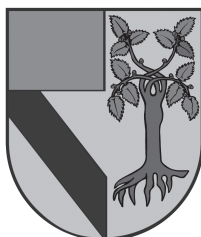


Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA®**
CAMPUS GUADALAJARA

NÚMERO
13 SEMESTRE II
2019

ISSN - 2395-9541

PERSPECTIVA JURÍDICA UP, año 7, número 13, semestre II, julio-diciembre de 2019, publicación semestral editada por Centros Culturales de México, A.C., ubicada en Av. Álvaro Del Portillo número 49, Colonia Ciudad Granja, C.P. 45010, Zapopan, Jalisco, México, Tel. (33)13682200. Correo electrónico: 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 Mazamitla 3042-1, Colonia Vallarta Poniente, C.P. 44110 Guadalajara, Jalisco, México, Tel. (33)18171385. Este número terminó de imprimirse el día 1 de diciembre de 2019 con un tiraje de 300 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 solo 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, 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. Se deberá enviar material original incluyendo un resumen.

Fecha límite de recepción de artículos para el próximo fascículo: 28 de febrero de 2020. Se resolverá sobre su aceptación el 30 de marzo de 2020.

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
DRA. MELISSA DE ALBA RITZ
DR. CARLOS PÉREZ DEL VALLE
DR. GONZALO GARCÍA VELASCO
DR. OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI
DRA. SOYLA H. LEÓN TOVAR
DR. LUIS MANUEL C. MÉJAN CARRER
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. JULIETA ARIADNA MÉNDEZ ANGULO
Coordinadora del Comité Editorial

MARTÍN DANIEL BRITO MORENO
LUISA RENATA DEL CARMEN DUARTE
ROMINA GUARNEROS GALAZ
MAURICIO RIZO PÉREZ
LAURA SABLJAK
MARIEL SKEEN SÁNCHEZ

Mensaje del director

Estimada comunidad académica:

Aunque sabemos que existen percepciones cabalísticas negativas, para nosotros el número trece es justamente al contrario; alcanzar ese número de publicaciones de nuestra revista conlleva una sensación de éxito, que nuestros amables lectores pueden ratificar al mismo tiempo que impulsan el talento del conocimiento de los aportantes.

Como en todas las ediciones, nuestro agradecimiento al trabajo de los autores, en sus tres secciones, Estudios Jurídicos, Vida en la Facultad y Actualidad Legislativa: Mario de la Madrid Andrade, Yurixhi Gallardo y Matías Medina, Guillermo A. Gatt Corona, José Antonio Gloria Martínez, José Rogelio Gutiérrez Álvarez, Roxana Paola Miranda Torres, Elías Moran Giacomán y Ana Isabel Ferado Calleros, Pedro Pallares Yabur, Indira Sofía Soria Morales y Diego Robles Farías.

Es necesario señalar que es digno de encomio el trabajo que los diversos integrantes del Comité Editorial han realizado desde el inicio de nuestra publicación, alumnos entusiastas que han dejado su huella, y por supuesto, encabezados por nuestro querido Profesor Dr. Diego Robles Farías, quien acogió la tarea con verdadera pasión.

A todas y todos, gracias por enriquecer nuestras vidas académicas.

Dr. Isaías Rivera Rodríguez
Director de la Facultad de Derecho

Noviembre 2019

Editorial

Presentamos a la comunidad jurídica una nueva edición de la revista *PERSPECTIVA JURÍDICA UP*. En esta ocasión contamos con artículos académicos de algunos de los maestros de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara, como el del Dr. Mario de la Madrid Andrade, intitulado *Orden Público Societario y Autonomía Privada. Las estipulaciones atípicas*. El de la Dra. Yurixhi Gallardo Martínez, quien junto con uno de nuestros alumnos más destacados Matías Medina, escriben un ensayo intitulado *El futuro de la profesión: Afrontarlo desde la Educación Jurídica*. Colabora también el Dr. Guillermo A. Gatt Corona con un interesante artículo acerca de la pena de muerte: *De la crucifixión a la abolición de la pena de muerte*. Se publica también la colaboración de nuestro exalumno José Antonio Gloria Martínez, quien ha tomado el camino diplomático y actualmente es el encargado de asuntos políticos de la Embajada de México en Japón. Él escribe acerca del Acuerdo de Asociación Económica México-Japón y las relaciones entre los dos países y su potencia hacia el futuro. Titula su trabajo: *Japón, un aliado estratégico. Pasado inmediato y futuro de un caso exitoso*.

Otro de nuestros exalumnos, José Rogelio Gutiérrez Álvarez, quien actualmente realiza estudios de posgrado en la Universidad de Cambridge en Reino Unido escribe un ensayo intitulado *Ratio Decidendi y Obiter Dicta: matices necesarios en la Jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos*, Artículo muy interesante y actual que contribuye a la interpretación de la jurisprudencia internacional sobre los derechos humanos. La Dra. Roxana Paola Miranda Torres aporta una nueva e interesante colaboración intitulado *Reflexiones Sobre la Justicia Constitucional Local Mexicana en el Siglo XXI*, novedosa y actual en virtud de que poco se escribe acerca del constitucionalismo local de nuestro país. El Dr. Diego Robles Farías escribe acerca de *Los cinco principios que rigen la Contratación Internacional*, que contiene entre otros, una comparación del de Buena Fe del derecho latino o Civil Law, y el de Razonabilidad del derecho anglosajón o Common Law.

En la sección de Vida Universitaria presentamos dos artículos relacionados con la propia universidad. El del Dr. Pedro Pallares Yabur, que titula *¿Por qué mientras no tenga un bar, la universidad ha de considerarse un simple kinder?*, título muy sugestivo que invita a leerlo para constatar un ensayo de gran altura desde el punto de vista filosófico y, por otro lado, el de Indira Sofia Soria Morales, alumna de la facultad de derecho que escribe acerca de su experiencia como asistente de investigación de un docente en el ensayo: *Fomento a la investigación jurídica en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara, en camino de la formación de futuros investigadores.*

Finalmente, en la sección de Actualidad Legislativa presentamos el trabajo del profesor Elias Moran Giacoman y de la exalumna Ana Isabel Ferado Calleros sobre una iniciativa presentada en Congreso de la Unión sobre una nueva Ley del Notariado que rija a nivel nacional. El trabajo se titula *Ley General del Notariado: Comentarios a la Iniciativa de Reforma al Artículo 73 Constitucional* y hace una relación de la génesis de la iniciativa y una crítica muy puntual a su estructura y objeto.

La revista sigue su camino con paso firme a más de seis años de su creación. Enhorabuena.

Zapopan, Jalisco, noviembre de 2019
Dr. Diego Robles Farías
Editor General

Contenido

Mensaje del director..... p. 5

Editorial..... p. 7

Estudios jurídicos

Orden Público Societario y Autonomía Privada. Las estipulaciones atípicas
por MARIO DE LA MADRID ANDRADE..... p. 13

El futuro de la profesión: Afrontarlo desde la Educación Jurídica
por YURIXHI GALLARDO Y MATÍAS MEDINA..... p. 39

De la crucifixión a la abolición de la pena de muerte
por GUILLERMO A. GATT CORONA..... p. 77

Japón, un aliado estratégico. Pasado inmediato y futuro de un caso exitoso
por JOSÉ ANTONIO GLORIA MARTÍNEZ..... p. 105

Ratio Decidendi y Obiter Dicta: matices necesarios en la Jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos
por JOSÉ ROGELIO GUTIÉRREZ ÁLVAREZ..... p. 121

Reflexiones sobre la Justicia Constitucional Local Mexicana en el Siglo XXI
por ROXANA PAOLA MIRANDA TORRES..... p. 143

Los cinco principios que rigen la Contratación Internacional
por DIEGO ROBLES FARÍAS..... p. 165

Vida en la facultad

¿Por qué mientras no tenga un bar, la universidad ha de considerarse como un simple kínder?
por PEDRO PALLARES YABUR..... p. 201

Fomento a la investigación jurídica en la Universidad
Panamericana, campus Guadalajara: en camino de la formación de
futuros investigadores
por INDIRA SOFÍA SORIA MORALES..... p. 219

Actualidad legislativa

Ley General del Notariado: Comentarios a la Iniciativa de Reforma
al Artículo 73 Constitucional
por ELÍAS MORÁN GIACOMAN y ANA ISABEL FERADO CALLEROS.. p. 225

Estudios jurídicos

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
13 SEMESTRE II
2019

Orden Público Societario y Autonomía Privada.

Las estipulaciones atípicas

MARIO DE LA MADRID ANDRADE¹

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares.* II. *La sociedad como negocio social y como persona jurídica.* III. *Teorías sobre la sociedad: como contrato, como institución y como función.* IV. *La libertad contractual en materia societaria.* V. *La sociedad como negocio jurídico de organización.* VI. *El régimen normativo de la sociedad.* VII. *Las estipulaciones societarias atípicas: problemática.* VIII. *Disposiciones societarias en particular.*

Resumen. El presente artículo aborda principalmente los cambios que se presentaron en virtud de la reforma de 2014 a la Ley General de Sociedades Mercantiles, por medio de la cual se amplió el ámbito de operación de la autonomía privada al reducir la cantidad de preceptos que se consideraban como imperativos para considerarse como dispositivos. En razón de lo anterior comenzaron a celebrarse diversos pactos parasociales en las sociedades anónimas, los cuales tienen contenidos tan diversos que incluso llegan a tener naturaleza atípica.

Palabras clave: Sociedades mercantiles, autonomía privada, estipulaciones societarias atípicas

Abstract. *This article mainly deals with the changes that were presented by virtue of the 2014 amendment to the General Law of Mercantile Corporations, by means of which the scope of operation of private autonomy was expanded by reducing the amount of norms that were considered imperative to be considered as disposable. As a result, several partner agreements began to be entered into in corporations, which have such diverse contents that they even become atypical in nature.*

Keywords: *Commercial entities, private autonomy, atypical corporate agreements.*

¹ Catedrático de Derecho Civil y Mercantil en la Universidad Panamericana.

I] Consideraciones preliminares

La naturaleza jurídica de las disposiciones legales que regulan a las sociedades mercantiles en México, se ha visto modificada substancialmente, a partir de la reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles de 2014 (enseguida LGSM),² al prever en el artículo 8, segundo párrafo, con carácter general, que las reglas permisivas contenidas en dicha Ley no constituyen excepciones a la libertad contractual que prevalece en esta materia.

Hasta esa reforma, la mayoría de las disposiciones en materia de sociedades mercantiles se consideraban imperativas, aunque se reconocía un espacio muy reducido a la autonomía privada, en el artículo 6, último párrafo, de la LGSM, según el cual, los requisitos previstos en ese dispositivo legal y las demás reglas que se establecieran en el negocio constitutivo sobre organización y funcionamiento de la sociedad, serían los estatutos de la misma.³ A partir de la reforma en cuestión, el ámbito de operación de la autonomía privada en las sociedades mercantiles se amplió y, por consiguiente, se redujo la cantidad de preceptos que se consideraban imperativos, para considerarse ahora como dispositivos.

Con anterioridad, la Ley del Mercado de Valores⁴ vigente a partir de 2006 había contemplado un régimen flexible para la Sociedad Anónima Promotora de Inversión (SAPI) sustentado, precisamente, en la autonomía privada. De hecho, las adecuaciones a la LGSM de 2014 tuvieron como referente ese tipo social, puesto que varias de sus disposiciones se trasladaron a la sociedad anónima, con carácter general.

Estas modificaciones al régimen de las sociedades mercantiles, obedece a un enfoque funcionalista de las mismas, que las entiende como técnicas para organizar una empresa, el cuál será menester analizar.

Asimismo, habremos de ocuparnos de la relación entre el orden público societario y la autonomía privada en este ámbito, lo cual comporta tratar el problema relativo al origen de las normas que regulan las diversas relaciones jurídicas que confluyen en las

² Decreto publicado el 13 de junio de 2014 en el Diario Oficial de la Federación, que reformó y adicionó diversas disposiciones de la Ley General de Sociedad Mercantiles.

³ Cfr. LEÓN TOVAR, Soyla H., *Pactos de Socios de la Sociedad Anónima*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México 2016, p. 55.

⁴ Publicada el 30 de diciembre de 2005 en el Diario Oficial de la Federación.

sociedades mercantiles, en particular, los pactos de socios en la sociedad anónima, varios de los cuales tienen, incluso, naturaleza atípica.

II] La sociedad como negocio social y como persona jurídica

La sociedad ha sido estudiada desde dos distintas perspectivas:⁵ (1) en su aspecto interno, como contrato y, (2) en su aspecto externo, como persona jurídica. En la actualidad, algunas sociedades pueden constituirse por un solo socio,⁶ a través de una declaración unilateral de voluntad,⁷ como ocurre con la sociedad por acciones simplificada (SAS), supuesto en el cual, el acto constitutivo de la sociedad será un negocio social o, simplemente, un negocio jurídico.

No obstante, nos seguiremos refiriendo al contrato de sociedad, dado que nuestro objeto de estudio se relaciona con la sociedad anónima, que en nuestro medio se forma mediante contrato. De hecho, consideramos trasladable a la declaración unilateral de voluntad que forma una sociedad, la mayor parte de las consideraciones que se harán respecto del contrato de sociedad.⁸

Pues bien. Estos diferentes aspectos nos permiten identificar las distintas relaciones jurídicas que tienen lugar por virtud de la sociedad: (1) las vinculaciones internas, que se producen entre ésta y cada uno de los socios, entre los socios mismos, entre los miembros de sus órganos de administración y vigilancia, y el personal de la empresa,⁹ y (2) los nexos externos, generados entre la propia sociedad y los terceros (acreedores y deudores), o entre éstos con la sociedad y sus socios. La sociedad

⁵ Un tercer ángulo desde el que Barrera Graf ha recomendado analizar la sociedad es *como entes en funcionamiento*, que se refiere al ejercicio de una actividad económica (Cfr. BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de Derecho Civil*, Porrúa, México 1989, p. 253).

⁶ Artículos 260 y 262, fracción I, de la Ley General de Sociedades Mercantiles (en adelante LGSM).

⁷ Aunque los artículos 263, fracciones III y VII de la LGSM se refieren al *contrato social* como acto constitutivo, en realidad debe entenderse que se trata de una declaración unilateral de voluntad, como se desprende del artículo 262, fracción II, de esa misma ley.

⁸ De hecho, el artículo 1859 del Código Civil Federal dispone que las *disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos*.

⁹ Cfr. BARRERA, *op. cit.*, p. 257.

como ente surge del contrato social debido a que la norma jurídica reconoce,¹⁰ como consecuencia de éste, la personalidad de aquella. Según Rodríguez, *la personalidad y el contrato son inseparables*.¹¹

El vínculo entre la sociedad como contrato social y como persona jurídica se aparta de la simple relación de dependencia de una al otro. *Una vez que la sociedad, en cuanto ente, comienza a funcionar como tal, funcionamiento para el cual depende de la conformación de un contrato de sociedad, adquiere una existencia propia, que sólo parcialmente se ve influenciada por las vicisitudes jurídicas que afecten al contrato constitutivo y a su validez*.¹²

En este sentido, la nulidad del vínculo que relaciona a uno de los socios con la sociedad no extingue el contrato social; la imposibilidad de cumplir la prestación por alguno de los socios sólo extingue los derechos y obligaciones que a éste corresponden, sin afectar el vínculo del resto de los socios; el incumplimiento de la obligación de aportar no autoriza a los demás socios a dejar de cumplir su prestación, por lo que es inadmisibles la *exceptio non adimpleti contractus*. En los dos primeros casos, la ineficacia de la relación del socio con la sociedad afectará a ésta en la hipótesis de que origine, a la vez, causa de disolución.¹³

III] Teorías sobre la sociedad: como contrato, como institución y como función

Ahora bien. Las teorías que han pretendido explicar la naturaleza de las sociedades, en particular, en el ámbito mercantil, se han dividido tradicionalmente entre aquellas que le atribuyen un carácter contractual a la sociedad, por una parte, y aquellas que sostienen la esencia institucional de la misma, por otra.

La corriente contractualista pone especial énfasis en el aspecto contractual de la sociedad. Para esta teoría, el interés de la sociedad es, en realidad, el interés de los socios, lo cual justifica la prevalencia del principio de la autonomía privada en las

¹⁰ Al respecto adoptamos la tesis de Ferrara.

¹¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, tomo I, Porrúa, México 1981, p. 103.

¹² CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Societario. Parte General. La Personalidad Jurídica Societaria*, Heliasta, Sao Paulo 1994, pp. 25, 44.

¹³ Cfr. RODRÍGUEZ, *op. cit.*, tomo I, p. 22-23. Por ejemplo, que el capital social se reduzca por abajo del límite mínimo requerido o que el número de socios llegue a ser inferior al necesario.

relaciones de sociedad. En términos generales, las sociedades de personas cuentan con organización contractualizada entre quienes participan en la sociedad, que se sustenta en la confianza recíproca entre ellos.

El enfoque institucionalista de la sociedad sostiene que ésta es una institución y, por consiguiente, el interés de la sociedad prevalece sobre el interés de los socios. Es aquél un interés superior por cuanto a que la persona jurídica surge de la relación, es un ente independiente y autónomo respecto de los socios. Esta corriente deja poco margen a la autonomía privada, dado que las normas que regulan a la sociedad se consideran imperativas. Las sociedades de capital han adoptado, de ordinario, un modelo de organización institucional y corporativo.

La corriente institucionalista es la que dominó en la Europa continental y en América Latina. En México, la Ley General de Sociedades Mercantiles reguló las sociedades con base en esa teoría, la cual perduró hasta la reforma del 13 de junio del 2014, que cambió de paradigma al establecerse que en materia de sociedades mercantiles prevalece el principio de libertad contractual (8, segundo párrafo, de la LGSM).

Una tercera posición respecto de la naturaleza de las sociedades, es aquella que adopta una concepción funcionalista de las mismas. Se parte de la idea de que la teoría institucionalista y contractualista son el resultado de un enfoque meramente técnico, que sólo describen cómo deben funcionar los mecanismos societarios, sin dilucidar por qué, con lo cual se ignora o niega el aspecto funcional de las sociedades.¹⁴

Desde esta perspectiva –que acoge una metodología inductiva y realista– la sociedad es una técnica de organización de una empresa, a través de una agrupación de personas en las sociedades personalistas, o bien, mediante la reunión y gestión de capitales en las sociedades capitalistas, en la que se confiere un mayor énfasis a la comprensión contractual de la sociedad y a su función.

El interés de la sociedad es, en realidad, el interés de la empresa que organiza,¹⁵ De esta manera, el interés social, esto es, el interés de la persona jurídica, está integrado por una pluralidad de componentes tales como el interés colectivo de los trabajadores, acreedores, proveedores, clientes, etcétera. No

¹⁴ PAULEAU Christine, *El Régimen Jurídico de las Joint Ventures*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 289, 291.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 293-294, 303.

obstante, la satisfacción del interés de la empresa comporta, también, la satisfacción de los intereses individuales de los socios, en razón de que la realización del fin social les permite lograr los fines por los cuales contrataron. De ahí que *en las sociedades, el interés de la empresa [sea] inseparable del interés de los socios*.¹⁶

De esta manera, el interés de la sociedad en el sentido de interés de la empresa, presente dos facetas: por una parte, el interés inmediato de los socios, que comporta *tomar en consideración sus legítimos deseos de remuneración y de valorización de la inversión realizada*, y, por otra, el interés diferido de la persona jurídica, que implica asegurar su continuidad.¹⁷

La regulación de la Sociedad Anónima Promotora de Inversión en la Ley del Mercado de Valores (2005) y las modificaciones realizadas a la Sociedad Anónima ordinaria en la Ley General de Sociedades Mercantiles (2014) atienden, precisamente, a un enfoque funcionalista de las sociedades.

IV] La libertad contractual en materia societaria

Pues bien. El artículo 8, segundo párrafo, de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) prevé, con carácter general, que las reglas permisivas contenidas en dicha Ley no constituyen *excepciones a la libertad contractual que prevalece en esta materia*.

Esta norma está integrada por dos componentes fundamentales: por una parte, reconoce que el principio de libertad contractual prevalece en materia de sociedades mercantiles; y, por otra, precisa que las normas permisivas previstas en esa ley no constituyen excepciones al referido principio.

La señalada disposición legal fue producto de la reforma de 2014 a la mencionada LGSM. Como se señaló, hasta antes de ella, la mayoría de las disposiciones sobre sociedades mercantiles se consideraban imperativas, aunque se reconocía un espacio muy reducido a la autonomía privada, en el artículo 6, último párrafo, de la LGSM, según el cual, los requisitos previstos en ese dispositivo legal y las demás reglas que se establezcan en el negocio constitutivo sobre organización y funcionamiento de la sociedad, serían los estatutos de la misma.¹⁸

¹⁶ *Ibid.*, p. 304.

¹⁷ *Ibid.*, p. 305.

¹⁸ Cfr. LEÓN, op. cit. p. 55.

A partir de la reforma en cuestión, el ámbito de operación de la autonomía privada en las sociedades mercantiles se amplió y, por consiguiente, se redujo la cantidad de preceptos que se consideraban imperativos, para considerarse ahora como dispositivos. No obstante, con anterioridad, la Ley del Mercado de Valores¹⁹ vigente a partir de 2006 había contemplado un régimen flexible para la Sociedad Anónima Promotora de Inversión (SAPI) sustentado, precisamente, en la autonomía privada.

a) *La autonomía privada y la libertad contractual.* La libertad contractual es una manifestación de la autonomía privada, la cual está reconocida en el artículo 30, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Mexicanos, según el cual, la simple promesa de *cumplir las obligaciones que se contraen, sujeta al que la hace, en caso de que faltare a ella, a las [consecuencias jurídicas] que con tal motivo establece la ley.*

La autonomía privada consiste, en esencia, en el poder reconocido a las personas para regular por sí mismas sus intereses, creando para ello las normas particulares que habrán de regular sus relaciones concretas. En este sentido, la autonomía privada comprende, entre otros, la libertad para contratar y para determinar el contenido de los contratos.

Así, la autonomía privada debe considerarse un componente fundamental de la dignidad de la persona humana, porque ésta está dotada de capacidad para autodeterminarse, esto es, de *tomar una decisión que es propia de [ella], por quererla en libertad y con conciencia de los efectos que puede producir.*²⁰

La autodeterminación de las personas conlleva, a la vez, la autorresponsabilidad, es decir, una exigencia de carácter ético que les impone el deber de asumir la responsabilidad que deriva de las decisiones que adopten y de la conducta que al respecto desarrollen.

b) *Los tipos sociales y la libertad para contratar.* Pues bien. La regulación de las sociedades mercantiles en México se ha apoyado en *un sistema formal sin excepciones ni atenuaciones.*²¹ La enumeración de los tipos sociales en el artículo 1 LGSM, constituye un *numerus clausus*,²² dado que *no tiene el carácter de enunciativa, sino precisamente de limitativa y para asegurar la*

¹⁹ Publicada el 30 de diciembre de 2005 en el Diario Oficial de la Federación.

²⁰ REZZÓNICO Juan Carlos, *Principios Fundamentales de los Contratos*, Astrea, Buenos Aires 1999, p. 159.

²¹ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 7.

²² Cfr. GARCÍA RENDÓN, Manuel, *Sociedades Mercantiles*, Harla, México 1993, p. 152.

*vigencia del sistema, [la ley] adopta un criterio rigurosamente formal en lo que toca a la determinación del carácter mercantil de las sociedades, tal como se señala en la Exposición de Motivos del mencionado ordenamiento.*²³

De acuerdo con ese sistema, *se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en algunas de las formas reconocidas en el referido artículo,*²⁴ como son: sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima, sociedad en comandita por acciones, sociedad cooperativa y sociedad por acciones simplificada.²⁵ A todas estas sociedades se les reconoce personalidad jurídica.²⁶

Así, la constitución de una sociedad mercantil –con personalidad jurídica– en el Derecho mexicano, en realidad, está circunscrita a la adopción de alguno de los tipos sociales antes referidos. Por ello, la libertad para contratar en este ámbito está limitada al *numerus clausus* previsto en la legislación comercial.

No obstante, en la práctica corporativa se ha presentado el fenómeno de la deformación de la sociedad anónima –y de la sociedad de responsabilidad limitada, la cual se ha venido transformando de una sociedad capitalista a una de corte personalista,²⁷ mediante la inclusión, en los estatutos sociales, de estipulaciones que tienden a otorgarle ese carácter. De hecho, a este fenómeno se le conoce como polimorfismo o elasticidad de los tipos sociales.

V] La sociedad como negocio jurídico de organización

a) *La teoría normativa del negocio jurídico.* Pues bien. La relevancia del negocio jurídico estriba en que, a través de éste, se concreta el ejercicio de la autonomía privada. Así, desde la perspectiva de la teoría normativa de Luigi Ferri, el negocio jurídico tiene una doble connotación: por un lado, como supuesto

²³ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 8. Lo señalado entre paréntesis es nuestro.

²⁴ Artículo 4 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (enseguida LGSM).

²⁵ Artículo 1 LGSM.

²⁶ Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tiene personalidad jurídica distinta de la de los socios (artículo 2, primer párrafo, LGSM).

²⁷ La sociedad de responsabilidad limitada parece estarse transformando de una sociedad mixta, a una con mayor énfasis capitalista.

de hecho de una norma superior y, por otro, como fuente de derecho objetivo.²⁸

En este sentido, como supuesto de hecho, el negocio jurídico es el acto creador de normas y, como tal, está regulado por la ley; mientras que, como fuente de producción, el negocio jurídico es la norma creada por el acto, la cual regula comportamientos.²⁹

Así, el negocio jurídico será una norma válida en la medida en que haya sido producido de conformidad con las normas contenidas en una fuente superior, que es la ley (fuente de validez), pero es, también, un modo de manifestación de la norma jurídica (fuente de conocimiento). Por consiguiente, según Ferri, el negocio jurídico es, en su esencia, *el acto que tiene por contenido la norma que disciplina jurídicamente la formación del Derecho*.³⁰

b) *La sociedad como negocio jurídico de organización*. Ahora bien. La doctrina mayoritaria ha atribuido a la sociedad el carácter de un contrato de organización,³¹ porque permite a los socios *articular su actividad empresarial a través de la creación de una organización, a la que el ordenamiento jurídico anuda determinadas circunstancias*.³²

En este sentido, el elemento organizativo se convierte en pieza clave de toda la relación contractual, lo cual tiene enorme incidencia en el régimen jurídico aplicable.³³ De hecho, como lo sostiene Ferri, cualquier fenómeno de grupo, postula un principio de organización.³⁴

Así, *los socios dejan de ser considerados en forma individual para pasar a formar parte de una estructura organizada, en la que defenderán sus posiciones jurídicas a través de los mecanismos que les ofrece la normativa societaria*.³⁵

²⁸ FERRI Luigi, *La Autonomía Privada*, traducción de Luis Sancho Mendizábal, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pp. 24-26.

²⁹ FERRI Luigi, *Lezioni sul Contratto. Corso di Diritto Civile*, seconda edizione, Zanichelli, Bologna 1982, p.14.

³⁰ FERRI, *La Autonomía Privada*, op. cit., pp. 30-31.

³¹ Habría que referirse al *negocio jurídico de organización* para comprender también los supuestos de *sociedades unimembres*, constituidas por medio de una *declaración unilateral de voluntad*, como quedó de manifiesto.

³² ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo, *La Modificación de Estatutos en la Sociedad Anónima*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2001, p. 36.

³³ Cfr. *Idem*.

³⁴ *Ibid.*, p. 73.

³⁵ *Ibid.*, p. 36.

De esta manera, el contenido del contrato de sociedad está conformado por normas reguladoras de la organización.³⁶ Por ello, es posible sostener, con Ávila, que un error dogmático en materia de sociedades ha sido desconocer el carácter organizativo del contrato social, por lo cual, no cabe mantener la distinción entre contrato y estatutos, en un negocio jurídico del que surge y en el que se regula una organización, puesto que ambos conforman una unidad.³⁷

En el contrato de sociedad, los *pactos contractuales establecidos por los contratantes para regular sus relaciones no pretenden tanto normar prestaciones y contraprestaciones como establecer una organización en la que los contratantes se ven integrados y sometidos a un régimen jurídico que, fruto de su voluntad, establece la posición jurídica y pautas de actuación de los miembros que componen la mencionada organización. Todo es contrato, si bien una normativa contractual que pudiéramos denominar especial en función del carácter organizativo del negocio jurídico elegido.*³⁸

VI | El régimen normativo de la sociedad

Pues bien, el régimen normativo de las sociedades mercantiles está conformado por distintos bloques que pueden concretarse en dos categorías: por una parte, las normas de origen legal y, por otra, las normas de autonomía privada.³⁹

Algunas de las normas de origen legal tienen carácter imperativo y otras, dispositivo. Las normas imperativas constituyen un límite a la autonomía privada, de tal manera que los socios no pueden establecer, en el contrato de sociedad, estipulaciones que las contravengan, precisamente porque tales normas se imponen sobre la voluntad de los socios –y de la sociedad– dado que están dirigidas a la protección de intereses públicos.

Por el contrario, las normas dispositivas desempeñan un papel supletorio de la voluntad de las partes, por lo cual, entran en juego ante la ausencia de previsión sobre la materia que regulan. En este sentido, los socios pueden prever una regulación distinta a la propuesta por el legislador en esa clase de disposiciones.

³⁶ *Ibid*, p. 73.

³⁷ *Ibid*, pp. 170, 171.

³⁸ *Ibid*, p. 177.

³⁹ Cfr. *Ibid*, p. 136.

En lo que respecta a las normas de autonomía privada, esto es, las estipulaciones que tienen su origen en la regulación de intereses establecida por los propios socios, es posible distinguir:

1) Las estipulaciones necesarias: aquéllas que deben quedar previstas por imperativo legal, puesto que las partes deben pronunciarse sobre ellas, como son: la denominación de la sociedad, el objeto social, el capital y la manera como queda integrado, el domicilio social, la estructura del órgano de administración, etcétera.

2) Las estipulaciones naturales: aquéllas que tienen carácter típico, pero que gozan de naturaleza facultativa, en razón de que su *inserción estatutaria depende de la voluntad de los socios*.⁴⁰ Los aspectos que esta clase de estipulaciones regulan, están previstos en el ordenamiento legal con carácter dispositivo. Son, por lo tanto, pactos en contrario acordados por los socios.

3) Las estipulaciones adicionales: estas son, propiamente, las disposiciones atípicas o potestativas, las cuales responden a necesidades concretas de los socios. Como lo señala Ávila, la inserción estatutaria de estas estipulaciones es posible gracias a la elasticidad del tipo social elegido.⁴¹

Ahora bien. Con independencia de las normas establecidas en los estatutos sociales, habrán de considerarse parte del contenido del contrato de sociedad, las reglas surgidas de las asambleas (modifiquen o no el régimen estatutario), de los negocios parasociales, de las prácticas sociales y de la buena fe y lealtad negocial.

En efecto. Los negocios parasociales son aquellos pactos concertados por los socios (entre algunos de ellos o todos), fuera de los estatutos, *para regular inter se o en relación con la sociedad, los órganos sociales o con los terceros, un interés propio o una conducta social*.⁴²

Esta clase de negocios jurídicos está reconocida en el artículo 198 de la LGSM. Aun cuando esta disposición legal señala que los convenios a los que se refiere son inoponibles a la sociedad, excepto cuando exista resolución judicial, en realidad debe estimarse que sí serán oponibles frente a ésta, cuando participen en el acuerdo todos los socios y su voluntad sea coincidente. Este es un aspecto, no sólo de validez, sino también de oponibilidad frente a la sociedad.

⁴⁰ *Ibid*, p. 153.

⁴¹ Cfr. *Ibid*, p. 153.

⁴² Cfr. *Ibid*, p. 198.

La sociedad queda vinculada por el pacto unánime de los socios porque se trata, precisamente, de la expresión de voluntad de quienes la conforman, tal como ocurre con los acuerdos unánimes adoptados por los accionistas fuera de asamblea.

Asimismo, los pactos parasociales unánimes serán oponibles a los terceros, si se les otorgara publicidad registral, o bien, si los terceros llegaran a tener conocimiento de su contenido, por cualquier medio.

En este sentido, debe entenderse que los pactos parasociales serán parte del contenido del contrato de sociedad, para los socios que intervienen en ellos. Como lo señala Mazzetti, los contratos parasocietarios son *aquellos que orbitando el núcleo –constituido por el contrato social— influyen en su télesis*.⁴³ Así, la existencia de los negocios parasociales depende del contrato de sociedad, con el cual presentan vínculos de conexidad. De hecho, su eficacia sólo se explica en función de tal contrato.

En lo ve a las prácticas sociales, deben considerarse integradas al contrato social las prácticas establecidas entre los socios o entre éstos y la sociedad.

Finalmente, las reglas provenientes de la buena fe y lealtad negocial también juegan un papel relevante en el contrato de sociedad. Por ello, habrán de considerarse como parte de dicho contrato, las normas que deriven de la buena fe en el caso concreto, la cual comporta desarrollar una conducta leal entre los socios y entre éstos y sociedad, de tal manera que todos colaboren para alcanzar la satisfacción de su interés.

Ese deber de colaboración se concreta en conductas específicas en la situación particular, las cuales habrán de considerarse comprendidas implícitamente en el contrato de sociedad, por ser razonable su realización.

VII] Las estipulaciones societarias atípicas: problemática

Las estipulaciones societarias atípicas presentan, al igual que los contratos atípicos,⁴⁴ un doble problema: por una parte, la

⁴³ *Cualquier forma contractual –sin modificar su naturaleza jurídica— puede adoptar el carácter de ‘parasocietaria’, bastando para ello que penetren la télesis del contrato societario, influyendo... en el gobierno, administración, objetivos empresariales, modificación en las mayorías, etcétera (MAZZETTI, p. 296).*

⁴⁴ Cfr. DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, segunda edición, Madrid 1983, pp. 389-390.

determinación de los límites dentro de los cuáles son admisibles y, por lo tanto, válidas y eficaces (problema de admisibilidad y validez); y, por otra, cuál es la disciplina normativa a que tales estipulaciones deben quedar sometidas (problema de regulación).

Aunque el problema de la admisibilidad y validez de los contratos atípicos parece estar superado en la actualidad, con el reconocimiento del principio de la autonomía privada que se recoge en materia del negocio jurídico, esto no es muy claro tratándose de las estipulaciones societarias atípicas.

Las estipulaciones societarias atípicas pueden clasificarse en estipulaciones con tipicidad social y sin tipicidad social. Las primeras son aquellas que adquieren tipicidad debido a su reiterada utilización en la vida de relación, lo cual les dota de cierta identidad que permite su análisis doctrinal y su eventualmente reconocimiento por los tribunales al decidir las controversias que sobre su eficacia se llegaran a plantear.

Pues bien. En la reforma de 2014 a los artículos 91, fracción VII, y 198, de la LGSM, se previó la posibilidad de que los socios pacten, entre ellos, respecto de los siguientes puntos:

1) Las restricciones a la transmisión de propiedad o derechos sobre acciones (130 LGSM); 2) las causas de exclusión de socios; 3) el derecho de separación o de retiro de los socios; 4) la amortización de acciones y el precio de éstas o las bases para determinarlo; 5) la emisión de acciones limitadas o privilegiadas; 6) los mecanismos para resolver desacuerdos sobre asuntos específicos; 7) el derecho de suscripción preferente (132 LGSM); 8) la limitación de la responsabilidad de los consejeros y funcionarios derivados de los actos que ejecuten o por las decisiones que adopten; 9) las opciones de compra o de venta de acciones; 10) la enajenación y demás actos jurídicos relativos al dominio, disposición o ejercicio del derecho de preferencia (132 LGSM); 11) el ejercicio del derecho de voto en asambleas; 12) la enajenación de acciones en oferta pública y 13) otras estipulaciones de naturaleza análoga. Estos aspectos se enunciaron en términos amplios.

Varias de estas disposiciones tienen carácter atípico, considerando que la simple mención de la posibilidad de pactarlas, no comprende la disciplina específica a la que, en su caso, quedarían sometidas.⁴⁵ En este sentido, será preciso establecer, por vía de la autonomía privada, el régimen jurídico al que habrán

⁴⁵ Cfr. DE LA MADRID ANDRADE, Mario, *Contratos Atípicos y Conexidad Contractual*, Porrúa, primera reimpresión, México 2019, pp. 3, 25.

de quedar sujetas las estipulaciones societarias atípicas, para evitar en lo posible, el inconveniente que éstas presentan, en este aspecto.

VIII] Disposiciones societarias en particular

Ahora bien. El señalado inconveniente atribuido a las estipulaciones societarias atípicas –la falta de regulación concreta en el ordenamiento jurídico– obliga a pasar revista a algunas de ellas. Así, nos ocuparemos 1) del derecho de suscripción preferente, 2) del derecho de preferencia en la transmisión de acciones y 3) de los mecanismos de ruptura de la relación de los socios.

a) *Derecho de suscripción preferente.* El derecho de suscripción preferente asegura a los accionistas conservar la proporción de su participación en el capital social de la sociedad, para evitar que ésta disminuya, lo cual afectaría los derechos económicos y corporativos que les corresponden en la sociedad. Por ello, puede considerarse como mecanismo de protección del accionista.

Al respecto, el artículo 132 de la LGSM establece que los *accionistas tendrán derecho preferente, en proporción al número de sus acciones, para suscribir las que emitan en caso de aumento del capital social. Este derecho deberá ejercitarse dentro de los quince días siguientes a la publicación en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía, del acuerdo de la Asamblea sobre el aumento del capital social.*

No obstante, de conformidad con el artículo 91, fracción VII, inciso e), de la LGSM, los socios pueden establecer pactos entre ellos, que amplíen, limiten o nieguen el referido derecho de suscripción preferente.

De hecho, nada impide que se renuncie a este derecho, como ocurre con frecuencia, en particular, cuando alguno de los socios no cuenta con liquidez suficiente para suscribir las acciones representativas del incremento del capital social, o bien, cuando dicho incremento se produce por capitalización de aportaciones previas (realizadas para futuros aumentos de capital) o de pasivos a cargo de la sociedad (por emisión de obligaciones o la obtención de créditos).⁴⁶

⁴⁶ Cfr. LEÓN, op. cit., p. 179.

Este derecho también puede cederse total o parcialmente, a cambio de una contraprestación, a otro accionista o a un tercero que habrá de aportar capital a la sociedad.⁴⁷

También podría emitirse una clase especial de acciones sin derecho de suscripción preferente. Así, el artículo 91, fracción VII, inciso a), de la LGSM prevé la posibilidad de imponer *restricciones, de cualquier naturaleza, a [los derechos] respecto de las acciones de una misma serie o clase representativas del capital social.*

Por último, puede preverse que los accionistas titulares de una clase especial de acciones se obliguen, bajo ciertas condiciones, a abstenerse de ejercer su derecho de suscripción preferente en caso de aumento de capital social (preemptive right), por ejemplo, para que ingrese un socio inversionista.⁴⁸

Este tipo de acuerdos comporta el desdoblamiento de la acción (stock split), esto es, cuando la acción y el derecho de suscripción se cotizan por separado, dado que cada uno tiene su propio valor.⁴⁹

b) *Derechos de preferencia en la transmisión de las acciones.* El artículo 130 de la LGSM permite que en el contrato social se pacte *que la transmisión de las acciones sólo se haga con la autorización del consejo de administración. Así, el consejo podrá negar la autorización designando un comprador de las acciones al precio corriente en el mercado.*

Pues bien. En el referido contrato también pueden imponerse restricciones a la transmisión de acciones, distintas a la prevista en la referida disposición legal, esto es, establecer pactos de bloqueo,⁵⁰ como lo prevé el artículo 91, fracción VII, inciso a), de la LGSM.

El derecho de preferencia que se concede a los socios para adquirir las acciones que le corresponden a otro de los socios, puede adoptar dos modalidades: el derecho a la primera opción (*right of first refusal*) y el derecho a la primera oferta (*first offer right*).

1) El derecho a la primera opción es aquél que le asiste a una de las partes para adquirir, en igualdad de condiciones a las

⁴⁷ *Ídem.*

⁴⁸ *Ib.* p. 115.

⁴⁹ *Ídem.*

⁵⁰ Los pactos de bloqueo son aquellos por los cuales los socios asumen la obligación de no enajenar sus acciones por un tiempo determinado, o bien, a sujetar la enajenación a ciertas limitaciones. De esta manera, se bloquea o se condiciona el derecho de voto (Cfr. LEÓN, op. cit., p. 70).

ofrecidas por un tercero, la participación que le corresponde a la otra parte, cuando ésta quiere transmitir su participación.

Este derecho se ejerce después de haber identificado al adquirente potencial. Así, una vez que el vendedor ha contactado al probable comprador, debe notificar a los demás socios, quienes podrán igualar la oferta. Como puede apreciarse, en este caso se trata del derecho de preferencia por el tanto del Derecho mexicano, el cual se regirá, por lo previsto en los artículos 2303 a 2307 del Código Civil Federal.⁵¹

Entre los aspectos que habrán de preverse al establecer este derecho en el contrato social, están: 1) el plazo en el que debe darse la notificación previa; 2) el plazo en que habrá de ejercerse el expresado derecho; 3) la manera como se distribuirá la participación entre los socios, cuando fueren varios los que deseen ejercer el referido derecho (normalmente a prorrata); 4) la posibilidad o imposibilidad de adquirir sólo una porción de la participación del vendedor; 5) la posibilidad de pagar el precio de modo distinto al ofrecido; etcétera.

2) El derecho a la primera oferta es aquél que tienen los socios de hacer la primera oferta, cuando otro socio desea transmitir su participación, caso en el que, quien pretende vender, queda obligado a ofrecerla primeramente a los demás socios, antes de hacerlo a terceros, para que tengan la oportunidad de ejercer su derecho.

Al respecto, deben preverse aspectos similares a los señalados para el derecho a la primera opción.

c) *Mecanismos de ruptura de la relación de los socios.* La relación entre los socios de una sociedad puede verse afectada por diversas situaciones, que impidan que los conflictos que pudieran suscitarse entre ellos, se solucionen mediante los mecanismos jurídicos tradicionales, que tienden a evitar la intervención judicial del conflicto, como el arreglo amistoso, la mediación de un experto independiente, la conciliación y el arbitraje interno y externo.⁵²

Para ese supuesto, suelen establecerse en el contrato de sociedad o en el pacto de socios, diversos mecanismos de ruptura de la relación. Unos tienden a la salida de uno o de todos los socios fundadores de la sociedad, la cual seguirá existiendo, y otros, a la eliminación completa de la estructura societaria.⁵³ En este

⁵¹ Artículos 2303, 2304, 2305, 2306 y 2307 del Código Civil Federal.

⁵² Cfr. PAULEAU, op. cit., pp. 601-614.

⁵³ Ib. p. 621.

apartado sólo nos ocuparemos de los mecanismos que permiten conservar la sociedad, por ser los que más ventajas ofrecen.

1) *Derecho de separación o de receso*. Los artículos 182, 206 y 228 Bis de la LGSM establecen que los socios pueden separarse de la sociedad anónima, cuando ocurra alguna de las situaciones siguientes: 1) se modifique el objeto de la sociedad; 2) ésta cambie de nacionalidad, 3) se transforme o 4) se escinda. Para esos efectos, se requiere que el socio que haya votado en contra de los acuerdos en los cuales se haya aprobado cualquiera de esos asuntos.

Al respecto, la separación confiere el derecho al reembolso de las acciones pertenecientes al socio, en proporción al activo social, según el último balance aprobado, siempre que lo solicite dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea.

No obstante, el artículo 91, fracción VII, inciso b), contempla la posibilidad de que los socios pacten otras causas adicionales a las previstas en las señaladas disposiciones legales.

Este mecanismo constituye un caso de salida voluntaria de la sociedad, que opera con cargo al patrimonio social, mediante la reducción del capital.

Así, en el supuesto de que se establezcan causas adicionales de separación, habrá de establecerse en el contrato de sociedad la manera de acreditar la existencia de dichas causas, la forma de ejercer el derecho de separación, el plazo para ejercerlo.⁵⁴

De igual manera, será necesario establecer qué se devolverá al socio que se separe y la forma de determinarlo. Para ello, suele preverse la emisión de dictámenes periciales por expertos sobre el valor de las acciones.⁵⁵

Y es que, como lo ha puesto de manifiesto Soyla León, la manera de calcular el reembolso prevista en la LGSM no es la mejor. Por un lado, *alude al último balance aprobado, en lugar del valor real y actual del patrimonio neto*. Además, la referencia al mencionado balance resulta inconveniente tratándose de sociedades que omiten aprobar estados financieros cada año. Asimismo, podría haber una *variación definitiva entre el valor presente de ese patrimonio a la fecha de la separación y el valor arrojado en el último balance aprobado*. Por último, la disposición

⁵⁴ Ib. p. 625.

⁵⁵ Cfr. LEÓN, op. cit., p. 119.

legal alude al activo social, lo que podría significar que excluye los pasivos.⁵⁶

2) *Derecho de retiro*. El derecho de retiro está previsto en los artículos 213, 220 y 221 de la LGSM, respecto de las sociedades de capital variable.

Tales artículos establecen que el capital social en ese tipo de sociedades es susceptible de disminuirse por retiro total o parcial de las aportaciones. En ese supuesto, el retiro de las aportaciones de un socio debe notificarse a la sociedad de manera fehaciente y surtirá efectos hasta el fin del ejercicio anual en curso, si la notificación se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio, y hasta el fin del ejercicio siguiente, si se hiciera después. Ese derecho no puede ejercerse cuando tenga como consecuencia reducir el capital social a menos del mínimo establecido.

En las sociedades de capital variable, conforme a los artículos 14 y 15 de la LGSM, la sociedad no puede retener la parte del capital y de las utilidades que le corresponden al socio hasta la conclusión de las operaciones pendientes al tiempo de retiro.

Sin embargo, los socios pueden convenir causas de retiro distintas y sus consecuencias, por ejemplo, preverla también para el capital fijo. Así, sería factible limitar el ejercicio del derecho de retiro, establecer un plazo durante el cual se prohíba ejercerlo, o bien, hacerlo de manera paulatina.⁵⁷

A diferencia del derecho de separación o de receso, el derecho de retiro opera libremente en las sociedades de capital variable.⁵⁸ Además, como quedó establecido en el apartado que antecede, el primero se otorga a los accionistas inconformes con ciertas decisiones adoptada en asamblea por la mayoría.

Asimismo, el derecho de separación surte efectos de inmediato, mientras que el derecho de retiro lo hace en forma diferida, dado que el socio que decide retirar sus aportaciones debe esperar a la conclusión del ejercicio social en curso, si la notificación respectiva se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio, o bien, al subsiguiente, si la referida notificación se efectúa después.

La cláusula correspondiente debe incluir un procedimiento para valorar las aportaciones y para determinar lo que debe recibir el socio (mediante dictamen practicado por un perito ajeno a las

⁵⁶ *Ídem*.

⁵⁷ *Ib.* pp. 119, 120.

⁵⁸ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Porrúa, México 1989, p. 650.

partes), para lo cual, habrá de reforzarse el derecho de información que le corresponde –por ejemplo, mediante penas convencionales–, para que esté en posibilidad de conocer la situación financiera de la empresa.⁵⁹

3. *Causas de exclusión.* Antes de la reforma de 2014 a la LGSM, la única causa para excluir a un socio en una sociedad anónima era por incumplimiento en el pago de sus aportaciones, con base en los artículos 118, 119, 120 y 121 de dicha ley.⁶⁰

Además de esa causa, existen otras dos maneras adicionales de excluir a un socio en esa clase de sociedades: por reducción del capital social, o bien, por amortización de acciones con utilidades repartibles (135 y 136 de la LGSM).⁶¹

Pues bien, el artículo 91, fracción VIII, inciso b), de la LGSM permite que los socios prevean causas de exclusión de socios en una sociedad anónima, lo cual comporta establecer el procedimiento que habrá de seguirse para la exclusión.

Al respecto, tendrían aplicación los artículos 14 y 15 de la LGSM, según los cuales: el socio que fuere excluido de una sociedad queda responsable para con los terceros, de todas las operaciones pendientes en el momento de la exclusión (disposición que tiene carácter imperativo, porque no admite pacto en contrario en perjuicio de terceros); la sociedad puede retener la parte del capital y utilidades del socio excluido, hasta concluir las operaciones pendientes al tiempo de la exclusión (excepto en la sociedad anónima de capital variable), y hasta entonces deberá hacerse la liquidación del haber social que le corresponda.

El mecanismo de la exclusión de socios puede utilizarse en situaciones de disfunción del contrato de sociedad.⁶² Así, el señalado mecanismo representa un caso de salida forzosa de la sociedad, que también funciona con cargo al patrimonio social.

Coincidimos con Soyla León en el sentido de que las causas de exclusión deben sustentarse en el incumplimiento de obligaciones esenciales de los socios o en la realización de actos ilícitos, para evitar que la exclusión se utilice de manera abusiva. Podrían constituir causas de exclusión: infringir el deber no competir o de confidencialidad; aprovechar los negocios propios de la sociedad para fines particulares, practicar actos ilícitos,

⁵⁹ Cfr. LEÓN, op. cit., p. 111.

⁶⁰ Artículos 118, 119, 120 y 121, Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁶¹ Cfr. LEÓN, op. cit., p. 121.

⁶² Cfr. PAULEAU, op. cit. p. 623.

realizar actos que causen un daño (patrimonial o extrapatrimonial) a la sociedad, a sus socios o administradores.⁶³

Es preciso prever las consecuencias de la exclusión, en particular, las concernientes a la aportación efectuada por el socio excluido y a las utilidades que le corresponden. La citada maestra es de la idea de que bastaría con que se devuelvan las aportaciones y no su valor contable, ni el valor real o comercial de las acciones; sin embargo, también admite la validez de la cláusula en la que se determine que no se devolverá cantidad alguna al socio, caso en el cual habría que cancelar las acciones, reducir el capital social y destinar su importe a la sociedad misma. Y es que la exclusión es, en realidad, una sanción que se impone al socio,⁶⁴ por lo cual, la disminución en lo que el socio debiera recibir tendrían el carácter de una pena convencional.

3) *Mecanismos convencionales de salida de la sociedad.* Éstos se sustentan en sistemas complejos de promesas de compra o de venta sobre las acciones o participaciones de la sociedad. Así, existen mecanismos que permiten que alguna de las empresas fundadoras conserve la sociedad y otros que comportan la salida competitiva de la sociedad.

i) *Mecanismos que conservan la sociedad en alguno de los socios.* Pues bien. Entre los mecanismos de salida que permiten que alguno de los socios conserve la sociedad, están: a) las opciones de compra o de venta de acciones, b) las opciones de compra y de venta cruzadas y c) las opciones de compra y de venta alternativas.

a) *Opciones de compra (call options) o de venta (put options) de acciones.* El artículo 198, inciso c), de la LGSM señala que los accionistas de las sociedades anónimas podrán convenir entre ellos, que uno o varios accionistas tengan derecho a enajenar o adquirir de otro accionista, quien deberá estar obligado a enajenar o adquirir, según corresponda, la totalidad o parte de la tenencia accionaria objeto de la operación, a un precio determinado o determinable. Esta disposición legal se refiere a las opciones de venta (*put*) y de compra (*call*).

La opción de venta (*put*: poner) confiere a la sociedad, o a uno o más socios, el derecho de poner su interés en la sociedad a disposición de otro socio, para que éste lo adquiera de manera obligatoria, a un precio previamente definido o, en su caso, a un

⁶³ Cfr. LEÓN, op. cit., p. 113.

⁶⁴ Ib. p. 114.

precio que se calcule de acuerdo con alguna fórmula establecida en el propio acuerdo.⁶⁵

En cambio, la opción de compra (*call*: pedir), la cuales es más común, otorga a la sociedad, o a uno o varios socios, la facultad de adquirir, total o parcialmente, el interés de otro socio, conforme a las condiciones previamente establecidas.

Esta opción es útil en los supuestos en que el incumplimiento se debe a las dificultades financieras por las atraviesa el socio. Al respecto, podría establecerse un descuento sobre el precio de la operación, como pena convencional por el incumplimiento.

Por tratarse de una opción, la mera aceptación de la misma origina el perfeccionamiento de la compraventa, aun contra la voluntad de los titulares de las acciones, por lo cual, la enajenación se produce de manera forzosa.⁶⁶

En opinión de Reyes, *las opciones de compra son una verdadera limitación a la propiedad sobre los títulos representativos del capital social. Conviene que consten de modo visible en el título [accionario, de lo contrario], el acuerdo carecerá de validez [frente a terceros], a menos que se haga valer en contra de una persona que conozca de la existencia de la respectiva restricción.*⁶⁷

b) *Opciones de compra y de venta cruzadas (put & call)*. Las opciones de compra y de venta cruzadas sobre las acciones –o las participaciones sociales–, constituyen un sistema complejo en el que la opción de A está subordinada a que la opción de B no se ejecute.⁶⁸

Así, ante una situación de disfunción, el socio A dirige la oferta de venta de su participación accionaria al socio B, quien podrá ejercer la opción de compra. No obstante, en el supuesto de que B se niegue a adquirir las acciones, entonces estará obligado a vender las suyas al socio A, al mismo precio propuesto originalmente por éste.

⁶⁵ Para Reyes, *la opción de venta permite que la sociedad o uno o varios accionistas obligue a un accionista a comprarle un número determinado de acciones, dentro de un plazo preestablecido, en el momento en que aquellos lo consideren conveniente* (REYES Villamizar Francisco, *Derecho Societario en Estados Unidos, Introducción Comparada*, Legis, tercera edición, Bogotá 2006, p. 231).

⁶⁶ Cfr. REYES, op. cit., p. 231.

⁶⁷ Ib. pp. 232-233.

⁶⁸ Cfr. PAULEAU, op. cit. p. 634.

En este mecanismo, el precio de la opción se fija libremente por el socio que toma la iniciativa de vender. No obstante, la fijación del precio no puede considerarse arbitraria, puesto que será el socio a quien se dirige, el que habrá de decidir, en última instancia, si compra o vende al mismo precio. En esto radica la justicia del señalado mecanismo: obliga a quien toma la iniciativa, a establecer un precio equitativo, en razón de que podría verse obligado a adquirir las acciones del otro socio, si el precio propuesto es elevado, o bien, a venderle su participación accionaria, si el precio es muy bajo.

La finalidad que persigue esta clase de mecanismos es evitar la transmisión de las acciones o participaciones. Por la manera cómo opera, se busca que ejerza una presión psicológica suficiente para que se conserve la confianza necesaria en los socios y en la operación en general.⁶⁹

En cuanto a la naturaleza jurídica de este mecanismo, hay quien piensa que se trata de promesas de promesas.⁷⁰

c) *Opciones de compra y de venta alternativas (buy & sell)*. Las opciones de compra alternativas (*buy & sell*) también conforman un sistema complejo que consiste en un procedimiento de adjudicación privado, en el que la participación accionaria se adjudica a quien ofrece el precio más justo.

En realidad, existen diversas variantes de este mecanismo que se diferencian por la manera como se determina el precio de las acciones, lo que permite definir cuál de los socios tiene derecho de adquirir o, en su caso, de elegir entre vender o adquirir la referida participación accionaria.⁷¹

El mecanismo más corriente en la práctica consiste en la entrega por parte de cada socio a un tercero, del importe de su oferta en un sobre cerrado y sellado. Se recomienda utilizar esta técnica sólo para opciones de compra, debido al riesgo de falta de objetividad del precio.⁷²

Una modalidad más sofisticada consiste en que se emita un dictamen sobre el valor de las acciones por un grupo de expertos. Así, el socio que proponga el precio más próximo al determinado por los expertos, tendrá derecho a adquirir a este precio.⁷³

⁶⁹ Ib. p. 635.

⁷⁰ Ib. p. 633.

⁷¹ Ib. p. 636.

⁷² *Idem*.

⁷³ Ib. pp. 636-637.

Una última variante de este mecanismo, el cual permitiría conceder, sin riesgos, el derecho de elegir entre la compra y la venta de la participación accionaria, estriba en que los socios designen un experto cada uno de ellos, quienes nombrarán, a su vez, a un tercero. De esta manera, habrá de seleccionarse entre los informes formulados por los expertos designados por los socios, aquél que proponga el precio que más se acerque al establecido por el tercer experto.⁷⁴

ii) *Mecanismos de salida completa de los socios.* Por otra parte, los mecanismos de salida que implican la salida conjunta de los socios de la sociedad son: a) el derecho de adhesión y b) el derecho de arrastre. Se trata de mecanismos que se basan en promesas de tercero.

a) *Derecho de adhesión (tag along right).* El derecho de adhesión está previsto en el artículo 198, inciso a), de la LGSM, según el cual, los accionistas de las sociedades anónimas podrán convenir entre ellos, que *uno o varios accionistas solamente puedan enajenar la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando el adquirente se obligue también a adquirir una proporción o la totalidad de las acciones de otro u otros accionistas, en iguales condiciones.*

Se trata de un mecanismo que permite la salida conjunta total de la sociedad (tag along behind some one: ser arrastrado detrás de alguien). Así, se atribuye al socio minoritario la posibilidad real de encontrar un adquirente de su participación, puesto que puede obligar a todos los demás socios a transmitir su participación al tercero.⁷⁵

De acuerdo con Pauleau, se requiere que el tercero interesado haya puesto la transmisión de la participación accionaria de los demás socios, como condición para adquirir las acciones del socio minoritario.⁷⁶

Este tipo de cláusulas atribuyen a los socios el derecho de participar en un negocio de compraventa de acciones, que por lo general se origina en una oferta de compra dirigido a alguno de ellos.⁷⁷

La posibilidad de adherirse a la operación se confiere a los socios, desde el momento en que algún socio recibe una oferta de compra por sus acciones. El destinatario de la propuesta no puede

⁷⁴ Ib. p. 637.

⁷⁵ Ib. p. 638.

⁷⁶ *Ídem.*

⁷⁷ Cfr. REYES, op. cit. p. 226.

aceptarla, hasta en tanto los socios que decidan ejercer este derecho, tengan la oportunidad de participar en la operación. Para este efecto, es preciso determinar el porcentaje de acciones que le corresponde enajenar a cada uno de los accionistas. Enseguida, se notifica al tercero interesado la adhesión de otros socios a la compraventa, para luego proceder a celebrar la operación.⁷⁸

Por medio de estas cláusulas –según Reyes–, se impide que los accionistas mayoritarios puedan excluir a los minoritarios de aquellas enajenaciones en las que ceden el control de la sociedad.⁷⁹

b) Derecho de arrastre (drag along right). El artículo 198, inciso b) de la LGSM señala que los accionistas de las sociedades anónimas podrán convenir entre ellos, que *uno o varios accionistas puedan exigir a otro socio la enajenación de la totalidad o parte de su tenencia accionaria, cuando aquéllos acepten una oferta de adquisición, en iguales condiciones.*

Este artículo prevé el derecho de arrastre. Mediante éste, se obliga al socio mayoritario a obtener del tercero interesado en comprar sus acciones, que adquiera también la participación del socio minoritario, en el mismo precio y en iguales condiciones que las ofrecidas por las suyas.⁸⁰

Este mecanismo trata de evitar que la empresa minoritaria quede aprisionada en la sociedad en la que se vinculó con el socio mayoritario en atención, precisamente, a las cualidades específicas de éste.⁸¹

No obstante, el socio minoritario es quien tiene la opción de participar o no en la transmisión de su participación accionaria. Así, en caso de que decida salir de la sociedad, cuenta con dos opciones: hacerlo de forma simultánea con el socio mayoritario, o bien, en forma prioritaria a éste.⁸²

En opinión de Reyes, estas *disposiciones permiten que un asociado constriña a los demás accionistas a desprenderse de su participación en el capital de la sociedad. El derecho de arrastre se sujeta a la condición de que un tercero le formule una oferta de compra de acciones a alguno de los socios. Acaecida esta condición, tal socio podrá obligar a los demás accionistas a enajenar sus respectivas participaciones en el capital social.*⁸³

⁷⁸ REYES, op. cit., pp. 226-227.

⁷⁹ Ib. p. 227.

⁸⁰ Cfr. PAULEAU, op. cit. p. 639.

⁸¹ Ib. p. 638.

⁸² Ib. p. 639.

⁸³ REYES, op. cit., p. 227.

Esta clase de disposiciones parten de la premisa de que *pocos inversionistas tendrían interés en adquirir una participación minoritaria en el capital de una sociedad, lo cual afecta a los pequeños accionistas quienes suelen afrontar dificultades cuando deciden separarse de la sociedad.*⁸⁴

Referencias

- ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo, La Modificación de Estatutos en la Sociedad Anónima, Tirant Lo Blanch, Valencia 2001,
BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Civil, Porrúa, México 1989,
CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho Societario. Parte General. La Personalidad Jurídica Societaria, Heliasta, Sao Paulo 1994,
DE LA MADRID ANDRADE, Mario, Contratos Atípicos y Conexidad Contractual, Porrúa, primera reimpresión, México 2019,
DIEZ PICAZO, Luis, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tecnos, segunda edición, Madrid 1983.
FERRI, Luigi, La Autonomía Privada, traducción de Luis Sancho Mendizábal, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969,
FERRI, Luigi, Lezioni sul Contratto. Corso di Diritto Civile, seconda edizione, Zanichelli, Bologna 1982.
GARCÍA RENDÓN, Manuel, Sociedades Mercantiles, Harla, México 1993,
LEÓN TOVAR, Soyla H., Pactos de Socios de la Sociedad Anónima, Tirant lo Blanch, Ciudad de México 2016,
PAULEAU, Christine, El Régimen Jurídico de las Joint Ventures, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo Blanch, Valencia 2003,
REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario en Estados Unidos, Introducción Comparada, Legis, tercera edición, Bogotá 2006,
REZZÓNICO, Juan Carlos, Principios Fundamentales de los Contratos, Astrea, Buenos Aires 1999,
RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, Tratado de Sociedades Mercantiles, tomo I, Porrúa, México 1981,

⁸⁴ Ib. p. 228.

El futuro de la profesión: Afrontarlo desde la Educación Jurídica

YURIXHI GALLARDO¹ Y MATÍAS MEDINA²

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Retos de la profesión jurídica.* III. *Educación jurídica.* IV. *Trazar una ruta sin atajos.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

Resumen. La profesión jurídica está enfrentando diversos retos, entre ellos: la automatización a la que está expuesta junto con otras profesiones; por otra parte, requiere tener un mayor impacto en la consecución del Estado de Derecho. Ante tales retos, la educación que reciben los futuros profesionales es pieza clave para afrontarlos o no. Tal educación, a su vez, es una realidad compleja en la que intervienen además de las escuelas, el gobierno que otorga los registros de los programas de educación, las instituciones que acreditan a los programas de Derecho, el *currículum* oculto en el que se forma a los estudiantes, las competencias profesionales y los resultados de aprendizaje en los programas, entre otros. Proponemos trazar una ruta desde la educación jurídica para la formación de los futuros profesionales afrontando los retos que tiene la profesión.

Palabras clave: Educación jurídica, Estado de Derecho, formación profesional, profesión jurídica.

Abstract. *The legal profession is facing various challenges, including: the automation to which it is exposed along with other professions; on the other hand, it requires having a greater impact in the attainment of the Rule of Law. Faced with such challenges, the education that future professionals receive is a key element to face them or not. Such education, in turn, is a complex reality in which schools, the government that grants the registers of the education programs, the institutions that accredit the law programs, the hidden curriculum in which they train students, professional competences and learning outcomes in the programs, among others. We propose to trace a path from legal education*

¹ Profesora investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana.

² Estudiante de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Panamericana.

for the training of future professionals facing the challenges that the profession has.

Keywords: *Legal Education, Rule of law, Professional formation, Legal Profession.*

I] Introducción

La profesión jurídica es una de las profesiones que aparentemente ha sufrido cambios menores en su ejercicio en comparación con las grandes transformaciones que la sociedad está teniendo en aspectos científicos, culturales, económicos y tecnológicos, particularmente desde la segunda mitad del siglo pasado. Sin embargo, la profesión jurídica está expuesta a las exigencias de la época y no es ajena a dichos cambios; de manera que, o cumple y satisface las expectativas y necesidades que atiende o padecerá las consecuencias. Ejemplo de los cambios que afectan a la profesión es la automatización, la cual representa para muchos una de las amenazas que el siglo XXI ha traído a los trabajos³. El profesional del Derecho ahora puede hacer uso de la tecnología para ofrecer mejores servicios y algunos de los que tradicionalmente ofrecía están desapareciendo. Por otro lado, la profesión jurídica en todo el mundo tiene que lidiar con la situación que afronta el Estado de Derecho. En México con una situación precaria en dicho rubro, el ejercicio del Derecho lleva consigo la exposición a temas de alta complejidad, entre ellos la corrupción. La situación del Estado de Derecho enfrenta un momento crítico. Distintos instrumentos, entre ellos, el Índice del Estado de Derecho (*Rule of Law Index*), el Informe de los Resultados de los Foros de Justicia Cotidiana y el Informe *Getting it Right*, Prioridades Estratégicas para México, por citar algunos, muestran en datos lo que la realidad revela a los ciudadanos día a día.

Además, de los retos descritos, la profesión en el mundo afronta otros: la globalización de los servicios; la injerencia de otras profesiones, entre ellas la contable, para ofertar servicios que

³ World Economic Forum (2015) señala: *Skilled jobs are more and more centered on solving unstructured problems and effectively analyzing information. In addition, technology is increasingly substituting for manual labour and being infused into most aspects of life and work. Over the past 50 years, the US economy, as just one of many developed-world examples, has witnessed a steady decline in jobs that involve routine manual and cognitive skills while experiencing a corresponding increase in jobs that require non-routine analytical and interpersonal skills. Many forces have contributed to these trends, including the accelerating automation and digitalization of routine work.*

tradicionalmente eran jurídicos; áreas de ejercicio en crecimiento, por ejemplo, la mediación donde no es necesario un título para el ejercicio. Todos esos retos de las profesiones, como expresa Pinzón Franco, los asume también la educación jurídica, encargada de dotar a los futuros profesionales de las mejores herramientas⁴. Sin embargo, en México y América Latina no parece que se está haciendo mucho al respecto, las medidas que se toman están lejos de ser una solución planificada ante los cambios y retos descritos. Por otra parte, México y los países de América Latina comparten infinidad de problemas, entre ellos, el crecimiento de instituciones educativas que ofertan el programa⁵. Desde otro punto de vista, Gómez Sánchez percibe que desde la educación jurídica poco se está haciendo para construir una sociedad más democrática e incluyente⁶. Por lo tanto, hacemos una propuesta: trazar una hoja de ruta para la educación jurídica que permita afrontar los retos.

Este trabajo explora dos retos que afronta la profesión: la automatización como abordan entre otros autores Carbonell, Moreno y Albornoz y Pinzón Franco; y la situación del Estado de Derecho en México al que hacen referencia entre otros, Madrazo y García Ramírez. Sumado a lo anterior, a través de datos que arrojan informes que han sido elaborados por medio de rigurosos elementos metodológicos se confirma la precaria situación del Estado de Derecho. Entre dichos informes se encuentra el *Rule of Law Index* publicado por el *World Justice Project*, que compara la situación que afronta el país en relación con el cumplimiento del Estado de Derecho. Además, enfatiza algunos aspectos de la educación jurídica nacional. Asimismo, propone mejorar la educación jurídica para que los operadores del sistema tengan una influencia real en el Estado de Derecho. Por otro lado, el Informe de los Resultados de los Foros de Justicia Cotidiana 2015, llevados a cabo con el fin de estudiar (...) *las instituciones procedimientos e instrumentos orientados a dar solución a los conflictos que*

⁴ PINZÓN FRANCO, Boris Alberto, *La Educación jurídica como Práctica de Construcción Social: Hacia una Reflexión Pedagógica, Logos, Ciencia y Tecnología*, Colombia, 2010, vol. 1, núm. 2.

⁵ BAYUELO SCHOONEWOLFF, Porfirio, *La educación y el Derecho en torno a un nuevo paradigma transformador, Justicia*, Colombia, enero-junio 2015, vol. 20, núm. 27, consultado en línea en <http://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/812>

⁶ GÓMEZ SÁNCHEZ, Gabriel Ignacio, *¿Abogados para la democracia o para el mercado?: Repensar la educación jurídica, Derecho*, Colombia, julio-diciembre de 2016, núm. 46, consultado en línea en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972016000200225&lng=en&nrm=iso&tlng=esp

genera la convivencia diaria en una sociedad⁷, identifica las grandes problemáticas en el sistema judicial del país, donde el desempeño de los profesionales del Derecho representa el principal factor de la ineficacia en impartición de justicia. Sumado a lo anterior, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), realizó la investigación revelada en el Informe *Getting it Right, Prioridades Estratégicas para México 2018*, la cual sostiene la necesaria reforma del sistema de justicia con el propósito de fortalecerlo y así hacer frente entre otras problemáticas a la corrupción y el crimen organizado. *Un sistema de justicia eficaz es un potente activador del crecimiento incluyente, de la seguridad, del Estado de derecho y de una administración pública sólida*⁸. Lo que lleva a pensar en soluciones efectivas para que el sistema sea eficaz.

Por lo que respecta a la educación jurídica, es conocido el formalismo mexicano en el que está enraizado tal como advierten Madrazo y Magaloni Kerpel, y la mínima regulación que ha permitido la proliferación de las escuelas de Derecho. Los profesionales del Derecho son la columna vertebral del sistema jurídico y encargados de implementar las reformas legales. En muchos casos, por ejemplo, en la reforma al sistema penal, queda de manifiesto que algunos profesionales no poseen aún las competencias necesarias para poder implementarla. De poco sirve un marco jurídico de vanguardia si quienes ejecutan siguen actuando acorde a las viejas prácticas. Cualquier esfuerzo institucional siempre es llevado a cabo por sujetos, por lo tanto, debe analizarse detenidamente la forma en que se prepara a los profesionales para su futuro ejercicio, afrontando los retos que ahora tiene la profesión. En este sentido no se conocen las acciones que se están llevando a cabo para afrontar la automatización a la que está expuesta la profesión, ni las acciones para que en el ejercicio se pudiera tener un mayor impacto en el Estado de Derecho. El trabajo está dividido en tres apartados: en la primera parte se presentan dos de los retos a los que está expuesta la profesión; en la segunda parte se expone un panorama de la educación jurídica en México; por último, la propuesta de trazar una ruta desde la educación jurídica para afrontar los retos.

⁷ LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *Informe de resultados de los foros de justicia cotidiana*, Centro de Investigación y Docencia Económicas A. C, México, 2015, p. 6.

⁸ OCDE. *Getting it Right: Prioridades estratégicas para México*. Éditions OCDE, Francia, 2018, pp. 41-42.

II] Retos de la profesión jurídica

Entre los diversos retos de la profesión jurídica se encuentran la situación del Estado de Derecho y la automatización. Según Madrazo y Magaloni Kerpel, desde una visión formalista de la profesión, puede carecer de sentido el que los profesionales asuman como un reto propio impactar en el Estado de Derecho. Dicha visión formalista lleva al quehacer profesional una visión científica del Derecho⁹. Por otra parte, desde una postura pragmática Magaloni Kerpel expresa que el profesional tendría que impactar en el sistema jurídico¹⁰. Lo que es una realidad simple, más allá de la discusión doctrinal en torno a tales posturas, es que los profesionales en México interactúan con un sistema que está colapsado. *Como juristas podemos ser devotos del derecho; como ciudadanos debemos ser, si no devotos, sí observadores y practicantes de la realidad cuya característica más decisiva es que, en efecto, existe*¹¹, por lo tanto, corresponde a nosotros los abogados, más que a ningún otro profesional, hacer lo posible por respetarlo y hacerlo respetar, no podemos negar esa realidad.

Por lo que respecta al Estado de Derecho se muestran datos de su situación en México. En un segundo apartado se analiza el reto de la automatización en la profesión jurídica.

1. *El Estado de Derecho en México*. El análisis del Estado de Derecho en México requiere un paréntesis para señalar algunas dificultades doctrinales que presenta el término. El *World Justice Project* muestra que el 52.1% de los mexicanos no conocen qué es el Estado de Derecho¹². Por otra parte, Cascajo Castro señala que el Estado de Derecho *no puede subsistir sin el principio elemental de la noción de Derecho (...)*¹³.

⁹ MADRAZO, Alejandro, *Estado de Derecho y Cultura Jurídica en México, Isonomía*, 2002, núm. 17, 204-223.

¹⁰ MAGALONI KERPEL, Ana Laura, *¿Cómo Estudiar el Derecho desde una Perspectiva Dinámica?*, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2006, consultado en línea en <http://repositorio-digital.cide.edu/bitstream/handle/11651/1273/71413.pdf?sequence=1&isAllowed=>

¹¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Estado Democrático y Social de Derecho, Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, mayo-agosto de 2000, año XXIII, vol. 33, núm. 98, 595-635, p. 599.

¹² World Justice Project. *Mexican States Rule of Law Index 2018*. World Justice Project, Estados Unidos, 2018, p. 60.

¹³ CASCAJO CASTRO, José Luis, *Estado Social y Democrático de Derecho: Materiales para un Léxico Constitucional Español, Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1992, núm. 12, 9-23, p. 10.

Volviendo la mirada hacia la noción de Estado de Derecho, Annan entiende por este, un principio de gobernanza donde todas las personas, instituciones y entidades públicas y privadas están sometidas a las leyes¹⁴.

Cascajo Castro establece que existe una *Indispensable vinculación del Estado de Derecho y Democracia, que configura al principio democrático como un elemento político necesario de la forma de entender hoy el Estado de Derecho*¹⁵. Sostiene que existe el Estado formal de Derecho y Estado material de Derecho, que no son concepciones opuestas, sino complementarias. Entiende por el primero la realización de la acción del Estado y por el segundo la relación Estado-ciudadano. De tal forma, que el Estado de Derecho jamás será una idea lograda, pues se trata de una entidad viva que permanece en constante cambio y actualización.

Al lado de la noción de Estado de Derecho aparecen otros términos, entre ellos, el Estado Social y Democrático de Derecho. En un intento por definir este último término, Rodríguez explica *consiste en un sistema de solidaridad (nacional o supranacional) gestionado por los poderes públicos con participación ciudadana efectiva y con respeto a la primacía del Derecho y de los derechos de los ciudadanos*¹⁶. Además, esta concepción tiende a la búsqueda de un estado de bienestar.

El Estado Social y Democrático de Derecho no se agota en la defensa de la libertad y de la propiedad individual, como sucedía en el Estado liberal, sino que actúa como base para la búsqueda del llamado estado de bienestar, para lo que se propone encauzar adecuadamente la asistencia vital, procurando los medios para un mínimo existencial digno para todos los individuos, al proporcionar al ciudadano los medios para exigir de los poderes públicos aquello que les es necesario para vivir dignamente, pero que queda fuera de sus posibilidades.

Por su parte, Cascajo Castro concibe el principio del Estado social y democrático de Derecho como *principio de forma política, dentro de un orden constitucional democrático. (...) significando una síntesis de democracia y socialismo, significando prácticamente lo mismo que la denominación Estado Socialista de Derecho, es decir, 'fase superior superadora del Estado social*

¹⁴ ANNAN, Kofi, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos: Informe del secretario general*, Naciones Unidas, Estados Unidos, 2004, p. 5.

¹⁵ Op. cit. CASCAJO CASTRO, p. 11.

¹⁶ RODRÍGUEZ, Antonio, *El Estado Social y Democrático de Derecho*, 2015, consultado en línea en <https://www.dyrabogados.com/el-estado-social-y-democratico-de-derecho/>

(neoliberalista) de Derecho¹⁷. Asimismo, este concepto atrae elementos normativos no solo jurídicos, sino éticos y políticos, más aún cuando aparece unida a la proclamación de los valores superiores del orden jurídico como son la libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, según establece García Ramírez¹⁸.

Más allá de la concepción doctrinal, citamos distintos informes que hoy arrojan datos acerca del Estado de Derecho en México: *Rule of Law Index*, el Informe Justicia Cotidiana y del Informe *Getting it Right*, Prioridades Estratégicas para México. Dichos trabajos son un referente del contexto en el que nos encontramos.

a. *Rule of Law Index*. El proyecto *World Justice Project* recaba información cuantitativa en relación con el Estado de Derecho; en el año 2019 arrojó resultados de 126 países. A partir de dicha información se generaron varios índices, entre los que se encuentra el *Rule of Law Index* que ha sido publicado en México desde el año 2009. En cada edición se mide la percepción acerca del Estado de Derecho través de cuatro principios universales: rendición de cuentas, leyes justas, gobierno abierto y resolución de controversias accesible e imparcial. Estos principios a su vez se decodifican en factores cuyos resultados se reflejan en la publicación anual. Los factores son: límites al poder gubernamental, ausencia de corrupción, gobierno abierto, derechos fundamentales, orden y seguridad, cumplimiento regulatorio, justicia civil y justicia penal. Puede cuestionarse el criterio para determinar los principios que son analizados, así como los factores. Sin embargo, son un primer punto de partida para la medición de resultados.

Sumado a lo anterior, una de las críticas al citado informe es que mide percepciones, empero, el cuestionario aplicado es riguroso, se aplica exclusivamente a profesionales quienes se relacionan con el sistema. De acuerdo a los datos mostrados en los últimos años México había empeorado su calificación, sin embargo, en el 2019 hubo una ligera mejoría. La comparación de las cuatro últimas ediciones muestra que en 2016 se obtuvo un puntaje general de 0.46; siendo el puntaje de 1 el indicador de mayor adhesión al Estado de Derecho. En la edición 2017 obtuvo un puntaje de 0.45; en 2018 fue calificado con 0.39; por último, en la edición 2019 su puntaje regresó a 0.45.

¹⁷ Op. cit. CASCAJO CASTRO, pp. 12-13.

¹⁸ Op. cit. GARCÍA RAMÍREZ.

En la siguiente tabla se muestran por factor los datos comparativos entre los años 2016-2019:

Factor	2016	2017	2018	2019
Límites al poder gubernamental	0.47	0.46	0.41	0.47
Ausencia de corrupción	0.32	0.31	0.35	0.29
Gobierno abierto	0.61	0.61	0.38	0.61
Derechos fundamentales	0.51	0.52	0.49	0.54
Orden y seguridad	0.61	0.59	0.40	0.57
Cumplimiento regulatorio	0.44	0.44	0.36	0.46
Justicia civil	0.41	0.40	0.36	0.40
Justicia penal	0.29	0.30	0.38	0.29

Fuente: Elaboración propia con datos de IMCO (2016); IMCO (2018); World Justice Project (2018) y; World Justice Project (2019).

A pesar de las críticas o debilidades, es un instrumento que permite comparar percepciones entre países y ahora en México entre los diferentes Estados. Los datos mostrados evidencian que la percepción acerca del Estado de Derecho es negativa. La versión 2018 arrojó por primera vez datos por entidad federativa, lo que permite un análisis detallado del país. Lamentablemente ningún Estado alcanzó en promedio el puntaje 0.5. Las cinco entidades mejor evaluadas fueron: Yucatán, Aguascalientes, Zacatecas, Campeche y Querétaro. Las entidades con los puntajes más bajos fueron: Puebla, Sonora, Estado de México, Baja California Sur y Guerrero¹⁹. La siguiente tabla muestra los puntajes:

Promedio General por Estado			
5 altos puntajes	Puntaje	5 bajos puntajes	Puntaje
Yucatán	0.45	Puebla	0.36
Aguascalientes	0.44	Sonora	0.36

Zacatecas	0.44	Edo. de México	0.36
Campeche	0.43	Baja California Sur	0.35
Querétaro	0.43	Guerrero	0.29

Fuente: Elaboración propia con datos de World Justice Project (2018).

En la siguiente tabla se muestran los factores calificados por el Índice de Estado de Derecho, así como el Estado mejor calificado, el peor calificado y el promedio nacional.

Factor	Mejor Promedio por Estado	Peor Promedio por Estado	Promedio nacional
Límites al poder gubernamental	Nuevo León 0.48	Guerrero 0.28	0.41
Ausencia de Corrupción	Querétaro 0.42	Ciudad de México 0.27	0.35
Gobierno Abierto	Ciudad de México 0.51	Querétaro 0.27	0.38
Derechos Fundamentales	Aguascalientes 0.56	Guerrero 0.35	0.49
Orden y Seguridad	Yucatán 0.77	Guerrero 0.17	0.40
Cumplimiento Regulatorio	Baja California 0.49	Sonora 0.24	0.36
Justicia Civil	Baja California 0.46	Guerrero 0.28	0.36

Fuente: Elaboración propia con datos de World Justice Project (2018).

Los datos que arroja el índice pueden ser útiles para distintos sujetos: por una parte, para el diseño de políticas públicas, también la información desde el punto de vista educativo podría ser relevante para identificar las áreas que requieren enfatizarse en los procesos de enseñanza-aprendizaje de los profesionales del Derecho.

b. Justicia Cotidiana. Por su parte, el Informe de Resultados de los Foros de Justicia Cotidiana elaborado por el Centro de

Investigación y Docencia Económica (CIDE), enfatizó el problema de baja calidad de los litigantes, jueces y servidores públicos y subrayó el rol que juega la educación de los operadores del sistema jurídico. El propio estudio enumera los retos que enfrenta la educación. *Los operadores jurídicos frecuentemente carecen de una formación orientada a la resolución de problemas, y por el contrario atienden las formas sin percatarse de que esta es una manera de evitar la solución del conflicto*²⁰. Como se verá posteriormente, el formalismo es una característica del sistema jurídico mexicano y de la educación jurídica. Por lo tanto, a través del estudio se proponen medidas con el objetivo de que los operadores jurídicos posean una formación jurídica orientada a mejorar la resolución de los conflictos. Además, proponen *Inculcar valores en los profesionistas que se desempeñen en la administración pública o en la administración de justicia y sobretodo en la abogacía. De igual forma, incluir la materia de ética pública en el currículo de las profesiones afines*²¹. Sumado a lo anterior, una de las veinte propuestas del documento sugiere mecanismos efectivos de responsabilidad profesional, cuya medida tendría un impacto directo en la educación jurídica, además de hacer énfasis en la formación que reciben los abogados en dicho tema.

El diagnóstico efectuado por López Ayllón arrojó siete grandes categorías de problemas presentes en el país: i. Asimetrías de información: esto en relación con los ciudadanos cuando enfrentan un conflicto, ya que ni siquiera tiene la información que les permita identificarse como titulares de un derecho; ii. Capacidad de los agentes para resolver conflictos: mecanismos que regulen el ejercicio de la práctica profesional que aseguren la capacidad de los agentes y permitan determinar consecuencias por una práctica indebida o deficiente; iii. Versatilidad y eficacia de los procedimientos: se refiere al diseño de los procedimientos que suelen privilegiar la forma sobre el fondo y que tratan igual conflictos de naturaleza muy diversa; iv. Capacidades institucionales: porque las reformas dan por hecho que los sistemas de justicia tienen las capacidades para que estas puedan ser implementadas; v. Diseño institucional: en primer lugar, en el gobierno judicial que requiere la administración de los tribunales, carrera judicial y mecanismos disciplinarios, en segundo lugar, en la multiplicación de instancias no jurisdiccionales que

²⁰ Op. cit. LÓPEZ AYLLÓN, p. 38.

²¹ *Ibidem*, p. 55.

existen; vi. Mejora regulatoria, con el propósito de evitar la discrecionalidad en su cumplimiento, impunidad de los funcionarios y la corrupción; vii. Atención a grupos vulnerables: para considerar medidas que les permitan el acceso a la justicia y evitar la discriminación.²²

Por lo tanto, López Ayllón identificó como uno de los grandes problemas que enfrentamos la capacidad de los propios agentes que operan el sistema para resolver los conflictos. Fruto de la matriz se elaboró un listado de veinte propuestas que constituyen un plan de acción con independencia de las acciones de mediano y largo plazo, dichas propuestas se dividen en tres tipos: las que corresponden al Ejecutivo Federal, las que corresponden tanto al Ejecutivo Federal como a otros poderes o entidades, por último, las que corresponden a instancias de diálogos y temas prioritarios²³. López Ayllón en este informe, muestra que el operador jurídico tiene un rol crucial en la expansión, difusión y respeto del Estado de Derecho. El actuar del abogado permite o no, en su caso, la adecuada adhesión al Estado de Derecho con el cual podrá establecerse el bien común, garantizándose la seguridad y la certeza jurídica. Es un deber cívico respetarlo, por lo que cada ciudadano tiene el compromiso de contribuir a su consecución, con mayor razón quienes participan directamente en el ámbito jurídico.

c. *Informe Getting it Right, Prioridades Estratégicas para México*. Presentado en marzo de 2018 por la OCDE, también subrayó la necesidad de capacitación a los operadores del sistema jurídico para implementar las recientes reformas legislativas:

Es necesario que los cambios legislativos e institucionales sean plenamente implementados para así garantizar su continuidad y permitir que las reformas arrojen los efectos deseados. Asimismo, los cambios han sido lentos en áreas esenciales para asegurar la eficacia del proceso general de reforma, sobre todo en el combate a la corrupción, el aumento de la transparencia y la mejora del Estado de derecho y del funcionamiento del sistema judicial²⁴.

La capacitación para la implementación de los nuevos sistemas son una oportunidad para el desarrollo de una nueva cultura profesional.

²² *Ibidem*, pp. 127-130.

²³ *Ibidem*, p. 144.

²⁴ *Op. cit.* OCDE, p. 10.

En el mismo informe se afirma que el sistema de justicia mexicano enfrenta desafíos en términos de credibilidad, eficacia, puntualidad e integridad²⁵. En 2016, 83% de los mexicanos consideraba que el sistema judicial es corrupto, cifra mayor que el promedio de la OCDE de 65%. Sumado a lo anterior, el acceso desigual a la justicia es aún un gran dilema. Con el fin de responder mejor a las necesidades del Poder Judicial, México reformó la Constitución y otras leyes para facilitar la aplicación de derechos constitucionales. Llevó a cabo cambios profundos en su sistema de justicia penal, medida clave para mejorar la seguridad personal y el Estado de Derecho. El reto ahora es garantizar una política pública coherente de justicia y seguridad en los ámbitos estatal y federal, así como entre todos los actores del sector en cada nivel de gobierno. Asimismo, es imperativo abordar la carencia de formación de quienes intervienen en la justicia penal: abogados, policías y jueces por igual²⁶.

En el instrumento se destaca la necesidad de profesionalizar el sistema judicial, particularmente capacitando a quienes lo operan, como ha sido mencionado, medidas que tendrían que implementarse en el orden federal y estatal. Por ejemplo, la reforma del sistema de justicia penal tiene un impacto directo en la administración de justicia y es necesario que el operador conozca los procedimientos para desempeñar su función.

Una vez realizadas las reformas a los sistemas y estructuras, la profesionalización del sector es la siguiente etapa indispensable para garantizar el éxito. Las iniciativas para mejorar los marcos para el nombramiento y desempeño basados en el mérito, las estrategias de justicia abierta y la capacidad judicial son factores clave para combatir la cultura de la impunidad. Por ejemplo, es necesario que todos los profesionales estatales del ámbito legal y judicial, desde abogados hasta policías y jueces, se capaciten en el nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio. En el Estado de México, los agentes judiciales se profesionalizaron recientemente mediante capacitación y gestión basada en el mérito, y sus cifras aumentaron. Se desarrolló un sistema basado en el mérito para la gestión de los jueces y su personal; sin embargo, conviene que estas medidas de profesionalización se apliquen de manera uniforme a lo largo y ancho del país²⁷.

²⁵ *Ibidem*, p. 39.

²⁶ *Ibidem*, pp. 10-11.

²⁷ *Ibidem*.

El acceso a la justicia en México no sólo es un derecho *per se*, sino que también es un factor para el cumplimiento de otros derechos, como los relativos a vivienda, salud y educación. No obstante, hay poco conocimiento de los mecanismos de asistencia jurídica: solo 54% de la población sabe dónde obtener asesoría cuando tiene un problema legal. Será decisivo para México promover la cultura jurídica y los mecanismos alternativos para solucionar disputas²⁸.

Resultaría contradictorio no diseñar una estrategia que permita adecuar la enseñanza a los nuevos parámetros técnicos y profesionales. El futuro de la profesión jurídica en México requiere ser estudiado y planeado. En México, son limitados los estudios que abordan la profesión. Entre ellos, están los de Omar Guerrero, Héctor Fix Fierro y Saturnino Agüero. A fin de cuentas, el sistema jurídico recae sobre la actuación de profesionales del Derecho, quiénes en dicho sistema deben prepararse para responder a cualquier tipo de situación que se les presente. Además, contar con capacidad intelectual y habilidad de aplicar esa inteligencia al caso concreto. La capacitación del funcionario debe contribuir no solo en estos dos aspectos anteriormente mencionados, también es necesaria, sobre todo en México, la instrucción en la ética. Todo esto en pos de conseguir la adhesión al Estado de Derecho.

Todos los instrumentos son enfáticos en el papel de los profesionales del Derecho; siendo el reto la forma como se desenvuelven, no perdamos de vista la complejidad que representa capacitarlos. Tan solo en el nivel federal, según datos del Consejo de la Judicatura Federal, en 2018 los juzgados suman un total de 955, de los cuales, 266 son tribunales colegiados de circuito, 102 tribunales unitarios de circuito, 152 centros de justicia penal y 435 juzgados de distrito²⁹. Por su lado los datos revelados por el Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), reporta un total de 3,984 órganos jurisdiccionales a nivel estatal, contando en conjunto las 32 entidades federativas³⁰. El 88.3 % de ellos, es decir, 3,517 son juzgados de paz, menores o de primera instancia; 8.6 % relativos a un aproximado de 342 salas de

²⁸ *Ibidem*, p. 43.

²⁹ Consejo de la Judicatura Federal, *Órganos Jurisdiccionales, Magistrados y Jueces*, consultado en línea en <https://www.cjf.gob.mx/dir/organosmagistradosjueces.htm>

³⁰ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal*, Sistema Nacional de Información Estadística y Geografía, México, 2018.

tribunales, 0.9 % es decir, 35 son tribunales y 2.2 % correspondientes a 87 calificados como otros.³¹

Un mejor desempeño de los profesionales del Derecho se traduciría en un incremento en la confianza de las instituciones. La actuación de los profesionales carece en muchos casos de las competencias que permitirán los cambios requeridos, por ejemplo, durante el año 2018 dentro de los juzgados de nivel de gobierno federal, 260 servidores públicos fueron sancionados, de los cuales 36 son titulares de un tribunal de circuito y 49 de un juzgado de distrito según datos revelados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2018). Esto nos conduciría por el razonamiento lógico de que son pocos los servidores cuyo comportamiento es inadecuado, conclusión que es errónea, pues fue probado en contra por el ya mencionado *Rule of Law Index*. El sistema jurídico es ineficiente.

El primer reto de la profesión jurídica nos conduce a la formación que tienen los futuros profesionales del Derecho. *Es posible formar abogados capaces de contribuir positivamente al desarrollo de sus países y de la región, modificando la manera en la que se los guía en su introducción en el mundo del derecho*³². Sin embargo, como se muestra posteriormente, la propia educación jurídica tendrá que cambiar si desea contribuir efectivamente con el Estado de Derecho. Un punto de partida es la definición de las competencias profesionales que deberán desarrollar los futuros profesionales jurídicos para contribuir a la adhesión al Estado de Derecho.

2. *Automatización*. Por otro lado, la automatización de los trabajos es un reto que también afronta la profesión jurídica³³. Guardiola Salmerón afirma que la celeridad del desarrollo tecnológico ha llevado a afirmar que el mundo está entrando en una cuarta revolución industrial, debido a los miles de avances

³¹ *Ibidem*, p. 9.

³² MORENO, Jimena y ALBORNOZ, María Mercedes, *La Educación Jurídica como Motor para el Desarrollo*, 2015, consultado en línea en <http://derechoenaccion.cide.edu/la-educacion-juridica-como-motor-para-el-desarrollo/>

³³ CARBONELL, Miguel, *El Futuro de los Abogados, Hechos y Derechos*, México, septiembre-octubre de 2018, núm. 47, consultado en línea en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/12747/14280>; Op. cit. Moreno, J. y Albornoz, Op. cit. Pinzón Franco.

tecnológicos³⁴. Vivimos en un mundo en el que algunos obreros y profesionistas están viendo amenazados sus empleos. Carbonell expone que las posturas más pesimistas consideran que la automatización ocasionaría una verdadera crisis económica en la que todos estaríamos afectados pues, los obreros no tendrían donde trabajar y por tanto no tendrían ingresos para gastar y mucho menos para contratar a un profesionista, por lo que recurrirán a otros métodos de solución de sus problemas, ya sea resolviéndolos por sí mismos o sirviéndose de recursos en línea³⁵.

Debido a esta preocupación, resulta oportuno revisar las investigaciones al respecto, entre las que se encuentran las que señalan que los profesionales del Derecho están cuestionando la esencia de la profesión y el impacto que las tecnologías y la automatización tendrán en su ejercicio, por otro lado, afirman que estamos en el momento oportuno de adaptación a los cambios del mundo. Para Guardiola Salmerón³⁶ algunos cambios que enfrentará la profesión producto de la automatización son: inteligencia artificial,³⁷ robótica,³⁸ bitcoins/blockchain,³⁹ impresoras 3D,⁴⁰ ciberdelitos,⁴¹ entre otros como: automóviles automáticos,

³⁴ GUARDIOLA SALMERÓN, Miriam, *Tecnologías que Cambiarán la Abogacía*, 2017, consultado en línea en <https://www.abogacia.es/2017/03/01/10-tecnologias-que-cambiaran-la-abogacia/>

³⁵ Op. cit. CARBONELL.

³⁶ Op. cit. GUARDIOLA SALMERÓN.

³⁷ *Bots*. La tecnología de bots se asocia a menudo con el delito cibernético, pero también puede proporcionar soluciones inmensamente útiles a los despachos de abogados. Esta tecnología permite realizar varias tareas, eliminando la necesidad de intervención humana. Manent Martí (2017).

³⁸ *Robótica*. Los principales interrogantes que afectarán al derecho y a la abogacía serán los de determinar si este tipo de entidades tienen o no personalidad jurídica, la responsabilidad civil por daños causados por robots y la hipotética atribución de responsabilidad penal de las mismas. Guardiola Salmerón (2017).

³⁹ *Blockchain*. Los expertos auguran una desaparición de la moneda física más pronto que tarde. Serán necesarios abogados especializados en la materia que garanticen la transparencia y seguridad en esta área y que velen por la legalidad en los mercados financieros.

⁴⁰ *Impresoras 3D*. Son muchas las incógnitas y preocupaciones jurídicas en esta materia (sin perjuicio de connotaciones éticas y bioéticas y el nuevo horizonte que afectará a numerosos sectores). Todavía estamos en un proceso muy primitivo en esta materia, pero el *bioprinting*, exoesqueletos y demás funciones relacionadas abrirán un apasionante debate jurídico, ético y social y un mundo de hipótesis y de desafíos jurídicos que necesitará formación especializada de abogados.

⁴¹ *Ciberdelitos, privacidad y protección de datos, prueba digital*. La nueva regulación de nuevos ciberdelitos (pensemos, por ejemplo, en el *sexting*, *stalking*, determinados delitos informáticos, la nueva regulación de *grooming* o las nuevas modalidades de estafas digitales)

drones, realidad virtual, realidad aumentada, biotecnología, nanotecnología, computación, internet de las cosas, privacidad de datos.

El grado de afectación que la tecnología puede ocasionarle al mercado laboral no es claro, porque las profesiones en las que es necesaria la cualidad humana para desarrollar el trabajo no serán sustituidas, sin embargo, en ciertos aspectos deberán transformarse. *El futuro del empleo estará formado por trabajos que todavía no existen o por áreas o materias hasta ahora poco o nada conocidas o exploradas. La clave de los despachos será la especialización en estos sectores. Innovar, adaptarse y transformarse*⁴². La educación jurídica tendrá que hacer lo propio.

Hemos hecho una revisión de la literatura y presentamos el impacto de la automatización en tres vertientes: por un lado, los cambios en la oferta de servicios; en segundo lugar, mostrando de qué manera puede contribuir en la administración de la justicia; por último, destacando la adaptación que deberá hacerse en la educación jurídica para atender tales retos.

Por lo que se refiere a la oferta de servicios, la tecnología permite a los clientes tener un mayor acceso a la información, estos podrán comparar las ofertas de servicios jurídicos, no solo de una ciudad o el país, sino, que ya no existen límites para los clientes; podrán contratar asistencia jurídica de cualquier parte del mundo para llevar a cabo trámites y gestiones en cualquier otro lugar.

Carbonell previene que de esta manera existe más oferta y accesibilidad a distintos despachos jurídicos, situación que provoca una mayor competitividad por la acumulación y retención de clientes, misma que hará que el precio de la demanda de los clientes disminuya considerablemente; situación, que, desde nuestro punto de vista resulta positiva, la competencia estaría alentando mejores ofertas de servicios⁴³.

son buena muestra de ello. No se descarta la tipificación de nuevos ciberdelitos y un amplio grueso de abogados especializados en la materia que deberán lidiar con otro nuevo (aunque cada vez menos) reto: la prueba digital y electrónica.

⁴² Op. cit. GUARDIOLA SALMERÓN.

⁴³ Op. cit. CARBONELL, Por un lado, las tecnologías de la información les permiten a nuestros clientes estar mejor informados sobre la oferta de servicios jurídicos y poder tener acceso a una variedad más amplia de prestadores de esos servicios. Por otro, la tecnología está permitiendo, en algunos países, trasladar ciertas tareas jurídicas más allá de sus fronteras, para que la tarea la hagan abogados que cobran menos por su trabajo (despachos norteamericanos cuyos abogados cobran 350 dólares por hora trabajada están enviando miles de documentos para ser revisados en la India por abogados que cobran 25 dólares por hora).

En relación con los procesos judiciales, sin duda, la tecnología puede aportar diversos beneficios. Lillo Lobos advierte de la necesidad de transformar de fondo la impartición de justicia⁴⁴.

En general, las tecnologías de la información y comunicación (TIC) pueden ser una herramienta valiosa para la reducción de los tiempos de duración de los procesos judiciales, para mejorar la administración del despacho judicial, para reducir el uso de papel y el consiguiente cuidado del medio ambiente y del espacio disponible en los edificios destinados a oficinas judiciales, pero todo esto, y la redefinición de los procesos, tienen que ir acompañados de la necesaria transformación de fondo, esto es, el cambio de lógica del juicio por expedientes por un juicio basado en la oralidad e intermediación, de lo contrario, tal como ya lo hemos mencionado, se corre el serio riesgo de que los vicios y problemas de los procedimientos escritos, secretos y basados en la acumulación de documentos, continúen incólumes⁴⁵.

Ante tales avances, la educación jurídica no puede ser la misma; algunos cambios se han implementado, los cuales podemos clasificarlos en cuatro. Por un lado, hay quienes están haciendo uso de las tecnologías como herramientas de aprendizaje, Cerrillo i Martínez, A. y Delgado García, A. M. (2010).⁴⁶ En segundo lugar, se desarrollan habilidades tecnológicas entre los estudiantes. En tercer término, se resuelven los problemas que la tecnología presenta al Derecho. Por último, puede utilizarse la tecnología para mejorar la impartición de justicia y el Estado de Derecho. Por lo que respecta al uso de la tecnología como herramienta de aprendizaje podemos citar como ejemplo el campus *Second Life* que ha desarrollado la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA), donde los estudiantes pueden llevar un juicio virtual⁴⁷. Por otra parte, de acuerdo al punto 30 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre las universidades y la enseñanza

⁴⁴ LILLO LOBOS, Ricardo, *Cap. 5. El Uso de Nuevas Tecnologías en el Sistema Judicial: Experiencias y Precauciones, Buenas prácticas para la Implementación de Soluciones Tecnológicas en la Administración de Justicia*, Iljusticia, Buenos Aires, 2011, 117-140.

⁴⁵ Op. cit. LILLO LOBOS.

⁴⁶ CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí y DELGADO GARCÍA, Ana María, *Docencia del Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación*, Universitat Oberta de Catalunya – Huygens Editorial, España, 2010, p. 42. La aplicación de las tecnologías de la información y comunicación en la enseñanza universitaria, al igual que en otros ámbitos, supone nuevos retos y oportunidades en la transmisión del conocimiento científico, incidiendo especialmente en los métodos y procesos de aprendizaje.

⁴⁷ Op. cit. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y DELGADO GARCÍA, p. 36.

superior en el espacio europeo del conocimiento (2001/2174(INI)) se recomienda el fomento de las universidades a distancia, el uso de nuevas tecnologías para impartir títulos y facilitar el acceso a la educación, según determinadas normas y procesos⁴⁸.

En segundo lugar, se desarrollan habilidades tecnológicas entre los estudiantes, quienes tendrán que desarrollarse programas específicos y compartir experiencias. Ríos Ruiz sostiene que la renovación de la enseñanza del derecho a través de las nuevas tecnologías, tanto en el contexto nacional como en el global, exige abogados especializados que demuestren el dominio y desarrollo de competencias, habilidades, destrezas, actitudes, aptitudes vinculadas con las Tic's⁴⁹.

Por lo que respecta a la resolución de los problemas que la tecnología representa al Derecho, estos tendrán que ser estudiados, podemos citar la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, que recoge las principales líneas de trabajo para el legislador al respecto⁵⁰.

En relación con el uso de la tecnología para la impartición de justicia, todos estos usos o aplicaciones pueden sintetizarse, de manera general, en dos grandes objetivos para el sector justicia. Primero, mejorar la gestión y el desempeño de las instituciones del sistema judicial (especialmente del Poder Judicial) en un sentido amplio, ya sea del despacho judicial a nivel estructural, como la organización de recursos humanos y materiales, como a su vez, respecto a la forma en que se manejan los casos. En segundo lugar,

⁴⁸ Op. cit. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y DELGADO GARCÍA, p. 42.

⁴⁹ RÍOS RUÍZ, Alma, *Tecnologías de la Información y Comunicación (Tic's) en la educación superior a distancia en México: estudios de derecho, retos y oportunidades*, *Enl@ce Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*, Venezuela, 2015, vol. 12, núm. 3, 124-141.

⁵⁰ Destacamos las siguientes: a. La creación de una «Agencia Europea de Robótica e Inteligencia Artificial»; b. La elaboración de un código de conducta ético voluntario que sirva de base para regular quién será responsable de los impactos sociales, ambientales y de salud humana de la robótica y asegurar que operen de acuerdo con las normas legales, de seguridad y éticas pertinentes. Prevé por ejemplo la exigencia de que los robots incluyan interruptores para su desconexión en caso de emergencia. Y recoge la necesidad de acordar una Carta sobre Robótica; c. Promulgar un conjunto de reglas de responsabilidad por los daños causados por los robots; d. Crear un estatuto de persona electrónica; e. Estudiar nuevos modelos de empleo y analizar la viabilidad del actual sistema tributario y social con la llegada de la robótica; f. Integrar la seguridad y la privacidad como valores de serie en el diseño de los robots; y g. Poner en marcha un Registro Europeo de los robots inteligentes.

la implementación de TIC puede tener por objeto generar o mejorar el vínculo existente entre el sistema judicial, y las diversas instituciones que lo componen y la ciudadanía, mejorando el nivel de acceso a la justicia⁵¹.

III J Educación jurídica en México

Ante el panorama descrito que afronta la profesión, la educación jurídica tendría que asumir como propios los retos. Sin embargo, para algunos autores, entre ellos, Pinzón Franco, la educación jurídica a su vez padece una crisis. *El sistema educativo actual en materia de educación jurídica no es suficiente para los fines sociales de la profesión*⁵² porque la práctica pedagógica está orientada al dominio de la ciencia sin mirar la realidad del país. Para Magaloni Kerpel A. L. (2006) esto es causa del formalismo jurídico que impregna la educación; desde esta perspectiva estudiar derecho es estudiar normas generales, descifrar el significado de las normas y entender las fuentes. La realidad social no tiene cabida.⁵³ Propone que el punto de partida del derecho sean los problemas no las normas, lo que conduce a un derecho en acción, que no es exclusivo de los sistemas del *common law*.⁵⁴ El problema

⁵¹ Op. cit. LILLO LOBOS.

⁵² Op. cit. PINZÓN FRANCO.

⁵³ Op. cit. MAGALONI KERPEL, pp.1-2. Según Magaloni Kerpel, para el formalismo jurídico el derecho es un sistema de normas que se encuentra previamente dado. Dicho sistema es autosuficiente para resolver cualquier caso concebible, ya que no presenta lagunas ni contradicciones ni ningún otro tipo de indeterminaciones. Estudiar derecho es estudiar esas normas generales y hacer dogmática jurídica es descifrar el significado de las normas en abstracto. La teoría de las fuentes proporciona un esquema para asignar a cada norma un lugar dentro del sistema y para tener la arquitectura global del edificio normativo. La realidad social está fuera de ese aparato racional. En principio, las normas son las que prefiguran la realidad deseable y es esta última la que debe ajustarse a ellas. Además, las propias normas prevén las consecuencias que han de producirse cuando la realidad discrepe del mandato en ellas contenido. El jurista, desde esta perspectiva, es un estudioso de las normas, pues éstas, por sí solas, le permiten predecir la conducta jurídica de los agentes sociales y de los aplicadores del derecho.

⁵⁴ Op. Cit. MAGALONI KERPEL, pp.1-2. Magaloni Kerpel señala ... es necesario abandonar la lente que proporciona el formalismo jurídico. Sin embargo, ello no significa que el estudio del derecho desde una óptica dinámica sea propio o exclusivo de los sistemas de *common law*. En cualquier sistema jurídico el derecho en su aplicación es un fenómeno dinámico, en donde las normas van transformando sus contenidos en función de las nuevas demandas y necesidades sociales. Aprender a ver el derecho mexicano desde esta perspectiva puede ayudar a iluminar muchos de los problemas que hoy existen con relación al Estado de derecho y, en concreto, con la pobre calidad de la justicia mexicana.

de la educación formalista en el derecho o educación continental ha sido ampliamente descrito. Se identifican tres elementos que pueden ser considerados como distintivos de la educación jurídica continental: enseñanza de la *gramática del derecho*, enseñanza de las normas vigentes a través de una *visión panorámica* y enseñanza de la *lógica interna* del derecho⁵⁵. El acento tendrá que ser puesto en los cambios que tendrá que sufrir la educación jurídica para que cumpla con su función social.

Sumado a lo anterior, hay que considerar otros problemas que se están presentando en México y en países de América Latina como señala Bayuelo Schoonewolff⁵⁶; entre tales problemas se encuentran: el creciente número de escuelas, falta de homogeneidad en la calidad de los programas, el rol docente, la enseñanza centrada en la teoría, dejando de lado el aprendizaje activo.

Ante tal panorama, en esta sección exponemos datos en relación con la educación que reciben los futuros profesionales del Derecho en México. El punto de partida es la situación que afrontan las escuelas, posteriormente, los requisitos para el otorgamiento del Registro de Validez Oficial de Estudios Superiores, las certificaciones a las escuelas de Derecho y el currículo oculto; mostramos la trascendencia de estudiar y profundizar en el alcance de los resultados de aprendizaje dentro del currículo.

Por lo que respecta al problema del creciente número de escuelas de Derecho, los datos del Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, A.C. (CEEAD) muestran que 1770 escuelas en México imparten la carrera de Derecho⁵⁷. En virtud de la situación de la falta de regulación de la profesión jurídica en México, cualquiera de los egresados de dichas instituciones que se titule y obtenga, por lo tanto, su cédula para el ejercicio podrá ejercer en el país sin restricción alguna. Ante el constante aumento de la oferta educativa y, por lo tanto, de

⁵⁵ DAMASKA citado por MONTOYA, Juny, *Capítulo 2 Educación jurídica en América Latina: dificultades curriculares para promover los temas de interés público y justicia social*, *La Educación Legal y la Garantía de los Derechos en América Latina*, Publicaciones ILSA, Colombia, 2009, 29-42,

http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_38/El_otro_derecho_38.pdf#page=30

⁵⁶ Op. cit. BAYUELO SCHOONEWOLFF.

⁵⁷ Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho. *Base de datos de instituciones de educación superior en México que ofrecen la Licenciatura en Derecho*, consultado en línea en <http://www.ceed.org.mx/base-de-datos.html>

profesionales del Derecho, nos preguntamos si existe la misma calidad en todas las instituciones. Gómez Sánchez sostiene, por ejemplo, que en Colombia (...) *la educación de calidad se reduce a aquellos que pueden acceder a universidades privadas y públicas de buena calidad*⁵⁸. ¿Cómo distinguir a unas escuelas de otras? ¿Todas ofrecen la misma calidad? Definitivo que no, podemos tomar como un referente para la calidad de dichas instituciones las acreditaciones que poseen.

Son pocos los programas acreditados por un organismo externo que avale su excelencia. Para evaluar la calidad existen en México organismos autorizados por la Secretaría de Educación Pública, como el Consejo para la Acreditación de Educación Superior (COPAES), creado por la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES) en el año 2000; quien supervisa y confiere reconocimiento a organizaciones para acreditar programas académicos (Consejo para la Acreditación de Educación Superior, 2017).

Ante tal panorama, la acreditación a las instituciones educativas y programas en específico juega un papel primordial. El COPAES otorga a ciertos organismos que cumplen con los requisitos establecidos la posibilidad de acreditar programas educativos, dentro de estos organismos encontramos al Consejo Nacional para la acreditación de la Educación Superior en Derecho (CONFEDE) y el Consejo para la Acreditación de la Enseñanza del Derecho (CONAED) quienes acreditan los programas educativos de la licenciatura en derecho. CONAED es una organización civil creada en el 2003 por medio de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados A.C., cuyo propoósito es contribuir a la enseñanza del derecho en México y recientemente en Sudamérica. En el 2006 fue reconocido por el COPAES, como organismo acreedor⁵⁹.

Actualmente, este organismo acredita a 68 insituciones educativas a lo largo del país⁶⁰. Evalúa al personal docente, los alumnos, el plan de estudios, el aprendizaje, la formación integral, los servicios de apoyo para el aprendizaje, la vinculación-extención, la extensión, la infraestructura y equipamiento y la gestión administrativa y financiamiento. De esta manera la valoración abarca aspectos tanto objetivos como subjetivos permitiendo apreciar plenamente la impartición de la carrera en cada

⁵⁸ Op. cit. GÓMEZ SÁNCHEZ.

⁵⁹ Consejo para la Acreditación de la Eseñanza del Derecho, *¿Quiénes somos?*, 2018, consultado en línea en <https://www.copaes.org/consulta.php>

⁶⁰ Consejo para la Acreditación de la Eseñanza del Derecho, *Programas Acreditados*, 2019, consultado en línea en <https://www.copaes.org/consulta.php>

universidad. Esta evaluación no tiene carácter sancionatorio, sirve únicamente como un estándar de excelencia en la impartición de la licenciatura en derecho en las distintas instituciones educativas.

El problema del creciente aumento de número de escuelas y la poca certeza de la calidad de las mismas surge de los mínimos requisitos para que un programa de estudios jurídicos sea avalado por las autoridades correspondientes. En México a través de un Reconocimiento de Validez Oficial de Estudios Superiores (RVOE) ya sea la Secretaría de Educación Pública, las autoridades educativas estatales o instituciones de educación superior públicas, avalan un plan o programa de estudios de una institución particular de educación superior y lo incorporan al sistema educativo nacional⁶¹. Es decir, basta con cumplir con los requerimientos mínimos establecidos en la Ley General de Educación y los Acuerdos Secretariales, entre ellos el 17/11/17 por el que se establecen los trámites y procedimientos relacionados con el reconocimiento de validez oficial de estudios del tipo superior.

Tal acuerdo tiene por objeto la regulación de la educación superior estableciendo los requisitos y procedimientos relacionados con el Reconocimiento de Validez Oficial de Estudios Superiores, emite los modelos a seguir de la operación escolar y vigilancia de las instituciones educativas particulares que imparten cursos en este nivel educativo. Además, determina los mecanismos de evaluación y acreditación que deberán seguir las instituciones⁶². Al enfocarse solo en la educación superior, podrán solicitar el RVOE a programas de estudio de carácter 1. Técnico Superior Universitario o Profesional Asociado; 2. Licenciatura o Posgrado. En esta última se comprenden todo curso de Especialidad y estudios de Maestría y Doctorado⁶³. Se debe obedecer a los requisitos clasificados en 5 categorías:

1. *Personal académico*.- Deberán hacer referencia al profesorado que impartirá los programas de estudio establecidos por la institución particular, estos pueden ser personal de asignatura, profesores que se dedican únicamente a la docencia; o personal de tiempo completo, quienes además de ser docentes se desempeñan en actividades de investigación, participan en la

⁶¹ Secretaría de Educación Pública, *Reconocimiento de Validez Oficial de Estudios (RVOE)*, 2015, consultado en línea en <https://www.gob.mx/sep/acciones-y-programas/reconocimiento-de-validez-oficial-de-estudios-rvoe>.

⁶² Secretaría de Educación Pública. *Acuerdo número 171117*, Diario Oficial de la Federación, México, 2017.

⁶³ *Ibidem*.

elaboración de planes y programas de estudio; tienen funciones de tutoría, asesoría o gestión académica; o son responsables de carrera. Ambos tipos deben contar con un título profesional⁶⁴. Es responsabilidad de la institución particular seleccionar el perfil adecuado de su personal y que le permita cumplir con las funciones de enseñanza-aprendizaje y evaluación⁶⁵. No hay exámenes de oposición en forma obligatoria, tampoco es una práctica generalizada en las instituciones educativas.

De la regulación se desprende el aparente callejón sin salida en el que se encuentra la educación jurídica, en virtud de que el único requisito que exige la norma para impartir clases, elaborar planes de estudio, programas, dar tutoría, asesoría o llevar a cabo gestión académica es contar con un título profesional expedido por cualquiera de las escuelas de Derecho que existen en el país. Recae en la institución la responsabilidad de seleccionar los perfiles, sin embargo, no en todas las escuelas existen procesos claros y transparentes que permitan analizar la calidad de los profesores que contratan. Tal situación es un área de oportunidad para las instituciones con la finalidad mejorar la calidad de la educación jurídica.

2. *Planes y programas de estudio.*- Por lo que respecta a los planes y programas de estudio el acuerdo citado impone los siguientes requisitos:

a. Planes de estudio, la solicitud debe incluir: nivel educativo, modalidad educativa que se imparte, duración mínima en semanas (señalando el número de ciclos en que se impartirá), descripción de los fines del aprendizaje, perfil de ingreso, perfil de egreso, mapa curricular que esquematice la organización del plan de estudio, propuesta de evaluación periódica de plan de estudios⁶⁶.

b. Programas de estudio, en su solicitud se requiere contar con: descripción de los fines de aprendizaje, contenido temático, actividades de aprendizaje articuladas con la descripción de los fines de aprendizaje, criterios de evaluación del alumno, modalidades tecnológicas e informáticas que se utilizarán durante el procedimiento⁶⁷.

Magaloni Kerpel sostiene que un problema de los planes y programas de estudio derivado del formalismo al que hemos

⁶⁴ *Ibidem.*

⁶⁵ *Ibidem.*

⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁷ *Ibidem.*

hecho referencia es que en la mayoría de los planes de estudio tienen una preponderancia los cursos de derecho sustantivo⁶⁸.

3. *Modalidades educativas.*- Sumado a lo anterior el acuerdo contempla tres modalidades educativas: escolar, no escolar y mixta⁶⁹: *i.* Escolar: el proceso se realiza dentro de las instalaciones de la institución, se realiza con coincidencia espacial y temporal entre alumnos y docentes; *ii.* No escolar: el proceso se realiza mediante una plataforma tecnológica educativa o mediante procesos autónomos de aprendizaje⁷⁰; *iii.* Mixta: combina métodos y recursos de los procesos escolares y no escolares.

Se aceptará la elegida por la institución en proceso de acreditación siempre que éste sea viable con las asignaturas dentro del plan de estudios, sea concorde al plan y programa de estudios, tenga funcionalidad con las instalaciones y el personal esté lo suficientemente capacitado para llevarlo a cabo⁷¹.

4. *Instalaciones.*- Uno de los factores que contribuye a la proliferación de las escuelas de Derecho, sumado a lo anterior es que a diferencia de otras áreas profesionales para enseñar Derecho no se requieren de instalaciones específicas más allá de aulas. El acuerdo impone como obligatorio el que dichas aulas deban de cumplir con los requisitos mínimos de higiene y seguridad aparte de las condiciones pedagógicas que permitan el desarrollo del proceso educativo, así como contar con el equipamiento necesario para impartir los programas y planes educativos que se ofrecen⁷². Para ser referido un inmueble a la solicitud del RVOE este debe contar con la infraestructura física y tecnológica para impartir el plan y programa de estudios, señalar la capacidad de población máxima de alumnado y la descripción física del plantel⁷³. Se obliga, además, a contar con un acervo bibliográfico físico o electrónico que brinde apoyo al proceso de enseñanza-aprendizaje⁷⁴.

⁶⁸ Op. cit. MAGALONI KERPEL.

⁶⁹ Op. cit. Secretaría de Educación Pública, 2017.

⁷⁰ Op. cit. RÍOS RUIZ. Ríos Ruiz señala que México es uno de los países pioneros en América, en los estudios a distancia, en 1947 inició con un programa para el perfeccionamiento del profesorado del Instituto Federal de Capacitación del Magisterio. En 1972, la UNAM instituyó el Sistema de Universidad Abierta (SUA), con la finalidad de extender la educación universitaria en grandes sectores de la población y en 1974, el Instituto Politécnico Nacional inicia su Sistema Abierto de Enseñanza (SAE).

⁷¹ Op. cit. Secretaría de Educación Pública, 2017.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

De lo anterior se desprende que para una solicitud de RVOE las instalaciones no representan ningún límite u obstáculo que detenga o por lo menos haga lento el aumento de las escuelas de Derecho.

5. *Procedimiento para tramitar una solicitud.*- En la información que se presenta a continuación queda de manifiesto la sencillez del proceso para obtener un RVOE, únicamente se requiere: llenar un formulario, acompañarlo de documentos que acrediten la propiedad o posesión del inmueble y otros documentos relativos al inmueble.

El procedimiento se presenta por conducto de un formulario que debe acompañarse con documentos acreditativos de propiedad o posesión del inmueble donde se ubicara el plantel, constancia de uso de suelo, constancia de seguridad estructural, constancia acreditativa de suposiciones en materia de protección civil, el comprobante de pago de derechos por concepto del trámite del RVOE⁷⁵.

Una vez entregado el formulario la Autoridad Educativa Federal deberá expedir un acuerdo de prevención o admisión según se encuentren fallos o no en la documentación recibida en un término no mayor a 10 días, si la institución particular no cumple con la prevención se desechará su solicitud. Admitido el formulario se procede a la etapa denominada *visita de verificación*, en la que se revisa que las instalaciones cumplan con los requisitos anteriormente mencionados. Posteriormente, se revisa el plan y programa de estudios y entonces dará su resolución que no sobrepasará el término de 60 días hábiles desde la admisión del formulario⁷⁶.

A la institución que obtenga su certificación RVOE podrá retirársele en dos supuestos, por determinación de la Autoridad Educativa Federal o por voluntad propia⁷⁷

La Autoridad Educativa Federal se reserva la posibilidad de realizar visitas de inspección. Para revisar el cumplimiento del artículo tercero constitucional por parte de los planteles en visita ordinaria; o extraordinaria cuando se presente un reporte de anomalía que se haga de cierta institución⁷⁸.

Hasta este punto han sido señalados los elementos formales que se contemplan en México para ofertar un programa de licenciatura en Derecho y que por si mismos nos permiten

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

entender la precaria situación en la que se encuentra la mayoría de la oferta educativa de programas de licenciatura en Derecho, pues en lo que respecta al tiempo, afortunada o desafortunadamente, hace falta únicamente esperar dos meses y medio para recibir la autorización necesaria para iniciar actividades de enseñanza; por lo que no cabe duda de la gran cantidad de planteles y universidades que ofertan esta licenciatura. La regulación existente referente al personal académico, planes y programas de estudio, modalidades educativas, instalaciones y el procedimiento para tramitar las solicitudes no pueden garantizar la calidad de dichos programas.

6. *Currículo oculto.*- Sumado a lo anterior, hay que considerar el rol que juega el currículum oculto en la preparación de los futuros profesionales. Cada una de las instituciones educativas está formando a sus estudiantes a través de un *currículum* oculto de forma consciente o inconsciente. Cuando un profesor expone un tema, transmite el conocimiento de determinada materia a sus alumnos intentando que estos consoliden su aprendizaje relacionando los conocimientos previos con los nuevos, aunque, además, transmite una forma de entender la profesión; el rol de los operadores jurídicos en el sistema; cómo actuar ante situaciones donde la ética está en juego, sean situaciones límites o situaciones ordinarias. Por lo tanto, todo profesor alude a su formación axiológica al cumplir con su labor. En este sentido Gómez Sánchez señala que la experiencia en el currículum oculto resulta decisiva⁷⁹.

En el mismo sentido señala Díaz Barriga: (...) *en la interacción escolar que se promueve en el aula se promueven una serie de resultados no intencionados. Pero estos resultados no fueron previstos por la institución o el docente y tampoco había una coincidencia de lo que se estaba formando en los alumnos. A tales aprendizajes, que guardan una estrecha relación con la esfera de lo valoral y actitudinal se llamó currículum oculto*⁸⁰.

Los alumnos reparan en la actitud con la que el profesor ingresa al aula; si llegó tarde o no; si revisa tareas, exámenes o proyectos en un tiempo adecuado; entre otros aspectos. Todo influye en el alumno para desarrollar una imagen de la labor profesional; aunque el profesor no esté consciente de ello. El futuro profesionista aprende esos hábitos llevándolos a la práctica

⁷⁹ Op. cit. GÓMEZ SÁNCHEZ.

⁸⁰ DÍAZ BARRIGA, Ángel, *La educación en valores: avatares del currículo formal, oculto y los temas transversales*, Revista electrónica de investigación educativa, 2005, vol. 7, núm. 2, 1-13, p. 7.

en sus distintos niveles. A través del profesor los alumnos tienen una primera aproximación al campo laboral y van formando su identidad. Los alumnos aprenden a conducirse éticamente o no en el ámbito profesional. Según Gómez Sánchez hay un proceso de entrenamiento que implica el cambio de lenguaje verbal o corporal, de indumentaria, de razonamiento y de rutinas de vida cotidiana⁸¹. De ahí la necesidad de formar adecuadamente tanto al cuerpo docente como a los estudiantes.

7. *Resultados de aprendizaje y competencias.*- Sumado a lo anterior, los resultados de aprendizaje tienen un lugar preponderante al analizar la educación jurídica. Hamilton establece que los resultados de aprendizaje son un factor clave en la educación porque describen los conocimientos o habilidades que los estudiantes deben adquirir al final del programa. Dichos resultados de aprendizaje contribuyen al perfeccionamiento profesional. Siendo el caso, las escuelas deben ser orientadas de manera que los futuros profesionales desarrollen resultados de aprendizaje. Hamilton estipula que el siguiente paso en la definición de resultados de aprendizaje, siguiendo el modelo de la educación médica, es desarrollar rúbricas o puntos de referencia que permitan conocer el nivel de adquisición de competencias. Una vez que las escuelas de derecho definan sus resultados de aprendizaje, el siguiente paso es que la facultad debe desarrollar una serie de referencias o niveles de desempeño (de novato a experto) para cada una de las competencias incluidas en los resultados de aprendizaje de la facultad⁸².

En México a las escuelas de Derecho se les pide que al registrar su plan de estudios señalen cuáles son los resultados de aprendizaje. Sin embargo, no existe un análisis de los resultados de aprendizaje que están buscando desarrollar las escuelas de Derecho. En este sentido, los esfuerzos llevados a cabo en la capacitación legal de los profesionales en Estados Unidos de América sirven como marco de referencia, a través de la *ABA Standards and Rules of Procedure for Approval of Law Schools 2017*. El criterio 302 indica que las escuelas deben establecer resultados de aprendizaje que incluyan las siguientes competencias: *i*. Conocimiento y entendimiento de derecho sustantivo y adjetivo; *ii*. Análisis y razonamiento legal, investigación legal, solución de problemas, comunicación escrita y oral en el

⁸¹ Op. Cit. GOMEZ SANCHEZ, p. 235.

⁸² HAMILTON, Neil, *Empirical research on the core competencies needed to practice law: what do clients, new lawyers, and legal employers tell us?*, *The Bar Examiner*, Estados Unidos, septiembre de 2014, vol. 83, núm. 3, pp. 6-16, p.13.

contexto legal; *iii*. El ejercicio de responsabilidades profesionales y éticas hacia los clientes y el sistema legal y; *iv*. Otras competencias profesionales para un desarrollo ético competente, como miembro de la profesión legal.

Hamilton contempla dos competencias estratégicamente cuyo principal objetivo es repercutir en otros: *i*. Desarrollo profesional proactivo encaminado a la excelencia en todas las competencias necesarias para servir a otros en una importante fuente de empleo; y *ii*. Una interna y profunda responsabilidad hacia otros, especialmente hacia el cliente y el sistema jurídico, de quien el estudiante sirve como un profesional en expandir círculos mientras madura⁸³.

Acerca de la primera hay que considerar que el desarrollo profesional proactivo encaminado a la excelencia en todas las competencias necesarias para servir a otros en una importante fuente de empleo es particularmente complejo en México porque no tenemos claridad en cuáles son las competencias que un abogado necesita desarrollar.

Acerca del segundo, una interna y profunda responsabilidad hacia otros especialmente hacia el cliente y el sistema jurídico, de quien el estudiante sirve como un profesional en expandir círculos mientras madura, Hamilton analizó el resultado de aprendizaje que las escuelas de Derecho en los Estados Unidos establecieron en relación con esta competencia. El autor propone una rúbrica para evaluar la fase de desarrollo en la que se encuentra el estudiante.

De acuerdo con Hamilton, el estudiante al final de sus estudios debería ser capaz de: *i*. Consistentemente reorganizar problemas ético-legales en las más frecuentes y comunes situaciones experimentales y ser capaz de discutir, analizar y manejar dichos problemas; y *ii*. Demostrar el progreso, en las más frecuentes y comunes situaciones experimentales, con respecto a la integración del estudiante en los valores centrales de la identidad ética del profesional y los ideales incluyendo la importancia y prioridad de la responsabilidad hacia el cliente y el sistema jurídico, por ejemplo, respecto a la integridad (una identidad profesional del abogado)⁸⁴.

En México la regulación de la educación jurídica no aporta elementos claros que permitan asegurar la calidad de la educación jurídica. El problema del crecimiento de la oferta educativa en la

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*, p.14.

licenciatura de Derecho es que no existen elementos claros para distinguir entre la educación jurídica de calidad y la que no cuenta con ella. No existe claridad en los resultados de aprendizaje fruto de la educación jurídica. Sumado a lo anterior, las escuelas de Derecho están formando a través del *currículum* oculto a los futuros profesionales con determinados valores, actitudes, ideología. En este sentido resulta preocupante que la educación jurídica no esté contribuyendo a profesionalizar el ejercicio del Derecho o que pueda impactarse de forma efectiva en la consecución del Estado de Derecho.

IV] Trazo de una ruta sin atajos

La educación jurídica se encuentra en un momento decisivo para contribuir en la construcción del Estado de Derecho y el reto que la automatización le impone. Es decir, se requiere transformar la educación jurídica. ¿Cuál es la ruta? ¿Por dónde empezar? Los estudiantes en México que cursan un programa presencial de Licenciatura duran en su periodo de formación académica entre cuatro y cinco años, pero los profesores ordinariamente permanecen. De ahí que a través del profesorado pueda trazarse una ruta para impactar directamente en el programa que se oferta. Los profesores son la vía idónea para la formación al alumnado en mejores términos. Impactar en ellos es apostar por la formación de los futuros profesionales con mejores competencias que puedan impactar efectivamente en el Estado de Derecho. El compromiso en que incurre el profesorado es más grande de lo que ordinariamente se piensa, no solo debe tener las capacidades y aptitudes para impartir una materia, sino, contar con la actitud y valores para lograr ser un verdadero modelo de profesionista e infundir en los estudiantes aquellas competencias axiológicas que se exigirán posteriormente de ellos. Por lo tanto, se requiere que dicho profesorado promueva en los alumnos las competencias que deben desarrollar para actuar adecuadamente en el mundo profesional, sin importar el área en el que cada uno desee especializarse. No disponemos de investigación científica en México que muestre información precisa acerca del perfil de los profesionales del Derecho que se dedican a la docencia de tiempo completo o parcial, el nivel de especialización, experiencia, dominio de la materia, habilidades docentes. Sin embargo, si podemos conocer los programas que ofertan.

A partir del razonamiento planteado surgen nuevas preguntas: ¿en qué aspectos deberán ser educados quiénes

educan a los futuros profesionales del Derecho? ¿Por dónde empezar? ¿Qué experiencias podemos tomar como punto de partida al respecto? Nuestra propuesta consiste en volver a ver con detenimiento el tema de las competencias profesionales. No es un tema nuevo para muchos. Y las competencias pueden ser el blanco hacia el que apunten los esfuerzos de capacitación de los futuros operadores jurídicos. Esto solo será posible si quienes los capacitan poseen también esas competencias profesionales.

En los últimos años se ha optado por la enseñanza basada en las competencias profesionales. Podemos entender por ellas, *Una combinación dinámica de atributos, en relación a procedimientos, habilidades, actitudes y responsabilidades, que describen los encargados del aprendizaje de un programa educativo o lo que los alumnos son capaces de demostrar al final de un proceso educativo*⁸⁵. Por lo tanto, resulta un tema central las evidencias que puedan ser generadas del modelo de enseñanza basado en competencias.

En la educación universitaria de Europa y América Latina ha existido una amplia difusión del Proyecto Tuning. En dicho proyecto se clasifica a las competencias en genéricas y específicas. Se entiende por las primeras aquellas que caracterizan y miden las capacidades y habilidades que definen el nivel de formación que se le pueden exigir a cualquier profesionalista⁸⁶.

Las competencias específicas versan sobre lo exigible a los profesionistas pertenecientes a cierta actividad profesional. De tal

⁸⁵ BRAVO SALINAS, Néstor, *Competencias proyecto Tuning-Europa, Tuning-América Latina*. Centros Comunitarios de Aprendizaje, Colombia, 2007, p. 13.

⁸⁶ *Ibíd.*, pp. 43-45. Siendo genéricas las siguientes: capacidad de abstracción, análisis y síntesis; capacidad de aplicar los conocimientos en la práctica; capacidad para organizar y planificar el tiempo; conocimientos sobre el área de estudio y la profesión; responsabilidad social y compromiso ciudadano; capacidad de comunicación oral y escrita; capacidad de comunicación en un segundo idioma; habilidades en el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación; capacidad de investigación; capacidad de aprender y actualizarse permanentemente; habilidades para buscar, procesar y analizar información procedente de fuentes diversas; capacidad crítica y autocrítica; capacidad para actuar en nuevas situaciones; capacidad creativa; capacidad para identificar, plantear y resolver problemas; capacidad para tomar decisiones; capacidad de trabajo en equipo; habilidades interpersonales; capacidad de motivar y conducir hacia metas comunes; compromiso con la preservación del medio ambiente; compromiso con su medio sociocultural; valoración y respeto por la diversidad y multiculturalidad; habilidad para trabajar en contextos internacionales; habilidad para trabajar en forma autónoma; capacidad para formular y gestionar proyectos; compromiso ético; compromiso con la calidad;

manera que a los profesionales del Derecho se les exigiría, además de las genéricas, las específicas de su área⁸⁷.

El desarrollo de las competencias genéricas y específicas llevaría a cabo un impacto en el sistema jurídico porque los profesionales actuarían acorde a las habilidades, destrezas, pericia y capacidades exigidas por la sociedad para su conveniente ejercicio. Las competencias que el proyecto Tunning presenta son sólo una propuesta. No existe, en México actualmente un criterio unificado acerca de las competencias profesionales que deban ser evaluadas para certificar a los profesionales del Derecho. Aún así, se reconoce la importancia de evaluar a estos supuestos expertos para corroborar sus capacidades, aptitudes y actitudes.

⁸⁷ *Ibíd*em, p. 43. Competencias específicas para Derecho: conocer, interpretar y aplicar los principios generales del derecho y del ordenamiento jurídico; conocer, interpretar y aplicar las normas y principios del sistema jurídico nacional e internacional en casos concretos; buscar la justicia y equidad en todas las situaciones en las que interviene; está comprometido con los derechos humanos y con el estado social y democrático de derecho; capacidad de ejercer su profesión trabajando en equipo con colegas; capacidad de trabajar en equipos interdisciplinarios como experto en derecho contribuyendo de manera efectiva a sus tareas; comprender adecuadamente los fenómenos políticos, sociales, económicos, personales y psicológicos -entre otros guión considerándolos en la interpretación y aplicación del derecho; ser consciente de la dimensión ética de las profesiones jurídicas y de la responsabilidad social del graduado en derecho, y actuar en consecuencia; capacidad de razonar y argumentar jurídicamente; capacidad de dialogar y de partir desde una perspectiva jurídica, comprendiendo los distintos puntos de vista y articulándolos a efecto de proponer una solución razonable; considerar la pertinencia del uso de medios alternativos en la solución de conflictos; conocer una lengua extranjera que permite el desempeño eficiente en el ámbito jurídico (inglés, portugués y español); capacidad para usar la tecnología necesaria en la búsqueda de información relevante para el desempeño y actualización profesional; capacidad para aplicar criterios investigación científica en su actividad profesional; capacidad para aplicar sus conocimientos de manera especialmente eficaz en un área determinada de su profesión; capacidad de enfrentar nueva situaciones y contribuir a la creación de instituciones y soluciones jurídicas en casos generales y particulares; capacidad para redactar textos y expresarse oralmente en un lenguaje fluido y técnico usando términos jurídicos precisos y claros; capacidad para analizar una amplia diversidad de trabajos complejos en relación con el derecho y sintetizar sus argumentos de forma precisa; capacidad para tomar decisiones jurídicas razonadas; comprender y relacionar los fundamentos filosóficos y teóricos del derecho con su aplicación práctica; demostrar conciencia crítica en el análisis del ordenamiento jurídico; capacidad de actuar jurídica y técnicamente indiferentes instancias administrativas o judiciales con la debida utilización de procesos, actos y procedimientos; capacidad para decidir si las circunstancias de un hecho están suficientemente claras para poder adoptar una decisión fundada en derecho; actuar de manera legal, diligente y transparente en la defensa de intereses de las personas a las que representa.

En otro contexto, Estados Unidos de América decidió regular por su cuenta la educación y las competencias profesionales requeridas para cada área. Neil Hamilton propone, en relación con la profesión jurídica, regularlas según las habilidades que buscan los despachos de abogados en los egresados de la licenciatura para emplearlos⁸⁸. En México desde la realidad podemos plantearnos cuáles son las competencias profesionales en las que se quiere formar a los futuros profesionales.

V] Conclusiones

La profesión jurídica en México afronta diversos retos, algunos de ellos compartidos con otros países, entre ellos la situación en la que se encuentra el Estado de Derecho y la automatización que está impactando en el ejercicio de las profesiones. Por lo que respecta al Estado de Derecho, la noción en sí misma presenta una connotación ideológica, desde ciertas perspectivas algunos prefieren hablar de un Estado social y democrático o un Estado de bienestar. Más allá de tales planteamientos ideológicos, la percepción acerca del Estado de Derecho muestra que el país no ha mejorado. Como ha quedado de manifiesto en los distintos instrumentos citados, vivimos una situación crítica que al correr el tiempo pareciera que se desploma hacia un lejano punto sin que pueda detenerse. Sin importar el área de especialización, todos los profesionales del Derecho inciden en el Estado de Derecho. Una constante en los resultados que arrojan los instrumentos citados es la urgente necesidad de capacitar a los

⁸⁸ HAMILTON, Neil, *Law firm competency models and student professional success: Building on a foundation of professional formation/ professionalism*, *University of St. Thomas Law Journal*, Estados Unidos, otoño 2013, vol. 11, núm. 1, pp. 6-38, p. 11. Competencias profesionales: *Initiates and maintains strong work and team relationships; good judgment/common sense/problem-solving; effective written and oral communication skills; project management, including high quality, efficiency, and timeliness; business development/marketing/client retention; dedication to client service/responsive to client. Analytical skills: identify legal issues from facts, apply the law, and draw 15 conclusions; initiative/ambition/drive/strong work ethic; legal competency/expertise/knowledge of the law; commitment to professional development toward excellence; research skills; commitment to firm, its goals, and values; integrity/honesty/trustworthiness; delegation/supervision/mentoring; pro bono, community, bar association involvement; seeks feedback/responsive to feedback; stress/crisis management; inspires confidence; ability to work independently; negotiation skills; strategic and creative thinking; leadership; demonstrates interest in business and financial arrangements with clients;*

operadores jurídicos. Lo que lleva a pensar en el papel que juega la educación jurídica.

Por otro lado, la profesión tiene que afrontar los retos que la automatización le está imponiendo a ciertas profesiones. Por lo tanto, se requiere estar preparado en los cambios que sufran las ofertas de servicios jurídicos, aprovechar la automatización para la administración de justicia y adaptar la enseñanza del Derecho. En este último sentido, los profesionales requerirán nuevas competencias y resolver nuevos problemas donde la tecnología aparece. Por lo tanto, es determinante el rol que juegan quienes educan a los futuros profesionales jurídicos.

La educación jurídica en sí misma es una realidad compleja, comparte ciertos problemas con otros países, entre ellos el crecimiento de matrícula sin asegurar la calidad académica, una mínima regulación de la oferta educativa, entre otros. La normativa en materia educativa en México no es un garante para la calidad, los requisitos mínimos que se imponen para el trámite de nuevos programas, para los profesores muestran por qué en México la oferta de la licenciatura en Derecho es un asunto muy simple. Las acreditaciones hechas por organismos a escuelas de Derecho son un referente para la calidad de los programas, sin embargo, muy pocos programas poseen dichas acreditaciones debido a su falta de obligatoriedad.

Es indispensable trazar una ruta para afrontar los retos de la profesión a través de la educación jurídica, en particular a través del profesorado. Como punto de partida de dicha ruta pensar la educación jurídica desde las competencias profesionales para definir cuáles son en las que se formará a los futuros profesionales del Derecho en México. El primer paso es concentrarse en los formadores de los futuros operadores jurídicos para orientar sus esfuerzos y que los alumnos desarrollen las competencias que se requieren del Abogado ideal. Esto último, es un terreno poco explorado en las escuelas de Derecho en México. Ejercicios como el Proyecto Tunning de América Latina, con la clasificación de competencias genéricas y específicas son una primera aproximación que permite orientar los esfuerzos. Por otro lado, tomar como referencia la regulación de la educación jurídica norteamericana y las competencias profesionales a las que hace referencia Hamilton abre un panorama que orienta los esfuerzos necesarios que se tienen que realizar para que efectivamente se logre un impacto en el Estado de Derecho. Otros trabajos de investigación podrán abordar el perfil de quienes se dedican a la educación jurídica en México y los procesos que siguen las

instituciones para la contratación de los profesores, así como la capacitación y competencias que requieren. Por lo que respecta a los retos de la profesión en México y el impacto en el Estado de Derecho futuras investigaciones serán necesarias para determinar el conocimiento de las áreas de práctica de los profesionales y las competencias que desde su perspectiva se requiere.

Bibliografía

AGÜERO AGUIRRE, Saturnino, *El papel del abogado*, Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México y Porrúa, México, 2016.

ANNAN, Kofi, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos: Informe del secretario general*, Naciones Unidas, Estados Unidos, 2004.

BAYUELO SCHOONEWOLFF, Porfirio, *La educación y el Derecho en torno a un nuevo paradigma transformador*, *Justicia*, Colombia, enero-junio 2015, vol. 20, núm. 27, consultado en línea en <http://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/812>

BRAVO SALINAS, Néstor, *Competencias proyecto Tuning-Europa, Tuning-América Latina*, Centros Comunitarios de Aprendizaje, Colombia, 2007.

CARBONELL, Miguel, *El Futuro de los Abogados, Hechos y Derechos*, México, septiembre-octubre de 2018, núm 47, consultado en línea en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/12747/14280>

CASCAJO CASTRO, José Luis, *Estado Social y Democrático de Derecho: Materiales para un Léxico Constitucional Español*, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1992, núm. 12, 9-23.

Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, *Base de datos de instituciones de educación superior en México que ofrecen la Licenciatura en Derecho*, consultado en línea en <http://www.ceead.org.mx/base-de-datos.html>

CERRILLO i Martínez, Agustí y Delgado García, Ana María, *Docencia del Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación*, Universitat Oberta de Catalunya – Huygens Editorial, España, 2010.

Consejo de la Judicatura Federal, *Órganos Jurisdiccionales, Magistrados y Jueces*, consultado en línea en <https://www.cjf.gob.mx/dir/organosmagistradosjueces.htm>

Consejo para la Acreditación de la Educación Superior, *Historia: Consejo para la Acreditación de la Educación Superior*, 2017, consultado en línea en <https://www.copaes.org/historia.php>

Consejo para la Acreditación de la Enseñanza del Derecho, *¿Quiénes somos?*, 2018, consultado en línea en <https://www.copaes.org/consulta.php>

Consejo para la Acreditación de la Enseñanza del Derecho, *Programas Acreditados*, 2019, consultado en línea en <https://www.copaes.org/consulta.php>

DÍAZ BARRIGA, Ángel, *La educación en valores: avatares del currículo formal, oculto y los temas transversales*, *Revista electrónica de investigación educativa*, 2005, vol. 7, núm. 2, 1-13.

FIX-FIERRO, Héctor, *Del Gobierno de los Abogados al Imperio de las Leyes*, Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Estado Democrático y Social de Derecho*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, mayo-agosto de 2000, año XXIII, vol. 33, núm. 98, 595-635.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Gabriel Ignacio, *¿Abogados para la democracia o para el mercado?: Repensar la educación jurídica*, *Derecho*, Colombia, julio-diciembre de 2016, núm. 46, consultado en línea en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972016000200225&lng=en&nrm=iso&tlng=es

GUARDIOLA SALMERÓN, Miriam, *Tecnologías que Cambiarán la Abogacía*, 2017, consultado en línea en <https://www.abogacia.es/2017/03/01/10-tecnologias-que-cambiaran-la-abogacia/>

GUERRERO, Omar, *El abogado en el bufete, el foro y la administración pública*, Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015.

HAMILTON, Neil, *Empirical research on the core competencies needed to practice law: what do clients, new lawyers, and legal employers tell us?*, *The Bar Examiner*, Estados Unidos, septiembre de 2014, vol. 83, núm. 3, pp. 6-16.

HAMILTON, Neil, *Law firm competency models and student professional success: Building on a foundation of professional formation/professionalism*, *University of St. Thomas Law Journal*, Estados Unidos, otoño 2013, vol. 11, núm. 1, pp. 6-38.

IMCO. *Índice del Estado de Derecho 2016*, *Vía World Justice Project*, 2016, consultado en línea en https://imco.org.mx/politica_buen_gobierno/indice-del-estado-de-derecho-2016-via-world-justice-project/

IMCO. *Índice del Estado de Derecho 2017-2018*, *Vía World Justice Project*, 2018, consultado en línea en <https://imco.org.mx/temas/indice-estado-derecho-2017-2018-via-world-justice-project/>

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal*, Sistema Nacional de Información Estadística y Geografía, México, 2018.

LILLO LOBOS, Ricardo, *Cap. 5. El Uso de Nuevas Tecnologías en el Sistema Judicial: Experiencias y Precauciones*, *Buenas prácticas para la Implementación de Soluciones Tecnológicas en la Administración de Justicia*, *Il justicia*, Buenos Aires, 2011, 117-140.

LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *Informe de resultados de los foros de justicia cotidiana*, Centro de Investigación y Docencia Económicas A. C, México, 2015.

MADRAZO, Alejandro, *Estado de Derecho y Cultura Jurídica en México, Isonomía*, 2002, núm. 17, 204-223.

MAGALONI KERPEL, Ana Laura, *¿Cómo Estudiar el Derecho desde una Perspectiva Dinámica?*, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2006, consultado en línea en <http://repositorio-digital.cide.edu/bitstream/handle/11651/1273/71413.pdf?sequence=1&isAllowed=>

MANENT, Martí, *Disrupción en el Sector Legal: Cinco Tecnologías que los Despachos de Abogados no Pueden Ignorar*, 2017, consultado en línea en <https://www.ie.edu/insights/es/articulos/disrupcion-sector-legal-cinco-tecnologias-los-despachos-abogados-no-pueden-ignorar/>

MONTOYA, Juny, *Capítulo 2 Educación jurídica en América Latina: dificultades curriculares para promover los temas de interés público y justicia social*, *La Educación Legal y la Garantía de los Derechos en América Latina*, Publicaciones ILSA, Colombia, 2009, pp. 29-42, http://www.ilsa.org.co/biblioteca/ElOtroDerecho/Elotroderecho_38/El_otro_derecho_38.pdf#page=30

MORENO, Jimena y ALBORNOZ, María Mercedes, *La Educación Jurídica como Motor para el Desarrollo*, 2015, consultado en línea en <http://derechoenaccion.cide.edu/la-educacion-juridica-como-motor-para-el-desarrollo/>

OCDE. *Getting it Right: Prioridades estratégicas para México*, Éditions OCDE, Francia, 2018.

PINZÓN Franco, Boris Alberto, *La Educación jurídica como Práctica de Construcción Social: Hacia una Reflexión Pedagógica, Logos, Ciencia y Tecnología*, Colombia, 2010, vol. 1, núm. 2.

RÍOS RUÍZ, Alma, *Tecnologías de la Información y Comunicación (Tic's) en la educación superior a distancia en México: estudios de derecho, retos y oportunidades*, *Enl@ce Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*, Venezuela, 2015, vol. 12, núm. 3, 124-141.

RODRÍGUEZ Antonio, *El Estado Social y Democrático de Derecho*, 2015, consultado en línea en <https://www.dyrabogados.com/el-estado-social-y-democratico-de-derecho/>

Secretaría de Educación Pública, *Reconocimiento de Validez Oficial de Estudios (RVOE)*, 2015, consultado en línea en <https://www.gob.mx/sep/acciones-y-programas/reconocimiento-de-validez-oficial-de-estudios-rvoe>

Secretaría de Educación Pública. *Acuerdo número 171117*, Diario Oficial de la Federación, México, 2017.

SWAIM DAICOFF, Susan, *Expanding the Lawyer's Toolkit of Skills and Competencies: Synthesizing Leadership, Professionalism, Emotional Intelligence, Conflict Resolution, and Comprehensive Law*, *Santa Clara Law Review*, Estados Unidos, 2012, vol. 52, núm. 3, pp 795-874.

Tuning América Latina. *Reflexiones y perspectivas de la educación superior en América Latina*. Universidad de Deusto – Universidad de Groningen, España, 2007.

World Economic Forum, *New Vision for Education: Unlocking the Potential of Technology*, consultado en línea en http://www3.weforum.org/docs/WEFUSA_NewVisionforEducation_Report2015.pdf

World Justice Project. *Mexican States Rule of Law Index 2018*. World Justice Project, Estados Unidos, 2018.

World Justice Project, *Rule of Law Index 2018*, World Justice Project, Estados Unidos, 2019.

World Justice Project. *What is the rule of law?* Consultado en línea en <https://worldjusticeproject.org/about-us/overview/what-rule-law>

De la crucifixión a la abolición de la pena de muerte¹

GUILLERMO A. GATT CORONA

*The ideal... is real. At the same time, the real also contains the ideal.
Real people aspire.
They imagine possibilities better than the world they know,
and they try to actualize them.
-Martha C. Nussbaum-²*

A Manuel Bailón Cabrera

SUMARIO: I. Introducción. II. La Crucifixión. III. La Pena de Muerte y el Derecho Internacional. IV. La Pena de Muerte en la Actualidad. V. La Reciente Reducción de la Pena de Muerte en los Estados Unidos de América. VI. Conclusiones.

Resumen. Este artículo tratará de referirse brevemente a la crucifixión para posteriormente reflexionar en torno a la pena de muerte y el *status questionis* de ésta en el Derecho Internacional y en el entorno general de algunos sistemas jurídicos que parecen mostrar (a pesar de casos en contrario como las ejecuciones públicas de 1998 en Rwanda o la de Saddam Hussein en 2006) que dicha pena está hoy en declive y que con mayor frecuencia, los sistemas jurídicos reducen e incluso prohíben su implementación.

Palabras clave: Crucifixión, Pena de Muerte, Derecho Internacional, Derecho Penal Internacional

Abstract. *This article shall try to refer briefly to crucifixion as a method of execution, in order to be able to comment on the death penalty and the status questionis thereof in International Law. The document shall also comment on the general provisions of some legal systems that appear to show (even with famous cases against it such as the public executions of 1998 in Rwanda or that of Saddam Hussein in 2006) that such penalty is currently on the wane and that frequently, legal systems have reduced it or have*

¹ Agradezco a Angélica Sandoval, Nancy Arias, Fernando Márquez y Pablo Bañuelos, por su apoyo, revisión y comentarios a este texto.

² NUSSBAUM, Martha C., *Political Emotions; Why Love Matters for Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, London, 2013, p. 384.

even prohibited its implementation.

Keywords. *Crucifixion, Death Penalty, International Law, International Criminal Law.*

I | Introducción

Cuando nos referimos a la crucifixión, nuestra mente se traslada de inmediato al concepto cristiano de la Muerte y Resurrección de Jesucristo. En este caso, no será así. Podríamos hablar en cambio de Sarhan al Mashayekh, quien junto a Saeed al Omari, Ali al Shehri, Naser al Qahtani, Ali al Qahtani, Saeed al Shahrani y AbdulAziz al Amri, presuntamente ladrones de joyerías, fueron *detenidos entre marzo de 2005 y enero de 2006*,³ en Abha, capital de la región de Asir, en Arabia Saudita. En el caso de Sarhan al Mashayekh fue condenado a morir por crucifixión en 2009.

Su historia parece salida de la pluma de Dumas, Salgari, Verne, Posteguillo o Pérez Reverte. Acusado y condenado a muerte por crucifixión, finalmente logró la conmutación de la pena, gracias a la enorme presión internacional de distintos gobiernos y organizaciones no gubernamentales.

No obstante, como pena, la crucifixión sigue estando en vigor en distintos países,⁴ incluyendo no solo a Arabia Saudita, sino otros lugares, como Sudán.⁵

En el caso de Arabia Saudita, el "avance" que se ha tenido es que quienes son condenados a pena de muerte por crucifixión

³ ESPINOSA, Ángeles, Arabia Saudí pospone la crucifixión de un joven condenado por robo, El País, 5 de marzo, 2013, consultado en https://elpais.com/internacional/2013/03/05/actualidad/1362487328_595546.html, consultado el 05 de marzo, 2019.

⁴ *The penalty for hirabah is death if a life is taken during the offence. Additionally, the Zamfara penal code provides that if life and property are taken during the commission of hirabah, the penalty is crucifixion.* Código Penal Zamfara, citado por Peiffer, Elizabeth, *The Death Penalty in Traditional Islamic Law and as Interpreted in Saudi Arabia and Nigeria*, William & Mary Journal of Women and the Law, Vol. 11, 3, Artículo 9, p. 532.

⁵ *Consider Sudan as an example. When I was in Sudan in 2004 for the UN Security Council Commission of Inquiry on Darfur, I was told by the Minister of Justice and some senior judges that crucifixion is still one of the legal penalties for the most serious crimes (it is provided for in Art. 27(3) of the Criminal Act 1991 – ‘Death sentence with crucifixion shall not be passed except for armed robbery (hiraba)’), although such penalty – he added – is rarely inflicted and only in the countryside, not in towns.* Cassese, Antonio, *A Plea for a Global Community Grounded in a Core of Human Rights*, en *Realizing Utopia; The Future of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 138.

ya no sufren lo señalado en estos párrafos, sino que se reduce a ser decapitados y ya fallecidos, se les crucifica:

La decapitación por espada es la forma habitual de ejecución en Arabia Saudí donde este año (2015) ya van al menos 135 condenas consumadas, un significativo aumento respecto a 2014. La más inusual pena de "crucifixión" es una variedad de aquella en la que el cuerpo decapitado se exhibe en público para escarnio. El último caso del que se tiene noticia ocurrió en Abha, la provincia de Asir, hace dos años, cuando uno de los siete condenados por varios robos a joyerías sufrió este destino.⁶

La situación de Arabia Saudita no es inédita. Muchos otros países del mundo siguen reconociendo en sus legislaciones penales sanciones que pasan desde lapidaciones, mutilaciones a formas distintas de pena de muerte. Recordemos cómo en mayo de 2019, fueron repatriados a México, los mexicanos que habían sido condenados a morir ahorcados en Malasia,⁷ una vez que dicho país anunció la abolición de la pena de muerte.⁸

Este artículo tratará de referirse brevemente a la crucifixión para posteriormente reflexionar en torno a la pena de muerte⁹ y el *status questionis* de ésta en el Derecho Internacional y en el entorno general de algunos sistemas jurídicos que parecen mostrar (a pesar de casos en contrario como las ejecuciones públicas de 1998 en Rwanda o la de Saddam Hussein en 2006) que dicha pena está hoy en declive y que con mayor frecuencia, los sistemas jurídicos reducen e incluso prohíben su implementación.

La pregunta subyacente, que excede los alcances de este texto, se refiere a cuál es la finalidad de la pena. Se trata de un tema que ha sido discutido por Beccaria (en su famoso *Dei delitti*

⁶ ESPINOSA, Ángeles, ONG internacionales se movilizan contra la crucifixión de un joven saudí, El País, 07 de octubre de 2015, consultado en https://elpais.com/internacional/2015/10/07/actualidad/1444225475_444102.html consultado el 05 de marzo, 2019.

⁷ www.excelsior.com.mx/nacional/mexicanos-son-repatriados-tras-ser-condenados-a-pena-de-muerte-en-malasia/1312346, consultado el 22 de mayo, 2019.

⁸ https://elpais.com/internacional/2018/10/11/actualidad/1539264331_326102.html, consultado el 22 de mayo, 2019.

⁹ El tema es sumamente polémico y todos tenemos una opinión sobre el tema. Baste con advertir el recorrido que un cinéfilo podría realizar repasando cuando menos *Dead Man Walking*, *The Life of David Gale*, *The Green Mile*, *The Chamber*, *A Time to Kill*, por mencionar algunas, o releer *El Reflejo de lo Oscuro* de Javier Sicilia (Fondo de Cultura Económica, 1997).

e delle pene de 1764),¹⁰ Garrett, Panikkar, Hobbes, Lardizábal y Uribe, Rivera Silva, Maggiore, Ricoeur, Hegel, Kant, Finnis,¹¹ Carrara, Bentham, Foucault, Zaffaroni, Hart y muchos otros.¹² Un cuestionamiento subsecuente respondería si la pena de muerte resulta válida como sanción penal en el mundo contemporáneo, y si es congruente con la dignidad de la persona humana. *Resulta evidente que los atentados contra la vida son definitivos y decisivos respecto de otros bienes: la violación respecto del derecho a la vida es extensiva a otros derechos.*¹³

El debate en torno a para qué penar, y cómo ha de hacerse, es una discusión que sigue vigente, siglos después de su inicio.

*El discurso sobre la legitimidad del castigo se traduce en un intento de robustecer su aparente racionalidad, lo que reclama inicialmente su puesta en duda, es decir, presupone el reconocimiento de algún atisbo de duda sobre la bondad, justicia, beneficio o utilidad de la medida, o de que, teniendo defectos, imperan las virtudes de su aplicación.*¹⁴

II] La crucifixión

Pensemos por un momento en la crucifixión de una persona como sanción penal por delitos cometidos. El romanista Juan Real Ledezma retoma lo señalado por el médico forense Manuel García Blázquez en la revista *Journal of American Medical Association*,

¹⁰ BESSLER, John D., *Revisiting Beccaria's Vision: The Enlighten, America's Death Penalty, and the Abolition Movement*, Northwestern Journal of Law & Social Policy, Volumen 4, 2, Artículo 1, 2009, p. 196.

¹¹ En su conocido texto de *Natural Law & Natural Rights*, Finnis sostiene por ejemplo cómo: *Sanctions are part of the enterprise of legally ordering society, an enterprise rationally required only by that complex good of individuals which we name the common good. The criminal is an individual whose good is as good as anyone's, notwithstanding that the criminal ought in fairness to be deprived of some opportunities of realizing that good... The punitive sanction ought therefore to be adapted so that, within the framework of its two sets of defining purposes already indicated, it may work to restore reasonable personality in offenders, reforming them for the sake not only of others but of themselves: 'to lead a good and useful life'.* FINNIS John, *Natural Law & Natural Rights*, 2ª Edición, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 264.

¹² Para un análisis de este tema ver Ramírez García, Hugo Saúl y Fernández Ramos, José M., *Racionalidad de la Pena; Una aproximación crítica a sus discursos legitimantes*, Editorial Ubijus, México, 2012.

¹³ RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro, *Derechos Humanos*, Oxford University Press, México, 2011, p. 166.

¹⁴ RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y Fernández Ramos, José M., *op. cit.*, p. 17.

quien señala, refiriéndose a la Crucifixión de Jesucristo, cómo para la crucifixión, los pies:

Se fijaban con un solo clavo al madero normalmente; el clavo atravesaba el primero o segundo espacio intermetatarsiano, en el extremo distal de la articulación tarsometatarsal. Puede que el nervio profundo peroneal y alguna rama del medio y el plantar lateral hubiesen sido dañados por el clavo... Si los pies de Jesús se colocaron uno sobre otro, apoyando la planta del pie inferior en la madera y el clavo los atravesó de arriba abajo, entonces le fue imposible estirar o cerrar las rodillas.¹⁵

Juan Real Ledezma continúa explicando, citando a diversos tratadistas especializados cómo *el cuerpo clavado sufrió una tetanización general; se inflamaron las heridas y se congestionaron los pulmones, la cabeza y el corazón; además de la angustia y la sed que devoradora abrasaba las mucosas.*¹⁶ Los especialistas refieren cómo además de generar un dolor terrible, el sufrimiento adicional que genera una crucifixión es la dificultad para que el castigado de esa manera pueda respirar y en particular, exhalar. En la medida en que la respiración no sea plena, sino de manera superficial, exhalando de manera diafragmática, puede ocurrir que en la crucifixión se genere una hipercapnia, es decir, *un exceso de dióxido de carbono en los líquidos corporales y una fatiga acompañada de calambres,*¹⁷ que finalmente lleva a la asfixia.

La crucifixión, entonces y ahora, significaba no solo una condena a muerte, sino que ocurría precedida de una tortura terrible, ordenada por mandato de una autoridad. El hecho de que se siga hablando de ésta como una posibilidad en nuestra época parece increíble.

La pena de muerte no es solamente algo del pasado: es también una sanción establecida en las leyes de distintos países. Es propia del tiempo de Espartaco y está vigente hoy. *Se ha reportado que varias personas han sido crucificadas en Arabia Saudita (...) (2012). Distintos grupos de derechos humanos han condenado las crucifixiones en el pasado, incluyendo casos en los que las personas han sido decapitadas y luego crucificadas. En 2009, Amnistía Internacional condenó dicha forma de ejecución*

¹⁵ REAL LEDEZMA, Juan, *El Enjuiciamiento Criminal de Cristo en el Derecho Penal Romano*, 2ª Reimpresión, ITESO, 2010, pp. 129-130.

¹⁶ *Ibidem*, p. 130.

¹⁷ *Idem*.

como 'la forma más cruel, inhumana y degradante de pena corporal'.¹⁸

La comunidad universal debería reflexionar sobre cuál ha de ser el propósito de una pena y en ese contexto, si sigue siendo o no adecuada la pena de muerte. Además de Arabia Saudí, sólo Irán, Yemen y Sudán continúan ejecutando a personas que delinquieron siendo menores, algo que prohíbe la Convención Internacional de los Derechos del Niño que Riad ratificó en 1996. El Reino también es signatario de la Convención contra la Tortura.¹⁹

III] La pena de muerte y el derecho internacional

La pena de muerte sigue siendo legal en muchos países, pero parece tener un claro declive; uno de los grandes temas del derecho internacional de los derechos humanos desde la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 ha sido la abolición de la pena de muerte. Al cierre de la Segunda Guerra Mundial, era empleada en virtualmente todos los países del mundo, con solo unas pocas excepciones notables.²⁰

Aunque sigue siendo legal en muchas latitudes la pena de muerte, parece que se ha establecido una disposición de *ius cogens* en el sentido de que ésta no puede legítimamente darse sin un juicio donde se respeten los estándares básicos de justicia en un proceso jurisdiccional.²¹

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece de manera categórica en su artículo 3 que: todo

¹⁸ Traducción al español del autor. *Several people were reported to have been crucified in Saudi Arabia... (2012). Human Rights groups have condemned crucifixions in the past, including cases in which people are beheaded and then crucified. In 2009, Amnesty international condemned such an execution as 'the ultimate form of cruel, inhuman and degrading punishment.* Associated Press In Cairo, *Saudi seven face crucifixion and firing squad for armed robbery*, marzo 05, 2013, *The Guardian*, consultado en <https://www.theguardian.com/world/2013/mar/05/saudi-seven-crucifixion-armed-robbery>, consultado el 05 de marzo, 2019.

¹⁹ ESPINOSA, Ángeles, *ONG internacionales se movilizan...*, consultado el 05 de marzo, 2019.

²⁰ Traducción al español del autor. *One of the great themes in international human rights law since the adoption of the Universal Declaration of Human Rights in 1948 has been the abolition of the death penalty. At the close of World War II, it was employed by virtually all states in the world, with a few notable exceptions.* Schabas William, *Death Penalty (International Crimes)*, en Cassese Antonio (Editor en Jefe), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 291.

²¹ RODLEY, Nigel S., *Integrity of the Person* en Moeckly, Daniel, Shah, Sangeeta y Sivakumaran, Sandesh, *International Human Rights Law*, 3ª Edición, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 176.

*individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.*²² Ciertamente, la naturaleza jurídica de la Declaración es justamente esa, y no (cuando menos inicialmente) de un tratado internacional vinculante.²³ No obstante, su texto ha servido de base con el tiempo para construir el sistema universal de derechos humanos y ha sido uno de los asideros más firmes para la construcción de los sistemas regionales en este tema.

*La Declaración Universal anunciaba una nueva etapa en la historia de los derechos humanos. Con su énfasis en la dignidad y su insistencia en la conexión entre libertad y solidaridad, el documento compiló el espíritu de la prolífica actividad constitucional y del derecho internacional que surgió después de la segunda Guerra Mundial. Cuando se lee adecuadamente, como un todo, encontramos un documento íntegro que descansa sobre el concepto de dignidad de la persona humana dentro de la familia humana.*²⁴

El primer instrumento internacional con vocación universal que se estructuró con el propósito de abolir la pena de muerte fue justamente el Segundo Protocolo Facultativo²⁵ del Pacto

²² <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> consultado el 22 de mayo, 2019.

²³ *The Universal Declaration is not a treaty. It was adopted by the UN General Assembly by means of a non-binding resolution. Its purpose, according to its preamble, is to provide 'a common understanding' of the human rights and fundamental freedoms referred to in the UN Charter and to serve 'as a common standard of achievement for all peoples and all nations...'. In the decades that have elapsed since its adoption in 1948, the Declaration has undergone a dramatic transformation. Today few international lawyers would deny that the Declaration is a normative instrument that creates or at least reflects some legal obligations of the Member States of the UN. The dispute about its legal character concerns not so much claims that it lacks all legal force. The disagreement focuses instead on questions about whether all the rights it proclaims are binding and under what circumstances, and on whether its obligatory character derives from its status as an authoritative interpretation of the human rights obligations contained in the UN Charter, its status as customary international law, or its status as reflecting general principles of law.* Buergethal, Thomas et al., *International Human Rights in a nutshell*, Nutshell Series, West Academic Publishing, 5ª Edición, St. Paul, 2017, pp. 43-44.

²⁴ GLENDON, Mary Ann, *Un Mundo Nuevo; Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Fondo de Cultura Económica – Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal – Universidad Panamericana, México, 2011, pp. 252-253.

²⁵ El Segundo Protocolo Facultativo fue adoptado en Nueva York, Estados Unidos de América el 15 de diciembre de 1989. Su promulgación fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de octubre de 2007.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos,²⁶ aprobado y proclamado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en resolución 44/128 del 15 de diciembre de 1989.²⁷

Su planteamiento teórico es claro en el propio preámbulo al destacar que abolir la pena de muerte contribuirá a elevar la dignidad humana y a desarrollar progresivamente los derechos humanos, entre otras cosas, de manera consistente con el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).²⁸

Los problemas interpretativos que trae consigo el texto del artículo 6 del PIDCP se refieren justamente a determinar cuáles son *los más graves delitos*, pero claramente dicho concepto se enmarca en un requisito de proporcionalidad. Sin embargo, el PIDCP no define en qué consistirían estos. Por eso, el Consejo Económico y Social en sus Salvaguardas explicó que debe tratarse de casos consistentes en crímenes intencionales con consecuencias letales o de otra manera extremadamente graves.²⁹

El propósito de dicho Segundo Protocolo Facultativo es que ningún estado parte pueda ejecutar a una persona sometida a su jurisdicción, con excepción de los casos donde se establezca

²⁶ El Pacto fue Adoptado en Nueva York, Estados Unidos de América, el 16 de diciembre de 1966. Publicada su promulgación en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981.

²⁷ El texto completo puede ser consultado en Remiro Brotóns, Antonio, *Derecho Internacional; Tratados y Otros Documentos*, McGraw Hill, Madrid, 2001, pp. 863-864.

²⁸ Este tratado internacional aprobado en 1996 y que entró en vigor en 1976 establece lo siguiente: Art. 6.- 1. *El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.* 2. *En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.* 3. *Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.* 4. *Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.* 5. *No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.* 6. *Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la Pena Capital.* *Ibidem*, pp. 848-849.

²⁹ Comentario General 3 del 12 de diciembre de 2015, párrafo 24, citado por Rodley, Nigel S., *op. cit.*, p. 179.

una reserva para los casos de *una condena por un delito sumamente grave de carácter militar cometido en tiempo de guerra*.³⁰ Asimismo, quienes suscriban dicho protocolo deben incluir un informe relativo a las medidas implementadas para poner en vigor las disposiciones del mismo, en el informe que presenten al Comité de Derechos Humanos establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.³¹

Además del caso de las mujeres embarazadas, y de los menores de edad, la práctica ha extendido la prohibición de la pena de muerte a las personas con alguna discapacidad mental, y a exigir que al aplicarse se realice con el mínimo sufrimiento posible³², permitiendo a los parientes conocer la fecha de la ejecución y el lugar de entierro o disposición de los restos.³³

Las normas sustantivas de dicho Segundo Protocolo Facultativo tienen sus correspondientes disposiciones en algunos sistemas regionales de derechos humanos, tal como en el Protocolo número 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte³⁴ (que al caso de un delito en tiempos de guerra agrega que se pueda éste cometer cuando existe *peligro inminente de guerra*),³⁵ el Protocolo

³⁰ Artículo 2.1 del Segundo Protocolo Facultativo.

³¹ Artículo 3 del Segundo Protocolo Facultativo.

³² *A further procedural dimension is that the process in which the death penalty is carried out must cause the minimum possible suffering if it is not to violate the prohibition of ill-treatment. Thus the Human Rights Committee held that execution by gas asphyxiation was incompatible with Article 7 ICCPR*. RODLEY, Nigel S., *op. cit.*, p. 181.

³³ *Finally, where the death penalty is shrouded in secrecy, close family members of the executed person can be victims of inhuman treatment. This has been the case with the practice that was common in the former Soviet Union of treating the date of execution and place of burial as a state secret, thus causing an unacceptable 'state of uncertainty and mental distress' to family members. Idem.*

³⁴ Hecho en Estrasburgo, Francia, el 28 de abril de 1983. Es un protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Al igual que en el caso del Segundo Protocolo Facultativo antes referido, éste abole la pena de muerte, con la única excepción de que *un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra*. El texto completo puede ser consultado en <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/1983-Protocolo06-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm#Texto> consultado el 22 de mayo, 2019.

³⁵ Acerca de la definición de guerra y de la dificultad para definir el acto bélico ver GATT CORONA, Guillermo Alejandro, *El Derecho de Guerra Contemporáneo; Reflexiones desde el*

número 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre la Abolición de la Pena de Muerte en todas las Circunstancias³⁶ y el Protocolo de la Convención Americana de Derechos Humanos para la Abolición de la Pena de Muerte.³⁷

La falta de precisión o ambigüedades que dichos tribunales puedan tener han comenzado a clarificarse a través de los Comentarios Generales del Comité de Derechos Humanos, así como de distintas comisiones y tribunales regionales.³⁸

Adicionalmente hay un cúmulo de fuentes de *soft law* que propician las restricciones o prohibiciones a la pena de muerte, tanto en instrumentos internacionales, como en los sistemas

pensamiento de Francisco de Vitoria, ITESO – Universidad Panamericana, Guadalajara, 2013, pp. 21-57.

³⁶ Hecho en Vilnius, el 03 de mayo de 2002. En éste, los Estados Parte reconocen estar convencidos de que el derecho de toda persona a la vida es un valor fundamental en una sociedad democrática, y de que la abolición de la pena de muerte es esencial para la protección de este derecho y el pleno reconocimiento de la dignidad inherente a todo ser humano. A diferencia del caso anterior, en éste no se permite excepción alguna en la que podría implementarse la pena de muerte. Para el texto completo ver https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf consultado el 22 de mayo, 2019.

³⁷ Este Protocolo fue adoptado en Asunción, Paraguay el 8 de junio de 1990. La publicación de su promulgación fue hecha en el Diario Oficial de la Federación el 9 de octubre de 2007. Los Estados Parte reconocen en éste que toda persona tiene el derecho inalienable a que se le respete su vida sin que este derecho pueda ser suspendido por ninguna causa, que la aplicación de la pena de muerte produce consecuencias irreparables que impiden subsanar el error judicial y eliminar toda posibilidad de enmienda y rehabilitación del procesado y que la abolición de la pena de muerte contribuye a asegurar una protección más efectiva del derecho a la vida. El texto se asemeja al Segundo Protocolo Facultativo al prohibir la pena de muerte, excepto para aquellos que como reserva la permitan “en tiempo de guerra conforme al Derecho Internacional por delitos sumamente graves de carácter militar”. Para el texto completo

ver

<https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/PROTOCOLO%20ABOLICION%20PENAN%20DE%20MUERTE.pdf>

³⁸ En el ámbito interamericano, véase por ejemplo el Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94. www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es consultado el 22 de mayo, 2019. Véase también la Opinión Consultiva en El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías de proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A. No. 16, en www.corteidh.or.cr/index.php/opiniones-consultivas revisado el 22 de mayo de 2019.

jurídicos locales a través del mundo.³⁹ La tendencia abolicionista es tan clara que en 1994 la Asamblea General de la ONU estudió la posibilidad de una resolución que prohibiera absolutamente la pena de muerte, con vistas al año 2000. Dicha resolución no fue aprobada por determinación del Comité Social, Humanitario y Cultural, pero el mero hecho de haber sido seriamente considerada es indicativo de esta inercia en contra de la pena de muerte.⁴⁰

La tendencia clara es que ningún instrumento de derecho internacional público establezca la pena de muerte en ningún caso. De hecho, prácticamente medio siglo después de la Declaración Universal de 1948, un breve y lacónico comentario en un reporte del Secretario General de la ONU establecía que ningún tribunal internacional debería estar autorizado para imponer la pena de muerte.⁴¹ Esto se ha hecho realidad, por ejemplo, en las disposiciones del Estatuto de Roma de 1998, que creó la Corte Penal Internacional.

¿Por qué sigue hablándose en algunos instrumentos de la posibilidad de permitir la pena de muerte? Fundamentalmente porque el derecho internacional público no funciona por reglas de mayorías democráticas y, por ende, la práctica de países tan influyentes y poderosos como los Estados Unidos de América y China incide en la normatividad internacional. A pesar de ello, hay enormes áreas geográficas como los 47 países que forman el Consejo de Europa que se han adherido a los instrumentos que prohíben la pena de muerte.⁴²

³⁹ *The main 'soft law' sources protecting the right to life are the UN Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials (1990), the UN Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions (1989), and the UN Economic and Social Council's Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of Those Facing the Death Penalty (ECOSOC Safeguards) (1984).* RODLEY Nigel S., *op. cit.*, p. 175.

⁴⁰ TUMINELLO PRINZO, Kristi, *The United States – "Capital" of the World: An Analysis of Why the United States Practices Capital Punishment While the International Trend is Towards its Abolition*, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 24, 3, Artículo 7, p. 863.

⁴¹ SG Report, UN doc. S/25794, mayo 3 de 1993 párrafo 112, citado por Schabass, *op. cit.*, p. 291.

⁴² *State practice is a key element and as long as a substantial minority of states maintain the death penalty – especially states as influential as China, India and the US- international law will have to reflect that reality.* RODLEY, Nigel S., *op. cit.*, pp. 178-179.

IV] La pena de muerte en la actualidad

En 2018, 53 países⁴³ continuaban teniendo prevista la pena de muerte en sus disposiciones legales: Afganistán, India, Nigeria, Estados Unidos de América, Irán, Japón, Taiwán, Kuwait, Zimbabwe, Libia, Tailandia, Guyana, Uganda, Bangladesh, Irak, Indonesia, Botswana, Emiratos Árabes Unidos, Bahamas, Cuba, Bielorrusia, Yemen, Arabia Saudita, Vietnam, Siria, Egipto, Sudán del Sur, República Democrática del Congo, Etiopía, China, Sudán, Islas Comoras, Somalia, Barbados, Malasia, Chad, Pakistán, Omán, Singapur, St. Kitts y Nevis, Santa Lucía, Bahrain, Corea del Norte, Guinea Ecuatorial, St. Vicente y las Granadinas, Territorios Palestinos, Trinidad y Tobago, Lesotho, Antigua y Barbuda, Belice, Dominica, Jamaica y Jordania.⁴⁴

Como se puede apreciar, en la América continental (excluyendo por ende las islas caribeñas que aún la tienen), los únicos países que la siguen reconociendo como legalmente válida son los Estados Unidos de América, Guyana y Belice.

Según Amnistía Internacional, al concluir el año 2018, 106 países habían abolido la pena de muerte, 690 personas habían sido ejecutadas en el mundo (sin considerar a China donde posiblemente miles fueron ejecutados, pero donde la información no es pública) durante el año (aunque eso significa una reducción del 31% con relación al año anterior).⁴⁵ Sin considerar el caso de China, 78% de las ejecuciones ordenadas por los tribunales conforme a sus leyes locales en 2018, tuvieron lugar en solo 4 países: Irak, Vietnam, Arabia Saudita e Irán.⁴⁶

No cabe duda que, en muchos lugares alrededor del mundo, la pena de muerte está reduciendo su frecuencia de implementación, dificultando su utilización en virtud de restricciones legislativas o de interpretación judicial, o de plano, prohibiéndose.

a). **México.** México es uno de esos países que ha modificado su Constitución para prohibir la pena de muerte y en ese tema, el

⁴³ No todos los señalados en esta lista tienen reconocimiento pleno como Estados para todos los efectos del Derecho Internacional Público. Para analizar el tema de reconocimiento de Estados ver ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho Internacional Público*, Oxford University Press, 4ª Edición, México, 2015, p. 87 y SHAW, Malcolm, *International Law*, Oxford University Press, 7ª Edición, Oxford, 2014, pp. 142-153.

⁴⁴ <https://www.telegraph.co.uk/travel/maps-and-graphics/countries-that-still-have-the-death-penalty/> consultado el 22 de mayo, 2019.

⁴⁵ <https://amnesty.org/en/what-we-do/death-penalty/> consultado el 22 de mayo, 2019.

⁴⁶ *Ídem.*

texto previo al 2005 contrasta de manera radical con lo que hoy establece la Carta Magna. En su texto actual, el primer párrafo del artículo 22, contiene la prohibición expresa a las penas de muerte en todos los casos, sin excepciones, además de las de *mutilación, infamia, marca, azotes, palos, tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales*.⁴⁷

El texto original de 1917 permitía la pena de muerte en diversos supuestos, los cuales se fueron reduciendo a través de las reformas a dicho numeral de la Constitución, iniciando con la de 1982.⁴⁸ Posteriormente, en septiembre del año 1996⁴⁹ y en marzo de 1999,⁵⁰ sucedió la segunda y tercera reforma, respectivamente; las cuales no tuvieron incidencia en el tema de la pena de muerte, sino que se referían a la confiscación de bienes.

Sin embargo, en diciembre de 2005⁵¹ se estableció la prohibición absoluta a las penas de muerte al derogarse el párrafo cuarto del artículo 22, el cual establecía los casos en los que estaría permitida conforme al texto Constitucional. La relevante reforma es importante por el énfasis en los motivos que llevaban a recomendarla, y que incluía entre otros temas, referencias expresas a Beccaria y el propósito de la pena, la necesidad de su proporcionalidad, y tener mayor autoridad para poder defender a los mexicanos sentenciados a muerte en los Estados Unidos de América, según describe la exposición de motivos presentada por los Senadores Fernando Solana Morales, Salvador Rocha Díaz, Heladio Ramírez López, Melchor de los Santos Ordóñez y Amador Rodríguez Lozano.⁵² Tal como lo señala Enrique Díaz Aranda:

La imposición de la sanción penal no busca la retribución, es decir, causar un daño como compensación por el mal causado, sino que tiene como fin específico la resocialización del

⁴⁷ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150519.pdf consultado el 27 de mayo, 2019.

⁴⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre, 1982. Todas las reformas al artículo 22 Constitucional fueron consultadas en www.diputados.gob.mx el 27 de mayo, 2019.

⁴⁹ Diario Oficial de la Federación. Julio 03, 1996.

⁵⁰ Diario Oficial de la Federación. Marzo 08, 1999.

⁵¹ Diario Oficial de la Federación. Diciembre 09, 2005.

⁵² Resulta muy interesante la lectura del diálogo en el senado, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 09 de diciembre de 2005. Ver www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/cpeum/CPEUM_164_DO_09dic05.pdf consultado el 27 de mayo, 2019.

*delincuente, ello se le conoce como el fin de prevención especial de la pena y está ordenado en el segundo párrafo del Art. 18 de la Constitución al establecer que los Estados de la República reestructurarán su sistema penitenciario bajo las directrices de la readaptación social del delincuente a través del trabajo y la educación. Por ello, la pena de muerte contravendría el fin de la pena ordenado por la Carta Magna ya que ¡es imposible readaptar a un muerto!*⁵³

En 2008, dentro de la reforma integral al sistema penal mexicano, se adicionó al primer párrafo la siguiente frase: *toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.*⁵⁴

En 2007, México suscribió el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Destinado a Abolir la Pena de Muerte.⁵⁵

Aunado a lo anterior, en junio de 2011,⁵⁶ entró en vigor la reforma constitucional en materia de derechos humanos, la cual, entre sus aspectos más importantes, incluye la incorporación de todos los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales como derechos que, en caso de ser violados, pueden ser exigibles por el gobernado, a través del juicio de

⁵³ DÍAZ ARANDA, Enrique, *¿Es Constitucional la Pena de Muerte en México?*, www.unifr.ch/ddp1/derecho_penal/articulos/a_20080521_64.pdf consultado el 27 de mayo, 2019.

⁵⁴ Diario Oficial de la Federación. Junio 18, 2008. Se publicaron nuevas reformas en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2015 y luego el 14 de marzo de 2019, pero en temas que no atañen a la pena de muerte.

⁵⁵ Diario Oficial de la Federación del 26 de octubre, 2007 consultado en www.ordenjuridico.gob.mx/Tratint/Derechos%20Humanos/D49BIS.pdf consultado el 27 de mayo, 2019.

⁵⁶ Se ha escrito mucho sobre la referida reforma y al no ser el tema central de este trabajo, no ahondaré en ella. No obstante, el tema de la pena de muerte ha sido muy estudiado por distintos juristas en nuestro país, y sobre dicho tema, se puede consultar: López Betancourt, Eduardo *et al*, *La Pena de Muerte*, Porrúa, México, 2016; Peñaloza, Pedro José, *Pena de muerte; Mitos y Realidades*, Porrúa – Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004; Estrada Avilés, Jorge Carlos, *Opúsculo sobre la Pena de Muerte en México*, Porrúa, Centro Marista de Estudios Superiores, A.C., México, 1999; Barreda Solórzano, Luis de la; *Tortura y Pena de Muerte en la Jurisprudencia Interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México – Porrúa – PUDH, México, 2017; Arriola, Juan Federico, *La Pena de Muerte en México*, Trillas, México, 2006; Arroyo, Luis, *Pena de Muerte: Una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, Tirant Lo Blanch, entre otros.

Amparo, incluyendo por supuesto, lo referido en el citado Segundo Protocolo Facultativo.⁵⁷

Así, México está en el centro de esta lógica que en los albores del siglo XXI parece tener a dificultar o prohibir la imposición de la pena de muerte.

b). *La postura de la Iglesia Católica en su Catecismo.* Un caso paradigmático es la regulación que la Santa Sede hace en torno al tema, no solamente (para quienes son creyentes) por su autoridad religiosa, sino porque en su carácter de experta en humanidad tiene enorme auctoritas. Hasta hace poco, el Catecismo de la Iglesia Católica establecía en el número 2267 lo siguiente:

La enseñanza tradicional de la Iglesia no excluye, supuesta la plena comprobación de la identidad y de la responsabilidad del culpable, el recurso a la pena de muerte, si ésta fuera el único camino posible para defender eficazmente del agresor injusto las vidas humanas. Pero si los medios incruentos bastan para proteger y defender del agresor la seguridad de las personas, la autoridad se limitará a esos medios, porque ellos corresponden mejor a las condiciones concretas del bien común y son más conformes con la dignidad de la persona humana.

Hoy, en efecto, como consecuencia de las posibilidades que tiene el Estado para reprimir eficazmente el crimen, haciendo inofensivo a aquél que lo ha cometido sin quitarle definitivamente la posibilidad de redimirse, los casos en los que sea absolutamente necesario suprimir al reo "suceden muy (...) rara vez (...), si es que ya en realidad se dan algunos".⁵⁸

Sin embargo, en 2018, durante el Papado de S.S. Francisco, el texto fue reformado para quedar de la siguiente manera:

Durante mucho tiempo el recurso a la pena de muerte por parte de la autoridad legítima, después de un debido proceso, fue considerado como respuesta apropiada a la gravedad de algunos delitos y un medio admisible, aunque extremo, para la tutela del bien común.

Hoy está cada vez más viva la conciencia de que la dignidad de la persona no se pierde ni siquiera después de haber cometido

⁵⁷ <https://www.gob.mx/segob/es/articulos/por-que-la-reforma-constitucional-de-derechos-humanos-de-2011-cambio-la-forma-de-ver-la-relacion-entre-el-gobierno-y-la-sociedad?idiom=es> consultado el 27 de mayo, 2019.

⁵⁸ www.aciprensa.com/noticias/asi-cambio-el-catecismo-sobre-la-pena-de-muerte-a-pedido-del-papa-francisco-69594, publicación del 2 de agosto de 2018, consultado el 21 de mayo, 2019.

crímenes muy graves. Además, se ha extendido una nueva comprensión acerca del sentido de las sanciones penales por parte del Estado. En fin, se han implementado sistemas de detención más eficaces, que garantizan la necesaria defensa de los ciudadanos, pero que, al mismo tiempo, no le quitan al reo la posibilidad de redimirse definitivamente.

Por tanto, la Iglesia enseña, a la luz del Evangelio, que “la pena de muerte es inadmisibles, porque atenta contra la inviolabilidad y la dignidad de la persona” y se compromete con determinación a su abolición en todo el mundo.⁵⁹

El propio Papa Francisco explicaba la razón de esta reforma al texto del Catecismo haciendo referencia al propósito de la pena y con énfasis en la dignidad de la persona humana, aún de los criminales.⁶⁰ La especulación acerca de la influencia de esta reforma en otros sujetos internacionales no tardó y de inmediato se cuestionó en distintos ámbitos si en más países se tendería a prohibir dicha pena,⁶¹ ya que su opinión incide no solo en quienes son católicos, sino en muchas otras personas que reconocen en éste a un líder moral.

En el marco del entorno jurídico en los Estados Unidos de América, Aliza Cover señala cómo:

⁵⁹ Catecismo de la Iglesia Católica, www.vatican.va/archive/catechism_sp/p3s2c2a5_sp.html consultado el 21 de mayo, 2019.

⁶⁰ El Papa Francisco señaló en su Discurso del 11 de octubre, 2017, con Motivo del XXV Aniversario del Catecismo de la Iglesia Católica en el Aula del Sínodo: “En los siglos pasados, cuando no se tenían muchos instrumentos de defensa y la madurez social todavía no se había desarrollado de manera positiva, el recurso a la pena de muerte se presentaba como una consecuencia lógica de la necesaria aplicación de la justicia. Lamentablemente, también en el Estado Pontificio se acudió a este medio extremo e inhumano, descuidando el primado de la misericordia sobre la justicia. Asumimos la responsabilidad del pasado y reconocemos que estos medios fueron impuestos por una mentalidad más legalista que cristiana. La preocupación por conservar íntegros el poder y las riquezas materiales condujo a sobrestimar el valor de la ley, impidiendo una comprensión más profunda del Evangelio. Sin embargo, permanecer hoy neutrales ante las nuevas exigencias de una reafirmación de la dignidad de la persona nos haría aún más culpables”. W2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2017/october/documents/papa-francesco_20171011_coonvegno-nuova-evangelizzazione.html consultado el 21 de Mayo, 2019.

⁶¹ *After Pope Francis recent declaration that the death penalty is impermissible under all circumstances, there has been speculation about whether his announcement could fuel the end of the American death penalty.* COVER, Aliza Plener, *The Pope and the Capital Juror*, *The Yale Law Journal Forum*, December 03, 2018, 128 *Yale L. J. Forum* 599 (2018), p. 599.

*Políticos y votantes católicos, de manera conjunta con votantes no católicos que respetan al Papa Francisco como un líder moral, podrán inclinarse a acelerar o apoyar esfuerzos legislativos para abolir la pena de muerte. Jueces Católicos – cuyas filas incluyen a una mayoría de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia (en los Estados Unidos) – pueden verse influidos en sus opiniones sobre la pena de muerte. El anuncio puede también afectar los ‘estándares evolutivos de decencia’ de la sociedad, que a su vez, informan el ámbito contemporáneo en el que ha de entenderse la prohibición de la Octava Enmienda (de la Constitución de los Estados Unidos de América) al ‘castigo cruel e inusual’.*⁶²

Todavía es muy pronto para asegurarlo, pero parece que la definición de la Santa Sede en este tema puede acelerar la tendencia preexistente a restringir cada vez más en el mundo, la regulación de la pena de muerte como sanción legítima.

V] La reciente reducción de la pena de muerte en los Estados Unidos de América

Resulta peculiar que uno de los países que más ha fomentado la protección a los derechos humanos a través de la historia, sede de la Organización de las Naciones Unidas, generador del *Bill of Rights* de 1791, esté en la lista, relativamente reducida, de países que todavía hoy reconocen como una alternativa válida, la pena de muerte. Los Estados Unidos son el *único estado occidental democrático que emplea la pena de muerte para delitos ordinarios durante tiempos de paz*.⁶³

Existen referencias a dicha pena incluso en el texto expreso de la 5ª Enmienda a la Constitución Norteamericana y ha acompañado de manera natural al derecho penal de aquel país, desde su Independencia:

La pena de muerte ha estado en existencia en los Estados Unidos desde tiempos coloniales, con el derecho penal de los Estados resultando solo una variación ligera de lo dispuesto por el derecho inglés. En el siglo XVII, en todas las colonias, la horca

⁶² Traducción del autor: *Catholic politicians and voters, along with non-Catholics who respect Pope Francis as a moral leader, may be more inclined to spearhead or support legislative efforts to abolish the death penalty. Catholic judges – whose ranks include a majority of Justices on the Supreme Court – may be influenced in their opinions of the death penalty. The announcement may also affect society’s “evolving standards of decency”, which in turn inform the contemporary scope of the Eighth Amendment’s prohibition on “cruel and unusual punishment”. Ibidem, pp. 599-600.*

⁶³ TUMINELLO PRINZO, Kristi, *op. cit.*, p. 856.

era la pena obligatoria para los crímenes contra el Estado, la persona y la propiedad, y era conducida por auspicios de los oficiales locales.⁶⁴

Los motivos que pueden explicarlo son muchos, eminentemente de carácter histórico. Sin embargo, por primera vez, la cantidad de personas que está siendo condenada a la pena de muerte en los Estados Unidos de América, y que está finalmente siendo ejecutada, se ha reducido de manera sustancial en la última década, al punto que algunos autores consideran, podría estar a la vista, su final abrogación de la legislación norteamericana.⁶⁵

La pena de muerte en los Estados Unidos se realiza a través de un proceso bifurcado. En primera instancia, el jurado ha de determinar la culpabilidad o no del acusado. En caso de que sea condenado, entonces se vuelve a poner en manos del jurado la determinación de la pena.⁶⁶

Desde la Independencia de las 13 colonias y la Constitución de los Estados Unidos de América, sus redactores estaban familiarizados con las posturas de Beccaria que requería una proporcionalidad entre el delito y la pena y se mostraba renuente a aceptar la legitimidad de la pena de muerte.⁶⁷

La imposición de la pena de muerte fue relativamente cotidiana y estable hasta la llamada *Era del Progreso* entre 1900 y 1918 en que concluyó la segunda Guerra Mundial, cuando diez

⁶⁴ *Ibidem*, p. 868.

⁶⁵ Ver por ejemplo el interesante texto de GARRETT, Brandon L., *End of Its Rope; How Killing the Death Penalty can Revive Criminal Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 2017.

⁶⁶ Refiriéndose a la famosa matanza del cine en Aurora Colorado en 2012, Brandon Garrett señala cómo: *The guilt verdict was just the beginning, though, since a death penalty trial is really two trials. After the jury finds the defendant guilty of murder, the second trial begins. In the second trial, jurors wrestle with the prosecution's claim for justice and the defense's appeal for mercy. Ibidem*, p. 50.

⁶⁷ *Beccaria railed against the barbarity of state-sanctioned executions, viewing them as violative of natural law... America's Founding Fathers read Beccaria's text by candlelight, sometimes in Italian. Thomas Jefferson was especially fascinated by Beccaria's ideas. Between 1774 and 1776, Thomas Jefferson – the drafter of the Declaration of Independence and the future U.S. President – actually copied twenty-six different passages from Beccaria's text into his Commonplace Book by hand. Jefferson ... was part of a committee that expanded the death penalty's availability in wartime, he also became a member of the Virginia Committee of Revisors for legal reform, drafting a bill for Virginia's legislature specifically calling for proportionate punishments. BESSLER, op. cit., pp. 197, 203, 211-212.*

Estados abolieron la pena de muerte en su legislación penal.⁶⁸ Este proceso se revirtió después de la gran depresión de 1929, y en la década de los 1930's, con los altos niveles de pobreza y desempleo, incrementaron los niveles de ejecución a máximos históricos.⁶⁹

Naturalmente, en un país que forma parte del *common law*, la actuación de los tribunales ha sido uno de los detonantes para lograr esta reducción de penas de muerte y ejecuciones. El famoso caso de *Furman v. Georgia* 408 U.S. 239 (1972)⁷⁰ inició este movimiento al prohibir que la pena de muerte fuera acompañada de un *castigo cruel e inusual*, algo claramente prohibido por la 8ª Enmienda⁷¹ de la Constitución de los Estados Unidos de América. A pesar de esta resolución y de que temporalmente cesaron las ejecuciones, las legislaturas estatales actuaron de inmediato y a menos de un año de la sentencia, ya se habían establecido nuevas leyes con dicha pena, acatando los criterios del caso *Furman*, en cuando menos 20 Estados.⁷²

En aquel célebre caso, el juez Thurgood Marshall se quejaba de cómo la pena de muerte suele recaer sobre los pobres, los ignorantes y los miembros menos privilegiados de la sociedad.⁷³ También los Ministros Blackmun⁷⁴ y John Paul Stevens en algún momento se declararon en contra de la pena de muerte

⁶⁸ MALIK, Sheherazade C. y Holdsworth D., Paul, *A Survey of the History of the Death Penalty in the United States*, University of Richmond UR Scholarship Repository, 2015, p. 698.

⁶⁹ *Among them, the hanging of Eva Dugan in 1930, the first woman executed in Arizona, brought about reform in terms of methods of execution. In a botched hanging 'Dugan's head was ripped from her body', causing states to consider the cruel nature of hanging, and therefore, to move towards other methods. Ibidem*, p. 699.

⁷⁰ *At stake in Furman was the fate of three black defendants: a convicted murderer and two men sentenced to death for raping white women". By a five-to-four vote, the Supreme Court set aside all three death sentences, though the rationales for the Court's judgment varied considerably, with all nine Justices issuing their own individual opinions. BESSLER, op. cit., p. 233.*

⁷¹ *Excessive Bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.*

⁷² TUMINELLO PRINZO, Kristi, *op. cit.*, p. 872.

⁷³ GARRETT, Brandon L., *op. cit.*, p. 25.

⁷⁴ En su hoy famoso voto particular en el caso *Callins v Collins*, 510 U.S. 1145 (1994), el Ministro Blackmun manifestó lo siguiente: *From this day forward, I no longer shall tinker with the machinery of death. For more than 20 years I have endeavored – indeed, I have struggled – along with a majority of this Court, to develop procedural and substantive rules that would lend more than the mere appearance of fairness to the death penalty endeavor. Rather than continue to coddle the Court's delusion that the desired level of fairness has been achieved and the need for regulation eviscerated, I feel morally and intellectually obligated simply to concede that the death penalty experiment has failed.* Citado por BESSLER, *op. cit.*, pp. 242-243.

en términos absolutos.⁷⁵ En cambio, otros Ministros, como el recientemente fallecido Antonin Scalia la defendían de manera apasionada.⁷⁶

Si la pena de muerte afecta a ciertas clases de personas más que a otras, también parece tener una lógica geográfica en tres grandes áreas. En el Norte, desde Maine hasta Alaska prácticamente está abolida o es usada en muy pocas ocasiones; en la zona que va de Pennsylvania y hasta California, prácticamente por el centro de los Estados Unidos, aunque hay pena de muerte, su uso es infrecuente. La tercer área es el sur y parte del Este, desde Virginia y las Carolinas, hasta Texas y Arizona donde se llevan a cabo la mayor parte de las condenas y ejecuciones. Según Tuminello, dos terceras partes de las ejecuciones en Estados Unidos posteriores a *Furman* han ocurrido en 5 Estados solamente: Texas, Florida, Virginia, Louisiana y Georgia.⁷⁷

Muy poco tiempo después, en *Gregg v. Georgia* 428 U.S. 153 (1976), la Suprema Corte norteamericana negó que la pena de muerte *per se* fuera inconstitucional y determinó cómo la pena de muerte podía ser apropiada si se empleaba de una manera cuidadosa. Una vez dictada la sentencia en el caso *Gregg*, reiniciaron las ejecuciones *con Gary Gilmore voluntariamente sometién dose al escuadrón de fusilamiento en Utah. No obstante, muy pocas personas fueron ejecutadas hasta la mitad de la década de los 1980's.*⁷⁸

Además de la presunta inconstitucionalidad, estaba la discriminación de la pena. En *McCleskey v. Kemp*, el argumento de la ilegalidad de la pena estaba en la discriminación de su implementación. La Suprema Corte desechó datos estadísticos confiables del estudio Baldus, en el que se acreditaba que las personas negras que asesinaban a una persona blanca tenían 7 veces más posibilidades de ser sentenciados a muerte que si

⁷⁵ Justice John Paul Stevens announced his opposition to the death penalty in 2008, citing evidence from DNA exonerations: 'Whether or not any innocent defendants have actually been executed, abundant evidence accumulated in recent years has resulted in the exoneration of an unacceptable number of defendants found guilty of capital offenses'. GARRETT, Brandon L., *op. cit.*, pp. 45-46.

⁷⁶ *What about 'the case of the 11 year old girl raped by four men and then killed by stuffing her panties down her throat', Justice Antonin Scalia raged in response, though McCollum's case had not quite yet reached the Supreme Court. How enviable a quite death by lethal injection compared with that!' He accused Justice Blackmun of imposing his own personal views and politics on the Constitution. Ibidem, p. 33.*

⁷⁷ TUMINELLO PRINZO, Kristi, *op. cit.*, p. 874.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 873.

mataban a alguien de su mismo color de piel.⁷⁹ Este tema sigue siendo vigente y así, quienes han sido condenados a muerte y esperan ser ejecutados son predominantemente varones, no han completado la secundaria, son reincidentes y entre ese grupo, las minorías están sobre representadas en términos estadísticos.⁸⁰

La evolución ha sido muy clara. En las décadas de los 1980's y 1990's, los tribunales en los Estados Unidos establecieron límites muy bajos para el pago de abogados, y los juicios eran cortos, las cortes con frecuencia dictaban o confirmaban sentencias de muerte, aún cuando los abogados defensores se habían presentado en estado de ebriedad, se habían referido a sus propios clientes con epítetos raciales, o de plano, se habían quedado dormidos durante importantes períodos de las audiencias.⁸¹

A finales de los 1980's y durante la década de los 1990's, la pena de muerte estaba en clara expansión en los Estados Unidos. *Las ejecuciones y el número de personas esperando ser ejecutados estaba en incremento. El apoyo público alcanzó su máximo histórico y el número de Estados que utilizaban la pena de muerte se expandió cuando Nueva York y Kansas restablecieron esta clase de pena.*⁸² Durante este período, y en el apogeo de la pena de muerte en Estados Unidos, la Suprema Corte determinó la Constitucionalidad de ejecutar a los enfermos mentales,⁸³ retrasados mentales⁸⁴ y menores de edad⁸⁵ pero mayores de 16 años.⁸⁶

No obstante, a partir de 1999 todo ha iniciado a cambiar, en particular con el inusitado número de condenados que fueron absueltos por pruebas de ADN. De hecho, resoluciones posteriores de los tribunales han revocado disposiciones anteriores y por ejemplo, en *Atkis v. Virginia*⁸⁷ y en *Roper v.*

⁷⁹ 481 U.S. 279 (1987) citado por Bessler, *op. cit.*, p. 241.

⁸⁰ NEUBAUER, David W. & MEINHOLD, Stephen S., *Judicial Process; Law, Courts and Politics in the United States*, Thompson Wadsworth, 4ª Edición, Belmont, 2007, p. 301.

⁸¹ GARRETT, Brandon L., *op. cit.*, p. 3.

⁸² DIETER, Richard C., *Methods of Execution and Their Effect on the Use of the Death Penalty in The United States*, Fordham Urban Law Journal, Volumen 35, 4, Artículo 4, 2008, 813-814.

⁸³ *Penry v. Lynaugh* 492 U.S. 302, 340 (1989).

⁸⁴ *Thompson v. Oklahoma* 487 U.S. 815, 838 (1988).

⁸⁵ *Stanford v. Kentucky* 492 U.S. 361, 380 (1989).

⁸⁶ *Ford v. Wainwright* 477 U.S. 399, 409-10 (1986).

⁸⁷ *Atkins v. Virginia* 536 U.S. 304, 321 (2002).

*Simmons*⁸⁸ se determinó que era inconstitucional ejecutar a un menor de 18 años.

Mientras que en el Estado de Maryland, en la década de los 1990's había más de 50 personas esperando su ejecución, ya con condenas de muerte en su contra, entre 2011 y 2017 no hubo sentencias de muerte y apenas había 5 personas esperando ejecución. La misma tendencia se advierte incluso en estados tradicionalmente proclives a esta clase de pena, como Texas.⁸⁹

En la actualidad, la inyección letal sigue siendo el método más usual de ejecución, seguido de la electrocución, la cámara de gas, la horca e incluso algún estado continúa previendo el pelotón de fusilamiento como el mecanismo adecuado en ciertos casos.⁹⁰

Mientras que en muchos casos lo que se ha hecho en Estados Unidos es limitar la pena de muerte a ciertas personas o alguna clase de métodos, lo que para otros es fundamental lograr es que se determine que esta pena *per se* es inconstitucional, al violar lo dispuesto por la 8ª Enmienda. No parece algo fácil a la luz de las disposiciones expresas de otros apartados de la Constitución y en especial, de la Quinta Enmienda.⁹¹

Brandon Garrett lo pone en términos categóricos: *La pena de muerte en los Estados Unidos está al final de la cuerda. La podemos abolir no en cuestión de generaciones, sino de años. Y es imperativo que lo hagamos, pues su abolición será un catalizador de nuestro sistema de justicia penal.*⁹² Sin embargo, no todos están de acuerdo con él.⁹³

⁸⁸ *Roper v. Simmons* 543 U.S. 551 (2005). Writing for the five-judge majority, Justice Kennedy (a Reagan appointee) argued that capital punishment must be limited to those offenders who commit "a narrow category of the most serious crimes" and whose extreme culpability makes them "the most deserving of execution". Those under 18 cannot with reliability be classified among the worst offenders. Neubauer, David W. y Meinhold, Stephen S., *op. cit.*, p. 297.

⁸⁹ GARRETT, Brandon L., *op. cit.*, p. 4.

⁹⁰ MALIK, Sheherazade C. y HOLDSWORTH D., Paul, *op. cit.*, p. 708.

⁹¹ *If the death penalty is ultimately held to violate the U.S. Constitution's Eighth Amendment, it will be because of the cogent, principled arguments of jurists like Justices Goldberg, Brennan, and Marshall, as well as those of Justices Breyer and Ginsburg.* Bessler, John, en su introducción a Breyer, Stephen, *Against the Death Penalty*, Brookings, Washington, D.C., 2016, p. 67.

⁹² Traducción del autor. *The death penalty in the United States is at the end of its rope. We can abolish it not in a matter of generations, but in a matter of years. And it is imperative that we do so, for its abolition will be a catalyst for reforming our criminal justice system.* Garrett, Brandon L., *op. cit.*, p. 1.

⁹³ *Perhaps a partial explanation for retention of the death penalty in the United States is precisely due to popular sentiment. Unlike Italy or the Federal Republic of Germany, which denounce the death penalty in their constitutions, with strong public support, it is quite improbable that our*

No solo los tribunales en Estados Unidos se manifiestan, sino que los gremios más serios de juristas también lo hacen. En 1997, la American Bar Association, después de analizar el tema, solicitó una moratoria en las ejecuciones y el establecimiento de un período de cuestionamientos e introspección en el tema de la pena de muerte.⁹⁴

El 29 de mayo de 2019 los legisladores de New Hampshire abolieron en esa entidad la pena de muerte, con una mayoría de dos tercios para poder vencer el veto que antes había interpuesto el Gobernador de aquel lugar el Republicano Chris Sununu. Así, 21 Estados han prohibido ya en Estados Unidos la pena de muerte.⁹⁵

La conversión de muchos juristas distinguidos a la opción de la abolición de la pena de muerte en los Estados Unidos es notoria. Un caso emblemático es el de Stephen Breyer, Ministro de la Suprema Corte de aquel país. Lo que se ha desarrollado a través de resoluciones en el poder judicial, tal vez requiera ser consolidado por el poder legislativo:

Reconozco un argumento contrario fuerte que favorece su constitucionalidad. Somos un tribunal. ¿No deberíamos dejar esto al pueblo actuando democráticamente a través de las legislaturas? La Constitución prevé un país que tomará sus decisiones más importantes a través de la democracia. La mayor parte de los países que han abandonado la pena de muerte, lo han hecho por la vía legislativa, no judicial. Y los legisladores, a diferencia de los jueces, tienen plena libertad para tomar en cuenta factores como los costos monetarios, que no necesariamente son irrelevantes en este tema.

La respuesta es que los temas a los que me he referido, tales como la falta de confiabilidad, la aplicación arbitraria de una pena seria e irreversible, el sufrimiento individual sufrido por las largas demoras, y la falta de propósito de lógica criminal son factores judiciales esenciales.⁹⁶

A pesar de lo anterior, justamente al iniciar los tiempos electorales para su posible reelección en 2020, el Presidente de los

Constitution will be amended any time in the near future to reflect such a stance. TUMINELLO PRINZO, Kristi, *op. cit.*, p. 888.

⁹⁴ Ver THOMPSON, Kara, *The ABA's Resolution Calling for a Moratorium on Executions: What Jurisdictions Can do to Ensure that the Death Penalty is Imposed Reasonably*, Arizona Law Review, número 40, p. 1,515, 1998.

⁹⁵ www.washingtonpost.com/national/ consultado en junio 01, 2019.

⁹⁶ Traducción del autor. BREYER, Stephen, *Against the Death Penalty*, Brookings, Washington, D.C., 2016, p. 95.

Estados Unidos, Trump, decidió ordenar que se reiniciaran las ejecuciones por delitos federales. La medida no es del todo inesperada y ya había sido insinuada por el anterior fiscal Jeff Sessions. Si bien la pena de muerte no estaba prohibida por la legislación federal americana, no se había ejecutado a nadie por delitos federales desde 2003⁹⁷. La orden fue firmada por el fiscal general de los Estados Unidos William Barr, en Julio de 2019.

Después de la ejecución de Timothy J. McVeigh, quien colocó la bomba de Oklahoma asesinando a 168 personas, algunos de los delincuentes más conocidos contra los cuales se ha solicitado implementar la pena de muerte en Estados Unidos son Dylann S. Roof, supremacista blanco que asesinó a nueve personas de raza negra en 2015, y Dzhokhar Tsarnaev, quien colocó una bomba en el Maratón de Boston.⁹⁸

Aunque el tema se relaciona directamente con la pena de muerte en Estados Unidos, parecería que la medida es mucho más una estrategia para colocar a la pena de muerte en la discusión electoral para la campaña presidencial de dicho país en 2020.

El propio Barr decidió iniciar el procedimiento contra 5 personas cuyos delitos parecen ser especialmente violentos y abominables, cometidos antes del año 2004. Se ha determinado que han de ser ejecutados a través del envenenamiento con una única droga denominada *pentobarbital*, a diferencia de la mezcla de tres drogas que se utilizaba anteriormente y que fue motivo de múltiples litigios,⁹⁹ en la cárcel federal de Terre Haute, Indiana.¹⁰⁰ Seguramente seguirá una larga lista de nuevas demandas que buscarán determinar la inconstitucionalidad de la medida y del uso de esta nueva modalidad de método de ejecución.

⁹⁷ De hecho, sólo han sido ejecutadas 3 personas en los Estados Unidos de América por delitos federales desde 1988 y hasta la fecha. Gurman, Sadie y Bravin, Jess, *Federal Government Set to Resume Executions*, The Wall Street Journal, julio 25, 2019. <https://www.wsj.com/articles/federal-government-set-to-resume-executions-11564066216>, consultado el 30 de Julio, 2019.

⁹⁸ BENNER, Katie, *U.S. to Resume Capital Punishment for Federal Inmates on Death Row*, The New York Times, <https://www.nytimes.com/2019/07/25/us/politics/federal-executions-death-penalty.html>, consultado el 30 de Julio, 2019.

⁹⁹ Los delincuentes que han de ser ejecutados conforme a dicha disposición son Daniel Lewis Lee, Lezmond Mitchell, Wesley Ira Purkey, Alfred Bourgeois y Dustin Lee Honken. Gurman, Sadie y Bravin, Jess, *op. cit.*

¹⁰⁰ Department of Justice, <https://www.justice.gov/opa/pr/federal-government-resume-capital-punishment-after-nearly-two-decade-lapse>, consultado el 30 de julio, 2019.

VI] Conclusiones

La pena de muerte sigue empleándose en el mundo, pero se advierte con claridad una tendencia en el derecho local de múltiples Estados y en el propio derecho internacional público a restringir o prohibir cada vez más su legalidad.¹⁰¹

Si la persona humana es un fin en sí mismo, y su dignidad debe ser reconocida y respetada, lo lógico sería erradicar una pena que no permite rehabilitación alguna y que, en caso de fallo judicial, no puede ser corregida. No parece que los problemas cotidianos de violencia puedan encontrarse en las penas, sino en la impunidad.

Parece que así lo ha considerado una mayoría de los juristas y políticos en el mundo, generando una clara inercia hacia la regulación que limita y en ocasiones prohíbe la imposición de la pena de muerte. La influencia de los actores que han actuado de esa manera parece indicar que la pena seguirá reduciendo su vigencia, pero solo el tiempo podrá decirnos hasta dónde.

*It is always unreasonable to choose directly against any basic value, whether on oneself or in one's fellow human beings.*¹⁰²

- John Finnis -

Bibliografía

ARRIOLA, Juan Federico, *La Pena de Muerte en México*, Trillas, México, 2006

ARROYO, Luis, *Pena de Muerte: Una pena cruel e inhumana y no especialmente disuasoria*, Tirant Lo Blanch. 2015

BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la; *Tortura y Pena de Muerte en la Jurisprudencia Interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa – PUDH, México, 2017

BESSLER, John D., *Revisiting Beccaria's Vision: The Enlightenment, America's Death Penalty, and the Abolition Movement*, Northwestern Journal of Law & Social Policy, Volumen 4, 2, Artículo 1, 2009

¹⁰¹ *The last quarter of the twentieth century witnessed a trend towards abolition that is steady and sustained. The fact that the community of state was willing to adopt abolitionist protocols to human rights treaties makes it increasingly difficult for abolitionist states to deny that the death penalty is a human rights issue.* RODLEY, Nigel S., *op. cit.*, p. 178.

¹⁰² FINNIS, John, *op. cit.*, p. 225.

- BREYER, Stephen, *Against the Death Penalty*, Brookings, Washington, D.C., 2016.
- CASSESE, Antonio, *A Plea for a Global Community Grounded in a Core of Human Rights*, en *Realizing Utopia; The Future of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012
- COVER, Aliza Plener, *The Pope and the Capital Juror*, The Yale Law Journal Forum, December 03, 2018, 128 Yale, L. J. Forum 599. 2018
- DIETER, Richard C., *Methods of Execution and Their Effect on the Use of the Death Penalty in The United States*, Fordham Urban Law Journal, Volumen 35, 4, Artículo 4, 2008
- ESTRADA AVILÉS, Jorge Carlos, *Opúsculo sobre la Pena de Muerte en México*, Porrúa, Centro Marista de Estudios Superiores, A.C., México, 1999
- FINNIS, John, *Natural Law & Natural Rights*, Oxford University Press, 2ª Edición, Oxford, 2011
- GARRETT, Brandon L., *End of Its Rope; How Killing the Death Penalty can Revive Criminal Justice*, Harvard University Press, Cambridge. 2017
- GATT CORONA, Guillermo Alejandro, *El Derecho de Guerra Contemporáneo; Reflexiones desde el pensamiento de Francisco de Vitoria*, ITESO – Universidad Panamericana, Guadalajara, 2013
- GLENDON, Mary Ann, *Un Mundo Nuevo; Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Fondo de Cultura Económica – Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal – Universidad Panamericana, México, 2011
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo et al, *La Pena de Muerte*, Porrúa, México, 2016
- MALIK, Sheherazade C. y HOLDSWORTH D., Paul, *A Survey of the History of the Death Penalty in the United States*, University of Richmond UR Scholarship Repository, 2015
- NEUBAUER, David W. y MEINHOLD, Stephen S., *Judicial Process; Law, Courts and Politics in the United States*, 4ª Edición, Thompson Wadsworth, Belmont, 2007
- NUSSBAUM, Martha C., *Political Emotions; Why Love Matters for Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, London, 2013
- ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho Internacional Público*, Oxford University Press, 4ª Edición, México, 2015
- SHAW, Malcolm, *International Law*, 7ª Edición, Oxford University Press, Oxford, 2014
- RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y Fernández Ramos, José M., *Racionalidad de la Pena; Una aproximación crítica a sus discursos legitimantes*, Editorial Ubijus, México, 2012
- RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro, *Derechos Humanos*, Oxford University Press, México, 2011
- REAL LEDEZMA, Juan, *El Enjuiciamiento Criminal de Cristo en el Derecho Penal Romano*, 2ª Reimpresión, ITESO, México, 2010
- REMIRO BROTONS, Antonio, *Derecho Internacional; Tratados y Otros Documentos*, McGraw Hill, Madrid, 2001

- RODLEY, Nigel S., *Integrity of the Person* en Moeckly, Daniel, Shah, SANGEETA Y SIVAKUMARAN Sandesh, *International Human Rights Law*, 3ª Edición, Oxford University Press, Oxford, 2018
- PEIFFER, Elizabeth, *The Death Penalty in Traditional Islamic Law and as Interpreted in Saudi Arabia and Nigeria*, *William & Mary Journal of Women and the Law*, Vol. 11, 3, Artículo 9
- PEÑALOZA, Pedro José, *Pena de muerte; Mitos y Realidades*, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004
- SCHABAS, William, *Death Penalty (International Crimes)*, en Cassese, Antonio (Editor en Jefe), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009
- THOMAS et al., *International Human Rights in a nutshell*, 5ª Edición, Nutshell Series, West Academic Publishing, St. Paul, 2017
- THOMPSON, Kara, *The ABA's Resolution Calling for a Moratorium on Executions: What Jurisdictions Can do to Ensure that the Death Penalty is Imposed Reasonably*, *Arizona Law Review*, número 40, 1998.
- TUMINELLO PRINZO, Kristi, *The United States – "Capital" of the World: An Analysis of Why the United States Practices Capital Punishment While the International Trend is Towards its Abolition*, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 24, 3, Artículo 7.

Japón, un aliado estratégico. Pasado inmediato y futuro de un caso exitoso

JOSÉ ANTONIO GLORIA MARTÍNEZ¹

SUMARIO: I. *Relación México-Japón y el Tratado del Libre Comercio con América del Norte* II. *Efectos a partir de la firma del Acuerdo de Asociación Económica* III. *Lecciones aprendidas* IV. *Conclusiones*

Resumen. Las relaciones modernas entre México y Japón están orientadas hacia América del Norte, entendida como una región integrada. El Acuerdo de Asociación Económica México-Japón es el principal hito de la relación en el siglo XXI. Sin embargo, las premisas que le dieron origen han cambiado. Esta coyuntura demanda un rediseño de la política exterior de México hacia Japón, que habrá de repetir los aciertos de las últimas tres décadas que la hicieron exitosa considerando el panorama geopolítico actual.

Palabras clave: México, Japón, política exterior, TLCAN, CPTPP, Acuerdo de Asociación Económica.

Abstract. The modern relations between Mexico and Japan are oriented towards North America, as an integrated region. The Economic Partnership Mexico-Japan Association is the most important landmark of this relation during the 21st Century. This context demands a re-engineering of the Mexican Foreign Policy to Japan that may repeat the good decisions that made this a successful relation and consider current geopolitical factors.

Keywords: México, Japan, foreign policy, NAFTA, CPTPP, Economic Partnership Agreement.

En la fotografía de la relación bilateral se aprecia que Japón es el quinto socio comercial global de México,² su cuarto principal

¹ Abogado egresado de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara, encargado de asuntos políticos de la Embajada de México en Japón.

² Secretaría de Economía, Comercio Exterior, *Información Estadística y Arancelaria, Datos al Primer Trimestre de 2019*, versión electrónica: <https://www.gob.mx/se/acciones-y->

inversionista entre 2009 y 2018³ y el primero de la región Asia Pacífico. Del mismo modo, México es el principal socio económico de Japón en América Latina y es sede de 1,200 empresas que, en su mayoría, participan en el sector automotriz –una industria que ha generado cerca de 840 mil empleos directos en el país.⁴ Además, México es el destino turístico de más de 156 mil japoneses quienes,⁵ en 2018, fueron los visitantes que dejaron una mayor derrama económica: aportaron, en promedio, 2,008 dólares sin incluir el transporte aéreo.⁶

En suma, la relación de México con Japón es un caso de éxito. Está fuertemente cimentada en el sector económico y se nutre, además, por los profundos intercambios académicos, científicos, turísticos, culturales, el diálogo político de alto nivel y, hay que decirlo, por la integración económica en América del Norte. Además, materializa un ejemplo concreto sobre cómo el ejercicio de la política exterior genera beneficios en la agenda doméstica. La naturaleza de la relación, gracias a su profundidad y amplitud, es estratégica para nuestro país. Esta relación es mutuamente benéfica, fruto del arduo trabajo de ambas partes en las últimas tres décadas y tiene una plataforma sólida que augura un futuro prometedor. Es fundamental advertir, no obstante, que se requiere más que voluntad para potenciar el nivel de la relación. Es preciso un análisis de los factores nacionales y geopolíticos que influyen en ella, a efecto de presentar una planeación adecuada de la política exterior mexicana hacia Japón.

El presente caso de estudio tiene como fin detallar cómo se construyó la relación bilateral para llegar al estado actual, así como proponer vías para dirigir la política exterior de México para Japón. En la primera parte, se ofrece un panorama sobre el efecto de la integración en América del Norte en la relación bilateral. En la

programas/comercio-externo-informacion-estadistica-y-arancelaria?state=published.

Última consulta el 13 agosto 2019.

³ Secretaría de Economía, Acciones y Programas, *Inversión Extranjera Directa. Datos al Primer Trimestre de 2019*, versión electrónica: <https://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/competitividad-y-normatividad-inversion-extranjera-directa?state=published>.

Última consulta el 13 de agosto de 2019.

⁴ Oficina de la Secretaría de Economía en Japón. 19 de febrero de 2019.

⁵ Secretaría de Turismo, información publicada vía Twitter. 13 de febrero de 2019. Disponible en https://twitter.com/SECTUR_mx/status/1095727825162825728. Última consulta el 13 de agosto 2019.

⁶ MUNGUÍA, Aldo, *Los 5 turistas extranjeros que más gastan en México*, El Financiero, 7 de febrero de 2019. Disponible en <https://www.elfinanciero.com.mx/empresas/los-5-turistas-extranjeros-que-mas-gastan-en-mexico>. Última consulta el 13 de agosto 2019.

segunda, se presentan los efectos del Acuerdo de Asociación Económica en México. En la tercera, se explican las lecciones aprendidas durante los últimos 29 años. Finalmente, se expone el rumbo y necesidades de la relación bilateral a la luz del orden nacional e internacional actual.

I] Relación México-Japón y el Tratado de Libre Comercio con América del Norte

El Acuerdo de Asociación Económica México-Japón (AAE) tiene una relación directa con la entrada en vigor del Tratado del Libre Comercio en América del Norte (TLCAN), el cual trajo consigo una nueva política económica para México.⁷ Así lo demuestran los antecedentes de la relación México-Japón previo a la firma del acuerdo.

La Comisión México-Japón siglo XXI fue constituida en 1990 a propuesta de los mandatarios de ambos Estados. En su informe final presentado en marzo de 1992, la comisión concluyó que, de concretarse un acuerdo comercial en América del Norte, las relaciones nipo-mexicanas tendrían un componente predominantemente multilateral. Ante este escenario, propuso a ambos países buscar la manera de beneficiarse del proceso de integración que detonaría el tratado en América del Norte.⁸

Posteriormente, otra vez por acuerdo de los mandatarios de los dos países,⁹ en 2001 se formó el Grupo de Estudio México-Japón sobre el Fortalecimiento de las Relaciones Económicas Bilaterales, que reportó que las empresas japonesas asentadas en México sufrían ciertos obstáculos al efectuar sus operaciones. Uno de ellos era el arancel del 16 por ciento, en promedio, impuesto a sus ventas en México. Existían también otros factores que lo colocaban en una situación desventajosa en materia de inversiones, prestación de servicios y acceso al mercado de compras del

⁷ KERBER, Víctor, *Sushi con tortilla: las relaciones entre México y Japón*, Foro Internacional, Colegio de México, México, 2001, Vol. XLI, 4 (166) octubre-diciembre, p. 862. Disponible en <https://forointernacional.colmex.mx/index.php/fi/article/view/1588/1578>. Última consulta el 21 de agosto 2019.

⁸ Comisión México-Japón siglo xxi, *Informe final*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, marzo de 1992, p 59.

⁹ El Grupo de estudio México-Japón sobre el Fortalecimiento de las Relaciones Económicas Bilaterales se formó en junio de 2001 por iniciativa de los mandatarios Vicente Fox y Junichiro Koizumi.

gobierno.¹⁰ Adicionalmente, a Japón le preocupaba que le impidieran la importación temporal de insumos libres de derechos a territorio mexicano, cuando estos eran exportados a Estados Unidos.¹¹

Por otra parte, para México las poco más de 300 empresas japonesas que estaban establecidas a inicios del siglo XXI representaban un impacto favorable. Además de permitir la generación de empleos y divisas, facilitaban la transferencia tecnológica, promovían una cultura laboral enfocada en la productividad y permitían el aprovechamiento del sistema gerencial basado en la mejora continua.¹² Para México también cobró importancia la posibilidad de participar en el mercado agropecuario japonés, que tendría que darse por medio de un acuerdo comercial.¹³

El informe final del Grupo de Estudio, presentado en julio de 2002, abonó a construir una narrativa de ventajas recíprocas. El estudio confirmó la complementariedad de ambas economías a partir de factores territoriales, demográficos, financieros, tecnológicos y de recursos naturales. Por un lado, determinó que, para Japón, México era una economía con una importancia estratégica como punto de entrada a América del Norte, América Latina y Europa. Por el otro, argumentó que, para México, Japón era un socio con influencia en su desarrollo económico; una fuente importante de inversión extranjera directa, de transferencia tecnológica, de fuentes de empleo y de competitividad; así como un mercado atractivo para las exportaciones mexicanas.¹⁴

El AAE comprende tres grandes apartados: libre comercio, mejora del ambiente de negocios y cooperación bilateral. El primero incluye acceso a mercados, reglas de origen, procedimientos aduaneros, salvaguardas, inversión, comercio de servicios, servicios financieros, entrada y estancia temporal de nacionales con propósitos de negocios, compras del sector público, competencia, solución de controversias, implementación y

¹⁰ TRASLOHEROS H., Gerardo, excoordinador de la negociación del Acuerdo México Japón. Mimeo a ser publicado en el libro *40 años de política comercial de México*, p 1-2.

¹¹ ALMADA, Carlos, *México y Japón: a 130 años de relaciones diplomáticas*, Secretaría de Relaciones Exteriores, Dirección General del Acervo Histórico Diplomático, Ciudad de México, 2018. p. 200.

¹² *Ibidem*, p. 201.

¹³ TRASLOHEROS H., Gerardo, *Op. Cit.*, p. 2.

¹⁴ Grupo Conjunto de Estudio México-Japón para el Fortalecimiento de las Relaciones Económicas Bilaterales, *Informe Final*, Secretaría de Economía, México, 2002, p. 12-13.

operación del acuerdo y excepciones generales. La segunda sección tiene como finalidad el establecimiento de un mecanismo de consulta y diálogo para facilitar el comercio e inversión entre las entidades privadas de los dos países. La tercera parte se refiere a la cooperación económica y técnica, contiene promoción al comercio y la inversión, industrias de soporte, pequeñas y medianas empresas, ciencia y tecnología, educación técnica y capacitación, propiedad intelectual, agricultura, turismo y medio ambiente.¹⁵

II] Efectos a partir de la firma del Acuerdo de Asociación Económica

El AAE es, indudablemente, el principal hito de la agenda bilateral en el primer cuarto del siglo XXI. Su entrada en vigor, el 1° de abril de 2005, revolucionó la interacción comercial. Su principal efecto fue la reorientación de la relación económica hacia la integración productiva en dos niveles: bilateral con Japón, e interregional con América del Norte y Asia Pacífico.

a) *Inversión.*- Como resultado directo de la firma del AAE, la inversión japonesa ha estado principalmente concentrada en el sector automotriz. Están presentes en México las cuatro principales armadoras japonesas: Nissan, Toyota, Honda y Mazda.

En 2012, Nissan anunció una inversión de 2 mil millones de dólares (mdd) para la construcción de una segunda planta en Aguascalientes, la tercera de la empresa en el país. En 2014, Nissan y Daimler AG anunciaron el establecimiento de una operación conjunta para invertir 1,240 mdd a fin de construir una planta de la más alta tecnología en Aguascalientes, que se espera alcance su máxima capacidad operativa en 2021.¹⁶

Además, en 2015 Toyota anunció una inversión por 700 mdd para una nueva planta en Guanajuato y otra por 150 mdd para la expansión de su fábrica en Baja California. Por su parte, desde 2011 Honda invirtió 1,200 mdd para su segunda planta en Guanajuato, que inició actividades en febrero de 2014. Mazda, asimismo, en 2011 anunció que invertiría más de 700 mdd en su planta de Salamanca, Guanajuato, la cual finalmente comenzó a operar a inicios de 2014.¹⁷

¹⁵ TRASLOHEROS H., Gerardo, *Op. Cit.*, p. 4-5.

¹⁶ Oficina de la Secretaría de Economía en Japón, *AAE México-Japón Caso Éxito*, Tokio, 19 de febrero de 2019.

¹⁷ *Ídem*.

De acuerdo con cifras de la Secretaría de Economía, la inversión japonesa acumulada fue de 24,774.9 mdd en el periodo 1999-2018.¹⁸ Esto convierte a Japón en el cuarto principal inversionista en nuestro país, tras Estados Unidos, España y Canadá,¹⁹ y el más importante de la región Asia Pacífico.

La presencia japonesa en México está prioritariamente dirigida al mercado norteamericano. Esa es la razón detrás de la integración económica bilateral. En el apartado sobre exportaciones del presente trabajo, se presenta la proporción que las armadoras japonesas destinan hacia América del Norte del total de su producción.

En los últimos tres años, la correlación entre México-América del Norte-Japón ha resentido las políticas comerciales proteccionistas del actual inquilino de la Casa Blanca. A pesar de su retórica, la inversión japonesa en México se mantuvo estable desde la elección federal en Estados Unidos en 2016. En ese año, la inversión japonesa directa fue de 1,936 mdd. En 2017, ascendió a 2,411 mdd. En 2018, en cambio, decreció poco más del diez por ciento para colocarse en 2,153 mdd. No obstante, una señal de advertencia fue el anuncio que Toyota presentó en agosto de 2017 para informar que migraría la producción de sus vehículos Corolla a Estados Unidos y, en su lugar, produciría automóviles modelo Tacoma en su nueva planta en Guanajuato, que fue construida con la más alta tecnología.²⁰

Es innegable que en su momento el proceso de renegociación del TLCAN fue complejo y fue seguido de cerca por los principales actores económicos y políticos en Japón. Como resultado, los términos del nuevo Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) tienen un impacto directo en las empresas japonesas. Como se sabe, el texto de este nuevo acuerdo establece un aumento del 62.5% al 75% de contenido regional. Si esta medida entra en vigor, las armadoras japonesas resentirán el cambio, en especial la que es originaria de la región de Chugoku. En respuesta, México ya les ha sugerido soluciones

¹⁸ Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, *Informe estadístico sobre el comportamiento de la inversión extranjera directa en México (enero-diciembre 2018)*. p. 15. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/468266/Informe_Congreso-2019-1T.pdf. Última consulta el 21 de agosto 2019.

¹⁹ *Ibidem*. p. 5.

²⁰ BOMEY, Nathan, *Toyota to shift Corolla production to new \$1.6B U.S. plant from Mexico*, CNBC, 4 de agosto de 2017. Disponible en: <https://www.cnbc.com/2017/08/04/toyota-to-shift-corolla-production-to-new-1-point-6b-u-s-plant-from-mexico.html>. Última consulta el 21 de agosto 2019.

para contrarrestar esta medida, como la fabricación de transmisiones y motores, con el fin de aumentar su porcentaje de contenido regional y evitar alguna afectación a su productividad en el país.

Es notable que, durante los meses que se extendió la incertidumbre por la renegociación del TLCAN, México mantuvo abiertos los canales de comunicación. El secretario de Economía viajó a Japón en julio de 2017, con el propósito de reunirse con los representantes de las principales empresas japonesas con inversión en México. Un mes después, en agosto de 2017, el secretario de Relaciones Exteriores también realizó una visita de trabajo a Japón para participar en un foro económico sobre México. La disposición de las autoridades mexicanas para presentar interlocutores de alto nivel en Japón, contribuyó, sin duda, a contener el sentimiento de incertidumbre ante el futuro de la integración productiva en América del Norte.

Hoy, pese a que las tres Partes suscribieron el tratado el pasado 30 de noviembre de 2018, el futuro no es más claro. Queda pendiente su ratificación por parte del Congreso estadounidense y del Parlamento canadiense para su entrada en vigor. La posición que asuma el Partido Demócrata sobre el tratado, de cara a las elecciones presidenciales de 2020 en Estados Unidos,²¹ puede definir en buena medida si habrá un reacomodo en el contenido de la agenda México-Japón.

b) *Formación de capital humano y empleo.*- El Acuerdo de Asociación Económica México-Japón es de los llamados tratados de segunda generación: además de incluir libre comercio y la mejora del ambiente de negocios, el texto proveyó un capítulo sobre cooperación. Este factor ha sido toral para el aumento de la presencia de las empresas niponas en México.²²

Para garantizar la productividad de dichas empresas, ambos países trabajaron para sentar una plataforma de formación de recursos humanos con capacidad suficiente para nutrir el arribo

²¹ CASTAÑEDA, Jorge Andrés, *Ratificación del T-MEC*, El Heraldo de México, 12 de agosto de 2019. Versión electrónica disponible en <https://heraldodemexico.com.mx/opinion/ratificacion-del-t-mec/>. Última consulta el 21 de agosto 2019.

²² FALCK R., Melba E., *México y la Cuenca del Pacífico*, Universidad de Guadalajara-Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades-Departamento de Estudios del Pacífico, versión en línea Guadalajara, Jalisco, mayo-agosto 2016, disponible en <http://www.mexicoylacuencadelpacifico.cucsh.udg.mx/index.php/mc/article/view/504/530>. Última consulta el 21 de agosto 2019.

de empresas japonesas y facilitar su competitividad global.²³ Como resultado, las armadoras japonesas han trasplantado a México su ecosistema productivo y su cadena de proveeduría.

La Agencia de Cooperación Internacional de Japón (JICA) opera en México un programa de formación de recursos humanos especializados para la industria automotriz. Comenzó en 2012 y está previsto que continúe hasta 2022. Reúne la triple hélice: la Administración Pública por medio de la Agencia Mexicana de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AMEXCID) y los gobiernos de los estados en el Bajío; el sector educativo, con el Colegio Nacional de Educación Profesional y Técnica (CONALEP); y la industria, mediante las empresas del sector automotriz. Además, considera el equipamiento de los colegios técnicos, la integración de los bastiones productores de vehículos en México que fomenten la innovación y la alta especialización de personal técnico.²⁴

En este espíritu, en 2015²⁵ se creó en Guanajuato el primer bachillerato tecnológico basado en el sistema técnico Kosen.²⁶ Asimismo, en Aguascalientes los alumnos del CONALEP hacen prácticas profesionales en la planta de Nissan de esa ciudad por un periodo de diez meses. Al graduarse del colegio técnico, los jóvenes son contratados por Nissan o por alguna de las empresas de su cadena de proveeduría.²⁷

En materia de creación de empleos directos, tan solo las cuatro principales armadoras japonesas son fuente de 25 mil trabajos. Nissan aporta trece mil empleados en Aguascalientes y Cuernavaca. Toyota 700 en Baja California y abonará dos mil más en Apaseo el Grande, a finales de 2019. Honda cuenta con alrededor de 4,200 trabajadores en sus plantas de Celaya y El Salto.

²³ ALMADA Carlos, *Op. Cit.* p. 200.

²⁴ *Ibidem.* p. 174.

²⁵ Embajada del Japón en México, *Se inauguró el Primer Bachillerato Tecnológico con Perfil Internacional en México*, Ciudad de México, 12 de agosto de 2015. Disponible en: https://www.mx.emb-japan.go.jp/itprtop_es/00_000048.html. Última consulta el 21 de agosto de 2019.

²⁶ El sistema Kosen está basado en colegios técnicos en los cuales estudiantes de 15 años de edad obtienen una formación de cinco años en ingeniería. Opera desde 1961 en respuesta a la fuerte demanda de ingenieros por el sector industrial. En 2004, se estableció el Instituto Nacional de Colegios Tecnológicos Kosen, que coordina 55 colegios en todo el país. ALMADA, Carlos, *Op. Cit.* p. 181.

²⁷ FALCK R., Melba E., *Op. Cit.* 1.

Finalmente, Mazda emplea a 5,200 personas en Salamanca.²⁸ Como se señaló en el primer párrafo de este trabajo, la Oficina de la Secretaría de Economía en Japón refiere que tan solo en la industria automotriz de México, la generación acumulada de empleos directos por parte de las armadoras japonesas, ascendía a 839,571 hasta 2017, último año disponible.

La presencia japonesa en México es fuente de múltiples beneficios para las economías locales. El establecimiento de las empresas japonesas, además de la inversión, empleo y transferencia tecnológica y de conocimientos, ha incrementado la demanda por servicios turísticos, educación, salud e infraestructura.²⁹

c) *Exportaciones e importaciones.* - A partir de la suscripción del AAE, el comercio bilateral ha crecido en 192.9%. En 2018, alcanzó los 24,500 millones de dólares (mdd); cuando en 2004, ascendía a 12,700 mdd. Las exportaciones aumentaron 302.4% al pasar de 2,100 mdd en 2004 a 6,350 mdd en 2018. Los productos que México exporta a Japón están diversificados principalmente entre maquinaria y equipo de transporte (42% del total), alimentos y animales vivos (17%) y minerales y combustibles (14%). Por su parte, las importaciones desde Japón también se incrementaron en 170.7%, al pasar de 10,600 mdd en 2004 a 18,100 mdd en 2018.³⁰

Si bien la relación económica es asimétrica, ésta se compensa, en la balanza mexicana, con las exportaciones hacia América del Norte que realizan las empresas japonesas que operan en territorio nacional. Su saldo es favorable. El mejor ejemplo está en la industria automotriz, aunque también este esquema se replica en la fabricación de televisiones y computadoras³¹. Toyota exporta anualmente a América del Norte el 96% de su producción en México (unos 187,500 vehículos). Honda, el 91%, equivalente a 130,500 unidades. Nissan envía a esa región el 81% de los automóviles fabricados en México, que son alrededor de 496 mil. Mazda exporta el 56% de su producción, unas 137,500 unidades.³²

²⁸ Ministerio de Asuntos Exteriores de Japón, Dirección General para América Latina y el Caribe. Correo electrónico del 19 de julio de 2019.

²⁹ FALCK R, Melba E., *Op. Cit.* 1.

³⁰ Oficina de la Secretaría de Economía en Japón, *AAE México-Japón Caso Éxito*, Tokio, 19 de febrero de 2019.

³¹ ALMADA, Carlos, *Op. Cit.* p. 208.

³² Oficina de la Secretaría de Economía en Japón. *Mexico's Automobile Industry*. 19 de febrero de 2019.

En suma, en 2018 las armadoras japonesas fabricaron un total de 1'251 mil unidades, de las cuales el 76% se exportaron a Norteamérica; es decir, 951 mil vehículos. Estos datos reafirman la tesis expuesta anteriormente: la actual presencia japonesa en México está orientada hacia América del Norte, entendida como una región integrada.

Por su parte, el agrícola es otros de los sectores que mejor refleja el impacto favorable del AAE. Al día de hoy, Japón es el tercer mercado más importante para las exportaciones agroalimentarias de México, únicamente detrás de Estados Unidos y Canadá. En el marco del Acuerdo, la exportación de productos agrícolas mexicanos aumentó en 88.4% equivalente a casi 1,200 mdd. Cada año, en promedio, las exportaciones agroalimentarias a Japón aumentan en un volumen superior al 10%.³³

Es posible favorecer la rentabilidad de las empresas mexicanas por medio del incremento de las exportaciones de ciertos productos agropecuarios con valor agregado.³⁴ Entre estos productos están los alimentos procesados y saludables, como la miel de agave o el jugo de naranja. Esto puede realizarse sin dejar de considerar las particularidades del mercado japonés que tiene predilección por los productos frescos.

III] Lecciones aprendidas

El caso japonés ha sido exitoso por una convergencia de factores institucionales y humanos. Asimismo, sus actores principales anticiparon la dirección del mundo y privilegiaron una visión a largo plazo en ambos lados del Océano Pacífico. Es importante conocer cuáles han sido los elementos positivos que han convertido a esta relación en estratégica, para continuar con ellos. De la misma manera, un análisis autocrítico ayudará a perfeccionar, en el futuro, la manera de trabajar con Japón.

a) *Factor institucional.*- Notablemente, a partir de la década de 1990, en el marco de las negociaciones del TLCAN, México supo construir una política de Estado en su relación con Japón que ha sido ejecutado tanto en Ciudad de México como en Tokio, por medio de su embajada y las oficinas de representación sectorial. Esto implicó una alineación de intereses y criterios en la

³³ Oficina de la Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural en Japón. 19 de junio de 2019.

³⁴ MARTÍNEZ, Damián, *Hacia una mayor presencia de México en Asia Pacífico*, Foreign Affairs Latinoamérica, 15 de julio de 2019. Disponible en: <http://revistafal.com/hacia-una-mayor-presencia-de-mexico-en-asia-pacifico/>. Última Consulta el 19 de julio 2019.

Administración Pública Federal que identificó a Japón como un socio estratégico y prioritario.

Los comités y grupos de trabajo que marcaron la pauta de la relación bilateral en la década de 1990 e inicios de la del 2000, tuvieron como común denominador el impulso acordado al más alto nivel. Asimismo, la participación en los distintos mecanismos de diálogo político y económico fueron constantes, frecuentes y participaban importantes agentes industriales y autoridades a nivel viceministerial.

En los últimos tres años, durante el arduo trabajo de negociación del T-MEC, los titulares de las Secretarías de Relaciones Exteriores, Economía y Turismo tuvieron una participación activa en Japón. De esta manera, México enfrentó las preocupaciones del importante –y poderoso- aparato industrial japonés. En una cultura como la japonesa, acostumbrada a dar la cara, la presencia de los secretarios fue interpretada adecuadamente: era –y es- del interés de México abogar por las empresas japonesas constituidas en territorio nacional. El diálogo genera confianza y, destacadamente en Japón, sin confianza no hay inversión.

Entre los mecanismos binacionales del AAE, el Comité para el Mejoramiento del Ambiente de Trabajo representa el canal para exponer los problemas, sobre el terreno, derivados de una presencia tan vasta como la japonesa. De esta manera, se han atendido las limitaciones logísticas en materia ferroviaria en Guanajuato. En el mismo sentido, se han combatido los problemas derivados por el vandalismo hacia los vehículos en proceso de exportaciones. Evidentemente, el problema de seguridad nacional también afecta a la comunidad japonesa asentada en México y es una asignatura pendiente tanto para la población mexicana en general, como para las comunidades extranjeras atraídas por el flujo de inversiones.

El contexto de la relación tampoco es el mismo que en los primeros años de vigencia del AAE. En su momento, el acuerdo fue el único que México y Japón tuvieron de manera general, con el sector agrícola incluido. La entrada en vigor del Acuerdo Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés) supuso una reconfiguración: desde 30 de diciembre de 2018, otras nueve economías tienen el mismo grado de acceso de México al mercado japonés. En consecuencia, los productos nacionales enfrentarán una mayor competencia en Japón.

A la luz de lo anterior, la enseñanza más importante es que el principal hito de las relaciones modernas entre México y Japón

se consiguió a partir de una política de Estado a largo plazo definida por ambos países. Para ello, el diálogo político y económico de alto nivel, así como el rigor académico de los comités y grupos de estudio, fue fundamental. Sin mecanismos frecuentes de diálogo, la interacción se diluye, la agenda se desacelera y, con ello, la generación de empleo, el intercambio de tecnologías, el arribo de turistas y la cooperación que tanto ha beneficiado a México y a los mexicanos.

b) *Factor individual.*- A partir de la alineación institucional fue posible desplegar actividades estratégicas de cobertura y seguimiento a los principales temas de la agenda bilateral. Era un tema causal: a mayor presencia, aumentan también los requerimientos.

En ambos lados del Océano Pacífico, México atendió el impulso comercial, tecnológico y turístico. Esto, por medio de funcionarios especializados que se encargaron, unos, de promover a México como destino de inversiones, empresas y turistas frente a agentes japoneses relevantes, y otros, de resolver las necesidades y preocupaciones en territorio nacional.

Las oportunidades de negocios son resultado de la presencia de México en foros de inversión, ferias sectoriales y múltiples encuentros bilaterales con autoridades y empresarios. De esta manera, entre otras, se han detectado ventanas importantes en el sector agroalimentario para carne de cerdo,³⁵ carne de res,³⁶ jarabe de agave,³⁷ plátano, tomate (*cherry y grape*), melón (*honey dew y cantaloupe*) y bayas, especialmente el arándano azul.³⁸ Adicionalmente, en el sector automotriz, los funcionarios de la Secretaría de Economía han encontrado oportunidades de negocio para empresas japonesas de proveeduría nivel 2 y 3, acero especializado y producción de plásticos y químicos para la industria.³⁹

³⁵ De acuerdo con la Oficina de la Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural (SADER) en Japón, la carne de cerdo es la exportación agrícola con más valor. Tiene un cupo de 90 mil toneladas, de las cuales solo se utiliza el 83%.

³⁶ De acuerdo con la Oficina de la SADER en Japón, gracias al CPTPP los aranceles a la carne de res son 11% más bajos. Tiene un cupo de 15 mil toneladas, de las cuales solo se aprovecha el 75%.

³⁷ De acuerdo con la Oficina de la SADER en Japón, el cupo del AAE para jarabe de agave está cubierto, pero puede seguirse exportando vía el CPTPP que no impone cupos.

³⁸ Oficina de la Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural en Japón, 19 de junio de 2019.

³⁹ Oficina de la Secretaría de Economía en Japón. Documento "AAE México-Japón Caso Éxito". 19 de febrero de 2019.

Los embajadores de México⁴⁰ desempeñaron un papel fundamental en la ejecución de la política exterior hacia Japón. Estuvieron involucrados en el proceso de diseño, negociación y aprovechamiento de los términos del AAE. Su labor diplomática ha sido reconocida por el propio Gobierno de Japón. Por su parte, las Oficinas sectoriales aportaron personal con alto conocimiento técnico, con capacidad suficiente para ser adecuados interlocutores de los intereses mexicanos. Tanto la Embajada como las Oficinas sectoriales estuvieron apoyadas por recursos humanos suficientes y necesarios para tejer, día a día, la vasta red de intercambios bilaterales.

IV] Conclusiones

Actualmente, la diplomacia mexicana está en vías de recuperar sus facultades en materia de promoción económica y turística. A mayor responsabilidad, también deberá de aumentar la capacidad creativa de la Cancillería. En general, será necesario un ejercicio de vertebración con el resto de la Administración Pública Federal y los gobiernos subnacionales para diseñar una política de Estado actualizada hacia Japón.

Las premisas sobre las que se edificó la relación entre México y Japón durante las últimas décadas ya no son las mismas. La política exterior hacia Japón y su ejecución no pueden continuar igual que hace unos años. Por ello, en primer lugar, la Cancillería deberá construir un consenso de alto nivel para definir cuáles serán las prioridades de México en su relación con Japón a largo plazo. El análisis que se realice deberá de considerar no solo las necesidades de política doméstica sino también los elementos geopolíticos que pueden determinar el futuro de la relación bilateral. Por un lado, el más influyente, el futuro de la relación comercial en América del Norte, particularmente en Estados Unidos por la coyuntura de las elecciones presidenciales de 2020. Por el otro, el papel que jugará México en Asia Pacífico con base en el CPTPP, especialmente por la competencia que se dará con los otros países signatarios y la afectación que podría tener sobre algunos productos mexicanos.

⁴⁰ Los Embajadores de México en Japón en esta etapa fueron Mario Moya Palencia, Alfredo Phillips Olmedo, Sergio González Gálvez, Manuel Uribe Castañeda, Carlos De Icaza González, Miguel Ruiz Cabañas Izquierdo, Claude Heller Roussant, Carlos Almada. Actualmente, la titular es Melba Pría.

En segundo lugar, México deberá de mantener su presencia en Japón a nivel de tomadores de decisión. Son y serán importantes las actividades que desarrolla y desarrollará la Embajada de México, a fin de transmitir a Japón la visión y mensajes estratégicos. En ese sentido, cobra relevancia el trabajo de los funcionarios que, en Tokio, estén a cargo de la promoción económica, turística y de inversiones, revisión técnica de los acuerdos, supervisión de las exportaciones mexicanas y diálogo con autoridades. Es decir, el andamiaje institucional debe complementarse por medio de operadores: funcionarios con experiencia y conocimientos técnicos al nivel de sus pares. Asimismo, será necesario un equipo de trabajo que respalde la operación eficiente de los principales aspectos de la relación: atracción de inversiones, promoción comercial y turística, diálogo interinstitucional y revisión de los aspectos técnicos del AAE.

Además de lo anterior hay que resaltar que el cuarto inversionista más importante desde 1999 merece la atención al más alto nivel. Mantener la presencia habitual de los principales actores de la Administración Pública Federal demostraría que existe interés en México por Japón, les permitiría conocer de primera mano qué se necesita para atraer más y mejores inversiones y fortalecería la voluntad política que se requiere para impulsar una agenda bilateral renovada.

Finalmente, la Cancillería tiene una gran tarea pendiente: debe ser convincente para presentar la política exterior como una herramienta para dinamizar y mejorar la realidad doméstica. Japón ha dado muestras de ser un socio confiable y estratégico. ¡Aprovechémoslo!

Bibliografía

ALMADA, Carlos, *México y Japón: a 130 años de relaciones diplomáticas*, Secretaría de Relaciones Exteriores, Dirección General del Acervo Histórico Diplomático, Ciudad de México, 2018

BOMEY, Nathan, *Toyota to shift Corolla production to new \$1.6B U.S. plant from Mexico*, CNBC, 4 de agosto de 2017. Disponible en: <https://www.cnbc.com/2017/08/04/toyota-to-shift-corolla-production-to-new-1-point-6b-u-s-plant-from-mexico.html>. (21 de agosto 2019)

CASTAÑEDA, Jorge Andrés, *Ratificación del T-MEC*, El Heraldo de México, 12 de agosto de 2019. Versión electrónica disponible en <https://heraldodemexico.com.mx/opinion/ratificacion-del-t-mec/>. (21 de agosto 2019)

Comisión México-Japón siglo XXI, *Informe final*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, marzo de 1992

Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, *Informe estadístico sobre el comportamiento de la inversión extranjera directa en México (enero-diciembre 2018)*. Disponible en:

https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/468266/Informe_Congreso-2019-1T.pdf. (21 de agosto 2019)

Embajada del Japón en México, *Se inauguró el Primer Bachillerato Tecnológico con Perfil Internacional en México*, Ciudad de México, 12 de agosto de 2015. Disponible en: https://www.mx.emb-japan.go.jp/itprtop_es/00_000048.html. (21 de agosto de 2019)

FALCK R., MELBA E., *México y la Cuenca del Pacífico*, Universidad de Guadalajara-Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades-Departamento de Estudios del Pacífico, versión en línea Guadalajara, Jalisco, mayo-agosto 2016, disponible en <http://www.mexicoylacuencadel-pacifico.cucsh.udg.mx/index.php/mc/article/view/504/530>. (21 de agosto 2019)

Grupo Conjunto de Estudio México-Japón para el Fortalecimiento de las Relaciones Económicas Bilaterales, *Informe Final*, Secretaría de Economía, México, 2002

KERBER, Víctor, "Sushi con tortilla: las relaciones entre México y Japón", *Foro Internacional*, Colegio de México, México, 2001, Vol. XLI, 4 (166) octubre-diciembre. Disponible en <https://forointernacional.colmex.mx/index.php/fi/article/view/1588/1578>. (21 de agosto 2019)

MARTÍNEZ, Damián, *Hacia una mayor presencia de México en Asia Pacífico*, *Foreign Affairs Latinoamérica*, 15 de julio de 2019. Disponible en: <http://revistafal.com/hacia-una-mayor-presencia-de-mexico-en-asia-pacifico/>. (19 de julio 2019)

MUNGUÍA, Aldo, *Los 5 turistas extranjeros que más gastan en México*, *El Financiero*, 7 de febrero de 2019. Disponible en <https://www.elfinanciero.com.mx/empresas/los-5-turistas-extranjeros-que-mas-gastan-en-mexico>. (13 de agosto 2019)

Secretaría de Economía, Acciones y Programas, *Inversión Extranjera Directa. Datos al Primer Trimestre de 2019*, versión electrónica: <https://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/competitividad-y-normatividad-inversion-extranjera-directa?state=published>. (13 de agosto de 2019)

Secretaría de Economía, Comercio Exterior, *Información Estadística y Arancelaria, Datos al Primer Trimestre de 2019*, versión electrónica: <https://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-exterior-informacion-estadistica-y-arancelaria?state=published>. (13 de agosto 2019)

Secretaría de Turismo, información publicada vía Twitter. 13 de febrero de 2019. Disponible en https://twitter.com/SECTUR_mx/status/1095727825162825728. (13 de agosto 2019)

Ratio Decidendi y *Obiter Dicta*: matices necesarios en la Jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos

JOSÉ ROGELIO GUTIÉRREZ ÁLVAREZ¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Dos matices en un sistema de precedentes judiciales*. III. *Particularidades de la jurisprudencia mexicana*. IV. *La jurisprudencia interamericana y la dificultad que conlleva su recepción en México*. V. *Lineamientos para la identificación de la ratio en las sentencias de la CrIDH: el caso Alvarado Espinoza y Otros vs. México*. VI. *Argumentos en pro y en contra de la propuesta del presente trabajo*. VII. *Conclusiones*.

Resumen. La Corte Interamericana de Derechos Humanos suele incluir en sus sentencias numerosos criterios jurídicos; el presente artículo cuestiona que deba asignarse a cada uno de ellos el mismo valor y, de manera relevante, el carácter de *jurisprudencia interamericana*, para efectos de su obligatoriedad respecto a los jueces nacionales en México. Con tal fin, se propone la adopción de las nociones de *Ratio Decidendi* y *Obiter Dicta* como parámetros de distinción del peso jurídico específico de cada criterio que pueda encontrarse en las resoluciones de dicho tribunal internacional.

Palabras clave: Jurisprudencia Interamericana, *Ratio Decidendi*, *Obiter Dicta*.

Abstract. In each of its judgements, the Inter-American Court of Human Rights sets forth many legal principles; this article contends that the same value should not be granted to each one of such principles, and relevantly, that a distinction should be made as to which of them should be considered Interamerican Jurisprudence, to determine if they are binding to national courts in Mexico. For such purpose, the notions of *ratio decidendi* and *obiter dicta* may serve as adequate tools for determining the different legal value of the legal principles included in the resolutions of the said international court.

¹ Abogado egresado de la Universidad Panamericana, actualmente cursando la Maestría en Derecho (LLM) por la Universidad de Cambridge en Reino Unido.

Keywords: *Inter-american jurisprudence, Ratio Decidendi, Obiter Dicta.*

I] Introducción

El 28 de noviembre de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) dictó sentencia en el caso *Alvarado Espinoza y Otros vs. México*, cuyo fondo trata sobre la desaparición forzada a manos de agentes estatales de tres ciudadanos mexicanos en el Estado de Chihuahua, en 2009. Según señala la Corte, dichas desapariciones acaecieron en el marco de una estrategia de seguridad pública nacional en la cual la militarización constituye una premisa en el combate al narcotráfico y crimen organizado. Al respecto, en uno de los párrafos más interesantes de la sentencia, se establece:

(...) como regla general, la Corte reafirma que el mantenimiento del orden público y la seguridad ciudadana deben estar primariamente reservados a los cuerpos policiales civiles. No obstante, cuando excepcionalmente intervengan en tareas de seguridad, la participación de las fuerzas armadas debe ser:

- a) Extraordinaria, de manera que toda intervención se encuentre justificada y resulte excepcional, temporal y restringida a lo estrictamente necesario en las circunstancias del caso;*
- b) Subordinada y complementaria, a las labores de las corporaciones civiles, sin que sus labores puedan extenderse las facultades propias de las instituciones de procuración de justicia o policía judicial o ministerial;*
- c) Regulada, mediante mecanismos legales y protocolos sobre el uso de la fuerza, bajo los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y absoluta necesidad y de acuerdo con la respectiva capacitación en la materia, y*
- d) Fiscalizada, por órganos civiles competentes, independientes y técnicamente capaces.²*

Al leer por primera vez las líneas anteriores, puede uno preguntarse cuál es el verdadero valor jurídico-práctico de semejante criterio de la CrIDH, pues no resultaría aventurado afirmar que la actual regulación que recibe la intervención de las fuerzas armadas en labores de seguridad pública en nuestro país queda a deber frente a los lineamientos referidos. Es necesario

² *Alvarado Espinoza y otros v. México*, Fondo reparaciones y costas, Párrafo 182, CrIDH, 28 de noviembre 2018, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_370_esp.pdf, consultado el 11 de septiembre de 2019.

definir, pues, cuán vinculatorios resultan dichos estándares para el Estado Mexicano.

Sobre este tema, es de obligada referencia la jurisprudencia P./J. 21/2014³ sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), según la cual la jurisprudencia emitida por la CrIDH es vinculante para los jueces mexicanos, siempre que sea más favorable a la persona. Nuestra interrogante podría parecer resuelta: previa comprobación de que la participación de las fuerzas armadas en labores de seguridad pública no es *extraordinaria, subordinada y complementaria, regulada, y fiscalizada* –con lo que cada término implica a la luz del criterio de la CrIDH–, los órganos jurisdiccionales mexicanos estarían obligados a dictar las medidas necesarias para remediar la situación en caso de que un medio de defensa constitucional fuera correctamente promovido en contra de la normativa de seguridad correspondiente.

Sin perjuicio de lo anterior, un análisis más minucioso de la cuestión podría orientarnos hacia una conclusión distinta. Con este propósito, el presente trabajo se propone explorar los efectos que tendría la introducción de los conceptos de *Ratio Decidendi* y *Obiter Dicta* en el estudio de las sentencias de la CrIDH, para determinar con precisión qué debe entenderse como *jurisprudencia interamericana* en el marco de la tesis P./J. 21/2014 y, con ello, cuál es el valor jurídico de los lineamientos interamericanos aludidos, así como otros que similarmente se incluyen en las sentencias de este tribunal internacional.

Una nota adicional antes de entrar en materia: el presente trabajo no pretende demeritar la racionalidad de los estándares de seguridad pública de la CrIDH, ni su conveniencia desde una perspectiva ética o política. Tales extremos exceden el propósito de este artículo, cuyo enfoque es esencialmente jurídico, por lo que las ideas que aquí se exponen no deben entenderse como un argumento en pro ni en contra de estrategia de seguridad pública alguna. No obstante, por si quedase alguna duda, el autor de este artículo coincide en lo personal con la opinión de la CrIDH, en cuanto a que la intervención de las fuerzas armadas en labores cotidianas de seguridad pública debe ser *extraordinaria, subordinada y complementaria, regulada, y fiscalizada*.

³ Tesis jurisprudencial P./J. 21/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. 1, libro 5, abril de 2014, p. 204.

II] Dos matices en un sistema de precedentes judiciales

Las nociones de *Ratio Decidendi* y *Obiter Dicta* son poco conocidas en nuestro sistema jurídico. Si bien existen referencias aisladas sobre las mismas en algunas tesis del Poder Judicial de la Federación,⁴ su estudio y aplicación práctica en el foro es limitadísima, circunstancia que según se argumentará, está justificada por nuestra concepción nacional tradicional sobre la *jurisprudencia*.

De inicio, debe señalarse que ambas locuciones latinas responden a dos componentes esenciales de la doctrina del precedente judicial obligatorio, propia de la tradición jurídica del *Common Law*, en la que se asigna un peso mayor a la jurisprudencia como fuente del Derecho, al que actualmente goza en tradiciones romano-germánicas como la nuestra. *Grosso modo*, la doctrina del precedente judicial parte de la premisa de que es deseable que los casos similares sean resueltos de manera uniforme; por ello, las sentencias de un tribunal serán de observancia obligatoria para los tribunales que le sean jerárquicamente inferiores (dimensión vertical del principio) y, en ocasiones, también lo serán para el propio tribunal que las emita para todo caso subsecuente (dimensión horizontal),⁵ todo lo cual suele resumirse con la fórmula *stare decisis*, que bien podría traducirse al castellano como *estarse a lo previamente decidido*.

En este tenor, los requerimientos aparentemente sencillos de la doctrina del precedente judicial pueden tornarse complejos en los casos particulares. Las sentencias pueden ser largas e incluir numerosos razonamientos y consideraciones, con lo que difícilmente podría sostenerse que todo lo que en ellas sea incluido tenga el mismo peso jurídico, especialmente, en cuanto a su obligatoriedad para casos futuros. Al respecto, Ian McLeod señala que *la postura tradicional sostiene que hay una distinción crucial entre la "ratio decidendi" (comúnmente referido como "ratio") de*

⁴ Cfr. tesis jurisprudencial 1a./J. 26/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, libro VIII, mayo de 2012, pág. 681, en cuyo cuerpo se lee: (...) *quedan excluidas tanto las consideraciones emitidas en una sentencia denegatoria de amparo, como las que se expresen obiter dicta, pues los temas que éstas aborden no pueden considerarse aptas para oponer la excepción de cosa juzgada en otro juicio. Las primeras, porque se limitan a dejar firme o reiterar el contenido del acto reclamado, y las segundas porque no constituyen el thema decidendi y pueden introducir cuestiones que no hayan sido materia de debate en el juicio de origen, en apelación o en el propio juicio de amparo.*

⁵ MCLEOD, Ian, *Legal method*, 3ra ed., Macmillan, Reino Unido, 1999, p. 132.

una sentencia, que sería su parte vinculante, y el “obiter dicta” (comúnmente referido como “dicta” o, en su forma singular, “dictum”).⁶

Cabe resaltar que, en ocasiones, en lugar de encontrarnos con la locución latina *ratio decidendi* nos encontraremos con su similar *thema decidendi* o con el término *holding*, en inglés, cuyo significado es idéntico.

Siguiendo con nuestro tema, la exposición clásica sobre el método de identificación de la *ratio* en una sentencia fue elaborada por Arthur L. Goodhart en un artículo publicado en el *Yale Law Journal* en diciembre de 1930. Según este tratadista, lo primero que debe tenerse presente al estudiar este componente de la doctrina del precedente judicial es que una traducción literal del término, del latín al inglés –y diríamos nosotros que sucedería igual con el castellano– constituye una pista falsa sobre su alcance y consecuencias.

En efecto, si tradujéramos la expresión *ratio decidendi* como *the reason which the judge gives for his decision* (la razón tomada en cuenta por el juez para resolver en la forma en que lo hizo) podríamos concluir en que fuera obligatorio para los casos subsecuentes el razonamiento primigenio de la sentencia invocada, cuya lógica, análisis de casos previos y consideración de contexto histórico podría demostrarse incorrecta.⁷

En contrapartida, la *ratio* puede definirse como el principio jurídico alcanzado por el juzgador que resuelve una cuestión controvertida de Derecho, a la luz de los hechos relevantes del caso. Es por ello que, no obstante que las premisas y contexto tomados como base del razonamiento del juez sean equivocadas, la máxima jurídica alcanzada seguirá siendo de observancia obligatoria, pues lo que obliga es el principio alcanzado y no el razonamiento que llevó a aquél.

Para su identificación, Goodhart propone que el primer paso para hallar la *ratio* del caso, es: *determinar los hechos relevantes*⁸ que el juez tomó como base para llegar a su conclusión.⁹ Como regla general, se presume que los atributos específicos como fecha, lugar, cantidad e identidad de las

⁶ *Ibidem*, p. 143. Traducción personal.

⁷ GOODHART, Arthur, “Determining the Ratio Decidendi of a Case”, *Yale Law Journal*, Vol. 40, No. 2, enero de 1930, p. 162. Traducción personal.

⁸ La expresión utilizada por Goodhart es *material facts* (hechos materiales). En nuestra opinión, el adjetivo, *relevantes*, es más fiel al sentido del texto original.

⁹ GOODHART, *op. cit.*, p. 169. Traducción personal.

personas y objetos que intervinieron en los hechos materia de la controversia son irrelevantes para resolverla. Es así, puesto que la *ratio* es en sí misma una norma jurídica, que goza por ende de los atributos de impersonalidad, generalidad y abstracción, operando la clásica fórmula de *al presentarse los supuestos W, X y Y, debe ser Z* (W, X y Y serían los hechos relevantes del caso, los cuales si volvieran a presentarse deberían dar la misma consecuencia jurídica en un juicio futuro, Z).

Para mayor claridad, Goodhart cita el siguiente ejemplo: *Para efectos jurídicos, un contrato de compraventa de un libro con precio de £10 celebrado entre A y B en Liverpool el lunes es idéntico a un contrato de compraventa de una pintura con precio de £100,000 celebrado entre C y D en Londres el viernes.*¹⁰

Así pues, generalmente resultan irrelevantes para la fijación de la *ratio* las identidades de las partes en ambos contratos, la fecha de su celebración, el objeto de los mismos y los precios pactados. Por el contrario, el hecho relevante es la celebración de un tipo de contrato específico al que le es aplicable la misma ley; por ende, la *ratio decidendi* de un fallo que recayera a un litigio sobre el primero de estos contratos sería de observancia obligatoria en un juicio subsecuente sobre el segundo.

Como bien apunta Goodhart, la identificación de los hechos relevantes puede ser una tarea difícil. En algunas sentencias el juzgador suele fijar claramente el principio jurídico a manera de conclusión, tras un repaso de los hechos que consideró relevantes, pero por lo común no se tendrá tanta suerte. Será labor del jurista estudiar los antecedentes del caso, analizar cuáles fueron los hechos que el juzgador consideró relevantes y determinar el principio jurídico alcanzado.

Llegado a este punto, es que podemos identificar la dicotomía entre *ratio* y *dictum*, siendo este último, en definición de Pierre N. Leval:

[U]na afirmación en la sentencia del tribunal sobre un planteamiento jurídico que no explica por qué el tribunal resolvió en favor de una de las partes. Si la resolución del tribunal y el razonamiento que lo soporta permanecerían inalterados, sin la presencia del planteamiento en cuestión, tal planteamiento es irrelevante para explicar el sentido de la sentencia. Es superfluo

¹⁰ *Ibidem*, p. 170. Traducción personal.

y es “dictum” (...), esencialmente, un comentario de cómo hubiera resuelto el tribunal en otro caso distinto (...).¹¹

A este respecto, como bien dice Leval, el hecho de que una sección de una resolución judicial sea *dictum* no significa que carezca de valor o propósito; por el contrario, el *dictum* normalmente ayuda a clarificar cuestiones jurídicas complejas, sirve de punto de partida o referencia para otros órganos jurisdiccionales e indica el curso que la jurisprudencia del tribunal que la emite seguirá en el futuro, pero no por ello gana el carácter de obligatorio que sí tiene la *ratio*.¹²

Quizá una forma más asequible de entender los términos en estudio para un abogado de tradición romano-canónica sea identificar la *ratio decidendi* con la resolución del juez a la *litis* bien delimitada, a la luz de los hechos relevantes del caso. Toda consideración o argumento ajeno a la *litis* es sencillamente la opinión del juzgador (*obiter dicta*), sin efectos jurídicos a futuro puesto que no constituye una respuesta a la controversia específica que debe resolver.

Siguiendo a Leval, algunos ejemplos típicos de *dicta* son: i.- razonamientos sobre problemas que, si bien están relacionados de algún modo con la *litis* planteada, corresponden más bien a hechos relevantes distintos a los que se presentan en el caso en estudio, presumiblemente hechos que se esperan se presenten en casos futuros; ii.- hipótesis de contraste, consistente en explicaciones de cómo hubiera resuelto el juzgador si los hechos hubieran sido distintos, comúnmente como prueba de su imparcialidad; y, iii.- muestras de erudición o estándares jurídicos que se proponen, pero no obligan.¹³

III] Particularidades de la jurisprudencia mexicana

Anteriormente se dijo que el limitado conocimiento de las nociones de *ratio* y *dicta* en nuestro país obedece al concepto de *jurisprudencia* comúnmente manejado en nuestro foro. Sucede así porque en el sistema jurídico mexicano, al término *jurisprudencia* se le asigna un significado técnico restringido, consistente en la interpretación de la ley, firme, reiterada y de observancia

¹¹ LEVAL, Pierre, Judging Under the Constitution: Dicta about Dicta, *New York University Law Review*, Vol. 81, No. 4, octubre de 2006, p. 1256. Traducción personal.

¹² *Ibidem*, p. 1253.

¹³ *Ibidem*, pp. 1265-1268.

obligatoria para órganos de menor jerarquía emanada por ciertos órganos del Poder Judicial de la Federación (PJF); en concreto: la SCJN, el Tribunal Electoral, los Plenos de Circuito (PC) y los tribunales colegiados de circuito (TCC), en términos de los artículos 94 y 99 constitucionales, 217 de la Ley de Amparo¹⁴ y 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación¹⁵.

Paralelamente, existen sistemas de jurisprudencia específicos para algunas ramas del Derecho, como la emitida por el Tribunal Superior Agrario (artículo 9 de la Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios)¹⁶ o por la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (artículo 68 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa)¹⁷.

Enfocándonos en la jurisprudencia establecida por la SCJN, PC y TCC (que es aquella con la que más familiarizada está la mayor parte de los abogados), los artículos 218 a 221 de la Ley de Amparo contemplan un sistema riguroso y formalista para su conformación, según el cual cuando uno de los órganos jurisdiccionales mencionados establezca un criterio relevante, debe elaborar la tesis respectiva –comúnmente un extracto de la ejecutoria en que se sustentó el criterio– para su publicación en el Semanario Judicial de la Federación (SJF).

En virtud de lo anterior, el hecho de que las nociones de *ratio* y *dicta* históricamente no hayan sido objeto de atención en el sistema jurídico nacional es consecuencia de la facultad y obligación de la SCJN, PC y TCC de delimitar detalladamente el contenido de las tesis que serán o podrán convertirse en jurisprudencia, de manera en que ni los jueces ni los particulares tienen necesidad de identificar ambos elementos en las sentencias del PJF, pues los únicos criterios que resultan vinculantes son los publicados como tales en el SJF.

Esta circunstancia ciertamente conlleva como ventaja una mayor facilidad en el uso y ubicación de los criterios judiciales nacionales de observancia obligatoria. Sin embargo, no debe

¹⁴ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 2 de abril de 2013.

¹⁵ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de mayo de 1995.

¹⁶ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de febrero de 1992.

¹⁷ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de julio de 2016.

perderse de vista que también implicará que toda *ratio* no publicada como jurisprudencia en el SJF no será vinculante. Asimismo, otorga al PJJ la facultad de establecer como jurisprudencia criterios que estrictamente deberían ser considerados como *dictum*, sin mecanismos de control aparentes. Ambas cuestiones dan pie a numerosas interrogantes de orden constitucional, pero que exceden el propósito del presente trabajo.

IV] La jurisprudencia interamericana y la dificultad que conlleva su recepción en México

El carácter vinculatorio de los criterios asentados por la CrIDH en sus sentencias en aplicación del principio *pro persona*, ya sea que México haya sido parte o no de la controversia, ha sido motivo de extensos estudios en nuestro país. Suerte diversa ha corrido el análisis cuidadoso de lo que técnicamente debe entenderse por *jurisprudencia interamericana*. En este sentido se manifiesta Jorge Ulises Carmona Tinoco, para quien:

[E]n el ámbito interamericano hasta ahora no se ha puesto sobre la mesa una discusión profunda sobre el uso técnico (con todo lo que ello conlleva en la práctica), del vocablo "jurisprudencia", o la naturaleza vinculante, orientadora, o simplemente los efectos de los criterios de la Corte Interamericana, tanto para la propia Corte como para la Comisión Interamericana, o respecto a los Estados.¹⁸

Sobre este tema, puesto que en el sistema interamericano únicamente la CrIDH está facultada para emitir resoluciones vinculantes para los Estados que reconocen su competencia, consideramos que el término *jurisprudencia*, en sede interamericana, se circunscribe a las sentencias dictadas por la propia CrIDH en casos contenciosos y las opiniones consultivas, en

¹⁸ CARMONA, Jorge, *La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México, Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, TEMPLOS, Karla (coord.), Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p. 258.

este último caso, siempre que se acepte el su carácter vinculante conforme a lo establecido en la OC-21/14¹⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)²⁰ es omisa en darnos una pauta sobre el contenido y alcance del término *jurisprudencia* en sede interamericana, pues la poca luz que brinda al respecto deriva de sus artículos 66 y 68, donde se establece:

Artículo 66. (1) El fallo de la Corte será motivado. (2) Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual.

(...)

Artículo 68. (1) Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. (2) La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

De la transcripción anterior podemos desprender las siguientes conclusiones: i.- las sentencias de la CrIDH deben ser motivadas, con lo que debe resultar posible la identificación de los hechos que la propia CrIDH consideró relevantes para la resolución del caso, habilitando la distinción de la *ratio*; ii.- el fallo es único, por lo que al no ser parte del mismo las opiniones disidentes o individuales, en estas no puede encontrarse la *ratio*; iii.- el fallo es obligatorio para el Estado que haya sido parte en el proceso.

En esta misma línea, una interpretación literal del artículo 68 de la CADH indicaría que es *la decisión* alcanzada por la CrIDH, la sección específica de la sentencia que es de observancia obligatoria para el Estado (es decir, la parte resolutive de la misma, mas no así sus considerandos). Sin embargo, también puede válidamente argumentarse que cada criterio jurídico alcanzado por la CrIDH en su sentencia sea en sus considerandos o resolutivos,

¹⁹ Opinión Consultiva 21/14, Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 19 de agosto de 2014, Párrafo 31, recuperada el 11 de septiembre de 2019 en: <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>.

Hacemos la acotación de *siempre que se acepte* porque hasta el día de hoy el PJJF no ha emitido un pronunciamiento específico y definitivo sobre el carácter vinculante de las opiniones consultivas de la CrIDH. Al respecto, la Tesis Aislada (I Región) 8o.1 CS (10a.), establece que serían orientadoras.

²⁰ Firmada el 2 de marzo de 1981; ratificación publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de mayo de 1981.

constituye una decisión de la Corte, que quedaría dotado así de obligatoriedad. De hecho, esta segunda opción es mucho más compatible con el control de convencionalidad.

Ahora bien, resulta claro que la CADH no establece lineamientos sobre un sistema de precedentes, por lo que la CrIDH no está obligada a sujetarse a los criterios que hubiere sustentado en sentencias anteriores, teniendo una amplia facultad para apartarse de aquellas en cada nuevo caso que deba resolver, como lo hace recurrentemente.

Cuestión enteramente distinta es determinar qué deben entender los operadores del Derecho nacionales como *jurisprudencia interamericana* una vez que se presenta la posibilidad de aplicar un criterio de la CrIDH en un caso sujeto a jurisdicción doméstica, máxime en un sistema jurídico como el mexicano en el que el término *jurisprudencia* tradicionalmente se ha identificado inequívocamente con las tesis publicadas *ex profeso* en el SJF.

En efecto, en México coexiste un sistema formalista de jurisprudencia fácilmente identificable y consultable en el SJF con un sistema indeterminado y ambiguo consistente en la *jurisprudencia emitida por la CrIDH (...) siempre que sea más favorable a la persona* (P./J. 21/2014) constituida potencialmente por cientos de criterios en materia de derechos humanos dispersos en las numerosas sentencias –y quizá también en las opiniones consultivas– de la CrIDH.

Es con el fin de brindar orden y claridad ante este panorama que aquí se propone la adopción de las nociones de *ratio decidendi* y *obiter dicta* como matices necesarios para identificar cuáles de los criterios sostenidos por la CrIDH en sus fallos constituyen *jurisprudencia interamericana* y son, por ende, de observancia obligatoria para los jueces nacionales.

V] Lineamientos para la identificación de la ratio en las sentencias de la CrIDH: el caso Alvarado Espinoza y otros vs. México

Líneas arriba se dijo que la *ratio* es el principio jurídico alcanzado por el juzgador que resuelve una cuestión controvertida de Derecho (la *litis* debidamente planteada), a la luz de los hechos relevantes del caso. Así, pues, podemos esbozar un método básico para reconocer la *ratio* en las sentencias de la CrIDH de la siguiente forma: i.- Delimitar la cuestión jurídica en controversia. ii.- Identificar el principio jurídico sostenido por la CrIDH al resolver la

cuestión litigiosa (Z). iii.- Ubicar los hechos relevantes tomados en consideración por la CrIDH para alcanzar el principio (X, Y, etc.).

Hecho lo anterior, habremos reconocido la *ratio*, que podremos resumir como *siempre que se presente X y Y, debe estarse a Z*. Como consecuencia, todo razonamiento o argumento de la CrIDH que no sirva de respuesta a ningún punto litigioso y/o no tome como base hechos relevantes de entre los ilustrados en el apartado de antecedentes de la sentencia correspondiente, será *dicta* y por ello carecerá de fuerza obligatoria para el juez nacional. Cabe remarcar que, puesto que en una misma sentencia la CrIDH puede resolver varias cuestiones controvertidas, es probable que en la misma existan varias *ratios*, pero en cada una deben satisfacerse los requisitos aquí expuestos.

Expuesto lo anterior, estamos ahora en condiciones de resolver la interrogante planteada al inicio del presente trabajo. ¿Los estándares establecidos por la CrIDH en *Alvarado Espinoza y Otros vs. México* sobre el uso de las fuerzas armadas en labores de seguridad pública constituyen jurisprudencia interamericana, es decir, son de observancia obligatoria para los jueces mexicanos?

Para responder esta pregunta, debemos iniciar por reconocer la *litis* en el caso concreto, la cual fue delimitada por la propia CrIDH en los párrafos 158 y 159 de la sentencia en estudio, en los siguientes términos:

158. El presente caso se relaciona con la alegada responsabilidad del Estado mexicano con motivo de la desaparición forzada de Nitza Paola Alvarado Espinoza, José Ángel Alvarado y Rocío Irene Alvarado Reyes, por parte de agentes estatales en el Ejido Benito Juárez, Estado de Chihuahua, México, desde el 29 de septiembre de 2009, en el contexto de la implementación del Operativo Conjunto Chihuahua y la alegada lucha contra el crimen organizado en la zona. Asimismo, trata sobre los distintos factores de impunidad que según se alega han derivado en la falta de esclarecimiento de los hechos y sanción a los responsables. Asimismo, con posterioridad a las desapariciones se presentaron distintos actos de hostigamiento o amenazas en perjuicio de los familiares de los desaparecidos, quienes se vieron en la necesidad de desplazarse de su lugar de origen, lo cual habría repercutido en otras afectaciones conexas.

159. En vista de lo anterior (...) corresponde a la Corte determinar el alcance de las violaciones acreditadas. Para ello, la Corte procederá a analizar los argumentos presentados por las partes y la Comisión, y desarrollará las consideraciones de derecho pertinentes relacionadas con los derechos: i) al reconocimiento a la personalidad jurídica (artículo 3), vida (artículo 4), integridad

personal (artículo 5) y libertad personal (artículo 7), todos ellos de la Convención Americana, y I.a De la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Convención sobre Desaparición Forzada); ii) Asimismo, analizará los derechos a las garantías judiciales y protección judicial (artículos 8 y 25), así como la adopción de medidas internas (artículo 2), a la luz de los artículos I.b y IX de la Convención sobre Desaparición Forzada; iii) Respecto de los familiares también analizará los alegados derechos a la integridad personal (artículo 5), de circulación y de residencia (artículo 22), a la protección a la familia (artículo 17), a la protección de la honra y de la dignidad (artículo 11) y del niño (artículo 19), todos ellos en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²¹

Tal y como se desprende de la transcripción anterior, la *litis* en este juicio ante la CrIDH consistía en la probable violación por parte del Estado de los derechos humanos enumerados en el párrafo 159 de la sentencia.

La violación de dichos derechos acaece cuando el Estado incumple su obligación de respetarlos y garantizarlos establecida en el artículo 1 de la CADH, o la de adoptar disposiciones de derecho interno que los hagan efectivos, contemplada en su artículo 2²². Esencialmente, la obligación de respetar implica la prohibición para el Estado de incurrir en acciones u omisiones que lesionen directamente los derechos humanos; la de garantizar, el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación a los mismos y procurar, en lo posible, restablecer el derecho conculcado y, en su caso, reparar los daños producidos.²³ Por su parte, la obligación de adoptar disposiciones de Derecho interno

²¹ Alvarado Espinoza y otros v. México, Fondo reparaciones y costas, Párrafos 158 y 159, CrIDH, 28 de noviembre 2018, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_370_esp.pdf, consultado el 11 de septiembre de 2019.

²² Artículo 1.- *Obligación de Respetar los Derechos.* (1) Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (...). Artículo 2.- *Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.* Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

²³ Velázquez Rodríguez v. Honduras, Fondo, Párrafo 166, CrIDH, 29 de julio de 1988, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf, consultado el 11 de septiembre de 2019.

conlleva, además de la adecuación legislativa y constitucional²⁴ a la Convención, el deber de suprimir prácticas contrarias a los derechos humanos.

En virtud de las consideraciones precedentes, sostenemos que los estándares fijados por la CrIDH en materia de participación de las fuerzas armadas en labores de seguridad pública tienen la naturaleza jurídica de *dictum* y no de *ratio*, pues no constituyen un principio jurídico alcanzado por la CrIDH que resuelve una cuestión controvertida de Derecho, a la luz de los hechos relevantes del caso.

Se arriba a tal conclusión en razón de que la *convencionalidad del nivel de participación de las fuerzas armadas mexicanas en labores de seguridad pública no fue parte de la litis en este juicio*, pues: i.- la declaración de la su posible inconventionalidad no fue presentada como pretensión por la Comisión ni las víctimas y por lo tanto, el Estado no opuso excepciones al respecto; ii.- este nivel de participación más bien es considerado por la CrIDH como hecho relevante para resolver sobre las violaciones a derechos humanos cometidas por el Estado;²⁵ iii.- no hay punto resolutivo en la sentencia que corresponda a dicho nivel de participación militar, es decir, no se condena al Estado mexicano a modificarlo; vi.- los estándares sobre intervención militar de referencia se encuentran en el curso del razonamiento de la CrIDH sobre las violaciones a derechos humanos en relación con el deber de protección y garantía, cuando haría más sentido –si fuera un principio vinculante– que se discutiera en el marco de la obligación de adoptar disposiciones de Derecho interno.

Finalmente, el que los lineamientos de la CrIDH sobre la intervención militar en labores de seguridad pública sean *dictum*, no significa que sean jurídica o políticamente irrelevantes. Por el contrario, dichos estándares constituyen la opinión técnica en la materia de uno de los órganos internacionales con mayor autoridad para manifestarse sobre el impacto que pueden tener las fuerzas armadas en la protección de los derechos humanos cuando su actuación no está sujeta a los estándares propuestos, por lo que dicha opinión debería recibirse como un enérgico

²⁴ Olmedo Bustos y Otros vs Chile, Fondo, reparaciones y costas, Párrafo 88, CrIDH, 5 de febrero de 2001, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf, consultado el 11 de septiembre de 2019.

²⁵ Este hecho es especialmente patente si se nota que tales estándares se encuentran en un apartado denominado *Sobre el contexto en que ocurrieron los hechos del caso*.

llamado de atención a las autoridades mexicanas para actuar en consecuencia. En resumen: el hecho de que un criterio de la CrIDH pueda no constituir *jurisprudencia* en estricto sentido, no lo vuelve superfluo.

VI] Argumentos en pro y en contra de la propuesta del presente trabajo

Muchos pueden ser los argumentos para rebatir o justificar la adopción de las nociones de *Ratio Decidendi* y *Obiter Dicta* para la determinación de los criterios de la CrIDH que constituyen jurisprudencia interamericana y que, por ende, son de observancia obligatoria para los jueces nacionales. En este breve apartado se discutirán algunos de los argumentos más llamativos.

En contra de la propuesta, válidamente podría argumentarse que la distinción entre *ratio* y *dicta* podría tener efectos restrictivos en cuanto a la protección de los derechos humanos, en contravención del principio *pro persona*. Asimismo, podría sostenerse que la identificación de ambos componentes en las sentencias de la CrIDH representa una labor harto compleja que puede dejar en incertidumbre a los operadores jurídicos, quienes estarían frente a un grado de inseguridad impráctico sobre el peso de cada criterio de la CrIDH.

Por otro lado, a favor de la propuesta podemos citar nuevamente a Pierre N. Leval, para quien,

La distinción [entre ratio y dicta] no es una mera tecnicidad (...). Un aspecto importante de mi razonamiento es que resulta más probable que los tribunales ejerzan un juicio equivocado o poco meditado, más probable que ignoren precauciones y contraindicaciones benéficas, más probable que declaren normas deficientes, cuando manifiesten dicta que cuando decidan sus casos (...). Darle al "dictum" fuerza de ley aumenta la posibilidad de que la ley producida sea mala.²⁶

Sin perjuicio de lo anterior, probablemente el mejor argumento en pro de la propuesta que aquí se expone sea su coherencia con el mandato convencional y la naturaleza jurídica de la CrIDH, en términos de la CADH y los principios de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

²⁶ LEVAL, Pierre, *op cit.*, p. 1255.

Comencemos, pues, por la premisa ineludible: la CrIDH es un órgano preminentemente jurisdiccional, pues el grueso de sus funciones, con excepción de sus facultades consultivas, consiste en resolver los casos que sean sometidos a su jurisdicción. Igualmente, indudable es que sus competencias y funciones están limitadas a las expresamente establecidas en su documento fundacional (la CADH) y, por razonabilidad y sentido común, aquellas que sin estar literalmente previstas resultan necesarias e indispensables para la consecución de las expresamente contempladas.

En este tenor, es indudable que la CrIDH no fue ideada como un órgano materialmente legislativo; no entra dentro de sus facultades el reconocimiento o creación de derechos humanos no comprendidos en la CADH. Su propósito primario es, indiscutiblemente, la resolución de controversias que versen sobre la posible violación de los derechos y libertades protegidas por la CADH.²⁷ En respaldo de lo anterior, téngase presente que la jurisprudencia es una fuente auxiliar del Derecho Internacional, pues no goza de la autonomía que sí tienen los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, en apego a lo dispuesto por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.²⁸

Sin perjuicio de lo anterior, sería ocioso y hasta jurídicamente inmaduro sostener que, en cuanto órgano judicial, la CrIDH tiene vetada la generación de normas jurídicas, pues la toda labor jurisdiccional lleva aparejada la fijación de criterios sobre el contenido y alcance de las normas aplicadas, como es la CADH. No obstante, conforme al diseño institucional interamericano, dicha atribución únicamente debería ser ejercida la medida de lo necesario para resolver satisfactoriamente la *litis*, en aquello que no esté clara y expresamente previsto en el tratado internacional interpretado. En efecto: la CrIDH no constituye un órgano de naturaleza formalmente legislativa en el marco de la Organización de los Estados Americanos.

²⁷ La CrIDH también puede juzgar sobre violaciones a derechos humanos protegidos por otros tratados internacionales en la materia ratificados por los Estados que hayan reconocido su competencia; para simplificar la discusión, aquí se hace referencia exclusivamente a la CADH.

²⁸ Firmado el 26 de junio de 1945; ratificación publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de octubre de 1945.

A mayor abundamiento, resalta que la fijación de dichos criterios consiste en un ejercicio de interpretación, por medio del cual se desentraña el sentido de una disposición convencional en el caso concreto; por lo tanto, esta labor de interpretación está sujeta a los lineamientos establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)²⁹.

En virtud de lo anterior, debe concluirse que la CrIDH sí está facultada para fijar criterios vinculantes no contemplados específicamente en la CADH, pero limitada específicamente al objeto de controversia en el juicio y conforme a los parámetros de la CVDT. Así, no queda lugar a dudas de que la CrIDH únicamente puede generar Derecho –o, para ser técnicos, especificar el Derecho en un caso concreto– en aquello directa e inmediatamente indispensable para la resolución de la *litis*, en lo que constituiría la *ratio decidendi*, conforme a lo apuntado líneas arriba.

En respaldo al corolario anterior, debe recordarse que en el propio preámbulo de la CADH se estableció que el sistema interamericano de protección de derechos humanos, en el cual la CrIDH ocupa el puesto de mayor jerarquía, fue constituido como un mecanismo de *protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos*.

Si se califica la protección brindada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la CrIDH como coadyuvante o complementaria a la protección de los Estados, es porque en estos recae la primera obligación de hacer valer los derechos humanos reconocidos en la CADH en sus territorios, siendo ellos, además, quienes tienen la capacidad institucional suficiente para tan grande propósito. En efecto, si semejante labor recayera únicamente en manos de la CIDH y la CrIDH, ambas se verían ampliamente rebasadas por tal responsabilidad. En este sentido, sin la intervención activa de las autoridades estatales en la protección de los derechos humanos, la CADH se reduciría a una manifestación de buenos deseos. Por esta misma razón, es que los Estados Partes en la CADH adquieren la obligación –exigible a todos sus órganos, sus agentes y todos aquellos que actúan en su

²⁹ Firmada el 23 de mayo 1969; ratificación publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1975.

nombre³⁰ de respetar y garantizar los derechos y adoptar disposiciones de Derecho interno compatibles con los mismos.

Así pues, ante una violación a los derechos humanos reconocidos en la CADH, el Estado responsable debe procurar la reparación correspondiente mediante los recursos de jurisdicción interna que procedan, sin cuyo agotamiento es improcedente toda petición o comunicación presentada ante la CIDH, como regla general.³¹ Dicho de otro modo: las instituciones nacionales fungen como el primer sistema de protección del sistema interamericano, y solo en caso de que estas fallen en sus deberes convencionales tomarán acciones los órganos internacionales que sirven de sistema coadyuvante o complementario, a saber, la CIDH y CrIDH.

En nuestro sistema regional, ya la propia CrIDH ha reconocido como consecuencias de la naturaleza complementaria de su jurisdicción que queda fuera de sus funciones actuar como tribunal de *cuarta instancia*, con lo que serán inoperantes todos los argumentos que le planteen las partes *sobre alcances de la valoración de prueba o de la aplicación de derecho interno* en el marco de los recursos de jurisdicción interna que se hubieren intentado en relación con la violación de derechos humanos alegada.³²

La doctrina ha intentado condensar el significado e implicaciones de las normas anteriores en el denominado *principio de subsidiariedad*, en el cual, además de las cuestiones procesales a las que se ha hecho referencia, también se incluye una dimensión sustantiva de la complementariedad de jurisdicciones, según la cual es permitido que las *cláusulas abiertas* de los tratados internacionales de derechos humanos reciban interpretaciones diversas e igualmente válidas en latitudes distintas, como

³⁰ Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia, CrIDH, 15 de septiembre de 2005, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf, consultado el 11 de septiembre de 2019.

³¹ El artículo 46 de la CADH prevé las excepciones a este principio de definitividad, consistentes en que (a) *no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho que se estima violado*; (b) *no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos*; y (c) *haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos*.

³² Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde v. Brasil, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Párrafo 71 CrIDH, 20 de octubre de 2016, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf, consultado el 11 de septiembre de 2019.

resultado del pluralismo jurídico y de la *necesidad de hacer justicia en circunstancias y en sociedades específicas*.³³

No consideramos aventurado afirmar que conforme a la dimensión sustantiva del principio de subsidiariedad habría aún mayor razón para negar la obligatoriedad de los criterios interamericanos que sean *dictum*, pues estos podrían acotar injustificadamente el margen de apreciación de los Estados en materias que estrictamente no han sido sometidas a la jurisdicción de la CrIDH.

Así pues, con base en los argumentos anteriores, sostenemos que la adopción de los criterios de *ratio decidendi* y *obiter dicta* para la correcta identificación de los criterios de la CrIDH que constituyen jurisprudencia vinculante es compatible con la naturaleza de dicho tribunal, sus facultades convencionales y el principio de subsidiariedad.

VII Conclusiones

El significado formal y reduccionista que históricamente ha recibido el término *jurisprudencia* en nuestro país, ha ocasionado que la irrupción de centenares de criterios sostenidos por la CrIDH como lineamientos de observancia obligatoria para los jueces mexicanos en aplicación del principio *pro persona*, haya sido desordenada.

La carencia de matices que nos ayuden a distinguir entre criterios jurídicos vinculantes y opiniones de la CrIDH muy probablemente sea un acto de buena fe por parte de nuestro foro, siendo loable que no se escatimen esfuerzos en la promoción y respeto de los derechos humanos. Sin embargo, no por exceso de buena fe deben hacerse de lado los principios que rigen y limitan a toda labor jurisdiccional en general y a la interamericana en lo particular.

Nociones como *Ratio Decidendi* y *Obiter Dicta*, de amplio desarrollo y divulgación en la tradición del *Common Law*, pueden resultarnos de gran ayuda en la asignación del valor jurídico específico que debe corresponder a distintos criterios de la CrIDH. Inclusive, es posible que su recepción en nuestro país sirva para

³³ GONZÁLEZ, Pablo, *Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad*, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XVII, 2017, México, p. 734.

brindarnos mayor claridad sobre el alcance de las obligaciones que hemos adquirido al ratificar la CADH.

Así pues, en este ensayo se esbozó un sencillo modelo de identificación de la *ratio* en las sentencias de la CrIDH, cuya implementación puede darnos luz sobre el peso de las distintas manifestaciones contenidas en ellas. Con un uso bien intencionado y técnicamente sustentado, este ejercicio fortalecería el debate sobre el alcance de la jurisprudencia interamericana en México, evitando que quede reducida a la simple cita de criterios descontextualizados en las promociones de los postulantes, los artículos de los docentes y las sentencias de nuestros tribunales.

Bibliografía

Alvarado Espinoza y otros v. México, Fondo reparaciones y costas, CrIDH, 28 de noviembre 2018, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_370_esp.pdf (11 de septiembre de 2019).

CARMONA, Jorge, "La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México", *Recepción nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la admisión de la competencia de la Corte Interamericana*, TEMPLOS, Karla (coord.), Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Diario Oficial de la Federación, 7 de mayo de 1981.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Diario Oficial de la Federación, 14 de febrero de 1975.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Diario Oficial de la Federación, 17 de octubre de 1945.

GONZÁLEZ, Pablo, "Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XVII, 2017, México.

GOODHART, Arthur, "Determining the Ratio Decidendi of a Case", *Yale Law Journal*, Vol. 40, No. 2, enero de 1930.

LEVAL, Pierre, "Judging Under the Constitution: Dicta about Dicta", *New York University Law Review*, Vol. 81, No. 4, octubre de 2006.

Ley de Amparo. Diario Oficial de la Federación, 2 de abril de 2013.

Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios. Diario Oficial de la Federación, 26 de febrero de 1992.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Diario Oficial de la Federación, 26 de mayo de 1995.

Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Diario Oficial de la Federación, 18 de julio de 2016.

Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia, CrIDH, 15 de septiembre de 2005, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf (11 de septiembre de 2019).

McLEOD, Ian, *Legal method*, 3ra ed., Macmillan, Reino Unido, 1999.

Olmedo Bustos y Otros vs Chile, Fondo, reparaciones y costas, Párrafo 88, CrIDH, 5 de febrero de 2001, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf (11 de septiembre de 2019).

Opinión Consultiva 21/14, Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 19 de agosto de 2014, <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf> (11 de septiembre de 2019).

Tesis Jurisprudencial 1a./J. 26/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, libro VIII, mayo de 2012, pág. 681.

Tesis jurisprudencial P./J. 21/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. 1, libro 5, abril de 2014, p. 204.

Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde v. Brasil, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Párrafo 71 CrIDH, 20 de octubre de 2016, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf (11 de septiembre de 2019).

Velázquez Rodríguez v. Honduras, Fondo, Párrafo 166, CrIDH, 29 de julio de 1988, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf, (11 de septiembre de 2019).

Reflexiones sobre la Justicia Constitucional Local Mexicana en el siglo XXI

ROXANA PAOLA MIRANDA TORRES¹

SUMARIO: I. *El Derecho Procesal Constitucional y su estudio en México.* II. *Evolución de la justicia constitucional local.* III. *Análisis de los avances en cada Estado* IV. *La justicia local y el federalismo en México* V. *Conclusiones.*

Resumen. El Derecho Procesal Constitucional en México sigue incorporando elementos para su estudio y análisis de acuerdo a la realidad de nuestro país. En la enseñanza de la ciencia jurídica es fundamental que los alumnos hagan pesquisas, se involucren en el trabajo investigativo y lo relacionen con su entorno; por lo que estudiantes de sexto semestre de la Facultad de Derecho en la Universidad Panamericana *campus* Guadalajara, indagaron sobre la historia, desarrollo, avances y efectividad de la justicia constitucional local en México; aquí plasmamos los resultados y reflexiones.

Palabras clave: Justicia constitucional local, Estado, federalismo, derecho procesal.

Abstract. *The Constitutional Procedural Law in Mexico continues to incorporate elements for its study and analysis according to the reality of our country. In the teaching of legal science it is essential that students do research, get involved in research work and relate it to their environment; therefore, students of the sixth semester of the Faculty of Law at the Panamerican University campus Guadalajara, inquired about the history, development, progress and effectiveness of local constitutional justice in Mexico; here we capture the results and reflections.*

¹ Profesora e Investigadora de tiempo completo en la Universidad Panamericana, *campus* Guadalajara.

Keywords: *Local constitutional justice, State, federalism, procedural law.*

I] El Derecho Procesal Constitucional y su estudio en México

La idea de la justicia que nos aportaron los griegos, se concreta en que el derecho y la creación de las normas es por convención, así, el animal político, pacta, acuerda o contrata derechos y obligaciones en su contexto social para sus interrelaciones; se crean normas jurídicas en las que tratan de preservar sus valores, principios e intereses trascendentes y por tanto, dichas normas son obligatorias, entrañan prerrogativas y cargas, así, cuando las partes contratantes o las distintas personas que se obligaron a cumplir dichas normas, lo realizan mirando hacia el bienestar general y para la finalidad o teleología de su creación, entonces, estamos en la justicia normativa, constitucional y social².

Al fundarse el Estado de Derecho, con el pacto o contrato social de todos los ciudadanos dentro del republicanismo democrático, las normas son o deben ser la máxima expresión de la voluntad popular y no es solo por el simple hecho de que se deban manifestar todos los ciudadanos pactantes, sino que a todas las personas incluidas en el contrato, se les deben respetar sus valores, principios e intereses, los cuales deben ser armonizados a los de todos, sin que prevalezcan los intereses particulares sobre los generales, lo contrario es una distorsión a la idea de la justicia constitucional, lo que es bueno para uno o algún grupo, lo deberá ser para todos o la generalidad³. En este sentido la *justicia constitucional* representa un freno efectivo a la opresión gubernamental, especialmente cuando recae sobre los derechos fundamentales, lo que permite un equilibrio, tanto entre el Estado y la población, como también entre los propios entes de poder, con lo cual se garantiza el desarrollo y el bienestar de la sociedad"⁴.

En este orden de ideas, todos los aspectos relacionados con la defensa de la Constitución ocupan el pensamiento jurídico desde hace décadas; podemos destacar las distintas revoluciones,

² PLATÓN, *Diálogos, es especial, La República o de lo Justo*, apud. FISCHL, Johann, *Manual de la Historia de la Filosofía*, séptima edición, Herder, Barcelona, España, 1994, pp. 71-80.

³ ROUSSEAU, Jean Jacob, *El contrato social o principios de derecho político*, apud, ELWOOD, Charles, *Historia de la Filosofía Social*, Chile, 1939, pp. 155 a 168.

⁴ ORTIZ MAYAGOITIA, Guillermo, en el libro *Justicia Constitucional en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007, p. IX.

primero la norteamericana, luego la francesa. La creación de los tribunales constitucionales, en Austria en 1920. En Italia, después de la Segunda Guerra mundial y su auge en América Latina a partir de 1970⁵; generó la necesidad de proteger la jerarquía normativa y los derechos fundamentales, otorgar remedio a los agravios que se comenten en perjuicio de la Constitución o de los gobernados⁶, y dio lugar a la creación de una disciplina procesal constitucional. Si bien el derecho procesal se consolida a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, fue hasta los años treinta que Niceto Alcalá Zamora y Castillo acuñó, en Argentina, el término en su obra *Ensayos de derecho procesal. Civil, penal y constitucional*⁷. Este autor estuvo en nuestro país al menos 30 años, difundió sus ideas; lo que influyó para que se iniciara con esta ciencia a través de estudios y formación de nuevos procesalistas entre los que destacan Humberto Briseño Sierra, Cipriano Gómez Lara, Domingo García Belaunde, Néstor Pedro Sagüés, Sergio García Ramírez y Héctor Fix Zamudio, es a este último a quien debemos reconocer el mérito del estudio profundo, difusión y desarrollo del Derecho Procesal Constitucional en México.⁸

Asimismo, en los últimos años podemos resaltar también las aportaciones de juristas sobresalientes como Héctor Ferrer Mac-Gregor y José de Jesús Covarrubias Dueñas, quienes a través de sus actividades académicas, numerosas publicaciones sobre *El nuevo juicio de amparo, Los derechos sociales y su justiciabilidad directa, Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*⁹; *Análisis de casos relevantes en materia electoral; Dos siglos de constitucionalismo en México, El Paradigma de la Constitución, Planetología y Los derechos planetarios*¹⁰, respectivamente, contribuyen al estudio y desarrollo de esta ciencia.

⁵ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "El Derecho Procesal Constitucional en Expansión (crónica de un crecimiento)", en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, UNAM, Instituto Mexicano del Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México, p. 659.

⁶ SALGADO LEDESMA, Eréndira, *Manual de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, Universidad Anáhuac, México, 2015, p. 57.

⁷ *Ibidem*, p. 661.

⁸ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Op. Cit.*, p. 665.

⁹ *Derecho Procesal Constitucional Local*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Enrique Uribe Arzate (coordinadores), Porrúa, IMDPC, México, 2018.

¹⁰ *Vid.* COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Los derechos planetarios*, Porrúa, México, 2016.

Podemos afirmar que en los últimos años hemos vivido la expansión del Derecho Procesal Constitucional a través de la integración en los programas de estudio universitarios, publicaciones, congresos nacionales e internacionales, la creación de institutos; la dedicación y el esfuerzo de constitucionalistas y procesalistas. Todo ello ha estructurado los cimientos para la consolidación de esta disciplina, sobre todo en Latinoamérica, que sigue creciendo con las aportaciones de juristas, ya que no es una ciencia acabada, sino que sigue en constante transformación¹¹.

Bajo esta temática, la jurisdicción constitucional local es un paradigma de nueva creación, aunque siempre ha existido la preocupación por la defensa de la Constitución, es en la primera década de este siglo con la denominación de *control constitucional local* que gran parte de los Estados han incorporado procesos, procedimientos, órganos jurisdiccionales y garantías constitucionales para la efectiva protección de sus máximos ordenamientos, la supremacía y los derechos fundamentales, es decir, la actividad jurisdiccional que realizan ciertos órganos locales para resolver sus conflictos, salvaguardar la vigencia y eficacia de la Constitución de cada Estado¹²; lo que se considera una parte novedosa e importante del objeto de estudio de esta disciplina en nuestro país.

De esta forma, integraremos las pesquisas de los alumnos de sexto semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana *campus* Guadalajara quienes cursaron la cátedra de Derecho Procesal Constitucional con la autora de este trabajo, durante los ciclos 2019-1 y 2019-2; más de cincuenta alumnos lograron interesantes hallazgos, reflexiones y conclusiones, cuya metodología se abordará más adelante¹³.

¹¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Presentación" en *Derecho Procesal Constitucional Local*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Enrique Uribe Arzate (coordinadores), *Op.Cit.*, p. XI.

¹² MORALES-PAULÍN, Carlos A., "La Justicia Constitucional Local en México, avances y perspectivas. Una propuesta", Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/92/20.pdf> consultado el 26 de agosto de 2019.

¹³ Agradecemos el tiempo y dedicación en la investigación de la Justicia Constitucional en los diversos Estados de la República a los siguientes alumnos: Diego Alejandro Almeida Navarro, José Andrés Arreguín Álvarez del Castillo, Arturo Ramos Hopkins, Denis García Galeana, David Alejandro Guillén Ibáñez, Francisco González Rolón, Carlos Eduardo Ortiz Solís, Brian Edwin Chaveri Batista, Paloma Enrigue Rosales, Ana Sofía Vargas Hernández, Salma Hannon González, Mariana Rodríguez Zepeda, Emilio Cerda Corzo, Iván Hernández, Jaime Maytorena, Francisco Gutiérrez Haro, José Abraham Mendivil Ríos,

II] Evolución de la justicia constitucional local en México

El interés por la salvaguarda de los derechos fundamentales, el debido ejercicio del poder y la protección a nuestro más grande ordenamiento han estado presentes en la historia constitucional mexicana; en la Constitución para la República Americana de 1814 se contempló a los *Tribunales Ario de Rosales*, el primer Supremo Tribunal de Justicia, instalado el 7 de marzo de 1815 para la protección de los derechos de las personas¹⁴.

Las Leyes Constitucionales de la República Mexicana o las Siete Leyes de 1836, dan la pauta para hablar del control constitucional en manos del Supremo Poder Conservador, pues tenía todas las atribuciones para declarar la nulidad de leyes,

Adrián Flores Gutiérrez, Braulio César Fernández Martínez, Carlos Chávez Cornejo, Luis Arturo Luna Ríos, José Manuel Eng Manzano, Ana Sofía Machorro Serrano, Alma Sofía Vázquez Fuentes, José Ángel Beltrán Bon, Diego Emilio Casas Lugo, Ingrid Patricia Blanco Longoria, José Alejandro Martínez León, Marcela Corvera Ramírez, Victoria Eugenia González Cañedo, Luisa Fernanda Rodríguez, Michelle Atristain Gutiérrez, Yrarze Segovia Rodríguez, Ramsés Valle Collantes, Denisse Gómez Zepeda, Andrea Espinosa Jaramillo, Esteban Hernández Pimentel, Iker Valenzuela, José Eduardo Torres, María Fernanda Morales Quezada, Laura Sabljak, Ana Teresa Aranda Corzo, Alejandro Torres Villicaña, Carlos Monsalve López, Miguel Alfonso Díaz Llanderal, Santiago Berrospe Morán, Nivia González Herrera, Ana Sofía Larios Enríquez, Elsa del Mar Leal Perea, José Mauricio Pérez Hernández, Pedro Iván Ramos García de Alba, Karla Paola González Mora, Fátima del Carmen Valle Hernández, Lourdes Vianey Gutiérrez Valdez, Karla López Cuevas, María José Barba Aceves, Mariana Treviño Fernández, Sara Elena Vizcaíno Sedano, Carlos Márquez González, Diana Lourdes Martín González, Mariana Morales Guillén, José Adrian González Vizcarra, José Rafael Frías Peña, María Fernanda Cárdenas García, Carlos Alejandro Correa Cabrera, Eira Fernanda Zepeda Rivera, Roberto Rosales Burgos, Martha Irela Zazueta Rodríguez, Daniela Carrillo Ruiz, Ana Paula Madrigal, Jesús Manuel Ortiz Torres, Isamar Torres Vega, Jorge Antonio Olguín Molina, Mauricio Casas Álvarez, José Luis Muñoz García, Ana Isabel Alonso Arnaud, Ana Paula Calderón Medrano, Sarahí Fernández Carmona, Diana Murillo Vargas, Juan Pablo Ramírez Rangel, Alán Gresati Fernández, José Luis Martínez López, Luis Mario Martínez Zubia, Regina Amezcua, Mariana Jiménez, María Fernanda Rodríguez Ibarra, Natalia Guadalupe Gutiérrez Castro, Perla Angélica Álvarez, Carolina Garza, Mariana Ramírez, Marco Antonio Ramírez Sánchez, Guillermo Torres Díaz, María Fernanda Salazar Reyes, Paulo Francisco García Ávalos, José Ismael Valdivia Ramírez, Edgar Pantoja, Hernán Sánchez, Héctor Lizárraga y demás estudiantes de la materia de Derecho Procesal Constitucional, promesa cumplida.

¹⁴ “Primer Supremo Tribunal de Justicia” http://congresomich.gob.mx/articulos-iiel_/primer-supremo-tribunal-de-justica/; consultado el 2 de agosto de 2019.

decretos y actos de los tres poderes públicos cuando fueren contrarios a la Constitución o se emitieran usurpando facultades¹⁵.

Los orígenes del juicio de amparo son el referente más importante en la evolución del control constitucional estatal, debido a que en la Constitución local yucateca del 16 de mayo de 1841, a instancias de Manuel Crescencio Rejón nace tan importante figura, que será paradigma en muchos países latinoamericanos¹⁶, de igual forma, en otras entidades como Tabasco en 1857, Campeche en 1861 e Hidalgo en 1870 existió la preocupación por la defensa jurisdiccional de los derechos desde su Constitución¹⁷. Su reconocimiento en el Acta de Reformas de 1847 con las grandes aportaciones de Josef Mariano Fausto Andrés Otero Mestas, las cuales conocemos a través de su voto particular del 5 de abril de 1847, donde además propone un sistema integral de controles constitucionales para determinar si una ley estatal o de la federación contravienen el pacto federal¹⁸; posteriormente podemos advertir la consolidación del Juicio de Amparo en las Constituciones de 1857 y 1917.

La Constitución de 1917 además de ser modelo por los derechos sociales, estableció mecanismos importantes para el control de las potestades públicas, la división de poderes, las garantías individuales y su protección, las controversias constitucionales, el juicio de procedencia o la responsabilidad de los servidores públicos, entre otras figuras¹⁹. Controles que han ido cambiando, perfeccionando, se han adaptado a las necesidades de

¹⁵ Salgado Ledesma, Eréndira, *op. cit.*, p. 28. Cfr. Miranda Torres, Roxana Paola, “El sistema nacional anticorrupción como un nuevo control constitucional” en el libro *Controles Constitucionales Administrativos en México, Sistema anticorrupción*, Roxana Paola Miranda Torres, José de Jesús Covarrubias Dueñas (coordinadores), UNIVA, COPARMEX, Gobierno del Estado de Jalisco, Supremo Tribunal de Justicia, Universidad Panamericana, México, julio, 2019, p. 66.

¹⁶ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Prologo” en el libro *El Juicio de Amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917, pasado, presente y futuro*, Tomo I, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Alfonso Herrera García (coordinadores), UNAM, México, 2017, p. XIX.

¹⁷ RIVERA HERNÁNDEZ, Juan, “El Amparo Local en México: Análisis Procesal Constitucional”, en el libro *El Juicio de Amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917, pasado, presente y futuro, op. cit.*, p. 186.

¹⁸ COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Aportaciones al pueblo de México de Josef Mariano Fausto Andrés Otero Mestas (1817-1850)*, Tomo I, UNAM, México, 2014, pp. 636 y 637.

¹⁹ COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Dos siglos de constitucionalismo en México*, Porrúa, México, 2014, pp. 20 y ss.

la sociedad actual; a veinticinco años de la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994 que integró una serie de garantías constitucionales y algunas de las funciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un Tribunal Constitucional; hemos tenido cambios importantes en materia de derechos humanos con la reforma a nuestra Carta Magna de junio de 2011, por citar algunos ejemplos²⁰.

En esta tendencia, al advertir la importancia de seguir profundizando en el estudio de los controles y garantías constitucionales; los entes federados han creado sus propios medios de control constitucional atendiendo a las características propias de su Constitución, y como Estado, a su situación geográfica, social, económica, jurídica, poblacional; es decir, cada lugar tiene su problemática, cultura, tradiciones, autoridades, historia y hasta clima; elementos que se deben de tomar en cuenta a la hora de resolver sus conflictos; de ahí la importancia de la justicia constitucional local²¹.

Es así que Veracruz, Guanajuato, Tlaxcala, Guerrero, Coahuila, Quintana Roo, Querétaro, Estado de México, Chiapas, Sinaloa, Chihuahua, Nayarit, Oaxaca, Nuevo León, Chiapas, recientemente la Ciudad de México, entre otros Estados, han facultado a los Plenos de los Tribunales Superiores de Justicia o han creado Tribunales o Salas Constitucionales para conocer de garantías constitucionales como acciones por omisión legislativa, controversias constitucionales, amparo local, mecanismos de protección en materia electoral, para la protección de los derechos fundamentales y en general para el respeto de su máximo ordenamiento. Este modelo local tiene semejanza con el federal, pero también cada Estado ha ido desarrollando figuras, órganos, instrumentos de acuerdo a sus propias necesidades.

III] Análisis de los avances en cada estado

El sistema de control constitucional estatal tiene su cimiento en nuestro máximo ordenamiento, en los artículos 40, 41, 73, 116, 117 y 124, 133. El artículo 40, establece el sistema federal mexicano; el 41, estipula que el pueblo ejerce su soberanía a través de los Poderes de la Unión y concede autonomía para que cada

²⁰ *Idem.*

²¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Prólogo" en *Derecho Procesal Constitucional Local*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Enrique Uribe Arzate (coordinadores), *op. cit.* pp. XV.

Estado tenga su propia constitución; el 73, dispone de manera precisa las facultades del Congreso de la Unión; el 116, nos habla de la organización de los Estados, su estructura y organización, constituyéndose de esta manera el régimen federal de gobierno; el 117, menciona las restricciones o prohibiciones de competencias o facultades a los Estados de la federación; el artículo 124, dispone el reparto de competencias entre la federación y los Estados, también llamando sistema residual, dado que lo que no corresponde a la federación, corresponde a los Estados; finalmente el artículo 133, manifiesta la supremacía constitucional, los máximos ordenamientos locales deben sujetarse y no contravenir a la Constitución federal²².

La presencia de la justicia constitucional en los Estados tiene sustento en el mismo texto de nuestra Ley Fundamental y en los últimos años se ha ido posicionando de tal manera que en algunos Estados existen verdaderos sistemas del control de la constitucionalidad de normas y actos locales, estimulando la supremacía de las constituciones de los entes federados, de esta forma podemos ver garantías constitucionales como el control previo, las acciones por omisión legislativa, la cuestión de constitucionalidad o la resolución de conflictos de los pueblos indígenas, mecanismos todavía no previstos en la Constitución Federal²³.

1. Diseño de la metodología

En la Universidad Panamericana *campus* Guadalajara, en sexto semestre, los alumnos cursan la asignatura de *Derecho Procesal Constitucional* con un programa muy amplio y sumamente interesante, donde una de las cuestiones a tratar es la justicia constitucional local; así, con esta temática y una vez estudiados temas importantes como son la importancia de la Constitución, la defensa constitucional, los modelos de control constitucional, la evolución del control constitucional en México, el Derecho

²² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060619.pdf consultada el 5 de agosto de 2018. Vid. GÓMEZ VASQUEZ, Alfredo, "Fundamentos del Derecho Procesal Constitucional Local" en el libro en *Derecho Procesal Constitucional Local*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Enrique Uribe Arzate (coordinadores), *op. cit.* pp. 3 y 4.

²³ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *El control de la inconstitucionalidad por omisión legislativa en las legislaciones procesal-constitucionales locales*, en *Derecho Procesal Constitucional Local*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Enrique Uribe Arzate (coordinadores), *op. cit.* pp. 47-48.

Procesal Constitucional, los tribunales constitucionales, las garantías constitucionales, tales como el juicio de amparo, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, el juicio político, el juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano, el juicio de revisión constitucional y los instrumentos de protección de los derechos fundamentales por órganos no jurisdiccionales²⁴, vamos integrando y desarrollando conocimientos que son el fundamento para analizar qué está pasando con el orden local.

Los alumnos escogen uno de los Estados donde existen mecanismos y magistratura para la protección de su constitución; en algunos casos son motivados por su origen, de donde son oriundos, en otros, el simple interés; de esta forma, cada estudiante analiza los siguientes puntos: a) ¿qué es la justicia constitucional local?; b) antecedentes en el Estado elegido, las reformas constitucionales en la materia; c) la magistratura constitucional, si existen o no tribunales constitucionales, son salas o simplemente el pleno de los tribunales de justicia de cada Estado se convierten en tribunales constitucionales locales; d) las garantías constitucionales previstas; f) la efectividad de los mecanismos; g) algunos casos; h) una vez estudiado lo anterior reflexionan si en Jalisco, de acuerdo con nuestras características y problemática, sería necesario un tribunal constitucional; i) llegan a sus propias conclusiones.

Los hallazgos y reflexiones se comentan y discuten en clase; los jóvenes hacen investigación documental, de campo, buscan a través de los mecanismos o portales de transparencia acerca de estos tribunales, realizan visitas, entrevistan a los magistrados, utilizan diversos medios; la respuesta siempre es gratificante, ya que descubren la importancia y utilidad de la justicia constitucional local, le encuentran aplicación, lo que representa para los Estados y para la consolidación de un verdadero federalismo en México.

2. Cuadros comparativos

Con la metodología antes descrita se recabó un cúmulo de información recabada, a través de los ordenamientos constitucionales locales, las leyes orgánicas del poder judicial de cada Estado, doctrina y datos de los diferentes portales

²⁴ Programa de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Panamericana *campus* Guadalajara, para el ciclo escolar 2020-1, Guadalajara, Jalisco, a 23 de agosto de 2019.

gubernamentales, por lo que tratamos de concretar y sintetizar la misma, a través de los siguientes cuadros:

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES LOCALES CUADRO COMPARATIVO

Entidad Federativa	Fecha de las reformas	Integración	Garantías constitucionales que conoce
Campeche	2 de febrero de 2001. 27 de junio de 2017.	Pleno del Tribunal Superior de Justicia.	Controversias constitucionales (conflictos).
Chiapas	2002, 5 de noviembre de 2004, mayo de 2007.	Tribunal de Justicia Constitucional, dentro del Poder Judicial del Estado.	Controversias constitucionales, Acciones de inconstitucionalidad, Acciones por omisión legislativa, Cuestiones de inconstitucionalidad, casos de contradicción de criterios, Resolución conflictos de competencia, Medio de defensa efectivo
Chihuahua	1 de octubre de 1994, septiembre de 2006, 29 de junio de 2013, abril de 2017.	Sala de Control Constitucional dentro del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua.	Controversias constitucionales, Amparo, Acciones de inconstitucionalidad.
Ciudad de México	Constitución Política de la Ciudad de México (31 de enero de 2017), Ley Orgánica del Poder Judicial de la	Sala Constitucional dentro del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.	Controversias constitucionales, Acciones de inconstitucionalidad, Acciones por omisión legislativa, Juicio de restitución obligatoria de derechos humanos,

	Ciudad de México (mayo 2018).		Impugnaciones por resoluciones de jueces de tutela en acción de protección efectiva de derechos humanos; Impugnaciones en el desarrollo del procedimiento de referéndum.
Coahuila	20 de marzo de 2001 y el 21 de junio de 2005, abril de 2012, enero de 2016.	Pleno del Tribunal Superior de Justicia como Tribunal Constitucional.	Controversias constitucionales, Acciones de inconstitucionalidad, Cuestiones de inconstitucionalidad, Juicios de inconstitucionalidad, Control difuso de la constitucionalidad local.
Colima	30 de septiembre de 2000.	Supremo Tribunal de Justicia.	Controversias constitucionales (conflictos).
Durango	26 de noviembre de 2000. 29 de agosto de 2013, junio de 2014.	Sala especializada de control constitucional dentro del Supremo Tribunal de Justicia del Estado Libre y Soberano de Durango.	Controversias constitucionales locales, Acciones de Inconstitucionalidad, Acciones por omisión legislativa.
Estado de México	12 de julio de 2004.	Sala Constitucional como parte del Tribunal Superior de Justicia.	Controversias constitucionales, Acciones de inconstitucionalidad, Recursos ordinarios contra resoluciones judiciales definitivas.

Guanajuato	20 de marzo de 2001, 11 de diciembre de 2015.	Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado.	Controversias constitucionales, Acciones de inconstitucionalidad.
Guerrero	27 de julio de 2004.	Supremo Tribunal de Justicia en Pleno.	Controversias constitucionales.
Hidalgo	26 de febrero de 2001.	Tribunal Superior de Justicia.	Controversias constitucionales (conflictos).
Morelos	16 de noviembre de 1930 y en agosto de 2003.	Tribunal Superior de Justicia en Pleno.	Controversias constitucionales.
Nayarit	Diciembre de 2009. 10 de junio de 2016.	Sala Constitucional dentro del Tribunal Superior de Justicia	Controversias constitucionales, Acción abstracta de inconstitucionalidad, Acción de inconstitucionalidad por omisión, Control previo de constitucionalidad, Instrumento de tutela de los derechos humanos.
Nuevo León	9 de junio 2004, 4 de abril de 2018.	Pleno del Tribunal Superior de Justicia.	Controversia de inconstitucionalidad local, Acción de inconstitucionalidad.

Oaxaca	8 de diciembre de 2000. 15 de abril de 2011, 6 de septiembre de 2013.	Sala Constitucional dentro del Tribunal Superior de Justicia.	Controversias constitucionales, Acciones de inconstitucionalidad, Conocer de peticiones formuladas por Tribunales y Jueces de Estado sobre la constitucionalidad o aplicación de una ley, Conocer de peticiones formuladas por el Gobernador del Estado sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley o decreto aprobado por el Congreso, previo a su promulgación y publicación; Juicio para la protección de los derechos humanos, Solventar los recursos relativos a los requisitos de la revocación de mandato.
Querétaro	15 de septiembre de 2000. 31 de marzo de 2008.	Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia.	Garantizar la supremacía y el control constitucional, Controversias constitucionales, Acción abstracta de inconstitucionalidad, Declaración de omisión, Interpretación y la constitucionalidad de leyes, Instrumento de tutela de los derechos humanos.

Quintana Roo	4 de octubre 2003, 2008, 3 de julio de 2017.	Sala Constitucional Unitaria adscrita al Tribunal Superior de Justicia. Pleno del Tribunal Superior de Justicia.	Controversias constitucionales, Acciones de inconstitucionalidad local y Acciones por omisión legislativa.
Sinaloa	27 de enero de 1984.	Pleno del Supremo Tribunal de Justicia.	Controversias constitucionales.
Tabasco	25 de julio de 2001, 1 de agosto de 2015. Ley de Control Constitucional I (2017).	Sala Especial Constitucional del Tribunal Superior de Justicia.	Controversia constitucional estatal, Acción de inconstitucionalidad estatal, Opinión consultiva de control previo de constitucionalidad estatal, Recurso por violación de derechos fundamentales, Acción de revisión municipal.
Tamaulipas	13 de junio de 2015.	Pleno en funciones de Tribunal Constitucional	Controversias Constitucionales, Acciones de Inconstitucionalidad.
Tlaxcala	3 de febrero de 2000, mayo de 2001, 21 de julio de 2015.	Pleno del Tribunal Superior de Justicia como Tribunal de Control Constitucional.	Juicio de protección constitucional, Juicio de competencia constitucional, Acciones de inconstitucionalidad, Acciones por omisión legislativa.

Veracruz	Febrero de 2000. 11 de mayo de 2011, noviembre de 2016.	Sala Constitucional, adscrita al tribunal Superior de Justicia.	Controversias Constitucionales, Acciones de inconstitucionalidad y Acción por omisión legislativa, Juicio para la protección de los derechos humanos y Resuelve dudas sobre la constitucionalidad de una ley local; Procedimiento de protección de pueblos y comunidades indígenas.
Yucatán	17 de mayo de 2010.	Pleno del Tribunal Superior de Justicia como Tribunal Constitucional.	Controversias constitucionales, Acciones de inconstitucionalidad, Acciones por omisión legislativa y Cuestiones de control previo de constitucionalidad.
Zacatecas	1 de agosto de 2001.	Tribunal Superior de Justicia en Pleno.	Controversias constitucionales y la cuestión previa de legalidad.

3. Hallazgos importantes (análisis de los cuadros)

i. En nuestro país se ha desarrollado una tendencia, en los últimos veinte años, para garantizar y resguardar el cumplimiento de las Constituciones en la mayoría de los Estados, de 32 entes federados hasta ahora van veinticuatro.

ii. Cada entidad federativa ha llevado su propio proceso, las fechas de las reformas a sus constituciones son distintas, existen diferentes nomenclaturas para la jurisdicción constitucional, procesos, procedimientos y garantías constitucionales.

iii. La efectividad de estos tribunales es poca o nula, salvo algunos casos como en el Estado de Coahuila, las razones son el

desconocimiento por parte de la ciudadanía de la justicia constitucional local, de los medios de tutela específicos y que pueden acudir a estas instancias; la desconfianza en las instituciones locales y el retraso que les puede significar ya que sus sentencias no son definitivas e inatacables, pueden ser impugnadas ante la justicia federal, nos enfrentamos ante una duplicidad de órganos e instrumentos de control constitucional.

iv. La poca o nula importancia que se le da al máximo ordenamiento local, la Constitución; esta contempla los valores, principios e intereses referentes a cada entidad. La ciudadanía en general e incluso algunas autoridades, desconocen su existencia y son pocos los académicos que se proponen su estudio y análisis.

v. Los portales de transparencia de los Estados, específicamente en lo que atañe al poder judicial local, son precarios, de difícil acceso y en general se encuentran incompletos; lo que supone una deficiencia en la consulta de información en la mayoría de los Estados.

vi. Existen novedades en las garantías constitucionales, algunas solo previstas en ciertos Estados, tales como la acción por omisión legislativa, entendida como *la violación constitucional que se presenta por la falta de emisión, total o parcial, de normas secundarias de desarrollo constitucional*²⁵; contemplada en: Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Coahuila, Querétaro, Nayarit, Yucatán y como proyectos de ley en Guerrero, Tabasco y Sinaloa, entre otros Estados; lo que representa un gran avance en la justicia constitucional.

vii. No existe un modelo de magistratura constitucional en los Estados, pues en la mayoría es el pleno del Tribunal Superior de Justicia quien se convierte en órgano constitucional (Campeche, Colima, Coahuila, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Nuevo León, Sinaloa, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas); en los menos existen salas constitucionales o tribunales constitucionales; uno de los más grandes retos es su independencia del poder judicial y del resto de los poderes.

viii. El juicio de amparo con diferentes denominaciones está contemplado en las constituciones de Chihuahua, Veracruz, Querétaro, Tlaxcala, Nayarit, Oaxaca, Chiapas y Coahuila de Zaragoza, reglamentado en diversas legislaciones procesales constitucionales, se advierten dobles funciones entre la justicia

²⁵ RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, "El control de la inconstitucionalidad por omisión legislativa en las legislaciones procesal-constitucionales locales", *op. cit.*, p. 17.

local y la federal; la falta de confianza y desinterés por parte de las personas en la justicia local y no definitividad de las sentencias.

ix. El único Estado que tiene un juicio específico para dirimir los conflictos o resolver las cuestiones que involucren a los pueblos indígenas, es Veracruz, lo que representa desinterés ante esta problemática en las entidades, a pesar de que en la mayoría del territorio nacional existe población indígena, por ser originarios o por migración.

x. La mayoría de los estudiantes involucrados en este trabajo, concluyó que en Jalisco es necesario un tribunal constitucional independiente de los demás poderes, para la resolución de los problemas propios del Estado, abordar los conflictos desde nuestra perspectiva, contexto, ideología y nomología²⁶, de esta manera, encontrar las soluciones que más nos beneficien.

xi. Asimismo, los jóvenes reflexionaron sobre la debida integración de estos órganos, las reformas constitucionales pertinentes para el buen ejercicio de sus funciones y en este marco se abonará a la soberanía de los Estados y al correcto ejercicio del federalismo en nuestro país.

IV] La justicia local y el federalismo en México

La preocupación por consolidar el régimen federal siempre ha estado latente en la historia constitucional, en el tema, Jalisco es referente; fue el primer Estado después de la Revolución Mexicana en regresar al orden con Manuel Macario Diéguez Lara y promulgó la Constitución Política para el Estado, en julio de 1917. Los problemas abordados en los debates, se siguen presentando en este momento histórico, tal es el caso de la libertad municipal y el federalismo, este último considerado por algunos constituyentes como el *yugo de los Estados*; el constitucionalismo federal nació aquí; así como el municipalismo y los derechos fundamentales, instituciones primordiales de la República²⁷.

Si bien no existe un parámetro para la medición del federalismo, ante los diferentes modelos establecidos en el mundo, existen aproximadamente 25 naciones que se pueden

²⁶ La *nomología* es un método científico para el análisis de un fenómeno jurídico de manera interdisciplinaria, multidisciplinaria y transdisciplinaria. Vid. COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *La Sociología Jurídica en México*, Porrúa, México, 2008.

²⁷ COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, MIRANDA TORRES, Roxana Paola, *Debates del Congreso Constituyente Jalisco 1917*, Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco, México, 2018, p. 134.

considerar federalistas que no tienen un modelo específico²⁸; no obstante, se advierten indicadores para su consolidación, entre los que encontramos: el porcentaje de las recaudaciones, cuánto recauda el gobierno central, cuánto los gobiernos estatales y cuánto los gobiernos municipales; el segundo indicador cuánto se gasta; un tercer es el impacto o el grado de importancia de las leyes federales y finalmente, la impartición de justicia, cuántos asuntos terminan aquí ante nuestros tribunales y cuántos acuden a la justicia federal²⁹.

Con relación al último indicador, *en los sistemas de justicia locales, en donde encontramos verdaderos feudos de poder, centralizado en el Ejecutivo, que hacen inoperante la división del poder político, esta situación de facto pone en jaque la independencia del poder judicial en la impartición de justicia local, siendo la principal razón por la que los gobernados poco interés despiertan en la justicia constitucional local y por el contrario prefieren la justicia federal*³⁰.

Tomando en consideración las reflexiones de Alfredo Gómez Vásquez; podemos advertir que la impartición de justicia en Jalisco se enfrenta a conflictos de poder, pleitos y controversias entre gobernantes, nuestros representantes lejos de proponer soluciones acordes a la realidad, se han dedicado a difamar y degradar nuestras instituciones, el problema de la corrupción no se combate agrediendo, ni con reformas a los ordenamientos carentes de estudio y reflexión, sino causadas por la cólera y la ley del más fuerte, como la propuesta de que los magistrados del Supremo Tribunal de Justicia sean electos por el mismo gobernador, por citar algún ejemplo³¹; algo absurdo, crearíamos cotos de poder, compadrazgos. Por qué no regresar y tomar como modelo lo previsto por el texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 96) para el nombramiento de los ministros de la SCJN. En ese entonces eran propuestos por las legislaturas estatales y nombrados por el

²⁸ *El Pacto, reflexiones sobre el federalismo*, Revista de información, divulgación y análisis, Instituto de Estudios del Federalismo, Jalisco, México, marzo de 2013.

²⁹ *Idem*.

³⁰ GÓMEZ VÁSQUEZ, Alfredo, *Fundamentos del Derecho Procesal Constitucional Local* en el libro en *Derecho Procesal Constitucional Local*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Enrique Uribe Arzate (coordinadores), *op. cit.* p.9.

³¹ HERNÁNDEZ, Julio César, *Judicial contradice al Ejecutivo*, Periódico *El Diario NTR*, Guadalajara, Jalisco, 11 de julio de 2019, p. 4A.

Congreso de la Unión³²; podríamos traerlo a nuestro contexto: que sean sugeridos o presentados por los municipios, universidades y colegios de abogados, entre los juristas más destacados y nombrados por el Congreso Local.

En este orden de ideas, en lugar de crear conflictos y desconfianza, atentar contra la división de poderes y el federalismo, problemas que finalmente se resolverán en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como la controversia constitucional prevista contra las últimas reformas al poder judicial de junio de 2019; este tipo de situaciones se podrían ventilar ante un tribunal constitucional local, al igual que los problemas de nuestras instituciones, poderes públicos o gobernantes, abordados desde la perspectiva y con conocimiento de nuestras circunstancias y que también proteja los derechos fundamentales de los jaliscienses y la supremacía de nuestro máximo ordenamiento.

V] Conclusiones

PRIMERA. El Derecho Procesal Constitucional es una disciplina jurídica que ha tenido un desarrollo importante en América Latina, se refiere al estudio de los mecanismos, procesos, procedimientos, órganos para el debido cumplimiento y resguardo de nuestra Carta Magna; un apartado importante es la justicia constitucional local.

SEGUNDA. Los textos fundamentales de cada Estado consagran los valores, principios, intereses, identidad y el desarrollo de cada parte de nuestro maravilloso país, son trascendentales pues obedecen a un contexto determinado; poco se conocen y se estudian.

TERCERA. La jurisdicción, mecanismos y garantías constitucionales locales han ido evolucionando en la historia de nuestro país, los Estados se preocupan por la tutela efectiva de su máximo ordenamiento para consolidar el verdadero federalismo.

CUARTA. De las entidades estudiadas por los alumnos de sexto semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, *campus* Guadalajara; advertimos la tendencia en los últimos 20 años hacia la creación de estos órganos; las diferentes características en cada Estado y la inexistencia de un modelo

³²COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Dos siglos de constitucionalismo en México*, Porrúa, México, 2014, p. 753.

específico; las diversas garantías constitucionales, órganos y formas de designación de la magistratura constitucional.

QUINTA. Mientras no existan las reformas a la Constitución Federal para la debida organización de la justicia constitucional local y consolidar la magistratura, órganos, garantías constitucionales y el carácter definitivo de sus sentencias; los tribunales constitucionales locales no sumarán a la impartición de justicia ni al federalismo.

SEXTA. Estos órganos son importantes para resolver los problemas propios de cada Estado desde su *nomología*; abordar los conflictos tomando en cuenta nuestra forma de organizarnos, ideología, identidad, territorio y hasta el clima. Tenemos el ejemplo de Jalisco; la soberanía de los poderes públicos se puede solucionar aquí a través de un tribunal constitucional como único interprete de nuestro máximo ordenamiento.

SÉPTIMA. Es importante fomentar la cultura jurídica en Jalisco, el conocimiento, estudio y análisis de nuestra Constitución; y los esfuerzos hechos para establecerla por distinguidos jaliscienses que realmente amaban a México y en su momento se preocuparon por los problemas que aquejaban a nuestro Estado.

Bibliografía

ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional I parte especial: poderes federales y locales*, Oxford, México, 2017.

Controles Constitucionales Administrativos en México, Sistema anticorrupción, Roxana Paola Miranda Torres, José de Jesús Covarrubias Dueñas (coordinadores), UNIVA, COPARMEX, Gobierno del Estado de Jalisco, Supremo Tribunal de Justicia, Universidad Panamericana, México, julio de 2019.

COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Los derechos planetarios*, Porrúa, México, 2016.

COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Dos siglos de constitucionalismo en México*, Porrúa, México, 2014.

COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *La Sociología Jurídica en México*, Porrúa, México, 2008.

COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Aportaciones al pueblo de México de Josef Mariano Fausto Andrés Otero Mestas (1817-1850)*, Tomo I, UNAM, México, 2014.

COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, Miranda Torres, Roxana Paola, *Debates del Congreso Constituyente Jalisco 1917*, Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco, México, 2018.

Derecho Procesal Constitucional Local, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Enrique Uribe Arzate (coordinadores), Porrúa, IMDPC, México, 2018.

El Juicio de Amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917, pasado, presente y futuro, Tomo I, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Alfonso Herrera García (coordinadores), UNAM, México, 2017.

El Pacto, reflexiones sobre el federalismo, Revista de información, divulgación y análisis, Instituto de Estudios del Federalismo, Jalisco, México, marzo de 2013.

ELWOOD, Charles, *Historia de la Filosofía Social*, Chile, 1939.

FISCHL, Johann, *Manual de la Historia de la Filosofía*, séptima edición, Herder, Barcelona, España, 1994.

HERNÁNDEZ, Julio César, *Judicial contradice al Ejecutivo*, Periódico *El Diario NTR*, Guadalajara, Jalisco, 11 de julio de 2019.

Justicia Constitucional en México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007.

MIRANDA TORRES, Roxana Paola, *El modelo de justicia constitucional en México*, *Revista Perspectiva Jurídica, UP*, número 06, año 3, semestre I, Guadalajara, Jalisco, 2016.

MORALES-PAULÍN, Carlos A., *La Justicia Constitucional Local en México, avances y perspectivas. Una propuesta*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/92/20.pdf>

Programa de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Panamericana campus Guadalajara, para el ciclo escolar 2020-1. Guadalajara, Jalisco, a 23 de agosto de 2019.

SALGADO LEDESMA, Eréndira, *Manual de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, Universidad Anáhuac, México, 2015.

SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Escritos Procesales Constitucionales*, Porrúa, IMDPC, México, 2012.

Los cinco principios que rigen la Contratación Internacional

DIEGO ROBLES FARÍAS¹

SUMARIO: I. Buena fe y lealtad negocial. I. Razonabilidad. III. Libertad de contratación. IV. Libertad absoluta de formas o ausencia de formalismos. V. Fuerza obligatoria del contrato.

Resumen. En el presente trabajo se abordan los cinco principios o ideas estructurales que fundamentan la contratación internacional: buena fe y lealtad negocial, razonabilidad, libertad de contratación, ausencia de formalismos o libertad absoluta de formas y fuerza obligatoria del contrato (*pacta sunt servanda*). Los principios se reconocen expresamente en los instrumentos de derecho uniforme que regulan los contratos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y el *Draft Common Frame of Reference*. Esas ideas fundamentales constituyen una guía para interpretar los contratos internacionales. Ayudan también a complementar su regulación en asuntos que las partes pueden haber pasado por alto, como los deberes de lealtad, de protección, de cooperación y de información, entre otros. Finalmente constituyen una herramienta para la corrección o delimitación del contenido obligacional de los contratos internacionales.

Palabras clave: Buena fe, lealtad negocial, razonabilidad, libertad de contratación, fuerza obligatoria, *pacta sunt servanda*.

Abstract. This article addresses the five principles or structural ideas that underpin international contracting: good faith and fair dealing, reasonableness, freedom of contract, absence of formalities or absolute freedom of forms and mandatory force of the contract (*pacta sunt servanda*). These principles are expressly recognized in the uniform law instruments that regulate international contracts, such as the United Nations Convention on

¹Profesor Investigador en la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara. Editor de la revista Perspectiva Jurídica UP.

Contracts for the International Sale of Goods, the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, the Principles of European Contract Law and the Draft Common Frame of Reference. These fundamental ideas constitute a guide for interpreting international contracts. They also help to complement their regulation in matters that the parties may have overlooked, such as the duties of loyalty, protection, cooperation and information, among others. Finally, they constitute a tool for the correction or delimitation of the mandatory content of international contracts.

Keywords: *Good faith, fair dealing, reasonableness, freedom of contract, pacta sunt servanda.*

En el presente trabajo trataremos de los cinco principios que desde nuestro punto de vista rigen la contratación internacional. Los analizaremos en el orden que corresponde a la importancia de cada uno de ellos, ya por la frecuencia en que se mencionan en los instrumentos de derecho uniforme que rigen la contratación o por la influencia que han tenido en las distintas tradiciones, es decir, en el *civil law* y en el *common law*. Parece redundante hablar de *principios* que rigen a los *Principios UNIDROIT* o a los *Principios del Derecho Europeo de los Contratos* (PECL). Por ello es conveniente aclarar el sentido que tiene esta palabra para los efectos del presente ensayo. Los dos *instrumentos* internacionales mencionados le dan a la palabra *principios* el carácter de *normas de carácter general que no tienen fuerza de ley y que pretenden regular la contratación internacional*.² En cambio, el sentido que daremos a la misma palabra en este trabajo tiene que ver con esas *ideas fundamentales* que subyacen en la regulación internacional de los contratos. Trataremos de los *principios* como valores esenciales de naturaleza mucho más general y profunda; de ideas abstractas o normas abiertas que requieren de una explicación o concretización posterior para su comprensión³ y que rigen a la contratación internacional a pesar

² Ese es el sentido que le dan los Principios UNIDROIT en el párrafo 1 del preámbulo *These Principles set forth general rules for international commercial contracts*, los PECL en el artículo 1:101(1) as *Principles intended to be applied as general rules of contract law in the European Union* y el *Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Introduction, No. 9 Meaning of 'Principles', p. 9*

³ DÍEZ-PICAZO, Luis, Roca Trías, Encarna, Morales, A.M. *Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, Civitas, España, 2002, p. 79

de que no se establezcan expresamente en los contratos y cuya función es generalmente interpretativa y complementaria, pues ayudan a llenar las lagunas que pueden presentarse en la regulación internacional.⁴

En la época en que vivimos, existe una evidente irradiación de los derechos humanos, valores fundamentales, principios o como quiera llamárseles, a todo el derecho, incluyendo al derecho privado⁵ y, desde nuestro punto de vista, los principios que rigen la contratación internacional tienen ese carácter, es decir, son valores fundamentales. Se tiene entonces la convicción de que el derecho privado y en especial el derecho contractual, debe guiarse por principios fundamentales. A este derecho ya no se le conceptualiza como una herramienta para equilibrar relaciones jurídicas entre sujetos considerados iguales, es decir, potencialmente con la misma fuerza, preparación e influencia, tal como el individualismo consideró a los seres humanos a partir de la Revolución Francesa. En la actualidad el derecho contractual tiene un enfoque de justicia social y de protección a la parte más débil. Es visualizado como un mecanismo de corrección de las fallas del mercado y por lo tanto guiado por los referidos principios fundamentales.⁶

Hemos sido testigos de desarrollos doctrinales que pretenden reseñar los principios fundamentales que rigen a la contratación, como el de la *Association Henri Capitant* y la *Société de législation comparée* que publicaron en 2008 sus *Principes directeurs du droit européen du contrat*,⁷ lo mismo que la *Study*

⁴ Como expresamente lo señala la Convención de las Naciones Unidas Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) en su artículo 7(2) que dice: *Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.*

⁵ Vid. ROBLES FARÍAS, Diego, *El Derecho Contractual en la Época Postmoderna*, Revista *Perspectiva Jurídica UP*, No. 7, Semestre II, México, 2016

⁶ Vid. DCFR (*Draft Common Frame of Reference, Outline edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*), *Introduction*, No. 11 *Fundamental Principles*, p. 10

⁷ La *Association Henri Capitant* y la *Société de législation comparée* en sus *Principes directeurs du droit européen du contrat*, identifican tres principios fundamentales del derecho contractual: *liberté contractuelle*, *sécurité contractuelle* y *loyauté contractuelle*, cada uno con sus consecuentes sub principios. Vid. *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Produced by *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française and Société de Législation Comparée*. Edited by

Group on a European Civil Code y el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)* que desarrollaron en el DCFR (2009) sus *Underlying principles* (Principios subyacentes) y *Overriding principles* (Principios fundamentales), cuya pretensión abarca todo el derecho de la Unión Europea incluyendo el derecho contractual.⁸

Como se aprecia, existen diversas aproximaciones y listados de principios que fortalecen al derecho contractual moderno, sin embargo para los efectos del presente trabajo y según lo anticipamos, nos limitaremos a los cinco principios que comparten los instrumentos internacionales ya mencionados. Ahora, sin más preámbulo analizaremos cada uno de ellos.

I] Buena fe y lealtad negocial *good faith and fair dealing*

Uno de los principios fundamentales en los que se basa la contratación internacional es el de la *buena fe*, principio que es universalmente reconocido por los sistemas del *civil law* y un tanto desconocido por los del *common law*. Sin embargo, la totalidad de los instrumentos de derecho uniforme mencionados que regulan la contratación internacional lo reconocen expresamente.⁹

¿Cómo surge el principio de buena fe en la contratación de los sistemas latinos? No es un principio que haya estado presente desde siempre. El concepto de contrato, como lo regularon originalmente las grandes codificaciones del siglo XIX, tenía como presupuesto una igualdad absoluta de las partes, producto de la concepción ilustrada que imperaba en su tiempo. Tanto la filosofía de la Ilustración, como el liberalismo exagerado que de ella emanó, otorgaban una extremada importancia a la *autonomía privada* y por tanto a la voluntad, de forma que consideraban que lo acordado libremente entre las partes era necesariamente justo,

FAUVARQUE-COSSON and DENIS MAZEAUD. Prepared by Racine, Sautonnie-Laguionie, Tenenbaum and Wicker, Munich, 2008

⁸ El *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), no obstante haberse inspirado en los *Principes directeurs du droit européen* decidió emprender un camino ligeramente diferente. Estableció dos tipos de principios, los *Principios subyacentes* –*Underlying principles*– como la libertad contractual, la seguridad, la justicia y la eficiencia, y los *Principios fundamentales* –*Overriding principles*– protección a los derechos humanos, promoción de la solidaridad y de responsabilidad social, preservación de la diversidad cultural y lingüística, protección y promoción del bienestar –*welfare*– y la promoción del mercado interno. La explicación de cada uno de estos principios la encontramos en el DCFR (*Draft Common Frame of Reference*), *Outline edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, principles, pp. 57 y ss.

⁹ CISG, Art. 7.1; Principios UNIDROIT, Art. 1.7; PECL, Art. 1,106; DCFR, Art. II:3.301

dada la igualdad sustancial entre los seres humanos. Por tanto, la intención común de las partes –el consentimiento– constituía la fuente principal de la reglamentación contractual, otorgando al derecho dispositivo un valor secundario dirigido a suplir las lagunas de la regulación pactada por las partes. De ahí surge, por ejemplo, el excesivo valor que se daba al principio de *la voluntad de las partes, suprema ley de los contratos*.

Se ha caído en cuenta, desde hace ya varias décadas, que la mencionada igualdad absoluta de las partes es una falacia. El exagerado valor que se daba a la voluntad de las partes libremente expresada dio lugar a innumerables injusticias que obligaron a reconocer la necesidad de otorgar protección a la parte más débil del contrato. Se inició entonces un movimiento al que se denominó *dirigismo contractual*, que recuperó instituciones como la Teoría de la imprevisión (*rebus sic stantibus*), el Abuso del derecho y, sobre todo, el reconocimiento de la *buena fe* como principio general al que las partes se encuentran sometidos en sus relaciones jurídicas, principalmente, al celebrar contratos.

Con el paso del tiempo ese dirigismo contractual, concebido como la intervención del Estado para proteger a la parte más débil –por ejemplo– con leyes de protección al consumidor– fue en gran medida sustituido por la regulación insistente de los ordenamientos internacionales de la *buena fe* y *lealtad negocial*. Ahora el contenido del contrato ya no se concibe como la regulación expresa surgida del acuerdo de voluntades, sino que se incluyen obligaciones producto de la buena fe, de los usos y prácticas y otras circunstancias semejantes, que forman parte de su contenido obligacional, aunque las partes nada hayan pactado.

En la actualidad la autonomía privada y su derivación, la libertad de contratación, siguen siendo presupuestos fundamentales de la teoría del contrato, pero no con el poder omnímodo que le otorgara el liberalismo surgido de la razón ilustrada, sino con los límites naturales (derechos fundamentales) que corresponden para evitar abusos, buscando siempre la *buena fe* y *la lealtad negocial* en la negociación, formación y ejecución de los contratos.

En los países del *civil law*, la mayoría de los académicos y de los códigos civiles hacen una distinción entre *buena fe subjetiva* y *objetiva*. La primera es generalmente definida como un estado mental en el que se encuentra una persona que no sabe y no tiene por qué saber acerca de cierto evento o hecho. Por ejemplo, en materia del derecho de propiedad, se considera adquirente de

buena fe quien no conoce los vicios del título de la cosa que adquiere y en virtud de esa buena fe, la ley lo protege en contra de otros interesados.

En cambio, la *buena fe objetiva* –que es la que se vincula con el derecho contractual- establece una norma de conducta a la que deben sujetarse las partes de un contrato. Se señala, por ejemplo, que las partes deben conducirse con buena fe durante todo el proceso contractual, es decir, durante las negociaciones previas, la celebración del contrato y su posterior ejecución. Esta es la buena fe a la que nos referiremos en el presente apartado.

La *buena fe objetiva* hace referencia a un determinado comportamiento conectado regularmente con estándares morales. Un comportamiento ético, honesto, leal, con equidad, que otorgue certeza; en fin, la actuación de una persona de bien que toma en cuenta, durante todo el proceso contractual, no solo su propio interés sino el interés de la parte contraria y el de la sociedad en general.¹⁰

Como veremos adelante, los instrumentos de derecho uniforme a los que nos hemos referido –la CISG, los Principios UNIDROIT, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos y el DCFR- regulan la buena fe objetiva al modo como lo hacen los códigos europeos del *civil law*.¹¹ Por su parte, el *common law* tradicional inglés no reconocía la buena fe objetiva,¹² sin embargo las conductas equivalentes se consideraban ilícitas y se trataban

¹⁰ Al tratar de la buena fe generalmente se hace referencia al concepto aristotélico de la *equidad* (Ética a Nicómaco, V, x), actualmente muchos de los sistemas jurídicos –por ejemplo Francia- los considera bajo el mismo estándar. Al referirse al deber de informar o al de cuidado los tribunales los han fundado indistintamente en los artículos 1134 (*Bonne foi*) o en el 1135 (*Équité*) del Código Civil Francés. Vid. HESSELINK, Martijn W. *The concept of Good Faith*, in *Towards a European Civil Code*, Arthur HARTKAMP, et. Al. ... p. 621

¹¹ *In this respect the UNIDROIT Principles follow an approach familiar to the generality of civil law systems, but not necessarily to common law systems which either totally reject any doctrine of good faith, or when where admitting in general terms a duty of the parties to act in good faith, confine its operation basically to the performance of contracts.* Vid. BONELL, Michael Joachim, *An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Martinus Nijhoff Publishers, 3^o edition, NY, 2005, p. 130.

¹² Los países del *common law* habían sido reticentes en restringir la libertad de negociación y favorecían una visión aleatoria consistente en que las partes están en riesgo hasta que el contrato efectivamente se forme. Una famosa *dictum* de Lord Ackner establecía: *a duty to carry on negotiations in good faith ... inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations.* Vid. BONELL, Michael Joachim, *An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Martinus Nijhoff Publishers, 3^o edition, NY, 2005, p. 139

como enriquecimiento injusto, tergiversación (*misrepresentation*) o como violación de una promesa o un compromiso de conducirse con buena fe hecha durante las negociaciones. Últimamente y de manera paulatina, se ha introducido el concepto de buena fe en su regulación estatutaria al incorporar las directivas de la Unión Europea.¹³

La forma en que se regula el principio de *buena fe* en los Principios UNIDROIT (Art. 1.7), los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (Art. 1:201) y el DCFR (Art. 1:103) siempre unido al concepto de *lealtad negocial* (*Good faith and fair dealing*) denota que debe ser entendido en el sentido objetivo, es decir, como un estándar de comportamiento ético u honesto, el estándar comercial por excelencia: la lealtad negocial.¹⁴ Este principio de *buena fe* y *lealtad negocial* tiene una relevancia extraordinaria en el comercio internacional, incluso superior a los estándares de la buena fe en el comercio doméstico de los distintos países.

En la mayoría de los sistemas jurídicos del *civil law* se reconocen tres funciones de la buena fe: *i.*- de concretización e interpretación, *ii.*- de complemento a la regulación, por ejemplo respecto de los deberes de lealtad, de protección, de cooperación y de información y *iii.*- de corrección o delimitación, por ejemplo, la prohibición del abuso de derecho, el comportamiento inconsistente y la excesiva desproporción.¹⁵ Veremos adelante que los instrumentos de derecho uniforme que analizamos otorgan también esas funciones a la buena fe y lealtad negocial.

1.- *Función de concretización e interpretación.* El principio de buena fe y lealtad negocial es una *norma abierta*. La forma en que se regula en los instrumentos de derecho uniforme denota esta característica. Por ejemplo, los Principios UNIDROIT establecen: *Artículo 1.7 (Buena fe y lealtad negocial) (1) Las partes*

¹³ En el derecho inglés se regula la buena fe concretamente en: *Unfair terms in consumer contracts regulations 1994 SI 1994/3159* que implementó la Directiva de la Unión Europea 93/13/EEC. Vid. HESSELINK, Martijn W. *The concept of Good Faith*, in *Towards a European Civil Code*, Arthur HARTKAMP, et. Al. ... p. 620

¹⁴ En el capítulo de definiciones, el DCFR define estos conceptos vinculándolos con la honestidad: *Good faith: Is a mental attitude characterized by honesty and absence of knowledge that an apparent situation is not the true situation. Good faith and fair dealing: is a standard of conduct characterized by honesty, openness and consideration, for the interest of the other party, to the transaction or relationship in question.*

¹⁵ Cada una de estas funciones corresponden a las que Papiniano atribuía al *Ius Honorarium* con respecto al *Ius civile* romano: *Adiuuare, Supplere y Corrígere*. Vid. HESSELINK, Martijn W. *The concept of Good Faith*, in *Towards a European Civil Code*, Arthur HARTKAMP, et. Al. ... p. 627

deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

Como se aprecia, este artículo (muy parecido en los demás instrumentos de derecho uniforme) señala que las partes deben actuar de conformidad con la *buena fe y lealtad negocial* en el comercio internacional y durante todo el desarrollo del contrato, incluyendo las negociaciones previas,¹⁶ pero no señalan qué significa la buena fe y la lealtad negocial. Por ello se dice que se trata de una norma abierta, una norma que requiere de una concretización *a posteriori* para calificar la actuación –de buena o mala fe- de las partes en la contratación internacional.

Las normas abstractas –las contenidas en las leyes o los instrumentos de derecho uniforme- pueden conducir a resultados injustos cuando se aplican a casos específicos. La buena fe, como norma abierta, a través de la concretización, constituye un mecanismo para ajustar la aplicación de la norma abstracta de manera más justa. Este proceso de ajuste o concretización deberá realizarse por el juez o el árbitro y dependerá de un concienzudo análisis de las circunstancias que rodean a la controversia. La decisión acerca de si la actuación de un contratante se considera o no de buena fe y con lealtad negocial tendrá que ser lo más objetiva posible y no del modo que le parezca más equitativa a quien deba resolver.

2.- *Función de complemento a la regulación.* Existen deberes que forman parte del principio de buena fe y lealtad negocial que las partes están obligadas a honrar, aunque nada se haya pactado de manera expresa, entre ellos el *deber de lealtad*, el *deber de cuidado*, el *deber de cooperación*, el *deber de informar* y el *deber de confidencialidad*. Analizaremos cada uno de ellos a continuación:

Deber de lealtad (Duty of loyalty).- El deber de lealtad puede entenderse en dos sentidos, uno amplio y otro restringido. En relación al primero debemos hacer referencia al *loyauté contractuelle* que desarrollan los *Principes directeurs* del derecho francés. Este trabajo académico identifica tres principios fundamentales del derecho contractual: *liberté contractuelle*, *sécurité contractuelle* y *loyauté contractuelle*, cada uno con sus consecuentes sub principios. De los tres –libertad contractual, seguridad contractual y lealtad contractual- este último es el que

¹⁶ Vid. Comentario 1 al artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT: *this Article makes it clear that even in the absence of special provisions in the Principles the parties' behavior throughout the life of the contract, including the negotiation process, must conform to good faith and fair dealing.*

merece una explicación. Resulta que la palabra *loyauté* en el idioma francés tiene una connotación distinta y más amplia a la de su traducción al español. El principio de *loyauté contractuelle* tiene tres elementos clave que ayudan a su correcta comprensión: buena fe, imparcialidad y cooperación en la relación contractual. La *loyauté* comprende el deber de actuar de conformidad a los requerimientos de la buena fe y lealtad comercial durante todo el proceso, desde las negociaciones –etapa precontractual– durante su formación y hasta su total ejecución. Incluye también la prohibición de usar los términos pactados y los derechos emanados del contrato de manera que no se respete el objetivo que justificó su inclusión. Incluye también el deber de cooperación recíproca, indispensable para que cada una de las partes alcance los objetivos y aspiraciones que lo impulsaron a contratar. Finalmente, la *loyauté* requiere que las partes actúen coherente y consistentemente al ejecutar sus respectivas prestaciones, y por tanto prohíbe la actuación de los contratantes en contra de sus propias declaraciones (comportamiento inconsistente).

Por otro lado, en un segundo sentido que se contiene en los instrumentos de derecho uniforme que hemos mencionado, el deber de lealtad garantiza la expectativa o el interés de las partes en la ejecución del contrato por la parte contraria. En ese contexto, obliga a las partes a garantizar el cumplimiento conforme a lo pactado y, en consecuencia, asegurar que la contraparte obtendrá el resultado que razonablemente espera y por el que consintió en contratar.

Deber de cuidado y de mitigar el daño (Duty of care, mitigation of harm).– El deber de cuidado obliga a los contratantes a realizar lo necesario para que la persona y los bienes de la contraparte no sufran daño alguno durante el cumplimiento o ejecución del contrato. Se trata de un deber nacido de las resoluciones de los tribunales del *common law* por el interés de otorgar a las víctimas que sufrían daños en su persona o en sus cosas por la ejecución de un contrato, la protección que el *Tort liability* (equivalente a la responsabilidad civil por incumplimiento) no les otorgaba.

Por su parte, el deber de mitigar el daño implica el deber de la parte agraviada con el incumplimiento de tomar las medidas razonables para mitigar el daño causado por la infracción de la parte que no cumplió. Aquellos daños causados con el incumplimiento que pudieron ser evitados o reducidos por actos positivos de la parte agraviada (quien sí cumplió) y que no se

mitigaron, no podrán formar parte de la compensación a que tiene derecho por el incumplimiento.¹⁷

Deber de Cooperación (Duty to cooperate).- La relación jurídica que nace entre las partes al celebrar un contrato implica necesariamente que ambas deben cooperar recíprocamente para obtener el resultado que razonablemente esperan y que los motivó a celebrarlo. Ello deriva del hecho de que en la actualidad el contrato es considerado un proyecto común para el cual cada una de las partes debe cooperar y no un simple punto de encuentro de intereses en conflicto.¹⁸

En ese sentido, la cooperación es esencial en las relaciones contractuales, pues cada parte requiere de la contribución de su contraria para obtener los fines perseguidos al contratar; a diferencia de las relaciones que nacen de los derechos reales, en donde quien ejerce el derecho no requiere de la cooperación de nadie para obtener todos los beneficios que la cosa objeto del derecho es susceptible de producir.

La cooperación tiene especial relevancia en los contratos de largo alcance (*long-term contracts*) los cuales regularmente involucran prestaciones complejas a cumplir durante largos períodos de tiempo y por ello la contribución recíproca durante toda la vida del contrato se torna esencial.

Este deber involucra que cada parte se abstenga de cualquier acción que impida el cumplimiento de su contraria o lo haga más gravoso y además estará obligado a realizar aquellos actos positivos que ayuden a su contraparte en el cumplimiento del contrato. No obstante, el deber de cooperación tiene como límite el que solo existe la obligación de realizar aquellos actos que razonablemente faciliten el cumplimiento de la contraparte y que no incrementen la carga del deudor más allá de lo que se considere sensato.¹⁹

¹⁷ El deber de mitigar el daño se regula en los Principios UNIDROIT, Art. 7.4.8.

¹⁸ El deber de cooperación fue propuesto originalmente por René Demogue (1872-1938) para el derecho francés en los siguientes términos: « *Les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme la société civile ou commerciale. Alors l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer à une certaine union* ». DEMONGUE, René, *Traité des obligations en général*, t.6, 1932, p. 3

¹⁹ El DCFR basándose en los Principios directeurs del derecho francés establece que el deudor y el acreedor están obligados a cooperar recíprocamente en aquellos casos y con la extensión que razonablemente se espere para el cumplimiento de la obligación del deudor (Art. III-1:104). El deber de cooperación también se regula en forma similar en los Principios UNIDROIT (Art. 5.1.3) y en los PECL (Art. 1:202). Los *Principes directeurs* regulan el deber

Deber de informar (Duty to inform).- La buena fe y la lealtad comercial toma especial preeminencia al imponer a las partes la obligación de informarse recíprocamente de todo aquello que tenga relevancia desde el punto de vista razonable y que les permita contratar y obligarse con el suficiente conocimiento. Este deber funciona durante todo el proceso de la contratación, no solo en la etapa precontractual de las negociaciones, también al formalizarlo y durante el cumplimiento.

Este principio tiene especial significación en la etapa precontractual al prohibir las negociaciones de mala fe. Por ejemplo, en los Principios UNIDROIT²⁰ se establece que se considera que una parte negocia de mala fe cuando deliberadamente o por negligencia confunde a la otra acerca de la naturaleza o los términos del contrato propuesto, engañándolo al presentar los hechos o al no revelar aquellos que dada la naturaleza de las partes o del contrato deberían haber sido revelados.²¹

Deber de confidencialidad (Duty of confidentiality).- Una práctica muy arraigada en las negociaciones contractuales, sobre todo en el ámbito internacional, supone la firma de un *acuerdo de confidencialidad* antes de iniciarlas y de que las partes se comuniquen recíprocamente información sensible de sus respectivas empresas o prácticas comerciales. La confidencialidad fue elevada a la regulación internacional de los contratos como un deber al que se sujetan las partes por el solo hecho de iniciar negociaciones y recibir de su contraparte información considerada como confidencial. Este deber implica que las partes están obligadas a no divulgar o usar en su provecho la información confidencial que reciban de su contraria tanto durante las negociaciones –aunque el contrato no se lleve a cabo– como durante toda la vida del contrato e incluso luego de su terminación. En caso de violación a este deber, la parte culpable tendrá responsabilidad y deberá pagar una compensación basada en los beneficios que haya obtenido.²²

3.- *Función de corrección o delimitación.* Finalmente existen comportamientos como el *abuso del derecho* y el *comportamiento inconsistente* que son contrarios a la buena fe y

de cooperación como sigue: Art. 0-303 *Duty to cooperate. The parties are bound to cooperate with each other when this is necessary for the performance of the contract.*

²⁰ Comentario 2 al Art. 2.1.15 *Negotiations in bad faith*

²¹ El deber de informar se regula en el DCFR en los artículos II:3.101 a II:3.109.

²² El deber de confidencialidad se regula en los Principios UNIDROIT (Art. 2.1.16 *Duty of confidentiality*) y el DCFR (Art. II-3:302 *Breach of confidentiality*).

lealtad negocial y por tanto, la función de este principio es corregir y delimitar este actuar ilícito.

Abuso del derecho.- El abuso del derecho se considera un comportamiento malicioso que ocurre en tres supuestos principales: *i.*- cuando una parte ejerce un derecho con la única intención de dañar a la otra parte, *ii.*- cuando el ejercicio del derecho rebasa o es distinto al propósito para el cual se otorgó el derecho o *iii.*- cuando el ejercicio del derecho es desproporcionado respecto del resultado esperado originalmente.²³ Este principio, reconocido por prácticamente la totalidad de los sistemas del *civil law* es virtualmente desconocido en el *common law*. Sin embargo, en este último sistema jurídico las conductas abusivas equivalentes al abuso del derecho se castigan a través de una cobertura jurídica diferente.²⁴

Comportamiento inconsistente.- Esta figura, conocida en los distintos sistemas jurídicos como: *Inconsistent behavior*, *Venire contra factum proprium*, *Theorie de l'apparence* o *Doctrine of Stoppel*, es también un comportamiento contrario a la buena fe y lealtad negocial regulado en distintos instrumentos de derecho uniforme.²⁵ Consiste en el hecho de que una parte no puede actuar en contra de su propio comportamiento cuando con su conducta activa o pasiva (sus actos, su inacción, incluso su silencio) ocasionó que la otra parte actuara de determinada manera confiando razonablemente en lo que esas actitudes representaban, situación que no fue corregida a tiempo por la contraparte a pesar de ser un error o un mal entendimiento. Ese comportamiento inconsistente puede tener relación con situaciones de hecho o de derecho, como cuando una parte comienza a ejecutar el contrato de determinada forma y su contraria, a sabiendas de que no corresponde a lo pactado o no se rige por las normas legales que el ejecutante considera, nada dice o hace para sacarlo del error.

Ahora corresponde estudiar los efectos y la influencia que tiene el principio de *buena fe y lealtad negocial* en la práctica contractual, tanto en la etapa precontractual –negociaciones– como en el contenido, la interpretación y el cumplimiento.

²³ Comentario No. 2 al artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT.

²⁴ BONELL, Michael Joachim, *An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Martinus Nijhoff Publishers, 3º edition, NY, 2005, p. 133

²⁵ El comportamiento inconsistente se regula en los *Principles Directeurs*, que establecen el Principio como sigue: Art. 0-304 (*Duty of Consistency*). *No party shall act inconsistently with any prior statement made by the party or behaviour on the part of the party, upon which the other party may legitimately have relied.*

Buena fe y negociaciones previas (etapa precontractual).- La mayoría de los códigos civiles de los países de la *civil law* regulan la etapa precontractual estableciendo consecuencias legales a quien negocia de mala fe o, visto de manera positiva, estableciendo un deber general de conducirse de buena fe en las negociaciones.²⁶ Lo mismo sucede en los Instrumentos de derecho uniforme: los Principios UNIDROIT (Art. 2.1.15 *Negotiations in bad faith*), los PECL (Art. 2:301 *Negotiations contrary to good faith*) y el DCFR (Art. II 3:301 *Negotiations contrary to good faith and fair dealing*) regulan expresamente la etapa precontractual prohibiendo las negociaciones de mala fe.

Por negociaciones de mala fe debe entenderse *i.*- cuando una parte entra en negociaciones sin una intención seria de llegar a un acuerdo; *ii.*- cuando deliberadamente o por negligencia induce al error a la otra parte respecto de la naturaleza o de los términos del contrato propuesto, ya sea a través de la presentación de información falsa o cuando no revela datos o hechos que de haberlos conocido la contraparte no habría contratado o lo hubiera hecho en términos distintos y *iii.*- cuando abusivamente y sin una razón suficiente rompe las negociaciones.²⁷

Buena fe y Contenido.- El contenido de los contratos es un término tomado del *common law* que tiene que ver, principalmente, con las obligaciones *expresas* e *implícitas* del contrato. Las primeras son aquellas que –como su nombre lo indica– son incluidas de manera expresa en el contrato. Las implícitas resultan obligatorias para las partes a pesar de no haber sido particularmente establecidas.²⁸

Los Principios UNIDROIT (*Chapter 5, Content, third party rights and conditions*), los PECL (*Chapter 6, Contents and effects*) y el DCFR (*Chapter 9, Contents and effects of contracts*) tomaron del derecho anglosajón el concepto de contenido y regulan profusamente las obligaciones expresas e implícitas.

El principio de *buena fe y lealtad negocial* se considera como una de las fuentes más importantes para la determinación de las obligaciones implícitas, es decir, aquellas que a pesar de no

²⁶ La etapa precontractual (negociación) se regula específicamente en los Códigos Civiles de los siguientes países: Italia (Art. 1337), Portugal (Art. 227) Alemania (BGB, Par. 311 (2)), entre otros.

²⁷ *Vid.* comentario No. 2 del artículo 2.1.15 (*Negotiations in bad faith*) de los Principios UNIDROIT.

²⁸ En los sistemas del *Civil law* se habla más bien de obligaciones autónomas y heterónomas. Las primeras, expresamente pactadas. Las segundas son obligatorias según su naturaleza por ser conformes a la buena fe, a los usos o a la ley.

haberse pactado expresamente resultan obligatorias como consecuencia del deber de actuación honesto de las partes.

Buena fe e interpretación del contrato.- El principio de buena fe y lealtad negocial juega un rol de gran importancia en la interpretación de los contratos y sobre todo en la determinación de los términos omisos que también pueden ser objeto del proceso de interpretación. En los sistemas del *civil law* la mayoría de los códigos civiles contienen disposiciones que regulan la interpretación basada en la buena fe.²⁹ La interpretación objetiva incluye también disposiciones para suplir o suplementar aquellas cuestiones que no fueron establecidas por las partes (*gap filling*) lo que también se logra aplicando el principio de la buena fe.

Los instrumentos de derecho uniforme establecen la posibilidad de suplir un término omiso del contrato haciendo referencia a la buena fe y lealtad negocial. El ejemplo más claro es el Art. 4.8 (*Supplying an omitted term*) de los Principios UNIDROIT. La buena fe constituye uno de los criterios a utilizar en aquellos casos en que es necesario suplir un término no pactado pero que resulta importante para determinar los derechos y obligaciones de las partes. El artículo 4.8 (párrafo segundo) señala específicamente que para determinar cuál será el término apropiado a suplir primero habrá que recurrir a la intención de las partes y si esta no puede ser establecida, el término omiso se determinará de acuerdo a la naturaleza y propósito del contrato, los principios de buena fe y lealtad negocial y la razonabilidad.

Buena fe y cumplimiento del contrato.- Muchos aspectos del cumplimiento y el incumplimiento de los contratos, está también basado en el principio de buena fe y lealtad negocial. Por ejemplo, cuando las partes no han establecido el tiempo³⁰ y el lugar de cumplimiento del contrato o de las obligaciones contenidas en el mismo, generalmente dicha omisión se suple con el principio que estudiamos. De igual modo, cuando las circunstancias existentes al momento de la celebración del contrato varían radicalmente de forma que hace injustamente gravoso el cumplimiento, la buena fe obliga a moderar la obligación del deudor y en consecuencia a ajustar el contrato (*Hardship* o *Teoría de la imprevisión*).³¹

Algunos remedios o acciones contra el incumplimiento están también basados en el principio de buena fe y lealtad

²⁹ Por ejemplo, el Código Civil de Italia Art. 1366 o el BGB Par. 157.

³⁰ Principios UNIDROIT Art. 5.1.8 *Contract for an indefinite period*

³¹ La teoría de la imprevisión (*Hardship*) se regula en los Principios UNIDROIT Arts. 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3 y su regulación está basada en la buena fe.

negocial entre ellos: el derecho a detener el cumplimiento (*right to withhold performance*). Otro ejemplo es el del *incumplimiento esencial*³² que consiste en que las partes no pueden rescindir (*terminate*) el contrato por un incumplimiento menor de la contraparte, sino que el incumplimiento debe calificarse como esencial. Esta circunstancia está basada en el principio de buena fe en unión al de conservación del contrato.

II] El principio de razonabilidad

El segundo de los principios que analizaremos es el de *razonabilidad*, una de las ideas fundamentales del derecho contractual anglosajón (*common law*) y prácticamente desconocida en el derecho latino (*civil law*). Tanto la *buena fe* que estudiamos en el apartado anterior, como la *razonabilidad* son conceptos abiertos o indeterminados que apelan a la prudencia judicial otorgándole al juez –o al árbitro– un amplio margen de discrecionalidad para determinar la correcta solución a la luz de las circunstancias. En ambos casos se apela a un prototipo de ser humano: en el *civil law* se trata del *buen padre de familia*, concepto heredado del derecho romano; y en el ámbito del *common law*, al *reasonable man* (ahora *reasonable person*).

Como lo mencionamos, la *buena fe* hace referencia a un determinado comportamiento conectado con estándares morales como la ética, la honestidad, la lealtad, la equidad y la certeza. El *buen padre de familia* es el modelo de una persona de bien dotada de todas esas características, que en su actuar jurídico, toma en cuenta no solo su propio interés sino el interés de la parte contraria y el de la sociedad en general y por tanto actúa de buena fe. Este principio se utiliza como un mecanismo para determinar si la actuación de una persona es de buena o de mala fe y establecer las consecuencias de derecho que correspondan, las cuales, en los sistemas del *civil law*, generalmente se encuentran establecidas por la ley.

A diferencia de la buena fe, la *razonabilidad* es una facultad de la inteligencia que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo bueno de lo malo; permite también, a quien la posee, deducir de manera prudente las diferencias en relación a los hechos o a las propuestas que se le presentan y tomar la mejor decisión en cada caso. Como se ve, lo que caracteriza al *reasonable man* no es tanto

³² El incumplimiento esencial se regula en la CISG Art. 25, en los Principios UNIDROIT Arts. 7.3.1, 7.3.3, 7.3.4, y en los PECL Art. 8.103.

su conducta, sino esa facultad intelectual que lo hace ser justo, moderado y equitativo en sus decisiones y en cualquier circunstancia. El principio de *razonabilidad* se utiliza en el *common law* como un recurso para los jueces o árbitros en su actividad resolutoria. A falta de una disposición legal o de un precedente se preguntarán ¿qué decisión hubiera tomado una persona razonable en las mismas circunstancias?

Como se aprecia, a pesar de ser dos puntos de vista distintos, uno que se refiere al actuar y otro al razonar, las cualidades del *buen padre de familia* y las del *reasonable man* corresponden al prototipo del ser *prudente*, aquel que tiene la capacidad para elegir el mejor actuar o la solución más justa para cada caso concreto.³³ Ahora trataremos de distinguir, desde el punto filosófico, dos conceptos vinculados con el *reasonable man*: lo *racional* y lo *razonable*, para después aplicar esos conceptos al ámbito del derecho contractual.

Fue John Rawls (1921-2002) el filósofo norteamericano, profesor de Harvard, quien profundizó más en la diferencia existente entre lo racional y lo razonable. Rawls parte de un entorno social democrático en el que se considera a las personas como seres libres y sociales. Para él, la marca del demócrata es la razonabilidad, pero ser razonable no equivale a ser racional.³⁴

La *racionalidad* es una facultad que acompaña a la acción humana. Por lo general, la acción humana es una acción teleológica (del griego *telos*: fin, objetivo o propósito), en el sentido de que va dirigida a lograr determinados fines y a encontrar los medios para alcanzarlos. Lo que caracteriza a la racionalidad es, precisamente, cómo adoptamos y priorizamos esos fines.³⁵ Somos racionales en la medida que podemos fijarnos metas u objetivos y podemos también discernir, elegir y ejecutar los medios más eficientes para conseguirlos.³⁶ Los demás animales no racionales,

³³ La *prudencia* es una de las virtudes *dianoéticas* o intelectuales señaladas por Aristóteles en su *Ética Nicomaquea*. Ser prudente es –decía el estagirita– *el ser capaz de deliberar rectamente sobre lo que es bueno y conveniente para sí mismo* (1140a25) y agrega *la prudencia es un modo de ser racional, verdadero y práctico respecto de lo que es bueno y malo para el hombre* (1140b)

³⁴ RAWLS, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 2005, *The Reasonable and the Rational*, pp. 48 y ss

³⁵ *The rational is however, a distinct idea from the reasonable and applies to single, unified agent (either an individual or a corporate person) with the power of judgment and deliberation in seeking ends and interest particularly its own. The rational applies to how these ends and interest are adopted and affirmed, as well as to how they are given priority.* RAWLS, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 2005, *The Reasonable and the Rational*, p. 50

³⁶ Vid. CAMPS, Victoria, *Elogio de la duda*, ARPA, Barcelona, 2016, pp.56, 57

actúan por instinto, no pueden fijarse metas u objetivos y tampoco pueden discernir entre distintos medios para llegar a ellos, por lo menos no en el sentido humano³⁷. Por eso se dice que la racionalidad es una virtud instrumental que poseemos –al menos potencialmente- todos los seres humanos por el solo hecho de serlo. Es lo que nos distingue de los seres no racionales.

En cambio, la *razonabilidad* es una virtud que se adquiere y por tanto debe aprenderse. No nacemos razonables, tenemos que esforzarnos para poseer esa virtud que, según Rawls, solo puede adquirirse con voluntad y en un contexto en donde las personas se comprometan a cooperar socialmente entre iguales³⁸ y en el que se respeten los principios de la justicia. Una persona *razonable* – señala Rawls- es aquella que es capaz de proponer principios y estándares para la justa cooperación social y someterse a ellos de buena gana, asumiendo que los demás harán lo mismo.³⁹

Las personas razonables pueden exponer sus razones sin considerarlas como definitivas y tomar en cuenta las razones de los demás. Se trata de poner en común los argumentos en los que se apoyan las distintas opiniones con el objetivo de llegar a consensos. Para ello, ninguna opinión debe prevalecer por la fuerza y de ese modo, mediante concesiones recíprocas, se puede llegar al mejor acuerdo posible, que en muchos casos es aquel en que todos quedan razonablemente insatisfechos.

Por ello, ser *razonable* significa estar dispuesto a limar las posiciones extremas, a reducir las perspectivas antagónicas, a equilibrar las fuerzas de modo que todos los involucrados se reconozcan como parte de una solución, y en la que ninguno espere un resultado totalmente favorable. Las personas razonables son capaces de dejar de lado las posiciones extremas, las *doctrinas comprensivas* (Rawls) que son aquellas ideologías o creencias fuertes –alusiones a la religión, al nacionalismo, a la supremacía de

³⁷ Algunos animales tienen cierto grado de racionalidad, como los chimpancés que pueden fabricar herramientas básicas para obtener alimento; o los lobos, que al cazar lo hacen en manada y de manera coordinada con un objetivo bien definido y en donde cada miembro tiene una función determinada. Algunos autores afirman que los animales son más racionales de lo que suponemos. Vid. FERNÁNDEZ-ARRESTO, Felipe, *So You Think You're Human? A Brief History of Humankind*, Oxford University Press, Great Britain, 2004

³⁸ RAWLS, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 2005, *The Reasonable and the Rational*, p. 48

³⁹ *Persons are reasonable in one basic aspect when, among equals say, they are ready to propose principles and standards as fair terms of cooperation and to abide by them willingly, given the assurance that others will likewise do so.* Vid. RAWLS, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 2005, *The Reasonable and the Rational*, p. 49

la raza, etc., que no admiten corrección ni interpretación, posturas inflexibles que excluyen cualquier intento de diálogo y por supuesto, de acuerdo.⁴⁰

Lo *racional* y lo *razonable* son ideas complementarias en el sentido de que ninguna de ellas se sostiene por sí sola. Una persona meramente razonable no tendría metas o propósitos propios; mientras que alguien puramente racional carecerían del sentido de justicia social, del deber de cooperación y fallaría en reconocer el valor de las opiniones o posturas de los demás.⁴¹

Otro autor que ha incursionado en el estudio de la razonabilidad jurídica es Chaim Perelman (1912-1984), fundador de la Escuela de Bruselas (*École de Bruxelles*). La tesis de Perelman puede resumirse así: lo *razonable* se distingue de lo *racional* en cuanto lo racional gira en torno a la idea de lo absoluto y divino. *La idea de razón está –dice este autor– en la base de la afirmación de un derecho natural, eterno e inmutable, que es expresión de esta razón.*⁴² En base de ello, para Perelman el concepto de lo razonable se encuentra anclado en la llamada filosofía tradicional y por ello debe ser rechazado. En cambio, para este autor, lo *razonable* se constituye como lo *socialmente aceptable* y es definido en virtud de su eficacia. Desde esta perspectiva, lo irrazonable se convierte en el límite negativo de toda argumentación jurídica, de lo que no debe hacerse porque no es eficaz; no produce aceptabilidad en la audiencia. Irrazonable es por tanto, lo contrario a aquello que resulta aceptable para la comunidad.⁴³

Como se aprecia, la tesis de Perelman es un tanto simplista al equiparar lo razonable a lo socialmente aceptable. Nos parece que el razonamiento de Rawls es mucho más sólido desde el punto de vista filosófico y jurídico.

De todo lo anterior y para el presente ensayo, estableceremos el concepto de *razonabilidad* como esa facultad de la inteligencia que tiene tres derivaciones: *i.*- permite a quien la posee distinguir lo verdadero de lo falso, lo bueno de lo malo; *ii.*- permite también presentar ideas o razonamientos sin imponerlos

⁴⁰ Las raíces del fanatismo, escribió Richard M. Hare, se encuentran en el rechazo o la incapacidad para pensar críticamente. Citado por Victoria Camps, *op. cit.* p.59.

⁴¹ RAWLS, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 2005, *The Reasonable and the Rational*, p. 52

⁴² PERELMAN, Chaim, *Le Raisonnable et le Déraisonnable en Droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1984, p.11

⁴³ BAZAN L. José Luis y MADRID R. Raúl, *Racionalidad y Razonabilidad en el Derecho*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 18, No. 2, 1991. pp. 179 a 188

y ponderar los de los demás sin rechazarlos, con el fin de llegar a consensos y *iii.*- permite dilucidar de manera prudente las diferencias en relación a los hechos o a las propuestas que se presentan para tomar la mejor decisión en cada caso.

Una vez fijado el concepto de razonabilidad, analizaremos su aplicación como principio del derecho contractual sobre todo en el ámbito del derecho anglosajón (*common law*). No obstante, la razonabilidad es una noción que va ganando terreno cada vez con más fuerza en el mundo del *civil law*.⁴⁴

El *reasonable man* o como ahora se le denomina *reasonable person*, es la figura más antigua y representativa de las personalidades que habitan el *common law*, siempre disponible para acudir a él cuando surge un problema que requiere de una solución objetiva.⁴⁵ En un principio, el *reasonable man* estuvo asociado al derecho de daños inglés (*Tort law*) particularmente con la regulación de la *negligencia*. En el caso *Blyth v. Birmingham Waterworks* de 1856, se estableció lo siguiente: *Negligence is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinary regulate the conduct of human affairs, would do, or doing something which reasonable man would not do.*⁴⁶ Del *tort law* pasó al derecho contractual, en donde ha sido una útil herramienta para establecer estándares entre otros, en la formación e interpretación de los contratos.

Al parecer, en el derecho anglosajón se ha abusado de la figura del *reasonable person* considerándolo, como dijimos, el prototipo de la perfección: una persona justa que está siempre en lo correcto; que puede tomar decisiones justas cuando la justicia es necesaria; que puede actuar de manera correcta cuando ese

⁴⁴ La reciente reforma al Código Civil Francés del 10 de febrero de 2016 que reestructura completamente el derecho de las obligaciones y contratos, introduce el término *raisonnable* (y de *reasonable man*) como sigue: *Art. 1188.- El contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes en lugar de detenerse en el sentido literal de sus términos. Cuando no se pueda detectar esta intención, el contrato se interpreta en el sentido que le daría una persona razonable en la misma situación.* Sin duda la incorporación de la razonabilidad al Código Napoleón es por influencia de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL). En relación a la reforma del Código Civil Francés *vid.* MEJAN, Luis Manuel C., *Reforma al régimen de las obligaciones en el Código Civil francés*, Revista Perspectiva Jurídica UP, No. 12, semestre I, 2019, www.perspectivajuridicaup.org

⁴⁵ GARDNER, John, *The many Faces of the Reasonable Person*, www.law.nyu.edu, revisado: 13 de mayo de 2019

⁴⁶ Negligencia es la omisión de un acto que un hombre razonable, guiado por las consideraciones que regulan ordinariamente la conducta en los asuntos humanos, haría, o realizar algo que un hombre razonable no haría (traducción libre del autor).

actuar se requiere. De acuerdo a lo anterior, las decisiones, intenciones, creencias, emociones, acciones, etc. del prototipo de persona razonable se toman de manera objetivamente correcta, de modo que no quepa controversia alguna. La función del *reasonable man* consiste en tomar siempre la decisión correcta o dar la solución precisa y justa en cualquier situación que el derecho, la ley o las circunstancias le arroje.

Sin embargo, cuando un abogado, juez o árbitro invoca la razonabilidad para dirimir un conflicto o para interpretar un contrato, esa perfección paradigmática del *reasonable man* se pierde, pues es claro que ese ser humano concreto no es el epítome de la perfección. Estará sujeto a todas los defectos y debilidades que nos caracterizan; influenciado también por sus creencias, por sus posiciones filosóficas, morales o políticas; por sus prejuicios, culpabilidades, supersticiones, incluso por su sexo⁴⁷ o inclinación sexual. Por ello su interpretación de la razonabilidad no siempre será imparcial, tampoco será inevitablemente la más justa. Tomará la decisión que a él le parezca que corresponde al *reasonable person*; será, en suma, una decisión subjetiva.

Por ello la cuestión de qué es lo que una persona razonable pueda pensar, decir, hacer o incluso decidir debe ser clasificada como una cuestión de hecho y no de derecho. Las generalizaciones hechas en nombre de la razonabilidad no son de carácter legal.⁴⁸ Esto nos lleva a la conclusión de que razonabilidad no produce *estándares legales*, es decir, aquellas decisiones que en el *common law* sirven para utilizarse en futuros casos similares, sino que más bien se trata de un recurso para mitigar la extraordinaria responsabilidad de los jueces cuando establecen precedentes obligatorios. Las resoluciones tomadas con auxilio del *reasonable man* no constituyen precedentes obligatorios, lo que las hace extremadamente flexibles y versátiles, pues constituyen normas abiertas o más precisamente, *estándares extra legales*.⁴⁹

Ahora bien, los instrumentos de derecho uniforme que venimos citando (CISG, Principios UNIDROIT, PECL y DCFR) influenciados como hemos dicho por el *common law*, recurren mucho más al concepto de *razonabilidad* que al de la *buena fe*.⁵⁰

⁴⁷ Por ejemplo, los problemas legales que pudiera tener una mujer y cuya solución el *common law* confiara a la razonabilidad, podrían analizarse desde un punto de vista masculino.

⁴⁸ GARDNER, John, *The many Faces of the Reasonable Person*, www.law.nyu.edu, visited: 13 de mayo de 2019

⁴⁹ *Ibidem*

⁵⁰ En la CISG hay 1 mención a la buena fe y 38 a la razonabilidad; en los Principios UNIDROIT encontramos 7 menciones a la buena fe y 79 a la razonabilidad; en los PECL,

Parece ser que la razonabilidad otorga al comercio internacional una dosis mucho mayor de flexibilidad y adaptabilidad a los cambios regulatorios que ocurren con frecuencia en el mercado.

A continuación, analizaremos la forma en que los diversos instrumentos que regulan la contratación internacional recurren a la razonabilidad. La razonabilidad se define en los PECL y en el DCFR como sigue:

En los PECL: *Artículo. 1:302: Definición de lo razonable. Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá que tenerse en cuenta la naturaleza y el objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.*⁵¹

En el DCFR: *Art. I- I: 104: Razonabilidad.- La razonabilidad debe determinarse objetivamente, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito de lo que se está haciendo, las circunstancias del caso y los usos y prácticas relevantes.*⁵²

En la definición de los PECL claramente se baja al *reasonable man* de su peldaño de perfección al otorgar la decisión de lo que se entiende por razonable a una persona común -cualquier persona- actuando siempre de buena fe y en la misma situación de las partes. Para decidir qué es lo razonable tienen que tomarse en cuenta diversos factores, como la naturaleza y el propósito del contrato, las circunstancias del caso, los usos y las prácticas del tipo de comercio o profesión de que se trate. El hecho de que el juicio del *reasonable man* deba ajustarse al de una persona común y corriente en la misma situación que la de las

22 referencias a la buena fe y 88 a la razonabilidad y en el DCFR, 5 menciones a la buena fe contra 20 a la razonabilidad. Cuando el término *reasonable person* fue introducido por primera vez en la *Hague Uniform Law on International Sales* (ULIS) de 1956 –antecedente de la CISG- provocó una verdadera tormenta de reacciones por parte de los juristas del *civil law*.
⁵¹ *Article 1:302 (Ex art. 1.108) – Reasonableness. - Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case, and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account.*

⁵² *Art. I- I:104: Reasonableness.- Reasonableness is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices.*

partes, hace que su criterio sea mucho más imparcial pues tendrá que alinearse al de las personas inmersas en el mismo tipo de actividad comercial o profesional.

Por lo que ve a la definición del DCFR, el concepto de razonabilidad se establece desde un punto de vista mucho más objetivo, pues califica la actividad y no tanto a la cualidad que corresponde a la persona razonable. Dice que la razonabilidad consiste en ser objetivamente asertivo, tomando en cuenta la naturaleza y el propósito de lo que se está haciendo, de las circunstancias del caso y de los usos y las prácticas. En los Principios UNIDROIT no se define la razonabilidad, sin embargo, se hace referencia a ese concepto en múltiples ocasiones y se explica profusamente en los comentarios.

De las referencias a la razonabilidad en los distintos instrumentos de derecho uniforme analizados, podemos afirmar que el concepto *razonable* se utiliza de cuatro modos distintos: *i.*- como cualidad que corresponde a una persona: el *reasonable man*; *ii.*- como un medio para calificar la acción de las partes de un contrato; *iii.*- como calificativo de las circunstancias en que se encuentra o a la que están sujetas las partes del contrato y *iv.*- como medida de tiempo y otros factores. Veamos cada una de ellas.

Razonable como cualidad de una persona: el reasonable man. Los diversos instrumentos recurren frecuentemente al criterio del *reasonable man*, por ejemplo, en relación a la definición de razonabilidad,⁵³ a la interpretación del contrato,⁵⁴ para suplir términos omitidos o implícitos,⁵⁵ para determinar las consecuencias del *Hardship*,⁵⁶ para definir una cuestión material,⁵⁷ para calificar el incumplimiento esencial,⁵⁸ el error relevante⁵⁹ y la diferencia entre la obligación de medios y de resultados,⁶⁰ entre otros.

Razonable como un medio para calificar la acción de las partes. Una segunda forma de referirse a la razonabilidad tiene que ver con la calificación del actuar las partes de un contrato. En ese

⁵³ PECL Art. 1:302

⁵⁴ CISG Art. 8 incisos 2 y 3, Principios UNIDROIT Art. 4.1 y 4.2; PECL Art.5:101(3)

⁵⁵ Principios UNIDROIT Art. 4.8, 5.1.2

⁵⁶ Principios UNIDROIT, Arts. 6.2.3 y 6.2.4

⁵⁷ PECL 1:301

⁵⁸ CISG Art. 25, Principios UNIDROIT Arts. 7.3.1, 7.3.3, 7.3.4; PECL Art. 8:103

⁵⁹ Principios UNIDROIT Art. 3.2.2(1)

⁶⁰ Principios UNIDROIT Art. 5.1.4

sentido se hace referencia a: actos o pasos (steps) razonables,⁶¹ intento razonable,⁶² comportamiento inconsistente o irrazonable,⁶³ cooperación razonable,⁶⁴ maneras (manners) o medidas razonable,⁶⁵ cumplimiento razonable⁶⁶ y esfuerzo razonable.⁶⁷

Razonable como calificativo de las circunstancias en que se encuentra o a la que están sujetas las partes del contrato. En este sentido se habla de alternativa razonable,⁶⁸ certeza o entendimiento razonable,⁶⁹ circunstancias razonables,⁷⁰ confianza (rely) o cuidado razonable,⁷¹ consideración o expectativa razonable,⁷² creencia o conocimiento razonable,⁷³ determinación razonable,⁷⁴ excusa u objeción (objection) razonable,⁷⁵ oportunidad razonable,⁷⁶ prevención (foreseen) razonable,⁷⁷ etc.

Razonable como medida de tiempo y otros factores. Finalmente, el calificativo razonable se utiliza como medida de tiempo o medida de otros factores, entre ellos el económico. Como medida de tiempo encontramos referencias a tiempo, plazo, duración o antelación razonables.⁷⁸ Como medida económica,

⁶¹ CISG Art. 60-a; Principios UNIDROIT Art. 2.1.18, 3.2.2(1)b, 3.2.7 (2 y 3), 3.2.8 (2), 3.2.10(1), 5.2.5), 7.4.8(1y2); PECL Arts. 2:104(1), 7:110(1 y 3), 9:505(1)

⁶² PECL, Art. 14:402

⁶³ Principios UNIDROIT Art. 1.8

⁶⁴ Principios UNIDROIT 5.1.3

⁶⁵ CISG Art. 75, 77, 85, 86, 88; PECL Arts. 9:506

⁶⁶ Principios UNIDROIT Art. 7.2.2(b); PECL, Arts. 9:101(2)b, 9.102(2)d, 9:202(1), 11:302

⁶⁷ PECL, Art. 9:102(2)b, 10:106(3)

⁶⁸ Principios UNIDROIT Art. 3.2.6; PECL, Art. 4:108(b)

⁶⁹ Principios UNIDROIT Art. 7.4.3(1), DCFR Art. II:4.102, PECL, Art. 2:102, 6:101(1)

⁷⁰ CISG Art. 46-3, PECL, Art. 6:111(2)b

⁷¹ CISG Art. 35-2b; Principios UNIDROIT Art. 2.1.4-2b; DCFR Art. II:4.104(4), II:105(2), II: 4.202(3)c, II:5.105(4)b; PECL, Arts. 2: 105(4), 2:106(2), 2:202(2)c; DCFR, Art. II:1.107(3)b, II:4.104(4), II:4.105(2), II:4.202(3)c

⁷² CISG Art. 16-b; Principios UNIDROIT Arts. 2.1.20, 2.2.8, 3.3.1 (2 y 3), 3.3.2, 6.1.16, 6.1.17, 7.1.6, 7.1.7(1); PECL, Art. 3:206, 8:108, 14:303; DCFR Arts. II:1.106(2)b, II:3.101(1y2), II:109(2), II:3.302(2)

⁷³ Principios UNIDROIT Art. 7.3.4; DCFR Art. II:1.106(2), II:4.302; PECL, Arts. 3:201(3), 8:105(1 y 2), 14:301

⁷⁴ PECL, Art. 6:105

⁷⁵ CISG Art. 44; PECL, Arts. 11:204, 11:308

⁷⁶ CISG Art. 38-3

⁷⁷ Principios UNIDROIT Art. 7.3.1(2)a, 7.4.4; PECL, Arts. 8:103(b), 9:503

⁷⁸ CISG Arts. 18-2, 79-4, 33-c, 88, 39-1, 43-1, 46-2 y 3, 47-1, 48-2, 49-2 a, b, 63-1, 64-2b, 65-1 y 2, 72-2, 73-2, 75; Principios UNIDROIT, Arts. 2.1.7, 2.1.12, 2.1.14(2)e, 2.2.7(2)b, 2.2.9(2), 3.2.12(1), 5.1.8, 6.1.1(c), 6.1.12(2), 6.1.16(1), 6.2.3(3), 7.1.5(3), 7.1.7(3),

referencias a dinero, precio, gastos, cantidad o suma razonables⁷⁹. Como medida de otros factores tenemos: calidad razonable,⁸⁰ efectos razonables,⁸¹ estándares comerciales razonables,⁸² eventos razonables,⁸³ referencia razonable,⁸⁴ retención (*uphold*) razonable,⁸⁵ términos razonables,⁸⁶ transacción razonable,⁸⁷ usos y prácticas razonables,⁸⁸ entre otros.

III] Libertad de contratación

Aun cuando los principios o ideas fundamentales que subyacen en la contratación internacional no compiten entre sí, parece haber coincidencia en la afirmación de que la *libertad de contratación* es el más importante. Así lo afirman distintos autores⁸⁹ y se establece expresamente en los Principios UNIDROIT⁹⁰. La libertad de contratación es el punto de partida y la regla de inspiración de todo el sistema del comercio mundial⁹¹; es una expresión del libre mercado (*free market*), de un mercado

7.2.2(e), 7.2.5(1), 7.3.2(2), 7.3.4, 7.4.5, 8.4(2), 9.1.12(1); PECL, 1:303(4), 2:206(2 y 3), 2:208 (3)c, 3:205(3)b, 3:209(3), 4:113(1 y 2), 6:109, 7:102(3), 7:105(2)b, 7:109(2), 8:105(2), 8:106(3), 8:108(3), 9:102(3), 9:303(2 y 3), 11:303(2 y 3); DCFR (Arts. II: 3.103 (1), II:4.206(2)(3), II:4.208(3)c

⁷⁹ CISG: Art. 76, 85, 86, 88; Principios UNIDROIT: Arts. 3.2.15(2 y 4)), 5.1.7, 7.3.6(2), 7.4.8(1y2), 7.4.13(2), PECL: 4:115, 6:104, 6:105, 6:106(2), 7:110 (3 y 4), 9:309, 9:505(2), 9:509(2), 10:106(1), 15:104(4)

⁸⁰ Principios UNIDROIT Art. 5.1.6

⁸¹ Principios UNIDROIT Art. 7.1.7(2); PECL, Art. 1:104

⁸² Principios UNIDROIT Arts. 3.2.2(1)a, 3.2.5, 3.2.7(2)

⁸³ Principios UNIDROIT Art. 6.2.2

⁸⁴ Principios UNIDROIT Art. 7.4.6

⁸⁵ Principios UNIDROIT, Art. 3.2.13; PECL, Art. 4:116, 15:103

⁸⁶ PECL, Art. 7:110(2)a y b

⁸⁷ PECL, Art. 9:101(2)a

⁸⁸ Principios UNIDROIT Art. 1.9(2); DCFR Art. II:1.104

⁸⁹ *The first and supreme principle of European contract law is the freedom of the parties to contract...* Drobniġ, Ulrich, *General Principles of European Contract Law*, <http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/drobniġ.html>, revisado el 25 de enero de 2019. *One of the most fundamental ideas underlying the UNIDROIT Principles is that of freedom of contract...* Bonell, Michael Joachim, *An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Martinus Nijhoff Publishers, 3^o edition, NY, 2005, p.88

⁹⁰ En el comentario al Art. 1 de los Principios UNIDROIT se señala: *The principle of freedom of contract is of paramount importance in the context of international trade...*

⁹¹ Díez-Picazo, Luis, Roca Trias, Encarna, Morales, A.M. *Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, Civitas, España, 2002, p.144

abierto y competitivo que impera en el mundo, conformado por una mayoría de países que suscriben el sistema democrático liberal y que son también los principales actores del orden económico internacional.⁹²

El principio de libertad de contratación se compone de distintos aspectos. Se es libre para: *i.*- contratar o para refutar la celebración de un contrato, *ii.*- elegir con quién contratar, *iii.*- determinar el contenido del contrato, *iv.*- elegir la forma del contrato y *v.*- modificar o poner fin al contrato.

Todos los instrumentos de derecho uniforme que regulan la contratación internacional coinciden en la relevancia del principio de libertad de contratación y lo regulan de manera parecida. Por ejemplo, los Principios UNIDROIT lo establecen como sigue: *Artículo 1.1 (Libertad de contratación) Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido.* El principio apuntado se confirma más adelante en el artículo que establece el derecho de las partes para excluir, derogar o modificar cualquiera de las disposiciones contenidas en los referidos Principios UNIDROIT, salvo que en ellos se disponga algo diferente.⁹³

Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL) lo regulan de manera semejante,⁹⁴ sin embargo es el *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* el instrumento de derecho uniforme que reglamenta de manera más amplia el principio de libertad de contratación. En la primera parte, correspondiente a los Principios (ideas fundamentales que subyacen a la contratación internacional), establece que toda persona natural o legal es libre para *i.*- decidir si contrata o no, *ii.*- para decidir con quien contratar

⁹² La misma idea la encontramos en el comentario al Art. 1 de los Principios UNIDROIT: *... The right of business people to decide freely to whom they will offer their goods or services and by whom they wish to be supplied, as well as the possibility for them freely to agree on the terms of individual transactions, are the cornerstones of an open, market-oriented and competitive international economic order.*

⁹³ Principios UNIDROIT. Artículo 1.5 (Exclusión o modificación de los Principios por las partes) Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente.

⁹⁴ PECL. Artículo 1:102 Libertad Contractual. (1) Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios. (2) Las partes pueden excluir la aplicación de cualesquiera de los presentes principios o derogar o modificar sus efectos, salvo que los principios hubieran establecido otra cosa.

y iii.- para decidir los términos de su contrato.⁹⁵ Además lo regula en el Libro II que se refiere a la Ley modelo que regula los contratos y otros actos jurídicos que dice: *Artículo II:1:102(1).*- *Las partes son libres para celebrar un contrato o algún otro acto jurídico y para determinar su contenido, sujeto a cualquier norma obligatoria aplicable.*⁹⁶

No obstante, la forma amplia como se regula este principio en los distintos instrumentos de derecho uniforme, no está exento de limitaciones. Esas limitaciones, en el ámbito del derecho comercial internacional, son de tres tipos: en primer lugar, las normas inderogables –*mandatory rules*- contenidas en los propios instrumentos de derecho uniforme; en segundo término, las normas obligatorias contenidas en los distintos derechos nacionales y en tercer lugar las limitaciones contenidas en instrumentos internacionales, supranacionales o las normas derivadas del derecho internacional público.

En ese sentido los Principios UNIDROIT establecen:

Artículo 1.4. (Normas de carácter imperativo) Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.

Dentro de las normas inderogables contenidas en los propios instrumentos de derecho uniforme podemos incluir la contenida en el artículo 12 de la CISG que dispone que cuando algún Estado contratante haya hecho la reserva a que se refiere el art. 96 de la Convención para que los contratos se celebren por escrito, *las partes no podrán establecer excepciones a este artículo ni modificar sus efectos.*

En los Principios UNIDROIT encontramos normas inderogables en los siguientes artículos: Art. 1.7. relativo a la buena fe y lealtad negocial. Disposiciones del capítulo 3 relativas a la validez substantiva, excepto cuando se refieran al error y a la

⁹⁵ El principio de libertad de contratación contenido en el DCFR está basado en el artículo 0:101 de los *Principes Directeurs (France)* que establecen: *Each party is free to contract and to choose who will be the other party. The parties are free to determine the content of the contract and the rules of form, which apply to it. Freedom of contract operates subject to compliance with mandatory rules. Vid. DCFR, p.62*

⁹⁶ DCFR. Art. II:1:102(1). *Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its content, subject to any applicable mandatory rules.*

imposibilidad inicial (Art. 3.1.4), las contenidas en el artículo 5.1.7(2) relativo a la determinación del precio. El artículo 7.4.13(2) cuando se acuerda un pago por el no cumplimiento y el artículo 10.3(2) concerniente a la prescripción (*limitation periods*).⁹⁷

Además de las normas inderogables contenidas en los propios instrumentos, limitan también la libertad contractual normas de aplicación obligatoria contenidas en las leyes nacionales de los distintos Estados, como aquellas que tienen que ver con requisitos especiales de forma, la protección a la parte más débil, las que protegen al medio ambiente, las que prohíben los monopolios, las que regulan el mercado internacional del dinero, las que prohíben importaciones o exportaciones y otras normas nacionales que prohíben la adquisición de ciertos bienes por particulares o por extranjeros, etc.⁹⁸

Como ejemplos de limitaciones contenidas en las normas internacionales, supranacionales o las derivadas del derecho internacional público tenemos las *Hague-Visby Rules*; *UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects*; *United Nations Convention against Corruption*; *United Nations Universal Declaration of Human Rights*, o aquellas establecidas por organizaciones supranacionales, como la *European Union competition law*, entre otras.⁹⁹

IV] Libertad absoluta de formas o ausencia de formalismos

Otro de los principios que rigen la contratación internacional es el de libertad absoluta de formas, el cual debe entenderse en el sentido de que un contrato internacional no requiere para su validez de forma escrita y que su existencia podrá probarse por cualquier medio, incluyendo los testigos. Es un principio que encontramos en la mayoría de los sistemas legales nacionales tanto del *civil law* como del *common law*, aunque en muchos casos restringido al imponerse formalidades a ciertos contratos (p.e. en el ámbito del *civil law*: contratos que requieren la forma escrita, ante testigos o ante notario público). Sin embargo, el principio de ausencia de formalismos tiene mucho más

⁹⁷ Vid. Comentario número 3 al artículo 1.5 de los Principios UNIDROIT.

⁹⁸ BONELL, Michael Joachim, *An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Martinus Nijhoff Publishers, 3^o edition, NY, 2005

⁹⁹ Vid. comentario 1 al artículo 1.4 de los Principios UNIDROIT.

relevancia en el contexto del comercio internacional, en donde los medios modernos de comunicación han propiciado que las transacciones se celebren a gran velocidad y mediante una combinación de tratos verbales, contratos escritos –en papel o en soportes electrónicos- y conductas, que en conjunto evidencian la existencia y el contenido del contrato.¹⁰⁰ Así pues, podemos afirmar que la regla general que rige la contratación internacional es la ausencia de formalismos, tanto para su perfeccionamiento como para su modificación o extinción.

Este principio se regula expresamente en los instrumentos de derecho uniforme. En la CISG en los artículos 11 y 29 (1)¹⁰¹, en los Principios UNIDROIT el Art. 1.2¹⁰² y en el DCFR, el Art. II.-1:106.¹⁰³

El principio de libertad absoluta de formas establecido en los artículos anteriores presenta al menos tres excepciones. La primera consiste en que las partes de un contrato celebrado por escrito pueden pactar que la modificación o extinción del mismo se realice necesariamente por escrito, eludiendo la posibilidad de modificarlo o darlo por terminado de manera verbal o por cualquier otro medio.¹⁰⁴

La segunda tiene que ver con las denominadas cláusulas de integración contractual (*merger clauses*)¹⁰⁵ que son aquellas estipulaciones por medio de las cuales los contratantes señalan que el texto escrito contiene todo lo acordado y con ello evitan que se consideren como parte del contenido obligatorio acuerdos externos al texto, como pactos verbales e incluso las negociaciones anteriores aunque hubieran sido realizadas por escrito (por ejemplo mediante el intercambio de correos

¹⁰⁰ Vid. comentario número 1 al artículo 1.2 de los Principios UNIDROIT.

¹⁰¹ Artículo 11.- El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos. Artículo 29.- 1) El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes. (...)

¹⁰² ARTICLE 1.2.- (No form required) *Nothing in these Principles requires a contract, statement or any other act to be made in or evidenced by a particular form. It may be proved by any means, including witnesses.*

¹⁰³ II.-1:106: FORM. (1) *A contract or other juridical act need not be concluded, made or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form. (...)*

¹⁰⁴ CISG: Art. 29 (2), Principios UNIDROIT: Art. 2.1.18

¹⁰⁵ Las *merger clauses* se regulan expresamente en los Principios UNIDROIT (Art. 2.1.17). La CISG no las regula, pero la doctrina señala su posibilidad dado el amplio margen de la autonomía privada establecido en su artículo 6.

electrónicos).¹⁰⁶ El objetivo de las cláusulas de integración es evitar que el contrato escrito pueda ser interpretado, contradicho o incluso suplementado mediante acuerdos verbales o escritos anteriores a su perfeccionamiento. Por razón lógica, las cláusulas de integración imponen la obligación de que toda modificación o adición al contrato respete la forma escrita.¹⁰⁷ La inclusión de una cláusula de integración no significa que los acuerdos o declaraciones previos a la conclusión del contrato pierdan relevancia, pues a pesar de que no formarán parte del contenido obligacional de contrato servirán para la interpretación del texto escrito.¹⁰⁸

Finalmente, la tercera de las excepciones al principio de libertad absoluta de formas la constituye la *doctrina de los actos propios*. Esta doctrina, aplicada como excepción al principio de libertad absoluta de formas, establece que si la conducta de una de las partes al ejecutar el contrato es contraria a lo estipulado por escrito, pero además es consentida por la otra parte, se considerará que se ha renunciado a la cláusula de que el contrato solo puede modificarse por escrito. En ese sentido ninguna de las partes podrá reclamar la nulidad de los actos contrarios a lo establecido en el texto escrito, atendiendo al principio de que nadie puede actuar jurídicamente en contra de sus propios actos – comportamiento inconsistente-¹⁰⁹ pues ese actuar contrario a lo estipulado, al haber sido consentido por la otra parte, tiene pleno valor y resulta obligatorio para los contratantes.

Así se establece en la CISG:

Artículo 29.- 1) ... 2) Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por

¹⁰⁶ Estas normas provienen probablemente de la regla *parol evidence rule* del derecho norteamericano. Tanto el artículo 213 de los *Restatements (the Second) of Contracts* como el artículo 2-202 del *Uniform Commercial Code* establecen que si un contrato escrito contiene todo el acuerdo de las partes, se limita la posibilidad de acudir a acuerdos previos entre las partes, o modificar o agregar al contrato disposiciones que no se pacten por escrito.

¹⁰⁷ OVIEDO ALBÁN, Jorge, *Los Principios Generales en la Convención de las Naciones Unidas Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVII, número 141, septiembre-diciembre de 2014, pp.987-1020, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p.1005

¹⁰⁸ Ver comentario al artículo 2.1.17 de los Principios UNIDROIT.

¹⁰⁹ El comportamiento inconsistente se regula en los Principios UNIDROIT como sigue: *ARTICLE 1.8 (Inconsistent behaviour) A party cannot act inconsistently with an understanding it has caused the other party to have and upon which that other party reasonably has acted in reliance to its detriment.*

mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos. (Énfasis añadido).

Y en los Principios UNIDROIT:

Artículo 2.1.18 (Modificación en una forma particular) Un contrato por escrito que contenga una cláusula que requiera cualquier modificación o rescisión por acuerdo de una forma particular no puede ser modificado o rescindido. Sin embargo, una parte puede verse impedida por su conducta de hacer valer tal cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente basándose en esa conducta.¹¹⁰

V] Fuerza obligatoria del contrato *pacta sunt servanda*

El principio de fuerza obligatoria del contrato –conocido tanto en la tradición latina como en la anglosajona como *pacta sunt servanda*- es otra de las ideas fundamentales en las que descansa no solo el derecho contractual internacional sino los distintos derechos contractuales nacionales.¹¹¹ Este principio supone que una vez perfeccionado el contrato –a través de la oferta y la aceptación- las partes quedan obligadas a su cumplimiento y no pueden desatarse unilateralmente a menos que el instrumento de derecho que rija al contrato lo prevea expresamente.¹¹² En

¹¹⁰ ARTICLE 2.1.18 (Modification in a particular form) A contract in writing which contains a clause requiring any modification or termination by agreement to be in a particular form may not be otherwise modified or terminated. However, a party may be precluded by its conduct from asserting such a clause to the extent that the other party has reasonably acted in reliance on that conduct.

¹¹¹ En la tradición del Civil law representada por el Código Civil Francés se regula como sigue: Article 1103.- Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. (Artículo conforme a la reforma al Código Civil Francés del 10 de febrero de 2016). En la del Common law: The *pacta sunt servanda* principle is applied with great firmness by the English legal system. This inflexibility is normally justified by citing *Paradine v Jane* (1647), when the King's Bench held that a party committed to a contractual obligation is bound to perform it even when objectively unable to do so. Vid: Zaccaria, Elena Christine, *The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade*. www.austlii.edu.au/au/journals/IntTBLawRw/2004/6.../6.rtf

¹¹² En los Principios UNIDROIT se prevé la posibilidad de terminar el contrato por una sola de las partes en los artículos 3.2.7(2), 3.2.7(3), 3.2.10, 5.1.8, 6.1.16, 6.2.3, 7.1.7, 7.3.1 y 7.3.3

consecuencia, para terminarlo o modificarlo se requiere el acuerdo de las partes.

El principio de fuerza obligatoria de los contratos no se prevé expresamente en la CISG. No obstante, implícitamente se reconoce en algunas de sus disposiciones, como los Arts. 30 y 53 que establecen el deber de cumplimiento y la obligación de efectuar el pago. De igual modo los Arts. 71-73 y 79 establecen que el efecto obligatorio del contrato no puede ser eludido en caso de un cambio de circunstancias o de frustración del contrato, a menos de que los requisitos listados en esos artículos se presentan. Sin el reconocimiento del principio *pacta sunt servanda*, esas disposiciones no tendrían sentido.

En cambio, el principio de fuerza obligatoria se prevé en distintos ordenamientos de derecho uniforme como sigue:

En los Principios UNIDROIT: Artículo 1.3 (*Carácter vinculante del contrato*) *Un contrato celebrado válidamente es vinculante para las partes. Solo puede modificarse o cancelarse de acuerdo con sus términos o por acuerdo o según lo dispuesto en estos Principios.*¹¹³

En el DCFR: Art. II.-I: 103 *Efecto vinculante.* (1) *Un contrato válido es vinculante para las partes.* (2) *Un compromiso unilateral válido es vinculante para la persona que lo otorga si está destinado a ser legalmente vinculante sin aceptación.* (3) *Este artículo no impide la modificación o terminación de cualquier derecho u obligación resultante por acuerdo entre el deudor y el acreedor o según lo dispuesto por la ley.*¹¹⁴

El principio de *fuerza obligatoria* de los contratos está basado el *pactum* del derecho romano y constituye la raíz del derecho contractual moderno. El *pactum* solo era ejecutable –tenía acción- cuando se refería a uno de los cuatro contratos consensuales regulados por ese derecho. De otro modo, la regla era *nuda pactio obligationem non parit*. Sin embargo, los juristas canónicos contrarios al hecho de que fuera imposible ejecutar un *pacto desnudo* y apoyándose en la regla moral del respeto a la

¹¹³ ARTICLE 1.3 (*Binding character of contract*) *A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles.*

¹¹⁴ Art. II.-I:103 *Binding effect.* (1) *A valid contract is binding on the parties.* (2) *A valid unilateral under taking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance.* (3) *This Article does not prevent modification or termination of any resulting right or obligation by agreement between the debtor and creditor or as provided by law.*

palabra dada, establecieron el siguiente principio: *Pacta quantumcunque nuda servanda sunt* (Decretos del Papa Gregorio IX), conocida ahora por la expresión latina *pacta sunt servanda*.¹¹⁵

Aquí es donde se relacionan los principios de libertad absoluta de formas con el de fuerza obligatoria de los contratos. Al haberse superado el dogma de la no ejecutividad de los *pactos desnudos*, en la actualidad rige el principio contrario: el de la obligatoriedad de los contratos consensuales, basados en el simple acuerdo, libres de cualquier formalismo; principio reconocido tanto en los sistemas del *civil law* como en los del *common law*, pero sobre todo en los instrumentos de derecho uniforme en materia contractual.

Por otro lado, el principio de fuerza obligatoria del contrato no contradice al de libertad de contratación, sino que lo complementa y aclara. En efecto, se es libre para contratar o no, para elegir con quien contratar y para establecer el contenido obligacional del contrato, pero una vez llegado al acuerdo –sin ninguna formalidad– las partes quedan sujetas al cumplimiento de lo pactado e incurrir en responsabilidad en caso de incumplimiento.

Hemos analizado los cinco principios o ideas fundamentales que a nuestro juicio constituyen la base del derecho contractual internacional y que comparten todos los instrumentos de derecho uniforme que lo regulan. Como lo anticipamos, dichos principios no compiten entre sí, todos tienen la misma relevancia y el orden en que los expusimos tiene que ver más con su grado de complejidad técnica. Habrá que tomar en cuenta que existen otros estudios que listan principios diferentes o más detallados, pero consideramos que los aquí expuestos conforman el centro o piedra angular del tema que pretendimos tratar y transmitir.

Bibliografía

- BAZAN L. José Luis y Madrid R. Raúl, *Racionalidad y Razonabilidad en el Derecho*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 18, No. 2, 1991
BONELL, Michael Joachim, *An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Martinus Nijhoff Publishers, 3^o edition, NY, 2005
CAMPS, Victoria, *Elogio de la duda*, ARPA, Barcelona, 2016

¹¹⁵ Vid. Zimmermann, Reinhard, *Roman Law and Harmonization of Private Law in Europe*. In Hartkamp, Arthur et al. *Towards a European Civil Code*, Wolters Kluwer Law & Business, Fourth revised and expanded edition, The Netherlands, 2011. P. 37

Convención de las Naciones Unidas Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG)

DÍEZ-PICAZO, Luis, Roca Trias, Encarna, Morales, A.M. *Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, Civitas, España, 2002

Draft Common Frame of Reference (DCFR), *Outline edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*

DROBNIG, Ulrich, *General Principles of European Contract Law*, <http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/drobnig.html>, revisado el 25 de enero de 2019

FAUVARQUE-COSSON and DENIS MAZEAUD, Eds., *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, Produced by Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française and Société de Législation Comparée*. Edited by Fauvarque-Cosson and Denis Mazeaud. Prepared by Racine, Sautonie-Laguionie, Tenenbaum and Wicker (Munich 2008)

FERNANDEZ-ARMESTO, Felipe, *So You Think You're Human? A Brief History of Humankind*, Oxford University Press, Great Britain, 2004

GARDNER, John, *The many Faces of the Reasonable Person*, www.law.nyu.edu, consultado el 13 de mayo de 2019

HARTKAMP, Arthur, et. al. *Towards a European Civil Code*, Wolters Kluwer, Law & Business, The Netherlands, fourth revised and expanded edition, 2011

HESELINK, Martijn W. *The concept of Good Faith*, in *Towards a European Civil Code*, Arthur Hartkamp, et.al. Wolters Kluwer, Law & Business, The Netherlands, fourth revised and expanded edition, 2011

LANDO, Ole y BEALE, Hugh, *Principios de Derecho Contractual Europeo, Partes I y II (Los trabajos de la Comisión de Derecho contractual europeo)*, Edición española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, España, 2003

MEJAN, Luis Manuel C., *Reforma al régimen de las obligaciones en el Código Civil francés*, Revista Perspectiva Jurídica UP, No. 12, semestre I, 2019, www.perspectivajuridicaup.org

OVIDEO ALBÁN, Jorge, *Los Principios Generales en la Convención de las Naciones Unidas Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVII, número 141, septiembre-diciembre de 2014, pp.987-1020, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

PERELMAN, Chaim, *Le Raisonné et le Deraisonné en Droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1984

RAWLS, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 2005

ROBLES FARÍAS, Diego, *El Derecho Contractual en la Época Postmoderna*, Revista Perspectiva Jurídica UP, NO. 7, Semestre II, México, 2016

ZACCARIA, Elena Christine, *The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade*.
www.austlii.edu.au/au/journals/IntTBLawRw/2004/6.../6.rtf

ZIMMERMANN, Reinhard, *Roman Law and Harmonization of Private Law in Europe*. In Hartkamp, Arthur et al. *Towards a European Civil Code*, Wolters Kluwer Law & Business, Fourth revised and expanded edition, The Netherlands, 2011

Vida en la facultad

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
13 SEMESTRE II
2019

¿Por qué mientras no tenga un bar, la universidad ha de considerarse un simple kínder?

PEDRO PALLARES YABUR ¹

“Una universidad no es una cuna de poetas o autores inmortales, de fundadores de escuelas o de líderes nacionales [ni de santos]. [...] Tampoco se contenta, por otro lado, con la formación del crítico o del experimentador, del economista o del ingeniero, aunque ellos también están incluidos dentro de su ámbito. [...] [La formación universitaria] [e]s la educación que le da al hombre una visión clara y consciente de sus propias opiniones y juicios, una verdad en el desarrollo de estos, una elocuencia para expresarlos y una fuerza al recomendarlos. Le enseña a ver las cosas como son, ir directo al grano, desenredar una madeja de pensamiento y desechar lo irrelevante. Lo prepara para ocupar cualquier puesto y para dominar cualquier tema con facilidad. Le muestra cómo adaptarse a otros, entender sus estados de ánimo, lidiar y llegar a acuerdos con ellos. Quien recibe esta educación se siente en casa en cualquier sociedad, pues tiene intereses comunes con todas las clases; sabe cuándo hablar y cuándo guardar silencio. Es capaz de conversar y de escuchar; puede hacer una pregunta pertinente y aprender una lección cuando él no tiene nada que impartir. Está siempre listo. Es compañero agradable y un camarada en que se puede confiar. Sabe cuándo ser serio y cuándo jugar, y lo hace con plena efectividad y gentileza. Tiene el reposo de una mente que vive en sí misma, mientras vive en el mundo, y que posee los recursos para su felicidad. El arte que convierte a un hombre en todo esto radica en su propio objeto de estudio y es tan útil como el arte de la riqueza o de la salud, aunque sea menos susceptible de método y ofrezca resultados menos tangibles.”

*Discurso 7, El conocimiento en relación con las habilidades personales,
La idea de una universidad, 1852
San John Henry Newman*

SUMARIO: I. El proyecto educativo del kínder. II. La profundidad que permite anudar. III. La gratuidad que permite ver y celebrar. IV. La tradición que permite comprender. V. Los edificios donde se anuda.

Resumen. En este ensayo se ofrece un argumento sobre la identidad universitaria como el sitio donde se estudia a profundidad cada rama del saber, pero al mismo tiempo, se vincula con el resto, con los motivos más profundos y las finalidades más elevadas. Además, se explica cómo algo así sólo es posible en el contexto de una tradición y bajo la lógica de la gratuidad. Por último, se describen los edificios que representan cada uno de los proyectos que se

¹ Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

anudan en una Universidad, y por qué el bar universitario es irremplazable como signo de la vocación por el saber, su transmisión y la formación de una comunidad.

Palabras clave: Identidad universitaria, tradición, gratuidad, formación, comunidad.

Abstract. *This essay offers an argument about university identity as the place where each branch of knowledge is studied in depth, but at the same time, it is linked to the rest, with the deepest motives and the highest purposes. Furthermore, it explains how something like this is only possible in the context of a tradition and under the logic of gratuity. Finally, the buildings that represent each of the projects that are tied in a University are described, and why the university bar is irreplaceable as a sign of the vocation for knowledge, its transmission and the formation of a community.*

Keywords: *University identity, tradition, gratuity, formation, community.*

*Si tu Universidad no tiene bar, considéralo un kínder,*² suele decir mi maestro, el Profesor Doval. Si no lo conociera, la frase no pasaría de una más de las bravatas de un bohemio universitario. Pero precisamente porque sé quién lo dice, detrás de aquellas bromas se esconde una intuición envuelta en ironía que merece atenderse. ¿Por qué mientras no tenga un bar, la universidad seguirá siendo un kínder? Para responder esta pregunta, primero expondré en qué sentido el proyecto educativo de un kínder y el universitario se distinguen precisamente porque a este último le interesa la interacción *horizontal* entre diversos procesos educativos: formación para el trabajo, maduración –ética, religiosa o ciudadana-, investigación, docencia, vinculación, deporte y cultura. Después, me referiré a la profundidad *vertical* del conocimiento que se logra cuando se añade el mayor calado intelectual posible en lo que se pretende conocer. En tercer lugar, plantearé cómo aquellos contenidos se convierten en *saber* cuando se iluminan con la lógica de la gratuidad. Por último, anudaré estos tres hilos para mostrar por

² Este ensayo recopila dos trabajos previos. El primero se presentó en el X Foro Universitas donde obtuvo mención honorífica. El segundo, una ponencia en el panel *Los grandes pensadores de la Universidad*, auspiciado por el Programa de Identidad Universitaria. Ambos organizados por la Universidad Panamericana.

qué un bar sería el tipo de edificio donde se refleja la síntesis *universalizante* entre esos tres componentes.

I] El proyecto educativo del *kínder*

Hasta donde conozco, un *kínder* pretende la madurez del niño propia de su edad. Su función social se dirige a prepararlo para el *mundo real* al alcance del chiquillo y su futuro inmediato: la primaria. En esta instancia ocurre algo similar, se acompaña al escolar en su *mundo real* para disponerlo a la siguiente etapa. Igualmente, de secundaria a la preparatoria. Si se sigue esta lógica, parecería que la misión de esta cadena formativa sería la Universidad: el último escalón que desemboca en el *mundo real* del trabajador productivo o el ciudadano capaz de vivir en una democracia deliberativa. Algunos *rankings*, empleadores, las inquietudes de los bachilleres, los departamentos de admisiones y los videos promocionales suelen replicar este argumento: *en un mundo cada vez más complejo que cambia cada vez más rápido, se necesitan profesionistas de alta calidad; por eso, en esta universidad formamos a personas capaces de operar el cambio y ser líderes en su entorno*. El horizonte de perspectivas se agota en el ámbito de lo productivo. Puede suceder que, para distinguirse de otras ofertas educativas, algunas Universidades agreguen diversos elementos educativos como formación en valores, orientación hacia los deportes, intercambios, etc. Pero aún así, el proyecto se presenta con una finalidad última: preparar para el *mundo real*, que se reduce a la vida de agentes funcionales de una empresa, grupo o con un poco de más horizontes, ciudadanos comprometidos.

Si esto es así, tanto el *kínder* como la Universidad se reducirían a un mismo tipo de proyecto: la maduración para el mundo productivo del siguiente peldaño. Pero si el proyecto consiste en instruir para la siguiente etapa de la vida, ¿por qué sería útil una Universidad? Porque si de lo que se trata es preparar para desempeñar un trabajo, resulta más eficaz montar un Instituto Tecnológico o una especie de taller gremial que imite la vida profesional. Si lo que se busca son ciudadanos capaces o buenas personas, se obtendrían mejores resultados si se arma un centro de superación personal –*coaching* incluido, por supuesto- o se funda un monasterio o un convento. Si interesa la generación de conocimiento, sin duda se avanzaría con más velocidad con un centro de investigación donde las aulas no importen. Si lo relevante lo

constituye la transmisión del conocimiento, quizá lo más funcional suponga transformar unas bodegas en salones de clase.

Ahora bien, ¿por qué aglutinar todos esos elementos en la Universidad? Bajo el proyecto *kindergardizante*, la respuesta sería para ofrecer mejores ciudadanos, trabajadores más eficaces, agregar valor a la marca *alumni*, o con un poco de más perspectiva, trascender e influir positivamente en la cultura. Todos esos elementos se agregarían con la finalidad hacer más valioso a un *centro de credencialización para el trabajo*. Pero, ¿qué se logra cuando interactúan la investigación, la docencia, la vinculación empresarial y social, la formación ética y ciudadana? ¿Qué tipo de madurez intelectual y conexiones personales se detonan cuando los diversos proyectos educativos se entrelazan?

Cada uno de ellos exige una serie de habilidades intelectuales particulares, desarrolla competencias del carácter especiales, fomenta un tipo relaciones entre sujetos únicas y alcanza cierto ámbito de conocimiento. Por separado equivaldrían solo a una octava de notas; pero unidas resultan en el teclado de un piano más completo. Por eso en la Universidad su interacción fomenta la ampliación del rango intelectual y del carácter personal que de no lograrse resultaría a profesionistas atrofiados, ciudadanos desajustados o al menos limitados a un reducido tipo de habilidades.

Sin embargo, la aparición de todos estos ámbitos educativos en una Universidad, por sí mismos, no garantiza su interacción. Martha Nussbaum describe, en *Sin Fines de Lucro*,³ el peligro que supone esta fragmentación. Para ella, las sociedades plurales requieren no solo agentes productores de dinero o gestores del progreso, sino de personas capaces de vivir junto a otros, de sacrificarse por una causa común o al menos competentes para comprender empáticamente las aspiraciones de los otros. Las Universidades traicionarían su vocación social si fallan en su misión de educar a sus alumnos para autoexaminarse, para solidarizarse con el diverso, o para imaginar futuros alternativos. Cuando el proyecto universitario se limita a introducir en el mundo laboral o mantiene cada proyecto como en compartimentos separados, entonces el estudiante ve reducido sus horizontes a lo productivo. Esa pérdida de perspectiva dice Nussbaum, constituye una amenaza a la democracia misma, pues con individuos atrapados en sus beneficios, con *miopes funcionales* -pianos de solo ocho teclas-, es imposible

³ NUSSBAUM, Martha C., *Sin Fines de Lucro: Por qué La Democracia Necesita de las Humanidades*, Katz Editores, Madrid, 2010, pp. 199

que florezca el compromiso social, la pluralidad democrática o la creatividad necesaria para la vida común.

Pero esta atrofia civil, ocasionada por una formación exclusivamente para la utilidad o fragmentada, no es nueva. Platón en el *Teeteto*, señala el peligro en que se encuentran aquellos jóvenes que solo son educados para *trabajar*, esclavizados al horizonte de la producción:

Los que han rodado desde jóvenes por tribunales y lugares semejantes parecen haber sido educados como criados, si los comparas con hombres libres [...] La esclavitud que han sufrido desde jóvenes les ha arrebatado la grandeza de alma, así como la honestidad y la libertad, al obligarlos a hacer cosas tortuosas y al de parar a sus almas, todavía tiernas, grandes peligros y temores, que no podían sobrellevar aún con amor a la justicia y a la verdad.⁴

Si tropicalizo este pasaje contaría este chiste. En *Empresariales* no se enseña nada nuevo: los alumnos llegan queriendo hacer dinero y se van queriendo hacer dinero. En cambio, en *Derecho* se les educa para algo distinto: llegan con la intención de realizar la justicia y se van queriendo hacer dinero.

Por eso, cuando en una Universidad cada uno de los proyectos se conectan de forma *horizontal*, –se anudan entre sí la formación para el trabajo, la maduración la investigación, la docencia, la vinculación, el deporte y la cultura–, entonces la madurez de quienes intervienen en ella, facilita el planteamiento de preguntas que de otra manera sería muy difícil formular. Dice María Zambrano en *La mediación del maestro* que, gracias a las interrogantes con las que el profesor plantea a su materia, el estudiante articula y descubre esa inquietud que intuía, pero que todavía era incapaz de formular. En efecto, un aprendiz se convierte en alumno cuando el profesor pone en evidencia esas cuestiones que laten en su interior. De ahí que *[n]o tener maestro es no tener a quién preguntar y más hondamente todavía, no tener ante quien hacerse preguntas. Es quedar encerrado dentro del laberinto primario que es la mente [...] quedar encerrado como el Minotauro, desbordante de ímpetu, pero sin salida.⁵*

⁴ PLATÓN, *Teeteto*, 1988, sec. 172c, 173a

⁵ ZAMBRANO, María, *La mediación del maestro*, 2007. a partir de <https://revistaelcardo.blogia.com/temas/entre-maestros-y-maestros/>, consultado el 18 de marzo de 2018

Si un profesor enseña a partir de las preguntas con las que enfrenta un problema técnico, el horizonte de problemas a los que introduce a su alumno se enfoca en la resolución de asuntos útiles y productivos. Si además es aprendiz de un investigador, el tipo de cuestiones a las que se enfrenta, apunta a las causas más relevantes o hacia respuestas no exploradas. Más aún, si los alumnos maduran intelectualmente por imitación de la forma en que sus maestros plantean sus propias dudas a su materia, aquellos se introducirán en un horizonte de inquietudes intelectuales gracias a su interacción con el tipo de preguntas que aprende tanto de su instructor laboral y como de su profesor investigador. Adquieren una capacidad especial para conocer porque aprendieron a hacerse preguntas y desarrollaron un carácter que los animan a romper su zona de confort en búsqueda de las razones de lo que sostienen.

En definitiva, en la Universidad coexisten distintos proyectos educativos no solo para revalorizar la credencial profesionalizante del egresado, sino porque su interacción detona unos modos argumentativos más amplios, fomenta una maduración del carácter, desarrolla una habilidad más aguda de razonar y abre a unos horizontes más profundos de saber.

II] La profundidad que permite anudar

Pero, ¿cómo unir distintos proyectos intelectuales de modo que se evite su fragmentación? ¿Cómo lograr esa vinculación *horizontal* sin un punto común, –ya sea por un conocimiento más profundo o más elevado– gracias al cual se logre *anudarlos*? Parece que la Universidad será tal solo si se plantea la unión de todos esos proyectos por el rango de temas que se pregunta, por la profundidad para abordarlos, y por el tipo de personas que vincula. ¿Sobre qué temas es válido dudar para buscar las razones de lo que se afirma o no se conoce? Sobre cualquiera. Desde los más técnicos, hasta los más filosóficos y teológicos. Esa profundidad abre a la universidad a a dimensión *vertical*. Un universitario incapaz de plantearse preguntas difíciles por miedo a poner en duda sus convicciones fundamentales no merece ese calificativo. Tomás de Aquino, sacerdote, filósofo y universitario, nunca escurrió el bulto. En una de las primeras cuestiones de la *Suma Teológica*, un tratado escolar de carácter introductorio, se plantea esta pregunta sin miedo a las consecuencias a la respuesta: ¿existe o no existe Dios?⁶

⁶ S.Th. I q.2 a.3

De la respuesta racional que descubra se sigue si él mismo podría o no dirigirse a Dios en la oración; y, en consecuencia, si su opción personal de vida como predicador está justificada. Tomás ha puesto sobre la mesa la gran pregunta sobre la que pende su existencia. Sería un imbécil si después de mostrar racionalmente que Dios no existe, siga convencido de que lo llama a ser un predicador en nombre de un ser mitológico irreal. El profesor de la Universidad de París manda llamar los mejores argumentos que cuestionarían los fundamentos de su propia vida: *Si uno de los contrarios es infinito, el otro queda totalmente anulado [por ejemplo, cuando aparece calor, el frío se elimina]. Esto es lo que sucede con el nombre Dios al darle el significado de bien absoluto. Pues si existiese Dios, no existiría ningún mal. Pero el mal se da en el mundo. Por lo tanto, Dios no existe.*⁷ Como se ve, en Tomás importa aplicar la razón a todo ámbito de la realidad, con todas sus consecuencias, a través de todas sus capacidades, desde cualquier ámbito; incluso si eso implica *disparar* en contra de las verdades sobre las que sostiene su vocación personal.

Se trata, por tanto, de sentar en el tribunal de la razón toda la realidad, o dicho de otra manera, de encontrar la racionalidad más profunda de cada una de las octavillas del piano, de cada una de las intenciones educativas que se anudan en la Universidad. Principalmente aquellas verdades que vinculan todos esos ámbitos entre sí. En este sentido, John H. Newman sostiene que la formación universitaria solo se consigue cuando a esa madurez *horizontal* por la interacción de proyectos se vincula al esfuerzo de conocer, de saber a profundidad *vertical* la respuesta a las preguntas radicales de la existencia humana: ¿cómo sé que lo que sé, es lo que vale la pena saber? ¿Por qué la existencia y no la nada? ¿Dios existe? ¿Y si lo hace, afecta en algo mi vida? ¿Cómo edifico una vida que valga la pena?⁸

Se trata de hacerse las preguntas sobre las que se puede unificar todos los saberes y todas las intenciones educativas. Preguntarse por el origen y fin último, le permite a una *multiversidad* –usando la terminología de Newman– relacionar entre sí a todos sus componentes y convertirse en Universidad. Dice MacIntyre que eliminar los problemas filosóficos y teológicos de un proyecto como este, implicará *no solo la sustracción de Dios de un ámbito de los objetos estudiados, sino también y bastante más significativamente,*

⁷ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I q.2 a.3 arg. 1

⁸ NEWMAN, John Henry, Discursos sobre el fin y la naturaleza de la educación universitaria, traducido por J. Morales Marín, EUNSA, Barañain, 2011, p. 124 y sigs.

en la falta de cualquier visión de las cosas que sea integrada y global?. Sin esta dimensión vertical, se imposibilita la conexión horizontal.

III] La gratuidad que permite ver y celebrar

En su ensayo *Pajarillos que no cantan*, Chesterton recuerda que al contemplar unas esculturas medievales, notó que muchas de ellas se representaban con la boca abierta. Recordó que cantar estaba relacionado con las profesiones ahí representadas: los segadores durante la cosecha, los marineros mientras izaban las velas, etc. De pronto cayó en cuenta que en los oficios modernos carecen de esa poesía ritual para entonar mientras se trabaja:

*¿Por qué ningún periódico moderno se imprime cantando a coro?
¿Por qué los comerciantes cantan tan poco, por no decir nunca? Si los segadores cantan durante la siega, ¿por qué no cantan los auditores mientras auditan y los banqueros mientras realizan operaciones bancarias? Si hay canciones para todas las tareas que se llevan a cabo en un barco, ¿por qué no hay canciones para todas las tareas que se llevan a cabo en un banco?¹⁰*

Durante un viaje en tren escribió unos versos para oficinistas y cajeros. Al volver a Londres, compartió sus coplas con un amigo suyo que trabajaba en una institución financiera. Tras agradecer el gesto, el banquero notaba algo en su ambiente que hacía *espiritualmente muy difícil cantar en un banco*. Chesterton concluye que *los empleados de banco no tienen canciones no porque sean pobres, sino porque están tristes¹¹*.

Profesiones sin poesía. Actividades sin un canto que las identifique como sublimes. Tal vez, la crisis no es de esa profesión en sí misma, sino del espíritu que la anima. Reducidas a su ámbito productivo parecen gritar: *¡Tú solo sirves para el trabajo! ¡Solo eres auténtico si produces! ¿Quién canta solo para eso? No, para eso no merece la pena cantar. No, a un mundo real así de reducido no se le escriben coplas. Pero, cuando la vida es inútil desde la perspectiva*

⁹ MACINTYRE, Alasdair, *Dios, Filosofía, Universidades: Historia Selectiva de la Tradición Filosófica Católica*, traducido por E. Anrubia & S. Montiel, Nuevo Inicio, Granada, 2012, p. 37

¹⁰ CHESTERTON, G. K. *Pajarillos que no cantan*. En A. Manguel (Ed.), *Correr tras el propio sombrero (y otros ensayos)*, traducido por M. Temprano García, Acantilado, Barcelona 2004, p. 159

¹¹ *Ibidem*

de la producción, su *no-servir-para-nada* pero lleno de sentido esconde una plenitud que empuja a cantar.

¿A qué *inutilidad* me refiero? Si el mar, tal y como lo conozco, representara el último eslabón de un fenómeno físico de evolución, quedaría sin explicar la belleza de un atardecer. ¿Qué se necesita para que consiga ocultar el sol? Desde el punto de vista funcional, únicamente se requiere la rotación de la tierra que cause el efecto visual de ocaso. Si esto es así, ¿por qué es bello si no lo necesita? ¿Por qué me llama la atención si es inútil? En la playa percibo la existencia y necesidad de algo más que materia funcional. Intuyo su regalo y su magnificencia. No requiere la belleza para lograr utilidad. Más aún, me cautiva, exige mi atención, me emociona. En otras palabras, aquello que veo no se explica solo señalando lo que sucede, sino que me pide conmoverme por la lógica redundante de su magnanimidad y gratuidad. Su *porque sí*.

Ahora bien, si el hecho de que nadie pueda autoasombrarse significa que aquella realidad que me fascina existe por sí misma, es trascendente -no inmanente- a mi razón. Y el hecho de que me hiera señala una vocación para acoger e imitar esa lógica porque aquello es para mí; de lo contrario no me llamaría la atención. Por eso, si un atardecer me asombra por la grandeza y gratuidad sintetizada en su belleza, eso significa no solo que el cosmos sea así, sino también que he nacido bajo la lógica del don y la grandeza. ¿Quién ha nacido como contraprestación a unos méritos suficientes? Si nadie ha nacido a modo de pago retributivo, entonces la única forma de ser consistentes con eso que soy, es imitando la gratuidad o apropiándose de esa misma lógica de grandeza inscrita en el cosmos.

De todo esto se sigue que quien va al mar, nada en él y se introduce en su sentido, sale de ahí y lleva al mundo aquello con lo que supera la lógica de la utilidad y la evolución. Cuando no se atesora esa experiencia de grandeza y gratuidad, el mundo pierde su fuerza. Es menos humano. Sin alguien que haga memoria de esa experiencia, sin alguien que custodie ese regalo, el mar se acota y reduce al ámbito físico. Se achica en átomos amalgamados por una evolución sin sentido alguno. Y la vida humana también se diluye en la necesidad y la utilidad. Ante esa perspectiva no se puede cantar.

¿Qué pasaría si en la Universidad se incorpora esa lógica que se descubre en el mar y en la estructura existencial de la persona? ¿Qué tipo de conocimiento se añade a la perspectiva horizontal de unión de proyectos? ¿Qué tipo de saber se descubre al profundizar verticalmente si se busca comprenderlo solo porque sí? ¿Qué gana la Universidad cuando el conocimiento se dirige a disponer y

aprender el *porque sí* en la búsqueda de la verdad? Al describir el saber, Platón se refiere a una doble exigencia: por una parte, conocerla en sí misma (*qué es*) y por sí misma (*gratuitamente*); y por la otra, cómo debe ser el carácter de la persona habilitada para percibir esa luz.

Respecto a la primera, el filósofo griego afirma que algunas verdades solo se captan cuando se conocen con su *calidad-de* y su *llamada-a* existir como don. Cuando se buscan bajo la luz de su gratuidad. Entonces, si la Universidad se pregunta por el saber, no sólo debe buscar comprender el mundo con la intención de obtener un beneficio útil, sino también su calidad de regalo. De lo contrario, nunca conocerá el cosmos tal y como aparece ante él. Han de buscarse los ámbitos del saber que manifiesten esa lógica implícita en su *ser-bello-aunque-no-lo-necesita*. Del mismo modo, para comprender quién es realmente la persona y la acción digna, se exige que se le trate más allá de la utilidad y de la producción.

En *Los hermanos Karamazov*, Dimitri se rebela ante la reducción que Iván hace de él a ser algo que funciona bajo la lógica del costo-beneficio. Éste le ha propuesto huir para evitar las penas del parricidio. Para Iván la justicia se reduce a la utilidad funcional y al equilibrio euclidiano; no existen actos injustos en sí mismos pues *si Dios no existe, todo está permitido*. Pero Dimitri se debate en otro plano: *Iván me ha propuesto que huya, ¡eso es que cree que yo lo he matado!* En él, late una crisis más profunda: *¿quién soy yo ante Iván? ¿Soy realmente aquello que ve en mí?* Por eso pregunta a su hermano menor, Aliosha: *Pero, ¡ay, Señor!, ¿qué voy a hacer con tus ojos? Me temo que tus ojos hablen por ti, por mucho que tú guardes silencio.*¹² Para el mayor de los Karamazov la pregunta *¿quién soy yo?* se responde entre dos polos representados por cada uno de sus hermanos: ser visto bajo la lógica *funcional* o del *regalo*. Es la mirada de gratuidad ofrecida por el menor de ellos, la única que puede iluminar la conciencia de su auténtica identidad: existir como regalo. Es la única mirada que devela lo que realmente es. Ante una mirada similar, escenas atrás, Grushenska había afirmado sumamente conmovida:

–No sé, no tengo ni idea, no sé lo que me ha dicho; le ha hablado al corazón, ha puesto patas arriba mi corazón [...] Toda la vida he estado esperando a alguien como tú, sabía que vendría alguien así

¹² DOSTOIEVSKI, Fiódor, *Los hermanos Karamazov*, traducido por F. Otero & S.-N. F. Marta, Alba, 11. IV, Barcelona, 2013

*y me perdonaría. Creía que a una mujer tan despreciable como yo también podían quererla, sin buscar únicamente mi perdición.*¹³

Aliosha le había regalado una mirada especial. Un obsequio que podría describirse como *eres alguien valioso para mí, un don inmerecido para mí*. O en palabras de Aliosha, *he encontrado un tesoro: un alma capaz de amar*. ¿A qué tipo de regalo se refiere Dostoievski? Una Coca-Cola tiene un precio y la puedo recibir gratis en un centro comercial. Pero el escritor ruso no describe ese tipo de obsequios. Él habla de la entrega de aquello que no tiene precio, pero lo vale todo: *¿quién soy yo ante tu mirada? ¿Soy alguien de quien obtienes un beneficio; me buscas porque me lo he ganado; o simplemente porque has descubierto en mí a alguien que lo merece todo sin tener precio?* Esa mirada no se puede robar, forzar, manipular, recibir como contraprestación. No hay obligación de ofrecerla, no hay un deber de regalarla. Se da solo porque sí. Por eso Grushenska afirma asombrada: *–¡Voy a echarme a llorar! ¡Claro que voy a echarme a llorar! Me ha llamado hermana, ¡jamás lo olvidaré!*¹⁴

Tal vez la única reacción ante ese tipo de regalos es el canto inevitable que nace de la conmoción, del asombro sobrecogedor que inunda el alma: *me han regalado lo inmerecido. Se han convertido en obsequio solo para mí; me han dado lo que no se gana: ni con mi esfuerzo, ni con mi talento, ni con mi derecho. Ha sido entregado solo porque sí*. Es una mirada que sacude y la única que permite conocer realmente a la persona. Para el escritor ruso, esta experiencia constituye el singular núcleo de la educación, incluida la universitaria:

*Han de saber que no hay nada más alto, más fuerte, más sano y más útil en la vida que un buen recuerdo, especialmente el que se atesora ya en la infancia, en la casa paterna. Os han hablado mucho de la educación, pero cualquier recuerdo bonito, sagrado, conservado desde la infancia, puede ser la mejor educación que exista. E, incluso si nuestro corazón solo guarda un único recuerdo bueno, éste puede salvarnos en algún momento.*¹⁵

Respecto a la segunda, Platón se refiere al desarrollo de un tipo de carácter que dispone el ojo interior para percibir aquello que

¹³ DOSTOIEVSKI, Fiódor, *Los hermanos Karamazov*, traducido por F. Otero & S.-N. F. Marta, Alba, 7.III, Barcelona, 2013,

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ DOSTOIEVSKI, Fiódor, *Los hermanos Karamazov*, traducido por F. Otero & S.-N. F. Marta, Epílogo Alba, Barcelona, 2013

va más allá de lo útil y productivo. Algo similar sucede con los billetes de cierto valor que revelan unas marcas especiales cuando se colocan bajo una luz negra. Esos elementos ya se encuentran en ellos, pero solo son visibles cuando se cumplen dos condiciones: primera, se les proyecta una luz con una frecuencia luminosa especial; y segunda, se cuenta con unos ojos ajustados para percibir ese rango del espectro electromagnético. Del mismo modo, para el ateniense, el auténtico conocimiento de la realidad pide tanto una luz apropiada para iluminar como unos ojos dispuestos para captar.

¿Qué actividad prepara esa mirada? El ocio. Piepper lo describe como ese saber callar para colocarse en actitud de percepción intuitiva y contemplativa del ser. Se refiere a la silenciosa embriaguez y la serena alegría con la que se descubre cómo la verdad y la justicia llenan y florecen en la propia vida. Es decir, el ocio no es tanto una actividad sino una manifestación de un tipo de personalidad.¹⁶

¿Y qué tipo de personalidad se requiere para captar la gratuidad del cosmos y el ser regalo de cada persona? Según Platón, se trata del justo. Gilson, le llama *sabio*. Para este filósofo francés se trata de una forma de ser, de un carácter, no tanto de la información que se conoce o unos datos que se dominan. Al sabio lo define no tanto *la cantidad de conocimientos que un hombre posee, sino en el modo como los posee*. Se refiere a alguien *cuya vida intelectual es parte de su vida moral*. En otras palabras, se trata de alguien *que ha decidido, de una vez por todas, aplicar las exigencias de su conciencia moral a su vida intelectual*.¹⁷

Así que la luz apropiada, –sin la que es imposible conocer la realidad en su totalidad, la que permite unir saberes y proyectos–, requiere a un tipo de personas que han ajustado su mirada a través de la madurez de su temperamento. Ambos elementos exigen un tipo de institución donde se aprenda a ver el mundo de esta manera, donde se forme ese tipo de carácter, donde se sepa razonar sobre él, donde se introduzcan a personas en esa experiencia y donde se custodie ese saber. Si el mundo se juega en el corazón de quienes visitan el mar, despiertan a su gratuidad, exaltan su vigor y custodian su sentido; análogamente, en la Universidad se juega el desarrollo, el conocimiento, la experiencia de la lógica del don que se reflexiona, madura y encuentra sus vínculos con el resto de las

¹⁶ PIEPPER, Josef, *El ocio y la vida intelectual*, 5a ed, traducido por A. Pérez Masegosa, M. Salcedo, L. García Ortega, & R. Cercós, Rialp, Madrid, 1983, pp. 45 y sigs

¹⁷ GILSON, É. (2015). *Ética de los Estudios Superiores en El amor a la sabiduría*. traducido por R. T. Caldera, Rialp, Madrid, 2015

actividades humanas junto a las ramas del saber. El futuro de una cultura se juega, en parte, en la custodia y reflexión sobre la gratuidad, que convierte la erudición en sabiduría, al experto en sabio, al instructor en maestro y al cliente o aprendiz en alumno. La sociedad necesita un espacio libre de las exigencias de la utilidad y de la necesidad de la producción; una institución donde el conocimiento se transforme en sabiduría y madure en una forma de vida que pueda experimentarse, contemplarse, pensarse y compartirse.

IV] La tradición que permite comprender

Alasdair MacIntyre nació en Glasgow en 1929. Su libro más famoso, *Tras la Virtud*, se publicó en 1981. Ahí se puede leer el pasaje de filosofía sobre los derechos humanos más agudo y divertido que he leído. Dice que creer en los derechos humanos de individuos vale lo mismo que creer en brujas y unicornios. En efecto, la tradición que heredamos sobre derechos humanos asume como punto de partida a un sujeto con una baraja a su favor con las que acude *a priori* para enfrentarse contra las exigencias –otros naipes en los que claramente se define el valor que *en sí mismo* tiene cada carta- en vistas a descubrir cuál pesa más.

MacIntyre dice que esos *derechos*, unos naipes así, existen igual que las brujas y los unicornios. En la práctica -al igual que los naipes- ya hay una cultura que interpreta, comprende y explica el valor de una combinación de números un diamante, corazón, trébol o pica. En otras palabras, lo que conocemos y sobre lo que razonamos como sujetos morales son una forma concreta de interpretar tanto el número como el símbolo y su combinación. De la misma manera, ni los derechos humanos, ni la naturaleza humana se comprenden como parte de un razonamiento práctico, sin la comunidad, la cultura y la interacción entre personas que le da origen.

En su libro *Animales Racionales y Dependientes* (2001), el escocés afianza más su idea sobre el papel de la tradición en la maduración de la persona. Solo llegamos a ser razonadores prácticos e independientes en la medida en que dialogamos y mantenemos relación de cierta amistad que estimulen nuestro horizonte argumentativo. ¿Cómo? Encontrarnos con modelos de vida que despierten en nosotros un estilo de vida determinado. Gracias a ese encuentro, en nosotros de despierta la pregunta: ¿qué vive esta persona que me llama tanto la atención? ¿Qué actividades fomenta?

¿Cuáles evita? ¿Cómo debo de ser para aprender de él o de ella? Las razones por las que hasta ahora explico mi conducta, ¿son coherentes con ese estilo de vida que veo en mi *sensei*? ¿Qué futuros alternativos, realistas pero ambiciosos, puedo imaginar gracias a este horizonte de vida que se abre ante mí? ¿Cómo distanciarme de mis deseos para indagar racionalmente si debo seguir mis intuiciones, si debo reeducarlas o disciplinarme para no seguirlos?

Este par de textos son como el prólogo del libro de MacIntyre sobre la universidad, publicado en 2008: *Dios, Filosofía, Universidades*. ¿Cuál ha sido la conversación sobre el saber universitario que ha surgido en la tradición cristiana? ¿Qué características tiene? Y en torno al debate que suscitó este evento publicó el artículo *La idea adecuada de universidad: Aristóteles, Newman y nosotros*. El profesor de Notre Dame no tiene problema en reconocer que de John H. Newman recupera tres preguntas -digo preguntas y no conceptos, porque importan más para abrir una conversación y suscitar una práctica, que es parte de su idea de tradición-. Lo resumo en tres preguntas:

1.- ¿Por qué no se puede saber, es decir conocer con precisión, razonable profundidad y acierto lo que es el mundo, la cultura, la empresa, a nosotros mismos, ni a Dios? Estas preguntas se refieren a la amplitud del saber o interdisciplinariedad.

2.- ¿Por qué cada área del saber debe comprender su lógica interna -su filosofía propia- y el vínculo de esta con el saber sobre lo humano en general? Estas preguntas se refieren a la profundidad. Aquí aparece la filosofía y la teología.

3.- ¿Por qué no vale si solo lo aprendemos porque nos ayuda para movernos adecuadamente en *el mundo real*, el espacio productivo regido por la lógica utilitaria? ¿Qué le pasa al conocimiento se busca solo porque sí? Aquí aparece la gratuidad como lógica interna del saber o que vale en sí mismo como dicen Newman o MacIntyre.

MacIntyre repite este argumento inspirado Newman. Pero también incorpora lo que ha dicho sobre la tradición de acuerdo a Tomás de Aquino, Aristóteles y Karate Kid. En un principio, *Daniel Larusso* necesitaba aprender karate en parte por quedar bien con *Ali Mills*, en parte para evitar que lo golpearan y en parte por aceptación social. Entre esos bienes y la *práctica* del karate, no existe una conexión interna necesaria: se puede conseguir fama, tranquilidad o reconocimiento con prácticas distintas al karate. Pero sólo quien practica las artes marciales y es *hábil* hasta cierto nivel en ellas, identifica los bienes internos de ese deporte, es decir se habilita para

comprender y ofrecer los motivos racionales que justifican la práctica como medio para realizar ese bien, quererla eficazmente y gozarla establemente.

Como Daniel carecía de la habilidad del karate, sus músculos eran torpes para realizar los movimientos adecuados, sino que era incapaz de comprender los motivos por los cuales debía encerar los autos, pulir el piso o pintar una barda. La *excelencia* que necesitaba para entender las indicaciones del Sr. Miyagi solo son inteligibles cuando se ha vuelto medianamente hábil en el karate. De este modo Daniel debe aceptar convertirse en aprendiz: fiarse de su maestro, seguir sus indicaciones, dialogar con honestidad con él, ser justo y llegar a la hora prevista, estar en buen plan, etc. Además, no aprende el karate como lo hacen en el *dojo Cobra Kai*. En esa tradición de practicar el karate, todo gira en torno al éxito, a la utilidad de aprender el karate. Para ellos, el karate es dominio del otro, no de uno mismo.

Aquí hay algo más que una historia ochentera. Esta es la forma en que aprendemos a razonar prácticamente, es la manera en que maduramos en las virtudes de acuerdo a la explicación Aristotélica que ofrece MacIntyre. No aprendemos a razonar fuera de una cultura, y en ocasiones es esa tradición la que nos mete el pie e impide que comprendamos correctamente los bienes.

Volvamos a la Universidad y dónde MacIntyre coloca a Newman. En la universidad suceden muchas actividades intelectuales: las clases, la investigación, la asesoría académica, los concursos universitarios, las tesis, el gimnasio, la vida universitaria etc. Su misión es introducir a los alumnos en la tradición por la que se integran todos estos saberes. Su misión es la maduración intelectual a partir de esa interacción entre profesores, alumnos y distintos proyectos formativos. En MacIntyre, la universidad es la institución donde todas las actividades que se organizan introducen al estudiante las prácticas que abren su razón por la interdisciplinariedad, la profundidad y la gratuidad. Incluso si se lleva un título profesionalizante, sabrá algo más que operar un sistema empresarial del que obtiene alguna utilidad.

V] Los edificios donde se anuda

He dicho que la Universidad amplía el rango de habilidades intelectuales al unir *horizontalmente* distintos ámbitos educativos: formación para el trabajo, maduración ética-religiosa, investigación, docencia, vinculación, deporte, arte y cultura. Cada uno de estos

proyectos se manifiesta en un edificio principalmente diseñado para esa función: el aula, la capilla, la sala de juntas, la biblioteca, la aceleradora de negocios, el gimnasio, las canchas deportivas. Del mismo modo, la unidad del conocer y la profundidad del saber se manifiestan en la amplitud del currículum, en las materias de humanidades, en los proyectos multidisciplinarios, en la vinculación social, etc.

Si bien es cierto algunos edificios *fomentan* esos puntos de encuentro –como una cafetería, una distribución de profesores, aulas que faciliten esos acercamientos, etc.-, ¿cuál es el edificio donde además la Universidad refleja la luz de la gratuidad y la alegría con la que busca el saber? Quizá ayuden los museos -como en la Universidad de Navarra-, o las basílicas universitarias -como en la University of Notre Dame-. Conviene recordar ahora que Pieper incluye a la fiesta como una característica del saber al que se accede desde el ocio, una especie tanto de prerrequisito como de resultado del saber universitario. Probablemente por eso el himno universitario por excelencia canta con alegría la conciencia de su misión: *Gaudeamus igitur!*

Entonces, ¿en qué sitio se platica con el profesor que ha logrado integrar intelectualmente todos esos ámbitos? ¿En qué lugar se facilita el diálogo anárquico -entre lo técnico y lo humano- con el maestro sobre las razones y acerca de las fuentes de inspiración que ese agudo explorador descubre en el mundo? ¿Dónde se comparte el saber con un amigo? ¿Dónde se fomentan las conversaciones que cambian la vida? ¿Qué tipo de edificio puede reflejar la gratuidad y la fiesta -el *solo porque sí*- del saber universitario? No se me ocurre otro mejor lugar que en un bar universitario.

Por eso, mientras no tenga un bar universitario, una universidad seguirá siendo un kínder.

Postscript: Al compartir esta propuesta he recibido dos tipos de críticas. Por un lado, los que consideran que la Universidad debe atender otras prioridades; y por otro, quienes temen que la visita al bar degenera en borrachera. A los segundos les suelo decir que un bar universitario equivaldría a la cereza de un pastel. Es irrazonable preparar una tarta solo para comerse la fruta que lo remata y adorna. Si a alguien prefiere las cerezas, lo mejor es comprar un frasco, comérselas y ya. Pero cuando el pastel manifiesta algo más que su mera utilidad alimenticia, entonces se vuelven relevantes las señales inútiles de su grandeza: como la cereza. Por eso, quien al escuchar este argumento piensa en un bar juvenil dónde *pistear*, le sugiero mejor visitar un *Wings Army*.

A los primeros, suelo decirles que tienen razón, un bar es inútil. Precisamente ese es su valor. Sucede como cuando una chica responde al muchacho que le ofrece ayuda: –*No hace falta que lo hagas, no tienes por qué.* –*Precisamente por eso lo hago, porque no tengo porqué.* Me recuerdan lo que escribió Tomás en la *Summa*. El dominico afirma que algo vicioso implica una irracionalidad –lo que equivale a una agresión al espíritu universitario-. Por eso considera inhumano *mostrarse oneroso para con los otros, es decir, el no proporcionarles nada agradable e impedir los deleites de los otros*. Entonces si la incapacidad para el juego muestra un carácter atrofiado y un juicio disparatado, –una afrenta al universitario-, entonces *no proferir ni un chiste ni conseguir que los demás bromeen por el hecho de no aceptar ni siquiera los juegos moderados de los demás* es propio de temperamentos duros y rústicos.¹⁸

Bibliografía

- CHESTERTON, G. K., *Pajarillos que no cantan*. En A. Manguel (ed.), *Correr tras el propio sombrero (y otros ensayos)* traducido por M. Temprano García, Acantilado, Barcelona, 2004, pp. 157–161
- DOSTOIEVSKI, Fiódor, *Los hermanos Karamazov*, traducido por F. Otero & S.-N. F. Marta, Alba, Barcelona, 2013
- GILSON, É., *El amor a la sabiduría*. traducido por R. T. Caldera, Rialp, Madrid, 2015
- MACINTYRE, A., *Tras la virtud*, traducido por Amelia Valcárcel, Crítica, Barcelona, 2001
- MACINTYRE, A., *Animales racionales y dependientes*, traducido por Beatriz Martínez de Murguía, Editorial Piados Básica, Barcelona, 2001
- MACINTYRE, A., *Dios, Filosofía, Universidades: Historia Selectiva de la Tradición Filosófica Católica*, traducido por E. Anrubia & S. Montiel, Nuevo Inicio, Granada, 2012
- NEWMAN, J. H., *Discursos sobre el fin y la naturaleza de la educación universitaria*. traducido por J. Morales Marín, EUNSA, Barañain, 2011
- PIEPER, J., *El ocio y la vida intelectual*. 5ª ed, traducido por A. Pérez Masegosa, M. Salcedo, L. García Ortega, & R. Cercós, Rialp, Madrid, 1983
- PLATÓN, *Teeteto, Diálogos*. traducido por F. García Romero, Tomo V, Vol. V, Gredos, Madrid, 1988, pp. 137–317
- ZAMBRANO, María. (2007). *La mediación del maestro*, obtenido de <https://revistaelcarido.blogia.com/temas/entre-maestros-y-maestros/>, recuperado el 18 de marzo de 2018

¹⁸ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* II-II q.168 a.4 co.

Fomento a la investigación jurídica en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara: en camino de la formación de futuros investigadores

INDIRA SOFÍA SORIA MORALES¹

La investigación es importante porque detrás de un gran descubrimiento, aunque en principio parezca que fue realizado por alguien brillante, la realidad es que no hubiese sido posible sin que detrás se encontraran años de trabajo y dedicación de un conjunto de personas que lo sostengan como un pilar².

La experiencia como asistente de investigación de un docente universitario es verdaderamente gratificante en diversos sentidos. Cierta vez, realizando las prácticas laborales en el jurídico de una empresa, leí en mis tiempos libres un artículo de la revista *Hechos y Derechos* que me cambió el panorama que tenía sobre la Universidad y las oportunidades que puedes obtener de ella.

En el artículo³ mencionado, se hablaba de diez razones para buscar un trabajo como asistente de investigación, aquellas que captaron mi total atención fueron las siguientes:

Trabajar en temas jurídicos de vanguardia, en este apartado se hacía mención que el profesor o profesora podría estar desarrollando una nueva teoría legal que más tarde podría ser adoptada e implementada tanto por el sector público del Derecho como por el privado; *sacar más provecho de otras actividades en la universidad*, este numeral del listado me hizo reflexionar sobre el hecho que se es estudiante universitario solo por un corto periodo y que es de suma importancia aprovechar todo el tiempo posible siendo un buen alumno y también participando en actividades extracurriculares tales como un *moot court* o ser parte de la sociedad de alumnos de la universidad, y esto se puede lograr

¹ Alumna de noveno semestre de la carrera de Derecho de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

² Paráfrasis de una cátedra del Profesor Investigador Edgardo Muñoz durante el semestre enero-junio de 2019 en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

³ WOJCIK, Mark, “¿Por qué debería plantearte trabajar como asistente de investigación si estudias Derecho?” *Hechos y Derechos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, enero-febrero, 2017, número 37.

trabajando en la misma institución; *encontrar un mentor de por vida*, cuando recién leí esta razón para ser un asistente de investigación jamás creí que iba a resultar tan cierto, de verdad que durante el proceso de investigación creas un lazo duradero con tu mentor que, aparte de brindarte currículum para tu futuro, al final obtienes a un gran amigo y consejero.

Siguiendo con el artículo en mención, este te brinda las herramientas necesarias para conseguir el puesto de asistente de investigación. En mi caso, en julio de 2018, fueron seleccionados los proyectos del programa *Fomento a la Investigación UP* entre los tres campus participantes. La investigación intitulada *Los pueblos originarios en Latinoamérica. El caso del derecho humano a la propiedad* de la Doctora Roxana Miranda fue uno de los escogidos para su patrocinio. Días antes había manifestado mi intención de irme formando en la investigación y fui seleccionada como auxiliar en dicho trabajo por el periodo de julio de 2018 a julio de 2019. Cuando se pierde el miedo por hacer algo nuevo puedes toparte con muy gratas sorpresas.

Ahora que hemos finalizado la investigación —de la cual hablaré en líneas posteriores— puedo decir que ha sido, hasta el momento, lo que más he disfrutado en el rubro académico y estoy infinitamente agradecida por la oportunidad ya que no solamente crecí intelectualmente, sino además recibí una beca durante un año.

Como bien describió el artículo de la revista *Hechos y Derechos*, que forma parte del grupo de las revistas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, los temas que se analizan por parte de los profesores son novedosos. En el caso de nuestra propuesta, abordamos la cuestión de los pueblos originarios y cómo ha ocurrido el desarraigo de sus propiedades desde tiempos de la Conquista hasta épocas contemporáneas.

En lo particular, siempre me han llamado la atención todos los temas que tengan que ver con derechos humanos, y conociendo la amplia trayectoria de la directora del proyecto en temas de grupos originarios, sabía que era el momento indicado para incursionarme en esta nueva tarea.

En el protocolo de investigación que se presentó para la convocatoria de la Comisión de Investigación de la Universidad Panamericana, se describía lo que analizaríamos en el trabajo, así como la manera y tiempos en que se harían las entregas de la investigación. Asimismo, se mencionaba que el plan presentado iba encaminado a analizar a las comunidades autóctonas

latinoamericanas, en específico, de cinco países: México, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

La investigación de los pueblos originarios de los países mencionados, consistió en ver la realidad heterogénea y el pluralismo cultural de los mismos, principalmente, analizar cómo este fenómeno impacta en la vida social, económica, política, así como en el ámbito jurídico (cuestiones que se enfatizaron con profundidad).

Conforme se fue realizando, nos percatamos que el patrón entre los países estudiados era parecido. Todos compartían problemáticas similares, tales como: discriminación, explotación, pobreza extrema, falta de reconocimiento o un reconocimiento mal entendido, el despojo de sus territorios, la ausencia de políticas públicas para un adecuado desarrollo, entre otras más que tenían en común.

Por lo tanto, nuestra investigación tuvo por objetivo general mostrar al mundo la problemática de los pueblos originarios en Latinoamérica, haciendo énfasis en los cinco países estudiados, en cuestión de la protección de su derecho a la propiedad de territorios y explotación de éstos, el marco jurídico nacional e internacional. Finalmente proponemos alternativas para su posible solución.

Si el lector tiene la oportunidad de leer el libro producto de este trabajo, que actualmente se encuentra en proceso de edición por la casa editorial *Tirant Lo Blanch* y que es de fácil lectura y cuenta con una estructura muy detallada sobre lo mencionado, lo recomendaría ampliamente. Se podrán dar cuenta de la realidad de miles de personas en nuestro país y en los países vecinos. Se invita a los estudiantes de esta Facultad de Derecho a interesarse en la investigación puesto que como futuros abogados es indispensable para una formación más integral.

Actualidad legislativa

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
13 SEMESTRE II
2019

Ley General del Notariado: Comentarios a la Iniciativa de Reforma al Artículo 73 Constitucional

ELÍAS MORÁN GIACOMAN¹
ANA ISABEL FERADO CALLEROS²

SUMARIO: I. *Importancia de la iniciativa de reforma al artículo 73 Constitucional.* II. *Estructura del presente artículo.* III. *Origen de la iniciativa y su texto.* IV. *¿Qué establece la iniciativa?* V. *Aspectos significativos de la exposición de motivos de la iniciativa.* VI. *Análisis de los artículos transitorios.* VII. *Estatus de la iniciativa.* VIII. *Conclusiones.*

Resumen. Los autores abordan la reciente iniciativa de reforma al artículo 73 Constitucional, analizando la creación de una Ley General del Notariado, su implementación en cada una de las entidades federativas de la República, su origen en el mandato presidencial y sus alcances jurídicos y sociales.

Palabras clave: Reforma constitucional, Congreso de la Unión, Ley General del Notariado.

Abstract. Authors address the recent bill to amend section 73 of the Constitution, analyzing the creation of a General Notaries Act, its implementation in each of the federal states of the Republic, its origin in the presidential term as well as its legal and social scope.

Keywords: Constitutional amendment, Congress of the Union, General Notaries Act.

I] Importancia de la iniciativa de reforma al Artículo 73 Constitucional

Hasta el día de hoy, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), nunca ha previsto expresamente la figura del Notario Público dentro de sus disposiciones, y ahora con

¹ Profesor de Bienes y Derechos Reales, Contratos Civiles y Sucesiones en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

² Egresada de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

la primera se pretende hacer una regulación tanto de la actividad y función notarial como de sus principales características. Tal como lo establece el artículo 6 de la Constitución Política de la Ciudad de México³, la actividad y la función notarial se considerarían, en caso de aprobarse la reforma a la CPEUM, como una garantía o derecho humano de las personas elevado a rango Constitucional. Es mucha la trascendencia propuesta al notariado mexicano a nivel constitucional, como institución protegida en toda la República y con una visión de futuro integrada en concordancia con la Unión Internacional del Notariado, es decir, en caso de aprobarse marcará un antes y un después.

La intención de estas líneas analizar y desmenuzar esta propuesta de reforma con el propósito de conocer, por un lado, hasta dónde llegan sus auténticos alcances, y por el otro, desplegar el aspecto positivo —por llamarlo de alguna manera— de hasta dónde llegan dichos alcances, así como asimilar a donde no llegan esos alcances ya que podría considerarse como una invasión o intervención de la Federación a las facultades que hoy en día corresponden exclusivamente a las entidades federativas o gobiernos locales.

Por lo tanto, partiendo de la perspectiva de que se trata de una posible modificación legal de carácter relevante, rescataremos algunos puntos que sí pretende lograr la iniciativa de reforma al artículo 73 Constitucional y otros puntos que no pretende alcanzar, fundándonos e incluso interpretando el texto de la propuesta de reforma, iniciando desde su introducción, su exposición de motivos, el texto constitucional sugerido y sus artículos transitorios⁴. La reforma pretende lograr:

1. Profesionalización de los Notarios Públicos, reconociéndoles su calidad con todos los atributos del notariado latino, como un perito del derecho independiente, formal y materialmente investido de fe pública por el Estado.

2. Establecer los principios y bases generales que armonicen y homologuen la organización, el funcionamiento y el

³ Artículo 6.- 3. Toda persona tiene derecho al servicio notarial y a la inscripción registral de bienes y actos jurídicos de forma accesible y asequible.

⁴ También agregamos algunos puntos y opiniones obtenidas de las diversas pláticas y conferencias relativas a este tema, llevadas a cabo en el Décimo Segundo Seminario de Actualización Fiscal y Legislativa, Notario Miguel Ángel Fernández Alexander; en el Curso de Actualización Notarial 2019; así como en el Decálogo de Compromisos para el Notariado de la entonces coalición “Juntos Haremos Historia”, presentados en el marco de la CXIX Jornada Nacional del Notariado Mexicano, celebrada en Acapulco, Guerrero.

acceso en aspectos específicos de la función notarial dentro de las entidades federativas.

3. Otorgar facultades al Congreso de la Unión para expedir una o varias leyes generales que regulen solo determinados aspectos de la actividad y función notarial.

4. Fortalecimiento en el ejercicio de la función notarial en cuanto a su autonomía e independencia, para ser considerado como un auxiliar de la administración de justicia, entre otros, en asuntos de jurisdicción voluntaria y en otros donde no exista conflicto entre las partes, promoviéndolo como mediador de conflicto en materia civil, familiar, de propiedad y societaria; incompatible con toda relación de sumisión ante particulares o ante el mismo Estado.

5. Ser ejercida solo por mexicanos por nacimiento que sean profesionales del derecho, en virtud de que la función notarial implica el ejercicio de la Fe Pública del Estado.

6. Definir el número y ubicación de las Notarías Públicas tomando como parámetro criterios técnicos.

7. Desaparición de cualquier otra manera de ejercer un FIAT que no sea como Notario Público Titular, o sea, eliminar la regulación de los diferentes tipos, especies o calidades de Notarios Públicos distintos al titular, tales como adscritos, interinos, provisionales, suplentes, supernumerarios o cualquier otra denominación que las leyes locales contemplan.

8. Establecer el examen público de oposición, en su prueba teórica y práctica, como único medio de acceso a la función notarial en todo el país, con la intervención de los gobiernos locales, de los colegios notariales de cada entidad federativa y del Colegio Nacional del Notariado Mexicano.

En cambio, la reforma no pretende lograr:

1. Transgredir la soberanía de los Estados que componen a la República Mexicana.

2. Ni federalizar ni centralizar ni monopolizar la actividad o función notarial.

3. Mantener la discrecionalidad de los gobiernos locales en la designación de Notarios Públicos.

4. Otorgar facultades al Presidente de la República para el nombramiento de Notarios Públicos.

5. Establecer que el Notario Público es un agente económico, sino que de manera contundente plasmará que es un delegatario de la fe pública del Estado para brindar certeza y seguridad jurídica a los actos y hechos en los que intervenga.

6. Considerarlo como un adversario, por lo que se reformará la función de los notarios como baluartes de la seguridad jurídica en todos los ámbitos, considerando que en temas como el lavado de dinero son auxiliares del gobierno.

7. Otorgar facultades a otro tipo de fedatarios públicos, ya que toda la regularización territorial de inmuebles en el país será a través del notariado mexicano para otorgar certeza y seguridad jurídica al pueblo de México mediante sus escrituras públicas.

8. Eliminar el *Septiembre, Mes del Testamento*, porque se promoverán acciones de gobierno tendientes a que toda la población otorgue sus testamentos ante Notario Público, y además se implementará en toda la República la Jornada Notarial otorgando beneficios fiscales, facilidades administrativas, en materia inmobiliaria.

II] Estructura del presente artículo

La estructura del presente artículo consistirá en conocer dónde nace esta propuesta de iniciativa de reforma; qué indica el texto propuesto para esta nueva fracción del artículo 73 de la Constitución; qué establece exactamente dicha iniciativa de reforma; se resaltarán algunos aspectos significativos de su exposición de motivos; qué señalan los artículos transitorios más importantes y, por último, su estatus actual dentro del Congreso de la Unión y algunas conclusiones.

Lo anterior debido a que la exposición de motivos es una forma de conocer el sentido, alcance e intención que pretende conseguir la modificación al artículo de la Ley Suprema en cuestión. Es de conocimiento público que habitualmente los artículos transitorios del texto constitucional han sido mucho más extensos que antes, ya que es evidente que la Constitución no puede contemplar ni todo el texto ni toda la regulación que se quisiera. Toda Carta Magna debe contener una regulación breve, específica, concreta y concisa. En una práctica legislativa utilizada reiteradamente las reformas a la Constitución se hacen mediante la inclusión de los artículos transitorios, mismos que fijan los límites y alcances de ese texto constitucional.

Es por ello por lo que tratándose de la referida propuesta de reforma al artículo 73 Constitucional, se le dedicará una parte substancial del presente trabajo al estudio de sus artículos transitorios, ya que el texto constitucional difícilmente podría ser más extenso.

Nos adelantaremos diciendo que en dicha iniciativa de reforma se propone únicamente adicionar la fracción 29 BIS, denominándosele de esta manera porque ya prevé las fracciones de la letra A (XXIX-A) a la letra Z (XXIX-Z). Esto es porque el legislador no puede abarcar más espacio de la Ley Suprema específicamente en este tema, sino que solo debe plasmar en unos cuantos renglones, los principios fundamentales de la iniciativa de reforma objeto y en última instancia, en los artículos transitorios se establecerán detalladamente los límites de esa propuesta, así como la fecha en que entrarían en vigor las modificaciones que la misma iniciativa está planteando.

Solamente para efectos de que el lector comprenda con más detalle este estudio, fragmentos de este corresponden tal cual al contenido de la iniciativa y de la exposición de motivos del texto constitucional.

III] Origen de la iniciativa y su texto

Para situarnos en el contexto es importante recordar que en la CXIX Jornada Nacional del Notariado Mexicano, celebrada en Acapulco, Guerrero, en el año 2018, por primera vez este tema se hizo del conocimiento público y se trató de manera oficial por el actual Presidente de la República, Andrés Manuel López Obrador, en ese entonces invitado como candidato presidencial, quien junto con la entonces Senadora, actual Secretaria de Gobernación, Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila⁵, expresaron varios puntos acerca del tema notarial y del entorno a lo que se dedica este gremio, siendo el principal punto de la propuesta de reforma constitucional.

Así pues, el Proyecto de Decreto por el que se adiciona una fracción XXIX-BIS al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quedaría como sigue:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

I. a XXIX – Z [...]

XXIX-BIS.- Para expedir leyes generales que establezcan los principios y bases que armonicen y homologuen la organización y funcionamiento, en las Entidades Federativas, de la función notarial como una garantía institucional que invariablemente será

⁵ La primera mujer en ser designada como Notario Público en la Ciudad de México en el año de 1984.

desempeñada por mexicanos por nacimiento⁶, profesionales del Derecho, imparciales e independientes económica y jerárquicamente del poder público, estableciendo como único medio de acceso a dicha función los exámenes públicos de aspirante y oposición.

IV] ¿Qué establece la iniciativa?

A manera de introducción y para entender en dónde nos encontramos situados desde el punto de vista constitucional, es fundamental tener en mente dos artículos de la Constitución, el 73 y el 124, que pensamos son el eje entorno al cual gira dicha propuesta de reforma. El artículo 73 regula las facultades del Congreso de la Unión, desde dos ámbitos, tanto en materia legislativa —que es la que nos interesa para estos efectos—, como en otras materias; mientras que el artículo 124 instaura el llamado *sistema residual de distribución competencias*, o sea, se refiere a que todas aquellas facultades que no estén expresamente reguladas en el artículo 73, se interpreta que son facultades que corresponde regular a cada una de las entidades federativas. Tal como menciona Miguel Carbonell⁷, se establece a favor de los

⁶ En el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en aquellos tiempos, cuando distintos negociadores —entre ellos algunos vinculados con la función notarial— estaban discutiendo la redacción de dicho TLCAN, y en el rubro específico de los fedatarios públicos, se consiguió plasmar una reserva relativa al comercio transfronterizo de servicios. Es precisamente en este supuesto donde embona la actividad notarial, y lo trascendente es que esa reserva relativa al comercio transfronterizo de servicios, carece de un plazo de desgravación a diferencia de otras en las cuales sí se fijaron plazos específicos; ello con la finalidad de otorgar salvaguardas temporales a ciertos sectores, fabricantes, distribuidores, prestadores, áreas, industrias y/o actividades, para que poco a poco se modernizaran y luego entonces estuvieran en las condiciones óptimas para rivalizar contra la competencia internacional.

Esto viene a colación porque el nuevo tratado internacional que reemplazará al TLCAN, el cual ha sido bautizado de varias formas no contempla la multicitada reserva relativa al comercio transfronterizo de servicios, razón por la cual nos parece de extrema importancia que la iniciativa de reforma al artículo 73 Constitucional propuesta, exprese concretamente que la actividad notarial debe de ser ejercida solo por mexicanos por nacimiento. De esa forma, sustituiría esa reserva relativa al comercio transfronterizo de servicios plasmada actualmente en el TLCAN, pero no en el nuevo tratado internacional que lo sustituirá, cuya consecuencia es conservar esa restricción beneficiando a los mexicanos por nacimiento para todos los efectos legales a que haya lugar.

⁷ CARBONELL, Miguel, *El Estado Federal en la Constitución Mexicana: Una Introducción a su Problemática*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, No. 91, UNAM, México, 1998,

Estados de la República una competencia residual, teóricamente muy amplia, esto es, a través de dicho *sistema residual de distribución de competencias*, se podría decir que los Estados cuentan con un radio de acción muy amplio.

La doctrina constitucional considera a estos dos artículos como ejes cardinales en torno a los cuales se rige o gira el sistema constitucional federal, esto es, de su texto se despliegan la mayoría de las competencias —porque hay otras competencias reguladas en el resto del texto constitucional— que posee el Poder Federal tanto en el ámbito administrativo como en el legislativo. Esta es la razón de que el artículo 73 sea el que se pretende variar con una nueva fracción XXIX-BIS.

Desde la perspectiva constitucional, existen en términos generales, tres grandes tipos de facultades, las denominadas *facultades explícitas*, aquellas que de forma textual y de manera limitativa, son previstas expresamente en ese artículo, así como en otros de la Constitución. El artículo 124 Constitucional parte del supuesto relativo a que las facultades de la Federación son enumeradas, es decir, solo pueden actuar en lo que les ha sido delegado expresamente. En segundo lugar, existen *facultades implícitas* conforme a la fracción 31 del citado artículo, para expedir todas las leyes que sean necesarias con la finalidad de hacer efectivas las facultades reguladas en esa fracción, así como todas las demás concedidas por la Ley Suprema a los Poderes de la Unión. Incluso, se ha llegado a afirmar que las facultades explícitas son necesarias para el ejercicio de una facultad implícita. Sin embargo, estas últimas, por momentos han resultado debatibles, ya que como habitualmente ocurre con la última de las fracciones de ciertos artículos, son consideradas como una especie de válvula de escape, que concede a su vez facultades dudosas respecto de la posibilidad de que se legisle en una materia determinada. Finalmente existen las *facultades concurrentes*⁸ (cuyo origen se encuentra en los Estados Unidos de América) refiriéndonos a que en la misma Constitución, de forma expresa, hay materias en las que tanto el Congreso de la Unión en conjunto con cada una de las legislaturas locales, pueden legislar,

disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3526/4203>

⁸ Existen diversos ejemplos como: Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano vs. Ley General de Asentamientos Humanos del Estado de Jalisco; Ley General de Cultura Física y Deporte vs. Ley de Cultura Física y Deporte para el Estado de Jalisco; Ley General de Educación vs. Ley de Educación del Estado de Jalisco; entre otras.

pretendiéndose que sea de forma armónica, de modo que, la distribución de las citadas competencias se instrumente mediante la ley general federal correspondiente, que regulan exactamente las mismas, asignando cuáles son las competencias de la Federación y cuáles son las competencias de los Estados⁹.

No cabe duda de que esta iniciativa de reforma no cae en el supuesto de las facultades implícitas, es decir, no se pretende que el Congreso de la Unión tenga facultades implícitas para legislar en determinados temas de carácter notarial. Desde luego que actualmente tampoco es una facultad explícita, sino que es evidente que se trata de una competencia local regulada por cada una de las entidades federativas del país. En otras palabras, fundamentándonos en los actuales textos de los artículos 73 y 124 constitucionales podríamos suponer que el Congreso de la Unión tuviera hoy en día algún tipo de prerrogativa para legislar en la materia notarial, porque este orden constitucional atañe, con fundamento en el descrito *sistema residual de competencias*, únicamente a las legislaturas de los Estados. Es por ello por lo que José Ma. Serna de la Garza¹⁰ afirma que la matriz del esquema sigue siendo el artículo 124 constitucional y su reserva residual en favor de las entidades federativas. Por lo tanto, insistimos que esa iniciativa de reforma no pretende *colgarse* de las facultades implícitas, sino que, por el contrario, la teleología de esta es volverse una facultad concurrente.

Un punto destacable es que esta propuesta de reforma se fundamente en dichas facultades concurrentes. Consecuentemente desde la perspectiva doctrinal, la intención del legislador es instituir una nueva facultad concurrente en materia del notariado. Además, prevé que en esa materia notarial se incluya la regulación únicamente de facultades legislativas federales —pero no facultades administrativas—, mientras que en el ámbito local regula tanto facultades legislativas como administrativas. Ahondando en lo anterior, las facultades que se pretenden agregar al texto de la Constitución autorizan a las entidades federativas en temas regulatorios en materia legislativa y en materia administrativa, por lo que se continuó con la tradición relativa a que será responsabilidad de cada Estado la aplicación de las respectivas leyes notariales.

⁹ ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, Oxford, Cuarta Edición, pp. 145-150.

¹⁰ SERNA DE LA GARZA, José María, *Federalismo y sistemas de distribución de competencias legislativas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1088/17.pdf>

V] Aspectos significativos de la exposición de motivos de la iniciativa

1. Importancia y trascendencia

Iniciando con el relativo a apreciar la importancia y la trascendencia del valor de la función y actuación notarial expresándolo en los siguientes términos:

Valorar la trascendencia de tal función resulta a la vez simple en tanto se evidencia la carga que implica actuar con el otorgamiento de un poder jurídico con efectos de fe haciencia, como complejo, en tanto es amplio el conjunto de disposiciones que en el Derecho Mexicano se ocupan a los notarios [...]

Luego hace un reconocimiento a la función notarial, estableciendo que:

La presente iniciativa propone adicionar la fracción XXIX-BIS, al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que el Congreso de la Unión esté facultado expedir leyes generales que establezcan los principios y bases que armonicen y homologuen la organización y funcionamiento, en las Entidades Federativas, de la función notarial, reconociéndola como una garantía institucional al servicio del bien y de la seguridad jurídica [...]

Ahí se reflejan los beneficios de tener un cuerpo normativo que vigile la actividad, función y práctica notarial como una institución, que esté en concordancia con los principios éticos y jurídicos, siempre teniendo en la mira el objetivo de otorgar certeza y legalidad a los actos y hechos jurídicos en los intervenga.

2. Los seis objetivos de la reforma

En seguida se pretende conocer cuáles son los 6 objetivos de la iniciativa de reforma. Algunos de estos 6 objetivos se explican por sí mismos por lo que no merecen comentario alguno, mientras que en otros se expresarán algunas ideas que consideramos aplicables, teniendo siempre en mente que tratamos estructurar esta investigación lo más pedagógica posible:

1°.- Fortalecer las facultades de las legislaturas locales en materia notarial, homologando los requisitos y procedimientos para la

designación de notarios, así como definir el número y ubicación de las notarías en base a criterios estrictamente técnicos, precisando que únicamente habrá en lo sucesivo notarios titulares, terminando con la regulación de diversos tipos de notarios como son los adscritos, interinos, provisionales, suplentes, supernumerarios y cualquier otra denominación que las leyes locales contemplen.

En cuanto al punto de la designación de notarios, no es objeto de estudio los diversos sistemas de acceso al notariado que han existido a lo largo de la historia, pero tal como sintetiza César Eduardo Agraz, básicamente han existido 5: *venta de notarías, nombramiento político, nombramiento por título profesional, sistema de adscritos y sistema de oposición*¹¹.

De la misma manera, hoy en día los congresos estatales, al expedir las leyes, reglamentos y demás normatividad y ordenamientos notariales, lo hacen en función a su tradición jurídica y por lo tanto entre en cada una de las entidades federativas no existe una plena homogeneidad al regular las formas y métodos de acceso a la función notarial, así como tampoco en la regulación de los distintos tipos, clases o calidades de Notarios Públicos. Esto induce en algunos supuestos a una separación de los principios básicos de la función notarial, demeritando el acceso a ella, así como su desempeño.

Por lo tanto, a pesar de que consideramos que este es uno de los objetivos principales de la iniciativa de reforma, no establece cómo se llevará a cabo lo planteado en el texto, por lo que deberá ser previsto por la ley general o ley marco correspondiente que al efecto sea expedida. En ella se deberá plasmar puntualmente en cuáles materias se encuentra facultada la Federación para legislar y cuáles materias no, quedando en este caso como facultad de la autoridad local. Para efectos de comprensión a lo largo del presente, en lo sucesivo denominaremos a esta ley general o ley marco correspondiente como *Ley General del Notariado*.

Entonces como una primera aproximación, queda claro que esos son puntos que la Federación está exigiendo legislar, para homologarlos en toda la República. Necesariamente uniformará temas que son fundamentales para la función notarial, como los requisitos y los procedimientos para la designación de Notarios

¹¹ AGRAZ, César Eduardo, *El Derecho Notarial en Jalisco*, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 91.

Públicos, que actualmente son regulados libremente por cada una de las leyes locales.

No hay lugar a dudas que la intensión primordial de esta iniciativa de reforma es la homologación de estos procedimientos, trámites, requisitos, etc., pero a nivel nacional. Igualmente se incluye el tema de cuáles son los mecanismos para fijar no solo el número sino también la ubicación de las Notarías Públicas, lo cual en este momento lo regula cada entidad federativa en sus respectivas leyes del notariado, normalmente estableciendo criterios objetivos, aunque en ocasiones no existan en dichas leyes estos criterios en cuanto al establecimiento del número de Notarios Públicos, así como de su ubicación.

Así mismo, subrayamos que la palabra clave en cuanto a estos criterios es que deben ser *técnicos*. El legislador contempló fijar criterios técnicos para los efectos antes descritos, en virtud de que hoy en día existen una infinidad de estudios que determinan con mucha exactitud o cuando menos con la mayor puntualidad posible, cuál es el número adecuado de Notarios Públicos en un lugar específico, dejando de lado el parámetro relativo al número de pobladores en una determinada zona, que es el sistema más aplicado en la mayoría de las legislaciones notariales¹². Este sistema lo podemos considerar como anacrónico porque se basa solamente en la necesidad de nombrar un Notario Público por cada determinado número de habitantes, lo cual evidentemente no puede ser considerado como un procedimiento estrictamente técnico. Se trata de un hecho irrefutable que con la globalización en realidad es irrelevante el número de habitantes para estos efectos, lo que verdaderamente trasciende son las necesidades notariales que en efecto tiene ese número de pobladores, esto es, puede suceder que en un determinado lugar exista una gran concentración de personas, pero habría que analizar hasta dónde ese volumen de población sería significativo para efectos notariales, por ejemplo, si fueran en su mayoría menores de edad, y estos habitualmente no necesitan servicios de fe pública.

Consideramos se podría aplicar otro criterio más técnico basándose preponderantemente en la actividad económica de una zona determinada, o sea, en el auténtico requerimiento de los servicios notariales para fijar el número y ubicación de las notarías. La iniciativa de reforma claramente pretende eliminar la discrecionalidad en la designación de Notarios Públicos porque en

¹² Artículo 29 de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco, publicada el 26 de septiembre de 2006.

algunas ocasiones ha estado contaminada con la injerencia de los gobernadores construyendo así un notariado más sólido a nivel nacional, así como evitando excesos cometidos por algunos titulares del ejecutivo estatal.

La generalidad es que aún y cuando la mayoría de la normatividad notarial de los Estados prevé expresamente la aplicación de uno o varios exámenes como único medio de acceso a la función notarial (aunque hay que no tiene reglamentado el examen de oposición para la obtención de la titularidad de una Notaría Pública), también es una realidad que en un buen número de entidades federativas se otorgan facultades *discrecionales* al titular del poder ejecutivo local para designar notarios. Es decir, dependiendo de cada Estado del país, habrá algunos que fijen requisitos rígidos para acceder a la función notarial, que específicamente contemplen como único medio de acceso el examen. Pero en los últimos años se han hecho públicos casos en los cuales hubo intervención directa o indirecta del gobernador correspondiente, lo cual oscurece la transparencia e imparcialidad de la examinación de los nuevos Notarios Públicos. Dicho lo anterior el primero de los objetivos establece:

2°.- Unificar los procedimientos y métodos a nivel nacional para el acceso a la función notarial, teniendo como criterio principal para la selección: La preparación, experiencia y honorabilidad de los sustentantes. Estableciendo como medio único el examen público de oposición con la intervención de los gobiernos locales, de los colegios notariales de cada entidad y del Colegio Nacional del Notariado Mexicano, estableciendo el número de sinodales y el procedimiento para la designación de cada uno de ellos. Al establecer como único e inexcusable medio de acceso a la función notarial el examen público de oposición llevado a cabo por los gobiernos locales, en coordinación con los colegios notariales de cada entidad y del Colegio Nacional del Notariado Mexicano, se busca garantizar la debida profesionalización del notariado, para seguridad de los usuarios del servicio.

Con el propósito de garantizar la debida profesionalización del notariado mexicano, así como la seguridad jurídica de los usuarios del servicio notarial, el segundo objetivo comienza rescatando la preparación, la experiencia y la honorabilidad como aquellos parámetros cardinales sobre los cuales se basará la selección de Notarios Públicos, ya que la fe pública del Estado debe dejarse en las manos de los profesionistas más aptos.

A pesar de que este objetivo viene en un segundo lugar dentro del listado y parece ser complemento del anterior, reflexionemos que no obstante su ubicación, a esto es a lo que se reduce la iniciativa de reforma al artículo 73 Constitucional, porque luego de plantear al inicio *la homologación de los requisitos y procedimientos para la designación de Notarios*, la cuestión natural que surge es preguntarnos cuáles son estos mecanismos, siendo la respuesta: los exámenes públicos de oposición.

Tal como mencionan Juan José Pastrana Ancona y Jesús Torres Gómez, el legislador capitalino, al implantar forzosamente a partir del año 1946 el examen público de oposición para acceder al ejercicio de la función notarial en la Ciudad de México, garantizó a los usuarios del servicio, calidad y eficiencia en la resolución de sus problemas aplicando el Notario Público sus conocimientos jurídicos¹³.

Derivado de lo anterior, en la iniciativa de reforma, dichos exámenes públicos de oposición se reglamentan como único medio de acceso a la función notarial pero ahora en toda la República, dejando de lado los anteriores 5 sistemas que brevemente hemos mencionado, de tal forma que la Ley General del Notariado que al efecto se expedirá como legislación secundaria, establezca cómo se deben de aplicar esos exámenes públicos de oposición. La finalidad de los referidos exámenes es buscar la profesionalización de los Notarios Públicos de todo el país, a través de una selección que sea transparente, pero a la vez rigurosa, en donde la experiencia, capacidad, estudio, práctica, conocimiento y aptitud sean los atributos que constituyan al notariado mexicano. Seguramente la Ley General cubrirá los posibles vacíos con la expedición de su respectiva Ley Reglamentaria, por ser una herramienta significativa para los efectos del principio de mejora regulatoria.

Ya mencionábamos al inicio de este trabajo sobre la supuesta invasión o intervención de la Federación a las facultades que hoy en día corresponden exclusivamente a las entidades federativas. Sin embargo, llegados a este punto, podemos afirmar que no hay como tal una desaparición de dichas facultades locales en materia de notariado. La propuesta de reforma visiblemente

¹³ PASTRANA ANCONA, Juan José y Torres Gómez, Jesús, *Examen de aspirante y de oposición para el ejercicio de la función notarial en el Distrito Federal*, Revista de Derecho Notarial Mexicano, No. 113, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1999, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dernotmx/cont/113/est/est5.pdf>

expresa que la intención del legislador federal es crear una Ley General del Notariado que, en primer lugar, homologue los requisitos y procedimientos para que la forma de acceso al notariado sea la antes indicada; y en segundo lugar, establezca que las leyes locales seguirán vigentes, solo teniéndose que adecuar a las reformas que indique la misma Ley General del Notariado que al efecto se expida, pero en lo demás deberán quedar tal cual como están hoy en día.

Ahora bien, las materias sobre las cuales las leyes notariales locales se tendrán que adecuar a la Ley General del Notariado, están previstas en la propia reforma constitucional. Estas materias versarán no solo en el punto relativo al *único medio de acceso a la función notarial*, sino que prevé de forma expresa y limitativa, algunos otros temas sobre los cuales deberá de tratar dicha Ley General del Notariado. Es decir, la reforma constitucional contempla que esos temas sobre los cuales tratará la Ley General del Notariado (que establece la distribución de competencias entre la Federación y los estados) únicamente podrá regular sobre un listado que se analizará más adelante.

Hay otros puntos que la referida Ley General del Notariado correspondiente contemplará, tal como el respeto a las facultades estatales en materia legislativa y administrativa, las cuales continúan teniendo un carácter evidentemente local. Ni del texto que constitucionalmente se propone reformar ni de sus artículos transitorios, se desprende la intención de otorgar facultades administrativas a la Federación en materia notarial.

Otro aspecto importante es que continúa con la usanza de la participación estatal tanto de los gobiernos como de los Colegios Notariales, agregando ahora la intervención del Colegio Nacional del Notariado Mexicano, en donde ya la Ley General del Notariado respectiva regulará, como establece el texto de esta exposición de motivos, los procedimientos de los exámenes públicos de oposición.

3°.- Promover y desarrollar la dimensión social de la actividad notarial, garantizando que toda la población tenga acceso a un servicio notarial de calidad, privilegiando en todo caso la atención de grupos vulnerables.

En el artículo 41 de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco, ya se contempla como una obligación del Notario Público, el prestar servicio social en el ejercicio de sus funciones.

Los notarios deben contar con las características necesarias para su prudente ejercicio, tales como ser imparciales, tener libertad, estar calificados, ser autónomos, pertenecer a un gremio o colegio específico, tener independencia, entre otros. Agregamos la solemnidad como otra característica en determinados instrumentos notariales, como el testamento público abierto, el cual es un claro ejemplo de la labor social materializada en el programa denominado *Septiembre, Mes del Testamento*. Esta campaña fue creada desde hace varios años con la finalidad de promover la cultura testamentaria en cada región de la República, es decir, está enfocada a favorecer la creación de una cultura preventiva. Consiste en que en el mes de septiembre de cada año (aunque a veces por la cantidad de trabajo se extiende a octubre), se ofrece un descuento en los honorarios notariales e incluso una reducción en algunos derechos e impuestos que genera el otorgamiento del testamento público abierto. Se trata de una iniciativa que involucra a la Secretaría de Gobernación, a los gobiernos estatales y a todo el Notariado Mexicano.

4°.- Reconocer que el notariado nacional, forma parte del sistema de notariado de tipo latino, basado en los principios regulatorios e interpretativos de la función y documentación notarial, siguientes: a. Imparcialidad... b. Autonomía... c. Independencia... d. Colegiación... e. Auxiliar de la Justicia... f. Profesional... g. Examen de Oposición... h. Libertad... i. Rogación... j. Fe pública instrumental... k. Buena fe... l. Legalidad... m. Matricidad... n. Seguridad jurídica y valor probatorio...

Contrariamente a la posible influencia del derecho anglosajón practicado por algunos de nuestros países vecinos, en este cuarto punto se hace un posicionamiento realmente trascendental y significativo ante algunas doctrinas que se han intentado filtrar en nuestro sistema notarial.

Explícitamente dentro de los objetivos de la exposición de motivos, se establece que el Notariado Mexicano es parte del sistema del notariado del tipo *latino*, fundado en los 14 principios universalmente aceptados que ahí mismo se describen, los cuales tienen gran trascendencia y valor, y también están reconocidos por la mayoría de la doctrina notarial tanto nacional como extranjera, así como por las leyes notariales locales, por la misma Unión Internacional del Notariado, etc.

Estos 14 principios del notariado de tipo *latino* no están regulados como tal en el texto constitucional propuesto, o sea, el

texto constitucional no reconoce que el Notariado Mexicano es un notariado de tipo latino, sino que es su exposición de motivos la que, además de confirmar que efectivamente es un notariado de clase *latina*, agrega que precisamente por ser un notariado de este tipo, sus características son esas que desglosa en 14 numerales.

Desde hace muchos años el notariado mexicano se ha mantenido firme en preservar su esencia de tipo latino, evitando que esta sea alterada. Es decir, han existido intentos de que esta sea influenciada por diversos sistemas jurídicos notariales (que son muy simples o básicos, especialmente por el anglosajón y por otros tipos de notariados), y con ello se consiga una asimilación a la esencia de esos sistemas jurídicos notariales, que se alejan del notariado *latino*.

Un ejemplo de cómo el notariado mexicano se impuso sobre el resto de los sistemas lo que explica Diego Robles Farías¹⁴ en relación con los seis modelos de poderes formulados conforme al *Uniform North American Powers of Attorney*. El doctrinario relata que, al Licenciado Octavio Rivera Faber, Notario Público número 73 de Mazatlán, Sinaloa, en su momento se le encargó la tarea de elaborar modelos de poderes con los mínimos requisitos de validez para que tuviesen efectos jurídicos tanto en México como en el correlativo sistema civil de Canadá. Además, la aplicación práctica de esos poderes fue coordinada junto con los abogados Leslie McCarthy, Ted Barassi y Anna Torriente, quienes junto con la Sección de Ciencia y Tecnología de la *American Bar Association*, así como con base en los textos proporcionados por *Union Internationale du Notariat Latin* y por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C.

Insistimos finalmente que todo lo anterior solamente quedó previsto en la exposición de motivos y en los artículos transitorios, y no como tal en el mismo texto sugerido de la Ley Suprema, en cuanto a que regule que nuestro país posee un sistema de notariado de tipo latino.

5°.- Generar a través de leyes generales que expida el Congreso, a partir de la forma aquí propuesta, una regulación local uniforme, clara, transparente y moderna de distintos aspectos de la función notarial como son: la regulación del notariado como garantía institucional, establecer los principios regulatorios e interpretativos de la función y documentación notarial, señalar las garantías sociales, delimitar la función misma y al notariado,

¹⁴ ROBLES FARÍAS, Diego, *La Inversión Extranjera en México*, Editorial Tirant Lo Blanch, México, 2016, p. 252.

definir al notario como profesional del derecho investido de fe pública por el estado, señalar al examen público de oposición como el único medio de acceso a la función y señalar los requisitos y procedimientos para desahogar los exámenes de aspirante y oposición, regular los elementos notariales como el sello de autorizar y el protocolo y su reproducción y certificación, establecer los efectos, valor probatorio y ejecutivo, así como la protección del instrumento público notarial, fijar la posibilidad de la permuta, suplencia y asociación notarial, así como la regulación de la separación, suspensión, terminación y cesación de la función y su vigilancia por la autoridades locales, estableciendo las instituciones de apoyo y colegiación.

En el presente objetivo se busca la transparencia dentro de la función notarial, sujeta, entre otros, a mecanismos de fiscalización, con lo que además de proteger el tema social. Los Notarios Públicos se encontrarán más resguardados y menos expuestos a la comisión de irregularidades.

Al mismo tiempo en este objetivo contempla a la función notarial como una garantía institucional, por lo que los notarios podrán obtener los beneficios de esa garantía institucional. Incluso la Ley del Notariado para la Ciudad de México, dentro de su Título I, denomina a su Capítulo I como El Notariado como Garantía Institucional, que vendría a ser aquella protección que preserva a una institución no solo de su destrucción, sino de su desnaturalización, al prohibir vulnerar su imagen maestra.

Otro punto recalable es el relativo a la expedición de *leyes generales*, ya que el legislador lo plasmó en plural. Sin embargo, podemos interpretar que ello no tiene ni coherencia ni practicidad, tomando en cuenta que esas leyes generales no tendrían tanta materia que regular, es decir, no hay necesidad de expedir varias leyes cuando en una sola se puede contemplar todo lo conducente al tema notarial. Incluso podría generar cierta incertidumbre el hecho de tener diversas leyes que regulen contenidos notariales (incluso similares) pero de forma distinta o de forma parcial y sea necesario integrarlas armónicamente.

6°.- Precisar que conforme a la naturaleza de la función pública que desempeñan, los notarios no son agentes económicos [...]

Para situarnos en el contexto relativo a considerar a los Notarios Públicos como agentes económicos, es necesario hacer hincapié en la extensa historia de defensa que tiene el notariado mexicano en contra de la Comisión Federal de Competencia

Económica (COFECE), en la cual el resultado siempre ha favorecido al primero, ya que se le ha concedido la razón, según se detallará a continuación.

Francisco González de Cossío¹⁵ expone que en los años noventa, todo inició con un asunto relativo a la presentación de una denuncia de los Corredores Públicos del entonces Distrito Federal en contra del Colegio de Notarios Públicos. La COFECE resolvió que en efecto existieron prácticas monopólicas absolutas en su especie de división horizontal de mercados, y consecuentemente, multó a algunos Notarios Públicos, así como al Colegio. La resolución fue recurrida vía amparo, por lo que el juez de distrito otorgó el amparo al considerar que la definición de agente económico contenida en la entonces Ley Federal de Competencia Económica de 1992, iba va más allá del artículo 28 Constitucional. Finalmente, la sentencia subió hasta la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante un amparo en revisión, la cual confirmó y amparó.

Por la misma naturaleza de la función notarial, está perfectamente claro que este fedatario no es un agente económico, como insistentemente ha intentado catalogarlo la COFECE. Esto parte de un criterio erróneo al concluir que la actividad notarial es monopólica simplemente por la fijación de sus honorarios notariales a través de aranceles que se publican anualmente. Además, se agrega la equivocada comparativa con el Notario Público anglosajón, el cual no tiene muchos requisitos para la obtención de su nombramiento, ya que se lleva a cabo mediante una autorización temporal que se le puede conferir casi a cualquier persona que sepa leer y escribir, limitándose su actuar a ser un simple certificador sin atender al contenido o al fondo. Por otro lado, el Notario Público del sistema latino, que es al que pertenece el notariado mexicano, no solo puede ratificar o certificar las firmas, sino además interviene y revisa el contenido del acto o hecho, como un asesor imparcial de las partes que solicitan sus servicios.

Al respecto de esta controversia, en unos breves renglones se menciona en este sexto y último objetivo dentro de la exposición de motivos de la propuesta reforma constitucional analizada, que los Notarios Públicos no son agentes económicos.

¹⁵ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *¿Es lo "económico" lo mismo que lo "mercantil"?* Comentario sobre la definición de "agente económico" de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2005, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/arsiu/cont/33/efo/efo13.pdf>

Aquello tiene como finalidad otorgar tranquilidad, seguridad y fuerza en contra de ciertas posturas que consideraron a estos fedatarios como agentes económicos. La consecuencia inmediata de esta errónea aproximación sería que los clasificaría con un carácter de monopolio.

Se recordará que la COFECE, como autoridad calificadora de prácticas monopólicas ha tenido ciertas consideraciones al respecto, ya que ha insistido —desde hace muchos años, pero más en los recientes— que los Notarios Públicos son agentes económicos, lo cual tiene secuelas que transgredirían la esencia de función notarial. Sin embargo, en el año 2002, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó lo contrario afirmando que no son agentes económicos, dejando sin efectos los criterios de la COFECE basados en la parte conducente de la entonces Ley Federal de Competencia Económica de 1992; pero en el año 2014 se expidió una nueva Ley Federal de Competencia Económica, que no tiene como tal una jurisprudencia aplicable.

Incluso la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en base a diversas quejas presentadas por Notarios Públicos de la capital de la República, expidió en el año 2018, la recomendación 60/2018 a la misma COFECE, por la violación de los derechos humanos en perjuicio del notariado, tomando en cuenta la emisión de opiniones que rebasan el ámbito de su competencia formal y material.

En última instancia y ya para terminar con los objetivos, precisamos que de acuerdo con la naturaleza de la función pública que despliegan los Notarios Públicos, estos no son agentes económicos y por lo tanto no caen en los supuestos de la Ley Federal de Competencia Económica.

3. Motivos de la reforma

En términos generales y como ha quedado puntualizado no hay una *federalización notarial* porque el Congreso de la Unión únicamente tendrá facultades para fijar tanto los principios y las bases que armonicen la actividad notarial, además de homologar su organización y funcionamiento, en cada una de las entidades federativas, a través de la Ley General del Notariado; y de ninguna manera se tiene la intención de suprimir las facultades de las legislaturas locales en materia de notariado, las cuales hasta ahora han sido su competencia exclusiva.

Como señalamos, los gobiernos estatales deberán adecuar sus legislaturas locales a esos principios y bases relativos a la función notarial, insistimos que solo lo harán en aquellas materias que expresamente estén contempladas en la referida exposición

de motivos de la iniciativa. Por lo tanto, esa Ley General del Notariado será una norma que únicamente podrá regular sobre lo que enuncia explícitamente dicha exposición de motivos.

Además de que la exposición de motivos así lo establece, para descartar cualquier tipo de incertidumbre, se adicionó un artículo transitorio que reitera claramente que la Ley General del Notariado solo puede regular puntos delimitados de la actividad cotidiana y función notarial que ya describimos, tales como los métodos de acceso, el número de notarios, ubicación de las notarías, supresión de tipos de notarios distintos al titular. Por prudencia, también es importante plasmar que la autorización o el FIAT notarial seguirán siendo otorgados por las entidades federativas de que se traten y no por el Presidente de la República para evitar una centralización o monopolización de la función notarial.

Todo lo anterior con la finalidad de generar uniformidad conforme lo siguiente:

Por lo anterior, esta iniciativa plantea con claridad el marco de actuación de dichas leyes generales para que los legisladores federales y las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México, conozcan con precisión las implicaciones de la misma y así establecer en el Dictamen que en su momento aprueben las Comisiones Dictaminadoras de ambas Cámaras las bases para impedir que el Congreso se extralimite más allá del mandato que se le está confiriendo expresamente [...]

En otras palabras, en el dictamen de aprobación emitido por las Comisiones Dictaminadoras tanto de la Cámara de Senadores como de la de Diputados, luego de que se apruebe la reforma al artículo 73 Constitucional, se deberá establecer que exclusivamente la Ley General del Notariado, regulará las materias señaladas de forma limitativa.

Al mismo tiempo, el propósito de que únicamente exista un Notario atendiendo en una Notaría Pública, las legislaturas estatales deberán eliminar los otros tipos o calidades de notarios distintos al de Notario Público Titular tales como adscritos, interinos, provisionales, supernumerarios, entre otros. No obstante, atendiendo a la irretroactividad en perjuicio de terceros, la exposición de motivos, así como los artículos transitorios dejan vigentes los nombramientos y características de la actuación de aquellos fedatarios que, a la fecha de entrada en vigor de esta adición, actúen con otro carácter distinto al de Titular.

Armonizado con lo anterior, continúa expresando que:

En este sentido, las leyes locales del notariado, al reformarse para adecuarse a las leyes generales que se expidan al amparo de la adición aquí propuesta otorgarán a los notarios no titulares que así lo deseen, el carácter de aspirantes a notario conforme al nuevo régimen. Igualmente, quienes a la fecha de entrada en vigor de la presente adición tengan el carácter de aspirante a notario, el mismo les será reconocido [...]

De este párrafo se derivan dos aspectos rescatables, a saber, los Notarios Públicos No Titulares así como los Aspirantes a Notario Público, que detallaremos en los siguientes renglones.

En relación con el primer aspecto, claramente establece que a los Notarios Públicos No Titulares (o sea con cualquier otra calidad que no sea la de Titular), se les reconocerá el carácter de aspirantes siempre y cuando así lo deseen, por lo que al final de cuentas no es una alteración automática, sino que será decisión de los primeros apearse o no a esta disposición.

En cuanto al segundo aspecto relativo a los Aspirantes a Notario Público, también se reconoció no solo a los Notarios Públicos como tales, sino a los Aspirantes, por lo que a partir de la entrada en vigor de la propuesta de reforma aquellos que tengan la calidad de aspirantes en los distintos Estados de la República, mantendrán su estatus por lo que podrán estar en condiciones de contender por una Notaría Pública.

Aunque ya se enunció al inicio del presente y nuevamente se destacó dentro de uno de los seis objetivos de esta iniciativa de reforma, ahora dentro de los motivos de la misma, se insiste que la Ley General del Notariado solo regulará algunos aspectos, los cuales serán específicos y también los medios de acceso, en estos términos:

Se reitera, la presente iniciativa, que, de ser aprobada por el Constituyente Permanente, no pretende sustituir ni absorber las facultades que sobre notariado tienen las Entidades Federativas... Se insiste nuevamente en que la propuesta sugerida, de ninguna manera significa federalizar la función notarial, por el contrario, la redacción planteada permite la expedición de un sustento jurídico que establezca las bases generales bajo las cuales las entidades federativas regularán algunos aspectos específicos de la actividad y el medio de acceso a la función notarial [...]

Los motivos terminan cerrando con lo siguiente:

Por lo anterior se considera que la iniciativa es respetuosa de la soberanía y de la autonomía de los estados y la Ciudad de México, ya que éstos últimos seguirán conservando a su favor las facultades con las que actualmente gozan en materia de notariado, en toda la parte relativa la supervisión, únicamente debiendo ajustar sus respectivas leyes a lo ordenado por las leyes generales que al efecto se expidan para regular aspectos específicos ya mencionados.

VI] Análisis de los artículos transitorios

Solamente se contemplan cinco artículos transitorios:

PRIMERO.- El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

En virtud de que no se plasmó una *vacatio legis* como tal, no abundaremos en este primer artículo transitorio ya que se explica por sí mismo.

SEGUNDO.- A partir de la entrada en vigor de la presente adición, los gobiernos de los Estados y de la Ciudad de México, se abstendrán de designar aspirantes a notario y notarios con fundamento en las respectivas leyes locales.

Este segundo artículo transitorio nos parece bastante delicado por varios razonamientos. Uno de ellos es que previo a la entrada en vigor de la adición, se deberá cuidar que los gobiernos locales no comiencen con el nombramiento masivo de Notarios Públicos como ha sucedido en diversas ocasiones. En otras palabras, es posible que luego de la presentación de la iniciativa de reforma objeto del presente documento, se asignen notarías de forma apresurada para adelantarse a la Ley General del Notariado, misma que restaría facultades al ejecutivo estatal.

Otro tema importante es que se deberá valorar el hecho de congelar por un tiempo la designación de estos fedatarios públicos en el país, ya que a pesar de la obligación que tiene el Congreso de la Unión de expedir la Ley General del Notariado en un plazo específico, la historia nos ha demostrado que en la mayoría de las ocasiones no sucede así o cuando se hace a marchas forzadas, no resulta con la mejor técnica legislativa y posteriormente debe modificarse.

TERCERO.- El Congreso de la Unión expedirá la ley o leyes generales que establezcan las bases a que se refiere la fracción XXIX-BIS del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se adiciona por virtud de este decreto, en un plazo que no excederá de seis meses siguientes a la fecha de su promulgación. En dicha ley o leyes, se deberá establecer que el único medio de acceso al notariado a nivel nacional será mediante examen público de oposición, convocado y celebrado por conducto de los gobiernos de las entidades federativas con la participación de los Colegios Notariales locales y del Colegio Nacional del Notariado Mexicano. Las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México contarán con un plazo de seis meses contados a partir de la entrada en vigor de esa ley o leyes generales para ajustar su legislación local a lo prevenido en las mismas. Al término del plazo indicado sin que las legislaturas hayan ajustado su legislación, se aplicarán las disposiciones contenidas en dicha ley o leyes generales para regular la función notarial en la Entidad Federativa de que se trate, derogándose las disposiciones locales que se opongan a lo prevenido en dicha ley o leyes generales.

Retomando lo plasmado al inicio de este documento, en el apartado II apuntamos que cualquier Constitución debe de ser una regulación breve, específica, concreta y concisa, dejando en la inserción de los artículos transitorios, la fijación de una forma más extensa y completa de los límites y alcances de ese texto constitucional.

Es claro que una vez que se haya aprobado la reforma, dicho supuesto se actualizará tal cual en este punto tercero, ya que, además de lo contemplado en la exposición de motivos analizada, es precisamente dentro un artículo transitorio y no como tal dentro del texto constitucional (el cual en efecto solo plasma que el único medio de acceso es a través del examen público de oposición), el que pormenoriza diversos aspectos tales como: el plazo de 6 meses para que el Congreso de la Unión expida la Ley General del Notariado; el contenido de esa Ley General del Notariado que al efecto se expida, que deberá regular aquellos principios así como toda la reglamentación de los citados exámenes públicos de oposición.

CUARTO.- La ley o leyes generales a que se sujetarán las Entidades Federativas para regular la función Notarial, deberá versar sobre la regulación del notariado como garantía institucional, establecer los principios regulatorios e interpretativos de la función y documentación notarial, señalar las

garantías sociales, delimitar la función misma y al notariado, definir al notario como profesional del derecho investido de fe pública por el Estado, señalar al examen público de oposición como el único medio de acceso a la función y señalar los requisitos y procedimientos para desahogar los exámenes de aspirante y oposición, regular los elementos notariales como el sello de autorizar y el protocolo y su reproducción y certificación, establecer los efectos, valor probatorio y ejecutivo, así como la protección del instrumento público notarial, fijar la posibilidad de la permuta, suplencia y asociación notarial, así como la regulación de la separación, suspensión, terminación y cesación de la función y su vigilancia por la autoridades locales, estableciendo las instituciones de apoyo y colegiación.

En virtud de lo dispuesto por este artículo cuarto transitorio, se tendrían que reformar varias disposiciones de las leyes notariales de cada entidad federativa, las cuales son muy concretas en temas tales el sello de autorizar¹⁶ (forma circular, diámetro y estampado); las características de los folios notariales¹⁷ (número de renglones, medidas y calidad del papel, etc.); la permuta notarial¹⁸, los métodos de acceso¹⁹, el número de Notarios Públicos²⁰, la ubicación de las notarías²¹, la supresión de tipos de notarios distintos al titular²², etc.

Existe doctrina pacífica en cuanto a que la mayoría coincide en considerar al Notario Público como un profesional en derecho, cuya actuación es independiente del resto.

La seguridad y certeza jurídica son los objetivos de la regulación *material* de los elementos físicos notariales que pretende esta iniciativa de reforma, los cuales día a día se utilizan en cualquier Notaría Pública. Su intención es homologarlos o uniformarlos en todo el país, de tal manera que sea, por ejemplo, un único modelo de sello de autorizar utilizado por todos los Notarios Públicos del país; que tengan las mismas características; los protocolos abiertos o cerrados, sus apéndices o libros de

¹⁶ Artículo 46 de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco.

¹⁷ Artículo 64 de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco.

¹⁸ Mientras que el artículo 154 de la Ley del Notariado de Jalisco establece como causal de revocación del nombramiento de Notario Público y la consecuente inhabilitación definitivamente para desempeñar dicho cargo al permutar su adscripción, el artículo 191 de la Ley del Notariado de la Ciudad de México la permite expresamente.

¹⁹ Artículos 8 al 27 de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco.

²⁰ Artículo 29 de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco.

²¹ Artículo 28 de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco.

²² Artículos noveno y décimo transitorios de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco.

documentos; que haya una sola forma de reproducción o certificación de documentos, entre otros. A la par en la Ley General del Notariado se pretende homologar o uniformar la presunción de validez de los actos e instrumentos públicos notariales en toda la República, sus efectos, valor probatorio y ejecutivo, así como la protección del mismo. En este sentido, tal como lo expresa el Licenciado César Eduardo Agraz, tanto la legislación adjetiva civil como mercantil, constatan que los instrumentos públicos, además de ser considerados en ciertos casos como títulos ejecutivos para promover el juicio correspondiente ante los tribunales respectivos, en principio están clasificados como documentos públicos que hacen prueba plena, salvo prueba en contrario, esto es, el derecho que tienen las partes para redargüirlos de falsos o en su caso de objetarlos en cuando a su nulidad, ya sea absoluta o relativa, dentro de la controversia judicial que puedan plantear dichas partes²³.

Este artículo cuarto transitorio lo podemos interpretar como un candado, ya que es el fundamento que concreta cuáles son exactamente las materias que la Ley General del Notariado deberá de regular para que los congresos locales estén en posibilidades de adecuar su respectiva legislación, en todas y cada una de las referidas materias que prevea la primera; y mientras que en el resto de las materias no reguladas ahí mismo, esos referidos congresos estatales tienen plena libertad y por lo tanto decidirán particularmente cómo normarlas, siguiendo los procedimientos que mejor determinen sus legisladores locales.

QUINTO.- Los notarios titulares, adscritos, interinos, provisionales, supernumerarios o cualquiera que sea el carácter que les otorgue las legislaciones notariales locales, continuarán actuando en los términos y con las facultades reconocidas por las leyes bajo las cuales se les otorgó el nombramiento con el que actúan. En este sentido, las leyes locales del notariado, al reformarse para adecuarse a la ley o leyes generales que se expidan al amparo de la adición aquí propuesta, otorgarán a los notarios no titulares que así lo soliciten dentro de un plazo de cinco años contados a partir de la entrada en vigor de la ley o leyes generales, el carácter de aspirantes a notario conforme al nuevo régimen. Igualmente, quienes a la fecha de entrada en vigor de la presente adición tengan el carácter de aspirante a notario, el mismo les será reconocido [...]

²³ AGRAZ, César Eduardo, *op. cit.*, p. 48.

El artículo quinto transitorio reitera varios puntos explicados anteriormente en el apartado de la exposición de motivos de la reforma constitucional, siendo uno de ellos el que reconoce formalmente que la Ley General del Notariado debe respetar las designaciones o nombramientos de los notarios titulares, adscritos, interinos, provisionales, supernumerarios o cualquiera que sea el carácter o denominación que les haya otorgado en las legislaciones notariales locales, así como el régimen jurídico bajo el cual hayan venido actuando desde esa fecha.

Otro punto reiterado por el artículo quinto transitorio es que por la estructuración de la iniciativa de reforma al artículo 73 Constitucional de ninguna forma tiene como objetivo desaparecer, derogar, abrogar, revocar, dejar sin efectos las designaciones o nombramientos de los notarios titulares, adscritos, interinos, provisionales, supernumerarios o cualquiera otra calidad con la que actúen, que tuvieren hecha en su favor con anterioridad.

Por otro lado, lo indiscutible es que en efecto tiene como finalidad reconocer el carácter o calidad con la que hoy en día desempeñen su actuación o función notarial diversos Notarios Públicos, incluido el carácter de aspirante.

Igualmente es innegable la opción de que en caso de que alguno de dichos Notarios Públicos No Titulares desee acceder a la titularidad de una Notaría Pública, tenga un plazo de 5 años —contados a partir de la entrada en vigor la Ley General del Notariado— para tomar la decisión relativa a ser o no considerados como aspirantes (o convertirse en ellos) en los términos de la Ley General del Notariado que al efecto se expida, y posteriormente sea evaluado en los exámenes públicos de oposición.

Ese plazo de cinco años no se refiere a que a pesar de que sí se respetan a las otras calidades de Notarios Públicos No Titulares, nada más será por cinco años y una vez transcurrido ese término, dejarán de ser considerados como tal, o sea, dejarán de ser fedatarios públicos. Más bien, podemos interpretar que después de esos años, tanto la reforma constitucional como la Ley General del Notariado presumirán que conservarán la calidad que ya tienen o con la que ya cuentan actualmente, o sea, se quedarán tal como están sin sufrir cambio alguno en su actividad y función notarial.

VII] Estatus de la iniciativa

La Licenciada Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila, entonces fungiendo como Senadora dentro del Congreso de la Unión, presentó el día 27 de noviembre del 2018, una iniciativa con proyecto de decreto, que como ya describimos consiste en adicionar la fracción XXIX-BIS al artículo 73 Constitucional.

La iniciativa de reforma fue turnada a tres comisiones de la misma Cámara de Senadores —la de Puntos Constitucionales, la de Gobernación y la de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Hacienda —, las cuales actúan como comisiones unidas.

¿Qué ha pasado con la iniciativa? A la fecha de elaboración del presente estudio, la iniciativa de reforma aún se encuentra en las citadas Comisiones en las cuales fue presentada, y continúa pues en estudio, en análisis, en su proceso legislativo; sin embargo, es posible que a la fecha de publicación de artículo, las condiciones de la propuesta de reforma hayan cambiado o incluso la misma ya haya sido incorporada al texto constitucional.

VIII] Conclusiones

La iniciativa de reforma en términos generales fue bien recibida por el gremio notarial, así como los distintos actores políticos y sociales, sin embargo, quedaron algunos aspectos que la ley secundaria deberá de contemplar tales como asegurar que únicamente los mejores puedan ocupar este cargo personalísimo con el perfil profesional, contando con su experiencia y el conocimiento necesario para garantizar a la población su seguridad patrimonial. Despresurizar el sistema judicial en virtud de su actuación como mediadores de conflictos y auxiliares en la administración de justicia; regular el uso o incorporación de nuevas tecnologías y medios electrónicos e informáticos, incluyendo el acceso no presencial (en línea) a modernos registros públicos, catastros y oficinas públicas vinculadas con la actividad notarial, con la intención de aligerar los trámites y bajar costos; implementar jornadas notariales permanentes, etcétera.

En nuestra opinión, esta deberá integrar las diversas leyes del notariado locales, sus usos y costumbres (dirigida a la armonización de las 33 leyes del Notariado existentes), para que el notariado mexicano no deba homologarse exclusivamente al de la Ciudad de México. De alguna manera, esa Ley General del

Notariado deberá tropicalizarse para incluir todas o la gran mayoría de aspectos particulares de la normatividad vigente, pero actualizándola a los requerimientos de la globalización, de la tecnología, etc. La ventaja es que la mayoría de las leyes notariales coinciden en las partes substanciales, pero difieren en cuanto a formas y procedimientos, incluidos la designación de notarios, la compatibilidad o incompatibilidad de la función notarial con el litigio, las facultades para intervenir como mediadores y en procedimientos de jurisdicción voluntaria.

Salvo algunos trágicos incidentes, la mayoría de las Notarías Públicas del país son operantes, con posibilidad de ofrecer un excelente servicio para satisfacer las necesidades de la población, por lo que basta decir que la iniciativa de reforma aun requiere de un perfeccionamiento y afinamiento final, ya que todo ello quedará plasmado como principios y bases en el texto de la Constitución, tratando de evitar a toda costa que, en primer lugar, se deje a las negociaciones dentro del Congreso de la Unión, y en segundo lugar, haya peligro de lesionar o invadir la soberanía y libertad de las entidades federativas y de la Ciudad de México.

Referencias

AGRAZ, César Eduardo, *El Derecho Notarial en Jalisco*, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 48 y 91.

ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, Oxford, Cuarta Edición, pp. 145-150.

CARBONELL, Miguel, *El Estado Federal en la Constitución Mexicana: Una Introducción a su Problemática*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, No. 91, UNAM, México, 1998, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3526/4203>

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *¿Es lo "económico" lo mismo que lo "mercantil"? Comentario sobre la definición de "agente económico" de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2005, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/arsiu/cont/33/efo/efo13.pdf>

PASTRANA ANCONA, Juan José y TORRES GÓMEZ, Jesús, *Examen de aspirante y de oposición para el ejercicio de la función notarial en el Distrito Federal*, Revista de Derecho Notarial Mexicano, No. 113, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1999, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dernotmx/cont/113/est/est5.pdf>

ROBLES FARÍAS, Diego, *La Inversión Extranjera en México*, Editorial Tirant Lo Blanch, México, 2016, p. 252.

SERNA DE LA GARZA, José María, *Federalismo y sistemas de distribución de competencias legislativas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1088/17.pdf>

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA