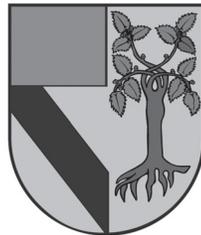


Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

A Ñ O 2

03

AGOSTO 2014

PERSPECTIVA JURÍDICA UP

Año 2 - Número 3 - Agosto de 2014

Publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad
Panamericana Campus Guadalajara

Calzada Circunvalación Poniente No. 49

Ciudad Granja, Zapopan, Jalisco C.P. 45010, México

Coordinador Editorial: Mtro. Manuel Tovar Hernández

Correo electrónico: mtovarh@up.edu.mx

La revista Perspectiva Jurídica UP y sus contenidos
son propiedad de la Universidad Panamericana
Campus Guadalajara.

Todos los derechos reservados. © Copyright 2014.

Se permite la reproducción total o parcial de esta obra,
su almacenamiento en sistemas digitales, su transmisión
en cualquier medio electrónico o mecánico con la previa
autorización escrita por parte de la Universidad
Panamericana Campus Guadalajara.

*Diseño editorial e impresión: EDIKREA
Editorial y Servicios Creativos, S. de R.L. de C.V.
Guadalajara, Jalisco, México*

Consejo Editorial

DR. ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ

Director de la Facultad de Derecho

MTRA. MARÍA ISABEL ÁLVAREZ PEÑA

Directora de la Licenciatura en Derecho

DR. DIEGO ROBLES FARÍAS

Editor General

MTRO. MANUEL TOVAR HERNÁNDEZ

Coordinador Editorial

Comité Editorial

ABELARDO BERNÁLDEZ MÁRQUEZ

CARLOS RODOLFO PADILLA DE ALBA

LUCÍA FERNANDA ESCALANTE CONS

ERIC COUFAL LEAÑO

ADRIANA GUÍZAR BECERRA

KARLA SOFÍA LLAMAS BELTRÁN

JULIETA ARIADNA MÉNDEZ ANGULO

DAVID EDUARDO RUBIO VELÁZQUEZ

Mensaje del director

Estimada comunidad jurídica:

Presentamos a ustedes, la continuidad del trabajo que la Facultad de Derecho, por conducto de su Instituto de Investigaciones Jurídicas, ha asumido en aras del fomento de la investigación y difusión de sus resultantes, como parte del compromiso de continuar aportando en la evolución del marco legal de nuestros tiempos.

La vorágine de reformas y cambios estructurales, de las más diversas estructuras jurídicas de nuestro país y Estado, requieren el esfuerzo de los juristas de nuestra comunidad, en ciernes o formados, pero siempre atentos a esa vinculación. Dispongámonos a disfrutar esos destacados aportes.

Nuestro agradecimiento a los autores que nos honran en esta ocasión, y al equipo de alumnos que entusiastamente son parte de esta realidad, siempre encabezados por nuestro profesor Dr. Diego Robles Farías.

Afectuosamente,

DR. ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ
Director de la Facultad de Derecho

Editorial

El proyecto de la revista jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara se ha consolidado. En este número, el tercero, publicamos una serie de ensayos jurídicos de gran actualidad. Son tres artículos de Derecho Internacional, tres de Filosofía del Derecho, además de otros de evidente interés para la comunidad jurídica. Se incluyen comentarios a recientes reformas de nuestra legislación, una federal y muy importante, denominada "*miscelánea mercantil*" y otra local relativa al Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Jalisco.

Publicamos además dos reseñas de libros escritos por maestros de la facultad. "La configuración de lo justo en la teoría de *John Rawls*" del Dr. Rodrigo Soto Morales y "El Derecho de Guerra Contemporáneo" del Dr. Guillermo Gatt Corona. Es importante dar a conocer que ambos trabajos constituyen sus tesis de doctorado, en filosofía para el primero y en derecho del segundo. Con ello se hace evidente la continua preparación de los profesores de la facultad.

En la sección de "Vida en la Facultad" se reseñan varios eventos entre los que destaca el merecido homenaje que la Barra Mexicana Colegio de Abogados otorgó al Lic. José Luis Aguirre Anguiano por su trayectoria como jurista. El Lic. Aguirre Anguiano es maestro de la facultad desde su fundación.

La revista constituye una parte importantísima en la vida de nuestra casa de estudios. Se ha ido arraigando como un medio de calidad para la divulgación del conocimiento jurídico. Como se aprecia en este número, muchos académicos, locales y nacionales, la consideran para la publicación de sus investigaciones.

Quiero reconocer al equipo de trabajo de la revista, conformado por el coordinador editorial Mtro. Manuel Tovar

Hernández y al comité editorial integrado por los alumnos de décimo y octavo semestre que se mencionan en el directorio que aparece al inicio de este ejemplar, su decidido esfuerzo para la publicación de este tercer número. Como lo hemos mencionado, la revista es también un instrumento para la educación de nuestros alumnos, pues a través de su involucración en el proceso editorial aprenden herramientas para la investigación que seguramente les servirán en su vida profesional.

Guadalajara, agosto de 2014

DR. DIEGO ROBLES FARÍAS
Editor General

Contenido

Mensaje del director..... p. 5

Editorial..... p. 7

Estudios jurídicos

La importancia de la contratación en la compraventa internacional
por **GUILLERMO CAMBERO QUEZADA** p. 13

Checks and balances in investment arbitration
por **GUILLERMO CORONADO AGUILAR**..... p. 31

La cesión de bienes en pago a los acreedores
por **MARIO DE LA MADRID ANDRADE**..... p. 43

¿Qué es la independencia judicial?
por **YURIXHI GALLARDO MARTÍNEZ**..... p. 57

El principio de precaución en el ámbito de la diversidad biológica
por **CARLOS IGNACIO GONZÁLEZ ARRUTI**..... p. 71

El pluralismo jurídico en México (el caso de las comunidades precuauhtémicas)
por **ROXANA PAOLA MIRANDA TORRES**..... p. 95

Razón práctica, *ius*, y objetividad en Derechos Humanos
por **PEDRO PALLARES YABUR**..... p. 113

El punto de vista teleológico y el abuso del poder en H. L. A. Hart
por **MARÍA CRISTINA PÉREZ VENEGAS**..... p. 141

Universidad e industria, el caso de los métodos alternativos de solución de controversias, una propuesta de vinculación para facultades de Derecho
por **LEONEL PEREZNIETO CASTRO**..... p. 159

Los nuevos retos del agrarismo en México
por **ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ**..... p. 177

La doble nacionalidad en Derecho Mexicano
por **DIEGO ROBLES FARÍAS**..... p. 185

Actualidad legislativa

Comentarios y crítica a la denominada “miscelánea mercantil”
por **GUILLERMO DÍAZ DE RIVERA ÁLVAREZ**..... p. 203

¿Hacia un proceso jurisdiccional progresista? Un análisis de la reciente reforma al Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco por **JORGE A. TORRES GONZÁLEZ Y BEATRIZ VALLADOLID BRISEÑO**..... p. 231

Reseña de libros

Reseña del libro La configuración de lo Justo en la Teoría de John Rawls de Rodrigo Soto Morales
por **GUILLERMO A. GATT CORONA** p. 241

Reseña del libro El Derecho de Guerra Contemporáneo, Reflexiones desde el pensamiento de Francisco de Vitoria de Guillermo Alejandro Gatt Corona
por **KARLA P. GUDIÑO YÁÑEZ**..... p. 247

Vida en la facultad

Presentación del libro Interpretación y Ponderación de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional
por **GABRIELA GARCÍA ESCOBAR**..... p. 255

Foro sobre el papel de las redes sociales y el servicio pro-bono en la construcción del Estado de Derecho en México
por **GABRIELA GARCÍA ESCOBAR**..... p. 257

Reseña del acto de reconocimiento a la trayectoria profesional de don José Luis Aguirre Anguiano por el Capítulo Jalisco de la Barra Mexicana de Abogados
por **KARLA P. GUDIÑO YÁÑEZ**..... p. 259

Estudios jurídicos

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

AÑO 2
03 AGOSTO 2014

La importancia de la contratación en la compraventa internacional

GUILLERMO CAMBERO QUEZADA¹

SUMARIO: I. *Aspectos generales de los contratos internacionales.* II. *La aplicación de los mecanismos jurídicos internacionales en la contratación internacional.* III. *Consideraciones finales.*

Resumen. El contrato internacional es el mecanismo idóneo para fijar las bases de una negociación internacional exitosa, en la cual se incluyen actores de diferentes países. Sin embargo, en México es escasa la literatura que se encuentra al respecto de tan importante figura jurídica internacional. En la práctica, frecuentemente se pasa por alto el uso y la utilidad de la redacción de un contrato internacional o se deja al arbitrio de la parte con mayor poder de negociación, la cual termina imponiendo sus condiciones, que en la mayoría de los casos, contienen cláusulas abusivas o excesivas. En el presente artículo analizaremos la importancia de implementar un contrato en las transacciones cotidianas de comercio exterior, sus elementos, así como otros recursos complementarios que fortalecen el entendimiento y la aplicación del contrato internacional, tratando de mantener un equilibrio entre las partes.

Palabras clave: Contratos internacionales, Convención de Viena, Incoterms, Derecho del Comercio Internacional, Negociación internacional.

Abstract. *In this article we will discuss the importance of implementing a contract for international sale of goods in everyday trade transactions. We will analyze the elements and the additional resources that strengthen understanding and application of an international agreement, trying to maintain a balance between the different parties involved therein.*

Keywords: *Contract for international sale of goods, the Vienna Convention, Incoterms, international commercial law, international business negotiations.*

Los contratos forman parte de nuestra vida cotidiana, particularmente de nuestras relaciones sociales, pero muy

¹ Doctor en derecho por la Universidad de Nantes (Francia) y especialista en negocios internacionales. Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Panamericana.

probablemente no somos conscientes de la cantidad de contratos que se realizan cada día alrededor de nosotros². Por consiguiente, un contrato es, en el sentido más amplio, simplemente un acuerdo, un pacto o un convenio que define una relación entre una o más personas, ya sean físicas o morales. Por otro lado, un contrato comercial, en términos simples, es un acuerdo que celebran dos o más partes con el propósito de llevar a cabo un negocio³.

En Derecho Mexicano el contrato puede ser verbal o escrito. Cuando el contrato se establece por escrito, es frecuente que los términos se registran en un simple memorándum, oficio o recibo. Es por eso que, cuando una relación contractual en nuestro país se establece entre dos o más partes con intereses potencialmente adversos, los términos del contrato se ven complementados o restringidos por las leyes, las cuales sirven para proteger a las partes y definir relaciones específicas entre ellas, en caso de que las disposiciones sean imprecisas, ambiguas o incluso inexistentes. Sin embargo, las relaciones a nivel internacional son cada vez más numerosas, y el número de países que se relacionan entre ellos aumenta día a día, por ello, cuando una parte celebra un contrato comercial con otra parte lejana y desconocida, ubicada en otro país, el contrato recibe una importancia adicional, siendo éste una herramienta indispensable para el éxito en una transacción comercial internacional, porque ayuda a establecer las bases de la relación entre vendedor y comprador. Lo anterior va aunado a un número creciente de problemas respecto a la aplicación de una ley u otra en el momento de incumplimiento de una de las partes o desacuerdo sobre cualquier aspecto, si las partes mencionadas no habían especificado previamente la ley que regía dicho contrato.

La contratación internacional surge como consecuencia de la necesidad de internacionalización del Derecho Mercantil. En el Derecho Mercantil Internacional, al igual que ocurre en el Derecho Nacional, la primera fuente de obligaciones entre las partes es el mutuo acuerdo al que éstas lleguen (el contrato es la ley que rige, por encima de todo, los derechos y deberes de las partes contratantes). Pero la creación de un contrato internacional⁴ es un proceso más complejo que la celebración de un contrato entre partes del mismo país y la misma cultura, sometidos a las mismas leyes. En una transacción más allá de las fronteras, por lo general, las partes no se reúnen frente a frente, tienen valores y prácticas sociales diferentes, y las leyes a las cuales se ven sometidas son impuestas por gobiernos diferentes, con sistemas legales distintos. Estos factores fácilmente dan lugar a malentendidos, porque se reduce el grado de certidumbre respecto al resultado del negocio, que suele ser

² FIGUEROA, Luis Mauricio. *Contratos Civiles*, México, Porrúa, 2007.

³ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Los Contratos Civiles y sus generalidades*, McGraw-Hill, 1995 (5° edición), México. pág. 21.

⁴ BLANCO, Dominique, *Négocier et rédiger un contrat international*, Editorial Dunod, 3° edición. 2002

muy bajo, especialmente cuando se relaciona con una entidad mercantil en otro país por primera vez⁵ y la incertidumbre es mayor cuando es la primera transacción internacional para ambas sociedades comerciales.

La mayoría de intercambios provenientes de una compraventa internacional se llevan a cabo sin un contrato escrito que los regule. Pero es recomendable que éste exista, ya que puede ser definitivo para la resolución de litigios entre las partes. Desgraciadamente en la práctica encontramos que en México solamente el cinco por ciento de las sociedades mercantiles que realizan alguna transacción internacional la formaliza por escrito mediante de un contrato internacional⁶, un 28 por ciento no somete sus contratos a una legislación particular⁷, y por lo general el uso de los "Incoterms" (términos de comercio internacional, por sus siglas en inglés) se encuentran mal planteados en la negociación⁸ o en el contrato.

Por todos estos motivos definiremos y analizaremos a profundidad los contratos internacionales (Iª Parte), y determinaremos la aplicación del derecho internacional comercial y el uso correcto de los Incoterms dentro de los contratos internacionales (IIª Parte), lo cual permitirá encarar el comercio internacional de manera más segura y eficaz.

I] Aspectos generales de los contratos internacionales

En México, como en la mayoría de los países con prácticas comerciales internacionales, el circuito documental mediante el cual una sociedad mercantil formaliza habitualmente sus negociaciones es una Factura *Proforma*⁹ vía correo electrónico, dejando al lado el uso de los contratos internacionales, y teniendo como consecuencia una protección jurídica limitada en caso de un problema o litigio comercial. Por tal motivo es necesario primero examinar la definición y los elementos del contrato internacional.

⁵ BESSONET. Anne *Contrats internationaux 2e edition Guide pratique pour négocier et rédiger un accord, pour prévenir et résoudre les litiges*, Éditorial Pearson, Paris, 2008.

⁶ *Como exportar a los mercados estrella de Latinoamérica* (s. f.), recuperado el 30 Mayo de 2013, de <http://www.dhlbusiness.com/category/latam-region>

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibid*.

⁹ La expresión *pro forma* viene de una expresión latina que significa *según la forma*, la cual representa una proposición de oferta con las cantidades y precios predefinidos y las condiciones de venta, que en caso de que el destinatario no esté de acuerdo, pueden ser modificadas o simplemente rechazadas. Si esta proposición conviene al cliente (destinatario); puede confirmarla enviándola a su vendedor. Sin embargo la factura proforma carece de elementos jurídicos de protección en caso de un litigio.

1. La protección de las transacciones internacionales

En el comercio internacional es frecuente que las partes presupongan que pueden operar con base a las leyes y prácticas del país al cual pertenecen. Esta suposición es un error y suele dar lugar a graves malentendidos. Cuando se entablan relaciones comerciales entre diversos países no sólo se está sujeto a las leyes del país de origen, sino también a las leyes de aquellos países donde se está negociando. No es necesario entrar físicamente en otro país para ser sujeto a sus leyes: la simple venta de bienes por correo o por medios electrónicos basta para establecer un vínculo que nos incorpora a la jurisdicción de los tribunales de otro país. De ahí la importancia de establecer “las reglas del juego” desde el inicio de las negociaciones por medio de un contrato internacional. En términos generales, podemos afirmar que un contrato es un acuerdo, mediante el cual surgen derechos y obligaciones para ambas partes¹⁰. La legislación mexicana, particularmente el Código Civil Federal, define al contrato como el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones¹¹.

Si nos referimos a un contrato internacional, identificaremos el elemento de “exterioridad”, que indica que hay dos puntos de contacto por lo menos con dos Estados diferentes. El contrato interno o mexicano no tiene elemento alguno de exterioridad. En consecuencia, la contratación internacional es el medio idóneo para perfeccionar las relaciones comerciales de intercambio de bienes y servicios cuyo ámbito va más allá de la legislación de un Estado¹², de suerte que sea posible inferir que los diferentes elementos que intervienen en las relaciones comerciales (sujetos, objeto, precio, forma y lugar de celebración del contrato) conservan vínculos con diferentes nacionalidades y, consecuentemente, con leyes de diferentes países.

La diferencia existente entre una compraventa nacional y una internacional reside principalmente en que se relacionan países con leyes distintas y con diferentes monedas. Cuando las partes son de países diferentes, sus intenciones no se detectan fácilmente debido a que emanan de sistemas legales y prácticas comerciales diferentes, por tal razón es esencial el uso de un contrato internacional, donde se especifiquen en términos precisos los derechos y las obligaciones de cada parte. Todo lo anterior nos permitirá evitar un resultado desfavorable e incierto en nuestras transacciones internacionales¹³. Así

¹⁰ CARRILLO BAUDRIT, Diego. *Derecho Civil IV, Volúmen I, Teoría General del Contrato*, Juricentro 3ª edición, Costa Rica 2000.

¹¹ Código Civil Federal Artículo 1792.

¹² ADAME GODDARD, George *El contrato de compraventa internacional*, UNAM-McGraw-Hill, México, 1994.

¹³ *Ibidem*. BESSONET, Anne

pues, en las negociaciones internacionales¹⁴ se recomienda tratar siempre de conseguir la mejor evidencia posible (es decir, por medio del contrato escrito, redactado con toda precisión en caso de que su obligatoriedad se haga necesaria) para proteger la transacción internacional, lo que se traduce en evitar una pérdida de dinero en caso de error, descuido o mal entendido por la otra parte perteneciente a un país diferente.

El contrato internacional también proporciona a las partes implicadas confianza en que si surge algún problema o contratiempo, cada quien tendrá definida de manera clara la responsabilidad, en caso de los contratos de compraventa, respecto a la mercancía, el transporte y el pago. El contrato internacional también funciona como medio de disuasión de abusos en la relación comercial. Aunque el contrato no aporta la certidumbre total que el negocio necesita para tener éxito, pero si proporciona un grado de confianza mayor que cuando no hay un documento escrito de por medio.

Los contratos bien redactados ayudan a que las partes con antecedentes culturales diferentes lleguen a una comprensión recíproca, según sus derechos y obligaciones. Los términos del contrato deben ser lo suficientemente explícitos para que ambas partes comprendan lo que están obligadas a hacer y lo que tienen derecho a recibir¹⁵. En caso de un incumplimiento son mayores las probabilidades de que un tribunal haga cumplir los términos explícitos (a menos que las disposiciones sean desmedidas). Es por eso que realizaremos un análisis de los elementos del contrato internacional y su aplicación práctica.

2. Características de los contratos internacionales

Existen diferentes tipos de contratos internacionales, entre los más comunes se encuentran el de compraventa, el de distribución y el de representación. Para fines del presente artículo tomaremos como ejemplo los contratos de compraventa, ya que son los más utilizados y respaldados en las prácticas del comercio internacional. En cuanto a la redacción¹⁶, un contrato internacional debe contener disposiciones que reflejen la cultura de la parte extranjera, pero al mismo tiempo deben

¹⁴ La celebración del contrato de compraventa internacional no es más que la culminación de una serie de etapas que se traducen en encuentros, comunicaciones, intercambio de opiniones, propuestas y contrapropuestas que conforman la fase previa a la celebración del contrato y que se conoce y maneja con el término de negociación. Cf. Gerardo Lazcano Seres, "El Contrato de Compraventa en el Contexto de los Negocios Internacionales", *Temas Selectos de Comercio Internacional*, 1ª ed., México, Editorial Porrúa, Facultad de Derecho, UNAM, 2008, pp. 155-184.

¹⁵ Para profundizar sobre el tema ver Karla C. Shippey, J.D, *Guía práctica de Contratos Internacionales*, México, Editorial Grupo Patria Cultural, Primera edición 2003.

¹⁶ MEDINA DE LEMUS, Manuel, *Contratos de Comercio Exterior*, Dykinson, Lupicinio Eversheds 1998.

tomar en cuenta los propios requerimientos de la parte nacional. Sin duda, dicha redacción obliga a tener un conocimiento mayor de la cultura de la contraparte y el grado en que difiere de la propia cultura (a), por otra parte, analizaremos una de las cláusulas de mayor importancia dentro de la contratación, que es la de resolución de conflictos, y veremos que el arbitraje ofrece ventajas respecto de una jurisdicción nacional (b).

a. Disposiciones generales en la redacción del contrato

Se sugiere que las disposiciones en el contrato se redacten de manera simplificada, que no contengan frases taquigráficas, legalismos, ni jerga que sólo le sea familiar a una de las partes. Las disposiciones deben estipularse en términos sencillos que garanticen que las dos partes las entiendan de la misma manera, en especial si el contrato se traduce al idioma de la otra parte.

Aunque el contrato es un acuerdo de voluntades, se debe verificar que cumpla con contenidos usuales y propios a la redacción del mismo contrato, entre los cuales encontramos que éste debe amoldarse a los usos del mercado y a la operativa normal de los contratantes¹⁷. Dentro de las cláusulas del contrato, primero deben identificarse debidamente a las partes mediante nombre, domicilio y contacto (correo electrónico, teléfono, fax). Es necesario verificar los poderes que han sido otorgados a la persona que se presume como representante legal de la sociedad mercantil, comprobando que sean suficientes y que estén vigentes¹⁸. Esto con la finalidad de tener certeza de que la persona con la que estamos contratando es responsable en caso de litigio y no el encargado del área internacional o ventas. Es muy importante esta capacidad de obrar para contratar. No sólo es necesario tener la mayoría de edad, sino también gozar del pleno ejercicio de los derechos cívicos. Así, deberá incluirse el nombre de la persona firmante para evitar futuras confusiones. Además, es preciso especificar la fecha y el lugar de celebración del contrato (no sólo la ciudad, sino también la provincia o estado y el país), el lugar del cumplimiento de las obligaciones y a partir de qué fecha entrarán en vigor.

Es importante definir el objeto del contrato, el cual debe ser lícito, es decir, todo aquello que no sea contrario al orden público, a la moral y a las buenas costumbres. Además se debe incluir, en su caso, los siguientes rubros (lo cual se puede realizar mediante un anexo): calidades, cantidades y rendimientos, copia de los planos y

¹⁷ Para ver el tema en profundidad referirse a la obra de BLANCO, Dominique, *Négocier et rédiger un contrat international*, Editorial Dunod, 2002 (3° edición).

¹⁸ Es recomendable anexar al contrato copia del poder de cada parte contratante, y si ello no fuere posible, conviene incluir la cláusula siguiente: “*Ambas partes se reconocen recíprocamente la capacidad para otorgar el presente contrato*”. (N de A)

especificaciones técnicas, finalidad de la mercancía, pruebas de calidad o especificación del tipo de embalaje.

Por otro lado es preciso indicar el precio, divisa, plazo y medio de pago y posibilidad, en su caso, de revisión de precio. En este punto en particular es conveniente cuidar el correcto cumplimiento de los requisitos de los medios de pago, ya que una gran parte de los problemas en comercio internacional se derivan de la falta de claridad en las condiciones de pago de las mercancías.

Respecto a este punto, se recomienda el uso del crédito documentario, el cual es un medio de pago muy usado en contratación internacional debido a su seguridad, prontitud financiera y versatilidad, ya que adopta variantes muy distintas y permite a las dos partes tener mayor claridad y certeza en el pago. No obstante, se le ha criticado su rigor documental, su lentitud de procedimiento y, en ocasiones, su elevado costo, que varía de un banco a otro, dependiendo del riesgo-país, ya que no es lo mismo un crédito documentario para Francia o Inglaterra que para Irán o Irak. El crédito documentario consiste en un convenio mediante el cual el banco con el que opera el comprador (denominado banco emisor), a petición y de acuerdo con las instrucciones de dicho comprador de bienes (denominado ordenante del crédito), asume el compromiso, previa recepción de una serie de documentos, de efectuar un pago al vendedor de dichos bienes o a un tercero que este designe, o bien aceptar o negociar las letras o autorizar que tales pagos sean efectuados o que los giros sean pagados, aceptados o negociados por otro banco corresponsal (denominado banco intermediario).

Además, dentro de la redacción del contrato internacional, se debe concretar los plazos, la modalidad del transporte y las condiciones de entrega, para lo cual se pueden utilizar los Incoterms¹⁹ (se recomienda hacer la descripción de la condición de entrega y agregar los Incoterms correctos al caso específico, lo cual analizaremos posteriormente).

Se recomienda agregar una cláusula de los casos de fuerza mayor, lo cual permite deslindar de responsabilidades a una o las dos partes, y dicha redacción se debe hacer con cuidado, ya que de un Estado a otro, la fuerza mayor puede variar su significado. El clausulado las garantías también es importante, las cuales deben ser definidas y las modalidades de protección a cada parte: Por ejemplo, la garantía contra los vicios ocultos e indicar las modalidades de reparación y/o de reemplazo.

¹⁹ (International Commercial Terms), es el conjunto de términos comerciales utilizados por compradores y vendedores para realizar cualquier transacción comercial internacional, independientemente del producto, del destino, del medio de transporte o del seguro que se escoja. El tema de los términos internacionales de comercio se analiza en párrafos subsecuentes.

Otro punto importante en el contrato es el idioma²⁰, ya que cotidianamente ha sido una limitación y en muchas ocasiones es el origen de confusiones o malos entendidos en las relaciones comerciales internacionales, particularmente en la compraventa por las diferencias de conceptos comerciales. En cuanto al o a los idiomas que se utilizarán en la negociación, redacción y celebración del contrato, éste o éstos se definirán bajo el principio de autonomía contractual.

El significado de un término o expresión puede tener, al momento de la traducción, una acepción distinta al significado que se tiene en nuestro país. Al respecto se sugiere que si nuestra contraparte se encuentra establecida en otro país de diferente idioma al nuestro, es conveniente que la negociación, elaboración del texto y celebración del contrato se realicen en un solo idioma, ya sea en nuestro idioma o el que se hable en el país donde estamos establecidos. Esto no implica que exista algún impedimento legal o convencional para que un contrato internacional se pueda negociar y redactar en los dos idiomas de las partes contratantes, sin embargo la compraventa llevada a cabo en el ámbito internacional por lógica difiere por sus características del nivel nacional, por lo que en este supuesto, detallar dos textos en idioma diferente y relativos a un mismo contrato, podría complicar a las partes en el entendimiento y el cierre de la negociación, pero sobretodo, en los efectos que se desea que de él se deriven.

Lo ideal es que el contrato se redacte y celebre en un solo idioma, ya sea el del exportador o el del importador. También se puede dar el caso de que ambos idiomas sean totalmente ajenos a las partes y se elija una lengua tercera, es decir, en una negociación con partes que hablen el español y el árabe, se puede acordar realizar todo lo vinculado con esa relación comercial en inglés. En caso de no ser posible usar un solo idioma, es conveniente agregar al contrato una cláusula en la que se dé preferencia a la interpretación de uno de los dos idiomas, el cual puede ser el de la parte que ejerza mayor poder de negociación. Por último y muy importante, hay que determinar la ley aplicable en casos de conflictos y someter la solución de conflictos a un tribunal concreto o, si así se decide, a un arbitraje²¹.

²⁰ Ver *¿Qué idioma manda en mi contrato?* (s.f.), *Backtoback international consulting legal & business*, recuperado el 29 de mayo de 2013, de <http://backtobacklegal.wordpress.com/2012/06/04/que-idioma-manda-en-mi-contrato/>

²¹ En la práctica, se debe primero encontrar una solución “amigable o amistosa” al conflicto (por ejemplo, mediante el envío de una carta de reclamación con acuse de recepción). Después, si el contrato prevé soluciones concernientes al litigio en causa (reemplazo de mercancías, pago de daños y perjuicios, intereses, etc.), se deben de aplicar dichas disposiciones contractuales. En caso de fracasar las soluciones amistosas o contractuales, una parte a los partes pueden recurrir a una solución judicial del contrato. (N de A)

b. Clausula de solución de conflictos

Uno de los grandes problemas de la contratación internacional es la cláusula de solución de conflictos. Ya que por obvias razones una de las partes que se encuentra en otro país, difícilmente se someterá a los tribunales nacionales. Para equilibrar la negociación, se recomienda la redacción de una cláusula arbitral para la solución de controversias.

Respecto al arbitraje se puede decir que al no existir una jurisdicción internacional de derecho privado, las partes suelen recurrir a alguna institución que, con carácter internacional, arbitre las posibles diferencias con respecto al contrato que les une. Ello se hace porque si se sometieran al Tribunal nacional de una de las partes, la otra posiblemente se vería en una situación de desventaja al no conocerla tanto como la primera, por lejanía física del Tribunal, hablar posiblemente otro idioma, sobreprecio de los gastos, etc. Dado que el sometimiento a una jurisdicción nacional no parece ser una buena salida para las partes del contrato, han ido surgiendo nuevas formas de solucionar los conflictos, como es el Arbitraje Comercial Internacional. El árbitro ofrecerá, en la gran mayoría de los casos, una solución rápida, técnica y confidencial. La relación con las partes se basará simplemente en la voluntad de éstas de someterse a su veredicto, y se apoyará en el propio convenio arbitral. El arbitraje internacional puede resolver temas como: Incumplimiento de las partes en la ejecución del contrato, responsabilidad de las partes en la ejecución del contrato, derecho de retención sobre cantidades en poder de una parte, cantidades debidas por una parte a la otra, y por qué concepto, excepciones alegada, derecho de compensación e indemnización por daños y perjuicios, costes del procedimiento arbitral y su distribución entre las partes.

La intervención de cualquier Tribunal de arbitraje tiene una serie de ventajas con respecto a una resolución jurisdiccional, las cuales son: (i).-La jurisdicción nacional suele ser lenta, y más en el caso de tener que resolver un conflicto internacional, lo que implicaría viajes de al menos una de las partes del conflicto, imprevisibilidad de los costes del procedimiento judicial, etc. (ii).-Para las partes es muy difícil encontrar un Tribunal que pueda hacerse cargo de todos los aspectos del contrato, ya que posiblemente éste se habrá redactado según la conjunción de las leyes de los países de las compañías. (iii).- Las partes tienen entre ellas una relación supranacional, y es por ello que también prefieren que los conflictos se resuelvan en un contexto adecuado como el del Arbitraje Internacional. (iv).- Los árbitros internacionales son personas que conocen a fondo el mundo de los negocios de dicho carácter, sus usos habituales, etc. En un litigio jurisdiccional, éste es objeto de publicidad para llamar a quienes puedan estar interesados en el procedimiento. Es muy probable que esta publicidad moleste a las partes intervinientes, que pueden estar tratando algún secreto comercial mediante su contrato.

Es recomendable que toda cláusula arbitral prevea claramente cuál es el lugar o sede del arbitraje, señalando no solamente un país,

sino una ciudad en concreto. No debe confundirse el lugar o sede del arbitraje, con el lugar donde tiene sus oficinas la institución arbitral que pueda administrar el arbitraje. Habitualmente, el lugar del arbitraje es totalmente independiente del lugar donde radica la corte que las partes puedan elegir para administrar el arbitraje. Por ejemplo, el hecho de que la Cámara de Comercio Internacional (CCI) tenga su sede en París no implica que el lugar del arbitraje deba ser París, y no impide para nada que las partes puedan pactar libremente que el lugar o sede del arbitraje sea en cualquier otro sitio del mundo. Por otro lado, la sede del arbitraje determinará con toda probabilidad que los tribunales del país de la sede del arbitraje son competentes para conocer de la acción de anulación frente al laudo que se dicte en base a los tratados internacionales en la materia, así como para una posible formalización judicial del arbitraje. Además, toda cláusula de sometimiento a arbitraje debe establecer claramente cuál es su alcance ya que en un procedimiento arbitral los árbitros no pueden entrar a conocer de ninguna cuestión a la que no se les haya sometido.

Un modelo propuesto y generalmente aceptado de cláusula en español de arbitraje es la propuesta por la Cámara de Comercio Internacional de París: *"Todas las desavenencias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento."* Sin embargo, las partes son libres de pactar la institución de arbitraje que más le convenga para resolver las diferencias.

Por todo lo anterior, el Arbitraje Internacional recibe respaldo de las jurisdicciones de los países. Lo hacen a través de la ratificación de los tratados y convenios a los cuales respetan como buena base "legal" para los árbitros. Aunque la integración de esta cláusula aún no tiene mucho respaldo por los particulares, cada vez encontramos el arbitraje como un medio alternativo de solución de controversias. Todo lo anterior se completa con reglas específicas de derecho internacional comercial y los Incoterms.

II] La aplicación de los mecanismos jurídicos internacionales en la contratación internacional

La contratación internacional se complementa por diferentes mecanismos internacionales. Para efectos del presente trabajo, vamos analizar los dos más relevantes en el funcionamiento de los contratos internacionales: por una parte la aplicación de la Convención de Viena²² para los contratos de compraventa (1), y por otra, los Incoterms (2).

²² Para un estudio detallado ver BARRERA GRAF, Jorge, "La Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y el Derecho Mexicano. Estudio Comparativo", *Anuario Jurídico X*, 1ª ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, pp. 141-163.

Desafortunadamente ambos son poco conocidos o mal aplicados al momento de la contratación.

1. La aplicación de la Convención de Viena de 1980 en los contratos internacionales

Haciendo un poco de historia encontramos que en 1980, en la ciudad de Viena la Organización de las Naciones Unidas (ONU) realizó una conferencia para regular el tema de la contratación internacional en el comercio de mercancías, conferencia que tomó el nombre de la "Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", también conocida como la Convención de Viena de 1980²³. Para efectos prácticos nos referiremos en adelante como la Convención.

Aunque en los contratos internacionales prima la voluntad de las partes, la Convención recoge un conjunto de reglas básicas y comerciales que aplican en los contratos de compraventa de mercaderías, sobre todo en aquellos casos en que las partes no han definido la mayoría de los puntos que pueden afectar su relación comercial²⁴. Actualmente existen ochenta Estados parte²⁵ de la Convención, la cual reglamenta únicamente los intercambios comerciales de mercancías, sin proporcionar una definición general del contrato de venta, pero en sus diferentes artículos define las obligaciones generales del vendedor²⁶ y el comprador²⁷.

En México la Convención entró en vigor el 1º de enero de 1989, y tiene una aplicación obligatoria, superior al derecho interno por tratarse de un tratado internacional. En ese sentido y a excepción que las partes contratantes excluyan específicamente su aplicación de acuerdo al

²³ Para profundizar en el tema ver SCHLECHTRIEM, Peter y WITZ, Claude *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Paris, Dalloz, 2008.

²⁴ La obra de Piltz Burghard analiza estos elementos. *Compraventa Internacional Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980*, Argentina, Editorial Astrea, 1998.

²⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [En línea]. [Fecha de consulta 18 de diciembre 2013].

Disponible en :

http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

²⁶ Artículo 30: El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

²⁷ Artículo 53: El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

Artículo 6 de la misma²⁸, la Convención de Viena se aplica para interpretar los contratos para la venta de bienes entre partes cuyas sedes de negocios estén en países diferentes y son signatarios de la Convención. No es indispensable que las partes sean de diferente nacionalidad, ni tampoco se toma en cuenta el carácter civil o mercantil de éstas. Particularmente la Convención pretende aclarar los puntos relacionados con la formalización de un contrato y de los derechos y las obligaciones de las partes. Sin embargo, sus disposiciones no determinan la validez de un contrato, el efecto del mismo sobre la propiedad de los bienes vendidos, la responsabilidad de una parte por las lesiones o la muerte causada por los bienes²⁹.

A pesar de que el Artículo 11 de la Convención reconoce que el contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por medio de escrito, ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma, ya que se puede probar por cualquier medio (cartas, fax, correo electrónico, incluso con la asistencia de testigos), se recomienda ampliamente tener una prueba por escrito, redactada en los términos antes vistos³⁰ porque facilitará la solución de conflictos, máxime en aquellas operaciones de gran envergadura, en donde en ocasiones se encuentra en juego el patrimonio de una estructura mercantil, y de afirmar por escrito la voluntad de las partes de someterse a las disposiciones de la Convención de Viena, lo que permite elegir un derecho neutro.

Así, el problema de la formación del contrato es tratado por la Convención, ya que regularmente los contratos de esta naturaleza se concretan entre dos sociedades comerciales o personas “no visibles o presentes” y en muchas de las ocasiones por personas que no se conocen. Para estos supuestos, la Convención establece las bases de perfeccionamiento de un contrato y cuáles son los actos previos y preparatorios del mismo, estableciendo los elementos de la oferta y la aceptación de la misma.

En este punto en particular entran en juego los diversos documentos de la negociación internacional (pedido, confirmación de pedido, factura proforma, etcétera), que finalmente darán origen al contrato de compraventa. Además, si en un contrato de compraventa de ciertas mercancías no se especificara la fecha o el plazo para que el vendedor entregue dichas mercancías, la solución se encuentra

²⁸ “Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.”

²⁹ Sobre el tema ver VEYTIA, Henany, “El Capítulo Uno de los Principios del UNIDROIT: Disposiciones Generales”, *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, 1ª ed. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, pp. 33-52.

³⁰ *Ibidem*. BLANCO, Dominique

contenida en el Artículo 33 de la Convención³¹, donde se indica al vendedor cuándo deberá entregar la mercancía.

La Convención de Viena es aplicable a cualquier contrato de compraventa internacional de bienes muebles siempre que alguno de los Estados no se halle expresamente excluido por la Convención o por la voluntad de las partes. Para que un contrato se considere internacional según el Convenio, las personas o sociedades que conforman las partes deben tener su sede en diferentes Estados. El traspaso de la mercadería entre Estados, por lo tanto, no será un criterio para definir la internacionalización o no de un contrato. Es importante señalar que, en caso de que una compañía tenga sucursales, oficinas, etc., en más de un país, se entenderá como nacionalidad de ésta la que tenga más relación con el contrato, o, en segundo término, la residencia habitual.

La Convención también acepta la posibilidad de que las partes en un contrato de compraventa recurran o se apeguen a los usos o prácticas comerciales³², tal es el caso de los Incoterms, que pueden ser incorporados al contrato o a los documentos que dan origen a la formación de dicho contrato, y que analizaremos a continuación.

2. El uso correcto de los Incoterms

Antes de realizar un transporte de mercancías internacional, hay que responder a la siguiente pregunta: ¿en qué momento los riesgos y los costos se transfieren al comprador? Para responder a la pregunta anterior, en 1936 la Cámara de Comercio Internacional (CCI) situada en París creó los Términos de Comercio Internacional o Incoterms³³. En la práctica comercial internacional los Incoterms se confunden con la contratación y se tiene la creencia que estos protegen toda la negociación internacional. Los Incoterms son únicamente una parte mínima de la contratación y nos ayudan a entender mejor los términos de entrega y de riesgos de traspaso de mercancías. Los Incoterms no sustituyen al contrato de compraventa, sino que lo complementan. En realidad, los Incoterms son como una especie de “esperanto comercial” que consiguen que todos los participantes del comercio internacional, independientemente de su nacionalidad y del idioma utilizado, conozcan

³¹ El vendedor deberá entregar las mercaderías:

- a) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse una fecha, en esa fecha; o
- b) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse un plazo, en cualquier momento dentro de ese plazo, a menos que de las circunstancias resulte que corresponde al comprador elegir la fecha; o
- c) en cualquier otro caso, dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato.

³² Artículo 8 de la Convención.

³³ Cf. Cámara de Comercio Internacional. Comité español. *Incoterms 2000. Reglas oficiales de la CCI para la interpretación de términos comerciales*. Madrid, CCI, 2000.

con toda claridad, cuales son los límites de su responsabilidad. En este punto analizaremos los Incoterms y su debida aplicación práctica.

La finalidad básica de los Incoterms es la de explicar cómo se dividen responsabilidades, costos y riesgos entre las partes, en relación con la entrega de las mercancías del vendedor al comprador, pero no establecen plazos de pago, métodos de pago, plazo de entrega, entre otros. Los partes que deseen aplicar los Incoterms deben especificar en el contrato respectivo, o en cualquier otro documento, que quedan sometidos a los Incoterms. Estos términos comerciales son emitidos por la CCI, y la última revisión data del año 2010³⁴. El uso de los Incoterms es facultativo, pero su uso tiene como ventaja que el vendedor y comprador reducen la incertidumbre en la compra internacional. Los Incoterms, siendo cláusulas estandarizadas, permiten evitar litigios porque reparten claramente entre el comprador y el vendedor los costos y riesgos. Por lo tanto los Incoterms determinan el alcance del precio, en qué momento y dónde se produce la transferencia de riesgos sobre la mercadería del vendedor hacia el comprador, el lugar de entrega de la mercadería, quién contrata y paga el transporte, quién contrata y paga el seguro, qué documentos tramita cada parte y su costo.

Actualmente existen 11 Incoterms utilizados por la CCI. Su codificación original es inglesa, de tres letras; por ejemplo: FOB o "Free on Board", término utilizado para identificar los convenios en los que la mercancía será transportada por vía marítima. Para utilizar los Incoterms 2010 se sugiere precisarlo claramente en el contrato internacional, indicando la regla Incoterms seleccionada, agregando el lugar elegido, seguido de Incoterms 2010; por ejemplo: FOB Altamira Incoterms 2010 o EXW Guadalajara Incoterms 2010, donde EXW o "Ex Works" indica que la mercancía será entregada en las instalaciones, fabrica o bodega del vendedor, y en caso de omitir el año de los Incoterms a utilizar se aplicará automáticamente la última actualización de 2010³⁵.

En relación a lo anterior, la no mención del Incoterms 2010 respectivo puede acarrear serios problemas financieros para el contratante, ya que las prácticas comerciales pueden variar de un país a otro. Por ejemplo, una sociedad exportadora tendrá problemas si quiere vender con precio FOB, pero no lo estipula por escrito en los documentos contractuales ni en los anexos, y el comprador es de un país donde la costumbre comercial es recibir los productos con precios CIF ("Cost, Insurance and Freight") y esa costumbre es, además, aceptada por los tribunales comerciales locales. En un caso así, la empresa exportadora estaría obligada a pagar el embarque y el seguro, a pesar de que el precio acordado fue por el valor del producto en el puerto de

³⁴ Al respecto ver LLAMAZARES GARCÍA-LOMAS, Olegario "Capítulo 4: Los Incoterms Uno a uno", *Guía Práctica de los Incoterms 2010*, Global Marketing Strategies, (1ª edición), 2010, pp. 133-151.

³⁵ PALMÉS COMBALIA, Remigi "Capítulo 6. Cómo utilizar los incoterms", *Cómo usar bien los incoterms*, Barcelona, ICG Marge, (Segunda edición), pp. 85-163.

origen (FOB), lo que en una pequeña sociedad mercantil podría significar su cierre. Recordemos que en los temas de comercio internacional la costumbre y los usos comerciales (conocidos antiguamente como la *Lex Mercatoria*³⁶) juegan aún un papel primordial.

Asimismo, en México las sociedades mercantiles que operan en el comercio internacional utilizan sistemáticamente el término FOB³⁷, cuando la realidad de la compraventa corresponde en la mayoría de las ocasiones a una compraventa denominada "Puerta-Puerta" (DDP o "Delivery Duty Paid") o en su defecto a un transporte terrestre o aéreo. El término FOB de la CCI únicamente se aplica al transporte marítimo. Por lo tanto, el mal uso y el desconocimiento de la aplicación de los Incoterms pueden acarrear serios problemas para las finanzas de estas sociedades si son tomados a la ligera. Respecto a los Incoterms se aconseja incluirlos en un contrato internacional, pero no dejar únicamente el acrónimo del Incoterms y el lugar de destino, sino también hacer una descripción lo más precisa posible dentro del contrato; ejemplo: *"FOB Puerto de Mercancías, Puerto de Altamira, Tamaulipas, México, Incoterms 2010 CCI: El Vendedor pone a disposición comprador en el puerto de Altamira, México, en el lugar pactado denominado Puerto de Mercancías de Altamira, las mercancías antes descritas. El Vendedor es responsable de las formalidades aduaneras para la exportación de la mercancía. El Comprador elige la nave Y, quien es responsable del pago del flete marítimo y seguro, y además es responsable del check-in de la mercancía. Los gastos y riesgos de pérdida o daño de la mercancía, en relación al Incoterms FOB pactado, son responsabilidad del Comprador desde el momento en que la mercancía sea puesta en el puerto antes mencionado"*.

De esa manera, cuando el contrato se formaliza, los contratantes conocen sus obligaciones respectivas y las consecuencias jurídicas de sus compromisos. Todo incumplimiento por una parte (ejecución defectuosa o tarde) trae consigo una responsabilidad contractual e implica sanciones. En general, se acepta el hecho de que la transmisión de la responsabilidad de la mercancía vendida se produce en el momento de la entrega de la cosa, al margen de lo que las partes hubiesen podido pactar. Si se entiende que la responsabilidad del vendedor cesa en el momento del embarque de la mercancía, quedaría en cierto modo desprotegida la parte compradora en cuanto a los defectos de la mercancía relativos a su calidad y cantidad. Pero el comprador cuenta con un plazo para el análisis de lo adquirido, por lo que esta responsabilidad que ahora se pretende determinar será la que derive de supuestos de fuerza mayor o de accidentes en el transporte de las

³⁶ La *Lex Mercatoria* se refiere a las reglas y costumbres comerciales que los primeros comerciantes burgueses adoptaron cuando se dio el florecimiento de las ciudades mercado. Podríamos decir que es el origen del derecho comercial moderno.

³⁷ Según la encuesta: *Como exportar a los mercados estrella de Latinoamérica* (s. f.), recuperado el 30 Mayo de 2013, de <http://www.dhlbusiness.com/category/latam-region>

mercancías. En resumen, los Incoterms facilitan un conjunto de reglas admitidas internacionalmente que permiten una interpretación única de los principales términos utilizados en los contratos de compraventa y resto de documentación comercial.

III] Consideraciones finales

En definitiva, podemos decir que México es uno de los actores más destacados en las prácticas comerciales a nivel mundial y socio comercial de un gran número de países en el orbe. A través de la celebración y puesta en vigor de los tratados comerciales que se han firmado, el comercio se ha facilitado y las barreras al mismo han disminuido. Sin embargo, con frecuencia se inicia a la exportación sin antes conocer y advertir las disposiciones legales que se aplican en el comercio internacional³⁸, así como el contenido e importancia de los diferentes contratos que se deben aplicar para llevar a cabo sus objetivos, lo cual hace difícil advertir los problemas jurídicos que pueden presentarse en una operación de esta naturaleza. La primera regla de una transacción internacional de negocios exitosa también es la última: hay que decidir cómo resolver las controversias antes de que surjan. Como ya se ha indicado anteriormente, las sociedades mercantiles no siempre son plenamente conscientes de la importancia que reviste haber negociado un contrato preciso, detallado y por escrito. Inclusive hay quienes prefieren hacer negocios sin formalizar contratos por escrito. Para ellos, su palabra, y quizás una breve confirmación enviada por fax, es suficiente para cerrar una operación. De hecho, esta contratación informal puede ser lo habitual en ciertos sectores y en determinados países. Sin embargo, dicha práctica puede resultar perjudicial a mediano y largo plazo.

Además, se debe dar más importancia al aspecto de la contratación internacional, ya que una sociedad mercantil que no elabora contratos al hacer negocios internacionales pone en riesgo su futuro. Particularmente el contrato debe incluir disposiciones sobre la solución de conflictos³⁹ a los que puede recurrir una parte en caso de que la otra no cumpla sus obligaciones. Si no logran llegar a un acuerdo en la selección de los medios de solución de conflictos al momento de redactar su contrato, tendrán aún menos probabilidades de lograrlo cuando surjan los problemas⁴⁰. Al concertar un órgano de solución de

³⁸ Para abundar sobre el tema ver ESPULGUES MOTA, Carlos Hargain, *Derecho del Comercio Internacional*, Editorial Reus, 2005.

³⁹ Ver especialmente CÁRDENAS, Emilio J., "Métodos de solución de controversias comerciales internacionales", *Revista Derecho de la Integración*, Instituto para la integración de América Latina, Banco Interamericano de desarrollo, 1975, pp. 79-103.

⁴⁰ TORRES SALAZAR, Manuel, *Mecanismos de resolución de conflictos comerciales internacionales* [en línea]: Observatorio Iberoamericano de Asia Pacífico, Septiembre de

conflictos por acuerdo mutuo desde el inicio de las negociaciones, las dos partes sabrán qué pueden esperar en caso de un incumplimiento.

En México, como en otros países del mundo, sólo algunos importadores y exportadores utilizan los servicios de un abogado especialista en la materia para que les indique cuáles son las cláusulas que deben incluir en sus contratos, el significado y trascendencia de las mismas, o bien redacte el o los contratos que deban celebrarse a fin de que se fijen en los mismos, con la mayor exactitud posible, los derechos y obligaciones de las partes. En el terreno práctico sucede todo lo contrario, pues las partes recurren a un abogado hasta que surgen los problemas. Esto dificulta la solución de conflictos porque, por lo general, la conciliación entre dos partes que viven en diferentes países es compleja y lenta.

Finalmente podemos agregar que el contrato internacional es el instrumento que por excelencia posibilita las relaciones y el intercambio comercial entre personas (naturales o jurídicas) de diferentes Estados, lo cual, permite el crecimiento de la inversión extranjera y el desarrollo del comercio internacional; pero resulta un obstáculo para la consecución de tales objetivos, el hecho de que exista tanta inseguridad jurídica cuando se trata de determinar la ley que regirá ese contrato y que además de esto, en muchas ocasiones los procesos de negociación internacional, sus elementos, requisitos y hasta la documentación exigida para dichas transacciones sean completamente desconocidos para los que se inician en el comercio exterior, los exportadores y/o importadores confirmados o las partes en los contratos internacionales.

Por todo lo anterior, más vale prevenir con la redacción de un contrato internacional, que lamentar no haber pactado las condiciones de contratación al inicio de las negociaciones.

Checks and balances in investment arbitration

GUILLERMO CORONADO AGUILAR¹

SUMARIO: I. *Introduction*. II. *The properties of an award*. III. *No transfer of right*. IV. *Court intervention by actions or inactions*. V. *The clash of principles in the New York Convention*. VI. *Conclusion*.

Resumen. Los Laudos Arbitrales Internacionales están sujetos a la posibilidad de no ser reconocidos por las cortes nacionales, en este sentido, la intervención de las cortes debe ser abordada a partir de la Convención de Nueva York, del Tratado Bilateral de Inversión y de la Convención del Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones, en donde el Arbitraje de Inversión puede ser utilizado a manera de contrapeso para la posible negligencia u obstaculización por parte de las cortes nacionales en el reconocimiento y la ejecución de un Laudo Arbitral Internacional.

Palabras clave: Arbitraje Comercial, Arbitraje de Inversión, Laudo Arbitral Internacional, inversión, intervención judicial, ejecución.

Abstract. *International Arbitral Awards face the possibility of not being recognized by national courts, in this sense, action of the courts must be assessed in light of the New York Convention and under the Bilateral Investment Treaty or the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, in which Investment Arbitration can come into play as a way to counterbalance the possible negligence or obstacle created by national courts in the recognition and enforcement of an International Arbitral Award.*

Keywords: *Commercial Arbitration, Investment Arbitration, Arbitral Award, investment, court interference, enforcement.*

¹ Guillermo Coronado Aguilar, is YIAG regional representative for Latin-America, coordinator for the Arbitration Commission of the Mexican Bar Association Jalisco's Chapter, editor for the Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, associate at Coronado Figueroa y Asociados, S.C., comments welcome at gca@cfalegal.com

I] Introduction

The lack of knowledge by national courts towards an arbitral award could cause great problems to international commercial arbitration, *i.e.* to interfere in the execution of the award, either consciously or unconsciously. The interference could be in different ways, first in the non-recognition of the award, second in disregarding the award by virtue of a so call *public policy*, or third, by freezing proceedings in Courts during the stage for the recognition of the award.

The possibility of having an Investor-State arbitration in the panorama, is a tool that must be regarded on a case-by-case basis, even if things seem to be bad, there is hope. In assessing such hope first it must be studied, among others, (i) if the award, relating to commercial matters, can be regarded as an investment according to the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (ICSID) or the Bilateral Investment Treaty (BIT) agreed upon; (ii) if there is a loss of effective control and the benefits of the investment; (iii) the way the interference of the local courts is made; and (iv) the place of the arbitration.

Therefore, if a Commercial Award is to be nullified by the local courts, such actions can be contrasted or counterbalanced in some way by an Investment Arbitration, but such must be closely studied in order to avoid the very best principle of Arbitration which is the finality and settlement of disputes, in other words, to avoid an Investment Arbitration as a subsequent instance of the Commercial Arbitration.

II] The properties of an award

There is a discussion whether the award as it is, can be regarded as an investment or in the other hand, does not amount to an investment, therefore there could not be jurisdiction upon the tribunal. In order to establish if there is any right protected under the ICSID or the BIT towards arbitration, it is important to answer the question of what an award is.

In general, awards can be regarded with different characteristics, but there are two main characteristics that must be pointed out: first, if the award is an *active*, second, if the award is a right under the perspective of *investment*. If such characteristics are properly drawn and presented, there is no doubt that the award in itself has property rights and therefore is an investment.

1. It is an active and a right

A typical case regarding court intervention in arbitration proceedings is the case *Saipem S.p.A. v People's Republic of Bangladesh*. The origin of the dispute relates to a contract concluded on February 14, 1990, between *Saipem S.p.A.*, a gas and oil company from

Italy and *Petrobangla* a Bangladeshi public entity. The contract was for the construction of a natural gas pipeline and it called for the International Chamber of Commerce Rules of Arbitration (ICC Rules).

This case is of great importance for two main reasons, even though there was a court intervention by national courts, the proceedings continued until having an award by the Arbitral Tribunal, leading to a ICSID case, which is the second point, in which recognizes that the elements of an investment are broader.

Due to a strong opposition by the local population to the performance of the contract, such contract was substantially delayed, leading to a disagreement between the parties upon the amount for compensation and additional costs, referring the matter to an ICC Arbitration. In such proceedings, *Petrobangla* interposed a series of procedural requests that were denied. Due to the denial, *Petrobangla* sought the revocation of the Tribunal's authority before the local courts, which at the end was granted. An order to stay the arbitral proceedings was issued, nevertheless the Arbitral Tribunal continued with its mandate. After such, the local court rendered a decision revoking the authority of the Tribunal. Yet, the Tribunal rendered a final award condemning *Petrobangla* to the payment of damages.

After the decision was rendered by the Tribunal, *Petrobangla* sought the setting aside of the award before the Supreme Court of Bangladesh. The Court denied the petition arguing that the award never existed since it was rendered by a non-existent Arbitral Tribunal. In this sense, the interaction and interpretation of Article II of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention) must be as well analyzed, as to who has the final authority to decide upon the Arbitral Award.

In this sense of ideas, the Bangladeshi Courts may have violated the obligation to avoid interference upon the Arbitral procedure, as established in the referred article of the New York Convention.

After the declaration of inexistence of the Arbitral Tribunal, which led also to the declaration of inexistence of the Award by the Local Courts, the matter was dealt under the ICSID Case No. ARB/05/7, in relation to a BIT celebrated between Italy and the Republic of Bangladesh. Respondent mainly argued, that "*a dispute arising out of the ICC Award is not a dispute arising directly from the original investment, i.e., from the Contract*"², following this line of argument the Tribunal reasoned that "*the rights arising out of the ICC Award arise only indirectly from the investment*"³. However the Tribunal expressed that article 25 of the ICSID investment:

"[M]ust be understood as covering all the elements of the operation, that is not only the ICC Arbitration, but also inter alia the

² Saipem S.p.A. v People's Republic of Bangladesh [2007] ICSID Case No. ARB/05/7, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, para. 112.

³ *Ibid* para. 113.

*Contract, the construction itself and the Retention Money (see above No. 110). Hence in accordance with previous case law, the Tribunal holds that the present dispute arises directly out of the overall investment".*⁴

In the final award rendered on June 20, 2009, the Tribunal decided that: *"the actions of the Bangladeshi courts do not constitute an instance of direct expropriation, but rather of 'measures having similar effects' within the meaning of Article 5(2) of the BIT. Such actions resulted in substantially depriving Saipem of the benefit of the ICC Award".*⁵

If we look closely, the Tribunal recognizes that the Award in itself has benefits, in other words, a monetary value in benefit of the investor, in this case *Saipem*.

Furthermore, the Tribunal considered that *"the decision of the Bangladeshi Supreme Court that the ICC Award is 'a nullity' is tantamount to a taking of the residual contractual rights arising from the investments as crystallised in the ICC Award."*⁶ Such decision establishes that the court intervention to the proceeding, and to the award in itself, was a violation of Article 5 of the BIT and, as it will be further analyzed, a violation of Article II of the New York Convention.

As it has been showed, there are rights that are born from the award itself, from which parties can benefit. Following the same criteria, under the case *CME v Czech Republic* the Tribunal found that *"the Respondent, represented by the Media Council, breached its obligation not to deprive the Claimant of its investment"*.⁷

Accordingly, the awards contain benefits upon which parties can benefit from. But this is not settled finally; there are other arguments that can arise, particularly the lack of transfer of rights, in other words, that there has not been a physical taking of the investment. The rights within the award haven't been materialized; therefore, it is a potential right to be transformed into a physical benefit, *i.e.*, the award transforms in the way the reparation must be made.

Furthermore, in the case *Fedax v Venezuela* in the decision on jurisdiction of July 11, 1997, the Tribunal found that the promissory notes signed by the Government of Venezuela were in themselves regarded as an investment. *"The investor would change with every endorsement but the investment itself would remain constant."*⁸ If we regard an award to hold in itself rights, then it can be regarded as an investment as set forth in the case *Fedax v Venezuela*.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Saipem S.p.A. v People's Republic of Bangladesh* [2009] ICSID Case No. ARB/05/7, Final Award, para. 129.

⁶ *Ibid.*

⁷ *CME v Czech Republic* [2001] UNCITRAL Arbitration Proceedings, Partial Award, para. 591.

⁸ Schreuer, C., Malintoppi, L. Reinisch, A. and Sinclair, A. *The ICSID Convention A Commentary*, 2009, Cambridge University Press, Cambridge, p. 182, para. 349.

III] No transfer of rights

The typical view of a direct or indirect expropriation deals mainly with a physical taking of the property or a loss of the rights, in other words, the investor no longer has a title over the property or has lost such property through a creeping method made by the Host State. It could be argued then that the arbitral award recognizes the rights of the Investor and that the transfer of such rights does not take place when a court intervention occurs, in other words, the Investor is still recognized within the award. Therefore, no rights are being effectively transferred to the Host State, for such reason it is a matter outside Investment Arbitration.

In addition, it could be then argued that a taking must exist, a material transfer of rights from the Investor to the State. In that regard, if an award is rendered by the Tribunal, the rights and obligations of the parties are settled, hence there could not be a transfer of rights. Thus, no direct or indirect taking has happened.

In the same finding –*CME v Czech Republic*– the Tribunal established that even if there are no takings, either directly or indirectly, what it is important is that the commercial value of the investment of claimant was destroyed:

*“What was destroyed was the commercial value of the investment in CNTS by reason of coercion exerted by the Media Council against CNTS in 1996 and its collusion with Dr. Zelezny in 1999”.*⁹

The importance resides in whether the investor can enjoy the benefits of its right, in this case, the benefits of a right contained in a piece of paper, thus an award: *“De facto expropriations or indirect expropriations, i.e. measures that do not involve an overt taking but that effectively neutralize the benefit of the property of the foreign owner, are subject to expropriation claims. This is undisputed under international law”.*¹⁰

Going further, it could be argued that the right within the award is not affected since the investor is recognized as having rights within the award, therefore no affection of its position has happened, in the case *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v Tams AFFA* *“a deprivation or taking of property may occur under international law through interference by a state in the use of that property or with the enjoyment of its benefits, even where legal title to the property is not affected.”*¹¹

What is more, in the case *Tokios Tokelés v Ukraine*¹² the tribunal highlighted that the physical intervention was not relevant in establishing

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid* para. 604.

¹¹ Ripinsky, S and Williams, K. Case Summary of *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v Tams-Affa Consulting Engineers of Iran*, available at: http://www.biccl.org/files/3948_tippetts_synopsis.pdf <

¹² *Tokios Tokelés v Ukraine*, [2007] ICSID Case No. ARB/02/18, Final Award

intervention by the state, even if there was not “*destruction of machinery; no seizure of materials; no exclusion of staff from offices; no arrest of ships; and so on*”¹³, rather it recognizes that the State obligations of the *investment* relate not only to the physical property of Lithuanian investors but also to the business operations associated with that physical property.¹⁴

As it is shown, the right of the party contained in a piece of paper, whether it is a contract, or in this case, an award, is subject to recognition as an Investment; not because in itself is an investment, rather because the interference by the State gives occasion to a blockade for the benefits of the rights enshrined in the Award. The blockade can be through court interferences, either passively or actively.

IV] Court intervention by actions or inactions

Court intervention to an arbitral award can be made in different forms; one could be through a direct intervention to the proceedings or in denying the recognition and enforcement of the award, the other can be through an inactivity of the courts in recognizing and enforcing the award.

1. Inactions

As said before, the court of the place where the recognition and enforcement of a Foreign Arbitral Award is sought, can take a passive attitude before the recognition and enforcement of it, *i.e.*, doing nothing. Resting the case in the courts without pushing forward. In the final award of the Investment Arbitration case *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v Ecuador*, the court interference was through inactivity of the courts, regarding such inactivity as denial of justice. Even though, such case relates to 7 cases litigated before local Courts, it could be regarded as a handy example when a Court is subject to recognize or execute a Commercial Arbitral Award.

For example there was a case –within such 7 cases– pendent for evidentiary hearing more than 14 years. In such Arbitration claimant argued a violation of article II(7) of the BIT, “*effective means of asserting claims and enforcing rights*”, in this regard, parties facing a passive intervention by the courts can claim an undue effective mean for enforcing a right, *i.e.*, *denial of justice for undue delay*.

In Chevron’s case, Ecuador claimed that in order to establish a denial of justice for undue delay, first there must be an exhaustion of local remedies. Ecuador cites Paulsson: “*denial of justice encompasses the notion of exhaustion of remedies. There can be no denial of justice*

¹³ *Ibid* para. 111.

¹⁴ Tokios Tokelés v Ukraine [2004] ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on jurisdiction, para. 92.

before exhaustion”¹⁵, further, the Tribunal in the award on the merits establishes that a country –particularly Ecuador and Article II(7)– must “provide foreign investors with means of enforcing legitimate rights within a reasonable amount of time”¹⁶.

As a principle of international law, the exhaustion of local remedies is a must. Furthermore, it is acknowledged, that “the purpose for the exhaustion of local remedies is to enable the state to have an opportunity to redress the wrong that has occurred within its own legal order”¹⁷ reducing potential claims.

Article 14(2) of the Draft Articles on Diplomatic Protection defines *Local Remedies* as “remedies which are open to an injured person before the judicial or administrative courts or bodies, whether ordinary or special, of the State alleged to be responsible for causing the injury”, – such Draft Articles must be understood as *soft law*, on which we can infer some principles of International Law.

Furthermore, Article 14(3) of the Draft Articles, establish that the “local remedies shall be exhausted where an international claim, or request for a declaratory judgement related to the claim”. In the case between United States and Ecuador, having 7 pendent cases for more than several years, could be regarded as undue delay, therefore exempting the requirement of exhaustion.

Also, the Draft Articles on Diplomatic Protection give some kind of light regarding delays by the courts, under Article 15 (b), “there is undue delay in the remedial process which is attributable to the State alleged to be responsible”.

Even if the tribunal establishes that such delay was analyzed solely on the necessity of the interpretation of the BIT between United States and Ecuador, such principle can be established as a principle of international law, regarding the obligations set upon by the States, this is reflected under Article 19(b) of the said Draft Articles; it establishes that a State entitled to exercise diplomatic protection should take into account the point of view of the injured person and the reparation to be sought.

In analyzing the reasonability of the delay by the Ecuadorian courts, the Tribunal considered the complexity of the cases and the Claimant’s behavior in the delay.¹⁸ Thus, a timeframe for the recognition and enforcement of the award must be analyzed on a case by case basis, but, reasonability must take part, taking into account that it might not be necessary to exhaust local remedies.

Remarkably, Article 26 of the ICSID Convention excludes the requirement of exhaustion of local remedies, unless it was agreed

¹⁵ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v Ecuador*, [2008] PCA Case No. 34877 Interim Award, para. 234.

¹⁶ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v Ecuador*, [2010] PCA Case No. 34877, Award on the merits, para. 250.

¹⁷ Shaw, M. *International Law*, 2008, Cambridge University Press, Cambridge, p. 819.

¹⁸ *Ibid* para 254.

otherwise: “Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.”

While negotiating a BIT, Parties are free to agree for the exhaustion of local remedies, nevertheless “the clauses of this kind are rare and are found mostly in older BITs”¹⁹, but we have to bear in mind that we are dealing with the problem of recognition and enforcement of the award, which must be dealt by local courts exclusively, since they hold the *ius imperium* to oblige someone to comply, in other words, they hold exclusive jurisdiction regarding the enforcement of an award.

If local Courts do not act promptly or are inefficient, it must be analyzed as to whether the Arbitral Award and the rights enshrined within are capable to undergo as a way of counterbalance before an Investment Arbitration.

2. Actions

On the other hand, State courts can bring direct actions interfering to the recognition and enforcement of an award, such interference could be in the way of derailing the arbitral proceedings or declaring the award null, void or incapable to be performed, as set forth in the New York Convention.

A case that best exemplifies the intervention by a court is the case –already referred above– *Saipem S.p.A. v The People’s Republic of Bangladesh*, let’s remember that in this case, the national Courts of Bangladesh interfere directly in the proceedings by revoking the authority of the ICC Arbitral Tribunal, causing the neglecting of the Award by the local Courts.

Such Court intervention did not succeed since the ICC Arbitral Tribunal concluded that the authority to revoke was within the sole powers of the ICC Court not the Courts of Bangladesh; otherwise will be contrary to the general principles of international arbitration.²⁰ Therefore, the ICC Arbitral Tribunal rendered an award, despite the Court opposition.

The reasoning of the national Courts of Bangladesh in denying the award is an interesting one; *Petrobangla* –respondent to the ICC Arbitration– filed an application to set aside the ICC Award, the High Court of Bangladesh denied the application since “there is no Award in the eye of the law, which can be set aside”.²¹

¹⁹ Dolzer, R., and Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, 2012, Oxford University Press, Oxford, p. 265.

²⁰ *Saipem S.p.A. v People’s Republic of Bangladesh* [2009] ICSID Case No. ARB/05/7, Final Award, para. 45

²¹ *Ibid* para. 50.

The point of view by the Courts is really interesting, why deny something that never existed? if such is the case, can an Investment Arbitral Tribunal recognize the Award as a good to be expropriated if it “never existed”? The Tribunal in *Saipem* established that “the rights determined by the Award are capable in theory of being expropriated”²².

In view of the Arbitral Tribunal, the ICC Award contained rights which benefited Claimant, therefore the court interference resulted as an action tantamount to expropriation: “In respect of the taking, the actions of the Bangladeshi courts do not constitute an instance of direct expropriation, but rather of “measures having similar effects” within the meaning of Article 5(2) of the BIT. Such actions resulted in substantially depriving *Saipem* of the benefit of the ICC Award. This is plain in light of the decision of the Bangladeshi Supreme Court that the ICC Award is ‘a nullity’. Such a ruling is tantamount to a taking of the residual contractual rights arising from the investments as crystallised in the ICC award. As such, it amounts to an expropriation within the meaning of Article 5 of the BIT”.²³

Further, the Tribunal examines if the actions taken by the courts were illegal or not. The Tribunal first recognized that is not sufficient to be deprived of the benefits of the award, since such measure will entail that every set aside of an Award could be brought before Investment Arbitration.²⁴ In such analysis the Tribunal dealt with the New York Convention, particularly Article II(3) and Article II(1). “Bangladesh is right that Article II(3) of the New York Convention requires courts of member states to refer the parties to arbitration ‘when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an [arbitration] agreement’. However, Article II(1) of the New York Convention imposes on Bangladesh a wider obligation to recognize arbitration agreements”.²⁵

Then, we can find that Arbitral Tribunals must assess the actions taken by the Courts when dealing with Commercial Awards, under the light of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

V] The clash of principles in the New York Convention

There is a question, similar to the 9th Soliloquy of Hamlet, a “to be or not to be situation”²⁶. Did the local courts violate the New York Convention under Article II(1) or did they act in accordance with a right envisaged by the same Convention under Article V(1)(e)?

In analyzing the case, the Tribunal established that the main obligation of the Bangladeshi Courts is to recognize arbitration

²² *Ibid* para. 122.

²³ *Ibid* para. 129.

²⁴ *Ibid* para. 133.

²⁵ *Ibid* para. 166.

²⁶ Available at: “<http://en.wikipedia.org/wiki/To_be,_or_not_to_be>”

agreements, Article II(1) New York Convention.²⁷ On the other hand, Jan Paulsson establishes a point of view by detractors of arbitration “when the intervening court is the one at the seat of arbitration, it may be pointless, imprudent, or indeed unlawful for the arbitrators to proceed.”²⁸

Furthermore, let’s remember that Article II(1) establishes that “Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences... capable of settlement by arbitration”.

The Tribunal established that the decision to revoke the Tribunal’s authority is a violation that frustrates the spirit of the convention, particularly a violation to the recognition of the arbitration agreements.²⁹

Contrariwise, the consequence of declaring the award null is that the award is inoperative in the jurisdiction or in the local courts declared. Such is what is expressed by Article V(1)(e) on which “Recognition and enforcement of the award may be refused, ... that ... (e) [t]he award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.”

As well, the opposing view is an interesting one, since the local court in which the award will be executed has a say on the matter, but let’s remember that there was Court intervention.

The Tribunal in the case at hand did not review Article V(1)(e) of the New York Convention since the matter was not dealing with the issuance and validity of the award, rather it was dealing with the revocation of the Tribunal’s authority. This is due to the fact that there was a direct intervention by the Courts to the Tribunal and the Arbitration proceedings, “many authorities hold that Article II(1) and II(3) impose a mandatory (not discretionary) obligation to give effect to arbitration agreements”³⁰, in this sense it was sufficient to analyze such Article II.

Nevertheless, a case-by-case analysis must be performed in order to establish if the local courts complied with the principles contained in the New York Convention, particularly to what the Tribunal established as the “spirit of the convention”.

In this sense of ideas, there are two prevailing principles within the New York Convention which will be referred as principles regarding the positive freedom by the Arbitral Tribunal to render a valid award and the negative freedom by the Arbitral Tribunals not to render an invalid

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Jan Paulsson, *Interference by National Courts*, in Lawrence W. Newman and Richard D. Hill (eds.) *The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration* (Second Edition, Juris Publishing) p. 125.

²⁹ See fn. 17, para. 167

award.³¹ As said before a “to be or not to be” situation, first, the obligation by the Courts to recognize and execute arbitral awards, second, the capability of the Courts to safe ward the State from awards inoperative or incapable to be performed.

The *Spirit of the Convention* must be understood as the main goal for the awards to be recognized and executed, not to be inoperative or incapable to be performed, this is what can be understood from the title of the New York Convention, being the main obligation by the States.

If something along the way happens to disrupt the legal nature of an international award within the limits of the New York Convention, an Investment Arbitration could counterbalance the negative effect of the disruption by the Host State when dealing with the recognition of the award.

VI] Conclusion

Local Court intervention when recognizing or executing Arbitral Awards can be used as a way to encourage local governments not to comply with the obligations set in such awards, violating Articles II(1) and II(3) of the New York Convention, thus creating a sense of disparity and helplessness for the party benefitted from such; but, in a way of checks and balances, Investment Arbitration comes into play in order to provide justice, since it has the power to order States to comply with such a finding, causing a precedent within the government that could modify the law and having a pro-arbitration policy within courts setting a Rule of Law.

³¹ Berlin, I., *Two Concepts of Liberty, Four Essays on Liberty*, Oxford University Press: available at: < http://www.wiso.uni-hamburg.de/fileadmin/wiso_vwl/johannes/Ankuendigungen/Berlin_twoconceptsofliberty.pdf>

La cesión de bienes en pago a los acreedores

MARIO DE LA MADRID ANDRADE¹

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares.* II. *Concepto.* III. *Naturaleza jurídica de la cesión de bienes en pago.* IV. *Diferencia con la dación en pago.* V. *Efectos de la cesión de bienes en pago.*

Resumen. La cesión de bienes es un contrato atípico en México. En este artículo el autor sostiene que la cesión de bienes en pago comprende dos aspectos fundamentales que son los que caracterizan a la figura: por una parte, el deudor y los acreedores acuerdan una forma de cumplimiento diferente aquél que corresponde a la relación obligatoria en su origen; por otra, precisamente con esa finalidad, el deudor concede a los acreedores la facultad de disponer de los bienes que son objeto de la cesión, para que se vendan y con su producto, se paguen las deudas. En este sentido, en la cesión de bienes está implícito un mandato por el que se encomienda a los acreedores la venta de los bienes cedidos y el pago de los créditos adeudados con el precio de la operación, hasta el monto que represente el importe líquido de la enajenación. Es también, una forma de negocio autorizativo, tema que el autor aprovecha para desarrollar con detalle.

Palabras clave: Cesión de bienes, deudor, contrato atípico, mandato.

Abstract. *The transfer of assets is an atypical contract in Mexico. In this article the author argues that the transfer of assets in payment comprises two fundamental aspects that are characteristics to the figure: first, the debtor and creditors agree in a way of fulfillment, different to the one corresponding to the relation of its origin; on the other hand, precisely for this purpose, the debtor gives creditors the right to dispose of the goods that are the subject of the sale, to be sold and with its products, the debts are paid. In this regard, the transfer of assets by a mandate that is implied is entrusted to the creditors' sale of the leased property and the payment of debts owed to the price of the transaction, to the amount representing the net proceeds on disposal. It is also a way of authoritative business, subject that the author fails to develop in detail.*

Keywords: *Transfer of assets, debtor, atypical contract, mandate.*

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana. Director de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colima y profesor de Derecho en la Universidad Panamericana y la Universidad de Colima.

I] Consideraciones preliminares

La *cesión de bienes en pago* a los acreedores es un *contrato atípico* en México. Aún cuando está previsto en el artículo 2063 del Código Civil Federal (en lo sucesivo CCF), según el cual, el “deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas”, carece de un régimen jurídico especialmente aplicable al mismo, salvo aquél que regula la concurrencia y prelación de los créditos,² que son aplicables a los convenios “sobre el efecto de la cesión”. De acuerdo con dicho artículo, la cesión de bienes sólo libera al deudor de responsabilidad “por el importe líquido de los bienes cedidos”, salvo pacto en contrario.

El artículo 2587, fracción V, del CCF, contempla también la *cesión de bienes*, entre los negocios jurídicos que requieren poder o cláusula especial para que puedan ser realizados por el mandatario, a quien se ha conferido poder general para pleitos y cobranzas.

La cesión de bienes ha sido confundida por algún tribunal federal con la dación en pago,³ y sólo ha sido enunciada en una sola decisión, en la que se reconoció que “la satisfacción del interés del acreedor puede producirse de un modo diverso del convenido o programado inicialmente mediante una serie de procedimientos, como la cesión de bienes, la dación en pago, el ofrecimiento de pago y consignación, la compensación y la condonación, que sustituyen o suplen al cumplimiento en sentido genuino, razón por la cual se les identifica, en conjunto, como subrogados del cumplimiento”.⁴

² Artículos 2964 a 2998 del Código Civil Federal.

³ Véase la tesis del Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito: DACIÓN EN PAGO. CONTRATO. ACREDITA EL INTERÉS JURÍDICO EN EL JUICIO CONSTITUCIONAL. Novena Época. Registro: 201118. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. IV, Octubre de 1996, Materia(s): Civil. Tesis: IV.3o.12 C. Página: 513. En esta tesis, el tribunal federal se refiere al artículo 1957 del Código Civil de Nuevo León, según el cual “el deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores, se sujetarán a lo dispuesto en el título relativo a la concurrencia y prelación de los créditos.” De acuerdo con el mencionado tribunal, ese artículo “prevé que, mediante convenio con los acreedores, el deudor puede efectuar lo que la doctrina llama “dación en pago” o “pago por entrega de bienes”, caso en que el acreedor acepta liberar al deudor recibiendo otra cosa en lugar de la debida”.

⁴ Véase la tesis del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito: CESIÓN DE DERECHOS Y SUBROGACIÓN. LA DIFERENCIA ENTRE AMBAS FIGURAS TRASCIENDE A LA FORMA DE ACREDITAR LA TRANSMISIÓN DE UN TÍTULO DE CRÉDITO. Novena Época. Registro: 173088. Instancia: Tribunales

Este contrato tiene su antecedente en la *cessio bonorum* del Derecho Romano, que permitía al deudor que se encontraba en una situación de insolvencia ofrecer a sus acreedores los bienes que tenía, para que éstos los vendieran y pagaran los créditos con el precio de la venta. Los acreedores debían aceptar esta solución cuando el deudor la solicitaba al magistrado (*beneficiun cessionis ex lege Iulia*); se excluía así toda posibilidad de ejecución personal. Quien hacía la *cessio* quedaba “defendido frente a los acreedores residuales por el ‘beneficio de competencia’ (en la medida del alcance de la solvencia actual del deudor)”.⁵

Este contrato está regulado en el Derecho Italiano en los artículos 1977 a 1986 del Código Civil de 1942.

En el presente estudio nos hemos propuesto analizar cuál sería el régimen al que quedaría sujeta la *cesión de bienes en pago* a los acreedores en el Derecho Mexicano.

II] Concepto

La *cesión de bienes en pago* es el contrato por virtud del cual el deudor cede a sus acreedores la *facultad de disponer* de todos o parte de sus bienes, para que se vendan y, con el producto de la enajenación, se paguen los créditos que se les adeudan, hasta el importe líquido de tales bienes, salvo pacto en contrario.

Como lo afirma Messineo, “el deudor encarga a la totalidad de sus acreedores o solamente a algunos de ellos, liquidar todos o algunos de sus activos (bienes o crédito) y, al mismo tiempo, repartir entre ellos el producto, en satisfacción (hasta la concurrencia) de los respectivos créditos; o, si tal producto es insuficiente, en proporción de ellos, salvo causas legítimas de prelación (satisfacción por dividendo)”.⁶

El artículo 1977 del Código Civil Italiano señala que “la cesión de los bienes a los acreedores es el contrato por el cual el deudor encarga a sus acreedores o a alguno de ellos que liquiden todos o algunos de sus activos y se repartan entre sí el producto en satisfacción de sus créditos”. Por virtud de la cesión, se concede a los acreedores cesionarios la administración de los bienes cedidos, a quienes se otorga, además, la facultad de “ejercitar todas las acciones de carácter patrimonial relativas a dichos bienes” (artículo 1979).

La *cesión de bienes* es, junto con la *dación en pago*, un *sustituto del cumplimiento* de las obligaciones que permite al deudor evitar la ejecución coactiva en su patrimonio por parte de los acreedores, puesto

Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXV, Marzo de 2007, Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.605 C. Página: 1643.

⁵ Cfr. D’ORS Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra, novena edición, Pamplona 1997, pp. 121, 164.

⁶ Cfr. MESSINEO Francesco, *Derecho Civil y Comercial*, tomo IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1979, pp. 283-284.

que sustituye la *liquidación judicial* por la *liquidación negocial* de sus bienes.⁷ De esta manera, el deudor cuenta con la posibilidad de pagar sus deudas con el precio de la venta de los bienes; se produce así el *cumplimiento sustituto* de sus obligaciones.

La *cesión de bienes* puede comprender todos o parte de los bienes del deudor y puede celebrarse con todos los acreedores o sólo con alguno de ellos.⁸ En México, la cesión de bienes resulta inoponible a los acreedores que quedaran excluidos de la misma, y, por lo tanto, conservan el derecho de hacer efectivos sus créditos sobre los bienes objeto de la cesión.

III] Naturaleza jurídica de la cesión de bienes en pago

El asunto de la naturaleza jurídica de la cesión de bienes en pago a los acreedores ha sido un tema controvertido en la doctrina, en la que se han desarrollado varios enfoques divergentes. No obstante, podría afirmarse que éstos parecen confluir, en cierto sentido, en torno al *mandato para enajenar o para liquidar*, que es la tesis que predomina.

1) De acuerdo con algún autor, la cesión de bienes es un contrato por el que se transmite la *facultad de disponer* de los bienes del deudor, sin que se transmita la propiedad de los mismos.⁹

No obstante, por sí mismo, este rasgo ha sido señalado como insuficiente para caracterizar la cesión de bienes, en razón de que la facultad de disposición se observa en otra clase de negocios jurídicos, como en la *anticresis*, contrato de garantía que comprende la autorización de percibir los frutos del inmueble que el deudor ha entregado en posesión al acreedor, los cuáles podrá vender para pagar el crédito que le adeuda el propietario del inmueble o un tercero.

2) Para Betti, la cesión de bienes a los acreedores tendría el carácter –al mismo tiempo– de un *contrato de mandato* en su aspecto *estructural* y de un *contrato autorizante de autotutela privada* en su aspecto *funcional*.¹⁰

En opinión de Betti, la cesión de bienes es un contrato instituido en el *interés prevalente del deudor*, dado que tiene por finalidad la liquidación de los bienes cedidos. Esto supone un complejo de operaciones que son –según el profesor italiano– una subespecie de la

⁷ Cfr. MESSINEO, op. cit., p. 283.

⁸ Cfr. MESSINEO, Ib. pp. 283-284.

⁹ Cfr. FOA A., *Cessione di Beni di Creditori*, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, volumen 32, 1ª parte, Milán 1934, p. 55, número 11.

¹⁰ Cfr. BETTI Emilio, *Natura Giuridica delle Cessione del Beni al Creditori*, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, volumen 33, 2ª parte, Milán 1935, p. 314, número 3. Cfr. ACUÑA Anzorena Arturo, *Cesión de Bienes*, en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, tomo II, Bueno Aires 1992, p. 986.

actividad de administración, que se despliega en interés del propietario de los bienes.¹¹

Betti sostiene que el mandato conferido goza del carácter de *irrevocable*, en razón de que, al estar configurada la cesión como autotutela convencional, la revocación por parte del deudor no puede ser arbitraria, de lo contrario se afectaría la expectativa que los acreedores han obtenido, por virtud de la cesión, de cobrarse por medio de la liquidación.¹²

De acuerdo con Betti, la cesión de bienes importa una *autorización* que el deudor confiere a sus acreedores de liquidar los bienes y disponer de ellos. Este poder lleva en si la posibilidad de cumplir actos de gestión, de disposición, de obligación destinados a obrar directamente en la esfera jurídica de otra persona, lo que explica la eficacia de los actos cumplidos por los cesionarios en las relaciones entre terceros y cedente.¹³

3) Por su parte, Messineo rechaza la tesis del mandato para enajenar bajo el argumento de que el hecho de realizar un acto jurídico por cuenta de otro, que es el rasgo característico del mandato, es demasiado genérico. Para determinar la naturaleza jurídica de la cesión de bienes debe ponerse atención en la *función solutoria* que presta esta figura contractual, que se efectúa a través de un encargo de liquidar los bienes del deudor y de repartir su producto entre los acreedores.¹⁴

En este sentido, la cesión de bienes debe calificarse, según Messineo, como *cesión pro solvendo* desde una doble perspectiva: por una parte, el efecto de la cesión no es liberatorio de inmediato, sino que queda sujeto al hecho de que los bienes se vendan y se pague a los acreedores; por otra parte, es una *cesión no-traslativa* respecto de los acreedores, por cuanto a que el deudor conserva la propiedad de los bienes, hasta el momento de su enajenación a terceros.¹⁵

El citado autor señala que se trata de una *cesión pro solvendo* anómala¹⁶ para diferenciarla, en cierto modo, de la *cesión pro solvendo* ordinaria. Ésta recae sobre créditos cuya titularidad se trasmite en pago a los acreedores, bajo la condición de que tales créditos sean efectivamente cubiertos a su vencimiento –es decir, salvo buen cobro–, momento en el cual el pago realizado de esa manera surte plenamente sus efectos.

No obstante, Messineo reconoce que la tesis que aprecia en la cesión de bienes la transmisión de la *facultad de disponer* de los bienes del deudor al objeto de pagar a los acreedores, “se aproxima a la verdad, pero no la alcanza plenamente, porque se detiene en la fase

¹¹ Cfr. BETTI, pp. 311-314, número 2.

¹² Cfr. BETTI, pp. 316-317, número 4. Cfr. ACUÑA, op. cit., p. 986.

¹³ Cfr. BETTI, pp. 317-320, número 5.

¹⁴ MESSINEO, tomo IV, pp. 286, 287.

¹⁵ MESSINEO, tomo IV, p. 287.

¹⁶ MESSINEO, tomo IV, p. 287.

inicial de la relación anterior a su desarrollo".¹⁷ En ese sentido, aún cuando dicha tesis sólo presenta un enfoque parcial de la figura jurídica que se analiza, nos parece que es la que nos permite explicar mejor la naturaleza jurídica de esta clase de cesión, como más adelante se expone.

4) En opinión de Díez Picazo, "es más exacta la tesis, muy extendida, que considera que existe en la cesión de bienes un *negocio jurídico autoritativo* por virtud del cual se concede a los acreedores una especial legitimación para realizar en su propio interés actos dispositivos sobre los bienes del deudor".¹⁸

5) En México, Robles Farías es de la idea de buscar un vehículo jurídico para que los acreedores puedan promover y ejecutar la venta de los bienes del deudor. Para él, las figuras utilizadas más a menudo son el fideicomiso y el mandato especial.¹⁹

Según el citado autor, con el mismo fin, mediante el contrato de mandato puede pactarse que la parte deudora otorgue facultades especiales de representación a favor de alguno de los acreedores o de un tercero.²⁰

Ahora bien. Desde nuestra perspectiva, la *cesión de bienes en pago* comprende dos aspectos fundamentales que son los que caracterizan a la figura: (1) por una parte, el deudor y los acreedores acuerdan una forma de *cumplimiento diferente* de aquél que corresponde a la relación obligatoria en su origen; (2) por otra, precisamente con esa finalidad, el deudor concede a los acreedores la *facultad de disponer* de los bienes que son objeto de la cesión, para que se vendan y con su producto, se paguen las deudas.

En este sentido, en la cesión de bienes está implícito un *mandato* por el que se encomienda a los acreedores la venta de los bienes cedidos y el pago de los créditos adeudados con el precio de la operación, hasta el monto que represente el importe líquido de la enajenación.

Este mandato se otorga en interés del mandante (cedente) y de los mandatarios (cesionarios). Y es que mediante la cesión de bienes, los acreedores (mandatarios) cumplen el mandato en interés propio al realizar los bienes del mandante, puesto que lo hacen para pagarse con su precio; se trata, pues, de un mandato *in rem suam*.²¹

El mandato conferido para los efectos apuntados no es, necesariamente, un mandato con representación. El hecho de que se conceda a los acreedores por virtud de la cesión de bienes la *facultad de*

¹⁷ MESSINEO, tomo IV, p. 286.

¹⁸ DIEZ Picazo Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, segunda edición, Madrid 1996, p. 559.

¹⁹ Cfr. ROBLES Farías Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, Oxford, México 2010, p. 485.

²⁰ Ídem.

²¹ Cfr. ACUÑA Anzorena, op. cit., pp. 986-987.

disponer de éstos sólo para los efectos de su enajenación y pago de los créditos adeudados, permite que la disposición de los bienes por los acreedores se realice, incluso, en nombre propio precisamente porque se les ha cedido a éstos la facultad de disponer de tales bienes. De ahí que la cesión de bienes pueda comprender un *mandato sin representación*.

En el supuesto de que la cesión de bienes tenga por objeto bienes inmuebles o bienes muebles registrales, la ejecución del mandato sin representación vinculará al deudor propietario de los bienes (mandante) con el tercero que adquiera tales bienes. El señalado efecto está expresamente establecido en el artículo 2561 del CCF, que prevé como excepción a la regla según la cual el mandatario es quien resulta "obligado directamente con la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo", el hecho de que el mandato sin representación se refiera a "cosas propias del mandante". Al comentar el referido precepto legal, Rojina Villegas señala que el mandato sin representación crea relaciones jurídicas entre el mandante y terceros, cuando "el mandatario, al ejecutar el mandato por cuenta del mandante, lo [hace] respecto de cosas propias de éste, por ejemplo, cuando venda un bien del mandante, de tal manera que la relación jurídica se fincará directamente con él".²²

Sobre el particular, Messineo ha señalado que en ciertos supuestos, los actos de disposición realizados por el sujeto no-titular del derecho son eficaces, debido a que el sujeto cuenta con el *poder de disposición sobre un derecho ajeno*. En este caso, el sujeto tiene la *legitimación o la autorización para disponer*.²³

En el Derecho Mexicano se reconoce la posibilidad de que el acreedor prendario venda directamente los bienes pignorados, aunque carezca de la propiedad de tales bienes, cuando se ha pactado la venta extrajudicial de los mismos (artículo 2884 del CCF).²⁴ La misma facultad de enajenar extrajudicialmente los bienes hipotecados se confiere al acreedor hipotecario (artículo 2916 del CCF).²⁵ Se trata de un supuesto de *legitimación indirecta*, tal como lo ha puesto de relieve Sánchez Medal respecto de la prenda, por virtud de la cual la enajenación de los bienes pignorados la realiza el acreedor de manera directa,²⁶ según quedó señalado.

²² ROJINA Villegas Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, tomo VI, volumen II, Porrúa, séptima edición, México 2001, p. 75.

²³ Cfr. MESSINEO Francesco, *Derecho Civil y Comercial*, tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1979, p. 105.

²⁴ En este caso, el acreedor prendario debe notificar al constituyente de la prenda que va a proceder a la venta de la cosa pignorada, para permitir al deudor o al constituyente de la prenda hacer uso del derecho a obtener la libración de ésta mediante el pago de la deuda (artículos 2884 y 2885 del CCF).

²⁵ Cfr. SÁNCHEZ Medal, op. cit., p. 504.

²⁶ Cfr. SÁNCHEZ Medal Ramón, *Contratos Civiles*, Porrúa, décimo novena edición, México 2002, p. 485.

Incluso, tratándose de la prenda, los artículos 2868 y 2869 del CCF prevén la hipótesis de la *prenda de cosa ajena*, la cual se considera eficaz tal como si el mismo propietario del bien hubiera sido quien constituyó la prenda, cuando “se prueba debidamente que el dueño presto su cosa a otro con el objeto de que éste la empeñara”. Este es un caso de *disposición de cosa ajena*, realizada a nombre y por cuenta propia por el tercero autorizado. Es también un caso de *autorización*. La regla según la cual “nadie puede dar en prenda las cosas ajenas sin estar autorizado por su dueño” (2868), también puede expresarse en el sentido de que “las cosas ajenas pueden darse en prenda si se está autorizado para ello”.

Es preciso señalar que el *poder de disposición* sobre los bienes ajenos no sólo se confiere mediante un *poder de representación* que faculta al apoderado (representante) para disponer de los bienes del poderdante (representado),²⁷ sino que también puede tener su origen en un *negocio autorizativo* –o negocio de autorización–.²⁸

Como lo afirma Messineo, el *poder de disponer* del que se trata “se refiere al caso en que el poder es atribuido sobre el círculo jurídico-patrimonial ajeno, en el sentido de que el investido del poder obra [...] en nombre propio y dispone con efecto directo sobre ese círculo”.²⁹

Desde una perspectiva estructural, dicho *poder* se diferencia substancialmente del *poder de representación* en que éste “se ejercita mediante un obrar en nombre del representado”, en tanto que aquél se ejerce “mediante un obrar en nombre propio”. Además, a diferencia del segundo, el poder de disposición “no importa deber, sino facultad”.³⁰

1. El negocio autorizativo

El *negocio de autorización* –o simplemente *autorización*– es una figura jurídica elaborada por la doctrina alemana.³¹ Desde el punto de vista gramatical, la palabra *autorización* tiene un significado similar al de *poder* y *mandato*, en el sentido de “acción y efecto de autorizar, o sea de dar a uno autoridad o facultad para hacer alguna cosa”.³² Sin embargo, el significado jurídico de tales expresiones es diferente.

²⁷ Cfr. MESSINEO, tomo II, pp. 105-106.

²⁸ Podríamos afirmar que la facultad de disposición puede tener su origen en (1) un poder de disposición, (2) en un mandato con poder, (3) en un mandato sin poder, (4) en una autorización y (5) en un negocio jurídico que transmita la disponibilidad de ciertos bienes.

²⁹ MESSINEO, tomo II, p. 412.

³⁰ MESSINEO, tomo II, p. 412.

³¹ La naturaleza jurídica de la autorización ha sido motivo de desacuerdo. Cfr. MESSINEO, tomo II, p. 414.

³² Cfr. OSORIO y Florit Manuel, *Negocio de Autorización*, en Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo XX, Driskill, Buenos Aires 1982, p. 210.

En efecto. De acuerdo con Messineo, la concepción más difundida de autorización “acentúa el poder de obrar, o sea, de influir en el círculo jurídico del autorizante, mediante negocios jurídicos de disposición (y, por consiguiente, respecto de terceros), realizados en nombre propio y, de ordinario, también en interés propio. Tal conferimiento de poder implica aprobación preventiva del autorizante; pero, por otra parte, el autorizado tiene facultad, no obligación, de poner en ser el negocio o los negocios para los cuales está autorizado”.³³ De esta manera, el hecho de que se carezca del deber de obrar, así como la posibilidad de obrar en nombre propio y en interés propio es lo que diferencian la *autorización* de la *representación* –o mejor dicho, del poder de representar–, puesto que en ésta sí se tiene el deber de obrar y, además, se actúa en nombre del representado.³⁴

El primero en resaltar la distinción entre *autorización* y *poder* fue Ihering.³⁵ En sentido amplio, el concepto de *autorización* comprende aquellas declaraciones de voluntad “que otorgan la facultad de influir de algún modo y mediante negocio jurídico en las relaciones y especialmente en el patrimonio del autorizante”.³⁶

En esencia, la referida denominación incluye el *poder* y el *consentimiento* (en el sentido de *asentimiento* y no como acuerdo de voluntades). De esta manera, el *poder* sería la “autorización de influir sobre el patrimonio del autorizante mediante una declaración de voluntad a emitir o a recibir en nombre del mismo”, en tanto que el *consentimiento* sería la “autorización para influir sobre el patrimonio del autorizante en virtud de un negocio jurídico a celebrar en nombre propio”.³⁷ De hecho, Enneccerus limitó la expresión “autorización” a este último concepto.³⁸

El *consentimiento* (asentimiento previo) es, junto con la *ratificación* (asentimiento posterior), una de las dos formas que puede adoptar el *asentimiento*, figura jurídica que fue regulada en los artículos 182 a 185 del Código Civil alemán de 1900. La relevancia de esta figura estriba en que determinados negocios jurídicos necesitan para su eficacia del asentimiento de una tercera persona que no participa en la conclusión del negocio. Como lo ha puesto de relieve Enneccerus, el asentimiento “se exige a veces en interés de los sujetos del negocio (o de las personas a quienes representan)” por diversos motivos: “(1) para precaverles de daño, (2) a veces en interés del mismo que lo presta, porque el negocio se concluye en su nombre, (3) porque en virtud del

³³ MESSINEO, tomo II, p. 414.

³⁴ Cfr. MESSINEO, tomo II, p. 414.

³⁵ Cfr. ENNECCERUS Ludwig, Theodor Kipp, Martín Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II, 2o. Volumen 1o., tercera edición, Bosch, Barcelona 1981, p. 776, en nota al pie de página.

³⁶ ENNECCERUS, op. cit., p. 776, en nota al pie de página.

³⁷ ENNECCERUS, op. cit., p. 776, en nota al pie de página.

³⁸ Cfr. ENNECCERUS, op. cit., p. 776, en nota al pie de página.

negocio se dispone de sus derechos o (4) porque, al menos de un modo mediato, es afectado en sus derechos o intereses".³⁹

Entre los casos más importantes del asentimiento está aquél en que una persona "en propio nombre dispone sobre un derecho ajeno, por ejemplo, enajenándolo, gravándolo o extinguiéndolo", supuesto en que necesita el asentimiento del titular, es decir, autorización para disponer.⁴⁰ Al respecto, el artículo 185 del Código Civil alemán señala que una "disposición que lleve a cabo sobre un objeto un no-titular es eficaz si se realiza con el consentimiento del titular".⁴¹

Entre los rasgos que caracterizan el asentimiento pueden mencionarse los siguientes: (1) se trata de una declaración unilateral recepticia; (2) puede declararse a una u otra parte; (3) puede preceder (consentimiento) o subseguir (ratificación) al negocio; (4) tiene el carácter de un negocio abstracto; (5) puede ser revocado hasta la conclusión del negocio y, (6) cuando el asentimiento es para la disposición por parte de otro, se considera a su vez una disposición.⁴²

Los fundamentos del negocio de autorización han sido aplicados por algunos autores a otras instituciones jurídicas tales como el contrato estimatorio –denominado en México consignación mercantil–, la cesión de bienes, la prenda de créditos, la asociación en participación, el mandato de venta, la subrogación y la sustitución.⁴³

En definitiva, no es lo mismo dar autorización para que se realice algún acto, que dar mandato –o encargo– para ello, puesto que, en este caso el mandatario queda obligado a ejecutar el encargo, en tanto que en el primero, el deber de ejecución del acto autorizado bien podría estar ausente.

2. La transmisión de la disponibilidad de los bienes

Con independencia de lo anterior, conviene abordar el tema relativo a la eventual transmisión de la *facultad de disponer* de los bienes del deudor, que operaría en la cesión de bienes en pago a los acreedores, supuesto en el que se produciría el *desmembramiento de la propiedad* precisamente en lo que respecta al *jus distrahendi* y, en consecuencia, esa clase de negocios jurídicos gozarían de eficacia real.

³⁹ ENNECCERUS, op. cit., p. 774. Hemos reubicado los números a que se refiere la cita, en la que estaban colocado s al final de cada supuesto de hecho mencionado por el autor.

⁴⁰ ENNECCERUS, op. cit., p. 775.

⁴¹ El que dispone en nombre propio de un derecho ajeno, necesita el asentimiento del titular. Aunque no existe en el Código Civil Federal un precepto que lo exprese en parecidos términos, se obtiene el mismo resultado del hecho de que el mandatario que actúe en nombre propio, vincula al mandante directamente con los terceros, cuando se trata de cosas propias de éste (artículo 2561 del CCF).

⁴² Cfr. ENNECCERUS, op. cit., pp. 781, 782, 783.

⁴³ Cfr. OSORIO, op. cit., 212.

La *transmisión de la disponibilidad* –que no la propiedad– sobre determinados bienes está reconocida en México respecto del contrato de *consignación mercantil* o *contrato estimatorio*. De acuerdo con el artículo 392 del Código de Comercio, la consignación mercantil es un contrato por virtud del cual, una persona denominada *consignante* (*tradens*) transmite la *disponibilidad* y no la propiedad de uno o varios bienes muebles, a otra persona llamada *consignatario* (*accipiens*), para que le pague un precio por ellos en caso de venderlos en el término establecido, o se los restituya en caso de no hacerlo.

En opinión de Messineo, se trata de “un caso de poder de disposición, aún sin el presupuesto de propiedad, o sea, un caso de autorización para disponer de cosa ajena, que viene a agregarse a” otros casos.⁴⁴

En tal virtud, la particularidad del contrato estimatorio estriba en que el ejercicio de la facultad de disposición sobre cosa ajena “hacer adquirir al tercero un derecho que no es propio” de la persona a quien se atribuye esa facultad. Incluso, la disponibilidad de las cosas atribuidas al concesionario, tiene como contrapartida, la privación temporal del poder de disposición respecto de tales cosas, por parte del concedente.⁴⁵ De este modo, se está ante un caso de propiedad sin poder de disposición.⁴⁶

En ese sentido, como lo afirma Messineo, “el contenido esencial del contrato estimatorio reside en atribuir al *accipiens* un poder de disposición, al cual, sin embargo, se acompaña (*ex lege*) la reserva de la propiedad de las cosas (aun con la pérdida de la disponibilidad de ellas) al *tradens*”.⁴⁷ El bien dejará de pertenecer al *tradens* una vez que el *accipiens* disponga de él y pague el precio. Mientras tanto, la propiedad del bien la conserva el *tradens* quien tiene la posibilidad de obtener su restitución si el precio estimado no se le paga en el término establecido.⁴⁸

Nos parece que este enfoque podría ser aplicable a la cesión de bienes en pago, puesto que en este negocio jurídico se otorga a los acreedores cesionarios la posibilidad de enajenar los bienes cedidos, aún cuando tales bienes pertenezcan al deudor cedente.

⁴⁴ MESSINEO Francesco, *Derecho Civil y Comercial*, tomo V, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1979, p. 158.

⁴⁵ De hecho, de conformidad con el artículo 393, fracción VII, del Código de Comercio, “los efectos consignados no podrán ser embargados por los acreedores del consignatario.”

⁴⁶ MESSINEO, tomo V, p. 159.

⁴⁷ MESSINEO, tomo V, p. 160.

⁴⁸ MESSINEO, tomo V, p. 160. En el mismo sentido, FARINA Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*, Astrea, primera reimpresión, Buenos Aires 1994, p. 595.

Se trata de un *negocio autorizativo*, al igual que el contrato estimatorio,⁴⁹ cuyo rasgo preeminente es precisamente la *autorización* que se concede a los acreedores cesionarios para disponer de los bienes frente a terceros, disposición que está limitada a la enajenación de los bienes para que se paguen las deudas que el deudor tenga con tales acreedores.

IV] Diferencia con la dación en pago

La cesión de bienes en pago a los acreedores se diferencia de la dación en pago en los siguientes aspectos:

a) La dación en pago transmite la propiedad de los bienes al acreedor en pago de la deuda, mientras que en la cesión de bienes sólo se transmite la disponibilidad de los bienes a los acreedores y la propiedad permanece en el patrimonio del deudor hasta que la venta se realiza.

b) La dación en pago extingue la deuda, es decir, tiene un efecto liberatorio inmediato a la transmisión de los bienes al acreedor (negocio *pro soluto*); en cambio, la cesión de bienes no extingue la obligación de inmediato, sino que tal consecuencia queda supeditada a la venta de los bienes y a la aplicación de su importe líquido al pago de la deuda (negocio *pro solvendo*). Como lo afirma Robles, la cesión de bienes "inicia un proceso de venta que conducirá al pago en efectivo de la deuda, hasta donde alcance el importe líquido de los bienes".⁵⁰

V] Efectos de la cesión de bienes en pago

Entre los efectos que produce la cesión de bienes en pago a los acreedores, es preciso considerar los siguientes:

a) La cesión de bienes en pago restringe el derecho que tiene el deudor de disponer de los bienes cedidos, puesto que el deudor concede facultades de disposición sobre tales bienes a sus acreedores. De este modo se establece, por vía convencional, un régimen de indisponibilidad al que queda sujeto el deudor. No obstante, el hecho de que el deudor disponga de los bienes cedidos con posterioridad a la cesión, el acto de disposición será válido y los terceros de buena fe que llegaran a adquirir tales bienes no tendrían porqué resultar afectados.

b) El deudor conserva la propiedad de los bienes, pero ha concedido el derecho de disponer de los mismos a sus acreedores.

c) La cesión de bienes se produce *pro solvendo*, no *pro soluto*, en razón de que el deudor sólo queda liberado frente a los acreedores

⁴⁹ De acuerdo con Farina, el contrato estimatorio es una forma de negocio autorizativo "cuya finalidad es subrogar al *accipiens* en la misma condición del *tradens* con respecto a la cosa objeto del contrato" (FARINA, op. cit., p. 597).

⁵⁰ ROBLES, op. cit. p. 485.

hasta el momento en que éstos reciben el pago y hasta el límite del pago, salvo pacto en contrario.

Cuando el precio de la venta de los bienes cedidos es insuficiente para pagar la totalidad de los créditos adeudados, los acreedores reciben una parte del precio como pago parcial, en proporción a sus respectivos créditos (*par condicio creditorum*), a menos de que algunos de los créditos sean preferentes o que las partes hayan acordado una distribución diferente. En tal caso, el deudor no queda liberado del pago de las cantidades restantes.

d) En la hipótesis de que el precio de la venta de los bienes cedidos fuere superior respecto del monto de los créditos adeudados, el remanente del producto de la venta le corresponde al deudor.

e) Los bienes sobrantes, esto es, los bienes que no hayan sido enajenados por haberse satisfecho los créditos adeudados con el importe de la venta de otros bienes, deben ser restituidos al deudor, quien recobra por ese hecho la disponibilidad de tales bienes.

f) El deudor cedente tiene derecho a verificar que los bienes sean enajenados en las condiciones más favorables posibles, así como el derecho a la rendición de cuentas de la gestión por parte de los acreedores cesionarios.

g) La enajenación de los bienes del deudor –o, en su caso, el cobro de los créditos– tiene lugar *nomine debitoris*; y, por consiguiente, hay ejercicio de poderes del deudor. No obstante, Messineo señala que es dudoso que exista *representación* o *sustitución*.⁵¹

h) Aún cuando el Código Civil Federal no prevé formalidad alguna para la cesión de bienes en pago a los acreedores, por tratarse de un contrato que comprende la facultad de disponer de los bienes cedidos, debe hacerse constar en la misma manera que se exige para el mandato.

Incluso, si la cesión comprende créditos, ésta habrá de notificarse a los deudores de tales créditos, para que surta efectos frente a ellos, a menos de que los deudores hayan aceptado la cesión.

i) Los acreedores cesionarios no pueden ejercer sus derechos sobre los bienes cedidos, debido a que se han obligado, por virtud de la cesión, a realizar la liquidación negocial.

De hecho, en el supuesto de que no se hayan cedido todos los bienes del deudor, los acreedores cesionarios sólo podrán afectar los bienes excluidos de la cesión, una vez que hayan liquidado los bienes cedidos, si el importe líquido de éstos fuera insuficiente.

j) La *administración* de los bienes cedidos corresponde a los acreedores cesionarios (o al liquidador nombrado por ellos).

k) El deudor puede *desistir* de la cesión, siempre que efectúe el pago del capital y de los intereses a los acreedores cesionarios.

⁵¹ MESSINEO, op. cit., p. 284.

Bibliografía

ACUÑA Anzorena Arturo, *Cesión de Bienes*, en Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo II, Buenos Aires 1992.

BETTI Emilio, *Natura Giuridica delle Cessione del Beni al Creditori*, en Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni, volumen 33, 2ª parte, Milán 1935.

DIEZ Picazo Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, segunda edición, Madrid 1996.

D'ORS Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra, novena edición, Pamplona 1997.

ENNECCERUS Ludwig, Theodor Kipp, Martín Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II, 2o. Volumen 1o., tercera edición, Bosch, Barcelona 1981.

FARINA Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*, Astrea, primera reimpresión, Buenos Aires 1994.

FOA A., *Cessione di Beni di Creditori*, en Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni, volumen 32, 1ª parte, Milán 1934.

MESSINEO Francesco, *Derecho Civil y Comercial*, tomos II, IV y V, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1979.

OSORIO y Florit Manuel, *Negocio de Autorización*, en Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo XX, Driskill, Buenos Aires 1982.

ROBLES Farías Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, Oxford, México 2010.

ROJINA Villegas Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, tomo VI, volumen II, Porrúa, séptima edición, México 2001,

SÁNCHEZ Medal Ramón, *Contratos Civiles*, Porrúa, décimo novena edición, México 2002.

¿Qué es la independencia judicial?

YURIXHI GALLARDO MARTÍNEZ¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Autonomía e independencia judicial. El legislador debe establecerlas y garantizarlas en la ley.* III. *Tribunales electorales locales. Las normas que les impiden funcionar en forma permanente e ininterrumpida violan los principios de independencia y autonomía judicial.*

Resumen. Análisis de la noción de la independencia judicial en México desde tres perspectivas, la primera enfatizando la independencia del Poder Judicial frente a los otros poderes, la segunda enfocada en el análisis de la independencia como valor del juzgador y la tercera como un atributo de la jurisdicción.

Palabras clave: Poder Judicial, independencia judicial y juez.

Abstract. *Analysis of the concept of judicial independence in Mexico from three perspectives, the first emphasizing the independence of the Judiciary from the other branches, the second focused on the analysis of the independence of the judge as a value and the third as an attribute of the jurisdiction.*

Keywords: *Judiciary, judicial independence and judge.*

I] Introducción

Estas líneas tienen como propósito reflexionar en torno a la noción de independencia judicial y su regulación en México. El término independencia judicial es un término de difícil aprehensión. Mientras que en Estados Unidos de América va estrictamente vinculado con la noción de *accountability*, en México lo podemos entender en tres sentidos: el primero de ellos es en relación a la independencia del Poder Judicial frente a los otros poderes; el segundo en relación a la independencia judicial como valor; y el tercero la independencia judicial como atributo de la jurisdicción. Respecto al primero, recordemos que México está constituido como una Federación de conformidad con el artículo 40 constitucional y el Poder se encuentra dividido para su ejercicio en Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Sin embargo, no podemos hablar de una independencia absoluta, sino que la independencia es flexible. En relación a este último podemos citar como ejemplo el nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (S.C.J.N.) o la

¹ Master en Estudios Humanísticos y Sociales por la Universidad Abat Oliba CEU, España.
Secretaría Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana.

aprobación del presupuesto del Poder Judicial como situaciones en la que la relación entre el Poder Judicial y los otros poderes está presente. La Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.) explicita lo contemplado en el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (C.P.E.U.M.) respecto a la integración del Poder Judicial de la Federación (P.J.F.).

Respecto al segundo sentido de independencia judicial, podemos decir, que se concibe como un valor del juez. El Código de ética del Poder Judicial de la Federación, incluye entre los valores, la independencia judicial. Asimismo, diversas resoluciones de la S.C.J.N. hacen referencia a la independencia como valor. En ciertos países como Alemania, la noción de independencia judicial está estrechamente relacionado con la conciencia que tiene el juez sobre su labor.

Por lo tanto, la independencia judicial es mucho más que un valor de índole personal de cada uno de las personas que intervienen en la administración de justicia, especialmente el juez. La independencia es un atributo de la jurisdicción, precisamente este es el tercer sentido en el que podemos referirnos a la independencia judicial.

Si siguiéramos exclusivamente el camino de analizar la independencia judicial como un valor penetraríamos en un terreno que difícilmente podríamos concretar. Además, estaríamos limitando los alcances de la independencia como atributo. Por lo tanto, resulta un esfuerzo académico tratar de analizar la independencia judicial más allá de ser un valor ideológico, es decir, tratar de comprender porqué la independencia implica una serie de garantías que deben regularse con la finalidad de hacer posible el derecho a la tutela judicial efectiva. Por tales razones, haremos breves comentarios en relación a la independencia judicial como valor, para después profundizar en el análisis de la independencia judicial como atributo de la jurisdicción.

Para el análisis de la independencia judicial como valor resulta particularmente interesante el caso alemán que enfatiza el alto prestigio del que gozan los jueces en aquél país: *“En Alemania, el Poder Judicial ha contribuido, con todos los déficits que también se observan en ese país, de forma contundente en el fortalecimiento del Estado de Derecho. El prestigio de los jueces es muy alto, especialmente de los magistrados del Tribunal Constitucional. Y esto a pesar de que en especial la selección de los magistrados del Tribunal Constitucional es el resultado de acuerdos y arreglos políticos. Esto confirma nuevamente la tesis de Luis Pásara: La independencia judicial no proviene sólo del diseño legal e institucional que se adopte, sino de la conciencia del juez. Como conclusión, la independencia no solo es un derecho del juez, sino una obligación que debe cumplir a conciencia.”*²

² Lösing, Norbert, “Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, año XVII, 2011, p. 427. http://www.kas.de/wf/doc/kas_28960-1522-4-30.pdf?111201194727.

Sin embargo en un estado constitucional no podemos quedar a merced de la conciencia del juez, es necesario un diseño legal e institucional que se adopte. También puede ser poco acertado hacer la apuesta únicamente por el diseño institucional y olvidarse del énfasis personal en quién realiza la tarea juzgadora. Con base en lo anterior, es necesario analizar cómo puede ser ese diseño legal e institucional que permita que existe una auténtica independencia judicial. En la teoría constitucional la noción de independencia judicial va unida a la idea de que el juez a lo único que tiene que someterse es al imperio de la ley. Sin embargo, dicho sometimiento, en ocasiones puede resultar imposible porque el juzgador realiza siempre una labor de ponderación.

El artículo 116 constitucional fracción III en los párrafos primero y segundo, refiere nuevamente a la independencia judicial:

“III. El Poder Judicial de los Estados se ejercerá por los tribunales que establezcan las Constituciones respectivas.- La independencia de los magistrados y jueces en el ejercicio de sus funciones deberá estar garantizada por las Constituciones y las Leyes Orgánicas de los Estados, las cuales establecerán las condiciones para el ingreso, formación y permanencia de quienes sirvan a los Poderes Judiciales de los Estados.”

El texto del artículo nos ayuda a concretar el contenido de la independencia judicial a la cual hace referencia la constitución en otros artículos, toda vez que se explica que la independencia de los magistrados y jueces debe garantizarse a través de otras normas para establecer condiciones de ingreso, formación y permanencia. Lo anterior significa que el principio de independencia al que hace referencia el artículo 100 constitucional se va objetivizando, es decir, es un principio, un punto de partida que se garantiza con el ingreso, la formación y la permanencia. La independencia judicial a la que se refiere nuestra Constitución se puede entender más allá de un fin, es decir, no tan sólo es un valor que se debe buscar, sino que además es una categoría jurídica en el sentido que Chairés Zaragoza³ lo menciona, y cómo es una categoría jurídica, el propio texto constitucional recoge que debe garantizarse con condiciones de ingreso, formación y permanencia.

En el artículo 116 fracción IV en los incisos b) y c) en relación a las autoridades locales electorales se menciona nuevamente a la independencia como principio:

“b) En el ejercicio de la función electoral, a cargo de las autoridades electorales, sean principios rectores los de certeza, imparcialidad, independencia, legalidad y objetividad;.- c) Las autoridades que tengan a su cargo la organización de las elecciones y las jurisdiccionales que resuelvan las controversias en la materia, gocen de autonomía en su funcionamiento e independencia en sus decisiones;”

Del texto constitucional se desprende que se recoge como un derecho humano el acceso a la justicia imparcial. Se concluye además

³ Chairés Zaragoza, J. *La Independencia del Poder Judicial*. México
<http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex110/BMD11004.pdf>

que quienes imparten justicia deberán hacerlo atendiendo entre otros principios, al de independencia. Se establece además que para garantizar la independencia de jueces y magistrados en los Estados se deberán establecer condiciones para el ingreso, formación y permanencia de quienes formen parte del Poder Judicial.

Resulta un referente ineludible para concebir la independencia como valor en México, es el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación⁴, el cual fue aprobado en el año 2004. Es un instrumento que describe a la independencia como un atributo que deberá poseer el juzgador. La aplicación del contenido del citado Código se deja en la libre arbitrio de cada uno de los juzgadores. El propio texto señala: “Este documento se formula con el propósito de ayudar a los juzgadores a resolver los conflictos éticos que con motivo de su trabajo se les presentan. Será exclusivamente la conciencia de cada uno de ellos, el intérprete y aplicador del Código, en tanto que la sociedad será quien califique los aspectos observables de su conducta.”⁵

Si analizamos la formulación del principio, nos encontramos entonces una situación verdaderamente utópica. Cabe preguntarse si el juez puede ser absolutamente libre. “Situación del individuo que goza de libertad. Cualidad o condición de independiente, es decir, que está exento de independencia. Entereza, firmeza de carácter. Libertad o autonomía de actuación.”⁶ Pérez del Valle señala que la realización de la justicia siempre va a recaer en una decisión personal y que la única forma para controlar que las decisiones personales no se vean afectadas por factores subjetivos, es la profesionalidad del juez⁷

Hemos enfatizado que la independencia judicial además de ser un valor personal del juzgador es un atributo de la jurisdicción. Es en este último sentido resulta interesante analizar una resolución de los tribunales en torno a la noción de independencia judicial. La S.C.J.N., se ha pronunciado en el sentido de que el legislador por medio de leyes debe establecer las condiciones que establezcan y garanticen la independencia y autonomía judicial. Lo anterior, nos remite a pensar en ese diseño institucional, que es al que nos referimos al decir que la independencia judicial es un atributo de la jurisdicción.

⁴Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Código de ética del Poder Judicial de la Federación*. México, 2004, p.

<http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/documentos/codigo-de-etica.pdf>

⁵ *Ibidem*, p. 5.

⁶ Azuela Güitrón, Mariano, et. al. *El código de ética del Poder Judicial de la Federación al alcance de todos*. México, 2006, p. 41.

⁷ Cfr. Pérez del Valle, Carlos. *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*. Arequipa, Grijley, 2005, p. 29.

II J Autonomía e independencia judicial. El legislador debe establecerlas y garantizarlas en la ley

Las garantías de autonomía e independencia judicial son instrumentales respecto del derecho humano de acceso a la justicia y se enmarcan en la fracción III del artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conforme al cual deben ser *establecidas* y *garantizadas*, lo que se traduce en un doble mandato constitucional: el de establecer condiciones de independencia y *autonomía*, que exige una acción positiva y primigenia del legislador local para incluirlas en la ley; y el de garantizar esos contenidos, lo que significa para el legislador ordinario un principio general que presume la necesaria permanencia de los elementos y previsiones existentes, bajo una exigencia razonable de no regresividad, para evitar que se merme o disminuya indebidamente el grado de *autonomía* e independencia judicial existente en un momento determinado. Lo anterior significa que los componentes que integran la independencia y *autonomía* judicial deben preverse, por mandato constitucional, en normas materialmente legislativas que, una vez establecidas, dejan de estar a la libre disposición del legislador, de modo que el estudio de su constitucionalidad debe tomar en cuenta necesariamente el contexto de la evolución constitucional de cada Entidad Federativa.⁸

Una vez que hemos establecido que la independencia judicial requiere de determinados elementos que posibiliten que la función juzgadora se lleve a cabo de manera independiente, es necesario determinar cuáles serán éstos. Dichos elementos en ocasiones son considerados ya en la tradición constitucional norteamericana y francesa desde los primeros constituyentes:

En efecto, el constitucionalismo liberal estructuró una serie de garantías jurídicas de carácter fundamental con la finalidad de asegurar la función independiente del juez. Así, por ejemplo, el constituyente de los Estados Unidos de 1787, basándose en la división de poderes, estableció la inamovilidad de los jueces y la remuneración estable y permanente para los jueces. Por su parte el constituyente francés de 1791 dispuso como medidas de garantías la inamovilidad y el nombramiento de los jueces por medio de elecciones⁹

Considero importante referirnos a ellos como elementos posibilitadores y no como garantías, la noción de garantía me parece inadecuada, toda vez que garantía significa : *seguridad o certeza que se tiene sobre algo*,¹⁰ sin embargo los elementos a los que haré mención no nos van a dar la seguridad o certeza de que el juez actuará con

⁸ Tesis P.J. 29/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 1, Libro XIII, octubre de 2012, p. 89.

⁹ CHAIRÉS ZARAGOZA, J. *La Independencia del Poder Judicial*. México <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex110/BMD11004.pdf>

¹⁰ Cfr. RAE <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=ningOSAUIDXX2pK1oGwO>

independencia pero pueden contribuir a acotar el camino para que precisamente ese juez su margen de actuación lo realice sin ninguna presión externa.

Aparece así, la remuneración estable y permanente de los jueces y la inamovilidad de los mismos como elementos que permitirán asegurar la función independiente del juez. De igual forma encontramos una referencia al mecanismo para el nombramiento de los jueces como otro elemento más que debe ser considerado. Sin embargo, podemos hablar de otros elementos que aseguran la independencia judicial. Estos elementos varían de un país a otro. Por ejemplo, en Estados Unidos, la forma en que han configurado tienen cierta peculiaridad atendiendo a la evolución que el propio tema ha tenido. "*Judicial independence takes various forms, shaped by different legal provisions, political traditions, and cultural expectations that have evolved over time and continue to inspire debate and self-reflection The provisions in the United States to promote judicial independence on the one hand and to promote democratic control of the judiciary on the other may be arrayed on a continuum.*"¹¹

El control democrático y la responsabilidad del juez aparecen también en algunos modelos. No es el propósito de este trabajo hacer un estudio comparativo, nos concentraremos en analizar el caso mexicano, sin embargo, resulta particularmente interesante entender que el tema como siempre pasa en el derecho se va adaptando de distantes formas en cada sociedad; y cómo países de América Latina, entre ellos, México y Chile, presentan retos comunes en lo que se refiere a promover la independencia judicial. Por ejemplo en Chile, la independencia del juez, en ocasiones recibe una fuerte presión del interior del propio Poder Judicial por la forma jerárquica vertical en que está configurado el propio poder, como lo señala para el caso chileno Bordalí Salamanca.¹² El mismo autor considera que la potestad de los jueces es difusa en contraste a la de los otros poderes, toda vez que no recae en un órgano en específico.

En concreto, para hablar de dichas garantías en México, utilizaremos las resoluciones del máximo tribunal para tratar de configurar una radiografía del tema. En la resolución 73/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, podemos añadir a las

¹¹ J Mira Gur-Arie Russell Wheeler, *Judicial Independence in the United States: Current Issues and Relevant Background Information*,

[http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/JudIndep.pdf/\\$file/JudIndep.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/JudIndep.pdf/$file/JudIndep.pdf)

Cfr. Ruiz, Gregorio. *Control democrático y responsabilidad del juez*.

http://juecesdemocracia.es/congresos/IIICongreso/docu/Control%20democr%20A0tico%20y%20responsabilidad%20del%20juez%20_Gregorio%20R%85.pdf

¹² Bordalí Salamanca, Andrés. *Independencia y Responsabilidad de los jueces*. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. jul. 2003, vol.14, p.159-174.

<http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000100009&lng=es&nrm=iso>.

mencionadas, la consagración de la carrera judicial. Por consiguiente, así como el constituyente francés consideró importante contar con un mecanismo que determinara la forma en que los jueces debían ser nombrados, en nuestra tradición jurídica, ha sido un paso importante contar con mecanismo que selección de los jueces, al que haremos referencia en el apartado referente a dicho punto.

III] Tribunales electorales locales. Las normas que les impiden funcionar en forma permanente e ininterrumpida violan los principios de independencia y autonomía judicial

Si se tiene en cuenta que el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que las reglas previstas para los Poderes Judiciales Locales, entre las que se encuentran los principios básicos que garantizan la autonomía e independencia judicial, cuyo contenido se integra por los de permanencia, estabilidad en el ejercicio del cargo, seguridad económica y la consagración de la carrera judicial, son aplicables a los Tribunales Electorales de los Estados cuando formen parte del Poder Judicial, es indudable que los preceptos que impidan que el Tribunal Electoral de alguna entidad federativa funcione en forma permanente e ininterrumpida, al prever que los Magistrados que lo conforman sólo permanecerán en el cargo el tiempo que dure el proceso electoral para el que fueron designados, vulneran los mencionados principios de independencia y autonomía judicial, pues el carácter temporal que se les otorgue les impediría ejercer su función de emitir sus decisiones con plena imparcialidad y en estricto apego a la normativa aplicable al caso, sin acatar o someterse a indicaciones, instrucciones, sugerencias o insinuaciones de sus superiores jerárquicos, de otros poderes del Estado o, incluso, de personas con las que guardan alguna relación de afinidad política, social o cultural.¹³

Analizaremos dichas características a la luz de la normatividad vigente, así como de la propia doctrina.

1. Nombramiento de los juzgadores.

La primer característica que analizaremos como garantía de la independencia judicial, es la referente al mecanismo para el nombramiento de los juzgadores. El tema puede dividirse a su vez en dos partes. En primer lugar podemos hablar de la preparación de los juzgadores y en segundo lugar de la selección de los mismos.

Según lo que establece la C.P.E.U.M. en el artículo 95, los ministros de la S.C.J.N. necesitan contar con el título de licenciados en Derecho con antigüedad mínima de 10 años. En México, contar con un

¹³ Tesis: P.J. 73/2010 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXII, Agosto de 2010, p. 1558.

título de Licenciado en Derecho no representa ninguna garantía de poseer los conocimientos y habilidades que la profesión requiere. En la Guía para el fortalecimiento de la Enseñanza del Derecho en México, auspiciada por la *American Bar Association* se declara lo siguiente: “La admisión al ejercicio de la profesión jurídica es un proceso burocrático esencialmente automático y no verifica las capacidades que tiene el solicitante para la práctica jurídica. No existe un examen profesional común para verificar las competencias de todos los que desean ejercer la abogacía, ni tampoco un requisito para la realización de una pasantía”.¹⁴

Piña Hernández¹⁵ señala que el primer antecedente histórico en relación a la preparación del juzgador, lo encontramos en el artículo 125 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 que señalaba que para ser electo ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación era necesario estar instruido en la ciencia del derecho. Desde entonces y hasta la redacción actual del texto hubo variaciones respecto a la antigüedad que debía poseerse en el título.

La L.O.P.J.F. establece además requisitos para los titulares de los órganos del Consejo de la Judicatura Federal, quiénes de conformidad con el art. 88 párrafo segundo de la L.O.P.J.F. deberán cumplir con los requisitos:

*“Con excepción del Director General del Instituto Federal de Defensoría Pública y de los miembros de la Junta Directiva del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, cuyos requisitos para ser designados se mencionan en las leyes de la materia correspondientes, los demás titulares de los órganos del Consejo de la Judicatura Federal deberán tener título profesional legalmente expedido, afín a las funciones que deban desempeñar, experiencia mínima de cinco años, gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito intencional con sanción privativa de libertad mayor de un año. (...)”*¹⁶

Actualmente la preparación de los miembros del Poder Judicial está a cargo del Instituto de la Judicatura, órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura.¹⁷ El funcionamiento del Instituto de la Judicatura se regula en los artículos 92 al 97 de la L.O.P.J.F. y por las normas que determina el Consejo de la Judicatura en el reglamento respectivo.¹⁸

¹⁴ ABA Iniciativa para el Estado de Derecho, *Guía para el fortalecimiento de la enseñanza y el ejercicio del derecho en México*, México, 2013, p. 22.

¹⁵ Cfr. Piña Hernández, Norma Lucía. *Selección, nombramiento y garantías de los jueces federales en México*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/643/40.pdf>

¹⁶ Art. 88 L.O.P.J.F.

¹⁷ El art. 88 de la L.O.P.J.F. regula establece: “Para su adecuado funcionamiento, el Consejo de la Judicatura Federal contará con los siguientes órganos: el Instituto de la Judicatura, la Visitaduría Judicial, la Contraloría del Poder Judicial de la Federación, el Instituto Federal de Defensoría Pública y el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles (...)”

¹⁸ Los Acuerdos Generales del Pleno de la Judicatura Federal son 55/2004, 27/2004, 26/2004, 10/2004, 33/2003, 24/2003.

Para el nombramiento de los integrantes del Poder Judicial de la Federación se debe atender además de lo regulado en el C.P.E.U.M y la L.O.P.J. al Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reglamenta la carrera judicial y las condiciones de los funcionarios judiciales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de octubre de 2006.

De conformidad con el artículo 100 párrafo séptimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos entre las funciones del Consejo de la Judicatura Federal se encuentran las referentes al desarrollo de la carrera judicial: *“La ley establecerá las bases para la formación y actualización de funcionarios, así como para el desarrollo de la carrera judicial, la cual se regirá por los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia.”*¹⁹

*“Junto con la creación del Consejo de la Judicatura Federal, se configuró todo un sistema tendente a garantizar la independencia de los jueces y magistrados del Poder Judicial, que descansa en la profesionalización de la justicia. En este sentido, se entiende que la carrera judicial se estructura como el primer paso hacia la independencia de los tribunales ante los demás poderes, y es, sin duda, la mejor forma de contar con justiciables probos y cpaces para desempeñar la leal labor de impartir justicia”*²⁰

En este sentido la labor que lleva a cabo el Consejo de la Judicatura que en términos de Chairés Zaragoza será el garante de la autonomía de la estructura judicial.²¹ La función del Consejo de la Judicatura Federal se regula en la C.P.E.U.M. y se detalla en la L.O.P.J.F. en los artículos 68 y sucesivos. El artículo 68 de la L.O.P.J. establece como una de las tareas del Consejo velar por la independencia e imparcialidad de los miembros del Poder Judicial de la Federación. *“(…)El Consejo de la Judicatura Federal velará, en todo momento, por la autonomía de los órganos del Poder Judicial de la Federación y por la independencia e imparcialidad de los miembros de este último”*.

El artículo 81 de la L.O.P.J.F. establece las atribuciones del Consejo de la Judicatura Federal, y entre dichas atribuciones se encuentran las referentes a la carrera judicial.

*“Art. 81 II. Expedir los reglamentos interiores en materia administrativa, de carrera judicial, de escalafón y régimen disciplinario del Poder Judicial de la Federación, y todos aquellos acuerdos generales que fueren necesarios para el adecuado ejercicio de sus atribuciones en términos del artículo 100 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;”*²²

La existencia de la carrera judicial contribuye a una mayor independencia de los jueces.

¹⁹ Art. 100 párrafo séptimo C.P.E.U.M.

²⁰ Chairés Zaragoza, *op. cit.* p. 15

²¹ Cfr. Chairés Zaragoza, *op. cit.* p. 539.

²² Artículo 81 L.O.P.J.F.

El hecho de que, generalmente, las cortes tengan a su encargo el nombramiento de los jueces, posibilita la intervención -más o menos directa- de los magistrados en la actividad de los jueces de inferior rango, circunstancia que recomienda la depuración de los sistemas de nombramiento, para que se realicen con mayor respeto a las calificaciones y antecedentes de los candidatos y al propio tiempo se brinde mayor estabilidad en el cargo; la aprobación de sistemas de carrera judicial puede ser una solución efectiva al problema.²³

A partir del artículo 105 de la L.O.P.J. se regula la carrera judicial, que de conformidad con la normativa se rige por los principios de excelencia, profesionalismo, objetividad, imparcialidad, independencia y antigüedad, en su caso.

2. Remuneración de los integrantes del Poder Judicial de la Federación

El artículo 94 Constitucional señala que la percepción que reciban los Ministros, Magistrados de Circuito, Jueces, Magistrados Electorales y Consejeros del Consejo de la Judicatura no podrá ser disminuido durante su encargo. En el mismo sentido resoluciones de los Tribunales han subrayado dicho aspecto en sus resoluciones.

3. Permanencia en el cargo

Un elemento que permite garantizar que independencia de quiénes llevan a cabo la función jurisdiccional es la permanencia en el cargo. El artículo 94 constitucional en el párrafo penúltimo establece que los ministros sólo podrán ser removidos de su cargo de conformidad con lo establecido por el propio Título Cuarto de la Constitución. Dicho título se refiere a la responsabilidad de los Servidores Públicos y de conformidad con el artículo 108 constitucional los miembros del Poder Judicial son considerados servidores públicos y se les sanciona de conformidad con la regulación vigente en dicha materia.

El artículo 109 constitucional fracción tercera establece que: "(...) III. Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones." De lo anterior se desprende que puede ser sancionado un juzgador en caso de que realice actos u omisiones que afecten su imparcialidad. Además también pueden ser sujetos de juicio político.

²³ Cfr. MORA MORA, L. P., "La independencia del juez como derecho humano, La independencia del juez como derecho humano", en Corte Interamericana de Derechos Humanos, (comp.), *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998, vol. II, p. 1082, <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/fixvol2.pdf>

De conformidad con el artículo 113 constitucional también los servidores públicos pueden ser sujetos de sanciones de tipo administrativo, con el fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus labores.

Por su parte, la L.O.P.J. establece en el artículo octavo que la duración en el cargo de ministros es de 15 años, salvo incapacidad física o mental permanente.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

TRIBUNAL ELECTORAL DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES. LOS ARTÍCULOS 17, APARTADO B, PÁRRAFO DÉCIMO SEGUNDO Y 56, PÁRRAFO PENÚLTIMO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ASÍ COMO 33 A Y 33 D DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, AMBAS DE ESE ESTADO, AL IMPEDIRLE FUNCIONAR EN FORMA PERMANENTE E ININTERRUMPIDA, VIOLAN LOS PRINCIPIOS DE INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA JUDICIAL.

Los citados preceptos impiden al Tribunal Electoral del Poder Judicial de ese Estado funcionar en forma permanente e ininterrumpida, al disponer que los Magistrados que lo conforman sólo permanecerán en el cargo el tiempo que dure el proceso electoral para el cual fueron designados, y si bien es cierto que se prevé la posibilidad de su reelección por varios periodos, siempre y cuando no excedan del plazo acumulado de diez años, también lo es que el tiempo para el que son designados solamente corresponde al de un proceso electoral, sin que se advierta algún supuesto que ordene que en tiempos no electorales dichos Magistrados sean parte del Tribunal Superior de Justicia, lo que se confirma con las reglas referentes al método de su nombramiento, al número de titulares que conforma un órgano y otro y, fundamentalmente, las relativas al tiempo que durarán en el cargo. Por ende, los artículos 17, apartado B, párrafo décimo segundo y 56, párrafo penúltimo, de la Constitución Política del Estado de Aguascalientes; así como 33 A y 33 D de la Ley Orgánica del Poder Judicial local, al revelar la naturaleza temporal del Tribunal Electoral de esa entidad vulneran los principios de independencia y autonomía judicial, previstos en el artículo 116, fracciones III, párrafo segundo, y IV, incisos b) y c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no privilegian la permanencia y experiencia de los juzgadores electorales de la entidad ni propician las condiciones necesarias para el respeto de esos principios.

Además, es criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que el principio constitucional de independencia establecido para las autoridades electorales requiere que sus integrantes tengan permanencia en el cargo para poder desarrollar sus funciones en forma profesional y sin encontrarse sujetos a cambios políticos, lo que no se respeta con las normas referidas, pues el carácter temporal del Tribunal Estatal Electoral no propicia que los Magistrados que lo integran realicen su función continua y reiteradamente a fin de que conozcan y desarrollen con cierto grado de especialidad la materia cuyos litigios les corresponde resolver,

ya que la función jurisdiccional que les es propia no guarda continuidad, pues el carácter temporal del órgano y la designación de sus Magistrados para fungir como tales sólo para un proceso electoral impiden su permanencia, así como las condiciones para dar lugar a su profesionalización.²⁴

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 52/2009 Y SU ACUMULADA 53/2009. Procurador General de la República y Partido del Trabajo. 12 de noviembre de 2009. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Guadalupe de la Paz Varela Domínguez y Eduardo Delgado Durán. El Tribunal Pleno, el doce de julio en curso, aprobó, con el número 74/2010, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a doce de julio de dos mil diez.

4. Rendición de cuentas y responsabilidad judicial

Los integrantes del Poder Judicial tienen la obligación de rendir cuentas de su trabajo.

“Un aspecto estrechamente relacionado con la independencia judicial es el tema de la rendición de cuentas. En realidad, no es posible hablar de independencia judicial sin tener en cuenta un diseño que permita garantizar que los jueces pueden ser llamados a rendir cuentas por su desempeño. Evidentemente, el diseño de un esquema de rendición de cuentas debe tomar en cuenta los eventuales riesgos de afectación de la independencia judicial. Sin embargo, el tema de la rendición de cuentas rebasa ampliamente la cuestión de la responsabilidad de los jueces por sus resoluciones. El tema involucra cuestiones que tienen que ver con todo el aparato de administración de la justicia, como aspectos estrictamente relaciones con la labor de los jueces y de su personal.”²⁵

Por lo tanto, hay que distinguir entre dos temas distintos el primero referente a la rendición de cuentas y el segundo a la responsabilidad judicial. Respecto a la rendición de cuentas, José Antonio Caballero²⁶ señala que en México puede analizarse una rendición de cuentas instraintitucional que incluye entre otras: informe de actividades, visitas, publicidad del proceso, supervisión, ratificación, estímulos, procedimiento disciplinario, control de manejo de recusos, auditoría interna. En relación al Poder Judicial como poder del Estado

²⁴ Tesis: P.J. 74/2010 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 1238.

²⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Libro Blanco de la Reforma Judicial*, S.C.J.N. México, 2006, http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/po_2010/59032/59032_1.pdf p. 37

²⁶ Cfr. Caballero, José Antonio. *La rendición de cuentas en los poderes judiciales*. <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2800/12.pdf>

aparecen frente a la sociedad las quejas, acceso a la información, difusión.

Aparece como un segundo tema la responsabilidad de los servidores públicos. De conformidad con el artículo 108 de la C.P.E.U.M. son considerados servidores públicos los miembros del Poder Judicial de la Federación y por lo tanto les aplica la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (L.F.R.S.). En dicho ordenamiento se regulan los supuestos por las faltas administrativas y las sanciones por las faltas administrativas, así como la responsabilidad política. La responsabilidad que la legislación considera es de cuatro tipos: responsabilidad política, responsabilidad penal, responsabilidad administrativa y responsabilidad civil.

La responsabilidad política se contempla en el artículo 109, fracción I de la C.P.E.U.M. Dentro de los servidores públicos del P.J.F. se encuentran los ministros de la S.C.J.N., los magistrados de distrito, jueces de distrito, magistrados del tribunal electoral. Las sanciones que contempla el texto constitucional son la destitución y la inhabilitación. No procede el juicio político por la mera expresión de las ideas.

La responsabilidad penal es regulada en la fracción II del artículo 109 de la C.P.E.U.M. El Código Penal Federal (C.P.F.) señala los delitos por los cuáles podrán ser sancionados los servidores públicos. El título décimo del C.P.F. señala los delitos que pueden ser cometidos por los servidores públicos y el título undécimo se refiere a los delitos contra la administración de justicia. Responsabilidad civil se deriva del artículo 111, párrafo octavo del texto constitucional.

El artículo 113 constitucional, párrafo segundo habla de la responsabilidad patrimonial del Estado. *“La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.”*²⁷ La ley secundaria que regula la materia es la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado. Lo que hay que subrayar es que deberá siempre cumplirse con el supuesto de la actividad irregular.

De lo expuesto hasta aquí podemos concluir que lo más sencillo al hablar de independencia judicial resulta ser el identificar cada uno de los sentidos de dicho término. Posibilitar que dicha independencia sea una realidad en México requiere de acciones encaminadas a la formación ética de quienes participan en los distintos ámbitos relacionados con la impartición de justicia, por un lado, y por otro de proveer de mecanismos, algunos de los cuales ya han sido mencionados, que faciliten el alcanzar la citada independencia.

²⁷ Art. 113 C.P.E.U.M.

Bibliografía

A) Normativas

CÓDIGO DE ÉTICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
 CÓDIGO PENAL FEDERAL
 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
 LEY DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO
 LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS
 LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

B) Bibliografía básica

ABA. INICIATIVA PARA EL ESTADO DE DERECHO, *Guía para el fortalecimiento de la enseñanza y el ejercicio del derecho en México*, México, 2013.

AZUELA GÜITRÓN, M. et. al. *El código de ética del Poder Judicial de la Federación al alcance de todos*. México, S.C.J.N., 2006.

BORDALI SALAMANCA, A. *Independencia y Responsabilidad de los jueces*. *Rev. Derecho (Valdivia)*. [online]. Jul. 2003, vol.14, p.159-174.

<http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?Script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000100009&lng=es&nrm=iso>.

CABALLERO, J. A. *La rendición de cuentas en los poderes judiciales*. <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2800/12.pdf>

CHAIRÉS ZARAGOZA, J. *La Independencia del Poder Judicial*. México <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex110/BMD11004.pdf>

LÖSING, N. *Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, AÑO XVII, 2011, p. 427. [HTTP://WWW.KAS.DE/WF/DOC/KAS_28960-1522-4-30.PDF?111201194727](http://www.kas.de/wf/doc/kas_28960-1522-4-30.pdf?111201194727).

MORA MORA, L. P., *La independencia del juez como derecho humano*, *La independencia del juez como derecho humano*, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, (comp.), *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Corte interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998, pp. 1079-1096, vol. II. <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/fixvol2.pdf>

PÉREZ DEL VALLE, C. *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*. Arequipa, Grijley, 2005.

PIÑA HERNÁNDEZ, N. L. *Selección, nombramiento y garantías de los jueces federales en México*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/643/40.pdf>

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Libro Blanco de la Reforma Judicial*, S.C.J.N. México, 2006, http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/po_2010/59032/59032_1.pdf p. 31

WHEELER RUSSELL, *Judicial Independence in the United States of America*, en A. Seibert-Fohr (comp.) *Judicial Independence in Transition*, 2012, XIII, p. 521-566.

http://www.academia.edu/2624773/Judicial_Independence_in_Romania_with_R.Coman_in_Seibert-Fohr_A._Ed._Judicial_independence_in_transition

C) Páginas web

<http://www.oas.org>

<http://www.scjn.gob.mx>

<http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanariIndex.aspx>

<http://www.rae.es/>

El principio de precaución en el ámbito de la diversidad biológica

CARLOS IGNACIO GONZÁLEZ ARRUTI¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Instrumentos internacionales de protección del medio ambiente. Hacia un régimen de compensación: el Protocolo de Nagoya – Kuala Lumpur.* III. *Principio de precaución: ¿principio transversal del Derecho Internacional del Medio Ambiente?* IV. *Consideraciones finales.*

Resumen. El desarrollo científico y los avances tecnológicos de las últimas décadas han llevado al hombre a alcanzar logros asombrosos en el conocimiento de la técnica para una mejor calidad de vida.

Posiblemente, el mayor reto que afronta la humanidad es el de lograr un crecimiento económico mundial sostenido, asegurando la protección y conservación del medio ambiente y la seguridad alimentaria para las generaciones futuras. La política del medio ambiente constituye hoy en día uno de los desafíos sociales más importantes para los poderes públicos y los agentes económicos. Es un tema muy sensible en la opinión pública ya que afecta directamente al bienestar y a la salud. El principio de precaución, por su parte, surge como consecuencia de buscar la protección del medio ambiente y la salud humana frente a ciertas actividades caracterizadas por la incertidumbre científica sobre sus posibles consecuencias. El principio de precaución se concibe como el axioma sobre el que se basa la política ambiental. Lo más característico de este principio es que puede fundamentar la adopción de decisiones de excepción a un régimen jurídico que en principio sería aplicable.

Palabras clave: Medio ambiente, principio de precaución, seguridad alimentaria y organismos vivos modificados (OVM).

Abstract. *The scientific development and technological advances in recent decades have led humanity to reach amazing achievements in the understanding of the art for an improved quality of life. Perhaps the greatest challenge facing humanity is to achieve a sustained global economic growth, ensuring the protection and conservation of the environment and food security for future generations. The policy*

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España. Diplomado de Estudios Avanzados por la Universidad de Navarra, España. Master Iberoamericano de Estudios Jurídicos por la Universidad de Navarra, España. Profesor Investigador de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

environment is today one of the major social challenges for public authorities and economic operators. It is a very sensitive issue for the public opinion as it directly affects the well-being and health. The precautionary principle, meanwhile, arises to seek the protection of the environment and human health against certain activities involving the scientific uncertainty about its possible consequences. The precautionary principle is conceived as the axiom on which environmental policy is based. The most characteristic feature of this principle is that it can support the decision making exception to a legal regime that would apply in principle.

Keywords: Environment, precautionary principle, food security, living modified organisms.

I] Introducción

La preocupación ambiental se inicia después de la Segunda Guerra Mundial con algunos instrumentos convencionales para la protección de las aguas dulces y de las aguas del mar, por ejemplo, el Protocolo firmado por Francia, Bélgica y Luxemburgo para la protección de las aguas fronterizas de 8 de abril de 1950, y los Convenios para combatir la contaminación del Río Mosela de 27 de octubre de 1956, del Lago Lemán de 16 de noviembre de 1962 y del Río Rin de 29 de abril de 1963².

A finales de los años sesenta, ante la alarma científica, las reacciones más intensas de la opinión pública consiguieron una toma de conciencia más generalizada de los peligros³. Esta corriente de opinión fue sin duda un fenómeno sin precedente en la historia, convirtiéndose en una corriente filosófica sobre la concepción del mundo que implicaba nuevos valores individuales y sociales por reacción al deterioro de la biosfera⁴. Estas críticas surgieron en Alemania debido a que ciertos contaminantes químicos, en concentración débil, podían tener consecuencias negativas para la salud humana ya que existían incertidumbres en cuanto al efecto de tales sustancias⁵. De esta forma se

² Cfr. Juste Ruiz, J., *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 17.

³ Cfr. Kiss, A., *Droit International de l'environnement*, Pedone, Paris, 2000, p. 30.

⁴ *Ibid.*, p. 30.

⁵ Cortina, A., "Fundamentos filosóficos del principio de precaución", en Carlos María Romeo Casabona (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*, Comares, Granada, 2004, p. 3.

gestó paulatinamente en la política alemana el «*Vorsorgeprinzip*» o principio de precaución⁶.

En un informe preparado para la Comisión Real sobre Contaminación Ambiental del Reino Unido, von Moltke refirió que el concepto de precaución fue enunciado por primera vez por el Gobierno alemán en 1976, al mencionar que la política ambiental:

«...is not fully accomplished by warding off imminent hazards and the elimination of damage which has occurred. Precautionary environmental policy requires furthermore that natural resources are protected and demands on them made with care»⁷.

El principio de precaución fue inicialmente introducido en normativas sectoriales, como por ejemplo, en la ley alemana sobre productos químicos (*Chemikaliengesetz* de 1980) o la ley sobre uso de la energía atómica (*Atomgesetz* de 1985)⁸.

A partir del Derecho Alemán, el principio de precaución se extendió en varias regulaciones internacionales. El Consejo de Europa adoptó, por ejemplo, en 1968 dos textos, los primeros declarados por una organización internacional en el ámbito del medio ambiente. Nos referimos a la Declaración sobre la lucha contra la contaminación del aire⁹ y la Carta Europea del Agua¹⁰.

⁶ Cfr. Sands, P., *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2003, p. 267. Jiménez de Parga y Maseda, P., *El principio de prevención en el Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Ecoiuris, Madrid, 2001. p 76.

⁷ «...no se está cumpliendo plenamente al prevenir peligros inminentes y eliminando el dao que se ha producido. La política ambiental de precaución requiere, además, que los recursos naturales sean protegidos y se exijan cuidados sobre éstos». Cfr., von Moltke, K., *The Vorsorgeprinzip in West German environmental Policy: 12th Report of the Royal Commission on Environmental Pollution (United Kingdom)* HMSO, Bonn, 1988. Disponible en Cameron, J., y Abouchar, J., «The Status of the Precautionary Principle in International Law», en David Freestone y Ellen Hey (Dir.), *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, p. 31.

⁸ Cfr. Andorno, R., «Validez del principio de precaución como instrumento jurídico para la prevención y la gestión de riesgos», en Carlos María Romeo Casabona (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y Derecho*, Comares, Granada, 2004, p. 20.

⁹ Adoptada como Resolución por el Comité de Ministros el 8 de marzo de 1968.

¹⁰ Es una declaración de principios para una gestión correcta del agua y se adoptó el 6 de mayo de 1968. Cfr. *Sources of international water law*, Food and Agriculture Organization of the United Nations, 1998, Roma, pp. 204-207.

II J Instrumentos internacionales de protección del medio ambiente

1. Antecedentes sobre la preocupación ambiental

La conciencia sobre los peligros que amenazan al medio ambiente ha sido diversa entre los países industrializados y los que están en vías de desarrollo. Sin embargo, a pesar de tales diferencias, en 1968, los Jefes de Estado africanos firmaron el Convenio sobre la conservación de la naturaleza y los recursos naturales¹¹. Este acuerdo internacional se refiere a la conservación y a la utilización del medio ambiente, es decir, el suelo, agua, flora y fauna. Además, enuncia algunos principios generales de protección ambiental y, en aspectos concretos, como la conservación de la flora y fauna, establece creaciones de reservas, adopta normas sobre caza y concreta medidas de protección para determinadas especies.

Ese mismo año, la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) promovió mediante la Resolución 2398 (XXIII), de 3 de diciembre de 1968, una gran reunión ambiental que se celebró en Estocolmo en 1972¹².

Esta Conferencia, conocida como «Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano»¹³, puso de manifiesto las diferencias entre los países en vías de desarrollo y los industrializados, ya que los primeros temían que el medio ambiente fuese invocado como un obstáculo más para impedir su desarrollo¹⁴.

Esta cumbre internacional constituye un hito importante del Derecho Internacional Ambiental, porque por primera vez, un foro

¹¹ El art. 2 dispone que «Los Estados (...) se comprometen a adoptar las medidas necesarias para asegurar la conservación, la utilización y el desarrollo de los suelos, las aguas, la flora y la fauna, basándose en principios científicos y tomando en consideración los principales intereses de la población». Este Convenio sustituyó al Convenio de Londres de 1933, firmado principalmente entre países colonizadores. Cfr. Doc. Of. CAB/LEG/24.1. Disponible en: www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/treaties.htm (10-nov-2012).

¹² Convocada por la Resolución de la AGNU A/8429, de 20 de noviembre de 1971.

¹³ Celebrada el 16 de junio de 1972. Disponible en: www.unep.org/Documents/Multilingual/Default.asp?documentid=97 (10-nov-2012).

¹⁴ En 1969, se publicó el Informe de Maha Thray Sithu U Thant, (tercer Secretario de la ONU 1961-1971) titulado «El Hombre y su Medio Ambiente». En él, se destacó la inadecuada actitud del hombre frente a su medio ambiente, señalando que, en caso de continuar este proceso, la vida sobre la Tierra se vería amenazada. Cfr. Drnas de Clément, Z., «Aspectos conceptuales del principio de precaución ambiental», *Anuario hispano-luso americano de Derecho Internacional*, vol. 18 (2007), p. 570.

internacional centró su atención en el medio ambiente como un concepto comprensivo de una defensa global y sistemática de la naturaleza a escala mundial, superándose la visión sectorial y regional de los problemas ambientales.

Lo más positivo de la Conferencia fue la Declaración de principios para la preservación y mejora del medio humano, también conocida como «Declaración de Estocolmo»¹⁵, la cual abordó las principales cuestiones ambientales que afectaban al entorno humano en el ámbito mundial.

Esta Declaración potenció importantes avances en la protección jurídica del medio ambiente, prueba de ello es su Principio 2 que prevé que «los recursos naturales de la Tierra, incluido el aire, agua, tierra, flora y fauna, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u orientación según convenga». Asimismo, reconoció explícitamente, que el hombre tiene la responsabilidad de preservar y administrar el patrimonio de la flora y la fauna silvestre y su hábitat (Principio 4). Por su parte, el Principio 21 establece el principio de precaución, al considerar que:

«De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del Derecho Internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional».

Posteriormente, la AGNU estableció en 1983 una Comisión Mundial sobre Medio Ambiente Humano y Desarrollo, que fue presidida por la Primer Ministra noruega Gro Harlem Brundtland. Los objetivos de esta Comisión eran reexaminar los problemas más urgentes del medio ambiente y desarrollo, proponer nuevas directivas para la cooperación internacional y, elevar el grado de compromiso para lograr estos objetivos en las personas, instituciones y gobiernos¹⁶. El informe presentado por la Comisión, conocido como «Informe Brundtland», acuñó el concepto de desarrollo sostenible¹⁷. Bajo este término se hace referencia a la utilización de forma racional de los recursos naturales de

¹⁵ Declaración de la ONU A/CONF 48/14, Rev 1. Es importante subrayar que las tratados internacionales, en un sentido amplio, son acuerdos entre sujetos de Derecho internacional público preceptivos, vinculantes y con potencialidad coactiva para crear, modificar o extinguir una relación jurídica entre ellos. En cambio, las declaraciones internacionales son meras recomendaciones.

¹⁶ Lozano Cutanda, B., Derecho ambiental administrativo, op. cit., p. 55.

¹⁷ Cfr. Informe Brundtland, Resolución de la AGNU A/42/427 de 4 de agosto de 1987.

un lugar, cuidando que no sean empobrecidos y que las generaciones futuras puedan hacer uso de ellos¹⁸.

El concepto de desarrollo sostenible, si bien procede de la preocupación por el medio ambiente, no es un concepto fundamentalmente ambiental, más bien trata de superar la visión del medio ambiente como un aspecto aparte de la actividad humana que hay que preservar. Se concibe, por tanto, como una aspiración programática de futuro que genera la responsabilidad de no poner en peligro al medio ambiente¹⁹.

El concepto de desarrollo sostenible no fue una idea nueva. La novedad fue la articulación de estas ideas en el contexto de una sociedad global, industrial y de información. Resultaba novedosa, además, porque incorporaba la idea de que la inacción puede acarrear grandes consecuencias.

2. Aceptación generalizada del principio de precaución en materia ambiental

El concepto de precaución se trasladó rápidamente de los foros y acuerdos de medio ambiente marino a los debates de política ambiental en un nivel más amplio. El Consejo de Administración del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente adoptó en 1990 este concepto respecto a las políticas en materia de residuos peligrosos. Además, tomó nota de la adopción de la protección del medio ambiente y del enfoque de mejoramiento de las bases sobre las medidas de precaución e hizo un llamamiento:

«...to Governments and appropriate international forums, taking economic cost into consideration alternative clean production methods – including raw materials selection, product substitution, and clean production technologies and processes- as a means of implementing a

¹⁸ El Informe Brundtland puso de relieve los problemas ambientales que amenazan nuestra supervivencia e hizo importantes propuestas de futuro, entre las que destaca la necesidad de que los gobiernos e instituciones regionales e internacionales apoyen un nuevo modelo de desarrollo económico que pueda armonizarse con la preservación del medio, a fin de garantizar la calidad de vida tanto de las generaciones actuales como de las futuras. Se trata de lograr un desarrollo sostenible o duradero, que el Informe define como «el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades».

¹⁹ El término «desarrollo sostenible» fue asumido posteriormente en el Principio 3 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), que lo define como «aquél desarrollo que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades». Cfr., Informe de la Conferencia de la ONU sobre el medio ambiente y el desarrollo, A/Conf.151/26, de 12 de agosto de 1992.

*precautionary approach in order to promote production systems that minimize or eliminate the generation of hazardous wastes and optimize use of raw materials, water and energy, for example through recycling*²⁰.

Ese mismo año, la Conferencia Ministerial sobre Medio Ambiente de la Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico (CESPAP) aprobó una Declaración sobre el desarrollo racional y sostenible declarando que:

*«...in order to achieve sustainable development, policies must be based on the precautionary principle*²¹.

Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas, convocó a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD), también conocida como «Cumbre de la Tierra» o «Cumbre de Río», mediante su resolución 228 de 22 de diciembre de 1989²².

La Cumbre de la Tierra se celebró en Río de Janeiro en junio de 1992, y en ella se adoptaron tres acuerdos importantes. El primero fue la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que es un conjunto de principios que define los derechos y deberes de los Estados. El segundo, el Programa 21, que es un programa de acción mundial para promover el desarrollo sostenible²³. Y el tercero, la Declaración sobre

²⁰ Resolución de la AGNU A/45/25 (Decisión SS.II/4, de la 45ª sesión, suplemento 25). Cfr. Freestone, D. y Hey, E., "Origins and Development of the Precautionary Principle", en David Freestone y Ellen Hey (Dir.), *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, p. 7.

²¹ Párr. 19 de la Conferencia Ministerial sobre Medio Ambiente de la Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico de la ONU Bangkok, 15-16 de octubre de 1990. También ver, Freestone, D. y Hey, E., "Origins and Development of the Precautionary Principle", *op. cit.*, p. 10.

²² Los trabajos previos de ésta Cumbre se celebraron en el seno de un Comité, que mantuvo cuatro series de reuniones entre 1990 y 1992: Nairobi, Ginebra y Nueva York. Desde un inicio se acordó que las decisiones fueran adoptadas por consenso. Juste Ruiz, J., *Derecho internacional del medio ambiente*, *op. cit.*, p. 22.

²³ El Programa 21 es un plan de acción mundial que abarca los aspectos del desarrollo sostenible, entre los que se encuentran la contaminación de la atmósfera, el aire y el agua, la lucha contra la deforestación, desertización y pérdida de terrenos agrícolas, etc. Además, establece pautas de desarrollo que suponen una carga para el medio ambiente como la pobreza, la deuda externa de los países en vías de desarrollo o la presión demográfica. Este Programa se organiza en cuatro secciones que son, las dimensiones sociales y económicas, la conservación y la gestión de los recursos para el desarrollo, el papel de los grupos económicos y sociales y, los medios de ejecución. Además, ofrece información valiosa y práctica de todos los aspectos de la protección del medio ambiente, incluida la conservación de la diversidad biológica. También menciona el principio de precaución en su sección II, referida a la conservación y gestión de los recursos para el desarrollo, al

principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo²⁴. Además, dos instrumentos jurídicamente vinculantes se abrieron a la firma: la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

La Declaración de Río establece los criterios para compatibilizar las exigencias del desarrollo con las de la protección del medio ambiente²⁵.

El Principio 15 de esta Declaración, consagra el principio de precaución al señalar que:

«Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta de medidas eficaces en función de los costes para impedir la degradación del medio ambiente».

Vemos así, cómo el principio de precaución sirve de guía para el desarrollo y la aplicación del Derecho internacional del medio ambiente en los casos en que no existe certeza científica²⁶.

Posteriormente, este principio jurídico fue incluido en el preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica, de 1993, al considerar que «...cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza».

Así, observamos cómo estos ejemplos ilustran que el concepto de precaución constituye un nuevo parámetro en los distintos instrumentos jurídicos internacionales y en su acción ambiental.

3. Convenio sobre la diversidad biológica

a. Antecedentes del Convenio sobre la Diversidad Biológica

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992, se firmaron dos acuerdos jurídicamente vinculantes de gran importancia ambiental: la Convención Marco de las

señalar que para prevenir la degradación del medio marino será más útil una estrategia de precaución y prevención que de reacción. Cfr., capítulo 17.21 del Programa 21.

²⁴ La Declaración de Principios para el Manejo Sustentable de Bosques de 1992, trata la ordenación sostenible de los bosques y, aunque no posee fuerza jurídica obligatoria, supuso el primer consenso mundial relativo a la protección de bosques. Cfr., Resolución de la AGNU A/CONF.151/26 (vol. III), de 14 de agosto de 1992.

²⁵ Juste Ruiz, J., *Derecho internacional del medio ambiente*, op. cit., p. 22.

²⁶ Sands, P., *Principles of International Environmental Law*, op. cit., p. 266.

Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, siendo este último el primer acuerdo mundial enfocado a la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad.

Previo a la entrada en vigor del Convenio sobre Diversidad Biológica, los instrumentos internacionales en materia ambiental no garantizaban la conservación de la biodiversidad específicamente. La naturaleza sectorial y regional de los tratados para la conservación de las especies y de los ecosistemas provocaba importantes lagunas. Los tratados internacionales presentaban un objeto excesivamente restringido, ya que centraban sus esfuerzos en la protección de determinados tipos de hábitats²⁷, la protección de ciertos tipos de especies²⁸ y la regulación de determinados tipos de amenazas para las especies en peligro²⁹.

Asimismo, aunque existían convenios de conservación de objetos específicos, éstos estaban limitados a ciertas partes del Planeta, de modo que había regiones que permanecían al margen de la protección que otorgaba el tratado³⁰.

El Convenio sobre Diversidad Biológica es el primer acuerdo mundial integral que aborda todos los aspectos de la diversidad biológica: recursos genéticos, especies y ecosistemas: la conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible de los componentes de la diversidad biológica, y el reparto justo y equitativo en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, son alguno de los objetivos que tiene el Convenio. Este Convenio entró en vigor el 29 de diciembre de 1993³¹.

²⁷ Por mencionar algunos: El Convenio relativo a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas (Convención de Ramsar, Irán, 2 de febrero de 1971) y la Convención para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural (París, 16 de noviembre de 1971).

²⁸ Por ejemplo, Convenio sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres (Convenio de Bonn de 23 de junio de 1979).

²⁹ Convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre (Washington, 3 de marzo de 1973).

³⁰ Por ejemplo, Acuerdo para la conservación de la naturaleza y los recursos naturales, concluido en la Asociación de las Naciones del Sudeste Asiático (Kuala Lumpur 9 de julio de 1985) y el Protocolo para la Protección y Desarrollo del Medio Ambiente Marino y de la Región del Gran Caribe (Kingston, 18 de enero de 1990).

³¹ El Convenio sobre la Diversidad Biológica fue adoptado en la Conferencia del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el 24 de marzo de 1992. El CDB entró en vigor el 29 de diciembre de 1993. Doc. UNEP/Bio.Div/CONF/1.

b. Régimen jurídico del Convenio sobre la Diversidad Biológica

El CDB define un programa para conciliar el desarrollo económico de los Estados con la necesidad de preservar todos los elementos de la diversidad biológica. A pesar de la soberanía estatal en la explotación de sus propios recursos y la responsabilidad del Estado de garantizar que las actividades realizadas bajo su jurisdicción o control no dañen el medio ambiente de otros Estados, hay que insistir en que las cuestiones relacionadas con la protección de la biodiversidad trascienden las fronteras nacionales, y por tanto, supera la esfera nacional.

El Convenio trata la biodiversidad de los principales tipos de hábitats del mundo, por ejemplo, los bosques, las tierras de uso agropecuario, las tierras áridas y subhúmedas, los océanos y zonas costeras, las aguas continentales, las montañas y las islas. También otras cuestiones intersectoriales, como por ejemplo, las áreas protegidas, el acceso y reparto de beneficios, o incentivos³².

El ámbito de aplicación del CDB incluye todos los aspectos de la biodiversidad biológica, la cual es definida en su artículo 2 como:

«La variabilidad entre los seres vivos de todas las fuentes, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres, marinos y acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas».

Como se puede observar, el CDB parte de un concepto amplio de biodiversidad que podría clasificarse en tres niveles. El primer nivel, la diversidad de los ecosistemas. El segundo es la diversidad entre las especies, también llamada diversidad de especies. Y el tercer nivel es la diversidad dentro de cada especie, también conocida como diversidad genética³³.

Asimismo, el CDB es considerado como un convenio marco que crea una estructura global para promover la cooperación internacional y

³² La UE, con el fin de aplicar el CDB, lanzó en febrero de 1998 su propia estrategia de biodiversidad, un plan con medidas generales para impulsar la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica. El Proceso de Cardiff se inició en 1998 y ofrece un mecanismo para la integración de los factores medioambientales en sectores clave de la política de la UE. Cada una de las Direcciones Generales cuenta con un corresponsal de integración y de unidades especializadas en medio ambiente.

³³ El Convenio no proporciona un concepto de diversidad de los ecosistemas, pero ha sido definida por algunos autores como la variedad de hábitats, comunidades bióticas y procesos ecológicos de la biosfera, así como la diversidad dentro de los propios ecosistemas. Cfr. Pérez Salom, J. R., *Recursos genéticos, biotecnología y Derecho internacional*, op. cit., p. 38.

para ayudar a su ejecución nacional. Su artículo 6 pone el énfasis en el desarrollo de estrategias nacionales de la biodiversidad y de planes de acción como base para las obligaciones de cada país y prevé que cada Parte Contratante, con arreglo a sus condiciones y capacidades particulares, elaborare estrategias, planes o programas nacionales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica.

Ahora bien, de conformidad con el mandato del artículo 19.3 del CDB las Partes debían analizar la adopción de un protocolo con el objetivo de regular la transferencia, manejo y uso de cualquier organismo vivo modificado (OVM)³⁴.

La negociación final se realizó en Montreal el 29 de enero de 2000, donde se adoptó el «Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología», que entró en vigor el 11 de septiembre de 2003.

4. Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología

El Protocolo de Cartagena promueve la biotecnología como una forma segura para elevar los niveles de producción de alimentos garantizando, al mismo tiempo, que son alimentos sostenibles y benefician al medio ambiente.

El Protocolo establece, por primera vez, un sistema reglamentario exhaustivo para asegurar la transferencia, manejo y utilización segura de OVM sujetos a movimientos transfronterizos. Permite que los gobiernos señalen si están o no dispuestos a aceptar las importaciones de productos agrícolas que incluyan OVM, comunicando su decisión a la comunidad internacional a través del Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología³⁵.

³⁴ Durante la segunda reunión de la Conferencia de las Partes del CDB, celebrada en Indonesia en 1995, se aprobó crear un Grupo de Trabajo Especial, conocido como *Board Supports Working Group* (BSWG-5), mediante la Decisión II/5. (Decisión II/5, UNEP/CDB/COP/2/19). Este Grupo de Trabajo tuvo la misión de elaborar un protocolo sobre bioseguridad, para el cual debían tener en cuenta los principios consagrados en la Declaración de Río, en particular, el principio de precaución. Además, este protocolo no trascendería el ámbito de aplicación del Convenio, ni derogaría o duplicaría ningún otro instrumento jurídico internacional. El Grupo reunido en Cartagena en 1999, presentó un proyecto de Protocolo que remitió a la Conferencia de las Partes (UNEP/CDB/ExCOP/1/2, Apéndice 1). Sin embargo, los Estados Partes no alcanzaron un acuerdo sobre el texto y suspendieron la reunión (Decisión EM-I/1, UNEP/CDB/ExCOP/1/3, Anexo 1.). No obstante, se mantuvieron las conversaciones con miras a evaluar si había voluntad política para reanudar las negociaciones hasta que, en efecto, se celebraron las reuniones de Viena en 1999 y de Montreal al año siguiente.

³⁵ El Centro de Intercambio es un mecanismo establecido para facilitar el intercambio de información y de experiencias sobre esta especie de organismos.

Este instrumento internacional se ocupa primordialmente de los OVM que van a introducirse en el medio ambiente, como por ejemplo, las semillas, árboles o peces, y ciertos productos agrícolas modificados genéticamente, como el maíz y los cereales utilizados para alimentos humano o animal o para su procesamiento.

El Protocolo de Cartagena tiene como objetivo garantizar un nivel adecuado de protección de la salud humana a lo largo de todo el proceso de la utilización de los OVM, es decir, en su transferencia, manipulación y utilización, ya que su uso puede tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica³⁶.

Así podemos observar cómo el Protocolo de Cartagena promueve la seguridad de la biotecnología mediante el establecimiento de normas y procedimientos prácticos para la transferencia, manipulación y utilización de OVM, con especial atención a reglamentar los movimientos de estos organismos a través de las fronteras internacionales.

a. Ámbito de aplicación del Protocolo de Cartagena

La determinación del ámbito de aplicación del Protocolo de Cartagena fue problemática durante su negociación. En la reunión se discutió si el Protocolo debía abarcar cualquier actividad relacionada con OVM o sólo se limitaría a los movimientos transfronterizos y, en este caso, se incluirían las actividades de importación, manipulación y utilización. El artículo 4 del Protocolo prevé, por tanto, que se aplicará «al movimiento transfronterizo, el tránsito, la manipulación y la utilización de todos los OVM que puedan tener efectos adversos para la conservación

³⁶ Si una Parte contratante no actúa conforme al objetivo del Protocolo, la Conferencia de las Partes podrá examinar y aprobar mecanismos institucionales de cooperación para promover su cumplimiento (art. 34). En este sentido, el Protocolo determina que facultades deben ejercitarse para cumplir con su objetivo. En concreto, el art. 2.4 establece que un Estado puede tomar medidas más protectoras que aquellas descritas por el Protocolo. El art. 14.1 recoge el derecho de las Partes a negociar acuerdos separados sobre el movimiento transfronterizo de OVM, mientras que el artículo 24 regula las relaciones con Estados que no son Partes. Aunque estas disposiciones no contienen una referencia directa al artículo 1 del Protocolo, la frase «sean compatibles con el objetivo y las disposiciones del presente Protocolo» indica que debe respetarse el objetivo establecido en tal artículo al ejercer los derechos correspondientes y realizar las actividades pertinentes. Cabe recordar que en virtud del Derecho internacional, un Estado que ha firmado un tratado pero que aún no lo ha ratificado, tiene la obligación de no actuar de manera contraria al objetivo del Convenio. Cfr. art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana».

Cabe subrayar, que el Protocolo de Cartagena utiliza la nomenclatura OVM (organismo vivo modificado) y no OMG (organismo modificado genéticamente). Esto se debe a que durante las negociaciones se puso de manifiesto la conveniencia de utilizar el término OVM para que tuvieran entrada tanto la biotecnología tradicional, como la biotecnología moderna, pues las dos podían tener efectos adversos para la conservación y utilización de la biodiversidad³⁷. Por tal motivo, su artículo 3 define al OVM como:

«Cualquier organismo vivo que posea una combinación nueva de material genético que se haya obtenido mediante la biotecnología moderna»³⁸.

Los OVM pueden clasificarse en dos grupos. El primero está destinado a la introducción deliberada en el medio ambiente, como pueden ser las semillas. Y el segundo grupo estaría compuesto por todos aquellos OVM que pueden ser utilizados directamente como alimento humano o animal o para su procesamiento, como por ejemplo, las verduras modificadas genéticamente. Este segundo grupo es conocido como LMO-FFPs (*Living modified organisms for food, feed and processing*).

Esta clasificación de los OVM resulta importante a la hora de adoptar normas de protección frente a su utilización. Por ejemplo, respecto a los LMO-FFPs, el artículo 11 del Protocolo de Cartagena establece un mecanismo de intercambio de información multilateral, confiado al Centro de Intercambio de Información³⁹.

Junto al mecanismo de control e información, el Protocolo establece cuatro excepciones en las que el comercio internacional de OVM no queda sometido a dicho mecanismo. Se trata de los movimientos transfronterizos de OVM de productos farmacéuticos (art.

³⁷ Por ello, a efectos del presente trabajo de investigación, a partir de ahora el término organismo modificado genéticamente (OMG) u organismo transgénico, se entenderá como sinónimo de organismo vivo modificado (OVM), ya que así es más conocido por la doctrina internacional.

³⁸ Cfr. Martos Calabrús, M^a A., “La problemática de la seguridad en los movimientos transfronterizos de OVM: Protocolo de Bioseguridad”, en Ramón Herrera Campos, María Cazorla (ed.), *Agricultura transgénica y medio ambiente. Perspectiva legal*, Reus, Madrid, 2009, p. 31.

³⁹ La Parte de importación debe pedir al Centro de Intercambio de Información datos sobre los nuevos LMO-FFPs que podrían ser objeto de comercio internacional y, si lo desea, puede someter dichas importaciones a regulación nacional. Así, este artículo permite explícitamente que las Partes sometan la primera importación de LMO-FFPs a evaluación del riesgo y aprobación previos.

5); los OVM en tránsito y los destinados a uso confinado (art. 6)⁴⁰ y; el movimiento transfronterizo de OVM que no constituyen un riesgo para la diversidad biológica y para la salud humana (art. 7.4).

Por último, con relación a la definición del ámbito subjetivo de aplicación del Protocolo, cabe señalar que los Estados que lo hayan ratificado, quedan evidentemente vinculados desde su entrada en vigor. Sin embargo, debemos recordar que a los Estados Partes se les permite concertar acuerdos bilaterales, regionales y multilaterales relativos a los movimientos transfronterizos internacionales de OVM, siempre que cumplan dos condiciones. La primera es que esos acuerdos sean compatibles con el objetivo del Protocolo. Y la segunda, que no constituyan una reducción del nivel de protección establecido por el mismo⁴¹. Además, a los Estados Partes se les permite concertar acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales con otros Estados que no sean Parte en relación a los movimientos transfronterizos de OVM (art. 24). Todo ello con el objetivo de que los Estados no Parte se adhieran al Protocolo, y así, aporten información pertinente sobre los OVM liberados o introducidos en sus territorios o transportados fuera de ellos.

De tal forma que el Protocolo permite a los Estados Partes ampliar, paulatinamente, el ámbito subjetivo de aplicación del Protocolo bajo ciertas condiciones no excesivamente gravosas para los Estados.

b. El principio de precaución en el Protocolo de Cartagena

El principio de precaución se ve reflejado en el Protocolo de Cartagena desde su primera frase en el artículo 1, al establecer que «...de conformidad con el enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Protocolo es (...)».

Asimismo, los artículos 10.6 y 11.8 regulan la aplicación del principio como condicionante para la importación de OVM. El artículo 10.6 del Protocolo de Cartagena prevé que:

«...el hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información o conocimientos científicos pertinentes suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad

⁴⁰ Se entiende por uso confinado «cualquier operación, llevada a cabo dentro de un local, instalación u otra estructura física, que entrañe la manipulación de OVM controlados por medidas específicas que limiten de forma efectiva su contacto con el medio exterior o sus efectos sobre dicho medio» (art. 3 inciso b) del Protocolo de Cartagena).

⁴¹ Estos acuerdos deberán ser notificados a las otras Partes a través del Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología (art. 14 del Protocolo de Cartagena).

biológica en la Parte de importación, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, no impedirá a la Parte de importación, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación del OVM de que se trate...».

Y por su parte, el artículo 11.8 establece que:

«...el hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información y conocimientos pertinentes suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica no impedirá a esa Parte, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación de ese organismo vivo modificado...».

Como podemos observar, ambas disposiciones precisan que la falta de certeza científica sobre el alcance de los potenciales efectos adversos de un OVM en la biodiversidad, no impedirán que la Parte importadora adopte una decisión, según proceda, en relación con la importación de dichos OVM.

En general, estas disposiciones abordan también la situación en la que, habiéndose llevado a cabo una evaluación del riesgo, de conformidad con el artículo 15 del Protocolo, la Parte importadora puede concluir, tomando en consideración los riesgos para la salud humana, que persiste la incertidumbre de los potenciales efectos adversos de OVM sobre la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica. En suma, el Protocolo de Cartagena marca la aplicación del principio de precaución, ya que establece medidas concretas a cada caso para afrontar el riesgo dudoso y, así, lograr una preservación más eficaz del medio ambiente.

Por último, debemos mencionar que el artículo 27 del Protocolo de Cartagena estableció que las Partes, en su primera reunión, debían iniciar un proceso en relación con la elaboración de normas y procedimientos internacionales en el ámbito de la responsabilidad y compensación por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de OVM, y tratar de completar ese proceso en un plazo de cuatro años. Esta primera reunión se celebró en febrero de 2004 en Kuala Lumpur⁴². La última reunión, celebrada el 15 de octubre de 2010 adoptó el Protocolo complementario de Nagoya-Kuala Lumpur sobre responsabilidad y compensación del Protocolo de Cartagena sobre la Bioseguridad⁴³.

⁴² Doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/1/15.

⁴³ El Protocolo está abierto para su firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York del 7 de marzo 2011 al 6 de marzo 2012 y entrará en vigor 90 días después de ser ratificado por al menos 40 Partes en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la

c. Hacia un régimen de compensación: el Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur

El objetivo de este Protocolo es contribuir a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo en cuenta los riesgos para la salud humana, y proporcionando normas y procedimientos internacionales en la esfera de la responsabilidad y compensación en relación con los OVM (art. 1)⁴⁴.

El nuevo Protocolo complementario proporciona normas y procedimientos internacionales en la esfera de la responsabilidad y la compensación en relación con el daño para la diversidad biológica resultante de los OVM⁴⁵. Al igual que en el acuerdo precursor, el Protocolo de Cartagena, la adopción de este Protocolo tiene una doble función. Por un lado, impide crear daños ambientales y, por otro lado, ofrece medidas de creación de confianza en el desarrollo y aplicación de la biotecnología moderna. Con ello, se prepara un entorno favorable a la obtención de los máximos beneficios de los OVM, proporcionando normas de compensación o medidas de respuesta en caso de que se produzcan daños a la biodiversidad o haya probabilidad de que se produzcan.

III | Principio de precaución: ¿principio transversal del Derecho Internacional del Medio Ambiente?

El principio de precaución se centra en los efectos inciertos de la actividad humana y destaca la necesidad de tomar en consideración los daños posibles y futuros. Este principio es un criterio básico que rige la actuación ambiental y según el cual cualquier sustancia, organismo o tecnología debe demostrar su compatibilidad con el medio ambiente y la salud pública antes de ser autorizada su producción y utilización. Exige, por tanto, que los legisladores, antes de adoptar cualquier decisión autorizando el empleo de nuevas tecnologías, tengan claridad y certeza acerca de las posibles consecuencias nocivas sobre la salud humana y el medio ambiente que se deriven de dichas tecnologías⁴⁶.

Biotecnología (art. 18).

⁴⁴ Cfr. “Responsabilidad y compensación”, Informe del grupo de amigos de la co-presidencia. Doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOD/5/11, de 11 de octubre de 2010.

⁴⁵ La reunión de las Partes en el Protocolo, adoptó otras 17 decisiones. Entre estas, se encuentra la adopción de un Plan Estratégico de 10 años para la aplicación del Protocolo, un programa de trabajo sobre concienciación, educación y participación públicas en relación con los OVMs y directrices adicionales sobre evaluación y gestión del riesgo.

⁴⁶ México firmó el Convenio sobre la Diversidad Biológica el 13 de junio de 1992 y entró

La característica distintiva del concepto de precaución no es que dicte medidas reguladoras específicas, es decir, medidas que pueden ser utilizadas para su aplicación. La característica distintiva es la forma y el momento en que, las medidas deben ser adoptadas⁴⁷.

El concepto de precaución supone que la ciencia no siempre proporciona los conocimientos necesarios para proteger el medio ambiente de manera eficaz. Además, supone que los recursos financieros se pueden asignar de manera ineficiente, si se toman medidas sólo después de que haya certeza científica sobre los efectos perjudiciales comprobados⁴⁸.

Podemos señalar que hay tres elementos esenciales en los criterios mencionados anteriormente. El primero es un cambio de enfoque al tratar de determinar el nivel de contaminación que el medio ambiente puede asimilar, haciendo uso de las nuevas tecnologías que eliminen o al menos reduzcan la entrada de contaminantes al medio ambiente. Se trata de una política basada en la reducción al mínimo y contención de sustancias nocivas para el medio ambiente.

El segundo elemento es la evaluación de impacto ambiental. Esta evaluación implica que la política ambiental no es para determinar los efectos perjudiciales ambientales que puedan ser posteriores a una actividad. Por el contrario, intenta averiguar cualquier posible efecto negativo antes de que la actividad ocurra y así, tomar acciones para evitar cualquier efecto negativo.

El tercero es la necesidad de que haya una economía racional dentro de la política de precaución. Este es un concepto diferente del tradicional coste-beneficio, que determina que a largo plazo los métodos de cálculo económico se utilicen para tratar de asimilar el costo de los posibles daños para el medio ambiente.

Por todo lo anterior, el principio de precaución presupone los siguientes criterios: 1) la aplicación de métodos de producción limpia, mejor tecnología disponible y mejores prácticas ambientales; 2) métodos generales de la evaluación ambiental y económica para ser utilizados en la toma de decisiones para mejorar métodos en la calidad del medio

en vigor el 11 de marzo de 1993. Así mismo, firmó el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología el 24 de mayo de 2000 y entró en vigor el 11 de septiembre de 2003. Además, firmó el Protocolo complementario de Nagoya-Kuala Lumpur sobre responsabilidad y compensación del Protocolo de Cartagena sobre la Bioseguridad el 5 de marzo de 2012 y entró en vigor el 26 de septiembre del mismo año.

⁴⁷ Cfr. Freestone, D. y Hey, E., "Origins and Development of the Precautionary Principle", *op. cit.*, p. 12.

⁴⁸ Cfr. Hey, E., "The Precautionary Concept in Environmental Policy and Law: Institutionalizing Caution", *Georgetown International Environmental Law Review*, Georgetown University Law Centre, Georgetown, vol. 4 (1992), pp. 305-306.

ambiente; 3) estimular la investigación, científica y económica que contribuye a una mejor comprensión de las opciones a largo plazo disponible y; 4) procedimientos administrativos, legales y técnicos para que éste principio se aplique⁴⁹.

Desde un punto de vista jurídico, la faceta más importante del principio de precaución es que la acción positiva para proteger el medio ambiente, puede ser necesaria antes de la prueba científica para comprobar que el daño ha sido proporcionado. En estos casos, el elemento innovador es el de utilizar las medidas correctoras. En efecto, la esencia del concepto de precaución es que una vez que el riesgo se ha identificado, la falta de pruebas científicas no pueda utilizarse como motivo para no tomar algún tipo de medidas.

Esto sugiere que el umbral de riesgo se ha vuelto más fácil de cruzar. Desde una perspectiva jurídica, implicaría que una vez que el riesgo existe, entonces entramos a la función de la incertidumbre científica contra el contaminador potencial y no, como en el pasado, que la acción preventiva se utilizaba una vez que el daño se había determinado.

1. Elementos definitorios del principio de precaución

Boisson de Chazournes afirma que la precaución es un principio para abordar algunos de los problemas ambientales de salud pública de la sociedad contemporánea. Además, destaca que de los instrumentos jurídicos internacionales en materia ambiental que incorporan el principio de precaución se pueden extraer cuatro elementos constitutivos que son: el riesgo, el daño, la incertidumbre científica y las capacidades diferenciadas⁵⁰, los cuales veremos a continuación.

a. El riesgo

Esta es la característica que define la precaución. El riesgo es un peligro potencial más o menos previsible que puede causar daño. Por consiguiente, por su propia índole, es incierto. La precaución se ha desarrollado en el Derecho internacional tomando en cuenta una nueva categoría de riesgo, el riesgo ecológico⁵¹. Para realizar una aproximación

⁴⁹ Cfr. Freestone, D. y Hey, E., "Origins and Development of the Precautionary Principle", *op. cit.*, p. 13.

⁵⁰ Cfr. Boisson de Chazournes, L. "El principio de precaución", en VVAA., *La Precaución de Río a Johannesburgo*, International Environment House, Ginebra, 2002, pp. 13 y ss.

⁵¹ De Sadeleer, N., *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution: essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 174.

estructural del riesgo conviene tener presente cuatro aspectos relacionados con el mismo que son: la evaluación, el control, la gestión y la comunicación del riesgo, con ocasión de la utilización de OVM.

i. La evaluación del riesgo

La evaluación del riesgo es un instrumento necesario para la toma de decisiones y la definición de políticas que se utiliza en la gestión del riesgo. La evaluación supone identificar las consecuencias negativas de una tecnología o actividad y la valoración de que se den esas consecuencias. Una correcta evaluación debe basarse en pruebas científicas disponibles para determinar y sopesar los posibles efectos adversos de los OVM para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo en cuenta los riesgos para la salud humana (art. 15 del Protocolo de Cartagena).

En el Derecho Internacional, la evaluación del riesgo para la vida y la salud de las personas y de los animales, se ha incorporado, a nivel global, en el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC. En cambio, a nivel regional, especialmente en la Unión Europea (UE), se ha incorporado a través del Reglamento 178/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecieron los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, de 28 de enero de 2002. Cabe subrayar que el Tribunal de Primera Instancia de la UE (TPI), se ha pronunciado sobre este tema en la asunto *Pfizer Animal Health c. Consejo* (asunto T-13/99), al reconocer que la evaluación de los riesgos debe considerarse como una condición previa a la aplicación del principio de precaución. El TPI señaló que:

«...en materia de aplicación del principio de cautela, que se produce por definición en un contexto de incertidumbre científica, no cabe exigir que la evaluación de riesgos aporte obligatoriamente a las instituciones comunitarias pruebas científicas concluyentes de la realidad del riesgo y de la gravedad de los efectos perjudiciales potenciales en el supuesto de que el riesgo se materializara»⁵².

No obstante, el Tribunal de la UE precisó también que no puede constituir una motivación válida para una medida preventiva una concepción del riesgo hipotético. Y añadió:

«Por el contrario, de la interpretación del principio de cautela efectuada por el órgano jurisdiccional comunitario se deduce que sólo puede adoptarse una medida preventiva cuando el riesgo, cuya existencia y alcance no han sido “plenamente” demostrados mediante datos científicos concluyentes, resulta sin embargo suficientemente

⁵² Párr. 142, Sentencia del TPI (Sala Tercera), *Pfizer Animal Health c. Consejo*, asunto T-13/99, de 11 de septiembre de 2002.

documentado, a la vista de los datos científicos disponibles en el momento en que se adopte la medida»⁵³.

Tras recordar que la evaluación de los riesgos tiene por objeto valorar la probabilidad de que un determinado producto o procedimiento tenga efectos perjudiciales para la salud humana y el grado de gravedad de esos efectos potenciales, el TPI concluyó que la realización de una evaluación científica de los riesgos constituye un requisito previo para la adopción de cualquier medida preventiva⁵⁴.

El interés de esta sentencia es evidente, ya que contiene la línea jurisprudencial que puede considerarse de aplicación general y que consagra la necesidad de proceder a una evaluación de los riesgos como condición *sine qua non* para adoptar medidas justificadas por el principio de precaución⁵⁵.

ii. El control del riesgo

El control del riesgo debe ser utilizado una vez identificados los efectos potencialmente peligrosos de un fenómeno y cuyo riesgo no puede ser exactamente establecido por la ciencia. De allí que el primer paso para el uso del principio de precaución sea una evaluación científica de los distintos grados de incertidumbre. Este juicio honesto de la ciencia permitirá que se tome la decisión adecuada para determinar cuál es el nivel de riesgo aceptable para una sociedad. El proceso por el cual se toman las decisiones debe ser transparente e involucrar a todas las partes interesadas, es decir, a los científicos, a la población, a las organizaciones, empresas, etc.

iii. La gestión del riesgo

La gestión del riesgo, por su parte, se caracteriza por sopesar los riesgos y los beneficios asociados a una actividad y seleccionar una estrategia de actuación que modifique los niveles de riesgo a que están sometidos los individuos o la población.

Así, podemos observar como el principio de precaución contiene una "dimensión intertemporal" en el sentido que va más allá de los problemas asociados a los riesgos a corto o medio plazo, puesto que se

⁵³ *Ibíd.*, párr. 144.

⁵⁴ *Ibíd.*, párr. 155.

⁵⁵ Cfr. párr. 29 a 31, Sentencia del TJCE (Sala Sexta), *Mondiet*, asunto C-405/92, de 24 de noviembre de 1993. Párr. 31, Sentencia del TJCE (Sala Sexta), *España c. Consejo*, de 5 de octubre de 1999. Cf. González Vaqué, L., "El principio de precaución en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: ¿un principio de buen gobierno?", *Estudios sobre Consumo*, Tecnos, Madrid, no. 68 (2004), p. 5.

refiere también a riesgos a largo plazo, los cuales, podrían incluso, afectar al bienestar de las generaciones futuras. Asimismo, se basa en la “falta de certidumbre científica” y también debe limitarse a riesgos no de cualquier naturaleza sino a los “graves e irreversibles”⁵⁶.

iv. La comunicación del riesgo

Por último, para hacer una aproximación estructural del riesgo es necesario tener una comunicación del riesgo. Se entiende por comunicación del riesgo el intercambio interactivo de información y opiniones sobre los riesgos entre las personas encargadas de la evaluación de los riesgos y de su gestión, los consumidores y partes interesadas⁵⁷.

En la Unión Europea, el artículo 3.13 del Reglamento 178/2002/CE definió la comunicación del riesgo como «el intercambio interactivo, a lo largo de todo el proceso de análisis del riesgo, de información y opiniones en relación con los factores de peligro y los riesgos, los factores relacionados con el riesgo y las percepciones del riesgo, que se establece entre los responsables de la determinación y los responsables de la gestión del riesgo, los consumidores, las empresas alimentarias y de piensos, la comunidad científica y otras partes interesadas; en ese intercambio está incluida la explicación de los resultados de la determinación del riesgo y la motivación de las decisiones relacionadas con la gestión del riesgo».

b. El daño

El segundo elemento del principio de precaución es el daño. La definición de daño al medio ambiente atañe a dos categorías distintas en función de que el medio ambiente dañado atente a la salud y a los bienes de las personas o al medio natural en cuanto tal⁵⁸. En el primer supuesto, el daño al medio ambiente se integraría en la categoría de los denominados daños personales, patrimoniales o económicos, es decir, los daños a la salud y a la integridad física de las personas, como por ejemplo, el asma provocado por la contaminación atmosférica, y los daños a los bienes de las personas y al ejercicio de sus actividades

⁵⁶ Jiménez de Parga y Maseda, P., “Análisis del principio de precaución en Derecho Internacional Público: perspectiva universal y perspectiva regional europea” *Política y Sociedad*, vol. 40, (2003), p.15.

⁵⁷ Definición adoptada por la Comisión del *Codex Alimentarius* en su 22º periodo de sesiones, Ginebra 23-28 de junio de 1997.

⁵⁸ Cfr. Gomis Catalá, L., *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 64.

económicas, por ejemplo, la pesca. En el segundo supuesto, el daño al medio ambiente se incluiría en lo que la doctrina ha llamado daño ecológico puro, que es ajeno a cualquier connotación personal, patrimonial o económica⁵⁹.

c. La incertidumbre científica

El tercer elemento del principio de precaución es la incertidumbre científica sobre las consecuencias dañinas de un acto o producto. En este sentido, el principio de precaución se caracteriza por ser aplicado frente a la insuficiente contribución de la ciencia para conocer con precisión y deforma indubitable la existencia o no del potencial peligro o riesgo de una actividad dada. La incertidumbre ha sido definida como "la imperfección en el conocimiento sobre el estado o los procesos de la naturaleza"⁶⁰.

La incertidumbre se sitúa en el rango de condición *sine qua non* para la aplicación, y en efecto, para la legitimación del principio de precaución.

La incertidumbre, además, representa la diferencia entre precaución y prevención. El modelo de prevención debe basarse constantemente en la ciencia y sus conocimientos especializados, que pueden dar ciertos grados de objetividad en cuanto a los riesgos a que se está expuesto. El alcance de las medidas de precaución debe basarse en un mínimo de conocimientos sobre la base de resultados científicos que presenten cierto grado de coherencia.

El principio de precaución no confunde la necesidad de protección del medio ambiente con la actividad industrial de los Estados, ya que éstos tienen, conforme al Principio 2 de la Declaración de Río, el derecho soberano de explotar sus propios recursos según sus políticas ambientales y de desarrollo⁶¹.

A nivel regional, el TPI se manifestó respecto a la incertidumbre científica en su sentencia *Artegodan* (asuntos acumulados T-74/00 y otros)⁶². En este caso se discutió la prohibición de uso de ciertos medicamentos que actuaban sobre el sistema nervioso central, generando una sensación de saciedad, por lo que eran utilizados para

⁵⁹ *Ibid.*, p. 64.

⁶⁰ *Vid.* "Consulta Técnica sobre el enfoque precautorio en Pesquerías" (FAO/Gobierno de Suecia, 1995) <http://www.fao.org/docrep/V8400S/v8400s05.htm> (10-nov-2012).

⁶¹ Scovazzi, T., "Sul principio precauzionale nel diritto internazionale dell'ambiente", *op. cit.*, pp. 701-702.

⁶² Sentencia del TPI (Sala Segunda), *Artegodan GmbH y otros c. Comisión*. Asuntos acumulados T-74/00, T-76/00, T-83/00 a T-85/00, T-132/00, T-137/00 y T-141/00, de 26 de Noviembre de 2002.

combatir la obesidad⁶³. El Tribunal concluyó que «cuando exista incertidumbre científica sobre la seguridad del medicamento, la autoridad competente deberá evaluar dicho medicamento de conformidad con el principio de precaución»⁶⁴.

d. Las capacidades diferenciadas

El cuarto elemento característico del principio de precaución es la capacidad diferenciada. Este elemento supone que los Estados con diferentes niveles de desarrollo no pueden estar sometidos a los mismos requisitos en lo que respecta a la aplicación de medidas de precaución⁶⁵.

Si se toman en consideración las capacidades de un Estado, se puede establecer un nexo entre el principio de precaución y un enfoque proporcionado a la luz de la condición de ese Estado. Los Estados con diferentes niveles de desarrollo no pueden estar sometidos a los mismos requisitos en lo que respecta a la aplicación de medidas de precaución. En lo que se refiere a la evaluación de los riesgos y los daños, los Estados no tienen acceso a las mismas técnicas, lo que significa que el contenido así como la fiabilidad de los resultados necesariamente ha de variar de un Estado a otro. La proporcionalidad está determinada en este contexto en función de las capacidades, es decir, los medios humanos, financieros, económicos y técnicos que están a disposición de cada Estado para comprender un riesgo y administrarlo mejor⁶⁶.

IV] Consideraciones finales

La conservación de la diversidad biológica no debe ser contemplada como una actividad aislada del resto de actividades de los Estados y de las organizaciones internacionales, de hecho, la

⁶³ En marzo de 2000 la Comisión Europea adoptó tres Decisiones relativas para retirar las autorizaciones de comercialización de medicamentos de uso humano. La Comisión ordenó a los Estados Miembros, que retiraran las autorizaciones nacionales para la comercialización contempladas en el art. 3 de la Directiva 65/65/CEE del Consejo de 26 de enero de 1965. Cfr. Corti Varela, J., *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales. Derecho de la Unión Europea y de la Organización Mundial del Comercio*, Reus, Madrid, 2010, p. 54.

⁶⁴ Cfr. párr. 181, Sentencia del TPI (Sala Segunda), *Artogodan GmbH y otros c. Comisión*. Asuntos acumulados T-74/00, T-76/00, T-83/00 a T-85/00, T-132/00, T-137/00 y T-141/00, de 26 de noviembre de 2002.

⁶⁵ Cfr. Scovazzi, T., “Sul principio precauzionale nel diritto internazionale dell’ ambiente”, *op. cit.*, p. 699.

⁶⁶ Boisson de Chazournes, Laurence, “El principio de precaución”, en VVAA., *La Precaución de Río a Johannesburgo*, International Environment House, 2002, p. 11-14.

conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica poseen numerosos aspectos e interrelaciones con otros campos. Actualmente existe un movimiento generalizado hacia una mayor aceptación y práctica del principio de precaución, el cual se ha desarrollado desde un simple enfoque novedoso para la protección del medio ambiente, hasta un principio que orienta el comportamiento en la normativa internacional y nacional, prueba de ello fue el acuerdo de las Naciones Unidas en la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

El principio de precaución es un principio orientado a la prevención de riesgos que se vinculan estrechamente a la incertidumbre. Su difusión en las políticas ambientales de las últimas décadas se ha debido a la concurrencia de dos factores especialmente. De una parte, debe atenderse a los caracteres de la política ambiental y de la realidad histórico-social y ecológica a la que dicha política pretende hacer frente en este tiempo. De otra, conviene prestar atención a los riesgos que se asocian a los OVM.

En materia ambiental es difícil encontrar remedios para los daños ambientales y en muchos casos el daño es lisa y llanamente irreversible. Incluso en los casos en que es reparable, el costo de la reparación o rehabilitación es a menudo prohibitivo. Por ello, el principio de precaución se ha convertido en un pilar del Derecho internacional del medio ambiente, pues incluye el uso de técnicas especiales encaminadas a controlar en la medida de lo posible, las consecuencias dañinas de una acción o producto. Por tanto, el recurso al principio de precaución presupone por un lado, la identificación de los posibles efectos negativos resultantes de un fenómeno, de un producto o un procedimiento. Por el otro implica la evaluación del riesgo de una actividad concreta, ya sea por la insuficiencia de los datos o porque la naturaleza de los mismos hace imposible una conclusión precisa acerca de la existencia o no del peligro en cuestión.

El pluralismo jurídico en México (el caso de las comunidades *precauhtémicas*)

ROXANA PAOLA MIRANDA TORRES¹

SUMARIO: I. *¿Qué es el pluralismo jurídico?* II. *¿Quiénes son las comunidades precauhtémicas o autóctonas en México?* III. *¿En qué consisten los sistemas jurídicos de las comunidades autóctonas o precauhtémicas?* IV. *El pluralismo jurídico en el constitucionalismo mexicano.* V. *Conclusiones.*

Resumen. México es un territorio habitado por diversos pueblos desde tiempos milenarios, pero sus culturas, si bien sincréticas, no siempre se han respetado, sobre todo sus sistemas normativos o Derecho Consuetudinario, lo cual nos ha llevado a que nuestros esquemas legales carezcan de eficacia; sin embargo en un Estado de Derecho, todos debemos pactar o contratar, situación que no se ha cumplido para nuestras comunidades originarias o autóctonas, tarea que debemos realizar, empezando por conocer su amplio y trascendente pluralismo jurídico en aras de armonizar sus normas con las nuestras, de convivir con respeto, apertura, tolerancia y en la dignidad de los derechos humanos de las personas.

Palabras clave: Pluralismo jurídico, comunidad autóctona, sistema jurídico, Derecho Consuetudinario.

Abstract. *México is a land populated by diversified people ever since ancient times, but their cultures, although syncretic, have not always been respected, especially their regulatory systems or common law, which has led our legal schemes to be ineffective, nevertheless, in a rule of law, we should all agree or contract, a situation that has not been met for our native or indigenous communities, a task that must be performed by understanding its broad and transcendental legal pluralism in order to harmonize their standards with ours, to live with respect, openness, tolerance and the dignity of the human rights of the people.*

Keywords: *legal pluralism, native community, legal systems, common law.*

¹ Profesora de la Universidad Panamericana y de la Universidad de Guadalajara.

I] ¿Qué es el pluralismo jurídico?

El planeta es multicultural, los continentes y territorios de todos los países en el globo, son en mayor o menor medida, pluriculturales, por el solo hecho de que existen grupos diversos y diferenciados que integran dichas naciones, países o Estados; sin embargo no siempre y en todos los casos, en el devenir histórico, han sido respetados en sus derechos, territorios, culturas y demás aspectos que tienen que ver con su dignidad como seres humanos y esos hechos han contribuido para que muchos de estos pueblos hayan desaparecido, cuestión que debemos frenar en aras del bien a la humanidad y a nuestros congéneres.

La mayor parte de los países cuentan con una pluriversidad cultural, aquéllos en que todos los ciudadanos hablan el mismo idioma y pertenecen al mismo grupo étnico son una excepción. Tal pluriculturalidad, genera una influencia sobre la vida política, social y económica de muchos países de todos los continentes; todo ello impacta al ámbito normativo, dada la diversidad de agrupaciones humanas que se interrelacionan, ya sean mayorías y las minorías culturales, mismas que tienen una realidad compleja y difícil en cuanto a los problemas relacionados con los derechos lingüísticos, la autonomía, la educación, las políticas de migración y de naturalización, su reconocimiento jurídico y demás aspectos cada vez más sincréticos, que nos llevan a transformaciones difíciles de predecir².

En este contexto, entendemos la idea de multiculturalismo como un proceso social diferente al global, aunque para algunos representa una clara contradicción o antítesis de los procesos de globalización y homogeneización cosmopolita que son impuestos, por los *hegemones* o el sistema económico social dominante. Si bien es cierto que los procesos de interrelación de valores, principios e intereses facilitan el entendimiento entre los integrantes de la sociedad del género humano, creando procesos cada vez más intercomunicados e interdependientes, no se puede negar que la complejidad de lo humano, implica el respeto, la tolerancia, la diferencia y la diferenciación³.

La ordenación de la vida colectiva, en cualquier nivel, se hace sobre valores y principios, que inevitablemente nunca son compartidos, no sólo en lo secundario sino en las cuestiones básicas que estructuran un modelo de vida o una concepción del mundo, siempre habrá mayorías y minorías⁴.

² BONILLA MALDONADO, Daniel, *La Constitución multicultural*, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, Colombia, 2006, pp. 19 y 20.

³ LÓPEZ CALERA, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel Derecho, España, 2000, p. 27.

⁴ ZOLLA, Carlos, ZOLLA MÁRQUEZ, Emiliano, *Los pueblos indígenas de México*, UNAM, México, 2004, pp. 86 y 87.

En este orden de ideas, podemos decir que el pluralismo jurídico consiste en la existencia simultánea, dentro del mismo espacio de un Estado, de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, basados en cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales⁵. Una forma de pluralidad jurídica y en la que nos centraremos en el transcurso de este trabajo, es aquella que se vive por parte de los Estados en donde coexiste el Derecho oficial y el o los derechos de las comunidades autóctonas o *precauhtémicas*, el abanico puede ser muy variado, desde la negación del pluralismo hasta el reconocimiento tanto del Derecho como de la propia jurisdicción autóctona.

II] ¿Quiénes son las comunidades precauhtémicas o autóctonas en México?

La palabra *comunidad* proviene de la idea de *común*, a su vez, común, deriva del latín *communis*, lo que no es exclusivo o privativo de alguien y por lo tanto, es de todos o varios, lo referente al común o a todos; así, la palabra *comunidad*, deriva del latín *comunitas*, personas de un pueblo, región o nación, personas vinculadas por características o intereses comunes; con las dos ideas anteriores, se interrelaciona la de comunicar, del latín *communicare*, hacer a otro partícipe de lo que uno tiene, lo cual implica el uso de códigos o valores comunes; entonces es más fácil que comunes o afines convivan y se comuniquen, esencia de la comunidad.

Aristóteles señaló que debido a que existe el animal político o social *Zoón Politikón*, el hombre se agrupa para satisfacer las necesidades primarias, ya que la naturaleza es fin, así la comunidad primaria es la familia; para la satisfacción de necesidades no mediatas, las familias se agrupan en municipios y la asociación última de muchos municipios, es la ciudad⁶.

Así podríamos decir, que las agrupaciones humanas nacen por el interés, las personas no vivimos en colectividad por caridad, sino por carencias, porque no somos autosuficientes, entonces tendemos a asociarnos, a agruparnos para apoyarnos, lo cual significa que el hombre tiene necesidades, se une por cuestiones de orden material, después trata de darle a esa liga una idea de que se requiere la unión por razones no sólo materiales y crea la cultura, aprehende y crea conciencia de que

⁵ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, *Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario. Colombia, Perú y Bolivia*, Ceas, Lima, 1995, p. 9.

⁶ Vid. ARISTÓTELES, *Política*, Libro Primero, Capítulo I.

existen otros seres iguales, como él, por tanto, la conciencia no sólo es individual sino también colectiva⁷.

Entonces una comunidad es una agrupación, asociación de humanos con valores, principios e intereses afines, para cuya protección crean las costumbres, la religión y las normas⁸.

Las agrupaciones mediterráneas o de la cultura occidental evolucionaron en horda, clan, tribu, ciudad, pueblo, nación. Hace quinientos años, al llegar el hombre europeo, arribó a esta latitudes impregnado de su cultura y de su época; todo ello en su particular cultura de sus circunstancias, dejando por resultado un sincretismo cultural y mestizaje racional que hoy apreciamos y que se encuentra dentro del contexto global⁹.

Por otro lado, los valores, principios e intereses, protegidos por las costumbres y religión -normas y politeísmo- así como su cultura determinada en una estructura social teocrática militarista, son los elementos a través de los cuales se dio el mestizaje con más razas, en el mayor espacio territorial y con una influencia cultural en las cuencas Atlántica y Pacífica, así como ocurrió el mestizaje y sincretismo cultural sin parangón, el de trascendencia preponderante en los últimos quinientos años sobre el planeta, que hoy sigue transformando en forma dialéctica en nuevos procesos sociales¹⁰.

Con estos procesos sociales y nomológicos, los propios de América y del Mediterráneo, emerge el sincretismo mexicano y el americano -norte, centro y sur- nacemos los mestizos *teiwari*¹¹, la cultura, la religión y sociedad, se transculturizan, pero los valores, principios e intereses, así como sus receptáculos, ya no son los mismos, Mesoamérica y América se vuelven rapsodias de significados¹².

En este orden de ideas y a reserva de seguir perfeccionando la denominación, consideramos que el término más adecuado para

⁷ Cfr. COVARRUBIAS FLORES, Rafael, COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús: *La Sociología Jurídica en México, una segunda aproximación*, Universidad de Guadalajara, segunda edición, Jalisco, México, 2010. Así, la interdependencia que tenemos los seres humanos, con el achique del planeta, convertido en la "aldea global", nos conduce a una mayor interdependencia; por tanto, debemos ser más respetuosos y tolerantes con nuestros demás socios planetarios, lo cual representa avances y retrocesos.

⁸ Vid. COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús: *El Paradigma de la Constitución (México 1917 – 2010)*, Porrúa, tercera edición, México, 2010.

⁹ Cfr. RECASÉNS SICHES, Luis: *Tratado General de Sociología*, Porrúa, vigésima edición, México, 1986.

¹⁰ GONZÁLEZ RAMÍREZ, Manuel, *La Revolución Social en México*, III Tomos, Fondo de Cultura Económica, México, 1985. Apud. MIRANDA TORRES, Roxana, COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *La Nomología de las Comunidades Precuahtémicas (Preibéricas) en México, Siglos XV-XXI*, Gobierno del Estado de Oaxaca, México, 2008, p.8.

¹¹ *Teiwari*, significa el mestizo en lengua huichola.

¹² Cfr. MIRANDA TORRES, Roxana Paola y COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús. *Op.cit.*

nombrar a las comunidades indígenas es el de *comunidades autóctonas* o *precauhtémicas*, en el entendido que comunidad implica una unión, comunión e integración de valores, principios e intereses, lo cual sí es una realidad tangible en dichos grupos; en otro sentido, son autóctonos, aborígenes, cuyas referencias raciales, religiosas y culturales datan desde la época de Cuauhtémoc¹³ o a la llegada de los ibéricos a México, época de conquista o colonización de México, que a su vez, las ideas de América y de México no existían, por ello, estas comunidades no son *indias*, son autóctonas, aborígenes de estas tierras mestizas en forma ancestral, sus elementos son raciales, de poligamia, de politeísmo y constituyen cada grupo, en particular o en conjunto, diversidades específicas¹⁴. Además el término *indio* o *indígena* en nuestro país se utiliza de manera despectiva, peyorativa, representa en la actualidad un estrato económico específico, extendiéndose consecuentemente dicho calificativo a toda persona digna de ser explotada o maltratada. El diccionario de mexicanismos se refiere al *indio* como aquella persona de modales zafios¹⁵. En este orden de ideas, la categoría de *indio* constituyó un patrón útil de aculturación con la que fueron bautizadas más de 400 culturas, encajonando de la misma forma a pueblos que se diferenciaban en sus contenidos y expresiones. Mayas, aztecas, mixtecos, purépechas, etcétera, fueron homogeneizados a una sola identidad, la de ser indios sin serlo¹⁶.

De esta manera, podemos afirmar que en México existen múltiples y diversas comunidades de origen autóctono. Según el último censo población, somos 112'322,757 habitantes, de los cuales 15. 7 millones pertenecen a una comunidad autóctona, lo que equivale al 14% del total

¹³ Los dirigentes de México de 1375 al 1524 (Aztecas) fueron: Moctezuma Ilhuicamina (29 años); Acamapichtli (21 años); Huitzilihuitl (21 años); Moctezuma Xocoyotzin (18 años); Ahuizotl (15 años); Itzcoatl (13 años); Axayacatl (12 años); Chimalpopoca (9 años); Tizoc (5 años); Cuauhtémoc (4 años) y Cuitlahuac (1 año); Vid. *Enciclopedia Política de México*, COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús (coordinador), Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, México, 2010.

¹⁴ De ahí la construcción del concepto de la *Nomología*, con el cual, se pretende la consolidación de una transdisciplina, mediante la cual, se pueda estudiar el pluriverso normativo de una agrupación humana dentro de un contexto histórico determinado, *cfr.* COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús: *El Paradigma de la Constitución. Op. Cit.* Se debe destacar que la *Nomología* es una transdisciplina que tiene por objeto el estudio y análisis de todas las formas en que una comunidad determinada en tiempo y espacio específicos, preserva sus valores más trascendentes en usos, costumbres, prácticas, normas, reglas y demás formas sociales y que de ahí deben partir las normas jurídicas en aras de una eficacia con la teleología de una armonía entre los seres que conviven.

¹⁵ *Diccionario de mexicanismos*, Academia Mexicana de la Lengua, Siglo XXI editores, México, 2010, p. 292.

¹⁶ DURAND ALCÁNTARA, Carlos Humberto, *La autonomía regional en e marco del desarrollo de los pueblos indios. Estudio de caso: la étnica náhuatl del estado de Oaxaca, Santa María Teopoxco*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2009, p. 21.

de la población¹⁷. Se trata de 68 etnias que tienen presencia en la mitad de los municipios, la mayoría de estas comunidades se ubican en el sureste de la república, en los estados de Oaxaca que encabeza la lista, Veracruz, Chiapas, Yucatán, Estado de México y Puebla¹⁸.

A continuación presentamos una tabla donde se muestra los grupos de comunidades autóctonas existentes por entidad federativa¹⁹.

<i>ESTADO</i>	<i>COMUNIDAD AUTÓCTONA</i>
Baja California	Cochimí, Cucapá, kiliwa, kumiai y Paipái
Campeche	Maya
Coahuila	Kikapú
Chiapas	Cakchiquel, Chol, Jacalteco, Kanjobal, Lacandón, Mame, Mochó, Tojolabal, Tzeltal (Tseltal), Tzotzil (Tsotsil) y Zoque
Chihuahua	Guarijío, Pima, Rarámuri y Tepehuán
Distrito Federal	Maya, Mazahua, Mazateco, Mixe, Náhuatl, Otomí, Purépecha, Tlapaneco, Totonaco y Zapoteco
Durango	Tepehuán
Guanajuato	Chichimeca jonaz
Guerrero	Amuzgo, Mixteco, Náhuatl y Tlapaneco
Hidalgo	Náhuatl u Otomí

¹⁷ Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, “Deuda Histórica”, Periódico *El Universal*, México, D.F., 3 de septiembre de 2010, pp. C4-C5.

¹⁸ *Cfr. Estadísticas Históricas del INEGI*, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, México, 2010, en especial, el Tomo primero en cuanto a los datos del rubro que corresponde a *población*.

¹⁹ Comisión Nacional para el desarrollo de los pueblos indígenas. Se trata de los principales grupos indígenas o autóctonos establecidos en esa entidad. Aguascalientes, Baja California Sur, Colima, Nuevo León, Tamaulipas, Tlaxcala y Zacatecas no tienen población autóctona significativa. Asimismo hay que apuntar que en los Estados hay comunidades migrantes. *Vid.* Comisión Nacional para el Desarrollo de los pueblos indígenas, www.cdi.gob.mx consultada el 8 de julio de 2011.

Jalisco	Huichol o Wixárica
México	Mazahua, Otomí y Purépecha
Michoacán	Mazahua, Otomí y Purépecha
Morelos	Náhuatl
Nayarit	Cora y Huichol o Wixarica
Oaxaca	Amuzgo, Chatino, Chinanteco, Chocho, Cuicateco, Cuave, Ixcateco, Mazateco, Mixe, Mixteco, Triqui y Zapoteco
Puebla	Chocho, Mixteco, Náhuatl y Totonaca
Querétaro	Otomí y Pame
Quintana Roo	Maya
San Luis Potosí	Huasteco, Náhuatl y Pame
Sinaloa	Mayo
Sonora	Mayo, Pápago, Pima, Seri y Yaqui
Tabasco	Chontal y Chol
Veracruz	Náhuatl, Tepehua, Popoluca y Totonaca
Yucatán	Maya

III] ¿En qué consisten los sistemas jurídicos de las comunidades autóctonas o precuahtémicas?

En cada una de las comunidades autóctonas en nuestro país, existe un derecho propio y único, en sus sistemas jurídicos se advierten principios de derecho que las regulan y de los que se desprende su normatividad, también se le llama derecho consuetudinario.

Después de más de una década de estudios antropológicos en alrededor de cincuenta comunidades de nuestro país, tomando en cuenta sus normas sociales, religiosas, jurídicas y políticas, podemos afirmar que en el país coexiste una amplia diversidad étnica, por lo que

una porción importante de ciudadanos presenta condiciones distintas frente a la ley nacional²⁰.

Además, entre las comunidades se presentan ciertas simetrías como son: la gerontocracia predominante, la importancia de los ancianos en la toma de decisiones de la comunidad; predomina el interés general sobre el particular; tienen una división natural del trabajo; no existe la idea de la acumulación de riqueza; se alimentan de la naturaleza y es su principal fuente de subsistencia, dicen que nosotros los *teiwari* nos sentimos dueños de la naturaleza cuando en realidad somos parte de ella; tienen un politeísmo sincrético donde Cristo es uno más de sus dioses; persiste la poligamia, una forma de combatir las faltas es a través de los castigos públicos; la familia y los compadrazgos son lazos muy fuertes y otra constante entre los grupos es la discriminación a la mujer.

De igual forma, en estos estudios antropológicos pudimos advertir ciertas asimetrías como las siguientes: en algunos grupos además del Consejo de ancianos, existe la figura del Tlatoani, un gobernador investido de todas las facultades; ciertas comunidades cuentan con una religión politeísta pura; otra figura no muy común pero presente es el *sororato*, cuando un hombre se casa con varias hermanas, en otros grupos no existe la propiedad común y en algunas, muy pocas, la opinión de la mujer es relevante.

A manera de ejemplo haremos un recuento de ciertas normas de las comunidades autóctonas, algunas complementarias de la legislación del Estado y otras que no tienen sentido más que en el derecho de las comunidades²¹.

Determinados pueblos consumen peyote u hongos en sus ceremonias rituales, lo que está prohibido en el país, así cuando cada año los Huicholes hacen su tradicional recorrido a la zona desértica de *Wirikuta* -cerca de Real de Catorce, en San Luis Potosí-- para coleccionar y consumir peyote, llevan un permiso en el que se reconoce que sólo ellos están autorizados para hacerlo. Lo mismo ocurre cuando los mazatecos de Huautla de Jiménez en Oaxaca pueden consumir hongos con permiso emitido por las autoridades locales.

Los Seris de Sonora, capturan una caguama, siete filos, pero no para matarla o comérsela, sino para adornarla y pasearla como parte de una fiesta ritual -al final de la misma la devuelven sana y salva al mar--. Esta especie está en peligro de extinción y, por tanto, protegida, debido a lo cual se comete un delito federal si es capturado un ejemplar. Hasta la fecha el gobierno de Sonora no ha dado respuesta para que los Seris puedan realizar esta práctica sin que incurran en un acto ilegal.

²⁰ Cfr. MIRANDA TORRES, Roxana Paola y COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús. *Op.cit.*

²¹ VALDIVIA DOUNCE, María Teresa, "Los sistemas jurídicos indígenas", Periódico *El Universal*, México, 7 de enero de 2010, p. 10.

Un delito inexistente en el derecho del Estado es la brujería, “cuando un brujo hace daño como enfermar a una persona, es posible que ésta lo mate en legítima defensa. Se han dado casos en que el pueblo toma la iniciativa de detenerlo y junto con las autoridades, lo juzga en Asamblea General y lo lincha, o bien lo sentencia a morir quemado. Y es que el brujo que ha hecho daño con sus poderes no puede ser reintegrado a la sociedad por que la gente le tiene miedo, tampoco puede ser expulsado porque desde donde esté puede dañar y matar, así debe de morir y de preferencia quemado porque debe purificar su alma²².”

Sin embargo, existen dentro de los sistemas jurídicos *precauhtémicos*, normas que pueden ser complementarias al derecho nacional. Muchos mexicanos deberían emplear algunas de ellas por el bien común, por ejemplo podríamos organizarnos por manzanas, barrios y colonias para resolver problemas que nos aquejan en materia de seguridad, de ruido, de basura de limpieza de calles y parques públicos. También podríamos apropiarnos de formas de ejercer justicia, de tal modo que los jueces citaran y escucharan a las partes en un conflicto durante el tiempo que fuera necesario –un día o dos- hasta que el problema se resolviera.

En el sistema jurídico *mixe*, los derechos de los menores son tutelados por los padres. La ciudadanía no se adquiere con la edad ni con el matrimonio, sino cuando se trabaja para la comunidad. Y se trabaja para la comunidad en tres niveles: prestando servicio de tiempo completo, cada tres años, en el sistema del gobierno autóctono, sin recibir remuneración alguna durante un año; pagando las cuotas para la fiesta del pueblo; y cumpliendo con el *tequio*, el trabajo comunitario. Cuando un individuo cubre esas tres obligaciones, adquiere el derecho *mixe*. La prerrogativa de convertirse en ciudadano se configura con el derecho a tener voz y voto en la asamblea general, a vivir en el pueblo, a poseer un solar para una casa y tierras de labranza y a ser beneficiario de los servicios que presta la comunidad.

En la región *mixe* no se pondera el trabajo individual sino comunal, lo que se busca en los juicios de individuos que han transgredido las normas no es que cumplan un castigo sino que reparen el daño y se reintegren a la comunidad, se busca resolver un conflicto.

En relación a las amonestaciones y sanciones, cuando un individuo no cumple con los principios fundamentales del derecho indígena, puede recibir una amonestación o sanción leve, mediana o grave, como en cualquier derecho, por ejemplo cuando transgreden la ley en estado de ebriedad, las autoridades los conducen a la cárcel y al día siguiente cuando ya se les pasó la borrachera los llaman para explicarles porque están detenidos, los multan y después pueden regresar a sus casas.

²² *Idem.*

Cuando hay daños a terceros el agravio tampoco se paga con cárcel para los autóctonos, ese tipo de sanción no tiene sentido; a ellos lo que les interesa es recuperar la pérdida cuando sea posible y reparar el daño.

Los miembros de las comunidades *precauhtémicas* consideran que la cárcel es un medio, no una forma de castigo. La usan para mantener el control sobre el infractor, hacerlo reflexionar sobre sus actos y así llegar a un acuerdo que resuelve el conflicto²³.

IV] El pluralismo jurídico desde el constitucionalismo mexicano

El problema de reconocimiento de los derechos de las comunidades autóctonas no es inédito y mucho menos reciente. Está precedido por todo un debate histórico desde la época de la conquista.

Durante la Colonia, las fuentes de derecho autóctono fueron la legislación real o central, la reglamentación colonial dictada por el virrey o la audiencia y la jurisprudencia dictada por los tribunales: el Consejo de Indias y las audiencias, las antiguas y las nuevas costumbres y prácticas *precauhtémicas* siempre y cuando no fueran contrarias a la religión católica ni a las leyes vigentes²⁴.

Con la independencia el problema de las comunidades autóctonas quedó sumergido en la nueva filosofía política predominante que influyó en y fue resultado de las revoluciones estadounidense y francesa del siglo XVIII, incorporándose como doctrina en nuestro Derecho Constitucional en el siglo XIX. Las jóvenes Repúblicas independientes hacen tabla rasa de la historia para construir la nación como una simple asociación contractual de individuos libres e iguales, que viven según las leyes que voluntariamente se otorgaron. Al plantear la cuestión nacional en términos puramente políticos y jurídicos, solo reconocen al indio en tanto que sujeto de derechos²⁵.

En este orden de ideas, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917, renueva el pacto social de 1857, refrenda y adiciona la anterior Constitución, agrega nuevas cuestiones de un nuevo pacto social en cuanto a los derechos económicos, la economía mixta (tercera vía) y los derechos de interés social -educación, agrarios y laborales--; nuevo pacto en el que se integraron todos los sectores del país²⁶.

²³ *Idem.*

²⁴ Cfr. DE LEÓN PINELO, Antonio: *Recopilación de las Indias*, coedición de la Universidad de Navarra, Universidad Panamericana, Porrúa y otras instituciones; México, 1992, entre otras.

²⁵ *Idem.*

²⁶ COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *El Paradigma de la Constitución. Op. Cit.*, p. 111.

Sin embargo, para el caso de las comunidades autóctonas el constituyente de 1916-1917 no estudió de manera específica la cuestión autóctona, no era un tema prioritario en la agenda nacional, no hubo una diferenciación específica de las etnias existentes en el país para recoger sus derechos y plasmarlos en el texto constitucional. Éstos habrían de quedar englobados dentro de la clase social campesina, exclusivamente relacionados con el problema de la tierra, al que se le dio respuesta con el artículo 27 constitucional²⁷. Así, la cuestión autóctona fue englobada dentro de una cuestión más grave, el problema agrario que entonces confrontaba el país.

La fracción VI del artículo 27 de la Constitución política de 1917, único precepto que hacía referencia a la cuestión de las comunidades como un problema de reconocimiento de las tierras, bosques y aguas que tendrían los *pueblos o tribus* para disfrutar en común ya fuere que se les hubiera restituido por la Ley del 6 de enero de 1915 o se les restituyere en el futuro. Se les reconocía a los pueblos y tribus el disfrute colectivo de sus tierras, bosques y aguas. Hasta aquí llegó el Constituyente de 1916-1917 en materia de los grupos autóctonos²⁸.

La fracción VI del artículo 27 no tuvo una vida larga. Mediante decreto publicado en el Diario Oficial el 10 de enero de 1934 se reformó dicha fracción, sustituyéndose la facultad de los pueblos y de las tribus que vivieran en estado comunal por el disfrute colectivo de sus tierras, bosques y aguas, por el de los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o de los núcleos dotados, restituidos o constituidos en centros de población agrícola. Sólo éstos podrían tener propiedad o administrar por sí bienes raíces. Esta reforma cancelaría toda referencia explícita a los grupos autóctonos y sus derechos, hasta la reforma de 1992²⁹.

La evolución que tuvo la materia de los pueblos originarios a partir del Congreso Constituyente de Querétaro de 1916 y en los términos exclusivamente agrarios en que fue plasmada en el texto constitucional de 1917, reflejan que de origen no existió una concepción clara del problema, que requería un tratamiento propio y diferenciado, a pesar de que la población asentada en las comunidades autóctonas siempre había representado una parte fundamental en la población en general desde hace 500 años³⁰.

A partir de los años sesenta, surgieron una serie de organizaciones en defensa de las comunidades autóctonas, México retomó dicha cuestión al debate nacional, posteriormente el interés se intensificó por una serie de presiones internacionales en los años

²⁷ RABASA GAMBOA, Emilio. *Derecho Indígena*, Porrúa, México, 2002, pp. 17-18.

²⁸ *Vid. Debates del Congreso Constituyente 1916 – 1917*, Gobierno de Querétaro, Querétaro, 1987.

²⁹ *Cfr. COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús: Historia de la Constitución Política de México (Siglos XX – XXI)*, Porrúa, segunda edición, México, 2010.

³⁰ *Idem.*

noventa, al firmar y luego ratificar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Entonces, 75 años después del Constituyente de 1916-1917 se reforma la Constitución Mexicana y se insertan de manera muy limitada algunos derechos de los pueblos originarios, reconociendo que son los pueblos que sustentan el origen de la nación mexicana³¹.

Todas estas situaciones influyeron para que el 28 de enero de 1992 se publicara en el Diario Oficial de la Federación, el decreto donde se adicionaba un primer párrafo al artículo cuarto y se modificara la fracción VII del artículo 27 constitucional.

En esta reforma se otorga aunque de manera limitada, un reconocimiento a las comunidades, sin embargo, este reconocimiento llegó tarde pues ya se gestaba hacía diez años aproximadamente en el centro y sur de México, un levantamiento armado en el estado de Chiapas para hacer frente a la problemática autóctona, el primero de enero de 1994, marcó sin lugar a dudas, el inicio de una nueva etapa a nivel nacional de la visión y tratamiento de las comunidades *precauhtémicas*, dicho movimiento "hizo ver el fracaso de la política indigenista y el anquilosamiento de las instituciones para llevarla a la práctica"³².

El 14 de agosto de 2001, se publicó en el Diario Oficial de la Federación las reformas relativas a los artículos 1, 2, 4, 18 y 115 constitucionales, relativas a la materia indígena, quedando los artículos de la siguiente manera:³³

El artículo primero contiene dos nuevos párrafos, uno que reproduciría el contenido del artículo segundo y otro de nueva creación prohibiendo la discriminación por cuestiones de origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personales³⁴.

³¹ Vid. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969, suscritos por México en 1981 y que tienen vigencia.

³² RABASA GAMBOA, Emilio. *Op. Cit.*, pp. 58-63.

³³ COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Historia de la Constitución política de México. Op. Cit.*

³⁴ Constituye una cláusula formal de igualdad. Vid. CARBONELL, Miguel, *Constitución y Derechos Indígenas: introducción a la reforma constitucional de 14 de agosto de 2001*, México, 2001.

El artículo segundo se refiere a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en el apartado A y a las obligaciones de la Federación, Estados y Municipios para con ellos, en el apartado B ³⁵.

El primer párrafo del artículo cuarto adicionado en 1992, desaparece. Al artículo 18 se le adiciona un nuevo párrafo, que aborda la cuestión de acercamiento de los presos a los centros penitenciarios más próximos a sus domicilios –involucra a los presos indígenas o no--, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social³⁶.

Por último en el artículo 115, se añade a la fracción III un párrafo que establece que las comunidades autóctonas, dentro del ámbito municipal podrán coordinarse y asociarse, remitiéndose a una futura ley³⁷.

Esta reforma fue en cierta manera muy importante para las comunidades autóctonas de nuestro país porque se avanzó en la construcción de una nueva relación entre el Estado, la sociedad y estas comunidades, se reconocieron principios inéditos como el pluralismo cultural, sin embargo, no satisfizo todas las expectativas y quedó pendiente una amplia lista de temas importantes a tratar.

*Un régimen democrático sirve para hacer las cosas que la mayoría quiere para vivir bien. E incluso para que la minoría pueda vivir así. Ese trato desigual para alguien desigual no implica lesionar su igualdad, pues se busca descubrir la manera en que cada uno esté en condiciones de ser el protagonista de su propia historia y nadie le prive ser el dueño de sí mismo*³⁸.

En este sentido en la reforma de 2001, no se estudiaron las comunidades *precuahtémicas* del país, sus características peculiares, con el concurso de antropólogos, historiadores, etnógrafos, sociólogos y demás científicos que emitieran una opinión con conocimiento de sus procesos nomológicos. Al no saber su situación real, no se pudo aplicar el método inductivo, para conocer sus simetrías y asimetrías.

³⁵ El artículo segundo constitucional de 1917, se integró en el texto del artículo primero vigente a partir de la reforma de 2001 y así, el texto actual del artículo segundo es que se publicó en el DOF el 14 de agosto de 2001 y que a la fecha no se ha modificado.

³⁶ Al respecto, existen prácticas que no son muy ortodoxas, como es el caso de los *wirráricas* o *wixáricas*, comunidades del Estado de Jalisco, que tienen “pactos o acuerdos” con las autoridades judiciales en el sentido de que ciertos delitos sean conocidos por ellos o juzgados por su comunidad o Tlatoani y otros por las autoridades del Estado de Derecho.

³⁷ Es importante distinguir los entes territoriales de Municipio y de Comunidades Autóctonas, los cuales deben tener sus diferencias y semejanzas, una de ellas, es que las Comunidades requieren de su personalidad jurídica, ya que son entes constitucionales.

³⁸ PALLARES YABUR, Pedro, *Reflexiones sobre el contenido de los artículos segundo, tercero y cuarto constitucional y su reforma*, en el libro, *Algunas propuestas para avanzar en la Reforma Integral de la Constitución General de la República*, Carlos Moyado y Jesús Covarrubias (coord.), México, 2002, pp. 185-197.

Además la Constitución Política de México reconoce a los pueblos originarios, el derecho a aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de conflictos, sin embargo, los sistemas normativos de las comunidades autóctonas son más complejos, cada comunidad tiene el suyo y no hay un sistema homogéneo, se integran de normas, procedimientos e instituciones que incorporan a la costumbre jurídica, que se define como la práctica constante de una determinada conducta conjugada con la conciencia individual que su aplicación es necesaria y por lo tanto obligatoria para la colectividad puesto que permite mantener el orden interno; por lo que es necesario delimitar y especificar su ámbito de competencia, de ahí la existencia de un pluralismo jurídico latente y no previsto constitucionalmente.

En consecuencia, no se invitó a participar a las comunidades para establecer pactos y contratos sociales, etapas transitorias o de armonización con dichos representantes, para empezar un proceso de transición donde no se les impongan normas, para nosotros normales y para ellos desconocidas. Tenemos una Nomología mestiza *versus* una Nomología *precauhtémica*, el desconocimiento de este pluralismo jurídico es causa de la ineficacia del derecho en México.

Debemos destacar, que si bien es cierto que los mexicanos, los habitantes del continente y del planeta vamos hacia un mestizaje cada vez más amplio e incluyente, lo claro es el hecho de que nuestras culturas, a la par de estos fenómenos, son más sincréticas y por ello, la necesidad de los estudios nomológicos y de las culturas, para su debida armonización.

Además, son pocas leyes federales modificadas a partir de la reforma de 2001, hasta ahora 33 leyes y códigos aproximadamente, que hacen referencia al tema, en algunos casos sólo se inserta la palabra *indígena* para complementar los contenidos de algunos artículos sin que esto presente ninguna repercusión en el ejercicio del derecho, sin embargo su inclusión tiene cierto impacto político.

Así, el desarrollo legislativo a nivel federal ha sido muy lento, los cambios han tenido bajo impacto y los pocos hechos y esfuerzos en la materia, han sido pocos, poco profundos y por tanto, superfluos; se les ha negado o en el mejor de los casos y por presiones sociales o violentas, sigue persistiendo un injusto regateo de *darles* lo que les pertenece; lo anterior es muy contradictorio, sobre todo con las reformas constitucionales del 10 de junio de 2011, en las cuales se ha señalado que en los Estados Unidos Mexicanos, se reconocen los derechos de los humanos y sus garantías para todas las personas que habitamos en este maravilloso lugar denominado México, lo cual no se ha realizado como un hecho para estos pueblos originarios.

V] Conclusiones

En nuestro país, el pluralismo jurídico es una realidad latente, desde siempre, al coexistir en un mismo territorio el sistema jurídico estatal con los sistemas jurídicos de las comunidades *precauhtémicas*; además de los enormes, vastos y trascendentes sincretismos jurídicos con que contamos y no hemos apreciado su valía y riqueza en el planeta.

Las comunidades autóctonas representan el 14% de la población del país, son 68 grupos autóctonos: mixes, amuzgos, lacandones, triquis, raramuris, seris, mayas, nahuas, purépechas, tepehuanos, wixaricas, cucapas, coras, etcétera; cada uno es diferente, tienen su propia lengua, sus dioses, diferentes formas de ver la vida, de entenderla, sus propios sistemas normativos, es decir, su nomología, y la legislación mexicana los ha reducido al término *indio*, *indígena* de una manera errónea. Debemos destacar que es el grupo más numeroso del continente, a pesar del proceso de depredación en el que los hemos dinamizado en los últimos quinientos años.

Cada comunidad tiene su sistema normativo o también llamado derecho consuetudinario (costumbres, usos, prácticas y normas específicas), el cual ha sido dinámico y se ha sabido adaptar a la realidad, ha sobrevivido, lo que tiene que ver con la oralidad del sistema de los pueblos originarios.

No podemos dejar de analizar los sistemas normativos autóctonos sin relacionarlos con el Derecho Estatal, por siglos dichos sistemas se han influido, se han rechazado o se han complementado, sin embargo el Derecho Estatal ha impuesto su hegemonía; no obstante, nuestro derecho es sincrético, pero todavía no somos conscientes de ello, lo cual se requiere en aras de la eficacia.

La realidad de estos pueblos ha sido ignorada en la historia del constitucionalismo mexicano, en la Colonia se produjo la segregación de estos grupos; en la independencia, los Estados tomaron el modelo liberal europeo y se buscó la homogeneización cultural; en la Revolución Mexicana y por tanto en la Constitución de 1917, se les trató como campesinos.

Con las presiones internacionales y la firma del Convenio 107 de la OIT, en 1992 se reconoce la composición pluricultural del Estado mexicano. En 2001 con la reforma constitucional llegamos a contemplar la autonomía y libre determinación de las comunidades autóctonas, reforma que quedó inconclusa, el pluralismo jurídico no se contempla.

Por lo tanto, en México no hemos sido capaces de crear una nación, identidad y Estado, no existe una ciudadanía activa, participativa, democrática y republicana a través de la cual podamos establecer pactos, de ahí a lo grupal, comunitario, municipal, regional y a lo nacional, el *México pluricultural*, no existe, somos una *entelequia*.

Bibliografía

- ARISTÓTELES, *Política*,
 BONILLA MALDONADO, Daniel, *La Constitución multicultural*, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, Colombia, 2006.
- CARBONELL, Miguel, *Constitución y Derechos Indígenas: introducción a la reforma constitucional de 14 de agosto de 2001*, México, 2001.
- Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, "Deuda Histórica", Periódico *El Universal*, México, D.F., 3 de septiembre de 2010.
- COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *El Paradigma de la Constitución (México 1917 – 2010)*, Porrúa, tercera edición, México, 2010.
- Historia de la Constitución Política de México (Siglos XX – XXI)*, Porrúa, segunda edición, México, 2010.
- Debates del Congreso Constituyente 1916 – 1917*, Gobierno de Querétaro, Querétaro, 1987.
- COVARRUBIAS FLORES, Rafael, COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús: *La Sociología Jurídica en México, una segunda aproximación*, Universidad de Guadalajara, segunda edición, Jalisco, México, 2010.
- DE LEÓN PINELO, Antonio: *Recopilación de las Indias*, coedición de la Universidad de Navarra, Universidad Panamericana, Porrúa y otras instituciones, México, 1992.
- Diccionario de mexicanismos*, Academia Mexicana de la Lengua, Siglo XXI editores, México, 2010.
- DURAND ALCÁNTARA, Carlos Humberto, *La autonomía regional en el marco del desarrollo de los pueblos indios. Estudio de caso: la étnica náhuatl del estado de Oaxaca, Santa María Teopoxco*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2009.
- Enciclopedia Política de México*, COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús (coord.), Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, México, 2010.
- Estadísticas Históricas del INEGI*, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, México, 2010.
- GONZÁLEZ RAMÍREZ, Manuel, *La Revolución Social en México*, III Tomos, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel Derecho, España, 2000.
- MIRANDA TORRES, Roxana, COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *La Nomología de las Comunidades Precuahtémicas (Preibéricas) en México, Siglos XV-XXI*, Gobierno del Estado de Oaxaca, México, 2008.
- PALLARES YABUR, Pedro, *Reflexiones sobre el contenido de los artículos segundo, tercero y cuarto constitucional y su reforma*, en el libro, *Algunas propuestas para avanzar en la Reforma Integral de la*

Constitución General de la República, Carlos Moyado y Jesús Covarrubias (coord.), México, 2002, pp. 185-197.

RABASA GAMBOA, Emilio, *Derecho Constitucional Indígena*, Porrúa, UNAM, México, 2002.

RECASÉNS SICHES, Luis: *Tratado General de Sociología*, Porrúa, vigésima edición, México, 1986.

VALDIVIA DOUNCE, María Teresa, "Los sistemas jurídicos indígenas", Periódico *El Universal*, México, 7 de enero de 2010.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, *Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario. Colombia, Perú y Bolivia*, Ceas, Lima, 1995.

ZOLLA, Carlos, ZOLLA MÁRQUEZ, Emiliano, *Los pueblos indígenas de México*, UNAM, México, 2004.

Razón práctica, *ius*, y objetividad en Derechos Humanos

PEDRO PALLARES YABUR¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. «*ius*» como el balance adecuado de «Derecho». III. *Situaciones humanas reales y relevantes como origen de «Derechos Humanos»*. IV. «Razón y Conciencia» en el descubrimiento de los Derechos Humanos.

Resumen. El Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) afirma un hecho, señala un deber y una conexión racional-epistemológica entre esa realidad ontológica y la obligación ética. Si equilibramos el significado de la palabra «derecho» desde el derecho subjetivo (*facultas*) hacia «la cosa justa» (*ius*), el discurso de los Derechos Humanos podría encontrar un terreno fértil para fundarse y aclarar su justificación racional. La libertad, la autonomía y la dignidad se medirían por las exigencias objetivas de la condición humana real y las situaciones históricas. La afirmación del artículo 1 de la DUDH podría reformularse como la necesidad para los Derechos Humanos de reconocer el arte racional y el compromiso ético elaborado en la conciencia personal; que descubre las exigencias reales, los requerimientos inherentes, y las conductas implícitas que se infieren y son debidas o ajustadas a una situación específica; donde se juega la dignidad del humano; orientada a establecer una relación adecuada, valiosa y humana entre personas.

Palabras clave: Derechos Humanos, Derechos Subjetivos, cosa justa, dignidad, naturaleza humana, *officium*, rol social, razón práctica, justicia.

Abstract. Article 1 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) states a fact, a duty and a epistemological link between the ontological reality and ethical obligation. If we balanced the meaning of 'right' from subjective right (*facultas*) to 'the just thing' (*ius*), the human rights discourse would be able to find a fertile ground to laid its foundations and to improve its rational justification. Freedom, autonomy and dignity would be measured by the objective demands of real human condition and historical situations. The statement of UDHR's Article 1 could be rephrased as the rational art and the ethical commitment within the conscience of discovering the real entitlements, the inherent requirements, and the internal behaviors that are owed or adjusted in a

¹ JD, Universidad Panamericana; MEd Universidad Panamericana; LLM, Universidad de Navarra; JSD Candidato.

specific situation related to dignity of all human beings, in order to establish a proper, worthy and human relationship between persons.

Keywords: *Human Rights, Individual Rights, ius, dignity, human nature, officium, social role, practical reason, justice.*

I] Introducción

El artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) afirma: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. La fórmula puede dividirse en tres partes. Un hecho, un deber, y un conector entre la esa realidad descrita por el *hecho* y el *deber* ético.

El *hecho* describe una situación, un punto de partida a la que podríamos llamar *sección ontológica*: todos los seres humanos existen con una inherente dignidad, unos derechos esenciales a su forma de ser. La descripción del *deber* carga sobre todos aquellos que reclamen para sí esos derechos universales. Es la *sección deóntica*. “[D]eben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, han de ser solidarios, empáticos, actuar como «hermanos» de una misma «familia». La tercera parte, la *sección epistemológica* –“dotados como están de razón y conciencia”-, afirma que existe un modo inherente de conocimiento de los Derechos Humanos. Todos los seres humanos no sólo gozan de esos *derechos* sino que también son capaces de conocer realmente esa realidad de forma normativa para su conducta².

Sin duda, el lenguaje de la Ilustración se recoge en lo sección de *hechos* de la Declaración. Tanto el primer párrafo del Preámbulo como la formulación del artículo 1 recuerdan los documentos de Derechos Humanos propios de la Ilustración³. Recordemos que para esta escuela de pensamiento, los Derechos Humanos se consideran como prerrogativas y exigencias a favor de individuos que expresan su

² El primer recital de Preámbulo contiene una idea similar: el reconocimiento (afirmación epistemológica) de unos Derechos Humanos inherentes y universales: “Considerando que la libertad y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

³ Fue el francés, René Cassin, uno de los redactores más importantes, que en su borrador (1947) incluyó fórmulas inspiradas en los documentos Ilustrados. Sobre el proceso de redacción de la DUDH y el origen de las fórmulas puede leerse GLENDON, Mary Ann, *A world made new. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, 2001; MORSINK, Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, University of Pennsylvania Press, 1999, especialmente el capítulo Chapter 8; MORSINK, Johannes, *The Philosophy of the Universal Declaration*, Human Rights Quarterly, Vol. 6, no. 3 (1984), pp. 309 y ss. También puede verse las ideas de Charles Malik en *The Challenge of Human Rights: Charles Malik and the Universal Declaration*, edited by Habib C. Malik, Oxford: Center for Lebanese Studies, 2000.

autonomía y libertad. Su punto de partida es un individuo abstracto, sin rostro, un átomo que justifica lo que se le debe sólo a partir de su autonomía, sin tomar en cuenta exigencias objetivas de la realidad o de unos hechos relevantes más allá de su libertad vacía. Para la Ilustración, las «cosas» no aportan datos para justificar los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos son expresión del modo de ser de un «átomo de autonomía».

Pero una mirada atenta al Artículo 1, también nos muestra que el artículo que abre esta Declaración no señala *derecho* alguno. Más aún, recuerda al sujeto beneficiario de los Derechos Humanos su deber de fraternidad. Llama a la solidaridad y es un recordatorio de los deberes que han de ser satisfechos por ese poseedor de derechos. El artículo espera que el titular del beneficio elabore un argumento racional, que busque en su conciencia la llamada de un deber a cumplir.

Parece que el «poseedor del derecho» antes de reclamar algún beneficio, *debe ser empático* y reconocer a otras personas y su dignidad. El reconocimiento de sus derechos no lo encierra en el egoísmo del que sólo reclama, sino que lo abre a los otros, a sus deberes para con ellos. De esta manera, el individuo aislado, encerrado en su autonomía y su libertad, queda reemplazado por una persona solidaria, empática, con derechos y deberes igualmente relevantes para su conducta, que descubre racionalmente.

Si esto es así, ¿qué tipo de operaciones racionales deben elaborarse para introducirse al terreno de los Derechos Humanos? ¿Qué tipos de *hechos* han de tomarse en cuenta para alcanzar una conclusión razonable respecto a los Derechos Humanos? ¿Desde *dónde* se obtienen esos datos? ¿Cómo se integran *racionalmente*? ¿Cómo es posible deducir de ellos conclusiones *obligatorias*?

En las siguientes páginas intentaremos explicar qué tipo de exigencias reales de la «dignidad» son conocidas por la «razón y conciencia» como para vincular éticamente en compromisos solidarios (“debe comportarse fraternalmente”). Para construir un argumento así, nuestro argumento se dividirá en tres secciones: (i) la relevancia de balancear el concepto de «derecho» con el de «ius»; (ii) describir cómo, además de la libertad y la autonomía, ciertas realidades son relevantes para determinar los Derechos Humanos; y, (iii) qué tipos de actos son ejecutados por la “razón y conciencia” para integrar esos aspectos de la realidad en las exigencias implícitas en la «solidaridad» o en ese «deben comportarse fraternalmente».

II] «*Ius*» como balance apropiado de «*Derecho*»

Los Derechos Humanos son reconocidos como derechos subjetivos. Facultades de la persona humana que expresan su autonomía y manifiestan los requerimientos básicos para el desarrollo pleno de sus fines y necesidades inherentes. En otras palabras los Derechos Humanos se consideran como *exigencias a favor* de la persona, atribuidas precisamente por esa condición. El *derecho* (*right*) expresa la forma

adecuada y correcta (right) de tratar a la persona.

Este modo de concebir estas “elecciones protegidas [o] como intereses protegidos”⁴ se traduce en un esquema que considera por una parte a un «beneficiario-del-derecho» frente a un correlativo “portador del deber”. En los documentos de Derechos Humanos, ese *beneficiario* se comprende usualmente como “un individuo humano (...) ubicado al centro de una serie de círculos concéntricos frente a distintos niveles de *portador-del-deber* (...) que incluye desde nuestras familias y nuestros semejantes hacia círculos más amplios como nuestras comunidades locales con sus escuelas y sus directivos...; después se encuentran nuestras comunidades regionales y estatales. Y el círculo se amplía después de los Estados con las organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, así hasta alcanzar a toda la familia humana”⁵.

Esta descripción se basa en la consideración de Derechos Humanos como *derechos o manifestaciones morales* que pertenecen al sujeto individual. Ese *derecho a ser agente moral* le permite reclamar contra cualquier intromisión inequitativa o alguna injusta omisión que impida manifestarse como tal. Este tipo de explicación de los Derechos Humanos centra su análisis en el sujeto, en el individuo, dotado de un *derecho* que le permite reclamar un beneficio a su favor. El peso del concepto recae en las *cualidades morales, facultades, derechos, reclamos* de un individuo. En un poder, una capacidad, “trazado desde su ser, él mismo, un sujeto, desde su esencia, desde su naturaleza”⁶. Son por tanto *derechos, beneficios* que pueden ser reclamados a favor de un beneficiario, derivados de su modo de ser.

Pero esa forma de pensar el fenómeno jurídico, no siempre se centró en el *derecho-beneficio*. Hasta antes del s. XIV es difícil encontrar que la palabra «*ius*» se utilice en el sentido de «*derecho*». Tierney afirma, por ejemplo, que en el origen de las teorías del derecho natural –y por consiguiente, en las teorías de Derechos Humanos– “podemos encontrar un importante cambio en el lenguaje, una nueva manera de entender el viejo término «*ius naturale*» para comprenderse como una especie de poder subjetivo o capacidad inherente a los individuos”⁷.

En el mismo sentido, Michel Villey sostiene que la invención del término «derecho subjetivo» entendido como *exigencia* o *reclamo* significó una «eclosión» del término «*ius*» realizada por Ockham; un “giro Copernicano” en la jurisprudencia que tuvo lugar en el siglo XIV. A partir de Ockham, la palabra «*derecho*» significa una exigencia subjetiva a

⁴ TIERNEY, Brian, *The idea of natural rights: studies on natural rights, natural law, and church law, 1150-1625*, Emory University, 1997, p. 7.

⁵ MORSINK, Johannes, *Inherent Human Rights. Philosophical Roots of the Universal Declaration*, University of Pennsylvania Press, 2009, p. 44.

⁶ “Donc ce terme de droit subjectif désignait cette espèce de droit qui serait en dernière analyse tire de l'être même du sujet, de son essence, de sa nature” VILLEY, Michelle, “Droit subjectif, I”, in *Seize Essais de Philosophie du droit. Dont un sur la crise universitaire*. Dalloz, Paris, 1969, 145.

⁷ TIERNEY, *The idea of natural rights...*, p. 8

favor de un beneficiario, un atributo del sujeto. Por tanto, el paso de «*ius naturale/gentium*» a «*derecho natural*» y más tarde a «*Derechos Humanos*» significó un cambio de significado para entenderse ahora como un *poder-beneficio inherente* que expresa a un sujeto, no ya la descripción de situación justa o posición de objetivo equilibrio. John Finnis explica que “[e]n algún lugar entre los dos hombres [Tomás Aquino (1270) y el jesuita español Francisco Suárez (1610)] hemos cruzado la línea divisoria” entre «*ius*» entendido como «*la-cosa-justa-en-sí-misma*» y «*ius*» entendido como una *facultas*, una especie de “poder moral” o *derecho*”⁸.

Sobre este tema, Tierney y Finnis debaten⁹ sobre el momento en que se generalizó esa sensibilidad de comprender el «*ius*» más como *derecho subjetivo* y menos como *realidad justa*. Su discusión se centra en dos aspectos. Primero, si los pensadores medievales entendieron «*ius*» como *derechos subjetivos*. O más precisamente, dónde dibujar la línea entre dos modos distintos entender el «*ius*», si como la «*cosa-debida-a-otro*» o como «*derecho-a-exigir-a-mi-favor*» o «*facultas*».

Y segundo, debaten sobre el significado apropiado de *derecho subjetivo*. Al respecto, Finnis argumenta que el concepto «*ius*» implica una referencia indirecta a un derecho personal o una exigencia subjetiva, a una «*facultas*», porque «*ius*» no es sólo «*lo-que-es-justo*», «*la-cosa-justa-en-sí-misma*»¹⁰ o lo «*justo-sólo-ahí*». En efecto, el concepto «*ius*» toma en consideración las personas que se relacionan entre sí, precisamente «*a través de*» o «*con motivo de*» las cosas justas. No se trata sólo de considerar «*cosas-debidas*» desvinculadas de sujetos; y por tanto los sujetos –el beneficiario y el obligado– siempre están presentes en la consideración del «*ius*».

Por lo tanto, si consideramos «*ius*» desde el punto de vista del objeto, éste se comprende como la «*cosa-debida-ajustada*» que manifiesta, expresa y evoca la relación entre dos personas. O si reformulamos el concepto, pero ahora desde el punto de vista de las personas, «*ius*» significa la relación adecuada entre dos personas ajustada a través de las cosas de otro, debidas, externas e igualadas.

⁸ FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot, trad. Cristobal Orrego, 2000, p. 235.

⁹ Cf. TIERNEY, Brian, “*Natural Law and Natural Rights. Old Problems and Recent Approaches*”, *The Review of Politics*, Vol. 64, No. 3 (Summer 2002), pp. 389-404. En el mismo volumen, la respuesta de Finnis se encuentra en “*Aquinas on ius and Hart on Rights: A response to Tierney*”, pp. 407-410. La contrarréplica de Tierney aparece en pp. 416-420.

¹⁰ “Tomás de Aquino introduce su elaborado estudio de la justicia con un análisis del «*ius*», comenzando por dar una lista de significados de «*ius*». El significado primario, dice, es “la misma cosa justa” (y con “cosa” como deja claro el contexto, él quiere decir actos, objetos y estados de cosas, considerados como materias de relaciones de justicia)”, FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 235.

Es decir, la noción de «*ius*» en la cultura occidental, antes de ese “giro Copernicano”, implicaba (i) una *relación interpersonal*¹¹, (ii) «a partir de», «mediante», o «a través de» (iii) la «situación ajustada», «cosas debidas», o la cosa justa¹². De tal forma que en la definición de «*ius*» los tres componentes se toman en cuenta, ya sea desde la perspectiva de los sujetos o desde la perspectiva de las cosas. Así, un sinónimo de «*ius*», si pudiéramos utilizar una palabra así, sería «*la-cosa-justa-como-medio-de-relación-personal*» o como «*personas-relacionadas-entre-sí-a-través-de-cosas-debidas*».

Por su parte Tierney entiende «derecho» como cierta «elección» o «libertad»: “La palabra «*ius*» como la utilizamos aquí (tal y como lo hemos explicado) no tiene el mismo significado que tiene la palabra *derecho* en español [en inglés, *right*] utilizada en sentido subjetivo. La palabra moderna implica cierta libertad de elección, una libertad de actuar o no actuar en un ámbito relevante”¹³. De acuerdo a Tierney, incluso si aceptamos que en la explicación de Finnis encontramos algún elemento subjetivo en el «*ius*»¹⁴, el significado moderno de *derecho* y por tanto, de lo que se entiende por *derecho subjetivo* y *Derechos Humanos* implica “la idea de que la persona tiene derechos y otros deben respetarlos”, o “derechos de elegir” o “derechos de libertad” o derechos a una esfera de autonomía y libertad humana. En cualquier caso, ambos autores concuerdan en que nuestro uso moderno de la palabra «derecho» no puede ser utilizada como traducción de la palabra latina «*ius*». En consecuencia, traducir «*ius naturale*» como «derecho natural» no es únicamente una substitución de palabras sino que también implica un cambio fundamental de significado.

¿Cómo afecta este cambio de significado nuestra comprensión de los Derechos Humanos? Pongamos tres ejemplos. Supongamos que un proceso penal llega a su término e impone una pena legal y adecuada. Si la justicia es dar a cada uno lo suyo, o entregar a cada uno lo que se le debe –“*ius suum quique tribuere*”–, el «*ius*» del condenado es su pena. Si traducimos «*ius*» como «derecho», suena extraño que una pena, una carga impuesta, o un deber, sea considerado como beneficio o *derecho*.

¹¹ En el recuento de Aquino “lo primero de la justicia (...), es ordenar al hombre en las cosas que están en relación con el otro [*quod iustitiae proprium est... ordinet hominem in his quae sunt ad alterum (...)* *Aequalitas autem ad alterum est*]” STh, II-II q.57a.1.c.

¹² “Y, por eso, el objeto de la justicia, a diferencia de las demás virtudes, es el objeto específico que se llama lo justo. Ciertamente, esto es el «*ius*». [*Et propter hoc specialiter iustitiae prae aliis virtutibus determinatur secundum se obiectum, quod vocatur iustum. Et hoc quidem est ius.*]” STh, II-II q.57a.1.c.

¹³ TIERNEY, *Natural Law and Natural Rights*..., p. 392.

¹⁴ Besides, Tierney argues that we cannot say that ‘there is a line’ between Aquinas and Suarez about the meaning of ‘*ius*’ as ‘*just thing*’ or ‘*facultas*’; “because references to *ius* as *facultas* or *potestas* existed in the juridical language of Aquinas’s own day”, but he never uses in the sense of expression of autonomy.

La pena –sin duda cruel– que describió Modestino y se recogió en el Digesto como el «*ius*» del parricida era la siguiente: “Según costumbre de los antepasados, se estableció esta pena para el parricida: que sea azotado el parricida con vaquetas de sangre, que fuese después cosido en un saco de cuero con un perro, un gallo, una víbora y una mona; y que después fuese echado el saco de cuero a lo profundo del mar; y esto es así, si el mar estuviera cerca, pues de otra suerte es echado a las fieras”¹⁵. Sin duda, en este caso, la traducción «*ius*» por «*derecho*» hace que el concepto sea extraño e incoherente.

Villey y Finnis ofrecen este segundo ejemplo. Dice Gayo que “los «*iura*» de los predios urbanos son estos: levantar más alto y perjudicar las luces del vecino, o no levantar más alto; también verter las aguas del tejado sobre el techo o suelo del vecino, o no verterlas; asimismo apoyar las vigas en la pared del vecino y finalmente hacer voladizo o cobertizo, y otras semejantes a estas.”¹⁶ Aquí el uso de «*ius*» incluye y describe el «*ius de levantar*» o el «*ius de no levantar*»; cubre tanto el «*ius de verter*» o el «*ius de no verter*». Finnis explica que “[o]bviamente, no podemos reemplazar en este pasaje la palabra «*ius*» por la palabra «*derecho*» (con el significado de ‘un derecho’), puesto que carece de sentido o, si cabe encontrarle un significado especial, estaría muy lejos del significado de este pasaje) hablar de un ‘derecho a no levantar más alto la construcción propia para que la luz del vecino no sea obstaculizada’ ”¹⁷

Tampoco podemos reemplazar la palabra «*iura*» por «*derechos*» porque el pasaje habla de los «*iura*» propios del edificio, o más bien incorporados a él. Parece extraño que las casas gocen de *derechos* incorporados que reclamar a su favor. Quizá por ello algunas traducciones prefieran este «*iura*» como «*servidumbre*».

El tercer ejemplo se centra en el uso común que hacemos de *derecho* como cierta *libertad de la que nos beneficiamos*. De esta manera, el derecho a la libertad de expresión significa el derecho de hablar o no hacerlo; el derecho a la libertad de movimiento, puede entenderse como salir cuando se quiera del propio hogar para trasladarse. Aquí entendemos *derecho* como manifestación del hecho de ser libres.

Pues bien, un jurista medieval, Pedro de Bellapertica (m. 1308),

¹⁵ D. 48.9.9. *Poena parricidii more maiorum haec instituta est, ut parricida virgis sanguineis verbaratus deinde culleo insuatur cum cane, gallo gallinaceo, et vipera, et simia; deinde in mare profundum culleus iactatur; hoc ita, si mare proximum sit, alioquin bestiis obiicitur*. Villey utiliza este ejemplo para mostrar el sinsentido de traducir «*ius*» por *derecho-beneficio*. El ejemplo sólo se utiliza aquí para clarificar la idea de que *derecho* no clarifica el significado de «*ius*». La distinción es fundamental para el argumento; la crueldad de esta pena es clara y no está a discusión.

¹⁶ D.8.2.2: “*Urbanorum praediorum iura talia sunt: altius tollendi et officiendi luminibus vicini aut non extollendi: item stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini aut non avertendi: item immittendi tigna in parietem vicini et denique proiciendi protegendive ceteraque istis similia.*”

¹⁷ FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales ...*, p. 238.

explica que nuestra libertad –más específicamente nuestra inclinación a ella- es un hecho, un dato, o un suceso. Esta capacidad natural «*fas est*»; es un «*factum*», un hecho, no un «*ius*». Bellapertica afirma una diferencia entre la libertad como una «*naturalis facultas*» para hacer algo y el «*ius*» que pudiera exigirse para hacerlo. Y ejemplifica que cuando una persona camina por el campo y quiere cruzar por el terreno del vecino, su libertad en este caso es un *hecho permitido* («*fas est*»), pero no es «*ius*»; a no ser que el dueño exigiera ciertas condiciones justas para atravesar sus dominios o incluso lo prohíba legítimamente.

En este segundo supuesto, entonces, cruzar por el campo del vecino ya no es un mero suceso, sino que ha entrado en el terreno del «*ius*» o los «*iniura*». Ya es un problema jurídico, no un hecho. Para este jurista, la libertad necesita entenderse a través de las relaciones interpersonales construidas a partir de las cosas debidas para poder considerarse problemas del «*ius*»¹⁸.

¿Se puede traducir aquí «*ius*» por «*derecho*» y éste, entenderse como la libertad de tomar decisiones sin interferencias ajenas, tomando en cuenta sólo la autonomía de la persona como punto de partida para determinar lo jurídico? La libertad es relevante porque algunos derechos se realizan sólo si la persona los elige como manifestación de su dignidad, como por ejemplo, la libertad de acceder a una situación (matrimonio), o para realizarla (educación). Pero esa libertad interactúa con los ajustamientos y equilibrios entre sus cosas y las de los demás, los comportamientos justos que permiten lograr la finalidad misma de esa institución social, o el equilibrio entre las situaciones y las personas que están en juego en un momento determinado.

Si el derecho a la educación se entiende sólo como *derecho subjetivo*, el asunto se estudiaría desde un «poseedor-del-derecho», sus beneficios y su libertad, frente a un «portador-del-deber» y sus cargas. En consecuencia, como «*derecho*» es un concepto que considera los problemas desde el punto de vista del beneficiario, podríamos perder de vista, o al menos podrían obscurecerse los requerimientos propios de la educación, sus procesos, la tradición a la que pertenece, las capacidades sociales para atenderla, las posibilidades de los Estados según sus recursos disponibles. Realidades objetivas que configuran y delimitan el «*ius*» de la persona.

¹⁸ «*Per agrum alienum ire fas est... Sed per agrum alienum ire fas est, sed non ius. Ideo si dominus me prohibeat non ibo; sed si irem sibi tenerer actione iniurarum. Et ideo dicit est naturalis facultas. Non dicit quod est ius vel omnes homines liberi sunt non processit ex statuto; in hoc differt ius naturale a iure gentium, ut dixi. Nam omnia permissa sunt nisi prohibita sint; et ideo erat non ius uti plena libertate*». Cfr. *Lectura Institutionum*. Impreso por Forni, ed. 1536, «De iure personarum», no. 11, pp. 120-121. cit. CARPINTERO BENITEZ, Francisco, «El Derecho Natural Laico de la Edad Media. Observaciones sobre su metodología y conceptos», *Persona y Derecho*, vol. 8, 1981, pp. 76-77.

Si centramos el análisis del derecho a la educación en su consideración como «*ius*», la tarea sería determinar cuáles son las «cosas debidas», «cosas ajustadas», o cuál el «equilibrio entre las cosas-situaciones» que permiten una «relación adecuada entre las personas» con motivo y en el ámbito de la educación. Sólo así es posible configurar los derechos y deberes requeridos para que las personas e instituciones involucradas logren los fines de la educación.

Las cargas y los beneficios se determinan a partir de esos datos: a los estudiantes les corresponde el beneficio de recibir clases y la carga de asistir con disposiciones adecuadas, resolver exámenes, respetar a sus compañeros, etc. De esta forma, es el asunto, las personas, las cosas y los procesos involucrados necesarios para realizar la educación los que aportan luz sobre cuáles son las cargas y los beneficios, los derechos y deberes de las personas involucradas en el problema.

La objetividad de los Derechos Humanos incluye la dignidad de la persona y su autonomía, pero no sólo a ella; es mucho más que un «poseedor-de-derechos» frente a un «portador-de-deberes». El lenguaje de los *derechos* a ciertas libertades se centra en la autonomía mínima para vivir exigencias de la vida de las personas y asumir sus consecuencias y responsabilidades: el derecho a casarse o no hacerlo; a elegir profesión en la vida, a elegir religión o culto. Sin libertad, no podemos realizar las justas exigencias de este tipo de asuntos. Estamos acostumbrados a llamar «*derecho*» a la libertad necesaria para enfrentar estas actividades, puesto que en estos casos, esa libertad es tanto «*fas*» como «*ius*». Pero libertad como derecho no significa que todo lo que yo quiero o puedo es equivalente a un “tengo derecho y por tanto tu debes”.

Si la práctica y la comprensión de los Derechos Humanos se reducen a “derecho-mío por un lado frente a deberes-tuyos del otro”, si toma la parte por el todo y limita su atención a ser un reclamo-manifestación de la persona, el derecho se quedaría sin criterios objetivos y racionales para determinarse. Su contenido y alcance han de buscarse en los requerimientos reales de las relaciones personales ajustadas a través de las cosas justas. La “autonomía individual” o simplemente “la dignidad de la persona” no contienen en sí mismas la justificación racional para determinar un derecho humano en una situación debida.

¿O cómo sería posible determinar el derecho a la educación si enfocamos nuestra justificación solamente en la libertad de elegir o no ser parte del proceso educativo? ¿O de dónde surge el derecho y obligación de progresivamente aprender a leer y a escribir? ¿O por qué sería injusto reprobar a un niño de seis años por no saber explicar la teoría de la relatividad de Einstein? ¿Acaso nos fijamos únicamente en su autonomía y su libertad? ¿O por qué tomamos en cuenta su edad y las posibilidades de la infancia?

No se trata de volver atrás en el tiempo. Simplemente consideramos importante tomar en cuenta –con sus ventajas e inconvenientes– que el lenguaje actual de los Derechos Humanos pone

un especial “énfasis en los poderes del titular de derechos, con la consiguiente bifurcación sistemática entre «derecho» (incluyendo «libertad») y «deber» es algo que unos juristas refinados no echaron de menos durante toda la existencia del derecho romano clásico.”¹⁹

Una justificación racional de los Derechos Humanos que olvide la consideración de los ámbitos propios del «*ius*», podría confundirse al pensar que la persona existe terminada, *qua persona*, con derechos definitivos, delimitados y absolutos. Porque una «persona» así no existe. Porque para los asuntos jurídicos ni la persona es sólo una *persona-qua-persona*, como flotando ella misma, reclamando el cumplimiento de sus deseos individuales y de su voluntad, ni los Derechos Humanos están absolutamente terminados (completamente de-terminados) como títulos o requerimientos oponibles a otros.

De esta manera, en la determinación de los Derechos Humanos, es necesario tomar en cuenta los elementos que hacen de una situación algo más que *fas*; al jurista le interesa aquello por lo que un conjunto de cosas y situaciones pueden llamarse «*ius*».

Ahora bien, ¿qué hechos son relevantes en la configuración y determinación de los Derechos Humanos? ¿Qué tipos de hechos explican la objetividad y adecuada manifestación de la dignidad en un contexto particular? ¿Qué situaciones expresan el valor incondicional persona o qué tipo de requerimientos son inherentes a una situación en la que dignidad está en juego?

III] Situaciones reales y relevantes como fuentes de los Derechos Humanos

1. La persona en cuanto tal

Ser persona significa ser *alguien* –no sólo algo- que expresa su existencia a través de la decisión; un modo de ser al que no sólo le “suceden” las cosas, sino que es capaz de “tomar postura” ante su existencia. Ser persona significa ser «*sui iuris*» o dueño de sí. Esta cualidad le permite a la persona reconocerse como incomunicable e irremplazable. Nadie puede o debe ser reemplazado por otro. Ser persona significa, por tanto mucho más que ser un ejemplar de la especie humana. Es incomunicable por otro, «*alteri incomunicabilis*». Cuando se llora la muerte de un ser querido, se lamenta no por la pérdida de un grupo de células debido a la descomposición, o que se terminó la existencia de un miembro de la especie humana. Se llora porque “tú has muerto, porque eres tú a quien yo he perdido”.

Y porque toda persona es “hijo(a)” o «ser-desde», su existencia sucede y se realiza en sociedad («ser-con») y se desarrolla a mediante su compromiso hacia otros («ser-para»); ser persona significa, en

¹⁹ FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, p. 237.

consecuencia, formar parte de una red de interrelaciones existenciales irremplazables.

Al mismo tiempo la experiencia de ser «*sui-iuris*», «*alteri incomunicabilis*», «*ser desde-con-para*», implica el descubrimiento de la persona como un valor absoluto y radical. Esta es precisamente la idea recogida en el artículo 1 de la DUDH: no sólo conocemos a la persona como un *suceso neutro*, o un *hecho*, sino que cuando se percibe a una persona, se descubre como un alguien con dignidad y valor absoluto. La Segunda Guerra Mundial fue la consecuencia del olvido de esta experiencia ética.

Esos datos sin duda, son tomados en cuenta para determinar el contenido objetivo de los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos son en cuanto se deben a una persona por su radical dignidad: universal, innegociable, absoluta.

2. La *Persona* como miembro de la condición humana

Tomás de Aquino se pregunta si es posible descubrir un orden racional común de fines y problemas humanos –una «ecología humana» por así decir- que deba seguirse por las personas para establecer una comunidad de solidaridad. Las preguntas que orientan la investigación ética de Tomás son del tipo: ¿existen ciertos deberes de conducta impuestos a todo ser humano por ser miembro de la especie humana? ¿Cómo descubrir los bienes esenciales a los seres humanos que no pueden ser lastimados sin dañar al ser humano y su libertad? Su respuesta²⁰ en este aspecto se compone de dos partes.

En la primera, parte de los primeros principios de nuestro conocimiento. En el ámbito del conocimiento especulativo, el primer objeto de conocimiento de algo, es precisamente que «*es-algo*» o «*no-es-una-nada*». Al conocer una casa, nuestro conocimiento básico de ella es que *es-algo*, *es-casa* y no una nada o un perro. Además, junto a ese objeto conocido se aprehende un *primer principio* o una primera afirmación sobre ese *hecho conocido*: algo no puede «*ser*» y «*no ser*» al mismo tiempo y bajo el mismo punto de vista. Esa afirmación y su *primer principio, regla de la razón o ley propia* es universal y primaria en todo conocimiento especulativo.

De forma análoga, el primer objeto conocido en el ámbito de la acción práctica es el *bien* entendido como un “fin que debe ser alcanzado con la acción”. Y si reflexionamos en nuestra experiencia descubriremos que al conocer este *objeto* de la acción aprehendemos un *primer principio, regla de la razón o ley propia*: al conocer un *bien-fin* para la acción, descubrimos al mismo tiempo que hemos de actuar con vistas a realizarlo, alcanzarlo, y hemos de evitar lo que nos aleje de él. Por eso, el primer precepto de la acción racional es “el bien ha de hacerse y buscarse; el mal ha de evitarse”.

²⁰ Cf. S.Th. I-II q. 94 a. 2.

Esta conclusión le permite avanzar a la segunda parte de su argumento. Si el *bien* una vez conocido, obliga como un fin práctico para ser afirmado y realizado, ¿cómo sé que realmente sí es un bien y no sólo un capricho subjetivo? ¿Cómo es posible que nuestra razón descubra “*bienes para mí*” que al mismo tiempo sean “*bienes para todos los que estén en mi posición*”? El Aquinate entiende que la condición humana, común a todos los hombres, existe orientada hacia un fin. Es teleológica. Estos fines están inscritos en nuestra forma de ser común y estamos inclinados a descubrirlas cuando en la acción a operar, entramos al ámbito propio de esos fines. Es decir, por ejemplo, que cuando en un momento determinado el asunto en juego es la propiedad ajena, entramos en ese ámbito de la acción, y descubrimos racionalmente cómo es que el fin propio de la existencia humana apunta a mantener la vida social dándole al otro lo suyo. Y llama “*inclinación natural*” a esa “*luz*” racional que se enciende cuándo un asunto entra en su alcance y apunta así a una dirección.

No hace referencia a bienes ya terminados *a priori* que aparecen y se imponen en la razón; sino que más bien, es la persona con su razón la que percibe unos fines que están en juego con las acciones que realizará en su vida cotidiana.

Ser humano, un miembro de la especie *homo sapiens*, implica algunas “*inclinaciones naturales*” que son descubiertas como fines por la razón, y por tanto, como “*objetos que deben buscarse*”. Esto significa que, cuando los seres humanos actúan como personas racionales buscando un fin, descubrirán el camino para su perfeccionamiento a través del discernimiento racional de los fines propios de su manera de ser, aprehendiéndolos como bienes que deben ser realizados con esa acción.

Estas inclinaciones naturales son predisposiciones de su ser que esperan ser descubiertas, afirmadas y realizadas a través de la razón, que descubre (i) cómo es que están en juego en un ámbito de acción y (ii) cuál es la acción razonable para cumplirlas.

Podría suceder que nuestra comprensión de la palabra “*natural*” tienda a entenderla como un proceso mecánico o biológico. Pero para el de Aquino, la biología no es sinónimo de deber ético. Él utiliza la palabra “*natural*” para designar un modo de ser *propia*mente humano es decir, un ser racional, con biología por su puesto, pero sobre todo como una persona que intenta encontrar qué acción ha de ser realizada, racionalmente hablando, aquí y ahora.

Las inclinaciones naturales, los fines a los que inclina nuestra naturaleza, implican una serie de acciones que deben decidirse respecto de sus contrarias: (i) las acciones que preservan la existencia humana como un ser, de modo análogo a como se comportan el resto de seres que conocemos; (ii) las acciones que expresan y realizan una «ecología coherente» propia de los seres humanos, tal y como hacen los animales

desde su existencia animal²¹; y, (iii) las acciones que preservan y expresan la racionalidad de la condición humana en cuanto miembro de una comunidad y como un ser en relación con otras personas.

Por tanto, las inclinaciones naturales son aquellas predisposiciones o una especie de sugerencias incoadas en nuestra propia condición humana que inclinan a descubrir los bienes propios de nuestra forma de ser-humano que están en juego con vistas a una acción y son descubiertas en el contexto de un razonamiento práctico.

La universalidad de esa disposición racional para descubrir los fines comunes a nuestro *ser-naturalmente-humano* (“ésta acción es el bien que debe buscarse”) y la natural obligatoriedad que imponen a la conducta (“tú debes hacer y realizar éste bien”) nos muestran cómo es posible que nuestro ser-humano configure y fundamente racionalmente nuestras exigencias de Derechos Humanos²².

Sólo a través de la acción somos capaces de conocer cómo o qué *tipo de ser se es*: persona como miembro de la especie humana y por tanto podríamos descubrir qué tipo de reivindicaciones son tan humanas que son *derechos* para la persona puesto que ellas aparecen como debidas a la conducta.

Desde la perspectiva liberal, Martha Nussbaum²³ ofrece un catálogo de las características de la condición humana a partir de las capacidades de la persona o aquello “que las personas son capaces de hacer o ser, de una forma informada por la idea intuida en la vida propia del valor de la dignidad de los seres humanos”. A partir de ahí es posible conocer cuáles son los tipos de “títulos humanos fundamentales... como un mínimo básico que el respeto a la dignidad humana requiere”²⁴.

Estas capacidades, que expresan la condición humana y generan un deber cuyo incumplimiento equivale a la vulneración de un derecho humano, sugiere Nussbaum, son: (i) vida: toda persona debería ser capaz de llevar una vida de una duración normal; (ii) salud corporal: que implica contar con adecuadas condiciones de salud, alimentación y vivienda; (iii) integridad corporal: que se traduce en el deber de garantizar la libertad de movimientos y seguridad; (iv) sentir, imaginación y capacidad de razonamiento como modos de enfrentar ‘humanamente’ la existencia: lo

²¹ Tomás utiliza como ejemplos, la procreación –de forma análoga a lo que hacen los animales- o la educación y alimentación de los hijos.

²² La tradición, cultura, escuelas éticas o la sociedad han sintetizado esta experiencia personal y ética en sentencias teoréticas. Las descripciones teóricas de los comportamientos debidos intentan explicar y justificar estas conclusiones racionales específicas. Pero las descripciones generales no son las inclinaciones naturales, sólo son una formulación genérica de ellas. Las inclinaciones naturales no son descripciones generales de la condición humana. Sólo fórmulas que expresan esa experiencia.

²³ Cfr., NUSSBAUM, Martha, *Frontiers of Justice. Disability. Nationality. Species Membership*, Belknap, Harvard, 2007, pp. 76-78.

²⁴ NUSSBAUM, Martha, *Frontiers of Justice. Disability. Nationality. Species Membership*, Belknap, Harvard, 2007, p. 70.

cual se traduce en una educación que permita desarrollar estas capacidades y un ambiente de libertad para manifestar gustos y creencias.; (v) emociones: que se actualizan en la capacidad personal de amar, de estar agradecido en las diversas formas de asociación humana.; (vi) razonamiento práctico: que supone el deber de configurar condiciones para concebir el bien y enfrentar críticamente la propia vida; (vii) Afiliación: tanto para vivir e interactuar con otros, como para el autorrespeto y no ser humillados por otros; (viii) otras especies, para vivir adecuadamente en relación con la naturaleza; (ix) juego; (x) control sobre nuestro entorno tanto en el terreno político como el entorno material y de propiedad.

Sin embargo, esta explicación, aclara Nussbaum no implica ofrecer una descripción metafísica común para estos requerimientos, sino sólo mostrar cómo las capacidades humanas centrales expresan las demandas de toda persona que comparte la condición humana²⁵.

Ahora bien, tanto Tomás de Aquino como Nussbaum intentan explicar qué tipo de requerimientos racionales pueden extraerse de la consideración de la condición humana común. Pero es posible obtener exigencias racionales relevantes para los Derechos Humanos no sólo desde la consideración de la persona en cuanto tal y su dignidad (3.1) o desde las manifestaciones propias de una condición humana común (3.2)

3. *Officium*: rol o posición social

Tanto en latín "*persona*" (literalmente "resonar a través de") y su equivalente griego "*prosopón*" (literalmente "respecto a") son palabras que se utilizaban en el lenguaje teatral para designar a la máscara con que se encarnaba al personaje dentro de una obra. Las dos palabras utilizan un prefijo que significa «a» o «hacia» y significan «orientación hacia» o «relación»²⁶. El concepto griego expresa la idea de un «respecto a» constitutivo del personaje; en latín, indica una relación a través del diálogo.

La máscara, la identidad personal en la obra, permitía al personaje interactuar con otros como un *alguien*. Su "*persona*" le permitía ser ubicado dentro de un contexto, tener un papel, un rol que cumplir y asumir así su responsabilidad en el conjunto de esa «comunidad». Ser un personaje significaba por tanto (i) formar parte de unas interacciones social personificando un rol; (ii) desarrollar una función

²⁵ Ella reconoce que su propósito es tender un puente entre Rawls y su contractualismo liberal y la tradición racionalista de derecho natural de Hugo Grocio. Ambas tradiciones distintas a las de Tomás de Aquino. Nussbaum afirma que su finalidad es ofrecer una "fuente de principios políticos para una sociedad pluralista y liberal", implícita en la idea de que una vida propia de la digna humana, pero de alguna manera "libre de cualquier raíz metafísica" buscando así lograr un "consenso entre personas de muy distintas concepciones comprensivas de bien", véase en *The frontiers of justice*, p. 69-70.

²⁶ "*Pro-*" («hacia» en griego), "*per-*" («a», «hacia» en latín).

precisa relevante y esperada en esa sociedad.

Todas las personas no sólo son un ser humano con dignidad en cuanto tal, sino que son "varón", "mujer", "madre", "padre", "hijo", "esposo", "esposa", "ciudadano", "indiciado", "acusado", "profesor", "estudiantes", "juez", "comprador", "vendedor", "estudiante", "trabajador" o "ciudadano". Un aforisma jurídico medieval decía "un hombre puede poseer múltiples personas"²⁷.

Para los antiguos, la persona pertenecía a la sociedad a través de un rol, oficio o función social y se esperaba de ella cierto comportamiento para que esa empresa común se realizara. El comportamiento debido era determinado por los oficios en que la persona vivía: si era padre, hermano, hijo, gobernante, etc. Esa situación indicaba qué tipo de comportamiento, ético y jurídico se esperaba de la persona.

Ser "profesor" implica algunas cargas y unos beneficios, derechos y deberes, que son indispensables para el desarrollo y cumplimiento de los fines de la educación. Una persona puede decidir convertirse en profesor, pero una vez habiendo decidido ese oficio, no puede sustraer los requerimientos y acciones inherentes a ese *officium*. Por el oficio, las partes de un contrato laboral de un bombero, pueden determinar algunos aspectos de seguridad y manejo de riesgos, pero no dejar fuera del contrato la acción de apagar incendios. El profesor tiene libertad de cátedra no sólo por poseer la dignidad de todo ser humano, sino también porque su oficio requiere de la autonomía necesaria para enseñar.

Incluso algunos derechos y deberes surgen al considerar el oficio o rol social, sin hacer referencia inmediata a la autonomía: ser «ciudadano» implica el deber de pagar impuestos, ser «hijo» impone el derecho a cuidar de sus padres y el deber de hacerlo; al oficio de «padre» le es inherente el derecho a elegir la educación ética y religiosa que desee para sus hijos y el deber de hacerlo.

De esta manera, los *officia* proveen de criterios racionales para determinar el *ius* de los Derechos Humanos, o de establecer los derechos y deberes que permiten un desarrollo *normal* de esa función social. Lo *normal* es que un juez dicte justicia, que un *padre* eduque y cuide de sus hijos. La *normalidad* del oficio es *normativa*. De esta manera los oficios son relevantes como objeto del *ius* de los Derechos Humanos porque de sus titulares se espera cierto comportamiento eficaz que les permiten aportar bienes específicos a la sociedad.

El *profesor* goza de cierta preeminencia en la Universidad no sólo por su dignidad «*en cuanto persona*», sino porque la institución universitaria y «*profesor como función social*» requieren la ejecución de ciertas acciones para cumplir con los fines sociales o desarrollar el bien común de la universidad. La universidad siempre ha de respetar a las personas, pero los Derechos Humanos reconocen los fines de las

²⁷ *Unus homo sustinere potest plures personas.*

instituciones y los requerimientos propios –los *normales*- de las funciones sociales para conseguirlos.

La *normalidad* de los oficios es normativa; todo padre de familia debe ser un buen padre. Si no cumple con lo normal de ese oficio, vulnera la dignidad de la persona. Si la autoridad no cumple con su oficio de ser buen juez, dando garantía de audiencia al indiciado, viola Derechos Humanos.

El objeto de los Derechos Humanos no está abandonado sólo a una consideración de la persona como fin en sí misma o como propio de la condición humana. El ser-persona está acompañado de unos *officium* que implican: i) la situación social, el rol social, en los que vive toda persona; ii) la función social y su conexión con la eficacia de la misma (*normalidad*) de la que se espera cierta conducta; y, iii) un estereotipo cultural para cumplir satisfactoriamente esa función.

En este sentido, lo *normal* se entiende como la *praxis* o la acción humana que realiza la dignidad de la persona, su condición humana y su situación social u *officium*. Esta normalidad se distingue de lo *empírico*. Lo normal (*praxis*) es que los maridos no maltraten a sus mujeres, aunque en algunos ambientes, lo normal (*empírico*) sea que la mayoría de los maridos lo hagan.

Esto no quiere decir que la persona se diluya en la función u oficios que desempeña, eso sería instrumentalizar a la persona. Simplemente queremos decir cómo ésta acompaña a aquella, cómo el ser persona da sentido a los oficios y estos manifiestan cierta manera de ser de la persona. Tampoco quiere decir que todos los oficios expresen una exigencia propia de la dignidad de la persona. Ser arquitecto, implica que se espere de él que cumpla las funciones propias de la arquitectura; pero no implica que todo hombre deba manifestarse como arquitecto para llevar una vida digna.

En la configuración de los Derechos Humanos tanto la «*persona en cuanto tal*», y la «*persona en cuanto oficio*» han de relacionarse en un justo balance. El individuo aislado, el átomo solitario de voluntad y autonomía no puede proveer por sí mismo, del suficiente criterio racional para justificar los derechos y deberes de un padre, un profesor, un ciudadano, un procesado judicialmente, etc. Cada problema jurídico concreto de Derechos Humanos proporcionará elementos para valorar el peso que tendrán los *officia* para la justificación racional de una solución.

4. Cultura

El objeto de los Derechos Humanos no se da en abstracto. Así como toda persona es en sí misma una comunidad, toda la realidad es en sí misma cultural. Al esfuerzo comunitario y personal sobre la adecuada relación, el significado y el modo de realizar la existencia humana se le conoce como cultura.

La persona *recibe* de las comunidades a las que pertenece una manera peculiar de resolver el hecho y el significado de su propia existencia en relación con Dios, el mundo, los demás seres y frente a sí

misma. Estos datos comunes a toda existencia humana y su significado, se integran y manifiestan en lo que podemos llamar una *solución cultural*. El 25 de diciembre se celebra en México la Navidad. La fecha y el modo de celebrarse (solución cultural: cena, regalos, ritos, etc.) es una manera de expresar, transmitir y descubrir tanto el hecho de la familia, de Dios y su interacción, como el significado de esa interacción. Podrían variar culturalmente, la fecha o los ritos (la solución cultural), pero todas las culturas comparten tanto el hecho por *solucionar* como un *significado* que dichos hechos traen consigo, y se descubren con distinta profundidad.

La cultura se manifiesta como un modelo de conducta personal y colectiva dignas que generan identidad objetiva²⁸ a los miembros de esa comunidad cultural. Las respuestas culturales a los problemas humanos se convierten en normativas de la conducta personal, pues se presentan como la manera en que se realiza el valor que se descubre y asigna al hecho. Así, por ejemplo, el significado cultural que tiene una fecha como el 25 de diciembre en México, genera un tipo de conducta debida, que en ocasiones llega hasta determinar el menú de una cena y los comensales. Quien pertenece a esa cultura interpreta esa fecha y las actividades que la rodean como algo debido a su conducta. El hecho de la familia y de las relaciones del hombre con Dios –dato objetivo—, tienen en el 25 de diciembre una solución donde interpretarse y realizarse.

En otras culturas puede ser otra fecha, otro tipo de celebración, o incluso otra escala valorativa de los componentes; pero el hecho ‘familia’ o ‘relaciones con la divinidad’ –entre otras cosas— encuentran un lugar propio en la existencia personal y comunitaria a través de su cultura. Una persona y la comunidad a la que pertenece, leen la cultura no sólo como un transmisor de significados sino sobre todo como un modelo de conducta digna.

Hasta este momento hemos dicho que la cultura integra y manifiesta tres realidades, a saber: i) la realidad de Dios, el mundo, los demás y uno mismo; ii) el significado de cada uno de estos hechos y de su interrelación, generada por una escala de valores; y, iii) el modelo de conducta digna personal y colectiva que las expresa, realiza e integra el hecho y su significado. Demos un paso más. La cultura, además de ofrecer un modelo de conducta constituido por un hecho y su significado, se presenta como una narración que lo hace inteligible. Cada acto humano, va precedido de otros y a la vez es antecedente de los que seguirán –aunque no se sepa cuáles serán—. Si éstos se conectan entre sí y son objetivados, tendremos una unidad narrativa. Y si sacamos el acto concreto de su lugar en una narración, pierde su carácter de inteligible.

La narración para ser tal implica una unidad, cierto conjunto de acontecimientos en un periodo de tiempo. Alasdair MacIntyre explica

²⁸ Aquella que en cierta manera se *impone*, ofreciendo un *guión* a la conducta de la persona, donde ella puede reconocerse.

que si una persona se nos acerca y nos dice “el nombre del pato salvaje común es *histrionicus histrionicus histrionicus*”, esa acción se hace inteligible, no sólo por lo que ella misma dice, sino por el contexto narrativo, la historia, de la que forma parte: una confusión con otra persona, un espía transmitiendo una clave secreta, una persona tímida que hace esfuerzos por relacionarse con otros, etc. Así, explica MacIntyre: “para identificar y entender lo que alguien hace siempre tratamos de colocar el episodio particular en el contexto de un conjunto de historias narrativas, historias tanto del individuo del que se trate como de los ambientes en que actúa y actúan sobre él. Va quedando claro que esto nos sirve para hacernos inteligibles las acciones de otros, teniendo en cuenta que la acción en sí misma tiene carácter básicamente histórico”.²⁹

Hablar de cultura es hablar de un dato y un significado que son integrados y expresados en un modelo de comportamiento digno. Pues bien, la solución cultural también se conforma y a la vez integra una narración que hace inteligible la conducta personal y comunitaria. Esta narración también ofrece una racionalidad compartida que hace inteligible la realidad entre quienes forman parte de una cultura, y por tanto, ofrece a la acción justa el contexto que la hace inteligible y que permite descubrir qué tanto es justa una conducta. Por ejemplo, en una democracia, la reelección puede ser en sí misma neutra; pero en la historia de México, entre 1917 y el 2000 significaba un señal de falta de democracia, y por tanto una injusticia. Pero la reelección por sí misma, no implica *per se* exclusión de representación y participación en la gestión pública de una sociedad.

La objetividad de la realidad se descubre a través de una cultura, y por más relativa que esta última sea, existen mejores soluciones que otras respecto al dato que aporta la realidad. Por ejemplo, ante la realidad del papel de la mujer en la sociedad (dato), es mejor la solución que la presenta como igual al varón en la aportación del lado femenino en cualquier actividad humana; que la que reduce lo femenino o lo masculino a oficios (maternidad hogareña; paternidad, trabajo externo) o a una masculinización de la mujer.

Incluso, habrá soluciones culturales que no son solución. Por más relativa que sea la cultura, siempre toma en cuenta –para ser solución– la objetividad de la realidad. La alimentación, por más elementos culturales que tenga, debe respetar el metabolismo propio del estómago humano. En definitiva, la condición de persona, la condición humana, los oficios, las cosas, en definitiva la realidad, si bien es cierto sólo se dan en la cultura, no se ahogan en ella. La cultura debe fundarse y corregirse a la luz de la verdad del hombre y su dignidad. Esto se logra si la cultura se asume y se vive, libre y dignamente, por las personas que forman parte de ella y además, está abierta a otras soluciones culturales.

²⁹ MACINTYRE, Alasdair, *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 2001, p. 261.

Pues bien, la cultura determina el objeto de los Derechos Humanos, ya que la realidad de la dignidad y los modos prácticos y concretos en que esta se descubre, expresa y realiza, suceden y se hacen inteligibles sólo en una cultura. ¿Es justo que los permisos para cuidar a un hijo se otorguen sólo a las madres trabajadoras? Parece que a los redactores de la Ley Federal del Trabajo, les fue suficiente que sólo la mujer recibiera los beneficios de esos días de *incapacidad*, por el significado cultural de la mujer y su maternidad. No consideraron que el varón podría asumir ciertos cuidados del niño para permitir a la madre volver a sus actividades laborales. La valoración de la realidad que se cristaliza en una cultura es el lugar desde donde se interpretan los datos reales respecto a lo justo. No hay descubrimiento de lo debido a la persona –los Derechos Humanos– en el caso concreto fuera de una cultura.

En el caso *Villagrán o niños de la Calle*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a Guatemala, entre otras cosas, por atentar contra la integridad moral de los padres de unos niños asesinados; concretamente la Corte señaló que: “El conjunto de esas omisiones (falta de celeridad para encontrar los cadáveres) postergó y, en algunos casos, negó a los familiares la oportunidad de dar a los jóvenes una sepultura acorde con sus tradiciones, valores o creencias y, por lo tanto, intensificó sus sufrimientos... Estas personas no sólo fueron víctimas de la violencia extrema correspondiente a su eliminación física, sino que, además, sus cuerpos fueron abandonados en un paraje deshabitado, quedaron expuestos a las inclemencias del tiempo y a la acción de los animales y hubieran podido permanecer así durante varios días, si no hubieran sido encontrados fortuitamente. En el presente caso, es evidente que el tratamiento que se dio a los restos de las víctimas, que eran sagrados para sus deudos y, en particular, para sus madres, constituyó para éstas un trato cruel e inhumano”³⁰.

El trato que merece el cuerpo de una persona que ha muerto, tiene un componente cultural. En el caso mencionado, dicha solución cultural, esa manera de comportarse dignamente frente a un cadáver fue violentada; por lo que produjo un daño a la integridad de los familiares. La cultura configura el contenido de los Derechos Humanos porque muestra un modelo digno sobre los bienes y la conducta respecto a ellos que deben seguir la persona y su comunidad.

5. Las determinaciones Estatales de los Derechos Humanos

El Estado moderno tiene tres modos de actuar reclamando el monopolio de legitimidad respecto de las fuentes del derecho: como legislador, como juez –principalmente de última instancia– o como

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafos: 173-174.

administrador de los esfuerzos sociales, de la cosa pública y del poder de la fuerza. Así, el Estado puede determinar el objeto de los Derechos Humanos a través de determinaciones generales de la ley, de su aplicación a los casos concretos en los actos administrativos del Poder Ejecutivo, y la resolución de controversias por parte del Poder Judicial.

Las situaciones justas, generalmente, tienen múltiples maneras de resolverse; la ley determina una, a la que envuelve con publicidad, certeza jurídica y coacción para su realización. Por ejemplo, la determinación del tiempo razonable de un proceso judicial, es determinada generalmente por la ley.

Mediante la ley es posible elegir uno de los caminos posibles y razonables con el objeto de determinar la realización de una conducta justa, esto es, una que respete las exigencias derivadas de los Derechos Humanos; lo lleva a cabo de manera general, otorga seguridad jurídica. No basta reconocer la realidad de ciertas exigencias de la dignidad humana; hace falta hacer posible que estas se cumplan de un modo eficaz en una sociedad determinada.

Por eso la ley otorga el carácter positivo de las cosas y facultades humanas, para crear un ambiente donde se puedan hacer eficaces y sea posible defenderlas vía jurídica; es decir, atribuye ciertos derechos positivos. La ley también pone de manifiesto el objeto de los Derechos Humanos. De ordinario expresa en una fórmula el modo el contenido de la dignidad de la persona en un caso concreto y con frecuencia se percibe –porque la tiene— con obligatoriedad jurídica o social.

Finalmente, la ley, además de proporcionar un conjunto de normas y principios para regular las posibles soluciones válidas de una situación justa, por alguna circunstancia social, puede limitar razonablemente el modo en que se manifiesta la dignidad de la persona.

En términos generales puede decirse que una sentencia judicial, pronunciada por un tribunal nacional o internacional, permite una tutela efectiva de los Derechos Humanos en la medida en que con ella es posible determinar la existencia real de una violación a los Derechos Humanos, dada la exigencia procesal de probar hechos ante el juez; por otro lado, con ella se realiza una interpretación autorizada de las normas jurídicas asociadas a los Derechos Humanos. Finalmente, a través de una sentencia se establece con mayor claridad la responsabilidad de autoridades y particulares en materia de Derechos Humanos, lo cual conduce a la posibilidad de definir medidas de reparación específicas y, consecuentemente, más eficaces.

El tercer modo en los que el Estado configura los Derechos Humanos lo constituyen sus actos administrativos. De esta manera, los órganos ejecutivos determinan los Derechos Humanos cuando traducen el “tipo de persona” descrito en la ley, lo reconocen en el caso concreto y otorgan los beneficios descritos por la legislación. Esta tipo de autoridad elabora programas de acción y políticas públicas para distribuir sus recursos disponibles y determinar cuánto, dónde, cuándo y cómo, puede satisfacer un derecho humano.

6. La razón práctica y las esferas de experiencia práctica

Martha Nussbaum explica que es posible reconocer la existencia de “ciertas áreas de donde puede especificarse una relativa mayor universalidad (...) algo que se experimenta diferenciadamente en distintos contextos, pero sin embargo en ellos podemos identificar ciertos elementos de nuestra común humanidad”³¹. Tarde o temprano puede decirse que todos los seres humanos se encontrarán formando parte de esta situación práctica o experiencia común, en las que todo ser humano tiene que enfrentar y manejar. Por ejemplo, la mortalidad. No importa cómo se entienda lo que significa morir, todos nos enfrentamos a ella. ¿Cómo hacerlo adecuadamente? Este hecho práctico afecta más o menos a toda vida humana³².

Estas esferas de experiencia práctica, de alguna manera anclan la vida en nuestra común humanidad. Las distintas culturas y las escuelas éticas intentan explicar qué tipo de acciones, razones y virtudes son consistentes para actuar humana, digna y adecuadamente en cada una de estas esferas³³. ¿Qué tipo de situaciones prácticas expresan este *ser-persona-que-actúa*? ¿Qué tipo de situaciones prácticas son comunes a la existencia de todo ser humano? En consecuencia ¿qué tipo de situaciones prácticas son relevantes para determinar los Derechos Humanos?

Los catálogos de Derechos Humanos, especialmente la DUDH, describen cómo la dignidad es reconocida en sí misma, y al mismo tiempo cómo la persona se expresa en distintas situaciones como la vida, la libertad, o cómo se es miembro de comunidades como las familiares, laborales, políticas, jurídicas, económicas, etc. Las situaciones prácticas comunes donde el *ser-persona* está en juego en el ámbito de toda *persona-en-cuanto-actúa*, también aportan elementos reales en la configuración de los Derechos Humanos. Estas situaciones, o esferas de experiencia práctica, pueden ser:

(i) ante la pregunta del sentido y el significado de nuestra historia, la decisión en conciencia de la acción personal; una decisión que implica el papel personal frente a Dios, a los demás, a uno mismo, en el conjunto de una historia personal que merezca la pena vivirse, contarse y repetirse;

(ii) frente a la vocación a la comunión con los demás, hacia nuestros antepasados y hacia nuestra descendencia;

³¹ NUSSBAUM, Martha, “*Non-Relative Virtues: An Aristotelian Approach*”, World Institute for Development Economics Research of the United Nations University, WP 32, 1987, <http://www.wider.unu.edu/publications/working-papers/previous/en_GB/wp-32/_files/82530817639581768/default/WP32.pdf>, accessed March 2012, p. 26. Also in *Quality of Life*, ed. By Amartya Sen and Martha Nussbaum, Oxford, Oxford University Press, 1993.

³² Cf. Idem, p. 27.

³³ Cf. Idem, pp. 27-29.

(iii) ante la presencia del otro, afirmar su vida y no lastimarla o eliminarla;

(iv) frente al hecho de la existencia junto con otro, el deber de descubrir y donar la belleza desinteresada de la persona mostrada en su ser-masculino o ser-femenino;

(v) ante la experiencia práctica de poseer bienes ajenos, la obligación de darlos como primer componente de la vida social, y la frontera mínima del reconocimiento de la dignidad del otro;

(vi) frente al descubrimiento de que la realidad conocida por uno –en ocasiones la buena fama de otro–, el deber de hablar y vivir conforme a la realidad conocida y el respeto del honor de los otros.

IV] «Razón y conciencia» en el descubrimiento de los Derechos Humanos

No es de extrañar que el concepto «Derechos Humanos» sea una noción un concepto porosa o al menos elástica. Puede ser entendida como parte de la justificación de un proyecto político; puede ser analizada como un asunto de filosofía jurídica y jurisprudencia. O puede ser utilizada como una categoría propia de un proyecto ético. Cada uno de estos ámbitos tiene sus herramientas intelectuales propias, un alcance más o menos profundo de problemas estudiados y unos resultados esperados más o menos duraderos y eficaces.

Estos ámbitos comparten significados y se relacionan entre sí. Y aunque los Derechos Humanos como «*humana iura*», –es decir, como problema estrictamente jurídico–, se ocupen sólo de aquellos asuntos que sean alternos, externos y debidos; ésta concepción se conecta necesariamente con los Derechos Humanos como asunto ético. Gozamos de los beneficios de ciertos «*iura-derechos*» (*rights*) que expresan el comportamiento correcto (*right*) de nuestra existencia ética.

Pero aunque estén relacionados entre sí, los ámbitos propios del «*ius*» son distintos a los de la ética. Desafortunadamente la generalización del lenguaje de los Derechos Humanos tiende a comprender estos dos planos a través de un mismo vocabulario: el de los Derechos Humanos. Lo «bueno» excede, aunque a veces lo incluya, al espacio del «*ius*». De alguna manera hemos intentado exponer aquí los Derechos Humanos como asunto propio del «*ius*».

Ahora tratemos de describir como el «*ius*» y la conducta que empuja a darlo, es una acción ética.

Los redactores de la DUDH recogieron en el artículo 1 esa vinculación entre los «*humana iura*» como asunto ético relevante. Recordemos que la sección normativa –la tercera parte– de éste artículo, “*deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”, se conecta con el componente fáctico –“*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”– a través de la fórmula “*dotados como están de razón y conciencia*”. ¿Qué sentido darle a éstas últimas

palabras? ¿Qué tipo de operaciones están implicadas al referirnos a «razón y conciencia»?

Responderemos estas preguntas en primer lugar recuperando el sentido que le quisieron dar los redactores de esa fórmula al artículo 1. El 17 de junio de 1947, se analizaba el artículo 1 del borrador de Cassin³⁴, una reelaboración de la propuesta del canadiense John Humphrey³⁵. En esa sesión Charles Malik, delegado libanés, propuso agregar la palabra «razón» al artículo. Para él era importante incorporar claramente en el documento alguna afirmación de tipo ético, pues “en el momento presente era necesario afirmar y marcar más la diferencia que existía entre el hombre y los animales”³⁶.

PC Chang (China) opinaba que a esa propuesta habría que añadirle la palabra «conciencia» o más bien, el concepto expresado en la filosofía de Confucio como «*Ren*», que “en traducción literal del chino al inglés sería “*two-man-mindedness*”, [en español “*mentalidad de dos hombres*” o “*tener en mente a mí y al otro*”]. El equivalente al inglés sería “*sympathy*” [en español, *empatía* o *solidaridad*] o “*conciencia de un ser humano como yo*”. Esta nueva idea, pensaba, debía incluirse como un atributo esencial del ser humano”³⁷.

La intención de Chang era superar el aislamiento del individualismo y apuntaba a un concepto más empático-estético de la persona. El logograma de *Ren* está compuesto por dos grafemas, uno que significa “persona” y otro “dos”. El análisis etimológico³⁸ revela el carácter comunitario con el que Confucio describe al ser humano: nadie puede hacerse persona a sí mismo.

También puede tomarse en cuenta que el grafema “dos” se encuentra en una forma antigua de escribir “ascender”. De tal modo que *Ren* significaría tanto el proceso de ascensión a una forma superior de ser humano como el culmen por haberlo logrado. Así lo dice una Analecta de Confucio: “Las personas realizadas (consumadas, plenas), disfrutaban de las montañas, ... permanecen... y perduran por largo tiempo.” (Analecta 6.23).

«*Ren*» suele traducirse como “benevolencia”, “bondad”, “humanidad”, “con corazón humano”, o de forma poco precisa pero

³⁴ Esta fue la segunda versión del artículo 1, que decía: “Todos los hombres, siendo miembros de una familia, son libres y poseen igual dignidad y derechos, deben comportarse como hermanos.”

³⁵ Esa primera versión del artículo decía: “Toda persona le debe lealtad a su Estado y a las (sociedad internacional) Naciones Unidas. Debe aceptar su parte justa de responsabilidad en el cumplimiento de tales deberes sociales y compartir los sacrificios comunes necesarios para contribuir al bien común.”

³⁶ E/CN.4/SR.7, 4.

³⁷ E/CN.4/AC.1/SR.8, 2.

³⁸ Este análisis sobre el significado de *Ren* está tomado de Roger T. Ames, Henry Rosemont, *The Chinese Classic of family reference. A philosophical translation of the Xiaojing*, (Honolulu: University of Hawaii Press, 2009), 81-83.

esclarecedora como “humanidad-en-su-mejor-versión”. El concepto «Ren», también implica el efecto social de esa actitud/virtud. En efecto, una persona que manifiesta «Ren» es al mismo tiempo, una persona con autoridad moral, con comportamiento atractivo e inspirador en su comunidad. También, el concepto «Ren» implica no sólo un juicio intelectual, sino también una forma de constituirse éticamente en la vida social que incluso llega a percibirse físicamente en la postura, el comportamiento, los gestos o el lenguaje corporal.

De tal manera que al traducir “Ren” como “benevolencia”, se corre el riesgo de reducir el término a una actitud intelectual o psicológica de un sujeto, diluyendo el concepto a una actitud racional, o a una capacidad psicológica no conforme a la filosofía oriental. “benevolencia” empobrece “Ren” al circunscribirla a una disposición moral del individuo a expensas de una más amplia concepción del ser humano como sujeto social en camino de “convertirse” en un mejor y más auténtico ser humano a través de sus relaciones sociales.

Pasa algo parecido con “humanidad”, que sugeriría una esencia compartida por todos los miembros de la especie, pero al fin y al cabo un concepto ‘fijo’. *Ren* no es un concepto fijo, sino una manifestación por así decir estética de la existencia humana y a la vez, el proceso de lograrlo. El ser humano presupuesto en «Ren», no sólo ‘es’, sino que al mismo tiempo es *hacer-se*, o *convertir-se*. No un *ser-humano*, sino más bien un *convertir-se[r]-humano*.

En definitiva, «Ren» podría traducirse también como “persona/conducta consumada”, entendiendo *consumada* como «realizado», «logrado» o «concluido», y comprendiéndola como «*con-suma-da*», es decir, como «solidaridad», «junto a», «colectivamente». Ese tipo de persona, tiene la autoridad moral de la persona madura en su potencial que supera lo convencional y se convierte en un ejemplo a seguir.

Lindholm explica que la palabra china «Ren» que PC Chang tradujo literalmente al inglés como “*two-man-mindedness*” (mentalidad de dos hombres) es mejor traducir literalmente como “*mindfulness of the other person*” (solicito hacia la otra persona) o “*humaneness toward others*” (humanidad hacia los otros) o “*consciousness of his fellow men*” (conocimiento y conciencia de su semejante)³⁹. De tal forma que, “[e]l carácter «Ren» denota la más alta virtud de la ética clásica confuciana. Como explica Joseph Chan, ‘para Confucio, «Ren», es la base del resto de todas las virtudes humanas... Requiere de nosotros mostrar preocupación y respeto por las otras personas... «Ren» también implica

³⁹ LINDHOLM, Tore, “Article 1” en *The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement*, ed. Gusmundur Alfredsson y Asbjorn Eide, (The Hague: Martinus Nijhoff, 1999), 44.

reciprocidad: no hemos de imponer a los demás lo que no deseáramos para nosotros’.”⁴⁰

Por su parte, Mary Ann Glendon apunta que “[l]a enigmática palabra «*Ren*», cargada de una cosmovisión y un estilo de vida, no tiene una contraparte exacta en español o en inglés. A Cassin seguramente le hubiera evocado la noción de ‘compasión’ de Rousseau, pero esa palabra, también, se quedaba corta en lo que se quería indicar. La sugerencia de Chang fue aceptada, pero la idea perdió fuerza al añadir las palabras ‘y conciencia’ después de ‘razón’ (Esa desafortunada elección de palabras no sólo oscurecía el significado de lo que Chang proponía, sino que le asignaba a la palabra ‘conciencia’ un sentido menos claro, bastante distinto al de su empleo habitual en frases como ‘libertad de conciencia’)”⁴¹.

Así que la palabra “conciencia” no se refiere a una descripción metafísica de lo que el hombre es, sino una constatación de que cuando, mediante su razón y su conciencia éste reconoce a una persona, lo hacen no en clave neutra sino en sentido normativo. Morsink concluye que “la frase *razón y conciencia* no funciona al nivel del ser, sino al nivel del conocer. Se ajusta mejor con los motivos de Chang cuando propuso por primera vez la adición del concepto “*two-man-mindedness*” al igual que la propuesta griega de mover la segunda frase del artículo 1 al artículo 29. También encaja mejor con la aparición de la palabra *conciencia* en el segundo párrafo del Preámbulo”⁴².

El resto de artículos de la DUDH describen situaciones debidas en justicia a la persona pero siempre desde su perspectiva ética. A los redactores del artículo 1 de la DUDH, les interesaba vincular estos derechos a la razón de la persona y a su vocación ética manifestada en la conciencia. ¿Cómo es que la persona concreta, en su historia y circunstancias contingentes descubre qué es lo justo, o lo correcto por hacer aquí y ahora?

El papel de la razón práctica no es describir una fórmula de libertad o dignidad genérica y definitiva, como un arroyo que siempre va por el mismo cause y en la misma dirección. Las descripciones generales de autonomía, libertad, “inclinación natural”, no son ni Derechos Humanos ni la fórmula mágica de la conducta, sino sugerencias de una posible acción, de una buena respuesta en la generalidad de las

⁴⁰ Ibid, 43-44, nota al pie 13. En esa misma cita explica que “En Junio de 1947 ‘*Ren*’ no fue utilizada en la traducción oficial al chino del artículo 1. La palabra “conciencia” se tradujo (probablemente por la Secretaría) como ‘*liangxin*’, un término moderno del chino, no clásico. No he encontrado evidencia que explique porqué esta noción, que deriva de raíces estoicas y cristianas, y no de la virtud confuciana ‘*Ren*’, fue el término elevado a la categoría de universal fundamento normativo de la obligación de toda persona de respetar los Derechos Humanos.”

⁴¹ GLENDON, Mary Ann, *A World Made New*, 67.

⁴² MORSINK, Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights*, 299.

circunstancias; proveen de un punto de partida para el análisis racional de una situación concreta.

La razón práctica es la que ve en estas descripciones generales de las “inclinaciones naturales” o “capacidades humanas”, una indicación, inclinación o dirección sobre la inteligibilidad debida en las cosas analizadas como un fin que ha de realizarse en la acción.

Hace falta una determinación concreta de la solución al caso concreto. La razón práctica nos permite posicionarnos a nosotros mismos dentro de las exigencias reales de la situación ante nosotros. “¿Qué es lo que sucede? ¿Cuál es el asunto ético en juego aquí y ahora? ¿Cuáles son sus exigencias propias y los fines que se pretenden lograr? ¿Qué acción es la más razonable? ¿Qué he de hacer?” La razón práctica es la que discierne, elige y asume los compromisos de unos medios específicos para conseguir los fines de la conducta.

Hemos dicho cómo distintas exigencias se toman en cuenta, se ajustan entre sí, para determinar qué es un derecho humano, una exigencia donde la dignidad está en juego pero desde la perspectiva del «*ius*». En algunos casos, el peso del argumento lo tendrá la «*persona en cuanto tal*», en otras, dicho ajuste tomará en cuenta a la «*persona en cuanto oficio*» o la «*persona en cuanto condición humana*» o la cultura, o las leyes o las sentencias judiciales o las provisiones administrativas.

El sujeto descrito por el artículo 1 de la DUDH, “dotado de razón y conciencia” tiene el deber de “comportarse fraternalmente”. ¿Qué significa por tanto esa «razón y conciencia» para los Derechos Humanos? Pensamos que el artículo se refiere al arte, a la intuición racional de situarnos nosotros mismos «dentro» del asunto ético-jurídico en juego, o de la situación y las cosas implicadas, que relacionan o median entre personas. Y desde ahí, intentamos calcular, medir o descubrir cuál es la cosa *ajustada*, debida, “dentro” de esa situación y relación que ha de manifestar ese deber de fraternidad, relevante para la dignidad.

Este es el arte de medir racionalmente, de calcular o descubrir la cosa «*a-jus-tada*»⁴³ entre acciones, objetos, cargas, beneficios y personas que se traducen en una acción que aparece en la conciencia del sujeto como manifestación de conducta digna y debida. Este es un proceso racional que intenta situarnos, dentro o en el contexto de lo que es real, inherente e interno a una situación donde se juega nuestra valía como personas dignas. Ahora bien, cuando el asunto en juego es calcular las cosas externas y debidas o la posición entre dos personas que están relacionadas «a través de» o «con motivo de» la cosa justa de una persona, la acción debida en términos éticos entra en el ámbito de lo

⁴³ Finnis utiliza el adverbio de forma sustantivada y lo llama “ajustamente” o los “ajustamente” que determinan lo que es justo. Cf. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights ...*, p. 206. “One could say that for Aquinas ‘jus’ primarily means ‘the fair’ or ‘the what’s fair’; indeed, if one could use the adverb ‘aright’ as a noun, one could say that his primary account is of ‘arights’ (rather than of rights)”.

jurídico propio de los Derechos Humanos; o dicho de otra manera, en el ámbito de la «*dignidad como debida y como ius*».

En definitiva, el descubrimiento ético hecho por la «razón» y el compromiso personal a comportarse en consistencia con ese bien – «conciencia»- le permiten a la persona a ser fraterno y solidario a través del cumplimiento de sus obligaciones respecto al «*ius*».

Por lo tanto, el artículo 1 de la DUDH podría reformularse como el arte racional y el compromiso adquirido en conciencia de descubrir los títulos reales, los requerimientos inherentes y las conductas apropiadas que son debidas o ajustadas a una situación específica en relación a la dignidad de todos los seres humanos, en vistas a establecer una adecuada, valiosa y humana relación entre personas mediante sus «*iura*».

El punto de vista teleológico y el abuso del poder en H. L. A. Hart

MARÍA CRISTINA PÉREZ VENEGAS¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El pensador secular moderno*. III. *La Ley de Hume y el punto de vista teleológico*. IV. *Propósito mínimo de supervivencia*. V. *Sobre el abuso del poder*. VI. *Conexión racional entre los hechos y las normas*. VII. *De la razón práctica*. VIII. *Conclusiones*.

Resumen. H. L. A. Hart ha sido considerado por muchos el impulsor más contundente del positivismo jurídico. A partir de su debate con otros pensadores se ha configurado en buena medida la visión *iusfilosófica* que predomina hoy en el mundo occidental. En este artículo se discuten ciertos postulados en torno al derecho natural que el profesor inglés desarrolló en su más importante obra, *El concepto de derecho*. Entre ellos, su crítica al punto de vista teleológico que impregna tal doctrina, y su propuesta de lo que quedaría si se desvinculara a la misma de dicho punto de vista.

Palabras clave: Contingencia, metafísica, filosofía analítica, derecho natural, iusnaturalismo, positivismo jurídico.

Abstract. H. L. A. Hart has been considered by many the most overwhelming exponent of legal positivism. His discussion with other thinkers has largely determined the jurisprudential theory that prevails now-a-days in the Western world. In this essay, certain ideas of the English philosopher regarding natural law theory are discussed. Among them, his criticism towards the teleologist point of view, and his proposal of what would be left of natural law theory when delinked from such point of view.

Keywords: contingency, metaphysics, analytics philosophy, natural law, jus naturalism, legal positivism.

I] Introducción

No resulta del todo sencillo determinar con precisión cuál es la teoría *iusfilosófica* que hoy en día predomina en occidente. Es notable el avance del neoconstitucionalismo, con el que se acepta abiertamente la incorporación de elementos y principios axiológicos a las normas

¹ Investigadora en asuntos jurídicos en la Secretaría General de Gobierno del Estado de Jalisco.

fundamentales de las naciones.² Esa inclusión de valores desde luego no significa que se haya retomado el derecho natural medieval, pero sí representa la toma de una dirección distinta a la del positivismo jurídico imperante en el siglo XX.

No se afirma con facilidad que sea el neoconstitucionalismo la corriente filosófico-jurídica que impera, pues entre otras cosas, podría sostenerse que ella consiste más en una coincidencia de conclusiones que en la cimentación de las mismas. Lo que hay detrás, por un lado, son versiones renovadas o modernizadas de iusnaturalismo (aunque en algunos casos no confeso), y por otro un positivismo jurídico *incluyente*.³

¿Cómo proceder ahora en el debate si el relativo consenso parece más bien llenar de bruma los fundamentos últimos, cuya solidez finalmente será la que determine la prolongación de las ideas en el tiempo? Quizá resulte benéfico volver unos años atrás, abordando a los pensadores que han resultado determinantes para el sostenimiento de lo que hoy tenemos.

Por el lado del positivismo incluyente, en definitiva ha de dirigirse la mirada a Herbert Lionel Adolphus Hart.⁴ A este destacado académico inglés, titular de la Cátedra de Filosofía del Derecho en Oxford hasta 1969, se le atribuye el mérito de haber impulsado a la filosofía jurídica como materia autónoma, y se ha dicho que es el autor iuspositivista más influyente después de Kelsen. Ronald Dworkin (quien lo sucedió como titular de cátedra en Oxford) afirmó que Hart revestía la forma más poderosa del positivismo. Hay quienes sostienen que desde la aparición de su obra principal, *El concepto de derecho*, "el positivismo jurídico tendría en Hart a su mejor representante, incluso por encima de Kelsen".⁵

Pues bien, en esta ocasión se presenta un análisis de algunas proposiciones de H. L. A. Hart en torno al contenido del derecho natural,

² Vid. BARBERIS, Mauricio, *Neoconstitucionalismo, democracia, e imperialismo de la moral*, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr20.pdf>, consulta: 16 de mayo de 2014

³ Vid. MORA SIFUENTES, Francisco M., "Un intento de caracterización del positivismo jurídico incluyente", *Papeles de teoría y filosofía del derecho*, N° 9, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2010

⁴ Juan B. Etcheverry comenta que en respuesta a las críticas de Dworkin a Hart "surgieron algunos intentos de afrontarlas manteniendo simultáneamente la esencia de la versión hartiana del positivismo jurídico. Uno de esos intentos es el *Inclusive Legal Positivism* o 'Positivismo Jurídico Incluyente'". ETCHEVERRY, Juan Bautista, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, p.8

⁵ PEREZ JARABA, María Dolores, "Principios y reglas: Examen del debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart", *Revista de Estudios Jurídicos*, N° 10, Universidad de Jaén, España, 2010 (Segunda época), pp. 1-2

tal como están planteadas en el capítulo IX de *El concepto de derecho*, publicado en 1961. Lo dispuesto en el presente artículo es parte de una investigación más extensa que no es posible plasmar aquí a cabalidad; el tema se delimita de manera precisa atendiendo al carácter y extensión de este trabajo. Es importante puntualizarlo, pues de otro modo seguramente se reprocharía el excluir publicaciones en que Hart trata temas relacionados de modo diverso, o el no considerar la alegada evolución en su pensamiento hacia sus últimos años.⁶

Lo que trataremos aquí son algunas ideas sobre el contenido del derecho natural, tal como se propusieron en la publicación del libro en 1961. Ello resulta provechoso debido a las inquietudes que tales postulados despiertan en torno a la necesidad o no de asumir una responsabilidad frente a elementos y principios axiológicos cuando de derecho se trata.

A quienes estén familiarizados con Hart, quizá les extrañe la ausencia de referencia a reglas primarias o secundarias, regla de reconocimiento, textura abierta de las normas, etc., y encontrar en su lugar tintes de una teoría política sobre el origen del Estado. En efecto, coincidiendo con Luis Vigo, el tema del contenido del derecho natural propuesto por Hart “no es de los que han gozado mayor atención por parte de los estudiosos en torno al profesor de Oxford”.⁷ No obstante, por las reflexiones que tal tema suscita, es probable que el lector encuentre riqueza en las sutiles pero significativas particularidades de la propuesta hartiana que aquí se trata.

Finalmente cabe manifestar que si bien se redacta desde una plataforma iusnaturalista, en este trabajo desde luego no se pretende desarrollar una apología definitiva del derecho natural, sino abordar postulados propios de un positivista, intentando desenvolver ciertos aspectos críticos. Seguramente se ocurrirán al lector muchas otras implicaciones más allá de las aquí planteadas, lo cual resulta en sí provechoso y brindará satisfacción a quien presenta este texto.

II] El pensador secular moderno

Herbert Hart es analítico en cuanto a su estilo filosófico. Ello implica centrar la argumentación en la descripción de lo que se observa y rechazar lo meramente especulativo. Resulta básico para el analítico evitar categorías metafísicas. En efecto, en el capítulo IX de *El concepto de derecho*, *Las normas jurídicas y la moral*, el autor nos dice que la doctrina del derecho natural, “a pesar de una terminología, y mucha

⁶ Mismo que quedó materializado en el *Postscript* de la segunda edición de *El concepto de Derecho*, de donde se toman buena parte de las aserciones del positivismo jurídico incluyente o *soft positivism*. ETCHEVERRY, *op. cit.* p. 8

⁷ VIGO, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, [s. a.], p. 81

metafísica, que pocos podrían ahora aceptar”, contiene ciertas verdades importantes para entender la moral y el derecho. Y en seguida se propone “*liberarlas de sus adherencias metafísicas*” para presentarlas, según su criterio, en forma simple y válida.⁸ Para ello inicia puntualizando una distinción en torno a la concepción del mundo entre el pensamiento secular moderno y el no secular que le precedió:

El modo de conocer el mundo según el pensamiento secular moderno consistiría en observar ciertas regularidades en la naturaleza, diseñar ciertas fórmulas en relación a esas regularidades y verificar si coinciden unas con otras, de modo que en tanto las fórmulas vayan resultando atinadas, en esa medida se va comprendiendo el mundo.

La idea del derecho natural en cambio –nos dice– surge en el seno de una concepción del mundo en que la realidad no sólo presenta ciertos sucesos regulares, sino que las cosas se comportan de cierta manera porque están ordenadas a un fin. Es decir, no se pretende comprender el mundo sólo mediante el conocimiento de *cómo* funciona, sino además de *por qué* y *para qué* funciona de tal modo.

Aquí cabe comentar lo siguiente: el pensador secular moderno que Hart describe, al despojarse de los pasos posteriores a responder el *cómo*, asegura mantenerse en el campo científico, considerando a este como el único válido en términos objetivos y comunicables. Por lo que en ese sentido, la solución del pensador moderno ante la fragilidad que observa en los conceptos metafísicos (en tanto no pueden ser comprobados en laboratorio o a base de fórmulas matemáticas), no es diseñar un método diverso más fiable, sino abandonar por completo la búsqueda de respuesta a las preguntas que implican categorías metafísicas (el *por qué* y el *para qué* últimos), no obstante que las preguntas surjan como demanda espontánea del intelecto humano, pues de otro modo no se observaría ese intento por responderlas en toda la historia del pensamiento previo al secular moderno, mismo en que se decide consciente y voluntariamente ignorar (descalificar) tales demandas.

Ese último es precisamente el caso de Herbert Hart, quien continúa su exposición poniendo en evidencia el modo en que ciertos hombres *conservan* un punto de vista teleológico de la naturaleza, denostando entonces la metafísica implicada en ello, lo cual se aborda a continuación.

III] La Ley de Hume y el punto de vista teleológico

El filósofo de Oxford nota que una de las diferencias entre moral y derecho es que mientras la moral abarca diversas virtudes y valores, el derecho se encarga únicamente de la justicia. No lo dice en un sentido

⁸ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 232

absoluto, sino simplemente en tono descriptivo de las nociones que imperan en el pensamiento de los hombres.

Habiendo señalado tal distinción en el capítulo previo, en el título que nos ocupa de *El concepto de derecho*, deja de lado la noción de justicia para dar un contenido mínimo viable del derecho natural, cuyo elemento central –al modo de los contractualistas– es el deseo de supervivencia que conlleva al sometimiento a un sistema, dados los beneficios recíprocos que derivan de ello.

Es importante remarcar que para Hart resulta esencial dejar claro que las cosas que suceden *naturalmente* en el derecho, responden a una serie de particularidades del modo de ser del hombre que son completamente contingentes. Por ejemplo, el hecho de que el hombre no pueda subsistir si no es en comunidad, podría ser de manera distinta, y entonces las implicaciones derivadas de ello serían diferentes: quizá no habría necesidad de regular las relaciones entre las personas y por tanto la ciencia jurídica no existiría.

Resulta difícil estar en desacuerdo con lo anterior, y además es claro que ello no configura un argumento que debilite una teoría del derecho natural, pues precisamente para dar contenido al mismo, el teórico voltea a ver la situación del hombre tal como es, y –*verbi gratia*– observando aspectos como su vulnerabilidad, se levanta a defender un valor irrefutable de cada individuo, que *debe* ser protegido. Pero justamente ante esto último se disgustaría el profesor de Oxford, pues el acento que pone en la *contingencia* de las características del hombre, lo coloca precisamente para nutrir la objeción contra el hecho de que al desarrollar una teoría se pase de la descripción del *ser* al *deber ser* de manera instantánea, sin consecución lógica. Estamos hablando de la aclamada *Ley de Hume*.⁹

El autor sostiene que los iusnaturalistas están influidos por una visión teleológica de la realidad cuyos rastros se originan en la antigüedad clásica, pero que siguen patentes en el uso del lenguaje actual. Como se ha comentado, la escuela metódica de Hart rechaza la metafísica, y por tanto el estudio de la esencia y fin en las cosas; por ello puede entenderse que señala esa visión teleológica como un vicio epistemológico, que implicaría por lo tanto la invalidez de las conclusiones obtenidas bajo esa visión.

El postulado de Hart en su análisis es que las personas tienden a considerar *bueno* a algo simplemente porque es común o se repite de manera constante, de modo que, según el ejemplo que proporciona, si las bellotas generalmente crecen de cierta manera en un tiempo

⁹ Vid. HUME, David, *A Treatise of human nature*, libro III, parte I, sección 1

Cabe aclarar que la Ley de Hume no es mencionada expresamente por nuestro filósofo del derecho, sin embargo, se infiere fácilmente que tiene a la base lo formulado por dicha “ley”. Hart cita a Hume para otros efectos en la misma sección de su obra; cfr. HART, *op. cit.* p. 237

determinado, se piensa que las bellotas *deben* crecer de esa manera y en ese lapso de tiempo. La relación de lo anterior con el punto de vista teleológico es que se percibe ese deber respecto de la adecuación de la cosa a su fin, así que se termina por considerar que la finalidad del nacimiento de la bellota es crecer como generalmente crecen las bellotas. Hart parece sostener que la noción del deber es una mera inconsistencia lógica en la que se considera que lo que sucede con aguda frecuencia es *bueno*.¹⁰

Ahora, si ello fuera completamente cierto, no tendría por qué existir la diferenciación que el propio pensador inglés hace notar de manera textual: “En el caso de una bellota, su crecimiento y transformación en un roble es algo que no sólo alcanzan en forma regular las bellotas, sino que se señala, a diferencia de su proceso de declinación (que también es regular) como un estado óptimo de madurez”.¹¹

Pues bien, si la valoración de algo como bueno dependiera únicamente de la constatación de su repetición, la declinación de un roble se consideraría más certeramente buena que la maduración de la bellota y su transformación en un roble. Hart no se formula tal cuestión, misma que queda sin responder.

Las consecuencias significativas del postulado anterior vienen cuando el autor de *El concepto de derecho* nos dice que bajo el punto de vista teleológico (que supuestamente deriva sólo del registro de regularidad de los sucesos) se concluye –por ejemplo– que si los hombres por lo regular desean vivir prolongadamente, entonces *debemos* desear vivir prolongadamente, y en consecuencia cuando alguien se rehúse a comer porque prefiere morir, nos preocuparemos por él y lo alentaremos a que coma y viva. Como esto es planteado por Hart en tono crítico, se entiende que propone que al igual que si se registra una excepción en una ley científica, ésta pierde *status* de ley (y nadie pugnará por que se conserve sino por corregir la fórmula), el hombre debería entender que si hay una excepción en la regularidad del deseo de los hombres de querer vivir prolongadamente, se está ante una excepción que simplemente debe dar como resultado cambiar la frase “el hombre desea vivir prolongadamente” por “la mayoría de los

¹⁰ Es importante aclarar que este tipo de falacia lógica no se niega en este trabajo. Sucede a menudo que algunas personas (que no los filósofos) toman por bueno lo que es común, únicamente por serlo, y esto puede verse por ejemplo en relación a los convencionalismos sociales. Pero independientemente de tal actitud, para los convencionalismos sociales lo cierto es que la bondad o maldad en cada caso atiende a su funcionalidad en el orden social, no a su repetición; y de igual modo puede discernirse o esclarecerse el parámetro correcto en otros supuestos en que la falacia toma lugar. Quizá la tendencia a incurrir en ella aparece como consecuencia de nuestra capacidad intuitiva, con la cual percibimos la existencia de elementos en la realidad que luego abrá que descubrir, acotar y razonar.

¹¹ HART, *op. cit.* p. 234

hombres desean vivir prolongadamente”, evitando así deducir un deber de las anteriores aseveraciones para imponerlo a la minoría.¹²

Ahora, si Hart considera que la labor del filósofo consiste en observar y describir, entonces valdría la pena que por lo menos se observaran y describieran todos los factores y aspectos que están en juego en la situación que se analiza. Pero en este caso el autor solamente registra los datos definitivos observables al momento y de manera superficial (¿quiere o no quiere vivir?), ignorando los aspectos psicológicos que serían cruciales en el asunto.¹³

Por supuesto que una persona intentará hacer algo ante su hermano o su hijo que desea dejar de vivir, no porque generalmente los hombres quieren vivir, sino porque, entre otras cosas, se da cuenta que existe una razón que determina la situación de su ser querido: está sufriendo, ha tenido una serie de malas experiencias, se siente solo, está enfermo o ha sido objeto de abusos y desprecios... Ignorar la dimensión espiritual y psicológica del hombre (en cuanto sus sentimientos y razones de ellos) desembocaría en brindar apoyo a todo aquél que quiera suicidarse, en lugar de intentar evitar el maltrato o las injusticias que arrastran a los hombres a desear quitarse la vida.

IV] Propósito mínimo de supervivencia

Se entiende que cuando Hart describe el modo teleológico de pensar que supuestamente nos lleva a considerar *buenas* a cuestiones como comer y dormir, lo hace en un tono crítico. Constantemente incluye el adverbio *todavía* cuando se refiere a ellas: “*elementos teleológicos que todavía persisten en el pensamiento ordinario*” (énfasis añadido).¹⁴

Ahora bien, el autor explica que esa persistencia del punto de vista

¹² De algún modo incurre en la equiparación de dos connotaciones de la palabra “ley”: sugiere que al igual que la ley física en ciencias naturales, al surgir una excepción ella deja de ser ley; en el plano moral, al verificar una excepción en el comportamiento humano debería entenderse que no hay tal ley de conducta, pues no se verifica en todos los casos. Hart desde luego distingue la connotación de ley *prescriptiva* en el plano jurídico positivo, pero propone la equiparación señalada respecto del plano de las ciencias naturales y la moral social (aboliendo así al derecho natural como se entiende clásicamente). Esta observación surge de una anotación que Hart realiza previamente en torno a la doctrina del derecho natural: señala que varios críticos modernos consideraban que si cesara la confusión entre ley prescriptiva y ley física (natural-científica), fuera del ámbito del derecho positivo, entonces se alcanzaría el declive de la teoría del derecho natural. *Ibidem*, pp. 231-232

¹³ En relación a ello, Luis Vigo comenta que “*hoy parece bastante claro que para conocer y operar con el derecho necesitamos de muchos otros saberes que no son jurídicos. Es muy difícil, por no decir imposible, intentar comprender y practicar el derecho autistamente, o sea, sin conexiones con las otras dimensiones de la realidad social y cultural, dígase la economía, la política, la religión, etc.*”, VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al Derecho*, Porrúa, México, 2012, p. 13

¹⁴ HART, *op. cit.*, p. 236

teleológico tendría sentido con relación a un solo motivo: “el presupuesto tácito de que el fin propio de la actividad humana es la supervivencia”.¹⁵ Esa afirmación es para el autor el ejercicio de su intención de remover adherencias metafísicas a la doctrina del derecho natural. Y así nos dice que en el fondo eso es lo que hay tanto en las teorías iusnaturalistas como las contractualistas, pero que en el caso de los primeros, desarrollan su teoría incursionando en la metafísica, lo que provoca *extralimitaciones* como la de afirmar que el conocimiento de Dios es un fin del hombre (Tomás de Aquino), o que lo es también el cultivo desinteresado del intelecto (Aristóteles). Y añade: “Este pensamiento (...) puede ser desenmarañado de partes más discutibles del enfoque teleológico general, en el que el fin o bien del hombre se presenta como un modo de vida específico acerca del cual, de hecho, los hombres pueden discrepar profundamente. Además, al referirnos a la supervivencia podemos descartar, como demasiado metafísica para las mentes modernas, la noción de que ella es algo fijado de antemano, que los hombres necesariamente desean porque es su propio fin o meta. En lugar de ello podemos sostener que el hecho de que los hombres en general desean vivir es un mero hecho contingente que podría ser de otra manera, y que todo cuanto podemos querer decir al calificar a la supervivencia de meta o fin humano es que los hombres efectivamente la desean”.

De la transcripción anterior hay que hacer notar que Hart entiende que el iusnaturalista presupone que la supervivencia individual es un fin fijado de antemano para el hombre y por ello éste debe dirigirse a tal fin. Pues bien, si la base iusnaturalista en que se está enfocando es en la clásica y la tomista, es difícil darle la razón. En el caso de los contractualistas es muy claro que el motor último de la creación del derecho es el instinto de supervivencia individual, pero no es así en el iusnaturalismo al que se refiere. Todo el tema del perfeccionamiento del hombre, del refinamiento de su espíritu y el cultivo del intelecto es dejado de lado por Hart simplemente señalándolo como demasiado metafísico para las mentes modernas. Pero al despojar de todo ello a la doctrina iusnaturalista, y pretender reducirlo entonces a las consecuencias del instinto de supervivencia, está dejando de hablar de iusnaturalismo aristotélico-tomista: no simplificó, únicamente cambió de tema u objeto de análisis.

Probablemente la razón por la que Hart se considera legitimado para hacer esa *reducción*, es que con la reflexión sobre la supervivencia logra obtener conclusiones similares a algunas sostenidas por doctrinas de derecho natural. Pero el hecho de que algunas conclusiones sean similares, no significa que también lo sean el punto de partida o el razonamiento de los que derivan tales conclusiones.

¹⁵ *Idem*

V] Sobre el abuso del poder

Con la anotación de que el punto de partida del derecho y la moral es el deseo generalizado de vivir (que, según insiste, es un hecho contingente), el autor de *El concepto de Derecho* quiere llevarnos a la idea de que ese presupuesto puede implicar "ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable".¹⁶ El postulante reiteradamente enfatiza la idea de que ello atiende a circunstancias completamente contingentes, por lo que en tanto ciertas características humanas se conserven, la consecuencia razonable (o inevitable) será actuar como lo hacemos.

Entre tales características, Hart da especial importancia al hecho de que exista una vulnerabilidad recíproca entre los hombres (que todos sean de algún modo vulnerables, aunque sea al dormir),¹⁷ y que si en algún momento, en cambio, existieran hombres notablemente más fuertes, que pudieran ejercer un poder continuado sobre el resto sin riesgo alguno, la consecuencia razonable sería otra, y el contenido del derecho cambiaría también: los débiles tendrían que tomar partido y vivir bajo el protectorado de algunos de los hombres fuertes, cuyo poder sobre los mismos estaría únicamente condicionado a un resguardo ante el resto de los hombres fuertes, pudiendo ejercer cualquier tipo de opresión y exigencias desproporcionadas sobre los débiles.

Al atender el supuesto que el profesor inglés proporciona, resulta inevitable pensar en el plano internacional, donde las grandes potencias abusan de los países subdesarrollados, cometiendo injusticias evidentes. Para Hart, mientras las potencias fuertes puedan seguir ejerciendo su poder como lo hacen, ello estará plenamente justificado, y si las circunstancias no cambian, no hay una fuerza real y objetiva de exigencia a los dueños del poder para que frenen el abuso. En realidad, más que justificación, lo que hay es una ausencia de reproche serio. Lo que pasa con Hart es que evita incursionar en el campo axiológico. No le parece crucial calificar tales hechos de buenos o malos de manera objetiva y defendible (si bien no se abstiene de manifestar que *le parecen lamentables*); propone un campo de *derecho natural* en el que los parámetros éticos no tienen cabida o voz alguna.

Una vez que ha ocupado nuestra cabeza la analogía narrada, nos encontramos con que el propio autor aporta como ejemplo específicamente la situación entre países de la que hablamos:¹⁸ "El escenario internacional, donde las unidades han diferido

¹⁶ *Ibidem*, p.238

¹⁷ *Ibidem*, p. 241

¹⁸ *El concepto de Derecho* fue publicado en 1961, se estaba en plena Guerra Fría y era palpable la manera en que las Grandes potencias podían manejar a los países débiles a su antojo. Vid. SPIELVOGEL, Jackson J., *Civilizaciones de Occidente*, 5ª Ed., Thomson, México, 2004, pp. 803 - 834

considerablemente en fuerza, proporciona un ejemplo adecuado (...) Queda por ver en qué medida las armas atómicas, cuando estén al alcance de todos, restablecerán el balance del poder desigual, y darán lugar a formas de control más parecidas al derecho penal interno".¹⁹

Pues bien, si las armas atómicas pueden ser un factor que cambie la situación del poder, bajo el criterio hartiano estaría también justificado que un grupo de mafiosos (proxenetas de menores, por ejemplo) realicen sus actividades si consiguen armas más tecnológicas que las del Estado, como bien sucede.

El persistente acento en la *contingencia* de las circunstancias que dan como resultado al derecho como es, configura una pequeña diferencia entre el pensamiento de Hart, y el de los contractualistas y de otros iuspositivistas, haciéndole *peligroso* (en el sentido de las consecuencias negativas que se vislumbran), pues ese derecho sería tal en tanto exista una *igualdad aproximada* que lo haga viable, pero en el momento en que una persona o grupo de personas se encuentre en una posición de ventaja y poder que no puedan ser sometidos *de facto*, los abusos que cometa serán producto de sus circunstancias contingentes, y no serán valorables a partir de un supuesto derecho natural, en tanto éste se determina únicamente en función de las características de los hechos contingentes (la redundancia es necesaria). En tal escenario, la corrupción política, las actividades de la mafia y en general toda forma de abuso de poder resultan irreprochables.²⁰

Con relación a lo anterior, Javier Hervada comenta lo siguiente: *"Rechazada por el positivismo la idea de derecho natural, el fundamento del derecho se puso en el poder, un poder inmanente al hombre, al Estado, sin ninguna vinculación trascendente. (...) Principio fundamental del positivismo ha sido y sigue siendo que el derecho positivo es válido en tanto que se cumplan los requisitos formales para la elaboración y la promulgación de la norma, cualquiera que sea su contenido. Esa ilimitación potencial de contenido es una base fundamental del positivismo, cuya realización más aguda ha sido el totalitarismo".²¹*

Si una sociedad como la integrada en México se viera impulsada por una visión hartiana del derecho natural, un poder tal como el ganado fácticamente por el ramo del narcotráfico o el crimen organizado, en

¹⁹ HART, *op. cit.*, p. 245

²⁰ Quedaría justificado cualquier tipo de abuso de poder a la luz del derecho natural (según lo concibe Hart), en tanto ese abuso sea posible por las circunstancias particulares de cada individuo que en los hechos no han sido susceptibles de ser controlados por la mayoría que desea cooperar con el sistema.

²¹ HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1995, p.589

general queda legitimado,²² pues si lo que fundamenta la actitud política y el surgimiento del derecho es únicamente el hecho de que se desea resguardar el bienestar individual debido a una posición contingente de vulnerabilidad ante los semejantes, desaparece toda posibilidad de reproche jurídico a aquel que no necesita del pacto para resguardar su bienestar propio, a aquel que tiene poder fáctico suficiente para asegurar su bienestar frente a los demás sin necesidad de una actitud política y civilizada. A ese sujeto le basta adecuarse a la ley natural arrojada por la ciencia decimonónica: la supervivencia del más fuerte.²³

Para incluir un poco de choque y contraste con aseveraciones de académicos afines a las doctrinas clásicas, podemos hacer algunas menciones: Luis Vigo sostiene que la justicia “*ocupa la centralidad axiológica del derecho*”,²⁴ de modo que la justicia se tiene como elemento de valoración del derecho positivo, porque se acepta como finalidad a la que éste debe tender, y en base a ella ha de trazarse el contenido y las correcciones a la norma impresa en papel; algo no deja de ser derecho por ser injusto, pero es un derecho deficiente que *debe* corregirse en atención a la finalidad que persigue.²⁵ Francesco D’Agostino afirma que la lógica del positivismo jurídico puede “*contribuir a una atrofia de la conciencia de los juristas*”.²⁶ Ronald Dworkin sostuvo que el positivismo legalista es “*profundamente corruptor de la idea y del imperio del derecho*”.²⁷ Al ignorar a la justicia como fin, el derecho se reduce a una herramienta de quienes lo dominen como juristas para satisfacer fines egoístas, se pone al servicio del dinero y el poder.²⁸

²² Utilizo estas palabras porque Hart lo posiciona como *derecho* natural, aunque ha quedado claro que su uso de la palabra natural es del todo ajena a la noción metafísica que se le da en la teoría clásica.

²³ Y no se niega que así *sea*, lo que se echa de menos es la posibilidad de pronunciarse sobre cómo *debe ser*, representando esto último una razón para la acción que determine un cambio.

²⁴ Y continúa: “*no para concluir que sólo lo justo es derecho, sino para rechazar lo injusto extremo*”, VIGO, *De la ley al Derecho*, op. cit., p. 15

²⁵ El deber deriva de la adecuación de la cosa a su fin, y esto no parece controvertirse; el error de Hart es pensar que la manera en que identificamos el “fin” de las cosas es irracional, pues considera que se extrae de la simple generalidad. En realidad no sucede así, sino que observamos que entran en juego otros factores como puede ser la razón práctica, independientemente de que se observen o no generalidades y repeticiones.

²⁶ D’AGOSTINO, Francesco, *Filosofía del Derecho*, Temis, Bogotá, 2007, p. 36

²⁷ DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge-Massachusetts, Harvard U. P., 1985, p.115, cit. por MASSINI CORREAS, Carlos I., *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Eunsa, Pamplona, 2006, p. 28

²⁸ Según comenta el investigador de la Universidad Autónoma de México, Javier Saldaña, en los postulados de autores como Marx, Nietzsche y Freud, que rechazan que pueda establecerse un criterio moral objetivo sobre la actuación humana, se sostiene que “*la razón no tiene nada que hacer en el ámbito de las relaciones jurídicas, las que no son sino la*

VI] Conexión *racional* entre los hechos y las normas

Como quedó asentado, Hart afirma que los hombres se asocian entre sí debido a un propósito mínimo de supervivencia.²⁹ El objetivo de sobrevivir continuamente sería entonces el elemento esencial que da pie a la organización social y jurídica.

Aquí hay que decir que el autor aclara que su análisis versa sobre la conexión racional (en el sentido de que aporta razones, y no condiciones o causas) entre los hechos naturales y el contenido de reglas morales y jurídicas, pero que es posible investigar formas distintas de ese tipo de conexión, y como ejemplo menciona que en psicología se ha postulado que si no hay una alimentación y una educación determinadas, no puede establecerse un código moral. Al hacer alusión a ese *código moral* se infiere que considera que el hombre actúa de ciertas maneras atendiendo también a convicciones acerca del bien y del mal, que se distinguen del interés propio o del deseo individual de sobrevivir, cuestión que de hecho reconoce expresamente más adelante. Lo que cabe cuestionar es por qué ignorar esos hechos a la hora de postular un contenido del derecho natural.

Hart se justifica aduciendo precisamente que su análisis es racional: la razón de que los hombres se organicen, elaboren normas y las cumplan, sería el hecho dado de que los hombres quieren sobrevivir continuamente, y a partir de ese objetivo derivan otros propósitos conscientes. La sociología o la psicología, dice, pueden estudiar las causas de que el hombre tenga ciertos objetivos,³⁰ pero ese sería un estudio de tipo distinto (causal), no racional.

Si se sigue el esquema de *conexión racional* que el filósofo presenta, puede bien decirse que para algún iusnaturalista, la *conexión racional* de los hechos naturales con las normas morales y jurídicas, partiría de la afirmación de que el hombre es capaz de hacer juicios valorativos en cuanto a la bondad o maldad de los actos humanos y de percibir un valor inherente a cada persona cuya consideración, a la par de la de la libertad individual con respecto a esa conciencia axiológica, implica entonces una serie de deberes y normas para la interacción humana, cuyo aseguramiento como objetivo, daría pie al reconocimiento

canonización enmascarada de relaciones de mero poder, de pulsiones eróticas o de intereses económicos". MASSINI CORREAS Carlos I., *Razón práctica y objetividad del Derecho, Sapientia*, vol. V.LIX, Buenos Aires, 2004, p.226, cit. por SALDAÑA SERRANO, Javier, *Derecho Natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012, p.40

²⁹ HART, *op. cit.*, p. 239

³⁰ Y aclara que ello no se apoya en cosas obvias, por lo que deberá estudiarse con "métodos de generalización y teoría basados en la observación y, cuando ello sea posible, en la experimentación". HART, *op. cit.*, p. 240

o elaboración de normas positivas.³¹ Comento lo anterior para hacer notar que si la *conexión racional* consiste únicamente en señalar el objetivo del que parte el hombre para configurar un sistema de normas, ese punto de partida no sería el mismo para los iusnaturalistas que para Hart (la supervivencia individual continuada) y los contractualistas. De este modo, si con su texto Hart pretendió entrar en diálogo con personas afines al iusnaturalismo, habría incurrido en la falacia de petición de principio, "*consistente en apoyarse en premisas que el interlocutor no ha admitido*".³² Al cambiar la antropología base y el punto de partida de la doctrina del derecho natural para presentarla en "*términos más simples*", el profesor de Oxford está hablando ya de alguna otra doctrina, no de la que intenta simplificar.

Si una *conexión racional* entre fenómenos debe señalarse tal como lo describe Hart, la discusión entre iusnaturalistas y iuspositivistas versaría primero sobre cuál es el hecho natural que se relaciona con el sistema de normas en cuestión, y después sobre cuál es el contenido correcto de tales normas. Me parece que el filósofo pasa por alto el primer paso al sostener que se parte de lo mismo cuando no necesariamente es así.

Pero quizá el único punto de partida obvio que le queda al prescindir de toda categoría metafísica posible, es el que postula, por lo que se estaría justificando en su propósito de liberar a la doctrina del derecho natural de sus adherencias metafísicas, ya que su método filosófico no da cabida para ellas. Entonces lo que tenemos es un problema de comunicación entre doctrinas, como si se tratara de lenguas distintas y una de ellas no contuviera toda una serie de términos y conceptos, cuyo entendimiento sería imposible a menos que se adoptaran tales conceptos. En dicho caso los usuarios de la lengua más pobre tendrían que elegir si abrazar nuevos conceptos o prescindir del estudio de lo que a aquéllos toque.

VII] De la razón práctica

Para presentar la última observación en este artículo, he de volver al tema de que desde la visión hartiana del derecho natural se legitima el abuso del poder. A ese respecto debo acotar que en el marco teórico de Hart, los abusos del poder se desincentivarán si existe un sistema efectivo de sanciones, y el derecho natural como él lo concibe se manifestaría ahí en forma de esfuerzos por elaborar sanciones efectivas, pero no como parámetro objetivo e inteligible que determine lo justo o

³¹ Lo planteo en estos términos con el único propósito de hacer notar una diferencia entre el punto de partida positivista y iusnaturalista (que Hart pretende equiparar), sin suponer que a ello se reduzca la doctrina del derecho natural.

³² ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, p. 52

injusto de los actos y su exigibilidad,³³ con independencia de la cuestión sobre si pueden controlarse tales actos.

Todo lo anterior deriva del rechazo a la visión teleológica de la realidad. El tema del punto de vista teleológico es tratado puntualmente por nuestro autor, como ya se ha repasado antes, y su postura al respecto trae la siguiente consecuencia: Hart nota que hay personas que cumplen las reglas por un deseo sincero del bienestar de sus semejantes, otros por una convicción sobre el deber y el honor, otros por simple previsión de un beneficio personal,³⁴ sin embargo, no procede a determinar cuál es la razón correcta para seguir las reglas, o qué hay detrás de esos razonamientos que pudiera rescatarse para determinar la naturaleza del derecho, pues su propósito es limitarse a describir a las personas y las razones por las que actúan, pero no valorarlas (para evitar deducir un *deber ser* a partir de su descripción), por lo que para él basta con enunciar por qué se cumplen las normas jurídicas y morales, sin intentar responder a por qué *deberían* cumplirse.

En el mismo sentido, dadas determinadas circunstancias descriptibles, pueden derivarse una serie de consecuencias razonables que variarán en función del cambio en las circunstancias de las que surgen, sin que de la descripción de las circunstancias como son o podrían ser pueda deducirse cómo *deben ser*, ni se pueda determinar si las consecuencias de tales circunstancias *deberían* ser las que son.

Quizá el problema radica en la consideración de que un iusnaturalista siempre deduce el *deber del ser*, cuando en realidad, en base a la noción de ciertos *principios de la razón práctica*, un iusnaturalista puede afirmar que no se trata de una deducción del *ser*, sino de un tipo distinto de comprensión. Se hace una breve y somera referencia a ello del siguiente modo:

Primero, con relación a la aseveración de que la visión teleológica surge a partir de que se observan regularidades, volvamos al punto de que el autor en un par de ocasiones hace notar cómo el *teleologista* infiere una finalidad en ciertos casos y en otros no: Nos dice que se determina un estado óptimo del roble por la regularidad con que se desarrolla de un modo específico, pero que no hay pronunciamiento sobre su declinación aunque también es regular, y en otra ocasión comenta que se dice que la finalidad del funcionamiento de los órganos es mantener la salud, y no que la finalidad de un cáncer es provocar la muerte...³⁵ Sobre el mismo tema explica: "*Según el punto de vista teleológico, los sucesos que regularmente acaecen a las cosas no son concebidos como algo que meramente ocurre en forma regular, y no se considera que es plantear cuestiones distintas preguntarse si*

³³ Mas como diría Manuel Atienza, sostener que vale lo mismo la represión, el despotismo y un sistema justo, es contra-intuitivo. VIGO, *De la ley al derecho*, op. cit., p. 10

³⁴ HART, op. cit., p. 244

³⁵ *Ibidem*, p. 236

efectivamente ocurren de esa manera, si debieran ocurrir o si es bueno que ocurran. Por el contrario (salvo respecto de algunas raras monstruosidades atribuidas al "azar") lo que generalmente acaece puede ser explicado y valorado como bueno, o como lo que debe suceder, presentándolo como un paso hacia la meta o el fin propio de la cosa en cuestión. Las leyes del desarrollo de una cosa, en consecuencia, muestran al propio tiempo cómo ella se comporta y cambia regularmente y cómo debe hacerlo".³⁶

Con respecto a lo anterior me gustaría insistir en que el pensador afirma que desde el punto de vista teleológico se deduce el deber ser (respecto del fin natural) de las cosas únicamente al registrar la regularidad de ciertas características en ellas, y a la vez es consciente y hace notar que en ocasiones (*raras monstruosidades* como las llama con sarcasmo), no se deduce un deber ser de sucesos que también son regulares. Siendo consciente de que hay excepciones, resulta curioso que no se pregunte por el parámetro o la variable que determina la intelección de un fin, naturaleza o esencia en algunos fenómenos y en otros no, por lo menos para sostener su aseveración o solidificar su crítica.

El autor no esclarece los parámetros con los que opera la regla del punto de vista teleológico que plantea, pero si nosotros intentáramos hacerlo podríamos sostener que son otros factores los que determinan la percepción de un cierto fin en las cosas, diversos de la generalidad del modo en que se comportan,³⁷ pues no todas las generalidades se perciben como fin óptimo.³⁸

En la doctrina del derecho natural se ha concebido esta percepción del fin relativo a la esencia de las cosas como formas básicas de bien captadas por el entendimiento práctico, por lo que no se inferiría el *debe* a partir del *es*, sino que se percibe la bondad de las cosas por un "acto de comprensión no inferencial".³⁹

Mauricio Beuchot por su parte afirma que "*como la naturaleza humana está cargada de exigencias éticas, derivar de ella derechos naturales (...) no constituye falacia naturalista; [sino que] es otro tipo de*

³⁶ *Ibidem*, p. 234

³⁷ Hart parece sostener que el único elemento es la regularidad, lo cual queda debilitado por excepciones que él mismo ejemplifica.

³⁸ Por ejemplo, no se deduce que los políticos deban ser corruptos porque generalmente lo son, sino que se afirma que aunque la mayoría lo sean, no deben serlo, y para ello se emplea un razonamiento totalmente distinto. Hart sugiere que el *teleologista*, de la misma manera injustificada deduce un fin tanto en el comportamiento de la naturaleza en general como en el comportamiento del hombre. (Vid. HART, *op. cit.*, p.235)

³⁹ FINNIS, John, *Ley Natural y derechos naturales*, traducción de Cristóbal Orrego S., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, pp. 67-68

inferencia".⁴⁰ Tal tipo de comprensión sería posible debido a la existencia de la razón práctica: los primeros principios de la razón práctica son evidentes e indemostrables, y constituyen instrumentos de conocimiento (en el tema que nos ocupa, no se puede *pensar* el derecho, sino a partir de ciertas categorías fundamentales que funcionan como herramientas de conocimiento).⁴¹ En ese sentido, el hecho de que podamos percibir la esencia y fin en ciertas cosas u orden de cosas no tendría que ver con que verifiquemos una sucesión de hechos o la repetición de los mismos, sino que simplemente, al enfrentar cierta experiencia nos encontramos con esas categorías de la razón práctica con las que cuenta nuestro intelecto para conocer distintos aspectos y dimensiones de la realidad.

El hecho de que se perciban cosas buenas y malas puede ser una cuestión de estética o específicamente de moralidad, sin embargo, el derecho natural no consiste como tal en calificar las cosas de buenas o malas, pues en lugar de ello se califica el grado de justicia (que a su vez es considerada buena, como otros fenómenos que pueden calificarse axiológicamente). A partir del derecho natural se da entidad a la idea del deber humano en el intelecto. Un deber cuya medida y destino es la satisfacción de un derecho correlativo.⁴² El hecho de que podamos inteligir categorías como la belleza, la bondad y la justicia en los hechos que observamos nos distingue de otros seres conscientes.

Como comenta el historiador del derecho, Francisco Carpintero: "*Algunos autores distinguen una vertiente de la razón que es puramente pasiva y mecánica, que se limita a captar las cosas tal como éstas aparecen ante ella, a la que llaman ratio, y otra dimensión también de la razón o inteligencia humana gracias a la cual tenemos acceso a la Belleza y al Bien, y ésta constituye el intellectus*".⁴³

No razonamos la liquidez o solidez de un objeto; la sentimos y describimos. Quizá de modo similar los hombres tenemos capacidad de percibir otra dimensión de realidad en la que toca emitir juicios axiológicos y estéticos. El hecho de que ese tipo de juicios resulten más difíciles de comunicar y palpar, no debería llevarnos a ignorarlos, como sí lo hacen los científicos, sino a descubrir los métodos adecuados para su conocimiento, que no tendrían por qué coincidir con los métodos aplicados a otras *dimensiones*, por llamarlas de algún modo.

Con relación a ello, Francisco Carpintero comenta que: "*Parece*

⁴⁰ BEUCHOT, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos*, 6ª Ed., Siglo Veintiuno, México, 2008, p. 18

⁴¹ Cfr. D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 27

⁴² Vid. HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, 3ª Ed., Minos, México, 1994, pp. 43-46

⁴³ CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, "¿Hay que superar la 'falacia naturalista'?", *Persona y Derecho*, vol. 29, Servicio de Publicaciones Universidad de Navarra, Navarra, 1993, p. 98

*lícito que un matemático se entretenga en hacer sus deducciones, pero no parece tan lícito que pretenda imponer a todos los demás su perspectiva como la única posible, ni en el plano teórico ni en el práctico, pues lo que es más adecuado al hombre no lo determina la mayor perfección formal lógica o matemática. Si hay varios niveles de existencia, tratemos de encontrar el nivel propiamente humano, que no siempre coincide con el que es simplemente matemático o lógico”.*⁴⁴

Con lo anterior se intenta persuadir de que la actitud científicista en el campo del derecho y las humanidades es inadecuada. Tal actitud lleva a Hart a proponer una serie de postulados de tipo avalorativo cuyas inconveniencias se han procurado reflejar en este texto.

VIII] Conclusiones

H. L. A. Hart, según lo expuesto en su principal obra, considera que la doctrina del derecho natural tradicional deriva de una visión teleológica de la realidad que consiste en considerar bueno lo que se observa con regularidad.

Dado que el autor parte de la afirmación de que los fenómenos no deben considerarse buenos por ser regulares, estima que aunque se observe una tendencia generalizada de las civilizaciones humanas a organizarse y establecer un sistema jurídico, ello es meramente contingente y no puede afirmarse de manera lógica que *deba* ser así. Para Hart, lo considerado derecho natural deriva racionalmente de características contingentes del ser humano, entre ellas, una igualdad aproximada que implica vulnerabilidad recíproca; y de ser distinta, la situación conllevaría un contenido diferente del derecho natural. – Considerando las reflexiones vertidas antes– puede afirmarse que con ello anula la idea de la justicia como valor vivificador y directriz del derecho, y legítima (en el campo del derecho natural) el abuso del poder.

Hart concede que se hagan juicios morales sobre el derecho y las injusticias que puedan derivar de él, pero al dar un contenido científicista al derecho natural, elimina los tintes morales de su concepto y deja sin armas sólidas al derecho para servir como instrumento directo de la justicia. Si en lugar de ello se da lugar a elementos axiológicos en el derecho, éste gana objetividad, pues habrá valores y principios a los cuales reportar resultados y con más dificultad se admitirá que se utilice al servicio del poder egoísta. El Estado, el derecho y la política cobran mayor sentido si se impulsa esta noción, combatiendo de modo más asequible el engaño y abuso del que somos testigos en las sociedades contemporáneas.

⁴⁴ CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, “¿Regla de reconocimiento o contexto de reconocimiento?”, *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Separata, Aquí la Fuente y Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, [s.a.], p. 174

Los elementos positivistas en el original pensamiento de Herbert Hart en torno al derecho natural, terminan por averiar la conciencia del hombre frente a su libertad y su responsabilidad ante la realidad propia y ajena, en tanto resta importancia y valor a la dignidad y la justicia como elementos edificadores del derecho. Ello no representa un avance en el ambiente intelectual de nuestro tiempo: las demandas actuales derivan de un pasado histórico que ordena no cometer los mismos errores y poner al centro del pensamiento los valores que hemos de preservar para lograrlo.

Cabe hacer notar que la exclusión o inclusión de la justicia como valor central del derecho depende en última instancia de si se opta por señalar a las pasiones o a la razón como origen del fenómeno jurídico. Ha de considerarse que ambos planos están presentes en el ser humano, pero es la razón y no las pasiones la que lo distingue de otras especies vivas que no conciben ni practican un orden jurídico.

Por último, y no obstante lo anterior, afirmo que debe perdurar la consideración de H. L. A. Hart como uno de los filósofos del derecho más relevantes del siglo XX, y persistir en su estudio, pues –entre muchas otras razones– específicamente en lo tocante al derecho natural, su obra sigue suscitando reflexiones importantes para conformar o definir el pensamiento contemporáneo.

Universidad e industria, el caso de los métodos alternativos de solución de controversias, una propuesta de vinculación para facultades de Derecho

LEONEL PEREZNIETO CASTRO¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El vínculo Universidad-Industria*. III. *El establecimiento del vínculo de la FD con la Industria*. IV. *El Plan de la Universidad de Missouri (PLUM)*. V. *El programa en la FD*. VI. *Implementación del Programa*. VII. *Conclusiones*.

Resumen: La impartición de una educación basada en los métodos para la solución de conflictos resulta de gran relevancia en los estudios actuales de la licenciatura en Derecho. Para lo cual, no sólo basta con impartir la materia respectiva, sino que es necesario ampliar el planteamiento e impulsar la relación y establecer un vínculo entre las Universidades e Industria con el fin de que los alumnos tengan la oportunidad de enfrentarse tempranamente con la práctica laboral y la resolución de conflictos; tal es el caso del Plan de la Universidad de Missouri.

Palabras clave: Solución de conflictos, universidad e industria, Universidad de Missouri.

Abstract. *A legal education based on the dispute resolution method is of great importance in current studies of law degree. Therefore, it is not enough to simply teach the respective subject; it is necessary to extend the approach and promote the relationship between universities and industry so that students have the opportunity to deal with early labor practice and disputes resolution, as in the case of the Plan established by the University of Missouri.*

Keywords: *Dispute resolution, university and industry, University of Missouri.*

I] Introducción

En el estado actual de los estudios de licenciatura en Derecho, es necesario implementar un sistema de apoyo basado en los métodos para

¹ Doctor en Derecho Internacional Privado por la Universidad de París. Profesor Titular de Carrera Nivel C de la UNAM, Investigador Nacional Nivel III, Evaluador de dicho Sistema y Doctorado Honoris Causa por la Universidad de Sonora.

la solución de controversias. Para lo cual, el planteamiento debe ser más amplio para incluir la vinculación que la industria debe tener con las facultades de Derecho. En este sentido, en el presente trabajo haré mención de algunas ideas sobre la relación Universidad-Industria y mencionaré lo que puede ser un vínculo entre una facultad de Derecho (FD) y la industria para enseguida citar un antecedente, el Plan de la Universidad de Missouri (PLUM) que sirva de base a la propuesta que presento en este documento. Con base en este Plan y en la experiencia acumulada por el mismo, procederé a plantear lo que considero debe ser el programa de la (FD) sobre métodos alternos de solución de controversias y a continuación algunas ideas sobre su implementación para terminar con las conclusiones.

II] El vínculo universidad-industria

La universidad tiene como función generar el pensamiento y la ciencia y su transmisión en beneficio de la comunidad². Es el centro del desarrollo científico y tecnológico y en especial de aquellos proyectos que contienen avances en la información³. De esta manera, el conocimiento se constituye en vínculo entre los mundos productivo y académico⁴. "El eje sobre el cual están ocurriendo (los) cambios, se dan en la mutación de las funciones tradicionales de las universidades, hacia el predominio de la función de servicios y hacia la transferencia de conocimientos y tecnologías"⁵. Esta alianza se dio en sus inicios en campos como la agricultura, la botánica y la química industrial y rápidamente se expandió hacia todos los sectores de la ciencia y la tecnología. De esta forma las empresas amplían "sus horizontes en la inserción de los mercados y de esta manera afirma su competitividad"⁶. La que se busca precisamente en la universidad, en nuevos avances.

En el caso de Latinoamérica se han señalado tres elementos que definen esta alianza:

"En los países latinoamericanos, debido incluso a la citada poca relevancia de las actividades de investigación y desarrollo (I&D) privadas, ésta se reduce, en buena medida, a la política de investigación elaborada en el Complejo Público de Educación Superior y de Investigación (CPESP). Adicionalmente, el evidente predominio de la universidad en el interior del CPESP (sea evaluada en términos meramente cuantitativos, sea en términos del poder de definición de la agenda de investigación,

² LÓPEZ OSPINA, G. *Gestión del pensamiento, procesos tecnológicos, mundo productivo y académico*, en: Educación Superior y Sociedad. Vol. 1, N° 2, julio-diciembre 1990, p. 55.

³ PEREZNIETO, L. *Algunas consideraciones acerca de la reforma universitaria en la Universidad Nacional Autónoma de México*. Ed. UNAM, 1976, p. 15.

⁴ LÓPEZ OSPINA, Op. Cit. P. 54.

⁵ DIDRIKSSON, Axel, *Transferencia de conocimientos y tecnologías: la relación Universidad-Industria en Japón*, en: Educación Superior y Sociedad. Vol. 6, N° 1, 1995, pág. 45.

⁶ Idem, p. 60.

etc.) hace que la política de investigación universitaria termine siendo un vector esencial en la orientación de la Política de Ciencia y Tecnología (C&T) de esos países, no importa cuán difusa e incrementalmente elaborada.

“En segundo lugar, el hecho de que, al contrario de otras políticas públicas, la trayectoria de la Política de C&T Latinoamericana no haya constituido, al interior del aparato de Estado, un cuerpo burocrático estable, con calificación y autonomía suficientes como para compartir el poder de inducción del contenido de la política con los actores con los que está directamente involucrada, hace que, más que en los países avanzados, la cultura institucional de los institutos públicos y de las agencias de planificación y fomento sea profundamente influenciada por el ethos universitario.

“En tercer lugar, hay que considerar que no existe una visión articulada en el ámbito de la izquierda, capaz de contrabalancear esas presiones e influencias, al contrario de lo que ocurre en otras áreas de política pública caracterizadas por fuertes presiones corporativas y por enlaces burocráticos que involucran élites con gran influencia económica y política en la sociedad y al interior del aparato de Estado, como la de salud por ejemplo. Lo que tiende a hacer que permanezcan vigentes los procesos de naturaleza elitista identificados en el movimiento de creación de la comunidad de investigación latinoamericana.”⁷

En el caso de México, desde la encuesta de 1996 realizada por Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) se encontró “Que la incidencia de vinculación medida entre las universidades y la industria en México es baja”⁸. No obstante se espera que la globalización incremente la cooperación en el desarrollo y la creación de nuevos vínculos⁹ ya sea en áreas sofisticadas como lo es la fabricación de componentes aeronáuticos o las medicinas, pasando por los productos manufacturados en general.

El enfoque tradicional se ha planteado sobre la base de la transmisión de tecnología¹⁰; sin embargo, en materia de servicios el

⁷ DAGNINO, R. ¿Cómo participa la comunidad de investigación en la política de C&T y en la educación superior, en: Educación Superior, Nueva Época, Vol. 1, Número 1, agosto 2007, págs. 17 y 18.

⁸ SCHWARTZMAN, Aaron, *Análisis de la inversión privada externa en investigación y desarrollo a través de la técnica de estudios de casos*. Conacyt. Julio 1998, p. 2.

⁹ Sobre este tema: Dridi, H. y Crespo, M. *Las actuales tendencias del cambio en la universidades frente al siglo XXI*, en: Educación Superior y Sociedad, Vol. 10, N° 2, 1999, Colombia, pp. 17 y sigs. Y Bruner, S.J. *Desafíos de la globalización para la innovación y el conocimiento*, en: Educación Superior y Sociedad, Vol. 7, N° 1, Colombia, 1996, pp. 89 y sigs.

¹⁰ Sobre este tema se puede consultar, entre otros: Senge, M. *Knowledge Entrepreneurship in Universities, practice and Strategy in case of internet base innovation appropriation*. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona 2007; López Ospina, G. *Gestión de*

vínculo es aún más bajo, excepto dentro del área de la inteligencia artificial y la producción de nuevas competencias; sin embargo, hay un área de servicios donde es posible iniciar un vínculo Universidad-Empresa que es el de la solución alternativa de conflictos. El objetivo es preparar a alumnos de la FD para que puedan analizar áreas de posibles conflictos y diseñar dentro del flujo normal del trabajo de las industrias, instancias que a través de la negociación y la mediación puedan prevenir o solucionar problemas que surjan en las labores de trabajo, lo que se traduce en la solución de los conflictos, así como en menores reacomodos de personal e incluso, despidos. Un buen ejemplo es el caso de la industria de la construcción, en especial la construcción de grandes proyectos. Aquí se requiere el método que se denomina *Dispute Board*¹¹ -que es un panel arbitral escogido por las partes en el contrato, incluso puede ser multiparte, conforme a las reglas sobre la materia de la Cámara de Comercio Internacional- que se encuentra funcionando durante el tiempo que dure la construcción y que resuelve disputas entre trabajadores, con los contratistas y con los proveedores-, lo que además de aligerar el proyecto, resuelve conflictos que más tarde pueden complicarse.

Cabe agregar que una propuesta para la promoción de un sistema de enseñanza de métodos alternos, se inscribe dentro del contexto de lo que hoy se ha dado en llamar "Buena Gobernanza" promovida desde la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Banco Mundial y otros organismos internacionales, a fin de que la gestión de asuntos desde el gobierno se lleve a cabo con igualdad, respeto a los derechos humanos y transparencia en beneficio de la sociedad. Se incluye aquí la correcta impartición de justicia por los tribunales nacionales haciendo énfasis en la ayuda de los métodos alternativos para la solución de controversias¹².

Por otra parte, la industria mexicana que se está internacionalizando debe conocer en qué consiste el arbitraje comercial internacional¹³ y el arbitraje de inversión¹⁴, en la medida que son las herramientas más empleadas a escala mundial para la solución de controversias. La primera, para resolver disputas que surjan en el quehacer cotidiano del comercio internacional; la segunda, para que se

conocimiento, procesos tecnológicos, mundo productivo y académico, en: Educación Superior y Sociedad, Vol. 1, N° 2, Colombia, julio-diciembre 1990, pp. 53 y sigs.

¹¹ Ver sobre este tema: Publicación CCI N° 847.

¹² Sobre este tema, consultar: Lezé, Florence *Gobernanza y Reforma de la Justicia ¿una nueva ideología mundial para la acción pública en el Siglo XXI?*, en: Juicios Orales en México, op. Cit. T.I., pp. 1 y sigs.

¹³ Sobre este tema ver: Pereznieto, L. y Graham, J. *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional*, 2ª edición, Ed. Themis, 2012.

¹⁴ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *Arbitraje en materia de inversiones*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010.

conozca así sea en sus aspectos fundamentales, la herramienta que les servirá a los empresarios mexicanos como inversionistas en otros países.

La transmisión de conocimientos a la industria sobre métodos alternos de solución de controversias que puede ofrecer la FD a través de sus alumnos y profesores, sobre proyectos bien definidos, es una alternativa viable a fin de hacer posible la finalidad más importante: la obtención de fondos para desarrollar, al interior de la FD, un programa de enseñanza de los métodos de solución de controversias, como un ejercicio práctico en diversos niveles de los estudios; es decir, del cómo el alumno debe enfrentar en la práctica los problemas jurídicos que tendrá que resolver en su vida profesional en materia de contratos, de derecho procesal, de responsabilidad civil del derecho sobre bienes y telecomunicaciones, entre otros¹⁵.

Al integrarse el alumno al grupo donde se discuta la forma como delinear una estrategia procesal y cómo estructurar una demanda a partir de sus conocimientos adquiridos en sus sesiones de enseñanza teórica, y todas las actividades a que conduce este ejercicio, el alumno adquiere habilidades prácticas que le serán de absoluto apoyo en su ejercicio profesional. Dicho en otras palabras, se busca despertar en el alumno un incentivo adicional por sus estudios de derecho y que tiene consecuencias positivas en su formación.

La propuesta que se hace en este documento se fundamenta en el Plan de la Universidad de Missouri (PLUM) que en 1985¹⁶ lo integró en su plan de estudios de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York¹⁷ y que actualmente se encuentra ampliamente difundido en diversas universidades estadounidenses¹⁸.

Con este antecedente, el programa que se propone parte de los principios del PLUM y se adecua a un sistema jurídico distinto como el mexicano y se plantea con finalidades limitadas y muy precisas. Los objetivos que se plantean en esta propuesta, además del ya señalado de la práctica que adquiere el alumno de cómo aplicar sus conocimientos jurídicos al construir defensas y argumentos en pro y en contra con el material teórico que ha aprendido, hay también tres objetivos más:

¹⁵ Véase supra nota 23.

¹⁶ Para la descripción de los orígenes y sus inicios de operación del programa ver: Riskin, L. y Westbrook, J. *Integrating Dispute Resolution into Standard First-year courses: The Missouri Plan*, en: *Legal Education*, Vol. 39, 1998 pp. 509-521.

¹⁷ Sobre esta última Universidad y sus desarrollos en este campo, se puede consultar: MacCrate, R. *Yesterday, today and tomorrow: building the continuum of legal education and professional development*, en: New York Law School. Clinical Research Institute. Research paper series N° 03/04-1, sept. 2003 y publicado en: *Journal of Legal Education*; Anthony Amsterdam, *Clinical Legal Education, B.A. 21st Century Perspective*, Vol. 34, 1984, pág. 612.

¹⁸ Sobre este tema, consultar: Porter Love, Lela, *Twenty Five years later with promises to keep: Legal Education in Dispute Resolutions and training of Mediators*, en: *Ohio State Journal on Dispute Resolutions*, vol. 17, número 3, 2002, pp. 597 y sigs.

conocer cómo los jueces juzgan en casos concretos y de esa manera, aprender cuáles son los argumentos convincentes que deben elaborar; tercero, muy importante, los estudiantes pueden observar cómo el derecho tiene su propia dinámica cuando se aplica a partir del paradigma de la enseñanza teórica. Servirá también y es el cuarto y último objetivo, para que los alumnos se ejerciten en los juicios orales y adquieran más destreza en la argumentación jurídica.

Se trata además de un programa interdisciplinario que coordinará la FD al interior de una Universidad que, como se verá a continuación, involucra a otras áreas de Universidad como es el caso del área de negocios, específicamente, encuestas y estadísticas y recursos humanos y psicología, principalmente.

Si el plan que se propone es exitoso, como se espera, la FD se constituiría en la iniciadora de un proyecto de esta naturaleza y pronto podrá prestar asesoría a otras facultades de derecho del país como sucedió en el caso americano en el cual, además este ejercicio que se ha extendido actualmente al derecho penal y algunas áreas del derecho administrativo. Esta posible actividad le podría dar a la FD una proyección más completa de su estructura y funcionamiento en el mundo académico.

III] El establecimiento del vínculo de la FD con la industria

Para seleccionar mediante estadísticas a las industrias con las que se puede establecer un vínculo a fin de poner en práctica el plan propuesto, se puede partir de un enfoque amplio en el que se analice cuáles son las industrias en ciertos sectores de la economía que más conflictos tienen del orden de los obrero patronales o bien, conflictos con clientes y proveedores o partir de un enfoque restringido solo a las empresas con las que la universidad tenga relaciones de cooperación en otras áreas.

Las propuestas que se pueden ofrecer a las industrias previamente identificadas deberán contener, al menos, los siguientes elementos:

1. Que se llevará a cabo una auditoría de parte de la FD con los alumnos y profesores que estudien las actividades relacionadas con la industria en la realización de proyectos o bien, las relaciones obrero-patronales. Estos estudios, previamente definidos, pueden ser llevados a cabo por las áreas que estudien administración de negocios y administración de recursos humanos, para determinar cuáles son las posibles áreas de conflicto y cómo, desde su perspectiva deben analizarse y qué soluciones sugieren para mejorar. La FD definirá la estrategia de la negociación y de la mediación más adecuada que se puede elaborar para prevenir y en su caso, solucionar, posibles conflictos. Este ejercicio tendrá, entre otros objetivos el mostrar a la industria los métodos más adecuados de solución de controversias, como el ejemplo de los *Disputes Boards*, o bien, la mejor ubicación del

personal de que se trate de acuerdo a sus capacidades y evitar conflictos en torno a las labores cotidianas de trabajo. El área de psicología de la Universidad puede contribuir a la definición de soluciones que se puedan aportar¹⁹. De hecho la negociación y la mediación emplean un alto contenido de manejo psicológico de las partes en conflicto.

2. Como cada estrategia debe trazarse en función de cada empresa, los programas deberán ser definidos en cada caso en particular sobre la base de un protocolo en el que se determine primero estadísticamente, las áreas de conflicto y a continuación se definan las políticas de solución de controversias más adecuadas y su implementación.

3. En lo comercial, la comprensión por parte de la industria en el sentido de que la negociación, la mediación, el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversión, le pueden resultar herramientas importantes, especialmente para aquella que se ha internacionalizado, tanto para la solución de controversias con sus proveedores y clientes como con terceros involucrados en los negocios y sus inversiones.

La FD puede organizar seminarios y sesiones de casos prácticos para mostrar la utilidad de los métodos alternos para la solución de controversias y poco a poco convertirse en un foro nacional sobre el tema donde se discutan sus avances. Una actividad de este tipo, asumida por la FD puede servirle como distintivo especial entre las demás escuelas de derecho de México o convertirse en un eje por el que se transmita esta experiencia a otras Universidades del país.

Como antes se mencionó, el objetivo central de una vinculación con la industria, además de canalizar hacia ella el conocimiento que se genere en la FD en materia de Métodos Alternos de Solución de Controversias, es el que pueda establecerse al interior de la FD un programa de educación legal sobre métodos alternativos de solución de controversias a partir de los primeros años de la carrera.

Con el objeto de apoyar la propuesta, se toma como base una experiencia que data de hace más de 25 años y que ha sido exitosa y que pueda servir de marco de referencia, pasemos ahora a analizar brevemente el plan de estudios de la Universidad de Missouri, sobre este tema.

IV] El plan de la Universidad de Missouri (PLUM)

De manera condensada se puede decir que este Plan persigue tres objetivos específicos²⁰:

¹⁹ Como es el caso del Modelo Psicometodológico C 3C. Sobre este tema, ver: Bravo Peralta, M.V. *La negociación como solución alterna de controversias*, en: Juicios Orales, Op. Cit. T. I. pp. 205 y sigs.

²⁰ Sobre estos objetivos ver: Riskin, L. y Westbrook, J. Op. Cit., así como *Disseminating the Missouri Plan*, en: Florida Law Review, Vol. 50, 1998.

1. El alumno debe aprender que la principal responsabilidad que tendrá como abogado es ayudar a su cliente a cómo resolver su problema. El estudiante deberá saber también, cuál es el mejor método que debe aplicar, de acuerdo a los intereses de su cliente y a las circunstancias en que se presenta el problema, para encontrar una solución, ya sea a través de uno de los métodos alternativos sobre solución de controversias o el recurso a tribunales administrativos o judiciales.

2. Segundo, el estudiante debe aprender las diferencias y relaciones entre un sistema adversarial y un sistema alternativo de solución de controversias. En el primero se enfatizará en cómo repartir los recursos siempre escasos de tiempo y dinero: la estrategia y manera más eficiente posible para lograr un buen litigio; también, cómo una parte pierde mientras la otra gana y por qué y cuáles son las actitudes que el estudiante debe asumir frente a este tipo de situaciones. Mientras que en el segundo –el de métodos alternativos–, se enfatiza sobre las razones y los objetivos que a cada parte en conflicto la ha motivado a tomar determinada posición frente a un mismo problema y a partir de ahí, buscar un enfoque que considere con justicia, el mejor acuerdo para los intereses de las partes y

3. Tercero, los alumnos deberán aprender las técnicas y las ventajas, desventajas y características principales de los métodos alternativos para la solución de controversias.

Para lograr esos objetivos se prevé que los estudiantes asistan a talleres desde los primeros cursos, porque según se afirma “El proceso de la profesionalización es más fuerte (en esa etapa) cuando los estudiantes suelen ser más impresionables”²¹. De esta manera un programa de estudios con ese objetivo se basa en una clase mensual de 2 horas, durante los dos primeros semestres de la carrera, de la forma siguiente:

a. En el primer mes de clases se imparte el taller para explicarles a los alumnos cuales son los aspectos generales de los diferentes métodos para la solución de controversias. En este taller, los alumnos deben aprender a redactar un memorándum evaluando los diferentes métodos aprendidos y haber participado en sesiones donde por video observen el proceso de una mediación y su consiguiente negociación, lo que, además, les sirve de incentivo.

b. En el segundo mes de clases, se enseña a los alumnos, el método para conducir negociaciones y llegar a acuerdos y redactar éstos para firma de las partes. Al mismo tiempo se les enseña las diferencias entre un sistema adversarial y otro de solución de controversias a través de los métodos alternativos.

c. En el tercer mes de clases, los alumnos participarán al menos, en un ejercicio práctico de negociación y otro de mediación, asumiendo los diferentes roles de demandante, demandado y mediador. También

²¹ Risikin, L. Westbrook, J. Op. Cit, p. 510.

tendrán una sesión en la que puedan ver a través de video el proceso de mediación más en detalle, con el análisis y la explicación de todos los elementos que componen a estos métodos.

d. La clase del cuarto mes, se le destinará al taller al aprendizaje de las técnicas de negociación. En video se muestra una negociación y luego se explica cómo se estructuró, cuáles fueron las estrategias planteadas por los negociadores y qué resultaron en cada caso y por qué; y más tarde, la reproducción de las negociaciones por los estudiantes como representantes de las partes con el objetivo de conocer cuáles serán las posibles conductas de sus clientes ante una negociación de este tipo y cómo debe guiársele jurídicamente para alcanzar un acuerdo compatible con sus intereses.

e. En el primer mes de clases del segundo semestre de estudios, los alumnos aprenderán a interrogar a sus clientes con la finalidad de contar con toda la información posible para emprender con la mayor eficiencia, su defensa y a elaborar cuestionarios, cuadros comparativos, etc. que les permitan tener y visualizar con mayor definición, todos los hechos en disputa. Así mismo, los estudiantes elaborarán estrategias para demandar o defender sobre casos concretos de litigio en materia de bienes, como es el caso de las mediaciones sobre contratos de arrendamiento y su eventual arbitraje o las sesiones para mediaciones familiares que en su práctica deberán presentar ante el Centro de Justicia alternativa del Tribunal Superior de Justicia en el caso del Distrito Federal o sus similares en los Estados. Asimismo, es importante que los alumnos conozcan cuál es la interrelación con los clientes respecto a estos procesos. Es importante en este nivel que el estudiante esté capacitado para demostrarle a sus clientes que el recurso a los tribunales judiciales, no es la única solución y que se le debe considerar como una última instancia y que presenta una serie de inconvenientes y por lo tanto se deben intentar otras soluciones fundamentadas en los métodos alternativos.

f. En el segundo mes de taller se enseña el arbitraje en sus distintas modalidades y cuáles son sus aplicaciones principalmente en materia de contratos.

g. En el tercer mes de taller se enseña en materia penal cómo la defensa del acusado interactúa con el fiscal a fin de llegar a acuerdos sobre la mejor manera de conducir las acusaciones.

h. Finalmente en el cuarto mes de taller, el estudiante aprenderá como aconsejar a su cliente en juicios de naturaleza civil o comercial y como plantear y discutir las diferentes alternativas que le ofrecen los métodos alternos de solución de controversias.

Lo anterior no obsta para que en niveles más adelantados, se programen cursos semestrales, con posibilidades de extenderse a dos semestres, para aquellos estudiantes que deseen especializarse en los diversos métodos alternativos sobre solución de controversias.

Como resultado de este desarrollo, se ha llevado a cabo una importante obra editorial en la cual se han publicado los materiales para

los estudiantes así como el manual para el instructor, con lo cual la enseñanza se ha uniformizado, estabilizado y difundido.²²

El Plan es conducido por un Comité que supervisa su adecuada aplicación y evalúa sus resultados.

Pasemos ahora a ver cómo se pueden adecuar estos objetivos en el caso de la FD.

V] El programa en la facultad de derecho (FD)

Tomando en consideración los objetivos principales del PLUM, éstos pueden ser aplicados al caso de la FD a su plan de estudios actual como un taller o clínica de dos horas mensualmente que sirva para impartir el tema de los métodos alternos para la solución de controversias. Este taller será a partir del segundo año, cuando el estudiante aborda en su aprendizaje teórico materias sustantivas susceptibles de aplicación como es el caso de obligaciones y contratos, derecho laboral y derecho administrativo, etc.

La forma de hacerlo puede ser que en los primeros talleres intervengan profesores que conozcan la parte general de los métodos alternos de solución de controversias y más adelante los propios profesores que imparten las materias de especialidad, puedan intervenir en dichos talleres enseñando cómo en sus materias específicas se llevan a cabo este tipo de prácticas.

Estos talleres tendrán como objetivo inmediato el formar en los estudiantes habilidades que le permitan actuar como: consejeros, negociadores, abogados litigantes y abogados transaccionales²³.

Haciendo énfasis en aquellas materias que en la práctica causan controversias tales como el derecho comercial, el de medio ambiente y otros de esta naturaleza, el estudiante aprende y pone en práctica los principios de los juicios orales en las diversas materias que vaya cursando²⁴.

Con el fin de mostrar la relación estrecha que existe entre el método oral en los métodos alternos para la solución de controversias que hemos referido y el sistema de juicios orales en México, vale la pena destacar ciertas consideraciones generales. La comparación permitirá mostrar cómo la propuesta de que los estudiantes se entrenen en métodos alternos puede prepararlos para los juicios orales que se incrementan en todo el país con gran rapidez.

Dijimos que uno de los métodos alternos es la negociación la que lleva implícita estrategias y técnicas específicas y ésta se encuentra

²² *Dissiminating the Missouri Plan*, op. Cit. pp. 605 y sigs.

²³ BREST, P. *The responsibility of law schools: education lawyers as counselors and problem resolvers*, en: *Law and contemporary problems*, Vol. 58, N°s 3 y 4, pp. 5 y sigs.

²⁴ MAC FARLANE, J. *The evolution of the New Lawyer, how lawyers are reshaping the practice of law*, en: *Journal of Dispute Resolution*, 2008, reimpresso por 2008 National Family program, Muskoka, Ontario.

prevista en 28 leyes federales en México²⁵ y cubre materias tan importantes como la fiscal, instituciones de crédito, telecomunicaciones, derechos de autor y muchas más. Por su parte, la Mediación está integrada en la legislación de nueve entidades federativas²⁶, incluyendo

-
- ²⁵ - *Ley General de Deuda Pública*, DOF 31 de diciembre de 1976, artículo 32 fracc. III.
 - *Ley del Servicio de Administración Tributaria*, DOF 15 de diciembre de 1995, artículos 7, fracc. VIII y 14 fracc. VII.
 - *Ley Orgánica de Nacional Financiera*, DOF 26 de diciembre de 1986, artículo 5, fracc. IV.
 - *Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Exterior*, DOF 20 de enero de 1986, artículo 6 fracc. IX.
 - *Ley Orgánica del Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros*, DOF 1° de junio de 2001, artículo 7 fracc. VI.
 - *Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito*, DOF 14 de enero de 1985, artículos 11, 19 y 64.
 - *Ley de Ahorro y Crédito Popular*, DOF 4 de junio de 2001, artículos 36 fracc. I, inciso i) y 36 Bis 2.
 - *Ley de Instituciones de Crédito*, DOF 18 de julio de 1990, artículo 93 fracc. II.
 - *Ley de Sociedades de Inversión*, DOF 04 de junio de 2001, artículo 8 fracc. III.
 - *Ley de Mercado de Valores*, DOF 30 de diciembre de 2005, artículos 1 fracc. VI, 55, 119, 120, 124 fracc. IV.
 - *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, DOF 27 de agosto de 1932, artículos 232 fracc. VI y 234.
 - *Ley Federal del Mar*, DOF 8 de enero de 1986, artículo 9.
 - *Ley Federal de Telecomunicaciones*, DOF 7 de junio de 1995, artículos 7 fracc. VIII y 50.
 - *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*, DOF 29 de diciembre de 1976.
 - *Ley Federal de las Entidades Paraestatales*, DOF 14 de mayo de 1986, artículo 22 fracc. III.
 - *Ley Federal del Derecho de Autor* (DOF 24 de diciembre de 1996).
 - *Ley de la Propiedad Industrial*, DOF 27 de junio de 1991, artículo 178 bis 5 fracc. V.
 - *Ley de Capitalización de Procampo*, DOF 31 de diciembre de 2011, artículos 3 fracc. II y 8.
 - *Ley de Desarrollo Rural Sustentable*, DOF 7 de diciembre de 2001, artículos 70 fracc. I, 143 fracc. VI, 144 fracc. III.
 - *Ley Federal para el Fomento de la Microindustria y la Actividad Artesanal*, DOF 26 de enero de 1988, artículo 43 fracc. IV.
 - *Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas*, DOF 11 marzo de 1995, artículos 5, 6 9 fracc. I y II.
 - *Ley de Aviación Civil*, DOF 12 de mayo de 1995, artículo 6 fracc. VI y VII.
 - *Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones*, DOF 20 de enero de 2005, artículo 7 fracc. IX.
 - *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental*, DOF 11 de junio de 2002, artículo 13 fracc. II.
 - *Ley de Petróleos Mexicanos*, DOF 28 de noviembre de 2008, artículo 19 fracc. IV inciso c.
 - *Ley de Caminos, Puentes Autotransporte Federal*, DOF 22 de diciembre de 2003.
 - *Ley de Comercio Exterior*, DOF 27 de julio de 1993, artículo 4 fracc. V.
 - *Ley de Puertos*, DOF 16 de enero de 1993.

²⁶ - *Código de Procedimientos Penales para el Estado de México*, artículos 324, 2.121 y 2.123.

el Distrito Federal, básicamente en materia familiar, en materia de adolescentes y en materia penal. En esta última materia existen procedimientos orales, tales como los acuerdos preparatorios o el acuerdo de reducción de sentencias, suspensión del proceso a prueba, etc. Asimismo las regulaciones sobre debido proceso y defensa técnica en Chihuahua y Oaxaca²⁷ y en especial, el nuevo sistema acusatorio²⁸.

Como se puede ver, la expansión de los procedimientos orales a nivel federal y estatal va en incremento y es para ellos que se debe preparar el estudiante de derecho, hoy en día.

El arbitraje comercial finalmente está previsto por el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio y en diversas leyes como la de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público de bienes públicos, entre otras.

Vista así la amplitud e importancia de los métodos alternos en el derecho mexicano, veamos ahora la parte más importante: algunas de las habilidades que se requieren en los juicios orales y que pueden adquirir los estudiantes, a través de los medios alternativos para la solución de controversias.

En los juicios orales que cada día incrementan su presencia en los tribunales mexicanos, las destrezas del abogado difieren de las que adquirió cuando todos los juicios eran por escrito. Con este propósito, en torno a los juicios orales se discute sobre las argumentaciones²⁹ que deben ser utilizadas, dependiendo del tipo de negocio que se va a defender, las circunstancias y los objetivos que se pretenden alcanzar, a fin de que el alumno pueda adquirir el entrenamiento necesario que le

-
- *Ley de Procuración de Justicia del Estado de Coahuila de Zaragoza*, artículos 67 y 7, XIV.
 - *Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca*, artículos 191, 192, 193, 194, 195.
 - *Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas*, artículos 99, 100, 101, 102, 103, 104.
 - *Ley de la Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Jalisco*, artículo 7, IV.
 - *Ley de Obra Pública del Estado de Jalisco*, artículos 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265.
 - *Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Campeche*, artículos 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110.
 - *Ley que Establece el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes en el Estado de Chiapas*, artículos 184, 185, 186.
 - *Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Hidalgo*, artículos 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86.
 - *Ley de Obra Pública y Servicios Conexos del Estado de Yucatán*, artículos 114 y 115. (Sobre este compendio de leyes ver: Bravo Peralta, Virgilio, op. Cit. Pp. 209 y sigs.

²⁷ Reformas de 14 y 18 de febrero de 2009 en Chihuahua y de 26 de septiembre de 2009 en Oaxaca.

²⁸ Sobre este tema, ver: Mejía, Daniel, *El nuevo sistema acusatorio en México, una estrategia de política pública de buen gobierno*, en: Juicios Orales en México, Ed. UANL y otros (coordinadores: Alfredo Islas Colín, Freddy Domínguez Náñez, Mijael Altamirano Santiago y Florence Lézé, pp. 1 y sigs.

²⁹ Sobre las diferentes argumentaciones, ver: Argaes de los Santos, J.M. *Argumentación judicial para juicios orales*, en: Juicios Orales en México, op. Cit. Pp. 435 y sigs.

permita planear una demanda o una contestación o el desahogo de pruebas, tomando en cuenta la estructura general del juicio, previamente determinada, lo que redundará en una mayor eficiencia en su ejercicio profesional.

Los métodos alternos de solución de controversias son de naturaleza oral. Específicamente en el arbitraje donde se presenta una situación adversarial y es necesario conocer las técnicas de preparación de pruebas y ofrecimiento de las mismas y en especial su desahogo. Con base en esta oralidad el alumno podrá aprender a afinar y aplicar los principios adquiridos en sus clases teóricas de argumentación jurídica. Asimismo aprenderá las técnicas de interrogatorios avanzadas que el arbitraje muestra y entre ellas la que se conoce como el *Cross-Examination* donde la libertad de interrogación es total siempre que no se salga de las preguntas planteadas por quien presentó al testigo³⁰. Las técnicas avanzadas de este tipo de interrogación, pueden ayudar para la formación de criterios de interrogación en los alumnos no solo para el ejercicio de los métodos alternativos de solución de controversias, sino también para los procedimientos administrativos y judiciales.

La propuesta anterior tiene como objetivo reforzar los estudios de derecho que actualmente se imparten en la FD. En efecto, la impartición de clases se lleva a cabo actualmente mediante un método tradicional donde el profesor expone su tema y los estudiantes escuchan y eventualmente formulan alguna pregunta. Esto se debe a la metodología misma que ha dado lugar a un estudiante escucha, solo receptivo del conocimiento expuesto por el profesor. Esta forma de enseñanza ya antigua, provoca estudiantes pasivos, poco participantes y ajenos a tareas que son necesarias llevar a cabo durante sus clases, tales como resolución y discusión de casos prácticos que les formule el profesor, presentación y desarrollo de temas en clase con la participación de los demás estudiantes, etc. Es decir, tareas y actividades que le permitan al estudiante desarrollar sus capacidades y sentir que el derecho no es un objeto de estudio estático como sucede aún en las escuelas de derecho tradicional en México. Dentro de éste contexto la propuesta que se hace ahora tiene entre sus objetivos dotar al estudiante de un espacio de discusión donde sus ideas y no solo las del profesor, sean tomadas en cuenta lo que propende a una mayor motivación. Obligar a los alumnos a estudiar los temas fuera de clase y no solo con motivo de la preparación de exámenes, disciplina de trabajo continuo que no existe en los estudios actuales. Finalmente un ejercicio práctico, permanente a lo largo de sus estudios dotará a los estudiantes de una

³⁰ Sobre este tipo de interrogatorio, se puede consultar: *La americanización del arbitraje comercial internacional*, en: Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Victoria-Gasteiz, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, España, 2007, pp. 277-295. Cabe aclarar que esta técnica de interrogación, por su apertura, no está regulada en ningún procedimiento mexicano; sin embargo, al conocerla el alumno podrá saber que siempre podrá ir hasta el límite que le permitan las leyes de procedimientos en México.

mentalidad fresca donde el derecho se perciba como un ejercicio innegable para la vida profesional y no quede únicamente como un receptáculo de conocimientos que se van acumulando.

VI] Implementación del programa

Para iniciar el programa, será necesaria la obtención de recursos previos que permitan a la FD poner en práctica la estructura de enseñanza sobre los métodos alternativos de solución de controversias.

Dependiendo del semestre en el que se decida incorporar un programa de estudios específico de esta naturaleza al plan de estudios generales de la FD, se podrán determinar los siguientes aspectos fundamentales para ponerlo en práctica:

1. En cuanto a la obtención de recursos previos para el arranque del proyecto, existen, entre otros, fondos internacionales de apoyo para la difusión de los métodos alternos de solución de controversias en el Banco Mundial y en la Organización para los Estados Americanos (OEA) que se podrían empezar a tramitar desde un principio porque su gestión toma varios meses.

2. La formación de profesores de la FD para que participen en los talleres de sus materias y la contratación de profesores con práctica en talleres de enseñanza jurídica³¹.

3. La contratación de material video grabado por universidades americanas que pueda ser el más conveniente para exhibirlo a los estudiantes de la FD. Con el material que se adquiriera, la FD podrá formar su videoteca de medios alternos para la solución de controversias y ponerla a disposición de otras escuelas de derecho en préstamo o renta.

4. La contratación de conferencistas estadounidenses especialistas en mediación y de otras procedencias para el caso del arbitraje, a fin de que participen en alguna de las sesiones previstas en el plan de estudios y expongan cómo estos métodos se emplean en sus países y el efecto que tienen. Las sesiones que se celebren serán video grabadas a fin de incrementar el acervo de la videoteca.

5. La celebración de convenios con las universidades americanas que tengan más experiencia en este tipo de cursos para que aporten su experiencia en el desarrollo del programa.

6. Una vez que el programa empiece a progresar y que haya alumnos que quieran participar, se podrá iniciar la segunda etapa que es el establecimiento de los contactos con la industria con la que se decida interactuar a fin de que sean los estudiantes más avanzados los que participen en el programa junto con sus profesores.

7. Respecto de la producción editorial de manuales, la FD se haría cargo de su edición, pudiendo encomendar su publicación a una

³¹ PORTER LOVE, Lela. *Importing a vision: teaching dispute resolutions in law school*, draft of 6/14/94.

editorial mexicana de prestigio. En un ambiente académico como el mexicano la publicación de obras que llevan al estudiante de Derecho hacia el ejercicio de la práctica que será su profesión de abogado, tienen una gran demanda y la venta de estos manuales podría ser uno de los ingresos con los que puede contar este programa para su implementación y desarrollo.

8. La contratación de expositores extranjeros para que participen en la formación de estudiantes, puede servir para organizar mesas redondas o conferencias abiertas al público en general y cuya cuota también puede servir para el pago de los expositores y como ingresos del programa.

VII] Conclusiones

De lo anteriormente apuntado, existe la posibilidad de establecer un nuevo vínculo entre la Universidad y la industria a través de un programa basado en Métodos Alternativos de Solución de Controversias que coordinará la FD. Vínculo que además, servirá para alcanzar el objetivo central del programa como detonador interno a fin de que los estudiantes de derecho tengan acceso desde temprano momento de sus estudios a la forma cómo el Derecho se aplica en la realidad con su consiguiente formación práctica como consejeros, abogados transaccionales y abogados litigantes y al mismo tiempo, proveer de servicios a la industria y con ello fortalecer los vínculos Universidad-Industria y cumplir así con la diseminación del conocimiento hacia la comunidad y en especial, hacia la productividad.

Bibliografía

ARGAES DE LOS SANTOS, J.M. Argumentación judicial para juicios orales, en: Juicios Orales en México, en: Juicios Orales en México, Ed. UANL y otros (coordinadores: Alfredo Islas Colín, Freddy Domínguez Náñez, Mijael Altamirano Santiago y Florence Lézé, T. II.

BRAVO PERALTA, M.V. La negociación como solución alterna de controversias, en: Juicios Orales, T. I. Op. Cit.

BREST, P. The responsibility of law schools: education lawyers as counselors and problem solvers, en: Law and contemporary problems, Vol. 58, N°s 3 y 4.

BRUNER, S.J. Desafíos de la globalización para la innovación y el conocimiento, en: Educación Superior y Sociedad, Vol. 7, N° 1.

DAGNINO, R. ¿Cómo participa la comunidad de investigación en la política de C&T y en la educación superior, en: Educación Superior, Nueva Epoca, Vol. 1, Número 1, agosto 2007.

DIDRIKSSON, AXEL, Transferencia de conocimientos y tecnologías: la relación Universidad-Industria en Japón, en: Educación Superior y Sociedad. Vol. 6, N° 1, 1995.

DISSEMINATING THE MISSOURI PLAN, en: Florida Law Review, Vol. 50, 1998

DRIDI, H. Y CRESPO, M. Las actuales tendencias del cambio en la universidades frente al siglo XXI, en: Educación Superior y Sociedad, Vol. 10, N° 2, 1999.

LEZÉ, FLORENCE. Gobernanza y Reforma de la Justicia ¿una nueva ideología mundial para la acción pública en el Siglo XXI, en: Juicios Orales en México, T.I., Op. Cit.

LÓPEZ OSPINA, G. Gestión del pensamiento, procesos tecnológicos, mundo productivo y académico, en: Educación Superior y Sociedad. Vol. 1, N° 2, julio-diciembre 1990.

MACCRATE, R. Yesterday, today and tomorrow: building the continuous of legal education and professional development, en: New York Law School. Clinical Research Institute. Research paper series N° 03/04-1, sept. 2003 y publicado en: Journal of Legal Education; Anthony Amsterdam, Clinical Legal Education, B.A. 21st Century Perspective, Vol. 34, 1984.

MAC FARLANE, J. The evolution of the New Lawyer, how lawyers are reshaping the practice of law, en: Journal of Dispute Resolution, 2008, reimpresso por 2008 National Family program, Muskoka, Ontario.

MEJÍA, DANIEL. El nuevo sistema acusatorio en México, una estrategia de política pública de buen gobierno. En: Juicios Orales, Op. Cit.

PEREZNIETO, L. Algunas consideraciones acerca de la reforma universitaria en la Universidad Nacional Autónoma de México. Ed. UNAM, 1976.

PEREZNIETO, L. Y GRAHAM, J. Tratado de Arbitraje Comercial Internacional, 2ª edición, Ed. Themis, 2012.

PORTER LOVE, LELA. Twenty five years later with promises to keep: Legal Education in Dispute Resolutions and training of Mediators, en: Ohio State Journal on Dispute Resolutions, vol. 17, N° 3, 2002.

PORTER LOVE, LELA. Importing a vision: teaching dispute resolutions in law school, draft of 6/14/94.

RISKIN, L. Y WESTBROOK, J. Integrating Dispute Resolution into Standard First-year courses: The Missouri Plan, en: Legal Education, Vol. 39, 1998.

SCHWARTZMAN, AARON. Análisis de la inversión privada externa en investigación y desarrollo a través de la técnica de estudios de casos. Conacyt. Julio 1998.

SENGES, M. Knowledge Entrepreneurship in Universities, practice and Strategy in case of internet base innovation appropriation. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona 2007

Los nuevos retos del agrarismo en México

DR. ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ¹

SUMARIO: I. *Apuntes*. II. *Premisas fundamentales en el campo mexicano*. III. *Los retos agrarios, primera fase*. IV. *Los nuevos retos agrarios, segunda fase*. V. *Propuesta de reformas legislativas*.

Resumen. La evolución de la actividad productiva rural en nuestros días nos ha llevado a plantear nuevamente la importancia de la implementación de nuevas medidas de protección a la propiedad agraria que vayan acorde a las recientes reformas y cambios que ha tenido la sociedad mexicana. El presente artículo propone algunos temas importantes a tomar en cuenta para la actualización de la materia agraria en nuestro país, sin olvidarnos de que fue gracias a la propiedad agraria y sus antecedentes que se inició una nueva etapa en la historia de México.

Palabras clave: Propiedad agraria, reformas legislativas, retos agrarios.

Abstract. *The evolution of the rural productive activity today has led us to consider the importance of the implementation of new protection measures for rural property to be consistent with recent changes on the Mexican society. This article proposes important issues to take into account when updating the rural field in our country, without forgetting that agricultural property and the history behind it bring us to a new era in the Mexican history.*

Keywords: *Rural property, legislative reforms, agrarian challenges.*

I] Apuntes

La cuestión agraria en México tiene historia propia, puesto que las características de la titularidad colectiva de la tierra preexistieron a la Conquista,² y continuaron durante la Colonia; persistiendo con la Independencia; y reivindicándose a partir de la Revolución de principios del siglo pasado.

Por ello, debe precisarse que la Revolución Mexicana no creó la propiedad agraria, sino que estableció los mecanismos para su

¹ Doctor en Derecho por la UNAM. Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara.

² Con la titularidad del *Tlatoani*; el *calpullalli* y el *altepetlalli*.

institucionalización, a partir de su elevación al rango constitucional, planteando el proceso de la reforma agraria, el cual tomó como punto de partida el cumplimiento de las funciones social y económica de la propiedad, que permitieron sustentar el reparto a los ejidos,³ con la dotación de tierras, y de la justicia social para la consolidación de la propiedad de las comunidades, mediante el reconocimiento y titulación, y la restitución de sus tierras.⁴

Durante esta etapa, desde 1915 hasta la reforma constitucional de 1992, la propiedad agraria tuvo un régimen jurídico y económico, eminentemente proteccionista, tutelar, controlador, pero al mismo tiempo, sin los recursos ni apoyos suficientes; así se llegó al agotamiento del proceso de la reforma agraria, al no haber más superficie a repartir, lo que propició la reforma constitucional al artículo 27, iniciando la tercera etapa del Derecho Agrario.

La evolución de la actividad productiva rural y su necesaria vinculación con el desarrollo urbano y turístico, hizo necesario dotar a la propiedad agraria de un marco acorde con los nuevos tiempos, aun cuando sin perder su identidad. No obstante, el marco normativo reglamentario, Ley Agraria y sus reglamentos, ha sido insuficiente para responder a este reto; por una parte, presenta una excesiva supletoriedad en diversas materias, y por otra, es francamente deficiente en la atención de todos los aspectos que regula, lo que ha hecho indispensable la conformación de jurisprudencia que le sustituya, y en particular en materia adjetiva.

A veinte años de la nueva estructura legal del régimen agrario, se hace evidente que se requiere una actualización del marco legal.

II | Premisas fundamentales en el campo mexicano

Podemos afirmar que hoy, más que nunca, el campo en general, y la propiedad agraria en especial, requieren de claridad en los aspectos fundamentales que le dan soporte, en los denominados institutos agrarios: propiedad, sujetos, empresa, contratos, proceso e instituciones.

Esencial es la certeza jurídica de la propiedad, tanto privada como agraria; al concluir el reparto agrario se le concedió ésta a la primera, pero sólo en su perspectiva frente a la segunda, no así por lo que respecta a la clara identificación de titularidad, lo que requiere un programa de certificación propio. Respecto de la segunda, ya tuvo lugar con el Programa de Certificación de Derechos Ejidales y Titulación de Solares Urbanos (PROCEDE), pero aún está incompleto por lo que hace a las áreas "achuradas" o en conflicto, que requiere un programa complementario.

³ A partir de la afectación a la propiedad privada por virtud de dos causales: las excedencias en los límites de extensión y el desaprovechamiento productivo sin causa justificada.

⁴ Ya fueran comunidades de hecho o de derecho.

Es preciso fomentar la empresariedad agraria; la visión de negocios de manera integral, con claridad en la potencialidad del campo, más allá de lo estrictamente agropecuario, que le permita incursionar no únicamente en los aspectos urbanos, turísticos o industriales.

Y para todo ello, es indispensable el fomento y apoyo a la organización del orden superior, más allá de las actividades primarias, que les permitan a los sujetos agrarios, individuales y colectivos, contar con estructuras que les lleven a la industrialización, comercialización y financiamiento.

III] Los retos agrarios, primera fase

1. Regularización y certificación

A la conclusión de la reforma agraria, era indispensable la claridad en la identificación material y legal de la propiedad agraria; lograr lo que denominamos la identidad geográfica y jurídica; es decir, realizar los trabajos técnicos que permitan tener precisión en la localización de las tierras y de quienes ostentan los derechos para su uso y aprovechamiento. Y esto fue así, puesto que el proceso de reparto y consolidación del régimen agrario se sustentó en sistemas de medición con márgenes de error, carentes de la precisión tecnológica actual, al mismo tiempo que la titularidad sufrió múltiples prácticas ilegales, que la hicieron dudosa.

En consecuencia, la legislación reglamentaria estableció las facultades a la asamblea ejidal y comunal, para que acordaran el proceso de regularización de la posesión, a propios y extraños, y luego la certificaran, a través de la emisión de los documentos idóneos, como los certificados y los planos respectivos.

El gobierno federal implementó el PROCEDE,⁵ como la vía con cargo al erario federal que lograra esa identificación, en apoyo a los propios núcleos agrarios; este proceso se materializó en las Asambleas de Delimitación, Destino y Asignación de Tierras Ejidales (ADDATE), en las que se definió su nueva verdad legal, en complemento a sus respectivas carpetas básicas, con lo que se marcó un parteaguas al interior, a manera de "borrón y cuenta nueva".

Como consecuencia de esta facultad y sus respectivas asambleas, la inscripción en el Registro Agrario Nacional, la ausencia de impugnaciones dentro del plazo legal, o su resolución favorable en caso de haberlas, dio lugar a la expedición de la documentación y cartografía que lo acredita de manera fehaciente.

Al mismo tiempo, el sistema registral agrario permite establecer los medios para el seguimiento de dicha certeza jurídica, manteniendo el nivel de control y conocimiento documental de lo que acontece a la

⁵ Desde 1993 hasta 2006.

propiedad privada, en dirección justamente de la búsqueda certeza jurídica.

2. Liberalización contractual

En amplio contraste con el régimen agrario anterior a 1992, en el que se establecía la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de la tierra de ejidos y comunidades, prácticamente inamovibles, y por ende, la prohibición casi absoluta para operaciones contractuales; bajo la nueva etapa, los ejidos y comunidades cuentan con la capacidad para contratar respecto de la propiedad agraria, incluso su cesión y hasta privatización, aunque desde luego, sujeta a requisitos especiales.

Esta apertura, implica la plataforma para el inicio y fomento a la empresarialidad agraria, formal o informal, individual, familiar o colectiva, que ahora es preciso apoyar e impulsar.

3. Atención y solución de conflictos agrarios

A la par de la identificación geográfica y jurídica de la propiedad agraria, resultaba indispensable la atención especializada, como meta específica, a los conflictos agrarios preexistentes, con raigambre histórica, fundamentalmente relativos a comunidades indígenas; en no pocos casos, agravados por el proceso mismo de la reforma agraria.

Luego, también importante, lo fue y sigue siendo la solución de los conflictos generados por la regularización y certificación de la propiedad de ejidos y comunidades, como una consecuencia entendible del difícil proceso de darle orden a las tierras y a los campesinos que fueron beneficiados con las dotaciones o restituciones.

Para ello, fue y sigue siendo indispensable un programa específico federal, con recursos, que aborde los medios alternativos de solución de controversias, como la mediación, la conciliación y el arbitraje.

4. Justicia agraria

Uno de los retos más demandantes; la creación de órganos justiciantes, profesionalizados y especializados, era un reclamo constante; de esta forma, por una parte se instituyeron los tribunales agrarios, el Tribunal Superior Agrario y los Tribunales Unitarios en cada distrito del país.

Por otra parte, se creó el Juicio Agrario como la vía jurisdiccional para resolver los conflictos en materia agraria, con principios adecuados, tales como la expeditez, concentración; oralidad, inmediatez y de verdad histórica.

5. Fomento a la propiedad societaria

Como nueva modalidad de propiedad rural, a partir del artículo 27 en 1992, se permitió el acceso de las sociedades civiles y mercantiles, aunque también sujetas a los límites en extensión, estatus que no ha terminado de consolidarse y requiere apoyos específicos.

IV] Los nuevos retos agrarios, segunda fase

1. Conclusión de retos de la primera fase

Como señalamos, en aras de la plenitud de la certeza jurídica de la propiedad, para la modalidad privada plena, requiere un programa de certificación propio; y respecto de la propiedad agraria, en complemento al PROCEDE, requiere un programa para las áreas "achuradas" o en conflicto.

Para darle continuidad a la atención y solución de conflictos, es indispensable un programa permanente específico, que aborde los medios alternativos de solución de controversias, como la mediación, la conciliación y el arbitraje.

2. Políticas públicas

Presupuestos multianuales para darle continuidad a los programas, apoyos, incentivos y en general, de la política agropecuaria; continuidad en los apoyos ante la competencia comercial, regional y mundial, con seguimiento a las medidas de competencia desleal.

Atender a las características de las diversas regiones del país, con políticas diferenciadas, entendiendo las vocaciones de la tierra y las capacidades productivas, buscando el estímulo de la participación de los productores rurales locales, privados y agrarios, en el desarrollo regional.

3. Reestructuración institucional

Adecuación de las Secretarías de Estado y sus respectivos sectores, a los nuevos retos, como es el caso ya de la Secretaría de la Reforma Agraria, hoy de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano; al mismo tiempo, ante la visión de integralidad, seguir el mismo efecto con los organismos vinculados, en el caso de la Procuraduría Agraria como institución encargada de darle apoyo legal a los sujetos agrarios, y del Registro Agrario Nacional.

4. Organización y capacitación superiores

Es preciso superar los niveles básicos de organización y capacitación agraria; éste nivel se centra en la elaboración y aprobación de los reglamentos internos y estatutos comunales, meta cumplida; la

renovación de los órganos de representación y vigilancia de los núcleos agrarios, permanente y algunas otras asesorías menores.

Sin embargo, con el sustento de los retos de la primera etapa, es indispensable ya pasar a otros niveles de organización, del orden secundario o terciario, para la transformación y comercialización, tales como la constitución de uniones, asociaciones y esquemas de apoyo colectivo de los campesinos.

Este nivel superior debe orientarse fundamentalmente al fomento de la empresariedad agraria, dotando a los sujetos agrarios de los medios de capacitación organizativa financiera y de comercialización.

5. Programas de apoyo

Crear o fortalecer los programas de apoyo oficiales y fomentar los del orden privado,⁶ de índole financiera, pues el crédito sigue estando limitado; para la comercialización y exportación; en la asesoría legal integral y especializada, en todos los aspectos anteriormente señalados; la constitución de incubadoras y aceleradoras de negocios; y el fomento a la propiedad societaria, bajo la nueva modalidad instituida a partir de 1992.

6. Garantías crediticias

Sigue siendo ésta una enorme asignatura pendiente para el régimen agrario; si bien el usufructo de las tierras es un medio autorizado por la ley para otorgarle en garantías, lo cierto es que es insuficiente aún, en particular para lograr respaldos financieros importantes; por lo mismo, es necesario otorgar apoyos para la constitución de fondos y respaldos de los mismos sujetos agrarios.

Como línea especial, podría explorarse otras vías, ante la banca privada, o incrementar la certeza del usufructo en garantía.

V J Propuesta de reformas legislativas

De manera compacta, podemos señalar que debe partirse de la premisa del respeto a la propiedad agraria, pues es parte de nuestra historia. Con ello, se propone:

- a. Reducción de la excesiva supletoriedad e interpretación de la ley, ampliando en lo que se requiera el texto legal, que permita identificar los aspectos legales específicamente agrarios, tomando en consideración justamente la jurisprudencia.
- b. Lo anterior, teniendo como premisa el establecimiento de reglas claras y precisas, procedimientos sencillos y simplificación de requisitos; creando instancias sustitutas,

⁶ Como la Fundación Mexicana para el Desarrollo Rural.

- como el propio juicio agrario, o subsidiarias, como la indemnización.
- c. Algunos ejemplos de ello, son la revisión de las características y restricción de plazos en los contratos agrarios, siempre buscando una mayor certeza a las partes, por lo que hace necesaria su mayor regulación; establecer sistemas de control ambiental efectivos, respecto de uso y vocación de la tierra, y no al régimen de titularidad; y reestructurar la figura expropiatoria de la propiedad agraria, restituyendo el sentido de la figura y los alcances de la Reversión.
 - d. En concordancia con todo lo anterior, es indispensable un Código Procesal Agrario o Título respectivo, con reglas procesales sencillas y específicas, que atiendan a los principios procesales de la materia y el acortamiento de tiempos procesales; al mismo tiempo, permitirá combatir el abuso procesal.
 - e. Privilegiar la conciliación en los juicios agrarios, con una etapa obligatoria y áreas especializadas, de los propios tribunales agrarios, pero independientes del juzgador. En seguimiento a lo anterior, es menester fortalecer y fomentar el arbitraje agrario, coadyuvando a la descarga de los tribunales agrarios.
 - f. Es indispensable el acompañamiento y sintonía de la Procuraduría Agraria en todo este proceso, pues es la instancia de apoyo legal a los sujetos agrarios, por lo que deberá ampliarse su competencia en las materias que inciden en el entorno agrario.
 - g. Es necesario el fomento la inversión extranjera en sociedades civiles y mercantiles propietarias de tierras, por lo que debe adecuarse la normatividad para permitir la identificada como neutra, a la par que la de carácter "T".

Bibliografía

RIVERA Rodríguez Isaías, *El Nuevo Derecho Agrario Mexicano*. Editorial McGraw Hill Interamericana, México 1996.

_____, *Derecho Agrario Integral*. Editorial Porrúa, México, 2007.

_____, *Revista de Estudios Agrarios*. Procuraduría Agraria, México.

ZELEDÓN Zeledón Ricardo, *Sistemática del Derecho Agrario*. Editorial Porrúa, México, 2002.

La doble nacionalidad en Derecho Mexicano

DIEGO ROBLES FARÍAS¹

SUMARIO: I. *Introducción* II. *Concepto de doble nacionalidad y efectos.* III. *Regulación de la doble nacionalidad en México.* IV. *Principios que rigen la doble nacionalidad en México.*

Resumen. En el moderno entorno globalizado cada vez es más frecuente la aceptación de la múltiple nacionalidad. Ahora el concepto de nacionalidad es mucho más amplio y atiende a factores políticos y jurídicos, más que a vínculos culturales. El presente artículo tiene como finalidad definir el concepto de la doble nacionalidad y sus efectos, su regulación en México y los principios que rigen la materia tanto en territorio nacional como en el ámbito internacional. Además, se analizan los beneficios de la doble nacionalidad así como las posibles problemáticas que hoy en día se presentan al encontrarse en esta situación.

Palabras clave: Doble nacionalidad, múltiple nacionalidad, plurinacionalidad, protección diplomática, extradición, nacionalidad efectiva.

Abstract. *The acceptance of multiple nationalities is becoming more frequent in the modern globalized environment. For this reason, the concept of nationality is much broader and attends to political and legal factors, more than just cultural ties. This article aims to define the concept of nationality and its effects, its regulation in Mexico and the principles governing this matter, both locally and internationally. In addition, the benefits of having double nationality as well as the possible problems presented to people who are found in this situation are analyzed.*

Keywords: Double nationality, multiple nationality, plurinationality, diplomatic protection, extradition, effective nationality.

I] Introducción

Desde 1997 México admite la doble o múltiple nacionalidad, por lo que los mexicanos pueden válidamente ser reconocidos como nacionales de otros países sin consecuencia alguna. Recordemos que con

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana. Profesor investigador en la misma. Editor general de la revista Perspectiva Jurídica UP.

anterioridad, adquirir voluntariamente otra nacionalidad era causa de pérdida de la nacionalidad mexicana. En nuestro país la actividad de los extranjeros siempre ha estado fuertemente regulada y al efecto existe una amplia gama de actividades económicas en las que no pueden participar o que sólo pueden hacerlo en determinados porcentajes. Por otro lado, todavía se regula en nuestro país la figura de *Zona Restringida*, que impide a los extranjeros la adquisición directa de inmuebles en fronteras y costas.

Lo que se pretende con este trabajo es establecer la forma como se regula esta figura y los efectos que se producen tanto a nivel del derecho mexicano como desde el punto de vista del derecho internacional. Trataremos, en primer término, de determinar si los mexicanos que ostentan otra nacionalidad deben ser considerados como extranjeros o como nacionales. Adicionalmente estudiaremos cuáles son los efectos de la doble nacionalidad en relación al ejercicio de ciertos derechos, como los políticos, adquirir propiedades, realizar inversiones y otras actividades económicas, –sobre todo en aquellas que se consideran estratégicas por razones de seguridad o similares–, los laborales, etc., y de las obligaciones, como las fiscales, el servicio militar, etc. En el ámbito internacional estableceremos el conflicto que surge entre los Estados que reconocen la doble nacionalidad respecto de sus nacionales que se encuentran en esa circunstancia.

Para cualquier Estado es fundamental su población, entendida como el grupo humano sobre el cual ejerce su autoridad y soberanía. Por ello, es prerrogativa del propio Estado determinar a quién atribuye su nacionalidad de origen, es decir, aquella que se otorga de manera automática por el derecho de sangre (*ius sanguinis*) o el lugar de nacimiento (*ius soli*). Los demás tipos de nacionalidad –por ejemplo la nacionalidad por naturalización– además de la determinación estatal requieren siempre de la voluntad del sujeto que pretenda adquirirla. Por ello en materia de nacionalidad deben tomarse en cuenta dos factores fundamentales: en primer lugar, la preponderancia del Estado en su atribución y en segundo, la facultad de las personas para elegir su nacionalidad, atendiendo al amplio margen que existe respecto del ejercicio de la autonomía privada.

Por otro lado corresponde también al Estado reconocer la posibilidad de que sus propios nacionales ostenten otra nacionalidad, a pesar de los conflictos que esta situación pueda ocasionar. En contrapartida, los individuos también tienen el derecho de elegir la nacionalidad que más les convenga dentro de aquellas que distintos Estados puedan atribuirles o, en su caso, tener dos o más nacionalidades. En principio, lo que debe evitarse es que una persona carezca de nacionalidad, por eso la renuncia esta condicionada a la previa adquisición de otra.

A continuación analizaremos el concepto de doble nacionalidad y los efectos que esta situación produce.

II] Concepto de doble nacionalidad y sus efectos

La doble o múltiple nacionalidad ocurre cuando dos o más Estados consideran a un mismo individuo como su nacional. La denominación común de este fenómeno es la de *doble nacionalidad*, sin embargo nada impide que sean más de dos Estados los que otorguen a una misma persona su nacionalidad, por lo que es más adecuado el concepto de *múltiple nacionalidad* o *plurinacionalidad*. No obstante, la figura se conoce e identifica indistintamente con cualquiera de las denominaciones indicadas.

La doble nacionalidad produce lo que en doctrina se denomina *conflicto positivo de nacionalidades*. Quienes poseen más de una nacionalidad tienen una situación especial que les permite ejercer sus derechos como nacionales en más de un Estado. Entre los referidos derechos se encuentran la libertad de tránsito, residencia y trabajo; el no requerir visas, permisos o autorizaciones para ingresar o salir del país y, sobre todo, no estar sujeto a las restricciones que se impongan a los extranjeros –para invertir, ejercer ciertos trabajos o profesiones, para adquirir inmuebles, etc.- a pesar de ser titular de otra nacionalidad. En contrapartida deben cumplir con las obligaciones que les impongan los Estados de los que sean nacionales, como prestar el servicio militar y tributar fiscalmente.

Por otro lado, los Estados que reconocen la doble nacionalidad enfrentan también una serie de problemas, como el de la determinación del derecho aplicable a los actos que realizan las personas con esa condición, las restricciones que por seguridad y defensa deben imponer a quienes tienen una evidente vinculación con otra nación, sobre todo en cuanto al ejercicio de ciertos trabajos que se consideran estratégicos. Por la misma razón, frecuentemente establecen reglas que limitan a quienes poseen otra nacionalidad el ejercicio de algunos derechos políticos y la realización de ciertas actividades económicas y en los cargos públicos o de gobierno. Finalmente se ven en serios problemas para resolver las solicitudes de extradición y de protección diplomática cuando el sujeto de la misma es nacional tanto del país que la solicita como del que debe ejecutarla.

Ahora analizaremos los efectos que se dan con motivo del reconocimiento de la doble nacionalidad desde dos puntos de vista, en el ámbito interno de los países que han decidido reconocer este fenómeno jurídico y desde el aspecto del Derecho Internacional.

1. Efectos de la doble nacionalidad en el ámbito interno

Son dos los principales problemas que genera la doble nacionalidad en el ámbito interno, el primero en relación al derecho a realizar actividades económicas incluyendo la libertad de trabajo y la

adquisición de bienes inmuebles, el segundo con el ejercicio de los derechos políticos y finalmente con las obligaciones de prestar el servicio militar y el reclutamiento.

Actividades económicas y libertad de trabajo.- Mientras que el derecho al trabajo ocasionalmente puede limitarse a los nacionales, es común que se restrinja a los extranjeros, principalmente otorgando preferencia a los nacionales. Por otro lado, muchos países imponen restricciones a las actividades económicas en las que pueden participar los extranjeros por razones de diversa índole, principalmente de protección a la economía interna del país y de los propios nacionales o por razones de seguridad.

Por razones de seguridad, es común que las leyes establezcan que los pilotos de aeronaves o embarcaciones, los encargados de puertos, aeropuertos, aduanas y otros puestos de frontera, los miembros del ejército, las policías y demás cuerpos de seguridad, deben ser nacionales.

Adicionalmente, aquellas actividades económicas que son estratégicas para la economía nacional o para evitar la creación de poderes paralelos que de algún modo se confronten con el poder del Estado, como las comunicaciones, la producción de energía –atómica, eléctrica o de cualquier otro tipo-, la banca, correos, acuñación de moneda, etc. frecuentemente están reservadas exclusivamente a los nacionales o de alguna manera se limita la participación a los extranjeros. Por las mismas razones muchos países restringen la adquisición de inmuebles por extranjeros, principalmente en fronteras y costas.

El problema con la doble nacionalidad consiste en determinar si quienes se encuentran en esa circunstancia deben ser tratados como nacionales o como extranjeros respecto de las actividades sensibles ya mencionadas, sobre todo cuando evidentemente tienen una clara vinculación con otro Estado.

Ejercicio de los derechos políticos. Generalmente los derechos políticos (votar, ser votado, ejercer un cargo público, etc.) corresponde exclusivamente a los nacionales que además tengan la calidad de ciudadanos. La doble nacionalidad obliga a plantearse la forma en que pueden ejercerse dichos derechos. La solución frecuente es que quienes estén en esa situación sólo podrán hacer valer sus derechos políticos en el país en el que establezcan su domicilio. La ciudadanía del otro Estado no se pierde, queda suspendida y puede utilizarse sólo en caso de que mude su domicilio a ese otro país.

El desempeño de un cargo público es un problema mucho más grave. Generalmente sólo pueden desempeñarlos los nacionales que no tengan otra nacionalidad. Al efecto las constituciones de los Estados regulan la renuncia a la otra nacionalidad para estar en posibilidades de ejercer ese derecho.

Servicio militar y reclutamiento. Otro problema interno que genera la doble nacionalidad tiene que ver con la obligación de prestar

el servicio militar que generalmente imponen los países de manera obligatoria para sus nacionales. Quienes poseen doble nacionalidad ¿deben cumplir con el servicio militar en ambos países? Por otro lado, en caso de guerra, ¿podrá el Estado reclutar forzosamente a quienes además están vinculados nacionalmente con otro país? La solución que generalmente se ha dado a este problema es que las obligaciones señaladas deben prestarse en el país en el que se ha fijado el domicilio – nacionalidad efectiva-, sin embargo nada impediría que una persona con doble nacionalidad fuera llamado al ejército del país en el que no reside². Por otro lado debe tomarse en cuenta la posibilidad de eludir esas obligaciones renunciando a la nacionalidad o cambiando de domicilio, acción que se consideraría como fraude a la ley y que en muchas legislaciones internas está expresamente prohibido.

2. Efectos de la doble nacionalidad en el ámbito internacional

En el ámbito internacional los problemas que acompañan a la doble nacionalidad son, al menos, tres: la protección diplomática, la solicitud de extradición y la obligación de tributar fiscalmente.

Protección diplomática. La protección diplomática tiene un doble sentido. Por un lado es el derecho que tienen los nacionales de un Estado para obtener de éste protección y auxilio cuando otro Estado realiza o permite que se realicen actos ilícitos en su contra. Por el otro, es el derecho y a la vez la obligación que tienen los Estados de brindar a sus nacionales la protección y auxilio aludidos en el ámbito jurídico, militar, de seguridad, etc. y que se encuentra establecido en sus respectivas Constituciones.

Son dos los presupuestos necesarios para el ejercicio de este derecho. En primer lugar, el requisito de la nacionalidad, por lo que sólo pueden solicitar la protección diplomática los nacionales del país que corresponda y segundo, deben primero agotarse los recursos legales que proporcione el derecho interno del país en donde se encuentre el afectado.

Existe la controversia de si ese derecho le asiste a una persona con múltiple nacionalidad cuando sus derechos se han violado por uno de los países a los que pertenece. En ese caso, ¿podrá solicitar a un Estado protección diplomática en contra de otro del que también es nacional?

Lo anterior genera una situación conflictiva y hasta contradictoria pues ambos Estados tienen idénticos derechos en el plano internacional. En el pasado existía el principio implícito de que la protección diplomática sólo se otorgaba a quienes tuvieran una sola

²Al efecto existe un Convenio sobre reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre las obligaciones militares en el caso de pluralidad de nacionalidades, hecho en Estrasburgo el 6 de mayo de 1963.

nacionalidad. Ahora, la Corte Internacional de Justicia ha aceptado que ese derecho asiste a quienes tienen doble nacionalidad. Para su ejercicio se ha inclinado por el concepto de *nacionalidad efectiva*, es decir, se tiene derecho a solicitar la protección diplomática exclusivamente del Estado con el que se tenga un vínculo efectivo, principalmente porque establezca su domicilio legal en ese país, o tenga allí el principal asiento de sus negocios³.

De ese modo, podemos concluir que en la actualidad cualquier Estado puede ejercer la protección diplomática a favor de cualquiera de sus nacionales siempre que el afectado tenga la nacionalidad efectiva suficiente para ser oponible a otros Estados, sin importar que tenga también otra nacionalidad.

Extradición. Otro escenario de conflicto en el derecho internacional se presenta cuando un País solicita la extradición de uno de sus nacionales a otro Estado del que también es nacional. En muchos países se niega la extradición cuando el sujeto de dicha solicitud es nacional del país que deba obsequiarla⁴. En México sólo el titular del Ejecutivo Federal puede autorizar la extradición cuando se trata de un nacional⁵.

Obligaciones fiscales. Por lo que ve a las obligaciones fiscales resulta que normalmente los nacionales deben pagar impuestos en los Estados de que son nacionales. Cuando se tiene doble nacionalidad se da la circunstancia –evidentemente injusta– de tener que tributar en ambos Estados. El anterior conflicto se ha resuelto de dos modos: a través de los tratados internacionales para evitar la doble tributación y mediante el reconocimiento de que los impuestos se pagan en el país en que se generan los ingresos (Impuestos sobre la renta) o se realizan los consumos (Impuestos sobre el consumo).

³ En relación al problema del ejercicio de la protección diplomática entre dos Estados respecto de una persona que ostenta doble nacionalidad, existe la siguiente disposición de la Convención de la Haya de 1930: “Art. 4.- Un Estado no puede ejercer la protección diplomática de uno de sus nacionales frente a un Estado del que éste es también nacional”. No obstante la jurisprudencia internacional en el asunto *Strunsky-Mergé* acudió al concepto de nacionalidad efectiva del Estado demandante, permitiéndole ejercer la protección diplomática. Vid. Pérez Vera, Elisa, *et al*, *Derecho Internacional Privado*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Vol. I, segunda edición, Madrid, 2000, p.218.

⁴ En México la extradición se rige por la Ley de Extradición Internacional y por diversos tratados internacionales que tiene celebrados sobre la materia.

⁵ Vid Art. 2 del tratado de extradición celebrado entre México y los EEUU.

III] Regulación de la doble nacionalidad en México

Hemos dicho que desde el año de 1997 México acepta la doble o múltiple nacionalidad⁶, la cual se reconoce expresamente en el artículo 32 de la Constitución, mientras que la Ley de Nacionalidad de 1998⁷ regula el ejercicio de los derechos de los mexicanos que posean otra nacionalidad.

Antes de entrar a la forma como se regula la doble nacionalidad en nuestro país, recordemos que la nacionalidad mexicana se adquiere por *nacimiento* o por *naturalización*. Son *mexicanos por nacimiento* los nacidos en el territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres; los nacidos en el extranjero, hijos de padre o madre mexicanos nacidos en territorio nacional o que posean la nacionalidad mexicana por naturalización y los nacidos a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas. El sistema de atribución de la nacionalidad mexicana antes señalado consagra los principios de derecho internacional privado denominados *ius sanguinis* y *ius soli*, haciendo referencia a la vinculación por lazo de sangre o por el lugar de nacimiento. Por otro lado son *mexicanos por naturalización* los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores carta de naturalización y los que contraigan matrimonio con mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley⁸.

Tratándose de personas morales, la Ley de Nacionalidad considera como mexicanas a las que se constituyan conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio legal⁹.

En contrapartida y por exclusión, serán extranjeros aquellas personas físicas o morales que no reúnan los requisitos que marca nuestra legislación para ser considerados como nacionales.

Antes de la reforma de 1997 nuestro país seguía los presupuestos que en su tiempo recogiera la Declaración Universal de los Derechos del Hombre¹⁰, consistentes en que todo individuo debe poseer una nacionalidad, pero sobre todo, que no debe poseer más de una. Además la doctrina seguía los principios del derecho de la nacionalidad – formulados como recomendaciones- que imponían límites a la autonomía

⁶ En el Diario Oficial de la Federación (DOF) del 20 de marzo de 1997 se publicó el decreto mediante el cual se reformaron los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución, dando pie al reconocimiento de lo que en doctrina se denomina indistintamente como Doble nacionalidad o Múltiple nacionalidad.

⁷ La nueva Ley de Nacionalidad complementa la reforma constitucional. Se promulgó mediante decreto publicado en el DOF del 23 de enero de 1998.

⁸ Art. 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

⁹ Art. 8o. Ley de Nacionalidad

¹⁰ Expedida en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948

estatal y que fueron promulgados por el Instituto de Derecho Internacional¹¹. Dichos principios eran los siguientes:

- Atribución de la nacionalidad desde el nacimiento
- Nacionalidad única
- Derecho a cambiar de nacionalidad
- Evitar la doble nacionalidad
- No atribuir la nacionalidad en forma automática
- Derecho a renunciar a la nacionalidad
- Posibilidad de perder la nacionalidad sólo si se adquiere otra
- No utilizar la pérdida de la nacionalidad como sanción

De los principios anteriores deben destacarse el de una única nacionalidad y el de evitar la doble nacionalidad, que eran congruentes con el concepto sociológico que tradicionalmente se tenía de Nación, formada por un conjunto de individuos que hablaban el mismo idioma, tenían una historia, cultura y tradiciones comunes, habitaban un mismo territorio y pertenecían, en su mayoría, a una misma raza.

Sin embargo, en la actualidad la mayoría de los Estados están formados por individuos de distintas razas, idiomas y costumbres, quienes en ocasiones tienen vínculos con otros países por razones diversas, como culturales, de parentesco, afinidad, etc. En el moderno entorno globalizado ha quedado obsoleto el principio de una única nacionalidad y en consecuencia, cada vez es más frecuente la aceptación de la múltiple nacionalidad, mucho más congruente con el escenario jurídico internacional y con la conformación actual de los Estados. Por ello ahora el concepto de nacionalidad es mucho más abierto y atiende a factores políticos y jurídicos, más que a vínculos culturales o antropológicos como la raza, el idioma, las costumbres o la religión. En ese sentido, por *nacionalidad* podemos entender la calidad de una persona en razón del nexo político y jurídico que la une a la población constitutiva de un Estado¹² o como el vínculo existente entre la organización estatal y el individuo que permite identificarle como miembro de su población.¹³

Como hemos dicho, México siguió los principios del Instituto de Derecho Internacional hasta la reforma constitucional que admitió la doble nacionalidad. Antes de ello, como una excepción al principio de nacionalidad única, admitía que los menores de edad pudieran tener doble nacionalidad¹⁴, pero al llegar a la mayoría de edad debían optar por alguna de las nacionalidades. Si elegían la mexicana, debían

¹¹ Instituto de Derecho Internacional, Período de sesiones de Estocolmo, 1928, "Nacionalidad".

¹² LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, citado por Pereznieta Castro, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, Oxford University Press, México, Séptima edición, 1999, p.35.

¹³ PÉREZ VERA, Elisa, *Derecho Internacional Privado*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Vol. I, segunda edición, Madrid, 2000

¹⁴ Art. 6 de la anterior Ley de Nacionalidad

renunciar expresamente a cualquier otra. Al mismo tiempo el anterior texto del artículo 37 constitucional establecía la pérdida de la nacionalidad mexicana por obtener voluntariamente otra nacionalidad.

IV] Principios que rigen la doble nacionalidad en México

Los principios que rigen en la materia pueden resumirse como sigue:

1. Ningún mexicano *por nacimiento* podrá ser privado de su nacionalidad (Art. 37 constitucional)

El punto central de la reforma a que hemos hecho referencia, fue el establecer el principio según el cual la nacionalidad mexicana *por nacimiento* no puede perderse con la adquisición de otra nacionalidad, como acontecía con anterioridad a la modificación constitucional¹⁵, además de preparar el camino y sentar las bases para el reconocimiento de los derechos de las personas que ostenten otra nacionalidad. Debe notarse que el principio sólo se refiere a la nacionalidad por nacimiento y no a la nacionalidad *por naturalización*, la que al igual que la *ciudadanía* sí pueden perderse. El hecho de que la doble o múltiple nacionalidad sea privativa de quien posean la nacionalidad mexicana por nacimiento ha hecho pensar a algunos autores –entre ellos Pereznieto– que la nacionalidad mexicana por naturalización es de segunda o inferior categoría¹⁶, pues está sujeta a una amplia gama de restricciones como lo veremos más adelante.

Debe puntualizarse que dicho principio no prohíbe la renuncia a la nacionalidad mexicana –que como vimos es una prerrogativa del individuo–, sólo impide que se pierda por otros motivos. Son variadas las razones de la adopción de este principio. La primera es de carácter universal: evitar la condición de *apátrida*¹⁷. Pero en el caso particular de nuestro país el motivo fundamental fue de carácter político. Dada la altísima migración de mexicanos hacia los Estados Unidos de América, algunos adquirirían la nacionalidad norteamericana y perdían la mexicana

¹⁵ El Art. 37 Constitucional, antes de la reforma decía: “La nacionalidad mexicana se pierde: 1. Por adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera. 2. Por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero. 3. Por residir, siendo mexicano por naturalización durante cinco años continuos en el país de origen. 4. Por hacerse pasar en cualquier instrumento público, siendo mexicano por naturalización, como extranjero o por obtener y usar un pasaporte extranjero.”

¹⁶ Pereznieto Castro, Leonel, Derecho Internacional Privado, Oxford University Press, México, Séptima edición, 1999, p.49

¹⁷ Apátrida es la persona que carece de nacionalidad, situación que puede producirse por la defectuosa articulación de los derechos internos con los que se vincula un individuo al nacer, o bien porque pierda la nacionalidad que poseía por las causas señaladas en las respectivas constituciones.

–lo que implicaba pérdida de votos para los partidos interesados- o bien, permanecían como ilegales al no solicitar la nacionalidad de aquel país para conservar la mexicana, lo que les acarreaba gravísimos problemas. Con la admisión de la doble nacionalidad por ambos países se resuelven en gran medida los inconvenientes señalados.

Por otro lado, la nacionalidad –junto con el nombre, la capacidad, el estado civil, el domicilio y el patrimonio.- forma parte de los atributos de las personas, que a su vez constituyen su *estatuto personal* mismo que le acompaña donde quiera que se encuentre. A pesar de que el derecho de atribuir la nacionalidad corresponde exclusivamente al Estado quien establece unilateralmente los requisitos y condiciones para ello conforme al amplio marco de acción que en esta materia consagra el Derecho Internacional Público, los individuos pueden voluntariamente renunciar a la que posean siempre y cuando previamente obtenga otra nacionalidad. De igual modo, quienes tengan doble nacionalidad pueden renunciar a la extranjera y conservar exclusivamente la mexicana, obteniendo para ello un certificado de nacionalidad mexicana como veremos adelante.

2. Sólo puede perderse la nacionalidad por naturalización y la ciudadanía mexicana

Como complemento al principio mencionado en el inciso anterior, resulta que sólo pueden perderse la nacionalidad mexicana por naturalización y la ciudadanía mexicana. La primera se pierde por adquirir voluntariamente una nacionalidad extranjera, por hacerse pasar en cualquier instrumento público como extranjero, por usar un pasaporte extranjero, por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero y, finalmente, por residir durante cinco años continuos en el extranjero¹⁸.

Por su parte la ciudadanía mexicana se pierde por aceptar o usar títulos nobiliarios de gobiernos extranjeros, por prestar voluntariamente servicios o funciones oficiales a un gobierno extranjero sin permiso del Ejecutivo Federal, por aceptar o usar condecoraciones extranjeras sin permiso del Ejecutivo Federal (excepto el Presidente de la República, los senadores y diputados al Congreso de la Unión y los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación quienes podrán libremente aceptar y usar condecoraciones extranjeras), por admitir del gobierno de otro país títulos o funciones sin previo permiso del Ejecutivo Federal (exceptuando los títulos literarios, científicos o humanitarios que pueden aceptarse libremente), por ayudar, en contra de la Nación, a un extranjero, o a un gobierno extranjero, en cualquier reclamación

¹⁸ Art. 37 Constitucional

diplomática o ante un tribunal internacional y en los demás casos que fijen las leyes¹⁹.

Es preciso aclarar la diferencia entre nacionalidad y ciudadanía. La *ciudadanía* es un atributo de las personas vinculado principalmente con el ejercicio de los derechos políticos. En México corresponde sólo a los mexicanos cuando alcanzan los 18 años de edad y tienen un modo honesto de vivir²⁰. Se adquiere en forma automática, es decir, no requiere de solicitud ni de declaración oficial alguna y permite a los ciudadanos el goce y ejercicio de los derechos políticos, tanto activos como pasivos a que se refiere el artículo 35 constitucional. Del mismo modo la ciudadanía impone las obligaciones a que se refiere el artículo 36 de la carta magna²¹.

Como aprecia, se admite la doble nacionalidad, pero la ciudadanía siempre será única. Por regla general, las personas que ostentan plurinacionalidad pueden hacer valer sus derechos políticos

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Art. 34 de la Constitución

²¹ Los Artículos 35 y 36 de la Constitución que regulan la ciudadanía disponen: “Art. 35.- Son derechos del ciudadano: I. Votar en las elecciones populares; II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación; III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país; IV. Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes; V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición. VI. Poder ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público, teniendo las calidades que establezca la ley; VII. Iniciar leyes, en los términos y con los requisitos que señalen esta Constitución y la Ley del Congreso. El Instituto Federal Electoral tendrá las facultades que en esta materia le otorgue la ley, y VIII. Votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional, las que se sujetarán a lo siguiente: ... “

“Artículo 36. Son obligaciones del ciudadano de la República: I. Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo de que subsista; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en los términos que determinen las leyes. La organización y el funcionamiento permanente del Registro Nacional de Ciudadanos y la expedición del documento que acredite la ciudadanía mexicana son servicios de interés público, y por tanto, responsabilidad que corresponde al Estado y a los ciudadanos en los términos que establezca la ley, II. Alistarse en la Guardia Nacional; III. Votar en las elecciones y en las consultas populares, en los términos que señale la ley; IV. Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos; y V. Desempeñar los cargos concejiles del municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado.”

únicamente en el Estado en donde establezcan su domicilio. La ciudadanía del otro Estado del que son nacionales quedará en suspenso, pero no se extingue.

3. Los mexicanos que posean otra nacionalidad actúan como nacionales en todos los actos jurídicos que celebren *en territorio nacional*

El sistema reconocido internacionalmente para evitar los conflictos que produce la doble nacionalidad consiste en considerar que se actúa como nacional en todos los actos jurídicos realizados dentro del territorio del país que corresponda. Así, deberá considerarse que los actos jurídicos que en territorio nacional realicen los mexicanos que posean otra nacionalidad los hacen como nacionales y no como extranjeros según lo señala expresamente la fracción I del artículo 13 de la Ley de Nacionalidad.

Esto es particularmente importante debido a que en nuestro país se encuentran regulados de manera profusa los actos jurídicos que realizan los extranjeros, principalmente en materia de adquisición de inmuebles²² y de aquellas actividades económicas reservadas a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros y las actividades con regulación específica en las que los extranjeros sólo pueden participar hasta ciertos porcentajes²³.

4. Los mexicanos que posean otra nacionalidad actúan como nacionales en ciertos actos jurídicos que celebren *fuera del territorio nacional*

La fracción II del artículo 13 de la Ley de Nacionalidad establece que se realizan en su carácter de nacionales los siguientes actos ejecutados por mexicanos en el extranjero, es decir, fuera de los límites de la jurisdicción nacional:

- a. Cuando participen en cualquier proporción en el capital de cualquier persona moral mexicana o entidad constituida u organizada conforme al derecho mexicano, o bien ejerzan el control sobre dichas personas o entidades.
 - b. Cuando otorguen créditos a una persona o entidad referida en el inciso anterior, y
 - c. Cuando detenten la titularidad de bienes inmuebles ubicados en territorio nacional u otros derechos cuyo ejercicio se circunscriba al territorio nacional.
5. Se exceptúan de lo anterior aquellos cargos o funciones que la propia Constitución o cualquier otra ley mexicana reserve

²² Fracción I del Art. 27 constitucional y Arts. 10 y siguientes de la Ley de Inversión Extranjera.

²³ Arts. 6,7,8 y 9 Ley de Inversión Extranjera.

expresamente a quien tenga la calidad de mexicano por nacimiento y no haya adquirido otra nacionalidad

Como lo señalamos, los mexicanos con doble nacionalidad serán considerados como mexicanos y no como extranjeros cuando realicen actos jurídicos en territorio nacional o en el extranjero en los casos expresamente señalados. Sin embargo, se exceptúan de esos principios aquellas actividades que en las que expresamente se establezca como requisito la nacionalidad mexicana por nacimiento y la no posesión de otra nacionalidad.

La propia Constitución enumera una serie de cargos o funciones que sólo pueden realizar los mexicanos por nacimiento que no posean otra nacionalidad al igual que en otras muchas leyes ciertas actividades y el ejercicio de determinadas profesiones se reservan expresamente a quien tenga la calidad de mexicano por nacimiento y no haya adquirido otra nacionalidad.

Entre esas actividades reservadas a mexicanos que no posean otra nacionalidad tenemos las que regula el tercer párrafo del artículo 32 constitucional:

- Servir en el Ejército, en las fuerzas de policía o seguridad pública en tiempo de paz.
- Pertenecer al activo de la Armada o de la Fuerza Aérea en todo momento o desempeñar cualquier comisión en ellos.
- Ser capitán, piloto, patrón, maquinista, mecánico y, de una manera general, todo el personal que tripule cualquier embarcación o aeronave que se ampare con la bandera o insignia mercante mexicana.
- Desempeñar los cargos de capitán de puerto y todos los servicios de practica y comandante de aeródromo.

De igual modo, en el DOF del 23 de enero de 1998 se señalan los ordenamientos legales que fueron reformados para establecer que se requiere la nacionalidad mexicana por nacimiento y la no posesión de otra nacionalidad para ejercer ciertos cargos y funciones públicas, entre ellas:

- Presidente de la República.
- Gobernador de las Entidades Federativas.
- Senadores de la República y Diputados Federales.
- Embajadores y Cónsules generales.
- Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Magistrados de circuito, Jueces de distrito, Magistrados del Tribunal Fiscal de la Federación.
- Procurador General de la República y Agentes del Ministerio Público Federal.
- Consejeros electorales.
- Director General del IMSS.
- Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

- Notarios y Corredores Públicos.
- El presidente del Banco de México y cualquier otro miembro de la Junta de Gobierno de dicha institución.
- Presidente de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.
- Directores de Paraestatales, etc.

No obstante, cuando un mexicano con doble nacionalidad pretenda realizar alguna actividad de las señaladas con anterioridad, podrá renunciar a la otra nacionalidad y solicitar un *certificado de nacionalidad mexicana* en los términos de los artículos 15 al 18 de la Ley de Nacionalidad.

6. Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones, empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano

No obstante que nuestro país eligió el sistema de equiparación de los extranjeros a los mexicanos, estableciendo con rango constitucional que los primeros gozarán de los derechos humanos y las correspondientes garantías para protegerlos (Arts. 1 y 33), el mismo artículo 32 de la Constitución establece una preferencia, en igualdad de circunstancias, para los mexicanos, respecto a toda clase de concesiones, empleos, cargos y comisiones de gobierno.

Por lo tanto, el otorgamiento de concesiones o el empleo de extranjeros en cuestiones de gobierno deberá justificarse en función de una razón suficiente, como que el trabajo o servicio de que se trate no pueda ser prestado por mexicanos con la calidad y eficiencia necesaria, ya por razones técnicas, o por cualquier otra semejante.

Lo mismo ocurre en materia laboral. De conformidad con el Artículo 7 de la Ley Federal del Trabajo deberán emplearse un noventa por ciento de trabajadores mexicanos, por lo menos. En las categorías de técnicos y profesionales, los trabajadores deberán ser mexicanos, salvo que no los haya en una especialidad determinada, en cuyo caso el patrón podrá emplear temporalmente a trabajadores extranjeros, en una proporción que no exceda del diez por ciento de los de la especialidad. Esta disposición no es aplicable a los directores, administradores y gerentes generales.

7. Los mexicanos que posean otra nacionalidad no podrán invocar la protección de un gobierno extranjero bajo la pena de perder en beneficio de la Nación los bienes o derechos sobre los cuales haya invocado dicha protección (Cláusula Calvo)

En relación con los actos jurídicos realizados por mexicanos que posean doble nacionalidad en los términos de los principios señalados con anterioridad, es preciso insistir en que se realizan en su

carácter de mexicanos y no de extranjeros. Por ello el artículo 14 de la Ley de Nacionalidad les prohíbe invocar la protección diplomática del otro Estado del que sean nacionales y si lo hicieran, perderán en beneficio de la nación los bienes o derechos sobre los que hayan invocado dicha protección.

Se trata de una versión de la *Cláusula Calvo* contenida originalmente en el artículo 27 de la Constitución. Sin embargo en el caso de mexicanos que posean otra nacionalidad, no es necesario pactarla en cada caso, como se establece, por ejemplo, para los extranjeros cuando adquieren inmuebles fuera de la zona restringida o cuando participan en el capital de sociedades mexicanas²⁴.

8. Quienes hayan perdido su nacionalidad mexicana por haber adquirido voluntariamente otra nacionalidad podrán recuperarla

Para concluir este trabajo diremos que es posible recuperar la nacionalidad mexicana que se perdió por haber adquirido voluntariamente una nacionalidad extranjera conforme lo establecía la antigua redacción del artículo 37 constitucional, o regularizar la situación de aquellos mexicanos que tienen derecho a otra nacionalidad y que en muchos casos la ostentaban pero subrepticamente, situación muy frecuente sobre todo en los estados fronterizos en donde se acostumbraba tener los hijos en el país vecino en donde los registraban legalmente y después volvían a realizar el registro en México.

Para beneficiarse de la circunstancia de que ningún mexicano por nacimiento puede ser privado de su nacionalidad conforme al apartado A del artículo 37 de la Carta Magna, bastará que el interesado presente solicitud por escrito a la Secretaría de Relaciones Exteriores, Embajadas o Consulados Mexicanos, en cualquier tiempo, acreditar su derecho a la nacionalidad mexicana, conforme lo establece esta Ley y acreditar plenamente su identidad ante la autoridad que corresponda²⁵.

²⁴ Art. 10-A y Art. 2 fracción VII de la Ley de Inversión Extranjera, respectivamente.

²⁵ Artículos segundo transitorio del decreto mediante el cual se reformaron los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución (DOF 20 de marzo de 1997) y cuarto transitorio de la Ley de Nacionalidad (DOF 23 de enero de 1998). Este último artículo transitorio fue modificado por decreto publicado en el DOF del 12 de diciembre de 2004, pues el derecho a regularizarse se concedió originalmente por cinco años después de la promulgación de la ley de Nacionalidad.

Actualidad legislativa

Revista

PERSPECTIVA
JURIDICA 

AÑO 2

03

AGOSTO 2014

Comentarios y crítica a la denominada “miscelánea mercantil”

GUILLERMO DÍAZ DE RIVERA ÁLVAREZ¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Comentarios Generales*. III. *Cambios en el Registro Público del Comercio*. IV. *Las publicaciones en materia mercantil*. V. *Otras reformas a la LGSM*. VI. *Reformas al Código de Comercio en Materia de Garantías Mobiliarias*. VII. *Reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*. VIII. *Modificaciones en materia de fideicomiso*. IX. *Conclusiones generales*.

I] Introducción

El pasado viernes 13 de junio de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, un decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, de la Ley de Fondos de Inversión y de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en relación con la miscelánea en materia mercantil.

En primer término podríamos comentar que el concepto de “miscelánea”, desde el punto de vista jurídico, al menos en materia mercantil, es totalmente ajeno y desconocido, ya que el mismo se ha acuñado recientemente para denominar de esta forma a la reforma que se hace de diversas leyes u ordenamientos, en relación con una misma materia, sin embargo, en nuestro concepto y desde el punto de vista estrictamente de derecho, es un concepto que debería de desaparecer puesto que entendemos que el legislador directamente tiene que enunciar y referir las leyes que son modificadas, sobrando por ello el añadido al título del decreto cuando dice: “*en relación con la miscelánea en materia mercantil*”, toda vez que el mismo no tiene absolutamente ningún significado, ya que las reformas no se relacionan con absolutamente ninguna miscelánea.

II] Comentarios generales

Destacan en las reformas al Código de Comercio (“CCom”), la Ley General de Sociedades Mercantiles (“LGSM”), la Ley de Fondos de Inversión (“LFI”) y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (“LGTOC”), dos conceptos a los que se enfoca esta reforma.

¹ Catedrático por oposición de Derecho Mercantil I y II en la UNAM; Profesor de Derecho Mercantil en la UP; Profesor huésped de Derecho Societario en la Universidad de La Habana, Consejero Editor de la Revista “Ars Iuris” de la Facultad de Derecho de la UP Campus Ciudad de México.

Haciendo un análisis de los mismos, en primer lugar se refiere a la introducción de un sistema electrónico para las publicaciones mercantiles que implementará la Secretaría de Economía, y en segundo término, una vez más la afinación de todo lo que se refiere a las garantías mobiliarias, cuya ejecutabilidad sigue siendo un problema en nuestro país.

Los mencionados dos temas son fundamentales y constituyen una gran contribución para la correcta legislación en México, toda vez que los dos conceptos jurídicos, a los cuales primordialmente se refiere la reforma, contribuyen a la seguridad jurídica de los particulares, tanto por lo que se refiere a las publicaciones de diversa índole en materia mercantil, así como por lo que hace a la seguridad jurídica de aquellos que reciben en garantía de alguna obligación un bien mueble.

No obstante la bondad de los conceptos y las buenas intenciones del Legislador, en nuestro particular punto de vista existen graves problemas en la implementación de los mismos debido a la manera en que se llevó a cabo la reforma, en especial, por la falta de técnica legislativa y del manejo armónico de las disposiciones, por lo cual, y como comentaremos después, se hace difícil entender e implementar su funcionamiento.

Independientemente de los dos asuntos mencionados como fundamentales en esta reforma existe además la introducción de otros conceptos como la reducción de los porcentajes para ejercer los derechos de minoría en las sociedades anónimas y diversas reformas, que pasaremos a comentar de manera puntual.

III] Cambios en el Registro Público del Comercio

En primer término, en el Decreto comentado se deroga la fracción I del artículo 16 del CCom, el cual obligaba a los comerciantes "a la publicación, por medio de la prensa, de la calidad mercantil; con las circunstancias esenciales y en su oportunidad de las modificaciones que se adopten". Esto evidentemente es congruente con la derogación de todo tipo de publicaciones en prensa que implica la reforma, sin embargo no se sustituye esta obligación por ninguna otra, por lo que en adelante ya no existe obligación a cargo de los comerciantes de anunciar su calidad mercantil, lo cual se confirma con la derogación del artículo 17 del propio CCom.

Se reforma también el artículo 20 del CCom relativo al capítulo del Registro Público de Comercio, para precisar la centralización del mismo. Conforme a una reforma anterior se establecía que el Registro Público del Comercio operaría con un programa informático, pero dicho programa se refería a todas y cada una de las Entidades Federativas de la República Mexicana. Así, hasta antes del Decreto hoy comentado, el Registro operaba de manera local, sin embargo existía una interconexión de la base de datos para que los mismos se pudieran consultar en cualquier lugar del país.

Con la nueva reforma a este artículo 20 del CCom, se culmina la centralización del Registro Público del Comercio, dado que existen en la actualidad los medios de comunicación y de interconexión necesarios para que éste efectivamente sea de carácter federal. En nuestra opinión con la reforma de este artículo es la primera vez que se tendrá un registro, de carácter mercantil, y por lo tanto de carácter federal, desde que en el año de 1883 el Congreso de la Unión reformó la Constitución, entonces la de 1857, para convertir de carácter federal toda la legislación en materia de comercio.

No obstante el logro, debemos resaltar que se omitió reformar el último párrafo de este artículo, y que a pesar de que será un solo programa informático, el pago de derechos seguirá dependiendo de las Entidades federativas, lo cual en nuestro punto de vista es totalmente incongruente con la reforma. En otras palabras, el hecho de que el último párrafo del artículo 20 continúe diciendo “previo pago de los derechos establecidos por las Entidades Federativas”, implica que en una ley sustantiva de carácter comercial, el CCom, se está legislando materia de derechos o de tributos que deben de ser en todo caso coordinados entre la Federación y los Estados. Es obvio que siendo un sistema único y que el domicilio de las sociedades, por la reforma implícita que después analizaremos, ya no tiene mayor importancia desde muchos puntos de vista, obviamente se propicia que se acuda al sistema informático global que constituirá el Registro Público del Comercio, a través de la Entidad Federativa que fije derechos más reducidos para los particulares.

En nuestro parecer, la reforma al artículo 22 del CCom es defectuosa, y es aquí donde realmente empieza cierto desorden en materia de técnica legislativa, cuando el artículo reformado introduce a la Secretaría de Economía como coordinadora de los registros especiales y del Registro Público del Comercio, siendo que es de antiguo sabido y normado, que el Registro Público del Comercio, además de que tiene una personalidad jurídica propia y según se desprende de la propia reforma y de su propia ley, debe ser autónomo e independiente. Con la reforma comentada comienza la intromisión de la Secretaría de Economía en el funcionamiento del sistema registral mexicano. No obstante el Registro Público del Comercio pudiera quedar a cargo de la mencionada Secretaría de Economía, para efecto de los particulares debe quedar claro cuáles son los derechos y obligaciones que tienen frente a dicho Registro Público de Comercio, y no confundir las cosas, ya que la Secretaría de Economía es un organismo con tal amplitud que deben quedar claras las formas y términos en que el ciudadano deba ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones.

Preocupante resulta la reforma al artículo 27 del CCom, ya que se elimina la última parte del mismo en el sentido de que los actos que deban inscribirse de conformidad con lo dispuesto por la normatividad y no se inscriban, solamente surtirán efectos entre quienes lo celebren, sin embargo, la reforma elimina dos conceptos importantes de dicho artículo:

1. Se elimina la disposición que expresamente establecía que no producirían perjuicio a tercero los actos, o hechos, o documentos que debiendo registrarse no se registren; y,

2. Se elimina también la norma que hasta ahora permitía que un tercero pudiera aprovechar los actos no inscritos en lo que le beneficiara, lo cual es un error, ya que un acto existente pero no inscrito puede beneficiar a terceros, como una estipulación a favor de un tercero o cualquier otro elemento que pudiera servir a su favor, aunque lo desconozca. En el momento que lo conoce debería surtir efectos en su beneficio.

Grave nos parece la reforma al artículo 29 del CCom. El artículo anteriormente establecía que “los documentos inscritos producirán su efecto legal desde la fecha de su inscripción, sin que puedan ser invalidados otros anteriores o posteriores no registrados”.

Como se ve, este artículo protegía a los terceros en virtud de la publicidad que se da al documento registrado y por tanto las partes que lo celebraron, en ningún caso podían fabricar, crear o emitir otro documento con fecha anterior o posterior que invalidara los documentos inscritos.

Ahora bien, en este artículo 29 el legislador, en nuestro criterio, no entendió el espíritu de fondo de la antigua disposición y pensó simplemente que se trataba de una cuestión de prelación, lo cual es absolutamente distinto. En la reforma se establece que “los actos que deban inscribirse conforme a las normas que los regulen producirán efectos jurídicos contra terceros desde la fecha y hora de su inscripción”. Hasta aquí no existe problema, sin embargo la reforma continúa: “sin que puedan afectar su prelación otros actos que también deban inscribirse, ya sean anteriores o posteriores no registrados”.

Queda claro que ahora el legislador se refiere a una cuestión totalmente diferente que es la prelación y en ningún momento está prohibiendo o determinando que no puedan invalidarse documentos inscritos por otros posteriores o anteriores no registrados.

Desde nuestro punto de vista es desafortunada la redacción de este artículo 29 en su última parte, toda vez que no produce las mismas consecuencias jurídicas que la redacción anterior, puesto que se regulan dos conceptos jurídicos diferentes. Cuando establece: “sin que puedan afectar su prelación otros actos que también deban inscribirse, ya sean anteriores o posteriores no registrados”, la existencia de la coma y el texto “ya sean”, le da un sentido totalmente diferente a la regla anterior que buscaba la protección de los terceros que acudían al Registro Público del Comercio y que en la actualidad se quedan desprotegidos por la invalidez de los documentos inscritos por simples documentos entre las partes que pueden estar no registrados.

Por último, por lo que hace al Registro Público del Comercio en general, pensamos que resulta desafortunada la técnica legislativa utilizada en la reforma para la creación del artículo 32 Bis 2 del CCom, toda vez que establece: “se constituye el Registro Único de Garantías Mobiliarias, en adelante el Registro, como una sección del Registro

Público de Comercio, en donde se inscribirán las garantías a que se refiere el artículo anterior...". Como se verá, esta disposición en lo que hace a la parte "en adelante el Registro", es totalmente inconsistente, puesto que el CCom en múltiples ocasiones se refiere al Registro como al Registro Público del Comercio. Sin embargo en el artículo comentado se precisa que por Registro se entenderá al Registro Único de Garantías Mobiliarias, del cual hablaremos después, lo cual evidentemente crea confusión y por supuesto inseguridad jurídica. En nuestra opinión en materia legislativa sustantiva no se puede decir simplemente "en adelante el Registro", puesto que tiene un nombre propio, y por lo tanto es un sustantivo que se debe utilizar en todas y cada una de las normas en las que se aluda a éste, para efectos de dar seguridad jurídica de los particulares.

IV] Las publicaciones en materia mercantil

Independientemente de que volveremos a las reformas al CCom no señaladas, por referirse al Registro Único de Garantías Mobiliarias que abordaremos al hablar de las reformas a la LGTOC, ahora nos referiremos a la creación del sistema electrónico a que se refiere el artículo 50 Bis del CCom, de nueva creación, y que se introduce, si bien con buena intención y con una finalidad correcta, con pésima técnica legislativa en materia de comercio por lo siguiente.

El artículo 50 Bis a la letra dice: *"Las publicaciones que deban realizarse conforme a las leyes mercantiles se realizarán a través del sistema electrónico que para tal propósito establezca la Secretaría de Economía y surtirán efectos a partir del día siguiente de su publicación. Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones que deban realizarse de conformidad con otras disposiciones o leyes especiales"*.

El artículo es confuso puesto que el hablar de un "sistema electrónico que para tal propósito establezca la Secretaría de Economía", en tiempo futuro del modo indicativo, implica que esta disposición siempre se referirá a un sistema que en el futuro establecerá la Secretaría de Economía.

Desde nuestro punto de vista, este sistema electrónico debe tener un nombre propio, toda vez que el mismo se aplicará a regulaciones de carácter sustantivo. Lo anterior quiere decir:

a. Lo importante es que las publicaciones que se deban realizar conforme a las leyes mercantiles se publiquen a través de un medio que con un nombre propio disponga la legislación, y que conforme a los avances tecnológicos en materia las comunicaciones y de los sistemas digitales evidentemente tiene que ser electrónico.

b. Es irrelevante que se diga que la Secretaría de Economía establecerá el sistema con tal propósito, dado que esa debe ser una norma de carácter administrativo u orgánica de la administración pública, y que no tiene objeto que en la regulación mercantil se diga quién va a establecer el sistema electrónico. Sin embargo, el legislador, desde a

nuestro juicio de manera deficiente, pretende calificar o especificar como una diferencia para cualquier sistema electrónico, el “propósito para el cual lo establezca la Secretaría de Economía”.

c. Se insiste, la diferencia específica de un sistema o de un sujeto, cualquiera que sea, se establece con propiedad precisamente con un nombre propio, esto es, debería haberse denominado de alguna manera a este sistema electrónico, toda vez que el no haberlo hecho desvirtúa en todo momento con precisión el sistema a que se refiere y pone en duda la autonomía de dicho sistema, el manejo del mismo y la seguridad jurídica de los particulares, toda vez que no existe un concepto del mismo.

De esta forma y con total asistematización, como ha quedado mencionado reforman los artículos 600 del CCom, 9, 99, 119, 132, 136, 186, 223, 228 Bis, 243, 247 y 251 de la LGSM, y el artículo 212 de la LGTOC, para establecer que las publicaciones que refieren estos artículos en periódicos oficiales o en uno de los periódicos de mayor circulación, se realicen ahora en el “Sistema electrónico que establecerá la Secretaría de Economía”.

No obstante que la opinión sobre la falta de técnica legislativa y técnica jurídica al realizar estas reformas ha quedado plasmada con anterioridad, a continuación nos referiremos a cada una de las reformas que afectó esta norma.

Artículo 600 de CCom.- Dicho artículo relativo al contrato mercantil de transporte terrestre establecía que los empresarios de transportes están obligados: *“Fracción I. Publicar en el periódico oficial del Estado o del Distrito Federal y circular sus reglamentos, fijándolos en los parajes públicos, en la parte más visible de sus oficinas y en cada uno de los vehículos destinados a la conducción, poniendo los artículos relativos al reverso de los conocimientos de carga...”*

El artículo reformado ahora establece lo siguiente: *“Fracción I. A publicar en el sistema electrónico que establecerá la Secretaría de Economía, y circular sus reglamentos, fijándolos en los parajes públicos...”*

Nos parece increíble la superficialidad y la falta de profundización que el legislador tuvo al reformar esta fracción, porque si bien es obsoleto y absurdo que los transportistas publiquen en el periódico oficial de su Estado o del Distrito Federal, sus reglamentos, resulta aún más absurdo, obsoleto, retrograda e inservible, que fijen sus reglamentos en “los parajes públicos”, lo cual confirmó el legislador en su reforma. Lo que seguramente sucedió es que al revisar el artículo con algún buscador de la palabra “publicación”, procedió como decimos tomando la expresión anglosajona, con *copy paste*, introduciendo esta reforma al artículo 600, fracción I del CCom, sin razonar y sin entrar a detalle de su contenido.

Artículo 9 de la LGSM.- Se reforma el artículo en el sentido de que las reducciones de capital se publicarán en el sistema electrónico que establecerá la Secretaría de Economía.

Artículo 99 de la LGSM.- En el artículo 99, relativo al procedimiento de constitución de una sociedad anónima por suscripción pública, a reserva de que profundicemos en ello con posterioridad, se introduce que la publicación de la convocatoria para la Asamblea General constitutiva también se efectuará en el sistema electrónico que establecerá la Secretaría de Economía.

Artículo 119 de la LGSM.- El artículo se reforma en el sentido de que se publicará en el multicitado "sistema" cuando se tenga que decretar una exhibición cuyo plazo o monto no conste en las acciones de las acciones pagadoras de una sociedad anónima.

Artículo 132 de la LGSM.- En el artículo relativo al derecho de suscripción preferente que tienen los accionistas de una sociedad anónima, también se establece que se publicarán en el sistema electrónico que establecerá la Secretaría de Economía.

Artículo 186 de la LGSM.- Este artículo relativo a las convocatorias para las Asambleas de Accionistas de las Sociedades Anónimas, se modificó en el en el sentido de que éstas también se publicarán en el sistema electrónico que establecerá la Secretaría de Economía.

Artículo 223 de la LGSM.- En el artículo relativo a los acuerdos de fusión, también se dispone que estos deben de publicarse en el sistema electrónico que establecerá la Secretaría de Economía.

Artículo 228 Bis de la LGSM.- Asimismo, tratándose de escisión, conforme a la fracción V del 228 Bis, la reforma contempla que la resolución respectiva también debe de publicarse en el sistema electrónico que establecerá la Secretaría de Economía.

Artículo 243 de la LGSM.- Este artículo relativo a la distribución parcial del patrimonio de liquidación, ahora obliga a que también ha de publicarse en el sistema electrónico que establecerá la Secretaría de Economía.

Artículo 247 de la LGSM.- El artículo 247 relativo a la liquidación de la sociedad, en su fracción II, establece que el balance final de liquidación será publicado en el sistema electrónico que establecerá la Secretaría de Economía. Especial atención merece el concepto de "balance" y la total desinformación del legislador y la falta de memoria histórica, puesto que dicha palabra "balance" se eliminó en la reforma a la LGSM del mes de enero de 1981 y se introdujo el concepto de "información financiera", estableciéndose en tal reforma que cualquier referencia a "balance", se entenderá como "la información financiera", esto es, el estado de posición financiera y los demás estados financieros referidos en el artículo 172 de la propia LGSM. ¿Qué acaso el legislador no debe de ser consecuente con sus reformas?

Artículo 251 LGSM.- En cuanto al artículo 251 que regula las sociedades extranjeras, el Decreto en comento obliga a que las sucursales de éstas deban publicar en el sistema electrónico que establecerá la Secretaría de Economía, (y volvemos al mismo error), un balance general de la negociación visado por un Contador Público titulado.

Artículo 212 de la LGTOC.- Se reforma también el artículo 212 de la LGTOC, volviendo al craso error del balance, en el sentido de que ahora las sociedades que emitan obligaciones deberán publicar anualmente su balance (léase información financiera, conforme a los transitorios de la reforma a la LGSM de 1981), y que dicha publicación se hará en el sistema electrónico que establecerá la Secretaría.

Artículo 34 de la LOAPF.- Por último, y de manera fundamental, se reforma el artículo 34 en su fracción XXXI de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, añadiéndose esta fracción, que, corresponde a la Secretaría de Economía: "determinar y operar el sistema electrónico en el que deberán realizarse las publicaciones que establezcan las leyes mercantiles."

Es fundamental esta fracción, toda vez que, siendo consistentes con lo expuesto, el nombre o la denominación a la que nos referíamos en un inicio de este comentario, es precisamente ese "sistema electrónico en el que deberán realizarse las publicaciones que establezcan las leyes mercantiles".

En todos los casos analizados se establece la obligación de publicar a través de dicho sistema electrónico, sin embargo el legislador vuelve a ser incongruente y denota una falta de técnica metodológica, al establecer en el artículo 1º transitorio que la reforma entrará en vigor al día siguiente a su publicación en el Diario Oficial de la Federación, por lo que entró en vigor el pasado sábado 14 de junio de 2014. Sin embargo, el artículo 2º transitorio otorga a la Secretaría de Economía un año, contado a partir del 14 de junio de 2014, para establecer, mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación, el sistema electrónico a que hace referencia la LGSM, la LGTOC, así como la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y por su puesto el CCom. Así las cosas, los transitorios no establecen la forma y términos en que bajo la vigencia de la nueva ley, actualmente vigente, se deben de realizar las publicaciones en tanto se implementa el mencionado sistema electrónico, por lo que, en nuestro concepto, se deja en una total inseguridad jurídica a los comerciantes durante el período que correrá desde el inicio de vigencia de la ley, esto es, desde el 14 de junio de 2014, hasta la fecha en que entre en funcionamiento el famoso sistema electrónico. De esta forma, tenemos que durante todo el período antes señalado, no existe ninguna norma que obligue a realizar publicaciones y la forma y términos en que dichas publicaciones deban de realizarse durante el período señalado, por lo cual, al no ocuparse los transitorios de la reforma de dicho tema, en forma por demás inverosímil, se crea una laguna legal que puede dar lugar a serios inconvenientes, litigios y daños y perjuicios, así como inseguridad jurídica a cargo de los particulares.

Interesante sin duda será el estar pendientes de la forma y términos en que la Secretaría de Economía establecerá el sistema electrónico que se ha mencionado con insistencia en los párrafos anteriores, y también muy loable será el que el mismo funcione. Es muy importante resaltar que la idea del legislador, tanto en México como en

el extranjero al referirse a las publicaciones en materia mercantil, es que todos y cada uno de los destinatarios de dichas publicaciones tengan oportunidad de enterarse del contenido de las mismas. De esta forma, es muy importante que en el establecimiento del sistema electrónico se tome en cuenta la forma y términos en que dicho sistema será diseñado para que efectivamente las publicaciones en el mismo sean una fuente de información para aquellas personas a las que están destinados.

En nuestro concepto, de funcionar el sistema electrónico de notificaciones, lo cual es muy positivo independientemente de la mala forma en que se encuentra regulado, será un paso importante a efectuar, pero definitivamente no es el único necesario para su correcto funcionamiento. Nos parece que, para que realmente el sistema electrónico funcione y cumpla con sus objetivos, debe estar ligado a un correcto funcionamiento electrónico del programa informático que constituirá el Registro Público del Comercio, y simultáneamente deberá hacerse un esfuerzo para llegar a un sistema desmaterializado de las acciones de las sociedades anónimas. Con lo anterior, es evidente que cerrando el círculo con los tres elementos, se tendrán los medios suficientes, las bases de datos, la información y todo lo necesario para que efectivamente la centralización y la federalización del Derecho Mercantil funcione en cuanto a información y comunicación a nivel centralizado y federal, tal y como fue previsto por el Congreso de la Unión desde el año de 1883.

V] Otras reformas a la LGSM

Además de las reformas relativas a las publicaciones que se efectuaron a la LGSM y que hemos comentado con anterioridad, se realizaron otras modificaciones en la propia ley que si bien es probable que el legislador no haya reparado en su importancia, consideramos que algunas de ellas son muy importantes, por lo que procederemos al análisis en particular de éstas:

1. Se agrega un párrafo al artículo 4° de la LGSM que establece: "Las sociedades mercantiles podrán realizar todos los actos de comercio necesarios para el cumplimiento de su objeto social, salvo lo expresamente prohibido por las leyes y los estatutos sociales".

Aunque parece inocente este añadido al artículo 4° de la LGSM, y que podría parecer simple o de mero trámite, consideramos que tiene un trasfondo importante toda vez que si profundizamos y analizamos detenidamente el contexto en el que se inserta en ley, es muy probable que esta nueva disposición de alguna manera venga a limitar o a definir la capacidad de las sociedades mercantiles.

Es evidente que el legislador introdujo este artículo sin detenerse en el fondo, toda vez que en las exposiciones de motivos no se alude al respecto, ni en la iniciativa de reforma. Asimismo el legislador careció de visión retrospectiva y memoria histórica para analizar que en diversas legislaciones del mundo y en todos nuestros antecedentes legislativos de

ninguna manera se precisa, limita o regula en la ley la capacidad de una sociedad mercantil, sino que única y exclusivamente se otorga facultades a los representantes de las sociedades, como sucede en nuestro país conforme al artículo 10 de la propia LGSM, dando a los administradores facultades para realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezca la ley y el contrato social.

Sin embargo, en aras de la libertad contractual y el sinnúmero de actividades que una sociedad puede realizar, el legislador, tanto extranjero como en nuestro país, de alguna manera ha limitado o establecido cuáles son los actos que puede realizar una sociedad, sino que en todo caso se les reconoce la personalidad jurídica independiente a la de sus socios, y la capacidad de las mismas se delimita por el propio objeto social materia del contrato social o acto constitutivo.

Ahora en el texto, con la reforma, el artículo 4° establece que las sociedades mercantiles podrán realizar todos los actos de comercio necesarios.

Lo anterior es confuso, inadecuado y produce inseguridad jurídica a los entes societarios, toda vez que si bien es una norma permisiva como lo veremos posteriormente, se está limitando a las sociedades en otro sentido (*contrario sensu*) para realizar única y exclusivamente actos de comercio. Es también obvio que el legislador no tuvo el cuidado de revisar la evolución que durante el siglo XIX tuvo nuestra legislación mercantil, comenzando por las ordenanzas de Bilbao que estuvieron vigentes a principio del siglo, como posteriormente las leyes expedidas por Santa Ana, el Código de Comercio de 1855 de Don Teodosio Lares, y el Código de Comercio de 1884, ya que todos ellos, siguiendo diferentes legislaciones extranjeras, en concreto la española y la italiana, y las innovaciones europeas en materia comercial, se prestan para una compleja discusión entre la regulación del sujeto comercial, esto es, el comerciante y el acto de comercio o una visión objetiva de la regulación para los comerciantes, a diferencia de los industriales que finalmente se pensaba que quedaban de manera inicial fuera de la legislación especial.

No obstante lo anterior y con el sistema ambivalente que tiene nuestro actual CCom, en donde por una parte se regula a los comerciantes como sujetos, y de una manera bastante retrograda y obsoleta se enumeran lo que la ley considera actos de comercio, consideramos que en la actualidad es muy delicado el referirse a dichos actos de comercio.

Un cuestionamiento que podría surgir es que cuando el legislador se refiere a "los actos de comercio necesarios" son precisamente aquellos que se enumeran en el artículo 75 del CCom y que la ley reputa como actos de comercio, o cualquier acto que realicen los comerciantes independientemente de que esté enumerado o no en el CCom. La lista que hace el artículo 75 del CCom, a la que necesariamente se refiere el precepto reformado, es evidente que limita la capacidad de las sociedades mercantiles conforme a la redacción

adoptada en el párrafo ahora añadido al artículo 4º de la ley que las regula.

También se le olvidó al legislador que de conformidad con nuestra legislación las sociedades mercantiles constituidas de conformidad con la ley mercantil, son comerciantes por definición, y por ello, en virtud del sujeto mismo que realiza los actos que ejecuta, en principio se reputan comerciales, y por lo tanto no es necesario que se les otorgue una capacidad especial para la realización de los mismos, puesto que en todo caso dicha capacidad estará limitada por su objeto social de conformidad con los acuerdos de los constituyentes de cada una de las sociedades.

Por otra parte, creemos que es de considerarse la gravedad de la limitación si entendemos la norma en tal sentido, puesto que hay cantidad de actos realizados por las propias sociedades mercantiles que no son actos de comercio, y que resulta necesario contar con capacidad jurídica para su realización, como por ejemplo, la contratación de un trabajador, las relaciones de carácter laboral, los contratos que para la donación o beneficencia pudieran celebrar, etc., y a partir de este artículo 4º, serán de dudosa validez todos los actos que realice una sociedad mercantil que no sea específicamente un acto de comercio.

2. Reformas a artículos 5, 6 Y 7 de la LGSM. Las reformas a estos tres artículos van encaminadas a establecer de manera clara que las sociedades mercantiles también se pueden constituir ante Corredor Público, por lo que se elimina la restricción de que se constituyan ante Notario Público y se sustituye por la de fedatario público, sin embargo esas reformas tampoco esclarecen la pugna existente entre los diversos fedatarios, esto es, los Notarios y los Corredores, sobre el otorgamiento de poderes de una sociedad mercantil y si es factible que dichos poderes, apoderamientos y mandatos se lleven a cabo ante Corredor Público.

3. Se introduce un nuevo párrafo al artículo 8 de la LGSM, el cual también tienen sus bemoles, puesto que establece: *"Artículo 8... Asimismo, las reglas permisivas contenidas en esta ley no constituirá excepciones a la libertad contractual que prevalece en esta materia"*.

Aunque la norma no es clara y entendemos que viene a regular algo que no hace falta regular, esto es, que cuando una norma es permisiva (y que debe ser norma y no regla como establece el artículo), es optativo para las partes el utilizarla o no utilizarla, por lo que de ninguna manera se puede entender que es una excepción a la libertad contractual que prevalece en la materia. Esto es, en principio en materia de sociedades mercantiles, las normas imperativas o de orden público, conllevan la libertad contractual, y por lo tanto si la norma es meramente permisiva, es claro que la misma no es una excepción a la libertad contractual, sino facultad del comerciante o de la sociedad apegarse a la misma o no.

En otras palabras, esta precisión que hace el legislador puede considerarse meramente ociosa y únicamente confunde en cuanto a su

interpretación el tan llevado y traído problema de la libertad contractual en materia mercantil.

El trasfondo del asunto está en que en la reforma que se efectúa a la LGSM, como veremos posteriormente al comentar el artículo 91 y otros, se permiten que en los estatutos de la sociedad anónima existan una serie de cuestiones que con anterioridad no existían, pero que en la práctica común se llevaban a cabo, como por ejemplo, los contratos entre accionistas o bien las limitaciones a la circulación de las acciones. En este tenor podría haber una interpretación en el sentido de que si conforme a esta reforma ahora las sociedades o los accionistas pueden pactar entre sí o ciertas sociedades anónimas pueden establecer cuestiones novedosas en sus estatutos, se cuestione la validez de los actos en ese tenor realizados con anterioridad

4. La reforma al artículo 90 de la LGSM, consideramos también que es totalmente anacrónica, y que el legislador, al igual que en el año 2005 que se promulgó la Ley del Mercado de Valores, no tomó en cuenta la memoria histórica y lo que sucede en la práctica con las sociedades que supuestamente se constituyen por suscripción pública.

Como se recordará, la Ley que Establece Requisitos para la Venta al Público de Acciones de Sociedades Anónimas, que se publicó en el año de 1940, y que estuvo vigente en su artículo 13 hasta el mes de enero de 1988, claramente establecía el concepto de lo que hoy se conoce como "oferta pública", y por lo tanto dicha ley, al no ser el Registro Público del Comercio un sistema de publicidad, volvió nugatorio este tipo de constitución de sociedades anónimas.

Por otra parte, la Ley del Mercado de Valores, en su artículo 11, al cual se refiere este nuevo artículo 90, establece que *"Una sociedad anónima que pretenda constituirse a través del mecanismo de suscripción pública a que se refiere la LGSM deberá inscribir las acciones representativas del capital social en el Registro (Registro Nacional de Valores) y obtener la autorización de la Comisión para realizar su oferta pública, ajustándose a los requisitos que le sean aplicables en términos de esta ley"*.

En la práctica, el artículo 11 de la Ley del Mercado de Valores, y la forma en que ahora está redactado el artículo 90 de la LGSM, los hacen totalmente inoperantes, puesto que la Ley del Mercado de Valores y la propia Comisión Nacional Bancaria y de Valores requiere que una sociedad, para inscribir sus acciones en el Registro Nacional de Valores, cumpla cuando menos ciertos requisitos y antigüedad de operación, utilidades, etc., y por lo tanto, nunca será jurídicamente factible que se inscriban en el Registro Nacional de Valores las acciones de una sociedad anónima que se va a constituir en el futuro para el caso de querer realizarlo por suscripción pública.

La falta de profundización, la inexistencia de aplicación en la práctica y el total desconocimiento por parte de los autores de la ley, hacen que un tema que lleva más de 70 años con carencia de aplicación, vuelve a regularse de manera inútil.

5. La reforma al artículo 91 de la LGSM, introduciendo en este una nueva fracción VII, es una copia de las diversas fracciones contenidas en el artículo 13 de la actual Ley del Mercado de Valores, que permite a las Sociedades Anónimas Promotoras de Inversión incluir en sus estatutos una serie de regulaciones, alguna de las cuales desde nuestro punto de vista, no son procedentes, y que comentaremos a continuación.

Antes entrar a detalle con cada una de las estipulaciones que en su caso se pueden contener en la escritura constitutiva o en la póliza de la sociedad anónima, es necesario hacer notar la contradicción en la que el legislador caé respecto de esta nueva norma:

Como vimos, el artículo 8° insertó una referencia a que las normas permisivas no son una excepción al principio de libertad contractual, sin embargo el artículo 91 no es una norma permisiva, sino una norma imperativa al incluir la palabra “deberá contener”, esto es, que necesariamente lo establecido en las fracciones I, y ahora hasta la VII, deben de estar incluidos en los documentos constitutivos de las sociedades anónimas, además de los requisitos exigidos por el artículo 6.

En esta tesitura, cuando la fracción VII dice: “en su caso, las estipulaciones que...”, no se sabe realmente a qué se refiere el legislador con las palabras “en su caso”, puesto que en el preámbulo del artículo 9, esto es, la norma general, establece que “deberá contener”. Por lo tanto, no es claro si el contenido de la fracción VII es permisiva o es una norma imperativa, ya que si fuese permisiva, evidentemente sería contradictoria con la parte primera del artículo.

Ahora pasamos a analizar cada uno de los subincisos que contienen la fracción VII del artículo 91 de la LGSM.

a). Estipulaciones, de cualquier naturaleza, a la transmisión de propiedad o derechos, respecto a las acciones de una misma serie o clase, representativas del capital social, distintas a las que se prevé en el artículo 130 de la LGSM.

En primer lugar, es de hacerse notar que este inciso se refiere a la LGSM como si se estuviera refiriendo a una ley ajena o diversas cuando es una fracción que se contiene dentro de la propia LGSM.

En segundo lugar, además de la restricción del artículo 130 de la LGSM que establece que será necesario la autorización del Consejo de Administración para la transmisión de las acciones, en los estatutos de una sociedad anónima ahora se pueden imponer todo tipo de restricciones de cualquier naturaleza, lo cual evidentemente se presta a todo tipo de abusos, además de la desnaturalización de una sociedad anónima en donde el capital se encuentra representado por acciones, y que de conformidad con el artículo 111 de la propia LGSM, son títulos de crédito que sirven para acreditar y transmitir la calidad de socio, y por lo tanto, solo en casos de excepción se pueden establecer normas restrictivas a su transmisión, como lo es la eventual autorización del Consejo de Administración contenida en el artículo 130 de la Ley vigente desde su promulgación.

b). Establezcan causales de exclusión de socios o para ejercer derechos de separación, de retiro, o bien, para amortizar acciones, así como el precio o las bases para su determinación.

No es necesario profundizar mucho para darse cuenta de que la naturaleza propia de la sociedad anónima implica, precisamente, que lo importante es el capital contribuido y no la persona de los socios. Por tal motivo, y con una evidente desnaturalización, el establecer causales de exclusión tratándose de una sociedad anónima, es totalmente impropio e improcedente, ya que dichas causales se determinarán en consideración del accionista respectivo y no del capital con el que contribuyó.

Además, siendo que el capital social está representado por acciones, es necesario que la sociedad para excluir a un socio, cuyos derechos y obligaciones no los tiene en forma personal sino que están incorporados y contenidos en los títulos de sus acciones, recupere tales títulos, por lo que es totalmente inviable y contrario a su naturaleza el hecho de que se pretenda excluir a un socio de una sociedad anónima.

Del mismo modo, el derecho de amortizar determinadas acciones no designadas por sorteo, es atentatorio contra de las minorías, puesto que en cualquier momento una mayoría puede introducir este tipo de estipulaciones en los estatutos sociales, y ejercerlas eliminando de la sociedad a los accionistas minoritarios.

c). También se puede pactar diversos tipos de acciones en cuanto al contenido de los derechos corporativos y patrimoniales, ya que puede haber acciones sin voto o con el voto limitado arbitrariamente, el otorgamiento de derechos sociales no económicos, o sea corporativos, distintos al derecho de voto y exclusivamente el derecho de voto, o conferir derecho de veto, o que se requiera el voto favorable de uno o más accionistas respecto de las resoluciones de las asambleas generales de accionistas.

Evidentemente el liberalismo que existe en esta disposición y como ya se había comentado en la Ley del Mercado de Valores respecto de las SAPIs, da al traste con toda la regulación de la sociedad anónima puesto que con el derecho de veto, por ejemplo, se atenta contra uno de los principios fundamentales en materia societaria que es el principio de supremacía de la mayoría de carácter democrático, que intrínsecamente tiene una sociedad de tal tipo.

Por otra parte, no dejamos de observar el hecho de que estas estipulaciones se puedan prestar al abuso, puesto que existe la libérrima voluntad de los accionistas de otorgar y manipular los derechos que pueden incorporar las acciones de una sociedad, lo cual evidentemente puede ir en perjuicio de las minorías y es totalmente contrario a la naturaleza societaria de las anónimas.

d). Estipulaciones que “implementen mecanismos a seguir en caso de que los accionistas no lleguen a acuerdos respecto de asuntos específicos”.

Como en su momento comentamos respecto de la Ley del Mercado de Valores, no existe estipulación más incongruente, ridícula y torpe que esta disposición, toda vez que los estatutos de una sociedad

no cabe una estipulación de esta naturaleza. Veamos, en una sociedad priva el derecho de las mayorías, procurando en todo caso no lesionar los derechos de la minoría y respetando los mismos. En estas circunstancias, los estatutos sociales o el contrato social o póliza, como le llama ahora el legislador, regulan las relaciones jurídicas entre la sociedad y cada uno de los accionistas y de ninguna manera regula los derechos y obligaciones *entre los accionistas* de una sociedad. De esta manera, cuando los accionistas van a decidir cualquier situación de cualquier naturaleza en los órganos de la sociedad, y específicamente en la asamblea de accionistas, debe imperar el principio de mayoría, de tal manera que el resultado simple y sencillamente puede ser que un asunto resulte o no aprobado por mayoría. De esta forma, nunca puede darse el caso de que los accionistas no lleguen a acuerdos, esto es, los accionistas no están conformando un acuerdo entre ellos cuando actúan en una asamblea de accionistas, sino que están conformando la voluntad colectiva de la sociedad de tal forma que hay voluntad o no la hay de tomar determinado acuerdo.

Como se verá, es totalmente inútil y absurdo que bajo una óptica distorsionada o bajo la influencia de sistemas legales ajenos a nuestra legislación, se pretenda establecer en los estatutos mecanismos para el caso de que los accionistas no lleguen a acuerdos, cuando no existe conforme a los mismos ninguna relación jurídica entre dichos accionistas.

e). Estipulaciones que "amplíen, limiten o nieguen el derecho de suscripción preferente a que se refiere el artículo 132 de la LGSM".

Aquí nuevamente la falta de técnica legislativa y el copiado sin pensar y analizar, (*copy paste*) se impuso al hacer referencia a la LGSM como si fuera una ley extrínseca o ajena, cuando este subinciso está contenido en la propia Ley.

En nuestra opinión, el limitar o negar el derecho de suscripción preferente puede ir en perjuicio de las minorías, cuando esta estipulación es implantada por las mayorías, quienes pudieran pretender negar el derecho a mantener un porcentaje determinado del capital social y provocar la dilución de los minoritarios, aunque tampoco negamos que en determinadas circunstancias se pudiera justificar.

f). Estipulaciones que "permitan limitar la responsabilidad en daños y perjuicios ocasionados por los consejeros y funcionarios, derivados de los actos que ejecuten o por la decisiones que adopten, siempre de que no se trate de actos dolosos o de mala fe, o bien ilícitos conforme a esta u otras leyes".

Como ya se ha expuesto al comentar en alguna ocasión la Ley del Mercado de Valores, consideramos que ésta disposición obedece única y exclusivamente a la conveniencia de que para algunos consejeros se les limite su responsabilidad, dada la forma en que operan las sociedades anónimas en México, y sobre todo para otorgar dicha posibilidad a los consejeros extranjeros independientes o externos que regularmente mantienen un gran miedo a las responsabilidades que puedan derivar de sus funciones.

6. Respecto del artículo 113, es importante analizar su reforma que incluyó, al inicio, las palabras "salvo lo previsto por el artículo 91" con antelación a la frase "cada acción solo tendrá derecho a un voto..."

Nos parece interesante esta modificación, puesto que el artículo 91 fracción VII que comentamos, establece, respecto del derecho de voto, que se puede restringir, eliminar, o se pueden otorgar derechos distintos al derecho de voto, pero en ninguna parte de dicho artículo 91 se establece el conocido "voto múltiple", esto es, que una sola acción o una serie de acciones tengan un número de votos diferentes a uno por acción. Hay algunas legislaciones como la argentina que permite el voto múltiple, sin embargo, éste debe tener una regulación específica, lo cual no sucedió en la reforma que comentamos, por lo cual el legislador nuevamente establece la posibilidad de que en uso de esa libertad contractual en la materia que se establece en el artículo 8° de la propia ley conforme a esta misma reforma, puedan pactarse la existencia acciones con votos múltiples y con ello hacer más disparate e ineficaz el sistema de protección de la minoría y su consecuente de las mayorías.

7. Es congruente el artículo 125 en su fracción VII que establece que los títulos de acciones de la sociedades anónimas deberán contener las estipulaciones que contiene la fracción VII del artículo 91 de esta Ley.

Por otro lado se reforma el artículo 157, que de acuerdo con lo dispuesto desde el año 2005 por la Ley del Mercado de Valores, establece la obligación de confidencialidad por parte de los administradores de una sociedad anónima, lo cual es conveniente y otorga una mayor seriedad a los cargos respectivos y seguridad a la misma sociedad. Obviamente el legislador tampoco puso atención a la tan discutida situación que ha provocado a lo largo de los últimos 80 años esta disposición en su parte inicial, puesto que de acuerdo con la doctrina y la naturaleza propia del encargo respectivo, los administradores no son mandatarios de la sociedad, toda vez que no existe el otorgamiento de un mandato por parte de la misma, sino que son representantes, esto es, que al carecer la sociedad, por ser una persona moral, de una forma de representación por sí misma y natural, requiere de un representante para ejercer sus derechos y obligaciones. No es raro que haya caído en el olvido esta discusión puesto que tampoco se reformó el artículo 142 relativo al concepto de los administradores en la sociedad anónima. Bueno hubiera sido aprovechar esta reforma para corregir este tema meramente de carácter técnico.

Por otra parte, vale la pena efectuar un comentario respecto a esta reforma relativa a la confidencialidad que deben guardar los administradores puesto que estamos tratando en este caso de la LGSM que regula a sociedades en donde no toda la información es pública. Es el caso que existen muchas sociedades que tienen secretos industriales o comerciales y el artículo reformado, al contrario de lo sucedido en la Ley del Mercado de Valores, establece un plazo para guardar dicha confidencialidad, por el período del encargo de la administración y hasta un año posterior a la terminación del mismo, tiempo que nos parece totalmente irrazonable tratándose de sociedades que continúan vigentes

y cuyo desarrollo se encuentra basado en una serie de información confidencial. Mejor hubiera sido no poner plazo para que la obligación fuera permanente como sucede en la Ley del Mercado de Valores.

8. En los artículos 163, 199 y 201 de la LGSM se reduce del 33% al 25% el porcentaje de participación en el capital social o de las acciones representadas para ejercer derechos minoritarios. Tampoco existe una explicación que justifique esta reducción. Es probable que sea para darle una mayor protección a las minorías en consonancia con lo que ocurrió en la Ley del Mercado de Valores, aunque en términos efectivos no se ha logrado.

Lo que si merece la pena comentar, es la falta de pureza y elegancia legislativa que el Congreso de la Unión, las Cámaras que lo integran y las comisiones que lo abordaron tuvieron al redactar e insertar el artículo Tercero Transitorio de la reforma comentada que a la letra dice: *“Tercero. Las disposiciones previstas en los artículos 163, 199 y 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, entrarán en vigor, en lo relativo a los derechos de minorías, a partir del décimo día hábil posterior a la fecha de publicación del presente decreto. Por lo anterior, todas las sociedades que se constituyan a partir del día antes referido tendrán que respetar los nuevos derechos de minorías en sus estatutos.”*

Definitivamente no se entiende el porqué después del punto y seguido se establecen las palabras “Por lo anterior”, ya que la norma que comienza allí, no se deduce de lo anterior, pero además es por demás absurdo que los derechos de las minorías ya con los grandes beneficios de la reforma, sólo sean aplicables a las sociedades que se constituyan con posterioridad al 30 de junio de 2014, y no a las constituidas con anterioridad para los derechos que se ejerzan en el futuro. Evidentemente los autores de la reforma se toparon con una duda seria de retroactividad, la cual evidentemente no existe. Si ese fuera el caso, habría sociedades con acciones al portador, o sociedades anónimas cotizando en bolsa que no fueran bursátiles. En fin, tampoco entendió el legislador este tema, es el colmo, ni los transitorios son congruentes y técnicamente correctos, ahora tendremos sociedades con minorías de primera y de segunda.

9. Se reforma el artículo 166 de la LGSM y en su fracción IX que contiene la facultad genérica de vigilar las operaciones de la sociedad por parte de los comisarios, para dejarlo en forma sucinta y aludir a la gestión, conducción y ejecución de los negocios de la sociedad, sin que sea clara la diferencia entre la disposición anterior y la que actualmente se incluyó.

10. El artículo 177 de la LGSM, también hace alusión al sistema electrónico que se establecerá por la Secretaría de Economía, sin embargo en este caso no se refiere a una notificación que deba publicarse de conformidad con las leyes mercantiles, sino a la obligación que tiene una sociedad de publicar sus estados financieros dentro de los quince días siguientes a la fecha de que la asamblea general de accionistas los haya aprobado.

Así las cosas, y de manera totalmente asistemática y confusa este artículo ahora dispone que son los accionistas quienes podrán solicitar que se publique en el sistema electrónico aludido los estados financieros con sus notas y el dictamen de los comisarios, sin embargo en ningún momento se establece cuantos accionistas deberán formular la solicitud, si lo tiene que aprobar la mayoría de la asamblea o qué se entiende por el plural "los accionistas" al que se refiere este artículo.

11. La reforma al artículo 194 de la LGSM, también nos parece ociosa e incongruente. Ociosa porque ya establecía el artículo que las actas de las asambleas extraordinarias se deberían de inscribir en el Registro Público del Comercio, y bien el reglamento de dicho Registro determina cuales son los documentos inscribibles, y por lo tanto se exige en tal reglamento que sea un instrumento público. Incongruente nos parece porque introduce la obligación de que tales actas sean protocolizadas ante fedatario público, tratando de ser el legislador más universal e incluyendo tanto a los Notarios Públicos como a los Corredores Públicos, pero se le olvidó al legislador que el término "protocolización" única y exclusivamente es aplicable a los Notarios Públicos que son las personas que tienen a su cargo un protocolo y no a los Corredores Públicos que desempeñan su fe a través de documentos denominados "pólizas".

12. Sorprendente resulta la reforma al artículo 198 de la LGSM que antiguamente prohibía y declaraba nulo cualquier convenio que limitara o negara la libertad de voto de los accionistas. Ahora permite que los accionistas de las sociedades anónimas puedan llevar a cabo convenios entre ellos sobre diversas cuestiones. A este efecto el artículo hace una enumeración, copiada a la letra del artículo respectivo de la Ley del Mercado de Valores aplicable a las sociedades anónimas promotoras de inversión, en la cual se incluyen los aspectos que pueden contener tales convenios y que a continuación analizamos.

a. Derechos y obligaciones que establezcan opciones de compra o venta de las acciones representativas del capital de la sociedad, tales como los conocidos como derechos de opción, opción de compra, opción de venta, los anglosajones "*tag along* y *drag along*", y en definitiva derechos de suscripción y de obligaciones de suscripción frente a los demás accionistas.

b. También se hace mención a que se pueden pactar enajenaciones y demás actos jurídicos relativos al dominio, disposición o ejercicio del derecho de preferencia a que se refiere el artículo 132 de esta Ley con independencia de que tales actos jurídicos se lleven a cabo con otros accionistas o con personas distintas. Es de resaltarse esta disposición ya que viene a aclarar la naturaleza jurídica, ahora en la LGSM, de este derecho de preferencia, estableciendo que es un derecho patrimonial que tienen los accionistas, el cual puede ser objeto diversos actos jurídicos, y no un derecho personalísimo de no dilución, y por lo tanto este es cedible, transferible o enajenable de cualquier forma.

c. En forma totalmente contraria a lo establecido por el antiguo artículo 198 ahora se pueden realizar todo tipo de acuerdos para el

ejercicio del derecho de voto en asambleas de accionistas, y por último se pueden realizar acuerdos para la enajenación de acciones entre los accionistas en oferta pública, así como otros acuerdos de naturaleza análoga.

También es importante hacer notar que este artículo establece claramente que los convenios no son oponibles a la sociedad excepto tratándose de resolución judicial, lo cual es muy positivo, toda vez que, este artículo reafirma que los estatutos sociales rigen las relaciones jurídicas entre la sociedad y todos y cada uno de sus accionistas, y en su caso las relaciones entre los accionistas se regirán por estos acuerdos o convenios que ahora en cierta forma se vienen a legalizar y de cuya legalidad siempre se tuvo dudas.

VI] Reformas al Código de Comercio en materia de garantías mobiliarias

Como se recordará, fue en la reforma del CCom publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 2009, en donde se introducen los artículos 32 Bis 1 al 31 bis 9, referentes al Registro Único de Garantías Mobiliarias.

Esta reforma, motivada por el fracaso de las reformas anteriores en materia de ejecución de garantías mobiliarias, que como se recordará inició con aquella iniciativa de Ley de 1999, relativa a la Ley Federal de Garantías, que finalmente incluía lo relativo a la prenda sin desplazamiento y al fideicomiso de garantía, y que terminó en una reforma a la LGTOC, la cual evidentemente no ha operado de manera correcta, o al menos en nuestra experiencia.

Desde principios de los años 90's, con la firma del Tratado de Libre Comercio y las argumentaciones de nuestros socios comerciales de la inviabilidad, de la prontitud y posibilidad de ejecución de garantías en este país, y con el discernimiento de la interpretación por la Suprema Corte de Justicia y posterior reforma del artículo 341 de la LGTOC en materia de ejecución de la prenda, se abrió un esfuerzo por parte de las autoridades para luchar contra la cultura de no pago, la dificultad de la ejecución de garantías mobiliarias, de la terrible corrupción existente en el poder judicial, y finalmente en contra del abuso de las garantías consagradas en los artículos 14 y 16 constitucionales, las cuales no han sido sino un pretexto para fomentar el no pago de las obligaciones argumentando lesión a los Derechos Humanos y a las garantías consagradas en dichos artículos.

Con la reforma del 27 de agosto de 2009, se constituyó el Registro Único de Garantías Mobiliarias, que en la práctica no ha funcionado. Con la presente reforma se pretende hacer operable y funcional este Registro Único constituido hace cinco años.

Con tal objetivo, así como para hacerlos acordes con las reformas introducidas en la LGTOC, se reforman los artículos 32 Bis 2, 32 Bis 4 y 32 Bis 6.

Quizá la reforma más importante en este rubro es la del artículo 32 Bis 1, conforme al cual hasta la entrada en vigor de ésta, la inscripción de garantías mobiliarias en la sección respectiva, se dejaba a la potestad de los interesados, puesto que hablaba de aquellas garantías que fueran susceptibles de inscripción. Con la reforma a partir de ahora, a es obligatorio inscribir las garantías mobiliarias, puesto que el primer párrafo del artículo 32 Bis 1 establece claramente que “deberán inscribirse en los términos de esta sección para que surtan efectos jurídicos contra terceros...”

Por otra parte, este artículo 32 Bis 1 elimina el párrafo que de una manera genérica establecía cuales eran las garantías mobiliarias que podían ser susceptibles de inscripción, y ahora en diversas fracciones se establece con toda claridad qué se entiende por Garantías Mobiliarias, y los actos jurídicos que deben de inscribirse en esta sección, haciendo una enumeración clara y precisa de todos los pactos y documentos que son materia de inscripción.

“A. En las garantías mobiliarias quedan comprendidos, sin perjuicio de aquéllos que por su naturaleza mantengan ese carácter, los siguientes:

- I. La prenda sin transmisión de posesión;*
- II. La prenda ordinaria mercantil cuando el acreedor prendario no mantenga la posesión sobre los bienes;*
- III. La prenda en los créditos refaccionarios o de habilitación o avío;*
- IV. La hipoteca industrial por lo que hace a los bienes muebles sobre los que recae;*

B. Los siguientes actos deberán inscribirse en esta Sección:

I. Los actos jurídicos mercantiles por medio de los cuales se constituya, modifique, transmita o cancele un privilegio especial o derecho de retención sobre bienes muebles en favor de terceros en los que el acreedor no mantenga la posesión sobre los bienes muebles;

II. El arrendamiento financiero, por lo que hace a los bienes muebles sobre los que recae;

III. El factoraje financiero;

IV. Las cláusulas rescisoria y de reserva de dominio en compraventas mercantiles, cuando el comprador no mantenga la posesión de los bienes muebles;

V. El fideicomiso de garantía en cuyo patrimonio existan bienes muebles;

VI. Las resoluciones judiciales o administrativas que recaigan sobre bienes muebles, incluyendo los embargos sobre bienes muebles; y

VII. Cualesquiera otros actos, gravámenes o afectaciones sobre bienes muebles de naturaleza análoga a los expresados en las fracciones anteriores, que sirvan directa o indirectamente como garantías, en los que el acreedor no mantenga la posesión sobre los mismos.”

Independientemente de que en el párrafo a) de este artículo 32 Bis 1, ahora el CC nos dice lo que queda comprendido en las garantías mobiliarias, refiriéndose a la prenda, y en el apartado b)

establece otra serie de actos jurídicos, respecto de los bienes muebles en contratos distintos al de prenda, son todos ellos tan importantes, que vale la pena comentar brevemente estos últimos.

a). *El arrendamiento financiero*, si bien no es una garantía, existe una problemática fundamentalmente respecto del mismo cuando se trata de concursos mercantiles o de embargos, por lo que es muy conveniente esta inscripción.

b). *El factoraje financiero*. Realmente no es congruente con las disposiciones existentes en México en materia mercantil, dado que, por factoraje financiero simple y sencillamente se entiende como un contrato preparatorio para la futura cesión de derechos. Sin embargo, no se ordena ni se considera en este artículo la inscripción de aquellas cuentas por cobrar que se hayan de alguna manera cedido a través del factoraje o que se vayan a ceder a través del factoraje, por lo que en nuestro parecer, la inscripción de un contrato de factoraje financiero es absolutamente inservible para efectos de terceros.

c). Las *cláusulas rescisorias* y de *reserva de dominio en compraventas mercantiles*, cuando el comprador no mantenga la posesión de los bienes muebles.

Consideramos que es totalmente equivocada y confusa esta fracción, puesto que en primer término prácticamente todos los contratos tienen cláusulas rescisorias por incumplimiento y hasta cierto punto es inocuo el que se inscriban las mismas. La reserva de dominio, efectivamente es importante que se inscriba desde el punto de vista del comerciante comprador, y la ley no aclara esto, sin embargo también es conveniente la inscripción en el registro del comerciante vendedor. En nuestro concepto es erróneo que se diga que "cuando el comprador no mantenga la posesión de los bienes muebles", puesto que ello no se puede predicar o decir de un comprador, en todo caso será "cuando el vendedor no mantenga la posesión de los bienes muebles", ya que de otra forma se hace poco inteligible el concepto.

d). También se deben inscribir los fideicomisos de garantía en cuyo patrimonio existan bienes muebles, lo cual desde nuestro punto de vista puede ser adecuado, aunque lo comentaremos con más profundidad respecto de las reformas a la LGTOC.

e). Las *resoluciones judiciales administrativas que recaigan sobre bienes muebles, incluyendo los embargos sobre bienes muebles*. Esto también es positivo, sin embargo puede haber un tipo de resoluciones judiciales o administrativas que recaigan sobre bienes muebles respecto de las que no tendría objeto su inscripción, por ejemplo una resolución judicial que apruebe la partición de una herencia es totalmente inoperante que se tenga que inscribir en el Registro Público del Comercio, aunque el *de cuius* haya tenido el carácter de comerciante o los herederos lo sean.

f). *Cualquier otro acto, gravámenes o afectaciones sobre bienes muebles de naturaleza análoga a los expresados en las fracciones anteriores que sirvan directa o indirectamente como garantías, en los que el acreedor no mantenga la posesión sobre los mismos*. Esto es, todo

tipo de garantías mobiliarias, sin fijar un mínimo de cuantía, deben de inscribirse en el Registro cuando no exista desplazamiento del bien objeto de la garantía, que en nuestra visión goza de naturaleza excepcional el caso en donde el acreedor no mantiene la posesión.

Respecto de la reforma del artículo 32 Bis 2, solo se eliminan las palabras que establecían que la inscripción “dará publicidad de las mismas para los efectos que establezcan este u otros ordenamientos jurídicos”, lo cual nos parece correcto puesto que éste ordenamiento jurídico precisamente es el que debe determinar cuáles son los efectos de la inscripción de una garantía mobiliaria.

Se añaden en el artículo 32 Bis 4, no solamente la posibilidad de que realice la inscripción el autorizado para ello, sino también la modificación, rectificación, transmisión, renovación, cancelación o la solicitud para realizar avisos preventivos o de anotación respecto de dichas inscripciones o de los bienes muebles materia de la inscripción.

Asimismo añade un párrafo en el cual imputa responsabilidad al registrador por la inscripción que debe realizar, lo cual en nuestro concepto es materia del reglamento del Registro Público del Comercio.

Además de las responsabilidades del registrador, que como ya se dijo no son materia del CCom, añade la reforma de manera correcta, una norma relativa a la posibilidad de que cualquier interesado pueda pedir una resolución judicial para la cancelación o modificación de la inscripción cuando, quien deba realizarlas no las efectúe.

El artículo 32 Bis 6, es modificado para incluir lo relativo a la prelación sobre cualquier otra garantía posterior o anterior no inscrita sobre los mismos bienes muebles, lo cual en nuestro criterio no es correcto, como ya se dijo con anterioridad al referirnos a las modificaciones del artículo 29 del propio CCom.

VII] Reformas a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

En primer lugar, se efectúa una reforma a la LGTOC en lo relativo a la inscripción que debe hacerse, en la sección única del Registro Único de Garantías Mobiliarias, en el caso de los créditos refaccionarios y de habilitación y avío, ello para ser congruente con el CC, y al efecto se reforma la fracción IV del artículo 326 de este ordenamiento.

El único artículo que se reforma en materia de regulación de la prenda mercantil genérica, es el artículo 344 en el sentido de que en adelante simplemente se requerirá el consentimiento del deudor para que el acreedor prendario pueda hacerse dueño de los bienes o títulos datos en prenda, sin que se refiera al tiempo del otorgamiento de tal consentimiento.

Esta reforma, conforme a la cual desaparece la obligatoriedad de que el consentimiento del deudor sea con posterioridad a la constitución de la prenda, nuevamente violenta la memoria histórica de nuestra regulación mercantil, y una vez más se debilita la posición de los

deudores en el momento de que dicha prenda se constituye. En el caso concreto, tal y como se encontraba redactada la norma hasta la presente reforma, tendía a darle protección al deudor, a efecto de que no se sintiera presionado por la pérdida del bien mueble que otorgaba en garantía, pudiendo el acreedor hacerse dueño de la misma, sino que en todo caso prevalecía la posibilidad de recuperación o de venta a un tercero. La regulación tal y como existía antes, tenía un efecto importante para que el deudor se sintiera en toda libertad al momento de otorgar en garantía cualquier bien, y no existiera un abuso por parte del acreedor, para adueñarse de los bienes dados en prenda, en caso de incumplimiento de obligaciones que pudieran ser meramente de carácter menor, temporarias o demasiado gravosas.

Así las cosas, a partir de la reforma del artículo 347, todo lo demás se concreta a hacer una serie de modificaciones que pretenden hacer funcionables las instituciones mal llamadas “prenda sin transmisión de posesión” y “fideicomiso de garantía”, haciendo un esfuerzo más para ello, el cual en nuestro concepto otra vez será infructuoso, tal y como lo hemos venido comentando desde antiguo.

Desde la famosa iniciativa de la Ley Federal de Garantías, que finalmente en el año 2000 se tornó en una modificación a la LGTOC para introducir estas dos figuras llamadas “prenda sin transmisión de posesión” y “fideicomiso de garantía”, y a pesar de los esfuerzos y de las múltiples reformas que se han efectuado, tanto de manera sustantiva como en Derecho Objetivo o Procesal, para hacer funcionar ambas instituciones, es nuestra consideración tales instituciones son infructuosas puesto que, en nuestra tradición jurídica, son unos entes jurídicos *contra natura* y que, con el fin de satisfacer a nuestros socios extranjeros, supuestamente adecuando la legislación en forma más moderna y dándole mayor posibilidad a las diversas clases económicas para garantizar los créditos que reciban, se ha venido distorsionando su regulación llegando al caso de que aún sin entenderlas, se pretende regular algunas fórmulas jurídicas cuyos objetivos, naturaleza propia y formas de operación son totalmente inadecuadas para los fines que se vienen persiguiendo.

A continuación haremos un análisis de las reformas más importantes en esta materia, aunque desde el inicio podemos comentar que son totalmente inocuas y podemos prever que tendrán un futuro infructífero.

Al artículo 347 de la LGTOC se le añade al final del primer párrafo las palabras “para ninguna de las partes”, a efecto de establecer claramente cuándo se considera que la prenda sin transmisión de posesión no es un acto de comercio.

El artículo 349 de la LGTOC se reforma simplemente para establecer la posibilidad de que haya un pacto en contrario a la reducción de la garantía de manera proporcional respecto de los pagos realizados, aunque su redacción sigue siendo confusa y con una pésima sintaxis gramatical.

El artículo 351 de la LGTOC en su primer párrafo sufre una pequeña modificación a efecto de emitir las palabras “o quiebra”.

En el artículo 353 de la LGTOC se elimina el segundo párrafo, que establecía que no podía constituirse prenda ordinaria u otra garantía sobre los bienes que ya se encuentren pignorados con arreglo a esa sección séptima, y suponemos que la intención fue dejar en libertad a las partes respecto de dicha prohibición, aunque es contra la propia naturaleza el que se otorguen dos veces en prenda los mismos bienes, y más ahora que deben inscribirse en la sección de garantías mobiliarias del Registro Público del Comercio.

Existe una reforma también al artículo 354 de la LGTOC, para establecer que los bienes objeto de la garantía sin transmisión de posesión se pueden identificar de forma individual, por categorías de bienes o genéricamente, cuando antes únicamente se podían identificar genéricamente, para lo cual era supuestamente propia este tipo de prenda sin transmisión de posesión. Sin embargo ahora parece que el legislador establece la posibilidad de que todo tipo de bienes puedan darse en garantía prendaria sin transmisión de posesión, lo cual es ilógico, y constituye un avance más hacia la desnaturalización total de la prenda mercantil.

Al artículo 355 de la LGTOC se le agrega un párrafo que dice: “tratándose de bienes referidos en la fracciones III a V, los mismos quedarán comprendidos de manera automática como bienes pignorados, salvo pacto en contrario”. Como se verá, al hablarse de frutos productos pendientes o ya obtenidos, y los bienes que resulten de la transformación, o que el deudor tenga derecho a recibir, en todo caso ya era claro que los mismos se comprendían de manera automática, por lo que no entendemos cual es la intención del legislador al puntualizar este asunto.

Sorpresivamente la reforma deroga al 357 de la LGTOC, en donde se establecía que las partes en el contrato de prenda sin transmisión de posesión deberían de convenir los lugares en que se encontraría la prenda, las contraprestaciones mínimas a recibir por parte del deudor por la venta, transferencia de los bienes pignorados, las categorías o características que permitan identificar a las personas que podían adquirir los bienes dados en prenda, y la información sobre la transformación, venta o transferencia de los mencionados bienes.

Desde nuestro punto de vista, lo anterior deja aún más en estado de indefensión al acreedor prendario tratándose de bienes genéricos otorgados en prenda sin transmisión de posesión, puesto que la falta de los elementos anteriores hace aún más difícil, si no imposible, la persecución de su garantía.

En el tercer párrafo del artículo 358 de la LGTOC el legislador nuevamente hace más vaga la garantía, y elimina la necesidad de que los bienes puedan identificarse con toda precisión para efecto de la persecución de los mismos. Esto puede crear un problema en lo relativo a la posibilidad de ejecutar la garantía de bienes pignorados sin transmisión de posesión.

Meramente formal es la reforma al artículo 360 de la LGTOC, que introduce las palabras “salvo pacto en contrario”, el saldo insoluto del crédito garantizado se reducirá en la proporción...

Se reforma el artículo 363 de la LGTOC, para hacer obligatorio que las partes no solamente determinen las bases para designar un perito, sino que se establece la posibilidad también de que en ese momento se designe tal perito.

Es importante la reforma al artículo 365 de la LGTOC, la cual establece en el artículo dos párrafos nuevos con disposiciones respecto de la nulidad de alguna de las cláusulas contenidas en el contrato de prenda, estableciendo que el contrato será válido aunque alguna de sus cláusulas sean nulas, y que en tal caso se aplicará supletoriamente lo establecido por la Ley.

Se reforma en un aspecto cosmético y de prelación el artículo 367 de la LGTOC, para añadir al primer párrafo las palabras “que no sean preferentes”.

Se añade el artículo 367 Bis a la LGTOC, reforma que se hace, desde nuestro punto de vista, con falta de sistematización y de claridad legislativa, puesto que es una norma que está fuera de lugar, para el caso de que la garantía que se haya otorgado sea un bien que está sujeto al régimen de importación temporal de conformidad con las leyes en materia de comercio exterior y aduanero que existe en nuestro país.

El artículo 369 de la LGTOC relativo a aquellas garantías mobiliarias que pudieran tomarse en accesorias de un bien inmueble, se reforma en el sentido de que en adelante existe la posibilidad de que con el consentimiento del acreedor, pueda haber una prelación distinta respecto de la garantía mobiliaria.

El artículo 371 de la LGTOC elimina las tres fracciones que determinaban los diversos supuestos de cuando surtía efectos contra terceros la prenda sin transmisión de posesión, para quedar ahora como única posibilidad de dichos efectos la inscripción o registro en el Registro Único de Garantías Mobiliarias.

El artículo 373 de la LGTOC se reforma para precisar cuándo se entiende que es un adquirente de mala fe, incluyendo cuando se entere a través del Registro Único de Garantías Mobiliarias que existe una garantía sobre dichos bienes o que la enajenación de dichos bienes se encuentran fuera del curso normal de la actividad preponderante del deudor.

En el artículo 374 de la LGTOC tratándose de prenda sin transmisión de posesión, que ya establecía la necesidad de autorización por parte del deudor para enajenar la prenda en determinados casos, simplemente se hacen algunas connotaciones respecto del control efectivo o corporativo y asimismo se determinan los efectos de no contar con dicha autorización, la cual es la nulidad de tales transmisiones. El propio artículo, de una manera totalmente desestructurada, y por no existir leyes generales a ese respecto, vuelve a definir lo que para efectos de la fracción I se entiende por control corporativo y por grupo de

personas, mismo error que ya venimos viendo desde la promulgación de la Ley del Mercado de Valores en el año de 2005.

Se reforma el artículo 376 de la LGTOC, para efecto de determinar que la inscripción de la constitución, modificación, extinción, cesión y resoluciones judiciales sobre la prenda sin transmisión de posesión, serán inscritas en la sección única del Registro Único de Garantías Mobiliarias del Registro Público del Comercio.

El artículo 377 de la LGTOC, que se refería a la inscripción en el RPC de bienes con identificación genérica, y se prohibía denegar la inscripción, queda derogado.

VIII] Modificaciones en materia de fideicomiso

Como lo he venido diciendo desde el año 2000, el legislador no ha entendido la razón a la razón y el devenir histórico de la regulación del fideicomiso en nuestro país, inicialmente con las leyes especiales de la primera década del siglo XX, la Ley de Compañías Fiduciarias de 1926 y la posterior regulación en la LGTOC.

Desde nuestro punto de vista no era necesario que existiera un "fideicomiso de garantía" de la manera prevista en la LGTOC y con todas las distorsiones que a partir del año 2000 se han venido efectuando puesto que todo fideicomiso es siempre traslativo de propiedad a la institución que actúa como fiduciaria aunque es susceptible de tener finalidades de garantía a lo que las nuevas regulaciones y sus reformas han venido a confundir, a sobre regular y a volver nugatoria esta institución en la mayoría de los casos.

De manera precisa, se reforman mediante la publicación del decreto que venimos comentando, los siguientes artículos:

El artículo 382 de la LGTOC el cual refiere al ejecutor o instructor para establecer que las actuaciones de éste deberán efectuarse en nombre y representación del fiduciario, y también en lo relativo a la independencia e imparcialidad de dicho ejecutor e instructor, misma que ahora se da en los supuestos señalados en este nuevo artículo, sin que se refiera a un concepto jurídico genérico de conflicto de interés.

El artículo 389 de la LGTOC se reforma para establecer cuando un fideicomiso sobre bienes muebles surte efectos contra terceros, y que precisamente será en el momento de su inscripción en el Registro Único de Garantías Mobiliarias del Registro Público de Comercio.

El artículo 396 de la LGTOC, relativo a los fideicomisos de garantía, se reforma para introducir lo relativo al nombramiento del ejecutor o instructor en los mismos términos que en el fideicomiso genérico.

Se reforma el artículo 397 de la LGTOC para una cuestión meramente operativa de los fideicomisos que vayan a garantizar de manera simultánea o sucesiva diversas obligaciones que el fideicomitente contraiga, lo cual no tiene ninguna importancia y puede ser aplicable a todo tipo de fideicomisos.

El artículo 398 de la LGTOC, se modifica para incluir un párrafo después de su fracción III, que establece que las fracciones I y II solamente serán aplicables para los fideicomisos en los cuales el deudor o un tercero conserve la posesión sobre los bienes muebles.

El artículo 399 de la LGTOC es reformado sólo para añadir, después del último párrafo, que la declaración de vencimiento del crédito garantizado se puede efectuar “por el acreedor garantizado”.

El primer párrafo del artículo 401 de esta LGTOC también se reforma para establecer que los riesgos de los bienes fideicomitidos serán a cargo de la parte que esté en posesión de los mismos, para establecer que puede ser “salvo pacto en contrario”.

El artículo 403 de la LGTOC se reforma en el sentido de que ya no es necesario que desde el inicio se pacte todo lo incorporado en el contenido de este artículo, sino que ahora es potestativo para las partes el pactar en los términos del mismo.

El numeral 404 de la mencionada LGTOC, se reforma para establecer que cuando la materia del fideicomiso de garantía trata de bienes inmuebles la inscripción será en el Registro Público de la Propiedad correspondiente, y también para insistir que cuando alguna de sus cláusulas fuera nula no conllevará la nulidad de todo el fideicomiso, al igual que se hizo en la prenda sin transmisión de posesión.

Insistimos que desde nuestro punto de vista las modificaciones tanto a la prenda sin transmisión de posesión, como al “fideicomiso de garantía”, son totalmente ajenas, inoperantes e infructuosas. Son meramente maquillaje, para darles una supuesta coherencia con los demás términos de la ley, y de fortalecer algunas otras regulaciones introducidas en modificaciones recientes, sin tomar en cuenta la historia anterior a estas instituciones.

IX] Conclusiones generales

De todos los comentarios anteriores y del contenido de las reformas que se publicaron en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de junio de 2014 y que entraron en vigor al día siguiente de su publicación, (salvo los derechos de las minorías que entraron en vigor el día 30) podemos afirmar:

1. Una vez más, las reformas al CCom, a la LGSM, a la LGSM, la LGTOC y demás ordenamientos modificados, son un “parche” o remiendo a nuestra obsoleta, desarticulada, incongruente y deficiente legislación mercantil. Una modificación meramente parcial y específica, que de ninguna manera llena las expectativas del gobernado, y que sólo viene a complicar la interpretación y el ejercicio del derecho en los particulares.

2. Cada vez es más palpable la necesidad de una reforma integral y general del Derecho Mercantil, en donde se parta de conceptos jurídicos generales y no de simples definiciones, para ir

particularizando en las diferentes materias, que nos permitan llegar a una modernización total de los ordenamientos en materia de Sociedades Mercantiles Títulos y Operaciones de Crédito, dado que, además de la obsolescencia en la que muchas instituciones han caído por las modificaciones parciales, parches o complementos que las hacen incongruentes, contradictorias, inaplicables, inoperantes y en muchos de los casos ininteligibles, lo cual, evidentemente produce inseguridad jurídica para los gobernados, los cuales son envueltos en un sistema jurídico reformatorio en donde el acceso a la justicia se vuelve cada día más complicado, lo que va en contra de un derecho congruente con los principios generales y la modernización que supuestamente se busca.

3. Es evidente la superficialidad, la falta de estudio y profundización en los temas legislados. Al igual que lo han venido haciendo los demás países, es necesario que se destinen los recursos humanos, el conocimiento de los expertos y el apoyo de las instituciones, a efecto de intervenir de manera eficiente en los procesos legislativos, ya ilustrando a los legisladores, (la mayoría desconocedores de las materias concretas), o ya bien apoyándolos de una manera externa de tal forma que se llegue a una legislación que efectivamente sea congruente, adecuada para las necesidades económicas del país, posibilitadora del desarrollo de las instituciones, y también que las mismas sean acordes a nuestras tradiciones jurídicas y a nuestro derecho aplicable, y no fruto de la espontánea idea reformista, del desconocimiento de la historia en la materia, de la complacencia hacia algunas personas o instituciones, o simplemente de la buena intención de realizar reformas hasta donde los procesos políticos, de consenso y de participación de los poderes o de la no participación de los poderes, lo permita.

4. Por último, resulta desafortunada para los estudiosos del Derecho Mercantil y para las instituciones de nuestro país, una reforma cuyas normas pueden tornarse ineficaces, pero sobre todo, pueden no ser entendidas y aplicarse únicamente en beneficio de quien pretende abusar de sus derechos, para imponer condiciones de sociedad como mayoritarios o de créditos como acreedores, a la parte más débil en las instituciones que se regulan.

¿Hacia un proceso jurisdiccional progresista? Un análisis de la reciente reforma al Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco

JORGE A. TORRES GONZÁLEZ¹
BEATRIZ VALLADOLID BRISEÑO²

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La reforma*. III. *Las implicaciones y crítica a la reforma*.

Resumen. El 8 abril de 2014 se publicó en el Periódico Oficial El Estado de Jalisco, una importante reforma al Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco. Un mes después, el 9 de mayo, se publicó la fe de erratas de dicha reforma. Éste es el objeto de estudio del presente trabajo. Se analizará el impacto que tiene esta reforma sobre el proceso civil, desde la suplencia de la queja, la intervención del agente de la Procuraduría Social y la participación del tercero llamado a juicio, hasta el ofrecimiento y desahogo de pruebas, la inclusión del elemento probatorio denominado declaración de parte, así como la eliminación de la revisión de oficio.

Palabras clave: Reforma legislativa, proceso civil, Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.

Abstract. On April 8, 2014 in the Official Newspaper of the State of Jalisco was published an important reform to the Code of Civil Procedure. A month later, on May 9, the errata of this reform was published. This is the object of the study in this paper. The impact of this reform on civil process from the substitution of the complaint, the intervention of the Social Attorney and the participation of a third party that is called to trial, up to the offering and presentation of evidence, the

¹ Es licenciado y maestro en Derecho por la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara. Desde 2002 a la fecha, ha sido profesor titular de las Cátedras de Obligaciones Civiles, Bienes y Derechos Reales, Teoría General del Proceso y Derecho Procesal Civil en la misma casa de estudios. Es Presidente del Capítulo Jalisco de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.

² Es egresada de licenciatura en Derecho de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara (titulación en trámite)

inclusion of the probative element called testimony as well as the elimination of automatic review.

Keywords: *Legislative reform, civil process, Code of Civil Procedures of the State of Jalisco.*

I] Introducción

El 08 de abril de 2014, se publicó en el Periódico Oficial El Estado de Jalisco, el decreto número 24842/LX/14, a través del cual el Congreso del Estado decretó la reforma, adición y derogación de diversas disposiciones del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco (en lo sucesivo referido como "CPCEJ"). Esta reforma entró en vigor a los 30 días siguientes de su publicación, es decir, el 08 de mayo del mismo año.

Un día después de la entrada en vigor, el 09 de mayo, se publicó a través del mismo medio, la fe de erratas del mencionado decreto, que impactó únicamente al artículo 290 del CPCEJ.

La intención del Poder Legislativo al aprobar dicha reforma, en palabras de la exposición de motivos, fue impulsar la participación de las personas accediendo a la justicia estatal, haciendo el proceso menos gravoso y reduciendo los obstáculos en el proceso que retrasan la obtención de la sentencia definitiva. El legislador buscó favorecer la oralidad y la concentración de actuaciones.

Con independencia de las finalidades específicas de la reforma a ciertos artículos, se advierte que la principal motivación de esta reforma fue la aceleración del proceso y la obtención pronta de la sentencia definitiva en el mismo.

El objeto del presente estudio es exponer aquellas disposiciones y temas que fueron reformados, adicionados o derogados, con la finalidad de sentar el contexto necesario para emitir una crítica de la reforma.

II] La reforma

Se explica de manera concisa el contenido de la mencionada reforma al CPCEJ.

Primero. Se reformaron de manera sustancial las reglas relativas al ofrecimiento y desahogo de pruebas.

Con independencia del momento oportuno para ofrecer pruebas, acorde al reformado artículo 93 bis del CPCEJ, los documentos probatorios deberán exhibirse con el escrito inicial de demanda.

Si el juicio se tramita en la vía ordinaria, después de finalizar la etapa postulatoria y la audiencia conciliatoria, el juez citará a audiencia de pruebas y alegatos dentro de los próximos 30 días, según el artículo 290 del CPCEJ. En caso de declaración de rebeldía, la falta de desahogo

de la audiencia conciliatoria, no será obstáculo para citar a la audiencia de pruebas y alegatos.

Esta audiencia será oral y, una vez abierta, se ofrecerán y desahogarán las pruebas, primero las del actor y después las del demandado. Una vez desahogadas, las partes formularán alegatos y, acto continuo, el juez citará a sentencia. Éste es el escenario en caso de que únicamente se ofrezcan pruebas que no requieran de preparación previa a su desahogo.

Si es el caso que las partes ofrecen pruebas que requieran de preparación (i.e. testimonial, pericial), durante la misma audiencia el juez señalará el día y la hora en que éstas tendrán su desahogo.

La audiencia no podrá suspenderse ni ampliarse³. Sólo se podrá suspender bajo la responsabilidad del juez y en caso de que sea necesario el desahogo de pruebas técnicas, que exista caso fortuito, fuerza mayor o dolo en el colitigante.

Segundo. Las reglas generales del juicio en vía sumaria también sufrieron reformas. En este sentido, se reformó el artículo 623 del CPCEJ para establecer que las partes deben ofrecer las pruebas y exhibir los documentos en la demanda o en la contestación.

También se reformó el artículo 624, para señalar que el juez debe citar a la audiencia de pruebas y alegatos dentro de los 30 días posteriores al auto en el que se tenga por contestada la demanda o la reconvenición.

Abierta la audiencia se procederá al desahogo de las pruebas, después a la formulación de alegatos y, finalmente, el juez citará a sentencia, misma que deberá dictarse 15 días después.

Tercero. Una de las novedades más vistosas es la inclusión expresa de la declaración de parte como elemento probatorio en el artículo 298 del CPCEJ. En teoría, esta prueba tiene como ventaja la obtención de determinada información a través de la declaración del actor o demandado con base en un interrogatorio abierto por parte del oferente y, no únicamente con la petrificada fórmula de la afirmación de un hecho propio, perjudicial para los intereses del absolvente, como sucede en la prueba confesional.

La declaración de parte consiste entonces en la deposición del actor o demandado sobre un punto de la controversia. El interrogatorio es libre. Las preguntas con abiertas, y la reforma prevé sólo dos limitaciones: que las preguntas se refieran a hechos de la controversia y que el declarante tenga conocimiento de los hechos, aunque no sean propios.

Las partes pueden solicitar que su contraparte se presente personalmente a declarar, siendo, además, independiente de la

³ La frase “no podrá suspenderse ni ampliarse” en la redacción del 304 antes de su reforma, se refería al período probatorio. No queda claro si pueda aplicarse tal cual a la audiencia de pruebas, ¿cómo podría no ampliarse? Quizá conviniere referir mejor a que la audiencia no podrá suspenderse ni diferirse.

posibilidad de ofrecer también la prueba confesional. En caso de incomparecencia de la parte sujeta a declaración, la reforma prevé que se tendrán por reconocidos los hechos a que se refieran las preguntas.

La declaración de parte hace prueba plena si se realiza por persona capaz, con pleno conocimiento, sin coacción ni violencia, si versa sobre hechos propios o sobre los que el declarante tenga conocimiento.

Cuarto. Se reformó la regulación de la audiencia conciliatoria, prevista en el artículo 282 bis. Con la intención de acelerar el proceso, ahora se citará a las partes a la audiencia conciliatoria por una sola ocasión.

Quinto. Se eliminó la figura de la revisión de oficio, a través de la reforma al artículo 457 del CPCEJ. En los casos en los que hubiera procedido la revisión de oficio y cuando no se promueva apelación, el juez ordenará la publicación de un extracto de las proposiciones de la sentencia en el Periódico Oficial El Estado de Jalisco.

Los terceros con interés legítimo en la acción deducida, tendrán cinco años a partir de la publicación de la sentencia para ejercitar sus derechos.

Sexto. También se reformó el artículo 100 del CPCEJ, para señalar de manera muy ambigua que aquellas diligencias que no puedan practicarse en el partido judicial en el conozca el juez, deberán encomendarse a diverso tribunal en que ha de ejecutarse la diligencia "*de conformidad con este Código*".

Séptimo. Se añadió un párrafo en el artículo 427 del CPCEJ para prever la suplencia de la queja por parte del tribunal de apelación, quien debe suplir la deficiencia de los agravios en beneficio de menores, incapacitados o personas con discapacidad, únicamente en materia familiar.

Octavo. En cuanto a la participación en el proceso del agente de la Procuraduría Social, se reformaron dos supuestos: la participación de éste en todos aquellos juicios en los que intervengan las personas con discapacidad y la eliminación de su intervención en la identificación de personas.

Según se menciona en la Exposición de Motivos, con la finalidad de prever un marco jurídico que sea acorde con los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos de las personas con discapacidad, se reformó el artículo 68 ter del CPCEJ para ampliar la participación del agente de la Procuraduría Social a todos aquellos juicios en los que se afecte a personas con discapacidad, sus bienes o derechos.

Se eliminó la participación del mencionado agente, en el supuesto antes previsto en el artículo 70 del CPCEJ. Ya no es necesaria su intervención en las diligencias judiciales, cuando no se conozca a los comparecientes y no sea posible su identificación por medio de documentos oficiales. Ahora bastará que el compareciente sea identificado a través del dicho de dos testigos propuestos por él mismo.

III] Las implicaciones y críticas a la reforma

Se advierte que en varios temas la reforma no fue acertada. En ciertos casos la reforma arroja disposiciones que son contradictorias con el propio CPCEJ y, en otros, no se advierte que se cumplirá la finalidad que se persigue de acelerar el proceso. A continuación expondremos nuestra opinión en relación a algunos de los temas objeto de la reforma.

El primer tema que merece un pronunciamiento es el relativo a la reforma a las reglas de ofrecimiento y desahogo de pruebas en la vía ordinaria. La principal crítica es que el legislador haya establecido que el ofrecimiento de las pruebas será en la misma audiencia del desahogo.

Lo anterior es, desde diversos puntos de vista, inadecuado. En principio, se violenta el principio de *contradicción de la prueba* que consiste en que el valor de la prueba es tal sólo si la contraparte tuvo oportunidad de conocerla y cuestionarla.

Si bien es cierto que el principio de celeridad es importante, no lo es más que el derecho fundamental al debido proceso y a la previa audiencia. Tal parece que lo importante es llegar pronto a la sentencia, como sea, cueste lo que cueste y dejando en segundo plano lo realmente relevante: el conocimiento de la controversia que será resuelta por el Juzgador.

Ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido de que la oportunidad probatoria constituye uno de los factores determinantes de la previa audiencia (14 constitucional), y dicha oportunidad probatoria está íntimamente vinculada con el principio de *contradicción de la prueba*: el valor de la prueba depende de que su producción en juicio haya sido de cara a ambas partes. No hay equilibrio procesal si no se da a las partes la oportunidad de conocer y objetar las pruebas de la contraparte con mayor amplitud.

Una mejor solución sería exigir a las partes que ofrezcan sus pruebas desde la demanda y contestación (como lo previó la reforma en el caso de los juicios sumarios), aunque ello implicaría la necesidad de ampliar el plazo para la contestación de la demanda que actualmente se prevé de ocho días, mismo que sería insuficiente en muchos casos. Se considera adecuado un plazo de 15 días.

El hecho de que durante la misma audiencia se ofrezcan y desahoguen pruebas, invita a suponer que el litigante debe llevarlas a la audiencia ya preparadas, sin saber si se admitirán o no, sin embargo, el reformado artículo 297 del CPCEJ dispone que el juez, durante la misma audiencia fijará fecha para el desahogo de las pruebas que ameriten preparación.

Lo anterior es un error de técnica legislativa. Antes de la reforma, el litigante podía solicitar que el juez se pronunciara sobre la admisión de las pruebas en un simple acuerdo que dictaba las medidas conducentes para preparar y desahogar las pruebas, señalando las fechas del caso. Ahora el litigante deberá esperar un auto que fije fecha para audiencia dentro de la

apretada agenda del juzgado, para dentro de ella obtener el mismo resultado, lo que, según la experiencia, es mucho más tardado.

De ahí que la reforma genera un riesgo grave de adelgazamiento de la oportunidad de contradecir las pruebas de la parte contraria, y no parece que a cambio de ello se obtendría la ansiada celeridad en el dictado de la sentencia.

El segundo tema es el relativo a la regulación de la declaración de parte. Según lo explicado en el apartado anterior, la inasistencia de la parte declarante, acarrea el reconocimiento de los hechos a que se refieren las preguntas.

Es incorrecta dicha sanción. La confesión ficta como consecuencia de la inasistencia del absolvente (o su negativa a declarar) en la prueba confesional es congruente con la propia naturaleza de la prueba, pues en ella se formulan posiciones con cierta estructura que son o deben ser contestadas con una afirmación o una negativa. Como ampliamente lo ha reconocido la doctrina procesal, dado que la prueba confesional busca el reconocimiento de hechos propios perjudiciales para los intereses del absolvente, la sanción en caso de inasistencia o negativa a responder consistente en tener tales hechos por ciertos, es perfectamente congruente.

Ahora, la liberalización de esta rígida estructura en la declaración de parte, implica que se podrán formular preguntas abiertas referidas a cualquier hecho (propio o ajeno, perjudicial o no) del cual el absolvente hubiere podido tener conocimiento. No se advierte por tanto cuáles serán los hechos que se tendrán por reconocidos, ni cómo se determinarán, si las preguntas pueden ser abiertas.

Es un avance, sin duda, que la declaración de parte se contemple en el CPCEJ, con lo que los litigantes podrán interrogar a la contraparte sin el formulismo sacramental que tanto ha desgastado a la prueba confesional, pero se considera que el régimen propuesto de la confesión ficta convertirá a dicha prueba más en un arma de ataque que en una herramienta para conocer la verdad.

Una solución intermedia sería incluir una referencia a la declaración de parte en el artículo 293 del CPCEJ, de forma que se tengan por presuntamente ciertos los hechos que se pretenden probar con la declaración de parte (no los que refieran las preguntas) si una de las partes no acude a declarar injustificadamente o se niega a contestar, siempre que sea legalmente apercibido y que exista evidencia de que los hechos sobre los que se abstiene son de su conocimiento y no existen otros medios susceptibles de prueba (criterio que ha sido sostenido en casos tan relevantes como el examen de ADN en juicios de paternidad); pero el resultado de dicha declaración judicial siempre será, como dice el artículo 293, una prueba presuncional que admite prueba en contrario, y no una prueba plena como equivocadamente lo prevé la reforma comentada.

La reforma al artículo 457 del CPCEJ, referente a la ya derogada revisión de oficio, tampoco se advierte adecuada. Según la disposición

reformada, en los juicios en lo que antes procedía la revisión de oficio, ahora se deberá realizar una publicación del extracto de las proposiciones de la sentencia. Entre estos juicios se encuentran el de divorcio necesario y de nulidad del matrimonio, lo cual podría implicar la vulneración de los derechos fundamentales de privacidad de la información, en relación a las partes mismas o incluso a los menores de edad que pudieran estar involucrados.

Finalmente, no podemos concluir sin referirnos a la reforma del artículo 100 del CPCEJ, en el capítulo de los exhortos y despachos, la cual plantea un texto ambiguo al señalar que *"Las diligencias que no puedan practicarse en el partido judicial en que se siga el juicio, deberán encomendarse al tribunal de aquel en que han de ejecutarse de conformidad con este Código"*⁴.

La primera interpretación que sugiere la lectura de dicho numeral es que las reglas del CPCEJ aplicarían para designar al tribunal en donde ha de practicarse la diligencia, lo cual sería adecuado y compatible con las reglas de cooperación procesal.

Ahora, la segunda interpretación es problemática, ya que la redacción también puede sugerir el sentido de que los exhortos procedentes de procesos regidos por el CPCEJ deben ejecutarse conforme las reglas del propio CPCEJ, particularmente si el exhorto se dirige a un órgano jurisdiccional de otro Estado de la República, o de otro país. Al respecto, se formulan las siguientes críticas.

Esta regla violaría el principio general que existe en materia de cooperación procesal, nacional e internacional, conocido como *locus lex regit actum* (la ley del lugar rige al acto). Este es un principio procesal importante pues, si bien es cierto que existen reglas que pudieran obligar al juez a aplicar disposiciones de otro Estado o de otro país en materia sustantiva (normas de Derecho Internacional Privado), en materia procesal estos casos deben ser excepcionales. La regla general entonces debiera ser que el tribunal exhortado ejecutará la diligencia encomendada aplicando su propia ley procesal, y solo excepcionalmente aplicará una ley extraña. Ese es el criterio ampliamente aceptado por México en los diversos Tratados Internacionales que ha suscrito en materia de cooperación procesal internacional: el exhorto se ejecutará conforme a las reglas del tribunal ejecutante (exhortado), pero el ejecutado puede indicar reglas especiales o adicionales, mismas que obligan al ejecutante siempre que no violenten su orden público interno.

La reforma al artículo 100 del CPCEJ no parece generar inconvenientes si los exhortos se libran entre órganos jurisdiccionales del Estado de Jalisco, pero en relación a la cooperación procesal que un juez local pueda requerir a un juez de otro estado u otro país, tenemos que el legislador jalisciense no tiene atribuciones para determinar el régimen legal de la actuación del juez exhortado.

⁴ El texto del artículo 100, antes de la reforma era: *"Las diligencias que no puedan practicarse en el partido judicial en que se siga el juicio, deberán encomendarse al tribunal de aquél en que han de ejecutarse."*

Reseña de libros

Revista

PERSPECTIVA
JURIDICA 

AÑO 2
03 AGOSTO 2014

Reseña del libro

La configuración de lo Justo en la Teoría de John Rawls de Rodrigo Soto Morales¹

GUILLERMO A. GATT CORONA²

“Dar a cada uno lo suyo”, tal es el contenido tanto de la vivencia como la virtud de la Justicia. Pero mientras se puede afirmar que siempre y en todo lugar este contenido ha sido aceptado por todos, inmediatamente surge la reflexión nacida de la observación: lo suyo ha recibido las interpretaciones más diversas y hasta opuestas entre sí. Este hecho es el que ha dado origen a los relativismos. Porque, ¿de qué sirve que haya conformidad en el principio general si no la hay en sus aplicaciones a lo concreto?³

Estudiar el pensamiento de John Bordley Rawls (1921-2002) en torno a la justicia es hoy interesante y pertinente. Aunque podría pensarse que todo ha quedado dicho por autores realistas al responder a preguntas tales como ¿Qué es la justicia? Y ¿qué es lo suyo de cada quien?, resulta claro que el análisis que la filosofía aporta puede tener distintas perspectivas y ámbitos de reflexión.

La tradicional respuesta aristotélica – tomista, que parte de la famosa definición de justicia de Ulpiano como *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*⁴ no es la única que existe. Aunque frecuentemente hemos sido formados en el estudio de las virtudes siguiendo los postulados de la *Ética a Nicómaco*⁵ y la *Suma Teológica*⁶, no debemos olvidar las otras respuestas que se han dado al fenómeno.

Es cierto que la respuesta normativista no enriquece nuestra concepción del tema en su análisis profundo, ya que dicha perspectiva si

¹ SOTO MORALES, Rodrigo, *La Configuración de lo Justo en la Teoría de John Rawls*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013.

² Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana. Profesor de Derecho en la Universidad Panamericana y el ITESO.

³ VILLORO TORANZO Miguel, *La Justicia como Vivencia*, Porrúa, México, 2004, pp. 29-30.

⁴ Justicia es la voluntad constante y perpetua de dar a cada quien lo suyo.

⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Prólogo de Teresa Martínez Manzano, Tr. De Julio Pallí Bonet, Gredos, Madrid, 2008.

⁶ DE AQUINO, Santo Tomás, *Suma Teológica*, Biblioteca de Autores Cristianos BAC, Madrid, 2012.

bien es útil en cierto nivel, aleja de la persona concreta el papel fundamental que ésta tiene respecto a lo justo. Una sociedad de buenas leyes, no necesariamente es una sociedad justa. Ésta se construye a partir de personas concretas que son capaces de descubrir en sus situaciones cotidianas que tienen bienes de otros en su poder y depende de ellas dárselos o no.⁷

La postura normativista parecía eficaz al tomar como punto de partida la tajante contraposición entre moral y derecho, en los términos que plantearían diversos autores como Kelsen y García Máynez. No obstante, "cuando se supera la idea del ordenamiento jurídico como sistema de normas, para admitir en su seno el juego de principios tan jurídicos como ellas, el dilema tiende a descuadrarse".⁸

¿Por qué de entre todos los autores contemporáneos analizar la postura de Rawls y no otra? Precisamente por la originalidad del pensamiento del profesor de Harvard que ha sido reconocido por muchos (como Nozick) como el filósofo de la política más relevante del Siglo XX.

Rawls buscará dar al tema de la justicia una respuesta, despojándola en la medida de lo posible de su concepto que alude a la metafísica, para intentar otorgar una respuesta que no la define como "virtud". Para muchos, el mero hecho de escuchar una postura de esta naturaleza significa un aliento para volver a reflexionar acerca de este interesante tema.

El propio Soto, autor de *La Configuración de lo Justo en la Teoría de John Rawls* reconoce cómo el filósofo norteamericano no consigue del todo dar una respuesta adecuada al tema de justicia, al alejarse de la metafísica, haciendo alusión a cómo el profesor de Harvard, eventualmente plantea categorías que (sin reconocerlo expresamente) son de origen realista.

El autor, Rodrigo Soto, doctorado tanto por la Facultad de Filosofía y Letras como por la Facultad Eclesiástica de la Universidad de Navarra, en su trayectoria académica ha escrito sobre muy diversos temas, tales como la justicia, Rawls, Hume, Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Aeronáutico, y sobre uno de los personajes a los que más ha admirado: Nuestro querido Efraín González Morfín.

La relevancia de Rawls como un interlocutor indispensable al referirse al tema de la filosofía política actual es indudable. Véase por ejemplo el capítulo 5 de la obra de Soto, donde se hace alusión al listado de autores que, para referirse al concepto de justicia distributiva, han decidido comentar o criticar al profesor de Harvard: doctrinistas tan relevantes como Nozick, Sandel, Walzer, Robert P. George, Habermas, Williams y MacIntyre han estudiado el planteamiento de filosofía política

⁷ PALLARES YABUR, Pedro, *La Configuración de lo Justo*, Porrúa, Breviarios Jurídicos 47, México, 2007, pp. XVII-XVIII.

⁸ OLLERO, Andrés, *Derechos humanos; Entre la moral y el derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, p. 31.

que Rawls propone, y lo han comentado, en ocasiones con muy severas posturas encontradas.

Como Virgilio en la Divina Comedia, el Dr. Soto nos ayuda a recorrer el complejo mundo del debate académico en torno a la justicia, proponiéndonos inicialmente la postura de Rawls (con las críticas y comentarios que el Dr. Soto hace a su obra) y luego, el diálogo intelectual que se ha generado con los críticos de éste.

El propio Ronald Dworkin, en su obra más relevante, *Taking Rights Seriously*⁹ dedica su capítulo sexto a discutir a través del pensamiento de Rawls, la fundación de una teoría de derechos legislativos, basado en la premisa de que nuestras instituciones en relación a la justicia presuponen no sólo que las personas tienen derechos, sino además, que un derecho entre estos es fundamental e incluso axiomático. Este derecho más fundamental es una concepción distintiva del derecho de igualdad, al que Dworkin se refiere como el derecho a una consideración y respeto igualitarios.¹⁰

El libro de Soto se divide en 5 capítulos, y a través de dichos apartados, nos muestra que coincide con Rawls en la premisa principal (aunque no en todos los detalles): Es factible y viable construir una sociedad justa, armónica y pacífica.

En el primer capítulo, nos presenta a la persona y pensamiento de John Rawls, desde el niño en Baltimore que pierde a sus dos hermanos a la difteria, sus estudios en Princeton, su paso por el Seminario Episcopal Teológico de Virginia, su participación en el ejército de los Estados Unidos en el Pacífico Sur hacia finales de la Segunda Guerra Mundial (que influirá de manera significativa en su vida y obra, al reconocer el horror de la guerra y de lo que ésta significa) y su vida como profesor en Cornell y Harvard, (incluyendo la evolución de su pensamiento que ha hecho relativamente común referirse al primer y al segundo Rawls que fluye de Kant a Hegel), como se aprecia de la lectura de los textos más representativos de Rawls: *A Theory of Justice* 1971, *Political Liberalism* 1993, *Justice as Fairness* 2001 y las *Lectures on the History of Political Philosophy* 2007.

Rawls no es fácil de leer, pero Soto nos ayuda a comprenderlo mejor. El profesor de Harvard construye su filosofía política, partiendo de la idea de un neocontractualismo que se aleja de Hobbes y Rousseau, enriqueciendo la teoría del contrato social, con la idea de la posición original, reconociendo que para fomentar la justicia social, debe partirse de un procedimiento racional para la reflexión moral y una reconstrucción o constructivismo en su planteamiento, que no descarta la presencia de la intuición como parte de los elementos de los que la persona se enriquece para tomar decisiones. Así, el profesor de Harvard aplica la idea política del contrato social a la teoría de la decisión racional.

⁹ DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978.

¹⁰ *Ibidem*, p. xii.

El segundo capítulo es un análisis de la justicia política y el liberalismo equitativo en el pensamiento del profesor de Harvard. Rawls no se concentra en la justicia conmutativa, sino en lo que en la clasificación aristotélico-tomista se denominaría justicia distributiva, también llamada justicia general o justicia social y a la que se refiere con el concepto de "justicia como equidad".

Rawls analiza en su obra, desde una perspectiva original y controvertida, el concepto de justicia (*the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought*¹¹), alejándose tanto de las posturas aristotélico-tomistas, como del utilitarismo de Bentham o Mill. Para ello, sostiene su propuesta en un concepto (como ya señalé) contractualista de la posición original, y con el añadido del "velo de la ignorancia".

¿Qué significa eso? Rawls imagina a un grupo de personas que se reúnen a formar un contrato social, pero a diferencia de las propuestas de Rousseau, no parten de un estado de naturaleza hobbesiano, sino que (en la propuesta de Rawls) estos seres humanos, con gustos, talentos, ambiciones, y convicciones ordinarias, son absolutamente ignorantes acerca de cuáles son los atributos de su propia personalidad.

La persona que el profesor de Harvard imagina es alguien que desea constituir una sociedad con instituciones que fomenten la justicia, mas no sabe cuál será el papel que desempeñará en dicha sociedad. No sabe si será empresario, terrateniente, empleado, soldado, obrero en una fábrica, campesino o ama de casa. Rawls busca demostrar que si dichas personas actúan razonablemente, entonces las decisiones que tomen en torno a la formación de instituciones políticas harán posibles los dos principios que el filósofo americano propone:

*"Primer principio: Cada persona ha de tener un derecho igual al sistema total más amplio de iguales libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos. Segundo principio: Las desigualdades sociales y económicas han de ser tratadas de manera que: a) sean para el mayor beneficio de los menos favorecidos... y b) estén adscritas a cargos y posiciones abiertos a todos, bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades."*¹²

Por supuesto, Rawls sabe que esta propuesta hipotética de la posición original no ha ocurrido jamás en esos términos en la realidad. No obstante, arguye que esa posición es la que posibilitaría construir instituciones jurídicas que fomenten la justicia política o justicia distributiva.

Los principios propuestos por Rawls son además enriquecidos con:

¹¹ RAWLS, John, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2003, p.3.

¹² *Ibidem.*, 1971, p. 302 citado por VILLORO, Luis, *El Poder y El Valor; Fundamentos de una ética política*, Fondo de Cultura Económica, Sección de Obras de Filosofía, El Colegio Nacional, México, 1997, p. 319.

"...dos reglas de prioridad. La primera establece la prioridad de la libertad, de manera que ésta sólo puede ser restringida en favor de una mayor amplitud de las libertades compartidas por todos y las restricciones deben ser aceptables para quienes tengan menos libertades. La segunda decreta la libertad de la justicia sobre la eficiencia... (pero) en cualesquiera de los modelos y circunstancias de una asociación para la libertad, tendrían que ser inviolables las libertades que definen a un sujeto de esa asociación como agente moral."¹³

Haciendo énfasis en la primacía de lo justo sobre el bien, Soto nos explica cómo Rawls al contrario del planteamiento utilitarista, reconoce que las personas aceptan un principio de igual libertad, aún antes de contar con un conocimiento de sus fines particulares y además, sostiene que el punto clave a defender en la concepción rawlsiana de orden social no es la felicidad de los individuos, sino su libertad. Así, resulta claro como frecuentemente lo resalta Soto, que Rawls no descalifica el diálogo entre las diferentes concepciones filosóficas o doctrinales para llegar a la Razón Práctica.

En el tercer capítulo, el autor del texto nos expone el método y la epistemología Rawlsiana que aprovecha el pensamiento Kantiano, para acercarse a Hegel. De manera detallada, Soto nos explica las coincidencias de Hegel con Rawls. Entre otros puntos, ambos coinciden en que resulta necesario contar con un ejercicio reflexivo para desentrañar y entender la realidad para lograr nuestra reconciliación con el mundo.

El cuarto capítulo (que es probablemente el que más disfruté en el libro) discute acerca de los distintos tipos de justicia. Podría decirse que Soto sienta después de una buena comida, y frente a unos generosos digestivos, en sobremesa a Rawls y Aristóteles a discutir de manera conjunta acerca de ¿qué es la justicia? Y ¿Cómo puede lograrse ésta? La *Ética a Nicómaco* dialoga con *A Theory of Justice*, y *La Política* con *Justice as Fairness*, con aportaciones de Tomás de Aquino, Ricoeur, Platón, y muchos otros. Los temas que discuten se refieren al concepto de justicia, pero sobre todo, a la persona humana que vive en una comunidad, regida por instituciones políticas, regulada por una ley y en la que la equidad juega un papel preponderante.

El autor nos lleva a reconocer cómo Rawls, a diferencia de Aristóteles, intenta crear una teoría fundamentada en principios generales, con máximas de orden Kantiano como imperativos categóricos, para que sirvan como guías para que se pueda vivir en comunidad, con equidad en las relaciones distributivas o políticas.

El profesor de Harvard insiste en cómo hacer justicia "exige que las diferencias entre los individuos singulares no sean confiadas al caos de la fortuna sino a la armonía de la razón".¹⁴

¹³ VILLORO, *Op. Cit.*, pp. 319-322.

¹⁴ SOTO, *op. Cit.*, p. 344.

Finalmente, el quinto capítulo es un recorrido por la crítica a Rawls, como ya lo hemos comentado.

No es necesario que el lector de esta obra coincida con todos los puntos de vista de Rawls. No obstante, este texto de Soto nos permite dialogar con otras posturas relativas a la construcción de una filosofía política con un lenguaje y punto de partida distintos, y nos otorga la posibilidad de conocer de cerca la teoría de Rawls en torno a la justicia; una teoría que brinda según Rodrigo Soto, “elementos plausibles para un diseño institucional que permita las condiciones de convivencia entre personas con distintas visiones del bien, y esto ya es en sí un bien específico, político”.¹⁵

Power and authority are no more the same than are power and violence...

The relevance of these differences and distinctions becomes especially striking when we consider the enormously and disastrously different actual outcomes of the one tenet the men of the two eighteenth century revolutions held in common: the conviction that source and origin of legitimate political power resides in the people.

Hannah Arendt

Reseña del libro

El Derecho de Guerra Contemporáneo Reflexiones desde el pensamiento de Francisco de Vitoria de Guillermo Alejandro Gatt Corona¹

KARLA P. GUDIÑO YÁÑEZ²

Orgullosamente, este libro comenzó a gestarse en las aulas de la Universidad Panamericana, durante aquél fecundo Doctorado en Derecho por Investigación emprendido de 2006 a 2008, que cursaron algunos de nuestros mejores profesores y cuya excepcional calidad académica ha mantenido su resonancia.

En efecto, esta obra corresponde a la tesis doctoral de Guillermo Gatt Corona, titulada "*La Guerra Justa en Francisco de Vitoria: La definición del acto bélico y su eticidad en el mundo contemporáneo, a la luz de la doctrina de Salamanca*"; fruto de un verdadero trayecto intelectual que llevó al autor a través de la historia, de la literatura e incluso del Atlántico, pues enfrascado en su objeto (y sujeto) de estudio, acabó por viajar al país castellano en busca del dominico, que, al fin, salió cabalmente a su encuentro.

Quienes tuvimos el privilegio de asistir a la defensa de la tesis en el campus de Mixcoac, presenciamos un genuino diálogo entre humanistas, de esos en donde se manifiesta la auténtica Universidad y en cuya profundidad, la labor académica reivindica su nobleza.

Como corresponde al *modus operandi* de Guillermo, no habíamos acabado de brindar por su mención honorífica cuando ya él tramaba la publicación. Pronto se tejió una inédita colaboración entre sus *Almas Máteres*, de modo que en 2013 apareció en los anaqueles este libro, publicado conjuntamente por el ITESO y la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

Se impone aquí una pausa para advertir lo significativo de esta colaboración. Las dos universidades de inspiración católica más importantes del occidente del país, comprometidas seriamente con la verdad desde su propio y complementario temple, unieron fuerzas

¹ GATT Corona, Guillermo Alejandro; *El Derecho de Guerra Contemporáneo Reflexiones desde el pensamiento de Francisco de Vitoria*, editado por la Universidad Panamericana y El Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente, Guadalajara Jalisco, 2013.

² Abogada y funcionaria pública. Profesora de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

convencidas del valor de esta obra y de su autor. No es un hecho menor la concurrencia de voluntades: ambas casas de estudio han sido el centro de la fructífera vocación académica de Guillermo, quien por espacio de dos décadas ininterrumpidas ha servido en ellas como docente.

Durante la presentación de la obra en la Universidad Panamericana, el Dr. Juan de la Borbolla aventuró la idea, nada descabellada, de que estamos ante un libro que podría dar lugar a dos. Uno dedicado a la exposición de la guerra justa y a un esclarecimiento de los conflictos armados en su complejidad; otro, consagrado a la persona y pensamiento de Francisco de Vitoria.

1. La paz como razón de un proyecto académico

Sé que esta investigación partió de la profunda indignación de Guillermo ante la guerra. No en vano es un internacionalista que constantemente se ha dado a la tarea de asimilar múltiples manifestaciones del uso de la fuerza y así, a lo largo del libro se aprecia una firme denuncia frente a la abrumadora cotidianeidad de la violencia.

Resulta alarmante cómo se ha normalizado la continuidad de conflictos armados alrededor del mundo, pero preocupa en igual medida el pragmatismo con el que éstos se abordan. La guerra se discute, por ejemplo, desde la situación geopolítica, la oportunidad económica, el avance tecnológico o la estadística demográfica, pero con frecuencia se omite su análisis a partir de la ética y la justicia.

El Derecho Internacional Público despliega una amplia pero inacabada regulación al respecto. La comunidad internacional –la misma que crea las normas en este sistema *sui generis*– se muestra tímida, cuando no reticente, ante la calificación jurídica del acto bélico. En el conjunto de normas no se advierte una postura clara frente al problema; algo luce por su ausencia en el entramado del derecho de guerra contemporáneo.

Uno de los cuestionamientos al sistema de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales de Naciones Unidas planteados por el ilustre Antonio Cassese, pondera cómo la Organización se ha inclinado hacia una idea de *paz negativa*, entendida como la mera ausencia de guerra, relegando la procuración de una *paz positiva*, consistente en abrazar la justicia como la mejor forma de prevenir hostilidades.³ Pues bien, en el núcleo del libro de Gatt se anida una convicción fundamental a favor de la paz, sobre todo en esta forma *positiva* que se construye sobre el reconocimiento de la dignidad humana y de sus exigencias; una paz que demanda evitar la violencia, pero también plantearse seriamente el problema bélico, considerando todas sus aristas.

³ Cfr. Cassese, Antonio, *International Law*, 2ª edición, Oxford University Press, Nueva York, 2005, p 325.

2. La calibración de la guerra en clave vitoriana

Guillermo se propuso estudiar la guerra alumbrado por las ideas de un esclarecido personaje que le ha apasionado desde siempre por su erudición, autenticidad, valentía y sorprendente actualidad. Mucho antes de que este libro siquiera asomara en la mente de su autor, Francisco de Vitoria era una referencia habitual en sus reflexiones dentro y fuera del aula. Esta *filia* tiene que ver, desde luego, con la vocación internacionalista de Gatt, pero sospecho que no fue sólo su área de especialidad (una de ellas, para ser cabales) la que le atrajo a la figura del español.

El propósito del libro consiste, pues, en aplicar el pensamiento vitoriano al problema contemporáneo de la guerra. Para ello, el autor leva anclas en un análisis del fenómeno bélico y la complejidad de su caracterización. La primera parte del libro da cuenta de qué es la guerra y cuál es su propósito. La respuesta a estas cuestiones da lugar a dos postulados que nutren toda la obra y marcan el tono de la argumentación: por una parte, una definición de la guerra confeccionada por el propio autor a partir de sus constituyentes y por otra, la muy aguzada afirmación de que, en las entrañas de los conflictos armados, radica esencialmente la paz como propósito último, lo cual comporta un hallazgo esperanzador.

Los capítulos subsecuentes afianzan estas dos afirmaciones principales. En ellos, el autor explora la complejidad de los conflictos armados a la luz de autoridades intelectuales sumamente relevantes. Se presenta un elenco de problemas prácticos de evidente actualidad, que nos conducen a prestar consideración a los diversos protagonistas de la guerra, a pensarla desde las personas, y nos sitúan en un terreno histórico donde es posible verificar las ideas ante la realidad concreta.

El segundo segmento del libro aborda la teoría de la guerra justa, para cuya descripción repasa los postulados clásicos y medievales más pertinentes, seleccionados cuidadosamente, en los cuales se pone de manifiesto una discusión universal que soporta el paso del tiempo y es retomada por los pensadores contemporáneos.

Gatt dispone aquí un eslabón que prepara el ánimo intelectual para entender a Vitoria, nos sintoniza en modo humanista y explica la validez e importancia de someter la guerra a la evaluación del juicio ético. En este punto se plantean claramente las preguntas alrededor del acto bélico a las que habrá de aplicarse la doctrina vitoriana: ¿cuándo es lícito acudir a las armas? ¿cómo debe conducirse una confrontación? ¿cómo hay que proceder al cabo de la misma?

Francisco de Vitoria desarrolló en los siglos XV y XVI una teoría de la guerra justa sin precedentes, en la que concibió además la piedra angular de la configuración del orden global: la noción de una sociedad internacional o *totus orbis*, vinculada por el derecho natural, el *ius inter*

gentes.⁴ Si, como a Guillermo, nos fastidia hablar de paternidades, diremos que la teoría vitoriana es el cimiento fundador del Derecho Internacional moderno, ese que se gestó como un orden imprescindible e inaplazable ante el surgimiento del Estado.

El tercer apartado de libro, el más extenso, no sólo constituye un estudio riguroso del dominico en su ciencia y contexto, sino que entre líneas edifica un auténtico homenaje al admirable humanista. No es posible separar al pensador del pensamiento, así que, a más de cuatro siglos de distancia, nuestro autor emprendió una averiguación digna de un agente de inteligencia. Dado el rigor de su estudio y la inusitada diversidad de las fuentes consultadas, casi pasó de tratadista a biógrafo, labor por lo demás relevante en el marco de su investigación.

Guillermo suele decir que el dominico (1483/86-1546) andaba a *califourchon* (a horcajadas) entre la Edad Media y la Modernidad, entre el escolasticismo medieval, tan arraigado en la Orden de los Predicadores, y el humanismo renacentista. En efecto, la vida de Vitoria se inscribe en un tejido histórico de enorme trascendencia. Fue contemporáneo del descubrimiento de América, el Siglo de Oro Español, la invención de la imprenta, la Reforma Protestante y la revolución copernicana, entre otros sucesos que estremecieron el *statu quo* medieval. Gatt coloca perfectamente al personaje en su contexto y consigue así enmarcar con gran tino las ideas del dominico en torno a la guerra justa.

De manera particular, la conquista del Nuevo Mundo planteó cuestionamientos de carácter jurídico y moral a los pensadores de la época. La Escuela de Salamanca, de corte eminentemente iusnaturalista, se consolidó como el seno de una reflexión académica de extraordinaria profundidad e influencia sobre las implicaciones del imperialismo cristiano y las injusticias a él aparejadas. A la cabeza del pensamiento salmantino se encontraba el insigne sacerdote dominico, a quien el hábito no privó de independencia. Por el contrario y sin traicionar su religiosidad, el también teólogo se entregó al escudriño de esta compleja realidad con firme coherencia.

La forma en que se documentaron sus argumentos es de enorme significancia. El *corpus vitoriano*, como lo llama Guillermo, es un verdadero legado, pues no nos llega del puño y letra del fraile, sino que consta en las *Relecciones*, nada menos que los apuntes tomados por los alumnos de su cátedra. Con esto en mente, me atrevo afirmar que Guillermo acomete el estudio y descripción de los postulados vitorianos

⁴ Antonio Gómez Robledo se refiere a esto como la profecía de Vitoria y cita al fraile en *De potestate civili*: “El mundo entero, en efecto, que es, en cierto modo, una República, tiene el poder de promulgar leyes equitativas y adaptadas a las necesidades de todos, como son las del derecho de gentes. [...] No es permitido a un reino particular rehusarse a estar vinculado por el derecho de gentes, ya que es un derecho promulgado por la autoridad del mundo.” Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, 1ª reimpresión, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003, p. 176.

sobre la guerra justa con la actitud que debieron profesar los discípulos del español.

Durante los capítulos postreros, el libro discurre generosamente en el análisis de las ideas medulares que componen la doctrina de Vitoria, articuladas en tres puntales expuestos con claridad pedagógica: (i) el *ius ad bellum* o los presupuestos para acudir a la guerra válidamente, (ii) la calificación del acto bélico como justo o injusto, a partir del examen de los títulos legítimos e ilegítimos que lo motivan, y (iii) el *ius in bello* o los límites a la conducción de hostilidades.

Al cabo, el autor demuestra su hipótesis: el pensamiento del fraile reviste tal universalidad, que es posible y necesario emplearlo en la valoración de la guerra contemporánea. Para ello, Guillermo fabrica una especie de molde a la medida de esta teoría de la guerra justa, eso que denomina el test de eticidad aplicable a los distintos momentos de cualquier confrontación bélica, que sirve de brújula para identificar si se justifica o no el quebrantamiento de la paz.

Es fácil oponerse a la guerra, sobre todo cuando no se es parte en el conflicto. El pacifismo ha sido predicado hasta por los Beatles y, salvo aquellos que se aprovechan criminalmente de la violencia, concordamos en que la paz es, como dice el Dr. Hugo Ramírez García, condición para una vida a la altura de la humanidad. Lo difícil es participar en su edificación, empresa que sólo puede echarse a andar por la vía de la justicia y que se perfecciona en el perdón.

El autor evidencia un compromiso serio a favor de esta causa y postula la exigencia de tomar al toro por los cuernos, es decir, con rigor académico e inspiración humanista, concretamente vitoriana. El mensaje es clarísimo: no se puede abordar la guerra con ingenuidad e indeterminación, no si uno se toma la paz en serio.

Guillermo nunca ha tenido empacho en cerrar filas contra cualquier tipo de violencia, pero este libro es su protesta más contundente.

Vida en la facultad

Revista

PERSPECTIVA
JURIDICA 

AÑO 2

03

AGOSTO 2014

Presentación del libro Interpretación y Ponderación de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional¹

GABRIELA GARCÍA ESCOBAR²

Durante los 28 años que lleva de existencia la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara, tanto alumnos como docentes han mostrado su preocupación por estimular la investigación jurídica, debido a que es un pilar fundamental para comprender la esencia y fines de la ciencia del Derecho. Por ello, diversos de nuestros maestros han contribuido y sobresalido por sus aportaciones en esta materia.

Conforme al apoyo que proporciona la Facultad a este tipo de actividades, el pasado 10 de febrero se llevó a cabo en las instalaciones de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara la presentación del libro *Interpretación y Ponderación de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional*; del cual nuestro profesor, el Doctor Antonio Flores Saldaña, es coordinador.

La obra evocada consiste en una recopilación de ensayos de juristas de distintas nacionalidades y versados en las áreas del Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Internacional. Los distinguidos autores que colaboraron son: Antonio Flores Saldaña, José Barragán Barragán, Carlos Bernal Pulido, María del Carmen Platas Pacheco, Juan Cianciardo, José de Jesús Covarrubias Dueñas, Manuel González Oropeza, Carlos Báez Silva, Carlos I. Massini Correas, Gabriel Mora Restrepo, Marcos del Rosario Rodríguez, Ricardo J. Sepúlveda I., Fernando M. Toller y Rodolfo Luis Vigo.

La ceremonia se llevó a cabo en el Aula Magna y fue presidida por el Doctor Edmundo Romero Martínez, quien es director del Instituto de Investigaciones Jurídicas. El evento contó con las participaciones del director de la Facultad de Derecho, el Doctor Isaías Rivera, y del Doctor Rodolfo Luis Vigo, destacado constitucionalista de origen argentino; así como del coordinador y autor colaborador del libro, el Doctor Flores Saldaña.

La presentación comenzó con la intervención del Doctor Rivera, quien comentó el compromiso y apoyo que ofrece la Facultad al tema de la investigación en los diferentes ámbitos del Derecho, y la relevancia de la misma en el desarrollo teórico y práctico de la ciencia jurídica.

¹ Flores Saldaña, Antonio (coord.), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

² Alumna de 7° Semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

Asimismo, hizo un reconocimiento y agradeció los esfuerzos de los distintos autores que hicieron posible la creación del libro referido.

A continuación, el Doctor Vigo expuso su apoyo y alegría ante la obra obtenida como resultado del empeño conjunto de este grupo de juristas interesados en construir un nuevo paradigma jurídico bajo la bandera del neoconstitucionalismo.

Por otra parte, el ponente en mención, comentó la relevancia de la creación de ejemplares como el aludido, ya que contribuyen a la renovación del estudio filosófico respecto de las bases que sostienen al Derecho y los fines que éste debe perseguir en el Estado de Derecho moderno, fundamentado bajo un régimen constitucional.

Sobre este aspecto, el profesor argentino postuló las distintas corrientes neoconstitucionalistas que han surgido a partir del cambio de mentalidad jurídica. Particularmente, destacó las contribuciones realizadas en este plano por autores que bajo la nueva cultura propugnan diferentes líneas interpretativas; como el caso de Luigi Ferrajoli y de Robert Alexy, donde se pueden apreciar matices positivistas más acentuados en el primero, mientras que el segundo revela claramente una interpretación y ponderación principialista que exige un mayor esfuerzo por parte del juzgador al tener que combinar diferentes elementos de la realidad, y al tomar en consideración la convivencia de diversos derechos en cada caso a juzgar.

Finalmente, el expositor terminó su participación enfatizando la importancia que existe en concebir una adecuada relación entre la moral y el Derecho, puesto que un ordenamiento jurídico amoral puede llevar a la justificación de cualquier norma, simplemente por encontrarse en armonía con su reglamentado proceso de creación, y en conformidad con lo deseado por la voluntad política imperante.

Por último, para terminar el evento, se cedió la palabra al coordinador del proyecto, el Doctor Flores Saldaña, quien manifestó su agradecimiento a todas las personas que colaboraron en la creación de este estudio. Adicionalmente, en consonancia con lo expresado por el Doctor Vigo, expuso la importancia de reivindicar el lugar de la Filosofía del Derecho en la cultura jurídica, para poder conformar un nuevo aparato estatal que permita a los jueces desprenderse del sistema decimonónico y de esta forma poder incorporar los derechos fundamentales en las resoluciones judiciales a través de posturas neoconstitucionalistas, lo cual tiene como objetivo el lograr un nuevo modelo de interpretación que se alimente de elementos meta-jurídicos, de una cultura comprometida con el respeto a los derechos humanos y de una perspectiva acorde a cada caso concreto.

Foro sobre el papel de las redes sociales y el servicio pro-bono en la construcción del Estado de Derecho en México

GABRIELA GARCÍA ESCOBAR¹

La Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara junto con la Barra Mexicana Colegio de Abogados Capítulo Jalisco, conscientes de la importancia de la función del abogado como agente de cambio y servidor de la sociedad, organizaron el pasado 20 de marzo el evento denominado *Foro sobre el papel de las redes sociales y el servicio pro-bono en la construcción del Estado de Derecho en México* (El caso de Esperanza Reyes).

Dicho evento, presidido por el Maestro Rodrigo Lazo Corvera, contó con la presencia del Maestro José Mario de la Garza Marroquín, el Doctor Guillermo Zepeda Lecuona y el Maestro Jorge Tejeda Montaña; quienes presentaron algunas cuestiones en materia penal relacionadas con los defectos del sistema de justicia mexicano y la relevancia del papel de la sociedad civil como motor de cambio.

El primer expositor, el Maestro de la Garza, realizó su intervención presentando el caso de Esperanza Reyes, una mujer indígena que fue procesada por el delito de falsificación de moneda, debido a que pagó con un billete fraudulento en una papelería, ignorando por completo la falta de autenticidad de este medio de pago; lo cual provocó que se instaurara un proceso en su contra que tuvo como resultado una sentencia condenatoria que la envió a las Islas Marías.

El ponente expresó que conoció del asunto después de haberse agotado todos los recursos legales, por lo que tuvo que proceder a la liberación de la Sra. Reyes por medio de una solicitud de indulto al Poder Ejecutivo Federal, con fundamento en la reciente reforma del Código Penal Federal, respecto a la posibilidad de que personas sentenciadas se beneficien de dicha institución en razón de violaciones graves a sus derechos humanos, siempre que la persona no represente un peligro para la tranquilidad y la seguridad pública.

La obtención del indulto no se pudo lograr por ese medio; sin embargo, ante las manifiestas violaciones procesales y sustanciales del caso en mención, el Doctor de la Garza no cedió ante los obstáculos jurídicos, pues gracias a la tecnología y las redes interdependientes de ciudadanos se logró llevar a cabo todo un movimiento social y cibernético que sirvió para presionar la obtención de justicia y la publicidad del asunto de Esperanza Reyes, lo cual se tradujo en la

¹ Alumna de 7° Semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

concesión del indulto para la sentenciada, mediante el auxilio de una vía alternativa a la prescrita en el ordenamiento penal federal.

Ante este singular acontecimiento que le sucedió a Esperanza Reyes, el Doctor de la Garza explicó el importante papel que juegan las redes sociales y la participación de la sociedad civil en la preservación y construcción del Estado de Derecho, así como en el íntegro respecto a los derechos fundamentales. Por otra parte, se enfatizó la importancia del rol del abogado en el litigio sin fines de lucro, como el ocurrido en la situación examinada, ya que la construcción de un sistema judicial más eficaz requiere de juristas comprometidos con la sociedad y con la virtud.

En la misma línea de ideas, el Maestro Tejeda Montaña comentó su experiencia en el servicio pro-bono en materia penal, vislumbrando las fallas del ordenamiento jurídico y de su aplicación, las paradojas que presenta nuestro sistema entre legalidad y justicia, y concluyó narrando la problemática mexicana que se ve reflejada en la carencia de una correcta asesoría legal en la defensoría pública, que comúnmente termina afectando a indiciados, acusados y sentenciados de escasos recursos.

Por último, en la participación del Doctor Zepeda, se expuso un análisis estadístico sobre la situación del sistema penitenciario en México, en donde se demostró que asuntos como el de Esperanza Reyes se han convertido en la norma general. Asimismo, el ponente manifestó que la mayor parte de la actividad estatal se ha concentrado en delitos de poca trascendencia, cuestión que ha provocado que la generalidad de las personas que se encuentran cumpliendo una pena corporal sea debido a la comisión de delitos patrimoniales de poca cuantía, circunstancia que tiene dos importantes implicaciones: el olvido del principio de *ultima ratio* que rige al derecho penal, y la concentración del sistema en la prosecución de delitos menores, en vez de focalizar los recursos públicos en perseguir las transgresiones trascendentales a la legislación penal.

A través del diálogo que se presencié en el foro, los distintos juristas revelaron el panorama que vive el derecho penal y el sistema penitenciario en México, con sus fallas y aciertos. De la misma manera, se detallaron casos concretos en los que nuestro Estado reflejó un acceso a la justicia en donde prevalecen prácticas de corrupción y un deficiente sistema de investigación.

Por otro lado, los juristas mostraron las diferentes formas en que los estudiantes de Derecho, los abogados titulados y en general la sociedad civil, pueden contribuir a la implementación de justicia penal; ya sea por medio de la influencia de las redes sociales y la cohesión social, puesto que como se señaló mediante el caso de la Sra. Reyes, una sociedad unida y activa es un propulsor de cambio y un canal para combatir injusticias; ya sea mediante la práctica pro-bono, utilizándola como un camino que pone al jurista en contacto con la realidad mexicana, y que contribuye a desenvolver una actividad exigida por la responsabilidad que compartimos tanto con la sociedad como con el Estado. Por ello, los abogados cerraron el foro concluyendo que las consideraciones aludidas son herramientas que deben ser retomadas, debido a que ayudan a exponer ante la luz pública cuestiones legales de gran relevancia que de otra manera quedarían impunes y en el olvido.

Reseña del acto de reconocimiento a la trayectoria profesional de don José Luis Aguirre Anguiano por el Capítulo Jalisco de la Barra Mexicana de Abogados

KARLA P. GUDIÑO YÁÑEZ¹

Existe un vínculo arraigado entre la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, y el Capítulo Jalisco de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados: al menos cinco de nuestros profesores y *alumni* lo han presidido y muchos otros se han involucrado activamente como miembros de su Comité Directivo o coordinadores de sus comisiones de estudio y ejercicio profesional.

La relación es natural, dado que la Barra Mexicana de Abogados y nuestra Facultad de Derecho comparten un alto sentido de la profesión, y afirman los valores objetivos e ineludibles en los que ha de sostenerse.

El pasado 10 de junio, este vínculo se puso de manifiesto en el acto de Reconocimiento a la trayectoria profesional de don José Luis Aguirre Anguiano, entrañable profesor de nuestra Universidad que, en palabras del Mtro. Jorge Torres González, Presidente del Capítulo Jalisco, *"ha servido a la comunidad jalisciense en prácticamente todos los ámbitos (creación, ejercicio, investigación, enseñanza y divulgación) del ejercicio profesional del Derecho, destacando siempre en su vida un alto sentido del honor y la ética que corresponden a la dignidad del abogado"*.

Este merecidísimo reconocimiento es motivo de celebración para nuestra Facultad de Derecho porque conocemos la persona y la labor ejemplares de don José Luis, pero también debe ser ocasión para renovar el propio compromiso como abogados y fortalecer los cimientos de nuestro ejercicio profesional a la luz de este modelo de integridad.

A continuación transcribimos los discursos presentados en el evento reseñado.

¹Abogada y funcionaria pública. Profesora de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara.

Discurso de presentación de José Luis Aguirre Anguiano en el acto de reconocimiento a su trayectoria profesional

Al encomendarme la presentación de nuestro queridísimo homenajeado, el Capítulo Jalisco me ha concedido un privilegio inmerecido. Miren a su alrededor: encontrarán entre ustedes la autoridad de la cual carezco y constatarán más talento del que yo pueda reunir.

Con esta conciencia procuro cumplir el cometido y estoy ante ustedes luego de haber repasado y repensado a José Luis Aguirre Anguiano, no para hablarle al bronce, sino para mostrarlo de la única forma en que puedo hacerlo, desde la experiencia de su gentil tutela y su inestimable amistad.

El día de hoy vemos consumada una feliz confabulación emprendida en aras de un propósito correspondiente con la vocación jurídica que celebramos: hacer justicia.

En efecto, la gratitud es verdaderamente una deuda cuando no nos es posible devolver, si quiera en proporción, lo que hemos recibido por pura generosidad. Así, podemos asumirla como una forma elevada de justicia, pues entraña el reconocimiento de deberse a otro.

Este es, entonces, un acto de reconocimiento, pero es también una acción de gracias en comunidad por la vida, el trabajo y el ejemplo de José Luis.

Me refiero a él por su nombre de pila porque desde su inquebrantable calidad humana, hace unos años, ante mi propia estupefacción, me forzó afectuosamente a tutearlo y no me ha vuelto a permitir que le adjudique apelativos merecidísimos como "Don" o "Maestro". No es un mero asunto de epítetos, mucho menos es falsa modestia. Ha sido en detalles como este que he podido comprender cómo se piensa a sí mismo. Ustedes le conocen y saben de lo que hablo.

Traté primero al José Luis académico en las aulas de nuestra querida Universidad Panamericana, donde fui su alumna en el curso de Deontología Jurídica hará ya unos diez años, los mismos que debieron transcurrir para que hoy confiese que le llamábamos (le llamamos) *Quijote*.

La primera impresión fue, en efecto, la de estar ante un Quijote de corbata. Y es que además de la pinta impecable y las trazas características, nunca he conocido a alguien que practique con tal naturalidad los valores propios de la caballería andante.

De la clase recuerdo un grandilocuente y prometedor temario que nuestro profesor no abordó en términos rigurosos, probablemente con toda deliberación. La asignatura era propicia para suscribir un pacto académico a la medida de nuestras veinteañeras inquietudes, que superara los lugares comunes y sirviera de estímulo a nuestras preguntas, de modo que nuestro maestro despojó al programa de su solemnidad y se dio a la paciente tarea de sembrar virtud en nuestras conciencias.

La lección se desarrollaba a modo de conversación. José Luis nos proponía vívidos problemas jurídicos, muchos derivados de su propia

experiencia, en cuyo análisis nuestro incipiente sentido común departía con el humanismo clásico y con colosos modernos y posmodernos. Entre otros significativos ejercicios, nos situó ante el Código de Ética de este insigne Colegio y nos indujo a la exploración de la banalidad del mal desde el pensamiento de Hanna Arendt. Con esta madeja urdió para nosotros una sólida noción de la persona *ad alterum*, idea constitutiva de una verdadera antropología jurídica, la misma que ha alimentado el fecundo ejercicio de su profesión.

Sin lugar a dudas, la vocación académica de nuestro caballero está enraizada en su tenaz estudiosidad, en su amor a la Verdad y en su excepcional apertura al diálogo. Le he escuchado repetir con insistencia "*He aprendido más de mis alumnos que de mis maestros*", y lo cierto es que pocos docentes profesan un interés tan auténtico por las reflexiones de sus discípulos.

Numerosas generaciones de abogados procedentes de distintas universidades hemos asistido a sus cursos de Filosofía del Derecho, Deontología Jurídica, Fundamentos Clásicos de la Cultura Jurídica y Derecho Bancario, y somos testigos de que José Luis da clases como quien comparte una espléndida cena.

En la cátedra va construyendo junto a sus estudiantes el camino de la certeza y permite, casi conmina, a arribar por otro sendero. Atiende siempre al alumno desde su particular calidez pero sin atisbo de condescendencia, y es tal su empatía que uno tiene la impresión de que el maestro desconoce la propia ignorancia. Para revelarnos nuestro cacumen, nos habla como si supiéramos, y cuando un hombre de esta talla nos trata como si estuviéramos a su altura, sólo queda eso: estirar el juicio y en la medida de lo posible, ponerse a su altura. Al cabo, nuestras carencias habrán entrado en acción y casi siempre descubrimos ser más entendidos de lo que sospechábamos; en argot deportivo, hemos superado nuestra marca y toca ascender de liga.

Esta notable labor docente es apenas uno de los recintos en donde nuestro celebrado ha puesto su empeño.

Por más de cuatro décadas, la banca ha sido sede de su ejercicio profesional. José Luis la ha entendido como una institución que debe entregarse al servicio de la justicia distributiva, pues posibilita a las personas participar de la riqueza. En sus propias palabras, si el dinero puede parir dinero, es sólo con el fin de que éste se reparta y aproveche en la edificación de una sociedad más equitativa. A pesar de la mala prensa de la que son objeto los bancos, José Luis tiene en su haber múltiples casos en donde esta realidad se pone de manifiesto.

En el Banco Nacional de México, sirvió como abogado, ejerció de Titular Jurídico Divisional del Occidente, participó nada menos que en el Comité Nacional de Crédito, prestó con toda oficialidad su atinadísima asesoría a la Dirección General y a nadie extraña que figure como fundador del ineludible Departamento de Investigación Jurídica.

Su jubilación en 1995 fue apenas el comienzo de otras muy afortunadas empresas.

A continuación, acompañó activamente los inicios de Bansí, cuyos departamentos y contratos pueden hoy preciarse de su decisiva influencia, y en donde se ha desempeñado como Director Jurídico y miembro del Consejo de Administración.

A propósito del contrato, es éste una figura que le ha atraído particularmente. Filósofo apasionado pero muy aterrizado, encontró en el acuerdo de voluntades una eficaz manifestación de la libertad humana, que en la fórmula *pacta sunt servanda* empeña la palabra y el esfuerzo para la realización de un beneficio justo, lícito y recíproco, aun en su versión no sinalagmática.

Su labor como Delegado Fiduciario en ambas instituciones le ha dotado de una experiencia poco frecuente en materia de fideicomisos, esos contratos mutantes de amplísimas posibilidades, que parecen sólo limitados por la licitud de su objeto y que José Luis ha empleado con destreza en provecho de incontables causas públicas y privadas.

De talante incansable, el abogado bancario también ha tenido ocasión de poner sus cualidades al servicio de la función pública. Una de sus gestas le ganó en 1997 el nombramiento de Magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco, en donde dio cátedra de rectitud e independencia hasta la conclusión del cargo.

Durante un sexenio tomó las riendas de la Dirección Jurídica en la Secretaría de Cultura del Estado, en donde ha dejado un legado que conozco de primera mano y que va más allá de los cuadros heráldicos aún presentes en las paredes de nuestra oficina o de la cafetera sin la cual naufragaríamos fatalmente.

Como les digo, es justamente en la Secretaría de Cultura donde he podido apreciar más de cerca el sorprendente poder transformador de su ejemplo. A punta de una conducción juiciosa pero contundente, José Luis transfiguró una deslucida "unidad administrativa" en un auténtico despacho de abogados al que imprimió todo su carácter.

Mis compañeros y yo conocimos ahí al intachable general que da a sus soldados trato de colegas y se apuesta junto a ellos codo a codo en la trinchera.

Como director, Aguirre es un agudo adalid que sabe encontrar el talento ajeno –a veces tan enterrado- y espolearlo. Naturalmente, había asuntos que sólo el Jefe podía resolver haciendo gala de su elegante mano izquierda y sus versadas consideraciones. Con todo, nunca tuvo empacho en encomendarnos negocios complejos; más aun, nos provocaba a confesar las propias ideas, y en cada comisión nos reveló el insólito depósito de su confianza.

Siempre respetuoso y atento en grado sumo, el Jefe no se andaba con miramientos ante la injusticia. De todos los obstáculos que enfrentó en el servicio público, sólo la injusticia conseguía enfurecerlo y le vimos embestirla con todo su aplomo.

Pero en la Dirección Jurídica no sólo se discutía el derecho. José Luis es, además, un celebrador nato que ofrecía verdaderos festines conmemorativos de logros y onomásticos, a los que propios y extraños

éramos convidados. Creo que la primera vez que se dispuso a abrir una botella de vino en la oficina fue un 27 de septiembre, a propósito del aniversario de nuestra independencia. Ante el argumento de que no se bebe en un edificio público, el Jefe sencillamente optó por comenzar a repartir el inofensivo *alipús*, explicando sin tapujos el patriótico deber de brindar por la ocasión. Esto lo sé de oídas e imagino que aquel incauto censurador no pudo más que beber.

El Jefe prescindía de esa increíble invención de la vagancia humana que es la computadora. En lugar del aparato, se apilaba en su oficina una bibliografía envidiable que inspiraba conversaciones restauradoras de fe.

Ahora que ha vuelto a su Notaría, intuyo que aún no hay computadora, pero de vez en cuando me dan ganas de ir a preguntarle sobre el universo que se alberga entre sus libros y sus historias, al calor de un buen café.

Como podrán advertir, José Luis Aguirre es un gran jurista, pero el ejercicio de su profesión es inseparable de sus convicciones y su conducta. En el abogado, el maestro, el mentor, ciertamente se descubre a quien ha merecido tres nobles condecoraciones, la última investida por un Santo.

Entre otros muchos aspectos enlazados a su oficio, me falta abordar su trabajo en la investigación y divulgación del Derecho, su afecto por las cosas bellas y su compromiso a favor de los más necesitados, pero a falta de tiempo, no quisiera omitir presentarlo desde su mejor semblante.

Hace unas semanas hablé con su hijo José Antonio, ingeniero converso al Derecho, para pedirle el favor innombrable de que me permitiera asomarme al sentir de su familia, y es así que los Aguirre Camacho me han autorizado hoy ser emisaria de las palabras que sólo ellos pueden articular.

Por sus frutos los conoceréis, dice el Evangelio, así que hoy pongo en mi boca lo que los tuyos han compartido conmigo en un acto de enorme generosidad.

Tus hijos y nietos, querido amigo, te evocan en una fotografía de los años cuarenta, del niño Aguirre levantando los brazos al cielo, señalando desde entonces la procedencia de las virtudes que has hecho vida.

Para ellos, eres el cuenta cuentos de la infancia, el héroe y aliado de tus nietas, el admirador de la belleza en éxtasis Stendhaliano, ajeno a todo lo deportivo, pero capaz de esbozar una sonrisilla de satisfacción cuando golea la Real Sociedad de San Sebastián. Cristina afirma que eres el Quijote restándole la locura y a los recelosos increpa "mírenlo de perfil". María José y Juan Pablo exclaman "¡queremos al gran abuelo!"

En la voz de tu familia, eres las manos que oran, tus sienes bullentes, el hierro vasco y la tierra mojada, la mirada iluminada de un filósofo en acción. Más de cerca, te aluden como el cobijo de su sangre y apellido, el hombre con el fuego del Pentecostés y la cruz en el

estandarte, las palabras latientes y la fuente luminosa del faro en mar abierto.

De tu incansable dedicación han aprendido que nobleza obliga, que venimos al mundo a ser felices sirviendo a los demás, que hemos de aspirar a los bienes trascendentales y que la vida no muere, sino muere la muerte.

Todos refieren justicia, nobleza, bondad y belleza. Todos coinciden en tu integridad ejemplar y en la Verdad que está viva en tu interior. Y hablan de ti también en plural, junto a tu guapa mujer, porque, en palabras de Cervantes, les es tan natural a los caballeros ser enamorados como al cielo tener estrellas.

Me quedo corta, pues setenta y tantos años de juventud acumulada, como te gusta decir, y casi cincuenta al servicio de la justicia no pueden contarse de un plumazo.

Espero que puedas reconocerte en esta arenga y que constates cómo nos has hecho a tantos decir lo que el Quijote: "Esto pues, señores, es ser caballero andante, y la que he dicho es la orden de mi caballería; en la cual, como otra vez he dicho, yo, aunque pecador, he hecho profesión, y lo mismo que profesaron los caballeros referidos profeso yo."

Como dicen los tuyos, Koldovica ¡Zorionak!

Discurso de don José Luis Aguirre Anguiano al recibir el reconocimiento a su trayectoria profesional

Aprovecho esta venturosa oportunidad para dar la más cordial bienvenida a su Excelencia, ilustre jurista, Lic. don Miguel Benzo Perea, Cónsul General de España en Guadalajara, recién llegado a nuestra ciudad, anticipándole el mayor de los éxitos en acercarnos, aún más, a nuestra querida España.

Las palabras de la abogada Karla Gudiño Yáñez, cuya preparación jurídica y humanística conozco, desde el principio de su brillante carrera, me han emocionado vivamente pues son fruto del afecto a nuestra Universidad Panamericana y a su profesor que peina canas, pero dichas con tal elegancia y donaire que me obligan a ser, en el tiempo que Dios me preste vida, el abogado que dice que soy y no el que hasta ahora he sido. Va por delante mi cordial gratitud.

Nunca antes había paladeado tanto el sentimiento agridulce de la paradoja, alborozo por el honor que la nobleza de El Capítulo Jalisco, de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, se ha dignado concederme y la zozobra por todo lo que como jurista tengo que efectuar, en congruencia con la dignidad adjudicada.

Cuando el joven Maestro en Derecho Jorge Alejandro Torres González me comunicó la inesperada noticia del reconocimiento a mi trayectoria profesional, como Presidente del Capítulo Jalisco de la Barra, acepté en un acto de audacia, lo confieso. Me motivó la atractiva situación de acercarme y encontrarme con este grupo de abogados,

firmemente asentados en la ontología y la hermenéutica personalista, del Derecho y la Ética, profundamente enraizada su práctica profesional, como son los integrantes de la Barra Mexicana del Colegio de Abogados, A.C. Ninguna otra asociación profesional, que conozca, se ha preocupado y ocupado tanto como la Barra por el ser y el quehacer del Derecho en este país, cuya cultura me es amada hasta el hondón de mi alma.

El maestro Torres González me hizo recordar a Ortega y Gasset, ya que me colocó en medio de intelectuales. Ser intelectual es una vocación y es un don. Yo tengo la enérgica vocación y quienes me rodean tienen la vocación y el don, que no es otra cosa que el talento.

Volviendo a Ortega, nos aclara que ser intelectual es una manera de estar en el universo. El intelectual ante las cosas: "se hace cuestión de ellas...no está ahí como hace el otro (el no intelectual que simplemente las usa en su provecho), sino que su vida es en servicio a las cosas. Culto a su ser. El culto como lo fueron todos los fuertes cultos es cruento, es deshacerlas, desmenuzarlas, para rehacerlas en su supremo esplendor. Sabe que las cosas no son plenamente si el hombre no descubre el maravilloso ser que llevan tapado por un velo y una tiniebla". (1)

Y también nos dice el filósofo madrileño, que el primitivo, original y auténtico nombre de la filosofía de la palabra, no era el simple "amor a la sabiduría", sino el vocablo "a-letheia", que significa, descubrimiento, patentización, desnudamiento, revelación", es el mismo significado que después tuvo "apo-kalipsis", que es además el nombre del último de los 27 libros del Nuevo Testamento, para nosotros los católicos "revelación". En dicho libro se da la "revelación" de la escatología, la salvación futura, cuyo camino no deja de estar poblado de obstáculos, como los de los cuatro jinetes.

Dejando de lado la pequeña digresión, entremos en un camino que tampoco es una senda fácil, sino llena de veredas y hasta ciénegas y barrizales, el camino del Derecho que como decíamos tenemos que desnudar su ser: "desmenuzarlo para que nos revele su supremo esplendor", "que lleva tapado por un velo o una tiniebla".

El Derecho debe estar al servicio de la dignidad humana, cuya esencia es la racionalidad y la libertad, para ayudarle a realizar su proyecto vital, pues como decía Julián Marías, el hombre es: "futurizo", y ese futuro debe protegerse.

La dignidad humana consiste en considerar a la persona dotada de un valor que la coloca sobre todas las cualidades que el hombre, en tanto que tal, pueda poseer. Ya Sócrates y los estoicos consideraron la dignidad humana sagrada, pero su verdadera consolidación la llevó a cabo el judeo-cristianismo pues al crear Dios al hombre lo llevó a cabo: "a su imagen y semejanza" remotísima analogía, pero que enfatiza vívidamente la libertad e intelectualidad del hombre, con atributos que pertenecen a la divinidad. San Agustín y Santo Tomás darían, entre otras cosas, como fundamentación filosófica a tales particularidades contenido

filosófico y en el segundo caso también jurídicos, como la premisa fundamental del jusnaturalismo.

Nuestra labor diaria como abogados, bien lo sabemos todos los que estamos aquí, es la interpretación de las palabras y concretamente la hermenéutica, analizando el texto y el contexto, pero no solamente buscando el sentido de la protección de la norma sino ante todo de la naturaleza humana y sus valores.

El Derecho, vocablo polivalente, nos decía el gran jurista Efraín González Morfín, significa tres realidades diferentes vinculadas entre sí: "el Derecho objetivo o lo justo objetivo, es decir cosa o conducta que se debe a otro; Derecho subjetivo o facultad del titular del Derecho respecto a lo justo objetivo que se le debe y; Derecho normativo o norma que establece tanto lo justo objetivo como la facultad y la obligación en relación con él mismo". Esas tres realidades se llaman Derecho pero el analogado principal es lo justo objetivo; "no se puede afirmar que lo justo objetivo existe para que haya normas y la gente tenga derechos subjetivos". (2)

El Derecho debe estar fundamentado en valores jurídicos en cuya cúspide se encuentra la justicia. Leibniz afirmó certeramente que hablar de "Derecho justo" constituía un pleonasma y "Derecho injusto" era una "absurda contradicción".

Por más que el concepto del valor justicia sea uno de los más difíciles de elucidar, su comprensión resulta patente, no solo para todo hombre de leyes, sino también para cualquier persona, sobre todo si la justicia falta, y la injusticia ocupa su espacio, entonces sobreviene algo así como el ahogo cuando falta el aire.

El "*ius suum cuique tribuere*" (dar a cada quien lo suyo) de Ulpiano Es la faena de todos nosotros, en nuestro día a día profesional, ya sea como litigantes, asesores, notarios, legisladores o jueces, que amparados por la seguridad jurídica, nos llevará al bien común.

Mas no sólo el Derecho busca la igualdad, proporcionalidad y armonía de la justicia, de que nos hablaba Luis Recasens Siches, sino también organizaciones profesionales firmemente asentadas en el amor al Derecho, la Justicia y la Paz, con una arraigada filosofía personalista que, la buscan y luchan por ella.

En México la joya de la corona es la Barra Mexicana Colegio de Abogados y su Código de Ética Profesional que nos recuerda a los abogados, que somos "servidores del Derecho y coadyuvantes de la Justicia" e imprime en nuestro pensamiento, con la fuerza y raigambre que los escritores del Siglo de Oro de nuestra lengua castellana, lo ponían como eje central: el honor. En el caso de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, el honor y la dignidad que como abogados tenemos, sin olvidar la épica caballeresca y jusnaturalista de la defensa de indigentes que nos ayuda a interpretar la justicia aristotélicamente: "igual para los iguales y desigual para desiguales".

La ética profesional justifica la existencia de la Barra. La axiología y deontología jurídica forman parte fundamental de su esencia como

ente relacional que es y nunca antes se necesita de ella como ahora en que se da la *"absurda contradicción"* destacada por Leibniz a quien ya me he referido, pues ustedes conocen todos los problemas que sufre nuestra nación, y no es el momento ni hora de precisarlos entre otras cosas por el riesgo de alargar esta intervención.

Malhadadamente, nuestra noble profesión no goza de muy buena prensa debido a dos aspectos: Primero.: Cuando dos partes litigan, teniendo como principal premisa intereses contrapuestos, la parte que no obtiene lo que pretendía culpa de su situación a los abogados, al juez o al jurista que no logró inclinar la balanza a su favor y Segundo: Algunos abogados saliéndose del cauce de la ética han sembrado un desprestigio sobre toda la profesión. Parodiando a Churchill, pero en sentido inverso, a lo que él decía de sus paisanos, cabe afirmar que: *"nunca tan pocos hicieron tanto daño a tantos"*. Lo anterior ha ocurrido siempre.

Ya en el siglo XIII vivió el primer santo patrono de los abogados, (que muchos santos abogados hay) letrado y sacerdote (1253-1303): San Ivo, de Bretaña, en la Francia del último cruzado Luis IX, San Luis Rey de Francia.

Ivo Hélori, quien estudió Derecho en París en la Facultad formada por Robert Sorbon, la posterior Sorbona, fue sacerdote, litigante y juez quien valientemente se enfrentó a los esbirros del nuevo rey, Enrique IV, a quien hizo desistirse de algunas de sus tropelías. Fue un Quijote en defensa de los pobres, viudas y menesterosos, no obstante, a su muerte, cundió un verso irónicamente punzante que decía: *"Santus Ivo era britó; advocato et non ladro; res miranda populo"*. (San Ivo era bretón; abogado no ladrón, cosa admirable para el pueblo).

Pero lo trascendente de San Ivo, para los que aquí estamos, aparte de su ejemplo, son dos eventos que anteceden la existencia de esta barra, el primero es la fundación de la: *"Cofradía de Letrados del Señor San Ivo"*, cuyos primeros datos nos llegan de 1542, que era una especie de *"antigua barra"*, colegio de juristas, dedicados, como la nuestra, a cuidar del ejercicio de la profesión de abogados, basados en un Código de Ética, *"el Decálogo de San Ivo"*, en la cual campean la honestidad y el amor a la justicia, *"pues Dios es el primer protector de la justicia y la honradez"*. El abogado, dice el Código de San Ivo, debe amar tanto a la justicia como: *"la niña de sus ojos"*, (no se a cuál *"niña de sus ojos"* se haya referido, pero cualquiera de los dos sentidos, su acierto, es fundamentalmente valioso).

La justicia hay que buscarla, como la paz y el amor en plena libertad, escudriñando, investigando, husmeando hasta encontrar en el íntimo rincón del alma la palabra exacta, que no se nos escape, que es la substancia, ingrediente, materia y espíritu de nuestro quehacer de jurisconsultos.

Finalmente quiero recordar a una persona: el primer poeta vivo que conocí ya viejo y fue mi amigo, con su enorme corpachón y larga barba que le hacían parecer un patriarca, y aún me parece escuchar su

ronco acento vallisoletano, andaluz y mexicano, pues era un transterrado y aquí en esta Guadalajara que tanto quería, escribió su "Río de Aguas Amargas", que no fue otra cosa que su vida, como la de todo ser humano....llena de yerros y virtudes. El poeta fue tan apasionado como Ulpiano al referirse a la justicia. Para él las palabras más hermosas de la vida eran: paz, libertad, amor y justicia:

La palabra exacta debe ser vertida en el contrato, en la demanda, en la sentencia, pero debemos buscarla y cuidarla, debemos luchar por ella, que no se nos vaya al sitio cómodo de su querencia, lugar de quietud y reposo, como nos lo dice Pedro Garfias, escuchemos su vivencia, de la lucha y conquista de las palabras, poéticamente dicha, que es tan nuestra como de él:

*"La palabra se rebela.
si no la cuidas se escapa,
porque tiene su querencia
Te procura.
De noche te asaetea
de día levanta el vuelo
Y se aleja.
La palabra busca siempre
su querencia.
Antes de dormirte todo*

*hazte el dormido y espera;
cuando llegue, cuidala,
acomódala en su tienda,
que sienta calor y frío,
que se ajuste, que se
avenga,
que respire, que se quede.
Y verás, si es que se queda,
cómo suena la palabra
cuando suena..."*

Bibliografía

JOSÉ ORTEGA Y GASSET; Obras Completas, Tomo 5; Alianza Editorial, Revista de Occidente 1987; Pág. 514.

EFRAÍN GONZÁLEZ MORFÍN; Temas de Filosofía del Derecho; Universidad Iberoamericana; Editorial Oxford, México 1999; Pág. 34.

PEDRO GARFIAS; "Río de Aguas Amargas"; Editado por: Secretaría de Cultura del Estado de Jalisco y Embajada de España, Guadalajara, Jal., 1999; Pág.15.

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA