notario público o por las autoridades administrativas que tengan facultades para ello<sup>12</sup> (Arts. 49-II LM, 42-V y 53 RLM).

iv. El permiso antes mencionado cuando se otorga ante notario público, debe firmarse por ambos padres, a menos que sólo uno ejerza la patria potestad, en cuyo caso deberá acreditarse dicha circunstancia con el acta de nacimiento del menor, el acta de defunción de alguno de los padres o la sentencia de pérdida de la patria potestad. En caso de que el permiso sea otorgado por el tutor, deberá presentarse la resolución judicial de tal designación. Debe asimismo especificar el medio de transporte, destino y fecha de viaje. Será válido para una salida y su vigencia será de 180 días desde su elaboración.

Por otro lado, el permiso administrativo tiene su fundamento en una disposición reglamentaria (Art. 42 fracción V RLM) que contradice a la Ley de Migración la cual se refiere sólo a la autorización otorgada ante notario. Por lo anterior consideramos que dicha autorización

---

<sup>11</sup> Dichos requisitos se regulan por el artículo 49 de la Ley de Migración, 42 fracción V, 53 y 247 del Reglamento de la Ley de Migración, por los LINEAMIENTOS para trámites y procedimientos migratorios publicado en el DOF del 8 de noviembre de 2012, modificados por Acuerdo publicado en el DOF del 7 de enero de 2014 y por la Circular referente a los documentos migratorios y los formatos de solicitud de trámite y estadísticos del Instituto Nacional de Migración (concretamente los anexos 20 y 21 que contiene el formato de autorización administrativa) publicado en el DOF del 8 de noviembre de 2012 y reformado mediante acuerdo publicado en el DOF del 3 de enero de 2014.

<sup>12</sup> En relación al permiso emitido por autoridad administrativa, el Art. 42 fracción V, inciso b, número 2 del RLM establece que “dicho documento podrá ser en el formato que para tal efecto establezca la autoridad migratoria mediante disposiciones administrativas de carácter general publicadas en el Diario Oficial de la Federación.” Este “Formato de autorización de salida del territorio de los Estados Unidos Mexicanos de niñas, niños, adolescentes o personas bajo tutela jurídica” fue publicado en el DOF del 3 de enero de 2014 y en el acuerdo respectivo se dice que “El presente formato podrá aplicarse cuando no se exhiba el documento de autorización de salida del país otorgado ante fedatario público o por autoridad facultada para ello.”

administrativa adolece de un grave defecto legal y que la modificación para suprimir la formalidad debió hacerse en la ley y no solamente en el reglamento.

En caso de que los documentos fuesen otorgados en el extranjero, deberán estar legalizados o apostillados según sea el caso y acompañarse de la traducción cuando se trate de idioma distinto al español.

El Reglamento de la Ley de Migración prohibió a las empresas de transporte aéreo o marítimo transportar fuera de México a menores y personas sujetas a tutela, tanto mexicanos como extranjeros con Condición de estancia de Residentes temporales o permanentes, que no cumplan con los requisitos antes señalados (Art. 42 y 53 del RLM).

#### **IV ] Estancia de extranjeros en territorio nacional. Las condiciones de estancia**

Como anticipamos, para nosotros en este punto se contiene la reforma sustancial al sistema migratorio mexicano, pues de manera coincidente con la Ley de Inversión Extranjera, se ordenan los flujos migratorios de modo que incentiven el ingreso de extranjeros que puedan traer inversión y generar empleos, así como otras fuentes de ingreso económico. Del mismo modo, se simplifica al máximo la regulación, pues las más de treinta calidades y características migratorias que regulaba la Ley General de Población, agrupadas en las antiguas calidades de no-inmigrante, inmigrante e inmigrado, se sustituyen por sólo tres grandes grupos de Condiciones de estancia: *visitante*, *residente temporal* y *residente permanente*, especificando en cada caso sí cuenta o no con permiso de trabajo.

*Condiciones de estancia.*- Es la situación regular en la que se ubica a un extranjero en atención a su intención de residencia y, en algunos casos, en atención a la actividad que desarrollaran en el país, o bien, en atención a criterios humanitarios o de solidaridad internacional (Art. 3-VI LM). Ningún extranjero podrá tener dos condiciones de estancia simultáneamente (Art. 61 LM)

Las Condiciones de estancia y los derechos que otorgan son las siguientes (Art. 52 y 6° Transitorio LM).

**VISITANTE.**- Con las siguientes modalidades:

*Visitante SIN permiso para realizar actividades remuneradas.* Autoriza al extranjero permanecer en territorio nacional por un tiempo ininterrumpido no mayor a 180 días, sin permiso para realizar actividades sujetas a una remuneración en el país (Antes: No inmigrante, turista, transmigrante, ministro de culto, visitante distinguido, visitante provisional y corresponsal).

*Visitante CON permiso para realizar actividades remuneradas.* Autoriza al extranjero que cuente con una oferta de empleo, con una invitación por parte de alguna autoridad o institución académica, artística, deportiva o cultural por la cual perciba una remuneración en el país, o venga a desempeñar una actividad remunerada por temporada estacional

en virtud de acuerdos interinstitucionales celebrados con entidades extranjeras, para permanecer en territorio nacional por un tiempo ininterrumpido no mayor a 180 días, contados a partir de la fecha de entrada.

*Visitante regional.* Autoriza al extranjero nacional o residente de los países vecinos para ingresar a las regiones fronterizas con derecho a entrar y salir de las mismas cuantas veces lo deseen, sin que su permanencia exceda de tres días y sin permiso para recibir remuneración en el país. La autorización tiene una vigencia de hasta 5 años (Art. 154 RLM) (Antes: No inmigrante visitante local).

*Visitante trabajador fronterizo.* Autoriza al extranjero que sea nacional de los países con los cuales México comparte límites territoriales, para permanecer hasta por un año en las entidades federativas que determine la Secretaría. Contará con permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país y con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo desee. Este documento migratorio tiene una vigencia de 1 año (Art. 155 RLM).

*Visitante por razones humanitarias.* Lo serán los ofendidos, víctimas o testigos de algún delito cometido en territorio nacional con derecho a permanecer en el país hasta que concluya el proceso, con derecho a entrar y salir del país cuantas veces lo desee y con permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país. Posteriormente, podrá solicitar la condición de estancia de residente permanente.

También se consideran visitantes por razones humanitarias los niños o adolescentes migrantes no acompañados, los solicitantes de asilo político, de reconocimiento de la condición de refugiado o de protección complementaria del Estado Mexicano, hasta en tanto no se resuelva su situación migratoria.

Finalmente, la Secretaría podrá autorizar la condición de estancia de visitante por razones humanitarias a los extranjeros que no se ubiquen en los supuestos anteriores, cuando exista una causa humanitaria o de interés público, en cuyo caso contarán con permiso para trabajar a cambio de una remuneración.

*Visitante con fines de adopción.* Para ciudadanos de países que tengan celebrado convenio sobre adopciones, autorizándolos para permanecer en el país hasta la resolución ejecutoriada y su inscripción en el registro civil del acta correspondiente, la expedición del pasaporte respectivo y los trámites necesarios para garantizar la salida del menor adoptado del país.

**RESIDENTE TEMPORAL.**- La condición de estancia de Residente temporal autoriza al extranjero para permanecer en el país por un tiempo no mayor a cuatro años, con la posibilidad de permiso para trabajar a cambio de una remuneración, sujeto a una oferta de empleo, con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo desee y con derecho a la preservación de la unidad familiar por lo que podrá ingresar a sus hijos, cónyuge, concubina, padres, etc. (Art. 111 RLM). Este documento migratorio tendrá una vigencia de hasta cuatro años (Art. 156 del RLM). (Antes: No inmigrante visitante provisional, Inmigrante rentista, inversionista, profesional, cargo de confianza, científico, técnico, familiar,

artista, deportista y asimilados).

*Residente temporal estudiante.* Autoriza al extranjero para permanecer en México por el tiempo que duren los estudios, con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo desee, con permiso para realizar actividades remuneradas cuando se trate de estudios de nivel superior, posgrado e investigación. La autorización debe renovarse anualmente (Antes No inmigrante estudiante).

**RESIDENTE PERMANENTE.-** Esta condición de estancia autoriza al extranjero para permanecer en México de manera indefinida, con permiso para trabajar a cambio de una remuneración y a la preservación de la unidad familiar por lo que podrá ingresar a sus hijos, cónyuge, concubina, padres, etc. (Art. 55 LM y 111 RLM). La vigencia del documento migratorio es indefinida (Art. 157 RLM) (Antes: Inmigrado, No inmigrante refugiado y asilado político).

La Condición de estancia de Residente permanente se adquiere por lo siguiente (Art. 54 LM):

i. Por asilo político, a los refugiados, sujetos a protección complementaria o apátridas. ii. Por preservación de la unidad familiar. iii. A los jubilados o pensionados con ingresos que les permita vivir en el país. iv. Por decisión del INAMI, conforme al sistema de puntos a que se refiere el Art. 57 de la Ley de Migración. v. Cuando hayan transcurrido 4 años como Residente temporal. vi. Por tener hijos mexicanos por nacimiento.- vii. Por ser ascendiente o descendiente en línea recta hasta el segundo grado de un mexicano por nacimiento.

El Art. 3 de la Ley de Inversión extranjera (LIE) establece que la inversión que realicen en México los extranjeros como residentes permanentes se equipará a la inversión mexicana, lo que ha dado lugar a pensar que por el hecho de contar con esa condición de estancia los extranjeros tienen una libertad de inversión semejante a la de los nacionales. Nada es más alejado a la realidad. El precepto aludido señala excepciones al principio de equiparación cuando la inversión se refiere a aquellas actividades reservadas exclusivamente al Estado (Art. 5 LIE), las reservadas a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros (Art. 6 LIE), las actividades con regulación específica en las que los extranjeros sólo pueden participar hasta ciertos porcentajes (Arts. 7, 8 y 9 LIE) la adquisición de bienes inmuebles y la explotación de minas o de aguas (Arts. 10 al 14 LIE). En todas estas actividades el residente permanente seguirá siendo considerado como extranjero en toda la extensión de la palabra.

*Cambio de condición de estancia.-* Por regla general los Visitantes no pueden cambiar de condición de estancia y tienen que salir del país al concluir el periodo de permanencia autorizado (Art. 53 LM). Como excepción, podrán cambiar de condición de estancia por razones humanitarias o por tener vínculo con mexicano o con extranjero con residencia regular en México (Art. 141 fracciones I a V RLM). En cambio, los Residentes temporales, podrán cambiar de condición de estancia sin necesidad de salir del territorio nacional (Art. 62 LM y 141-VI y VII RLM).

## V | La situación migratoria

Los extranjeros deben acreditar su *situación migratoria regular* en el país cuando comparezcan ante notario público o corredor de comercio en cualquier acto jurídico de su competencia (Art. 65 LM).

La situación migratoria es la hipótesis en la que se ubica un extranjero en función del cumplimiento o incumplimiento de las disposiciones migratorias para su internación y estancia en el país (antes se denominaba Legal estancia). Dichas disposiciones migratorias se refieren a la internación regular del extranjero, cuando con la intervención de las autoridades migratorias haya pasado los filtros de revisión migratoria ubicados en los lugares destinados al tránsito internacional de personas, en los horarios establecidos para ello.

Existen dos posibilidades: el extranjero tendrá *situación migratoria regular* cuando haya cumplido dichas disposiciones y *situación migratoria irregular* cuando las hubiere incumplido (Art. 3- XXVIII LM).

La redacción del artículo 65 de la Ley de Migración, que impone la obligación a los extranjeros de acreditar su condición de estancia regular, ha sido duramente criticada por su pésima redacción y también porque no establece excepciones a esa obligación, como sí lo hacía la anterior regulación. El artículo mencionado dice:

*Artículo 65. Los extranjeros deberán acreditar su situación migratoria regular en el país, en los actos jurídicos en los que se requiera de la intervención de los notarios públicos, los que sustituyan a éstos o hagan sus veces, en lo relativo a cuestiones inmobiliarias, y los corredores de comercio.*

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución, la Ley de Inversión Extranjera y demás leyes y disposiciones aplicables, los extranjeros deberán formular las renunciaciones correspondientes.*

Como puede apreciarse, cuando se refiere a los notarios públicos o a quienes hagan sus veces, parece limitar la obligación de acreditar la situación migratoria regular a *cuestiones inmobiliarias*, en cambio el extranjero habrá de cumplir con dicha obligación ante los corredores en todos los actos que se celebren ante ellos.

Según lo señalamos, se ha suscitado una gran controversia ya que no tiene sentido limitar dicha obligación ante los notarios y dejarla totalmente abierta cuando se trata de corredores, sobre todo, cuando se trata de los mismos actos jurídicos que se pueden otorgar ante ambos fedatarios.

La opinión predominante es que los extranjeros deberán acreditar su condición de estancia regular siempre que comparezcan ante los fedatarios mencionados, independientemente del acto jurídico de que se trate. Parece que la mención de las cuestiones inmobiliarias se introdujo en la redacción del artículo para dejar claro que los corredores no pueden actuar en esa materia, sin embargo la inclusión fue contraproducente, dada la controversia aludida.

Queda la otra cuestión. La legislación anterior establecía que los extranjeros no tenían la obligación de acreditar la legal estancia –

antecesora de la *condición de estancia regular*- en algunos actos jurídicos, por razones humanitarias. El artículo del Reglamento de la Ley General de Población (hoy abrogado) decía:

*Artículo 149.- Las autoridades y fedatarios a que se refieren los artículos 67 y 68 de la Ley, están obligados a exigir a los extranjeros y extranjeras que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, que previamente les comprueben su legal estancia en el país, con excepción en los casos de: ... III. Otorgamiento de testamentos, poderes, cotejos, certificación de copias y de hechos.*

Como en la actual legislación no se señala excepción alguna, para los efectos del punto que tratamos en este apartado, nos interesa conocer si los extranjeros en *situación migratoria irregular* pueden otorgar testamento, poderes, cotejos, certificaciones de copias o de hechos, sobre todo cuando todos esos negocios jurídicos pueden solicitarse y deben cumplimentarse por razones humanitarias. Como hemos dicho, de acuerdo al texto frío de la ley, todo extranjero *debe* acreditar su condición de estancia *regular* cuando comparece ante Notarios o Corredores. Sin embargo, desde nuestro punto de vista el Notario incurriría en violación de los derechos humanos si se negase a recibir una disposición testamentaria por el sólo hecho de que la estancia del extranjero fuera irregular y lo mismo aplicaría –aunque en menor grado de importancia- respecto de cualquiera de los demás actos jurídicos apuntados.

No cabe duda que el negar la atención jurídica a un migrante irregular en cualquiera de los actos señalados, violaría el espíritu y el objetivo de la ley en cuanto a la protección de los derechos humanos, que se plasma en el artículo 1 de la Ley de Migración:

*Art. 1.- Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de observancia general en toda la República y tienen por objeto regular lo relativo al ingreso y salida de mexicanos y extranjeros al territorio de los Estados Unidos Mexicanos y el tránsito y la estancia de los extranjeros en el mismo, en un marco de respeto, protección y salvaguarda de los derechos humanos, de contribución al desarrollo nacional, así como de preservación de la soberanía y de la seguridad nacionales.*

El criterio que estamos defendiendo se fundamenta también en el primero de los principios en los que se sustenta la política migratoria descritos en el artículo 2 de la Ley de Migración:

*Art. 2.-... Son principios en los que debe sustentarse la política migratoria del Estado mexicano los siguientes: .- Respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros, sea cual fuere su origen, nacionalidad, género, etnia, edad y situación migratoria, con especial atención a grupos vulnerables como menores de edad, mujeres, indígenas, adolescentes y personas de la tercera edad, así como a víctimas del delito. En ningún caso una situación migratoria irregular preconfigurará por sí misma la comisión de un delito ni se prejuzgará la comisión de ilícitos por parte de un migrante por el hecho de*

encontrarse en condición no documentada.<sup>13</sup>

Finalmente los artículos 66 y 67 de la LM no dejan duda de que la situación migratoria irregular no es obstáculo para el ejercicio de los derechos humanos, entre ellos el derecho a otorgar los actos jurídicos señalados.

*Art. 66. La situación migratoria de un migrante no impedirá el ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, así como en la presente Ley.*

*El Estado mexicano garantizará el derecho a la seguridad personal de los migrantes, con independencia de su situación migratoria.*

*Art. 67. Todos los migrantes en situación migratoria irregular tienen derecho a ser tratados sin discriminación alguna y con el debido respeto a sus derechos humanos.*

La lectura de los preceptos transcritos nos lleva a la conclusión de que los fedatarios no sólo pueden, sino que están legal y moralmente obligados a otorgar los actos jurídicos mencionados aun cuando el extranjero se encuentre en situación irregular o indocumentada. Este criterio coincide además con la regulación de los derechos humanos que se contiene en la parte dogmática de la Constitución mexicana, que en junio de 2011 fue modificada para regularlos en forma efectiva y para elevar a rango constitucional los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los que México sea parte, entre los cuales se encuentran algunos relativos a los derechos de los migrantes, como se señala en el primer párrafo de la exposición de motivos de la Ley de Migración.

*Documentos para acreditar la condición de estancia regular.-* Las autoridades migratorias expedirán a los extranjeros los documentos migratorios necesarios para acreditar su condición de estancia regular. Dichos documentos pueden contar con fotografía –como las tarjetas de residente- o sin ella, en cuyo caso el extranjero presentará además su pasaporte o documento de identidad y viaje vigente (Art. 58 LM).

En el puerto de entrada al país a los extranjeros que cumplan con los requisitos correspondientes para ingresar –incluyendo la presentación de la Visa- se les otorgará un documento migratorio (regularmente una Forma Migratoria Múltiple FMM) de acuerdo con el tipo de visa autorizada o como corresponda en los casos de acuerdo de supresión de visa, que los residentes deberán canjear por la *tarjeta de residencia* ante el INAMI dentro de los treinta días siguientes. Los solicitantes de asilo político, reconocimiento de la condición de refugiado o de apátridas, o quienes soliciten protección complementaria, obtendrán su tarjeta de residencia permanente a la conclusión del procedimiento correspondiente (Art. 59 LM y 59 del RLM).

Los documentos con los que se acredita la condición de estancia

---

<sup>13</sup> Las *cursivas* fueron añadidas por nosotros para enfatizar el punto que se analiza.

regular son los siguientes:<sup>14</sup> Tarjeta de residente temporal, Tarjeta de residente temporal estudiante, Tarjeta de residente permanente, Tarjeta de visitante con fines de adopción, Tarjeta de visitante por razones humanitarias, Tarjeta de visitante regional, Tarjeta de visitante trabajador fronterizo, Forma migratoria múltiple (FMM), Permiso de salida y regreso, Documento provisional y Permiso colectivo.

## VI ] Actividades remuneradas realizadas por extranjeros

El nuevo régimen migratorio contenido en la Ley de Migración y su reglamento es mucho más abierto a la posibilidad de que los extranjeros que cuentan con una situación migratoria regular puedan trabajar en México. En el pasado, la Ley General de Población establecía que los extranjeros sólo podrían realizar las actividades permitidas expresamente por la ley, derivadas de la característica de su calidad migratoria; las actividades expresamente autorizadas en su forma o documento migratorio o aquellas que especialmente le autorizara la Secretaría de Gobernación y, finalmente, aquellos actos que, como excepción la ley autorizaba que se realizaran independientemente de la calidad migratoria del extranjero.<sup>15</sup> Por ello, el anterior régimen exigía un trabajo muy casuístico, que implicaba el análisis de las normas que regulaban las calidades y características migratorias, las que señalaban, por medio de profusos listados, las actividades que los extranjeros podían realizar en cada caso, o bien, debían analizarse los documentos migratorios en donde se anotaba de manera muy particular y exacta el tipo de actividad o trabajo autorizado al extranjero.

Ahora, la Ley de Migración y su reglamento establecen de manera pragmática, la posibilidad de que los extranjeros con cualquier condición de estancia pero con situación migratoria regular, puedan realizar actividades remuneradas en nuestro país, contando para ello con el permiso de trabajo expreso o implícito del INAMI.

Por ejemplo, los Visitantes pueden ser admitidos en el país con o sin permiso para realizar actividades remuneradas (Art. 52 LM). Los requisitos para obtener la condición que permita a estos visitantes realizar las mencionadas actividades remuneradas se regula en el art. 131 del RLM, tomando en cuenta el *sistema de cuotas* a que se refieren los arts. 119 al 123 del RLM.

---

<sup>14</sup> Fuente: Arts. 13 y 14 Lineamientos para tramitar procedimientos migratorios. DOF 8 noviembre de 2012. Del mismo modo, Los documentos migratorios expedidos antes de la entrada en vigor del Reglamento de la Ley de Migración (9 de noviembre de 2012) como los FMT, FM2, FM3, etc. surtirán efectos jurídicos hasta el término de su vigencia y por lo tanto podrá acreditarse la condición de estancia regular con dichos documentos, excepto en no inmigrante visitante local, que deberá canjearse por el de Visitante regional (Art. Quinto transitorio del RLM).

<sup>15</sup> Arts. 34 y 60 de la Ley General de Población y 139 y 140 de su reglamento, hoy todos derogados.

El Visitante regional no tiene permiso para realizar actividades remuneradas (Art. 132 RLM). Lo contrario sucede con el Visitante Trabajador fronterizo que puede realizarlas cumpliendo con los requisitos establecidos en el art. 134 del RLM.

De igual modo los Residentes pueden obtener la autorización para realizar actividades remuneradas, tanto las que implican oferta de empleo, como las que no lo requieren, como cuando viene a realizar actividades profesionales, de comercio o industria. En todos los casos deberá cumplir con los requisitos que se señalan en los artículos 138 y 139 del RLM, respectivamente.

Los documentos migratorios deberán señalar expresamente si el extranjero cuenta con el permiso para realizar actividades remuneradas. En ese mismo sentido el RLM regula los permisos de trabajo que pueden otorgarse a los extranjeros en los siguientes términos:

*Artículo 164. Las personas extranjeras titulares de la condición de estancia de residente temporal o de residente temporal estudiante, cuando se trate de estudios de nivel superior, posgrado e investigación, podrán obtener permiso de trabajo en el territorio nacional en términos de lo previsto en este Reglamento.*

*Tienen permiso de trabajo las personas extranjeras titulares de una condición de estancia obtenida por oferta de empleo. En el caso de los residentes temporales, se deberá indicar expresamente en la tarjeta cuando tienen permiso de trabajo. Los titulares de las condiciones de estancia de visitante por razones humanitarias y de residente permanente cuentan implícitamente con permiso de trabajo.*

Por otro lado, las personas que contraten extranjeros o emitan oferta de empleo a un extranjero deben obtener del INAMI la constancia de inscripción del empleador, en los términos del art. 166 del RLM.

## **VII ] Actos jurídicos que pueden realizar los extranjeros de acuerdo a su condición de estancia**

Independientemente de lo señalado en el punto que antecede, existen actividades que los extranjeros pueden realizar independientemente de su condición de estancia –siempre y cuando su situación sea regular- por sí mismos o a través de apoderados y sin requerir permiso del INAMI, en los términos de los artículos 60 de la LM y 140 *in fine* del RLM.

Dichas actividades y actos jurídicos son los siguientes:

- i. Adquirir valores de renta fija o variable y realizar depósitos bancarios.
- ii. Adquirir bienes inmuebles urbanos y derechos reales sobre los mismos, con las restricciones señaladas en el artículo 27 de la Constitución y demás disposiciones aplicables (Puntos i y ii Art. 60 LM).
- iii. Participar en el capital social de sociedades mexicanas.
- iv. Desarrollar actividades económicas o empresariales.
- v. Adquirir bienes inmuebles.

vi. Ocurrir ante la autoridad competente para solicitar cualquier permiso, derecho, servicio o producto.

vii. Abrir cuentas bancarias en el territorio nacional, de conformidad con las leyes y demás disposiciones jurídicas aplicables (puntos iii al vii Art. 140 RLM).

Todas esas actividades deben realizarse de conformidad con las demás leyes que las regulen de manera particular. Por ejemplo, para la adquisición de bienes inmuebles deberán tomarse en cuenta el Art. 27 Constitucional y la Ley de Inversión Extranjera, lo mismo que para participar en el capital de sociedades mexicanas.

Por lo que ve al ejercicio de alguna profesión u otras actividades que requieran certificaciones, licencias, títulos, permisos, anuencias u otros similares, emitidos por las autoridades competentes, por parte de un extranjero, corresponderá a éste la obtención o registro en nuestro país de dichos documentos y al empleador, verificar que el extranjero cuente con ellas, o en caso procedente, gestionarlas (Art. 140 RLM).

## **VIII J Registro Nacional de Extranjeros (residentes temporales o permanentes)**

Dentro de las obligaciones del INAMI se encuentra de la mantener actualizado el Registro Nacional de Extranjeros (Art. 20-VI LM). Dicho registro se integra por la información relativa a todos aquellos extranjeros que adquieren la condición de estancia de residente temporal o de residente permanente.

Los extranjeros tendrán la obligación de comunicar al Instituto de cualquier cambio de estado civil, cambio de nacionalidad por una diversa a la cual ingresó, domicilio o lugar de trabajo dentro de los noventa días posteriores a que ocurra dicho cambio (Art. 63 LM).

## **Bibliografía**

Exposición de Motivos de la Ley de Migración.

Ley de Migración publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 25 de mayo de 2011 y entró en vigor el 25 de mayo de 2011.

Ley General de Población, nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de enero de 1974, última reforma publicada el día 19 de mayo 2014.

La Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político (Antes Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria) publicada originalmente en el Diario Oficial de la Federación del 27 de enero de 2011 y modificada, incluyendo su denominación, el 30 de octubre de 2014.

Reglamento de la Ley de Migración publicado en el Diario Oficial de la Federación el día del 28 de septiembre de 2012, que a su vez entro en vigor el 9 de noviembre de 2012.

*Fecha de recepción: 29 de julio de 2015*

*Fecha de aprobación: 18 de agosto de 2015*



# Reseña de libros

Revista

PERSPECTIVA  
JURÍDICA 

NÚMERO  
**05** SEMESTRE II  
2015  
AÑO 3



# Reseña del libro *El Análisis Cultural del Derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos de Paul Kahn*<sup>1</sup>

ALINA J. CACHO ROBLEDO VEGA<sup>2</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El análisis cultural del derecho y la concepción del Estado en Paul Kahn*. III. *La propuesta metodológica*. IV. *Consideraciones finales*.

## I ] Introducción

Los estudios culturales surgen a mediados del siglo XX como una forma de comprender el papel de las prácticas culturales en la construcción y reproducción del imaginario en la sociedad contemporánea; a través de recursos interdisciplinarios y de una evidente postura crítica, conciben a la sociedad como un terreno de análisis permanente.

Desde sus diversos enfoques, autores como Richard Hoggart, Fredric Jameson, Pierre Bourdieu, François Ost, Duncan Kenedy y por supuesto Paul Kahn, han desarrollado aportaciones valiosas en este campo de estudio, que sin duda constituye una de las propuestas académicas más interesantes y representativas de nuestra época.

Paul W. Kahn, doctor en filosofía, es director del *Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights* de la Universidad de Yale y catedrático de esa misma casa de estudios en las áreas de Derecho Constitucional, Derecho Internacional, Teoría Cultural y Filosofía. De su trayectoria profesional destacan, entre otros, su participación como consultor jurídico de la Comisión Constitucional de Liberia, y su integración al equipo de abogados que representó a Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia en el caso *Actividades militares y paramilitares en y contra el Gobierno de Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos) durante la Revolución Popular Sandinista.

Dos de sus obras han sido traducidas al español: *Teología política: cuatro nuevos capítulos sobre el concepto de soberanía* y *El análisis cultural del derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Este último, publicado en el año 2001, es una importante contribución a los estudios culturales sobre el derecho y una amena invitación a explorar otras formas de pensar al Estado.

---

<sup>1</sup> KAHN, Paul, *El análisis cultural del derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos*, traducción de Daniel Bonilla, Gedisa, Barcelona, 2001.

<sup>2</sup> Asesor Jurídico de la Secretaría de Cultura del Estado de Jalisco.

## II | El análisis cultural del derecho y la concepción del estado en Paul Kahn

El libro consta de tres capítulos. En el primero de ellos, denominado *El estado de la disciplina*, el autor cuestiona la tendencia de la investigación jurídica a orientarse hacia la reforma; es decir, comunmente un estudio del derecho se desarrolla a partir de la identificación de una problemática, en donde el investigador se sitúa en el marco legal que la regula y desde ahí descubre las fallas que aparentemente la provocan, exponiendo al final los puntos que deberían cambiar, e incluso el sentido que habrían de adoptarse para perfeccionar el funcionamiento del Estado. Así, el académico asume su compromiso con la reforma, y al hacerlo, fusiona la investigación con la práctica jurídica.

Kahn no pone en duda el valor ni la pertinencia de las investigaciones orientadas a la reforma, pero explica la necesidad de trabajar el potencial filosófico del derecho a través de los estudios culturales. Estudiar el derecho a partir de lo que éste debería ser conduce inevitablemente a la propuesta de reformas. Un estudio cultural, como se explicará más adelante, no pretende modificar el sistema normativo, sino que se centra en explorar las condiciones conceptuales que sustentan lo que el derecho es en un determinado contexto.

Con esto, Kahn invita al académico a liberarse de la práctica jurídica y permitirse una aproximación distinta: reconocer que a pesar de los juicios de valor, el derecho es en sí mismo y las dinámicas que ahí se reproducen no son errores, sino expresiones de una realidad cuya comprensión es necesaria.

En su segundo capítulo *Imaginando al Estado de derecho*, Kahn comienza a delimitar el objeto de estudio. No sólo presenta una explicación del Estado de derecho, sino que al mismo tiempo, sugiere al lector áreas potenciales de investigación a través de un análisis cultural.

El autor no plantea una definición concreta del Estado de derecho, sino que delimita los aspectos que considera principales para comprender su significado, a saber: la estética del derecho, el tiempo y el espacio, el acontecimiento jurídico, el sujeto del derecho y la teoría dentro del derecho.

Kahn analiza cada una de estas prácticas y creencias constitutivas del Estado de derecho mediante dos principales aproximaciones: una histórica, que denomina *genealogía*, y otra estructural a la cual se refiere como *arquitectura*. Estos recursos metodológicos no son priorizados por el autor, su énfasis está puesto en la interrelación y la complementación de ambos.

Por ejemplo, en su interpretación del tiempo, explica como la experiencia jurídica está sujeta a un proceso cronológico en el cual la vigencia de las leyes actualiza el sentido de la época en la que fueron creadas y al mismo tiempo construye el imaginario del contexto en el que se aplica, de manera que a través del derecho el presente puede vincularse a cualquier otro momento.

Por otro lado, considera que el pasado en el derecho también cumple una función identitaria: es una posesión común a todos los que experimentamos un mismo Estado. Es por eso que la práctica jurídica atiende sobre todo al pasado, en un esfuerzo por confirmar los principios comunes que sustentan nuestras instituciones. Al respecto, Kahn apunta que la vivencia radical del presente, entendida como la experiencia que responde únicamente a las condiciones de un contexto actual, se manifiesta a través de la revolución.

Al profundizar en los significados del derecho encontramos aspectos cautivadores, algunos incluso vinculados a lo divino. Tal vez por eso a lo largo de la obra el autor recurre con frecuencia a la relación entre lo jurídico y lo religioso; no a modo de crítica, sino a través de analogías, metáforas y ejemplos.

### III ] La propuesta metodológica

Kahn consume la descripción de la nueva disciplina en un capítulo dedicado a puntualizar las reglas que propone para guiar un análisis cultural del derecho, pensadas para fomentar en el investigador una postura neutral y resistente a la tentación de buscar lo que debería ser el derecho.

Más que una metodología convencional, estas reglas son presentadas a modo de lo que podría considerarse una especie de manifiesto reivindicatorio de los estudios jurídicos. Entre dichas reglas nos presenta las siguientes: (i) el Estado de derecho es un conjunto de significados a través del cual vivimos la experiencia del derecho como cultura.- (ii) la investigación tiene que abandonar el mito del progreso.- (iii) el objeto de análisis es la comunidad, no el individuo, y.- (iv) el Estado de derecho nunca está en juego en el resultado de un caso particular.

Al igual que en el capítulo anterior, Kahn dispone un breve apartado a cada una de sus reglas metodológicas y al explicarlas estimula un enfoque particular del objeto de estudio.

El libro finaliza con una serie de conclusiones que reiteran la pertinencia del análisis cultural del derecho, el poder y la importancia de los estudios culturales y sus aplicaciones, como recurso para la comprensión del entorno y de la propia experiencia individual.

### IV ] Consideraciones finales

Es importante señalar que el autor, como profundo conocedor de la cultura estadounidense, naturalmente desarrolla su estudio desde esta perspectiva. Si bien es posible adoptar su propuesta metodológica, en definitiva un análisis cultural del derecho en el contexto mexicano tiene otras implicaciones, el cual va desde el interés que existe por la materia dentro de las universidades, hasta las dificultades de definir condiciones conceptuales comunes a un país que se caracteriza, entre otras cosas, por su diversidad cultural.

Precisamente porque los estudios culturales en México son más que pertinentes, es arriesgado asumir que por ejemplo, una política federal puede llevar a los mismos resultados en cualquier parte de la república, igualmente, resulta ingenuo pensar que con la expedición de leyes y reformas nuestra realidad se modifica mágicamente. Antes, es necesario dejar de cuestionar la eficiencia de nuestro sistema jurídico y comenzar a comprenderlo desde adentro, no porque estemos conformes con la manera en la que se reproduce, sino porque es al mismo tiempo la causa y el efecto de cualquier acontecimiento jurídico.

La propuesta de Kahn resulta inspiradora para quienes hemos renunciado a ver en el derecho únicamente su función normativa. El análisis cultural se presenta como una interesante alternativa de explorar el potencial de ésta ciencia social, de encontrar lo que hacemos del derecho y lo que el derecho hace de nosotros.

Si bien desde la academia no podemos cambiar la forma en que el sistema jurídico se reproduce, sí tenemos los recursos para explicarlo. De cualquier modo, por más caóticos que parecieran los resultados, el mundo revelado por el análisis cultural del derecho, sigue siendo nuestro mundo.

## **Bibliografía**

KAHN, Paul, *El análisis cultural del derecho: una reconstrucción de los estudios jurídicos*, traducción de Daniel Bonilla, Gedisa, Barcelona, 2001.

*Fecha de recepción: 1 de junio de 2015*

*Fecha de aprobación: 21 de agosto de 2015*

# Vida en la facultad

Revista

PERSPECTIVA  
JURÍDICA 

NÚMERO

05

AÑO 3

SEMESTRE II  
2015



## Universidad, formación y pasantías

GABRIELA GARCÍA ESCOBAR<sup>1</sup>

Todo estudiante universitario conoce el *cliché* que predica que esta etapa de su vida es sólo un paso transitorio hacia la vida laboral y hacia la independencia económica como enfoque único. De lo que quizá no todo joven pupilo esté consciente es de que aquel periodo brinda un conjunto de años de formación, tanto técnica como humana, que difícilmente se podría adquirir de manera diversa, ya que el espacio universitario aparte de propiciar un ambiente ameno para edificar nuevas amistades, convivir con distintas personas y participar en actividades de diferente índole; es además un lugar que busca fomentar que el alumno piense, que desarrolle su curiosidad y apetito por el conocimiento, y sobre todo, su amor por la virtud.

Cada estudiante que ingresa a la universidad llega con la ilusión impaciente de aprender sobre su vocación profesional, pero aquel diamante en bruto ha de pulirse poco a poco para delinear y moldear esas aptitudes, así desentrañar la dirección a tomar para desarrollar la dimensión relacional de cada alumno, y llegar al final del camino, con el resultado de encontrar su propia manera de *ser-desde* y *ser-para* los demás desde la profesión del Derecho.

El carácter, las virtudes y los conocimientos necesarios para conseguir esos objetivos y metas, no se obtienen por sí solos o por el hecho exclusivo de ingresar a la Facultad de Derecho, sino que se alcanzan a través de un proceso de maduración y perseverancia que nos permite entender el verdadero significado de ser abogado, concepto que no se agota en conocer y aplicar la ley como autómatas, sino en empeñar la propia vida en un proyecto que trascienda a la misma; porque no existe profesión más orientada al servicio que el Derecho (a pesar de que muchos individuos, incluyendo estudiantes y juristas, estén convencidos de lo contrario). En consecuencia, aquella entrega no se puede tomar a la ligera, demandará sacrificio, estudio y madurez emocional; pero aquella semilla que con paciencia y dedicación se ha sembrado, dará ese fruto por el cual el tiempo invertido se habrá convertido en virtud al servicio de una sociedad más solidaria y justa; es decir, en el peldaño de un edificio que quizá no nos corresponderá ver terminado, pero que implica hacer una aportación más allá de obtener un título para satisfacción del propio orgullo, puesto que en lugar de ser una tributo más a la resignación de la comodidad, será una contribución a la esperanza.

El abordaje que cada rama del Derecho hace respecto a estos temas, presenta diversos matices en cada especialidad jurídica. Le corresponderá al ímpetu de cada estudiante elegir su propio camino, o en su caso transitar por vereda, y así allanar el camino para otros. Sin

---

<sup>1</sup> Alumna de 9º Semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

embargo, en el corazón de esa divergencia, hay una médula indispensable de formación que todo jurista, independientemente de su área de profesionalización, debe poseer. Para ello hay diferentes programas nacionales e internacionales que son útiles herramientas, como lo son concursos, diplomados, cursos de verano o simplemente el aprendizaje autodidáctico. Las opciones son numerosas y brindan conocimientos tanto teóricos como prácticos, que apuntan hacia un mismo objetivo: formar al joven estudiante en una simultaneidad de aspectos.

En lo que respecta al área de la *praxis*, existen pasantías ante distintos organismos internacionales, firmas legales privadas o instituciones de gobierno en otros países. Desde mi trinchera jurídica, una recomendación es el programa de pasantías de verano que ofrece la Organización de Estados Americanos (OEA) con sede en Washington D. C., Estados Unidos de América; el cual consiste en un entrenamiento de tres meses en alguno de sus órganos.

Entre aquellas entidades que conforman a esta organización internacional, se encuentra la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Para realizar una pasantía en este órgano, los aspirantes deberán ser estudiantes de derecho o abogados titulados. Dichos postulantes serán seleccionados conforme a su trayectoria académica, profesional y extracurricular. Una vez concluidos los trámites, los jóvenes pasantes deberán presentarse ante las oficinas de la CIDH para un curso de inducción y para determinar el área de trabajo en la que colaborarán durante su estancia. Las alternativas son: atendiendo el sistema de recepción de peticiones, en el cual deberán inspeccionar las solicitudes que cumplen con los requisitos para ser admitidas a estudio, las que requieren mayor información o las que no le corresponde conocer al sistema interamericano; la otra opción es trabajar realizando el análisis de casos en estudio en alguna de las secciones subregionales o en alguna relatoría.

Cada área tiene un supervisor, quienes serán los encargados de calificar el desempeño del pasante que se le ha asignado. Al inicio del programa, dicho funcionario establece los objetivos y tareas que el postulante debe cumplir, así como los términos de tiempo y forma. Adicionalmente, como parte del programa de verano, los pasantes deberán participar en el Modelo Asamblea General de la OEA (MOEA), el cual consiste en una simulación del *modus operandi* de dicho órgano principal, por lo que a cada participante se le asignará un Estado Miembro para representarlo en el modelo, debatir sobre el tema planteado y aportar soluciones para efectos de crear una resolución. Una vez concluido el periodo de la pasantía, se realiza la entrega de diplomas y de cartas de recomendación conforme al rendimiento de cada joven.

Lo que puedo compartir de mi experiencia trabajando en la Sección Subregional Andina I, es que recibir y analizar casos de los Estados correspondientes a ese sector (Colombia, Ecuador y Venezuela) requiere conocer la cultura, historia, situación política e incluso económica de cada país, puesto que la elaboración de informes de admisibilidad, archivo y fondo, demandan aplicar la jurisprudencia del sistema interamericano

desde diferentes acercamientos y empleando un criterio que sopesa también elementos ajenos a la arena jurídica, lo cual da como resultado un ejercicio argumentativo que exige más herramientas que las previstas en los sistemas jurídicos positivistas, y que además, implica trabajar en un ambiente multicultural y distinto a la labor convencional del abogado.

El programa resulta ser muy completo y exigente, cada pasante debe cumplir con un mínimo de ocho horas diarias de trabajo de lunes a viernes, además de participar en el MOEA, auxiliar a los comisionados y abogados durante el periodo de sesiones de la CIDH, y asistir a las actividades semanales que consisten en visitas al Banco Mundial, al Banco Interamericano de Desarrollo y a otros órganos de la OEA, entre otras.

Por otra parte, proyectos como el antes descrito, brindan la oportunidad de exigirse a uno mismo, como estudiante, poco más de lo que se pueda encontrar en el plan de estudios, ya que requiere desarrollar la esfera autodidáctica, conocer la actualidad que otros Estados están atravesando, y discernir cómo aquello tiene una relación con el trabajo y formación de cada uno de nosotros. Sin mencionar que por otra parte, Washington resulta ser la capital política de los Estados Unidos, por ende un lugar propicio para entablar relación con otras organizaciones y personas que se desempeñan en tareas similares que resultan muy enriquecedoras como bagaje académico y profesional.

Las pasantías de verano de la OEA son sólo una opción del cúmulo de programas que existen para las diferentes ramas del Derecho. Las oportunidades abundan, se encuentran en el aula, preguntando a profesores, leyendo o hasta fuera de la universidad. Sólo hace falta creatividad, determinarse y “demostrar que se tienen las piernas de jinete” cuando la ocasión llegue.

Desde las primeras etapas de la licenciatura en Derecho, podemos dilucidar el abismo que existe entre el ser y el deber ser de esta profesión, y ante ello sólo nos queda resignarnos o asumir nuestra responsabilidad. La formación que recibimos en la universidad se aprovecha según la disposición del alumno, por ello, considero que conforme a lo reflexionado, resulta razonable colocarnos a nosotros mismos en un plano de exigencia que nos permita hacer de nuestras acciones hábitos y de nuestros hábitos virtudes, debido a que no podemos dar o enseñar algo de lo que carecemos.

Ante este panorama, no nos podemos conformar con asistir a clases y hacer tareas, las actividades extras que nutren y forman el carácter, la razón y la voluntad son indispensables para que el mundo jurídico recupere la *auctoritas* que ha perdido en la sociedad contemporánea, y así lograr que el abogado se reivindique como instrumento al servicio de la verdad, brindando de esta manera los ingredientes necesarios que hagan de la vida de cada persona una más plena e íntegra.

Hoy en día resulta necesario que el jurista aprenda y transmita lo que significa tener coraje moral, que puedo asegurar es algo que no se encuentra ni en el Código Civil de Jalisco, ni el Código Penal Federal, ni consultando expedientes en juzgados. Después de percibir todas las aristas del Derecho, que la experiencia universitaria sea exprimida por el

estudiante hasta su última gota, adquiriendo los conocimientos necesarios para ponerlos al servicio de los demás y teniendo como parámetro la búsqueda de lo auténticamente bueno, bello y verdadero.

*Fecha de recepción: 26 de enero de 2015*

*Fecha de aprobación: 14 de agosto de 2015*



Revista

**PERSPECTIVA  
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA  
CAMPUS GUADALAJARA