

Revista

**PERSPECTIVA  
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



**UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA®**

CAMPUS GUADALAJARA

NÚMERO

**06**

AÑO 3

SEMESTRE I  
2016



**ISSN - 2395-9541**

*PERSPECTIVA JURÍDICA UP, año 3, número 06, semestre I, enero-junio 2016, publicación semestral editada por Centros Culturales de México, A.C., ubicada en Calzada Circunvalación Poniente número 49, Colonia Ciudad Granja, C.P. 45010, Zapopan, Jalisco, México, Tel. (33)13682200. Correo electrónico: mtovarh@up.edu.mx, Editor Responsable: Diego Robles Farías. Reserva de derechos al uso exclusivo número 04-2014-121714090400-102, ISSN 2395-9541, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Licitud de título y contenido número en trámite, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Diseño editorial e impresión: Editorial y Servicios Creativos, S. de R.L. de C.V., Calle San Juan de los Lagos 151, Colonia Vallarta Poniente, C.P. 44110 Guadalajara, Jalisco, México, Tel. (33)18171385. Este número terminó de imprimirse el día 30 de junio de 2016 con un tiraje de 300 ejemplares.*

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

*Para envío de fascículos y criterios editoriales, así como acciones de seguimiento, solicitarlos en perspectivaup@up.edu.mx, teléfono (33) 16-68-22-20 extensión 4310.*

*Para solicitar la publicación de un artículo, enviar archivo conforme a los criterios editoriales, mediante correo electrónico a perspectivaup@up.edu.mx. Se deberá enviar material original incluyendo un resumen.*

*Fecha límite de recepción de artículos para el próximo fascículo: 30 de septiembre de 2016. Se resolverá sobre su aceptación el 31 de octubre de 2016.*

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

## **Consejo Editorial**

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

## **Comité Directivo**

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

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

## **Comité Editorial**

DR. DIEGO ROBLES FARÍAS  
*Editor General*

MTRO. MANUEL TOVAR HERNÁNDEZ  
*Coordinador Editorial*

LIC. JULIETA ARIADNA MÉNDEZ ANGULO  
*Coordinadora del Comité Editorial*

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



## Mensaje del rector

Escribo con profunda emoción estas letras en reconocimiento de tantas personas que a lo largo de tres décadas han aportado su sabiduría jurídica, su calidad humana, su profesionalismo en las tareas docentes, administrativas, secretariales, coordinacionales, directivas y de asesoría personal para conseguir que varias docenas de cientos de alumnos alcancen su plenitud como estudiantes de la ciencia del Derecho, procurando aunar conocimiento técnico con calidad humana en el cuidado de la profesionalidad que exige la aplicación del principio de justicia en cada una de las relaciones que se le plantean a quién se presente como *juris perito*, *juris consulto*.

Esa misma conjunción de múltiples esfuerzos cotidianos a lo largo de 30 años conducidos a la formación científica y profesional de los estudiantes de Derecho en los niveles de licenciatura, especialidades, maestría y doctorado, se ha dado también en el ámbito de la investigación y la difusión de un pensamiento sólido en torno a las diferentes ramas de la ciencia jurídica.

Así a partir del instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Panamericana en su campus en Guadalajara, se ha generado esta revista "Perspectiva Jurídica UP" cuyo número 6 podemos poner orgullosamente en sus manos.

Por supuesto que este notable esfuerzo conjunto de la Facultad de Derecho del campus Guadalajara se inscribe en la labor de unidad que la Universidad Panamericana en sus tres *campi* desarrolla desde hace casi ya cincuenta años.

La calidad académica de la que se puede preciar la Facultad de Derecho es simple efecto del sentido de unidad que ha habido entre tres claustros de profesores que ubicados en tres ubicaciones geográficas distintas de México, promueven sin embargo la misma mística de vocación por la verdad y de generosidad en darla a conocer a colegas, alumnos y sociedad en general.

Mi mayor deseo es que la Universidad Panamericana, fiel a su misión siga con espíritu magnánimo estudiando, investigando, enseñando y divulgando la ciencia jurídica en pos de juristas dueños de mayor ciencia y conciencia y de una aplicación mejor de la justicia en beneficio de la sociedad mexicana.

Dr. Juan de la Borbolla Rivero  
Rector de la Universidad Panamericana  
Campus Guadalajara

## Mensaje del director

Estimada comunidad jurídica:

Con el gusto de siempre, tengo la oportunidad de saludarles, pero en esta ocasión con especial orgullo, para participarles que el número que nos ocupa de la revista *Perspectiva Jurídica UP*, ha sido enmarcada en los festejos del trigésimo aniversario de la fundación de nuestra Facultad de Derecho.

A partir del inicio de sus clases, el 2 de septiembre de 1986, fecha que además se ha instituido como "día del abogado UP", la entonces Escuela ha escrito historia; aunque treinta años no sea un amplio lapso de tiempo y, menos aún, para una institución educativa, sería prolijo tratar de enumerarla en este breve espacio, pero lo cierto es que podemos identificar varios momentos determinantes; primeramente, con el inicio de la propia carrera; luego, en 1994 con el del Posgrado en Derecho; más tarde, en 2007, con la apertura del Doctorado en Derecho; y en 2011, con el Instituto de Investigaciones Jurídicas, lo que permitió su consolidación, ya como Facultad; y, en el 2013, con la publicación de nuestra revista especializada.

En todo este proceso han existido diversos protagonistas; fundadores, profesores, directivos, coordinadores, asistentes, asesores y personal de apoyo; especial mención merecen los alumnos y *alumni* que lo han venido apoyando; hombres y mujeres entregados a la causa educativa, con pasión y talento; a todos y todas, en muestra de nuestro reconocimiento les dedicamos esta edición.

Dr. Isaías Rivera Rodríguez  
Director de la Facultad de Derecho



# Editorial

Este año la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara celebra 30 años de su fundación. Un esfuerzo que ha dado frutos extraordinarios que se constatan principalmente por los excelentes abogados que de ella han egresado y que se han integrado en todos los campos de la práctica jurídica en Guadalajara, en México y en el mundo.

Vale la pena recordar los nombres de los alumnos de la primera generación: María Esther Aguilar Pratt, Carlos Aldrete León, Marcela Berrueta Soriano, Mónica Estrada Garibay, Luis Estrada López, Jesús Estrada Pelayo, José de Jesús González Sánchez, Mónica López Palma, Irma Martínez Orozco, Claudia Patricia Ochoa Fregoso, Jazmín Ochoa Manzur, Rigoberto Gerardo Ortiz Treviño, Rodolfo Pánuco Rodríguez, Ma. Cruz Rodríguez Martínez y Luis Octavio Vallejo Fernández. Así mismo, el del primer director de la escuela: el Dr. Juan de la Borbolla Rivero, actual rector del campus Guadalajara.

Con el paso del tiempo la escuela incorporó los cursos de posgrado en derecho –inicialmente bajo la dirección del licenciado Héctor González Schmal- los que se han constituido en un verdadero referente en el país. En 2011, con la institución del programa de doctorado en derecho se convierte en facultad de derecho.

Ahora, a treinta años de su fundación y bajo la dirección del Dr. Isaías Rivera Rodríguez, no cabe duda que tenemos una de las mejores facultades de derecho en México, dada la calidad académica de sus profesores, su plan de estudios, el proceso de selección de los alumnos, sus programas de posgrado y doctorado y su vocación de investigación, con la creación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de esta revista como su órgano de difusión.

La proyección internacional que ha tenido la facultad es también evidente. Sus alumnos han participado en certámenes internacionales de gran prestigio, como *The Willem C. Vis Moot (East) International Commercial Arbitration Moot*; *Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition*; *Moot México*, Concurso Internacional de Arbitraje Comercial, Competencia Internacional de Arbitraje de la Universidad de Buenos Aires, entre otros.

Otra característica que habla de la calidad que ha alcanzado la Facultad de Derecho de la UP, campus Guadalajara, es la cantidad de profesores con grado de maestría y doctorado (hay 44 profesores con maestría y 10 con doctorado entre los profesores de la carrera y 72 maestros y 49 doctores en los posgrados, incluyendo el doctorado), así como sus publicaciones (más de 30 libros de derecho publicados por nuestros profesores) además de infinidad de artículos especializados. Algunos de los profesores investigadores pertenecen al Sistema Nacional de Investigadores (SIN).

La facultad ha sido sede de dos Congresos Internacionales de Derecho Mercantil, un Congreso internacional de Derecho Internacional Privado y Comparado, de dos Congresos Internacionales de Derecho Agrario, entre otros.

Por lo que ve a la revista, en este número publicamos ensayos sobre los más diversos temas jurídicos, entre ellos tres de Derecho Internacional Privado: el de Guillermo Cambero Quezada sobre *Evoluciones recientes del Derecho Internacional Privado, El caso de los Implantes PIP Francia*, el de la profesora española Marina Vargas Gómez-Urrutia, sobre las *Cláusulas de elección de foro y protección de su efectividad en el Convenio de la Haya de 2005* y el del Colombiano Germán Monroy Alarcón sobre *Una solución del Derecho Mercantil Internacional frente a la insolvencia transnacional de las personas jurídicas. Análisis del caso colombiano*. Dos de Derecho Mercantil, el de Javier Arce Gargollo intitulado *Notas sobre la Sociedad por Acciones Simplificada* y el de Soyla H. León Tovar intitulado *Reflexiones sobre el mandato y representaciones mercantiles*.

Sobre derecho constitucional escriben Guillermo A. Gatt Corona con la colaboración intitulada *De la Guardia Nacional y otros entes mitológicos* y el de Roxana Paola Miranda Torres que escribe sobre *El modelo de justicia constitucional en México*. Uno de Derecho Laboral escrito por Juan Miguel Nava Contreras sobre *El Ofrecimiento de Trabajo, realidad o fantasía de la técnica jurídica*. Otras participaciones sobre *La novedad y la actividad inventiva, requisitos indispensables para patentar* cuya autora es Linda Elizabeth Servín Morfín y la de Jorge Eduardo Medina Villanueva quien elabora un ensayo sobre *Algunas ideas en torno a la valoración del daño moral*.

Publicamos también colaboraciones sobre temas de Filosofía del Derecho, Antropología del Derecho y Derecho Canónico. En este campo tenemos cuatro ensayos, empezando por el de Carlos Ignacio González Arruti sobre *Una visión antropológica de los derechos de los pueblos indígenas*, la de Don Santiago Martínez Sáez sobre el *Relativismo ético*, Claudio Minakata con *Nociones fundamentales para el estudio del Derecho Canónico* y María Cristina Pérez Venegas con *Constructivism: a plausible alternative to fundamentalism of justice?*

Como siembre, es muy gratificante que los alumnos de la facultad participen no solo en la edición de la revista a través del Comité Editorial –los nombres de los alumnos que lo integran aparecen al inicio de la revista- sino también con colaboraciones. En este caso publicamos las de tres alumnos: David Obey Ament-Güémez, alumno del décimo semestre que reseña el *Diplomado de Arbitraje Comercial Internacional ICC México* que tuvo lugar en el campus de la universidad; Diego Alejandro López Ramírez de octavo semestre, escribe sobre *Técnicas para una negociación eficaz: la herramienta crítica del abogado* y Karla Michelle Peña Medina de décimo semestre reseña el *Willem C. Vis Moot (East)* que tuvo lugar este año en Hong Kong, una experiencia de primera mano, ya que fue una de los integrantes del equipo de la facultad que participó en el certamen.

No queda más que agradecer el equipo editorial que hace posible la publicación de esta revista, especialmente a sus coordinadores, Manuel Tovar Hernández y Julieta Ariadna Méndez Angulo.

Zapopan, junio de 2016

Dr. Diego Robles Farías  
Editor General



# Contenido

Mensaje del rector.....	p. 5
Mensaje del director.....	p. 7
Editorial.....	p. 9

## Estudios jurídicos

Evoluciones recientes del Derecho Internacional Privado: El caso de los implantes PIP Francia <b>por GUILLERMO CAMBERO QUEZADA</b> .....	p. 17
De la Guardia Nacional y otros entes mitológicos <b>por GUILLERMO A. GATT CORONA</b> .....	p. 31
Una visión antropológica de los derechos de los pueblos indígenas <b>por CARLOS IGNACIO GONZÁLEZ ARRUTI</b> .....	p. 51
Reflexiones sobre mandato y representación mercantiles <b>por SOYLA H. LEÓN TOVAR</b> .....	p. 65
Técnicas para una negociación eficaz: la herramienta crítica del abogado <b>por DIEGO ALEJANDRO LÓPEZ RAMÍREZ</b> .....	p. 87
Relativismo ético <b>por SANTIAGO MARTÍNEZ SÁEZ</b> .....	p. 109
Algunas ideas en torno a la valoración del daño moral <b>por JORGE EDUARDO MEDINA VILLANUEVA</b> .....	p. 123
Nociones fundamentales para el estudio del Derecho Canónico <b>por CLAUDIO MINAKATA URZÚA</b> .....	p. 139
El modelo de justicia constitucional en México <b>por ROXANA PAOLA MIRANDA TORRES</b> .....	p. 155

Una solución del Derecho Mercantil Internacional frente a la insolvencia transnacional de las personas jurídicas. Análisis del caso colombiano  
**por GERMÁN MONROY ALARCÓN** ..... p. 171

El Ofrecimiento de Trabajo, realidad o fantasía de la técnica jurídica  
**por JUAN MIGUEL NAVA CONTRERAS**..... p. 181

Constructivism: a plausible alternative to foundationalism of justice?  
**por MARÍA CRISTINA PÉREZ VENEGAS**..... p. 199

Cláusulas de elección de foro y protección de su efectividad en el Convenio de la Haya de 2005  
**por MARINA VARGAS GÓMEZ URRUTIA**..... p. 211

La novedad y la actividad inventiva, requisitos indispensables para patentar  
**por LINDA ELIZABETH SERVÍN MORFÍN**..... p. 227

## Actualidad legislativa

Notas sobre la Sociedad por Acciones Simplificada  
**por JAVIER ARCE GARGOLLO** ..... p. 235

## Vida en la facultad

Diplomado de Arbitraje Comercial Internacional ICC México  
**por DAVID OBEY AMENT-GÜÉMEZ** ..... p. 251

Willem C. Vis Moot (East)  
**por KARLA MICHELLE PEÑA MEDINA**..... p. 253

# Estudios jurídicos

Revista

PERSPECTIVA  
JURÍDICA 

NÚMERO  
**06** SEMESTRE I  
2016  
AÑO 3



# Evoluciones recientes del Derecho Internacional Privado: El caso de los implantes PIP Francia

GUILLERMO CAMBERO QUEZADA<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Planteamiento general del caso PIP.* III. *Los antecedentes del problema jurídico.* IV. *Un escándalo de salud pública.* V. *La defensa de mujeres extranjeras afectadas.* VI. *Consideraciones finales.*

**Resumen.** El Derecho Internacional Privado se encuentra en constante evolución debido a los procesos de globalización. En el presente artículo analizaremos un caso particular de este avance: La posibilidad de mujeres mexicanas afectadas por la colocación de implantes de silicona de la empresa denominada PIP de acudir a un tribunal francés sin necesidad de viajar al país galo y hacer valer una indemnización por los daños generados por dichos implantes, los cuales no fueron fabricados conforme a los procesos señalados por las normas europeas, aunado a un sistema fraudulento, que ha generado graves problemas de salud a las portadoras de dichos implantes o costos no previstos por el retiro de los mismos. La dinámica globalizadora ha generado que un juez francés brinde la posibilidad de una defensa efectiva, dejando a un lado las ataduras de soberanía y la concepción clásica del Derecho Internacional Privado.

**Palabras clave:** Implantes PIP, afectadas PIP.

**Abstract.** *International private law is in constant evolution due to the globalization process. This article will analyze a particular case in relation with this advance: the possibility of Mexican women whom were affected by the because of the colocation of implants of silicon made by the company PIP to turn to French court without the need of traveling to the French country to enforce an indemnification for the damages generated by those implants, which doesn't accomplish the standards of fabrication indicated by the European norms, in addition to a fraudulent system, which have caused health problems to the users of those implants or unplanned costs for the removal. This global dynamic has resulted in the possibility that a French Court Grant an effective defense, leaving behind the ties of sovereignty and the classical conception of international private law.*

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Internacional Privado

**Keywords:** *PIP implants, French jurisdiction, women affected PIP.*

## I ] Introducción

El Derecho Internacional Privado es una de las ramas del derecho que hoy en día se encuentran en un proceso de evolución debido a las constantes interacciones entre los diversos países del orbe, y más aún se encuentra acelerado por la vorágine de la globalización<sup>2</sup>. Pareciera que por momentos se encuentra estático, limitado su estudio a las aulas universitarias. Sin embargo, podemos decir que el Derecho Internacional Privado es un instrumento de gestión de la diversidad de derechos<sup>3</sup>, ya que la esencia del mismo se constituye por el conjunto de principios, usos o normas que gobiernan las relaciones jurídicas establecidas entre dos personas reguladas por legislaciones de Estados diferentes. Hoy más que nunca su entendimiento y aplicación es una necesidad para los juristas mexicanos.

Si bien el Derecho Internacional Privado tiene por objeto determinar en qué país el litigio debe ser juzgado (conflicto de jurisdicción) y de qué país es la ley aplicable (conflicto de leyes), este derecho no es uniforme, varía según las reglas de cada país, por lo tanto se puede hablar que en México existe un Derecho Internacional Privado<sup>4</sup> diferente, por ejemplo, del Derecho Internacional Privado Francés<sup>5</sup>. La coincidencia que ha tenido este derecho en la mayoría de los países occidentales es que ha pasado de un derecho únicamente nacional (por ejemplo, un nacional residiendo en el extranjero se sometía a las leyes nacionales, en 1804 el artículo 2 del Código Civil Francés establecía que las leyes concernientes a la capacidad de las personas se aplicaba a los franceses, aun residiendo en el extranjero), pasando a una internacionalización de fuentes, que a partir del siglo XX ha ahondado debido a la movilidad internacional de personas. Hoy en día podemos encontrar en dichas fuentes internacionales, por ejemplo, las Convenciones de la Haya, u otras más regionales, como el derecho comunitario de los países miembros de la Unión Europea.

Debido a esta aceleración y movimiento de personas, cada día es más frecuente encontrar una variedad de supuestos y conflictos en materia de Derecho Internacional Privado, por ejemplo: Divorcios de parejas de diferentes países, obligaciones alimenticias, secuestro internacional de menores, contratos internacionales e inclusive los daños

---

<sup>2</sup> GHEMAWAT, Pankaj, *Redefiniendo la globalización: la importancia de las diferencias en un mundo globalizado*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2008, p. 52.

<sup>3</sup> Coincidimos plenamente con la definición planteada por Dominique Bureau y Horatia Muir Watt, en *Le droit international privé*, Paris, PUF, 2009, p. 1.

<sup>4</sup> PEREZNIETO Castro, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, décima edición, Oxford, México, 2014.

<sup>5</sup> MAYER, Pierre y HEUZE, Vincent, *Droit international privé Montchrestien*, 8<sup>e</sup> édition, Domat droit privé, 2004.

generados por una empresa a un nacional de otro país. En este último ejemplo encontramos un caso muy polémico denominado *implantes PIP*<sup>6</sup> debido al nombre de la compañía y que adoptara el mismo nombre comercial de su producto, los implantes mamarios que se colocaron a miles de mujeres en todo el mundo y los cuales han generado un gran daño debido a que no cumplían con las normas establecidas por la Unión Europea. Estos implantes se colocaron prácticamente en mujeres de más de 70 países y por tanto el juez francés de la causa tenía que dar una respuesta ante dicha problemática mundial, buscando una solución más allá de las reglas generales del Derecho Internacional Privado Francés.

Analizaremos primero los antecedentes del caso PIP para posicionarnos en el contexto jurídico de afectación de mujeres en todo el mundo. En segundo término estudiaremos la situación actual del caso PIP, ya que diversos procedimientos judiciales se iniciaron en Francia por parte de las mujeres francesas afectadas y el 14 de noviembre de 2013, el juez francés abrió la posibilidad de que las mujeres extranjeras afectadas por los implantes PIP iniciaran también los reclamos respectivos de indemnización, por lo que analizaremos los diversos procesos abiertos en este momento en espera de una solución efectiva al conflicto PIP propuestos por el juez francés

## II ] Planteamiento general del caso PIP

Los implantes mamarios PIP se fabricaron por la compañía *Poly Implant Prothèse* (PIP), ubicada en el sur de Francia a partir de principios de los años 2000 iniciando con una serie de antecedentes oscuros como que la sociedad liquidada en 2010 y su fundador (Jean-Claude Mas) se encuentran en medio de un escándalo de salud pública desde el 2010 y debido al descubrimiento del origen fraudulento y peligroso de los productos. México fue el primer país en prohibir su venta luego de que las autoridades francesas determinaran que estos no cumplen con los estándares de calidad.

## III ] Los antecedentes del problema jurídico

La sociedad *Poly Implant Prothèse* (PIP), ocupaba en su apogeo el tercer rango mundial en el sector de la comercialización de implantes mamarios, con una producción de 100,000 unidades por año. Exportaba el 80% de su producción a un total de 65 países, principalmente en América del Sur y en Europa del Este.

---

<sup>6</sup>GAZZANE, Hayat, *La trajectoire troublante de Poly Implant Prothèse* [en línea] Le Figaro 24 diciembre 2011 (consultado el 30 marzo de 2016). Sitio web : <http://www.lefigaro.fr/societes/2011/12/24/04015-20111224ARTFIG00307-la-trajectoire-troublante-de-poly-implant-prothese.php>

Los inicios de la sociedad PIP se remontan a los años 90, donde empieza a desarrollarse rápidamente en diversos mercados, inclusive en el año 2000, la *Food and Drug Administration (FDA)* de los Estados Unidos de América había amenazado a PIP de iniciar procedimientos en su contra ya que constató graves defectos en los implantes salinos que fabricaban en esa época. Además la FDA reprochaba a su dueño Jean-Claude Mas el que nunca hubiera llevado una investigación del defecto de desinflado de los implantes salinos, así como haber hecho caso omiso a 120 quejas en Francia y otros países en relación al problema de dicho producto. También la FDA hizo constar incumplimientos a las buenas prácticas de producción, entre las cuales se encontraban la falta de documentación, auditorias de calidad insuficientes o ausencia de capacitación de los obreros encargados de la calidad. Esta llamada de atención se resumía en lo siguiente: *violaciones constatadas las cuales pueden ser síntomas de graves problemas subyacentes en los procesos de fabricación y de control de calidad*. En este punto del desarrollo del caso, el problema no era de orden de salud, sino industrial.

Es a partir del año 2005 que diversas quejas de mujeres afectadas se iniciaron en Gran Bretaña contra la empresa PIP debido a rupturas de las prótesis y por problemas de salud. Por lo cual, la sociedad fue sentenciada por el juez británico a pagar 1,4 millones de Euros a las afectadas. Dicha sentencia pasó desapercibida en Francia y no generó alarma para la justicia francesa por lo que la certificación del producto no se puso en duda.

A partir de 2006, las quejas sobre los implantes defectuosos comienzan a presentarse en Francia, y cirujanos plásticos franceses intentan en vano llamar la atención de las autoridades francesas en 2008 y 2009. La empresa PIP trata de comprar el silencio de los denunciantes<sup>7</sup>, los cuales eran numerosos. Ofreciendo 1,500 euros y un par de prótesis a cada una de las mujeres afectadas o no satisfechas con el producto. En consecuencia, la información no llegaba a las clínicas o a la equivalente a *Agence Nationale de Sécurité du Médicament et des Produits de Santé (Afsaps)* por lo tanto no fue sino hasta 2010 que la Afsaps hizo sonar la alarma y el dueño de PIP fuera convocado ante el Tribunal de comercio de la ciudad de Toulon, juicio que daría como resultado la liquidación de PIP en marzo de 2010<sup>8</sup>.

Después de esta liquidación, el dueño de PIP, Jean Claude Mas también fue acusado en la vía penal por el fiscal de Marsella por *engaño en las cualidades esenciales del producto, publicidad engañosa y poner*

<sup>7</sup>Cfr. *Implants: PIP a négocié le silence de certaines femmes*, (en línea), *Le Figaro*, 27 diciembre 2011, (consultado el 29 de Marzo de 2016), sitio web : <http://sante.lefigaro.fr/actualite/2011/12/27/16576-implants-pip-negocie-silence-certaines-femmes?position=10&keyword=PIP>

<sup>8</sup>BORDENAVE, Yves, *Jean-Claude Mas, du saucisson aux prothèses mammaires*, (en línea) *Le Monde*, 5 de enero de 2012 (consultado el 30 de Marzo de 2016). Sitio Internet: [http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/01/05/jean-claude-mas-du-saucisson-aux-protheses-mammaires\\_1625479\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/01/05/jean-claude-mas-du-saucisson-aux-protheses-mammaires_1625479_3224.html)

en *peligro la vida de otros*. Lo anterior no le impidió fundar una nueva compañía con sus hijos, *France Implants Technologie*, la cual no llegó a ser entrar en funcionamiento.

El 26 de enero de 2012, Jean-Claude Mas fue detenido y puesto en custodia policial, así como su principal colaborador. El 6 de marzo del mismo año, Jean Claude Mas fue encarcelado en la prisión Baumettes, Francia por falta de pago de la fianza. Fue puesto en libertad el 29 de octubre de 2012 esperando comparecer en un primer juicio al año siguiente.

El juicio penal dio inicio el 17 de abril de 2013, el fiscal de la República, Jacques Dallesre solicitó una multa de 100,000 euros y una prohibición definitiva para ejercer en el sector médico o de salud, así como la administración de cualquier tipo de negocio. En primer instancia Jean Claude Mas, fue sentenciado a cinco años de prisión. Cabe mencionar que 7,113 mujeres originarias de 71 países figuran como partes civiles, lo que hacía del caso PIP el más importante de salud pública en términos de demandantes. Actualmente existen más de 100,000 mujeres constituidas como partes civiles antes los tribunales franceses.

En diciembre de 2013, después de apelar la sentencia anterior, Jean Claude Mas, finalmente es condenado a 4 años de prisión por *fraude y engaño agravado*, 75,000 euros de multa, así como una *prohibición definitiva para ejercer cualquier tipo de actividad profesional en relación con el mundo de la salud*.

Un nuevo proceso por *engaño agravado, obstáculo a los controles de la Afssaps y no presencia del mercado CE<sup>9</sup> en los productos*, se abre el 17 de abril de 2013 en Marsella.

En enero de 2014, la Agencia de seguridad nacional de medicamentos y productos sanitarios de Francia (ANSM antigua Afssaps) identificó 17,411 retiros de implantes PIP<sup>10</sup>. Entre estos, 12,822 fueron preventivas con los riesgos asumidos, pero 20% de esos retiros habían puesto de manifiesto fallos de la prótesis. De 30,099 implantes en total, 7,634 fueron clasificados como *defectuoso*, es decir, una tasa de defecto de 25.4%.

En México, es imposible tener cifras exactas debido al pésimo control por parte de las autoridades responsables del control de

---

<sup>9</sup> La Marca CE proviene del francés y significa "Conformité Européenne" o de Conformidad Europea, fue establecida por la Comunidad Europea y es el testimonio por parte del fabricante de que su producto cumple con los mínimos requisitos legales y técnicos en materia de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea. Se debe tener presente que la marca CE no implica la calidad del producto que apoya en la directiva 93/68/EEC. La marca CE puede considerarse como el pasaporte para el comercio del producto dentro de los países de la Unión Europea. (Nota del Autor)

<sup>10</sup> 17.411 *femmes ont fait retirer leurs prothèses PIP* (en línea), en Challenges, 23 enero 2014 (consultado el 24 de marzo 2016). Sitio web: <http://www.challenges.fr/economie/20140123.CHA9617/17-411-femmes-ont-fait-retirer-leurs-protheses-pip.html>

productos tipo PIP, y del secretismo de las clínicas y los cirujanos respecto a sus prácticas con dichos implantes, ya que en la mayoría de los casos no existen expedientes de los pacientes. Sin embargo, los despachos que hemos intervenido en este caso en México, hemos atendido un alto porcentaje de mujeres cuando el implante estaba roto (90%) y el 10% restante se ha realizado por prevención.

Todo lo anterior llevó al caso PIP a convertirse en un escándalo de salud pública mundial, debido a que el producto trascendió fronteras dada a su popularidad.

## IV ] Un escándalo de salud pública

De acuerdo con la reglamentación (Directiva europea de 1993 sobre los dispositivos médicos), estos implantes se certificaron durante más de diez años por un certificador habilitado, en éste caso la sociedad alemana TÜV Rheinland a través de su filial, la sociedad TÜV Rheinland Francia. En marzo de 2010, la autoridad de salud francesa Afssaps (transformada en la ANSM) descubrió que PIP utilizaba un gel de relleno no conforme a las condiciones reglamentarias, y pidió se retirara de inmediato del mercado, ya que existían grandes riesgos para la salud.

### 1. El peligro del gel PIP

La silicona de base que se usó para la fabricación de una gran parte de los implantes era de tipo industrial no conforme, en lugar del gel de silicona tradicional americano denominado *Nusil*. Los PIP entre otros compuestos, contienen un aditivo para carburantes<sup>11</sup>.

Para tener una idea de esa situación, en 2009, el precio del gel usado por PIP era de 5 euros por litro, mientras que el gel *Nusil* era de 35 euros por litro, es decir, una diferencia de 30 euros por implante, y una ganancia estimada de un millón de euros para una producción de cien mil prótesis por año. En particular, el gel PIP era fabricado a partir de aceites de silicona no conformes a los reglamentos de salud en Francia y a las directivas europeas, además de que se encontró aceite de silicona Baysilone, el cual es un aditivo para carburante, al igual que Silopren y Rhodorsil, los cuales son destinados al recubrimiento de cables eléctricos y destinados a un uso industrial y jamás han sido probados en un ser vivo, por lo tanto prohibidos en cualquier dispositivo médico.

La Afssaps estableció que el índice de rotura de otras marcas en el mercado es del 0,5% al 1% por lo que la vida de una prótesis moderna (que no sean las PIP) suele ser de entre 20 y 25 años dentro del cuerpo sin ningún tipo de problema. Pasados esos años, los implantes deben ajustarse o cambiarse mediante cirugía, pero en el caso de las prótesis

---

<sup>11</sup>FRÉOUR, Pauline, *L'incroyable Contenu des prothèses frauduleuses PIP*, (en línea), *Le Figaro*, 3 enero 2012, (consultado el 28 de Marzo de 2016). Sitio web: <http://sante.lefigaro.fr/dossier/protheses-pip/fraude-pip/protheses-pip-couacs-controles>

mamarias PIP, el índice de rotura oscila entre un 7% y un 12%, por lo tanto, la necesidad entrar nuevamente a un quirófano para cambiarlas debería ser entre 3 y 5 años.

La principal consecuencia de este defecto técnico ha sido que cuando se le realizan exámenes de estiramiento del implante hasta su ruptura, este no cumple con los estándares de calidad. Así mismo, en caso de ruptura, el gel dentro del implante produce irritaciones en la piel que no ocurren con otras siliconas utilizadas en todos los implantes mamarios que se encuentran en el mercado, generando problemas muy graves en la salud de las afectas.

## 2. Los riesgos para la salud

El riesgo de salud principal proviene de la posibilidad de la ruptura de la silicona defectuosa, resultando la liberación en el cuerpo del gel y sus componentes, generando así reacciones metabólicas potencialmente graves, que, según los ingredientes del gel, pueden ir desde la simple inflamación hasta el riesgo de cáncer, sin tomar en cuenta el daño estético. Dado el número de prótesis vendidas y la prevalencia del cáncer de mama, en ocasiones es difícil vincular directamente el gel PIP a un caso clínico: ocho casos de cáncer y dos muertes sospechosas hasta ahora identificadas, según el periódico francés *Le Figaro*<sup>12</sup>. Para el diario *Le Parisien*, serían veinte casos de cáncer de mama y 500 casos de reacciones inflamatorias de 1,140 rupturas de prótesis PIP.

En ese sentido, la Afssaps recomendó en 2011 a todas las portadoras PIP realizar exámenes clínicos de manera periódica, y en caso de ruptura cambiar las dos prótesis, así como retirar los implantes de manera preventiva. El costo financiero de esta recomendación fue estimado a 60 millones de euros, únicamente en Francia. Al ser un problema de salud pública en ese país, los organismos de seguridad social y los cirujanos llegaron a un acuerdo para lograr reducir el impacto de los costos en las pacientes afectadas<sup>13</sup>.

El problema mayor eran los pacientes que requerían indemnizaciones suplementarias debido a las complicaciones, sabiendo que la sociedad PIP fue liquidada desde 2010, es decir, mucho antes de todas las quejas y denuncias. Los seguros de los cirujanos no podían hacerse valer para el pago de indemnizaciones, ya que jurídicamente no existía una responsabilidad o complicidad de fraude. Al respecto, en México aún existe la creencia de los cirujanos que las acciones son contra ellos y el gremio se protege, sin embargo las acciones legales de las pacientes mexicanas afectadas se llevan en Francia contra las empresas responsables como lo analizaremos a continuación.

---

<sup>12</sup>GAZZANE, Hayat, op.cit.

<sup>13</sup>*Prothèses PIP: l'assurance maladie va porter plainte*, (en línea), *Le Figaro*, 24 diciembre 2011, (Consultado el 30 de Marzo de 2016). Sitio web : <http://sante.lefigaro.fr/actualite/2011/12/24/16574-protheses-pip-lassurance-maladie-va-porter-plainte?position=5&keyword=PIP>

## V ] La defensa de las mujeres extranjeras afectadas

Ante el panorama antes descrito, las acciones legales se iniciaron en contra del organismo responsable de la certificación de productos PIP en Francia, permitiendo el juez francés la defensa de mujeres extranjeras afectadas ante su jurisdicción.

### 1. La responsabilidad del organismo certificador

Según la Agencia Francesa de Seguridad Sanitaria de Productos de Salud (Afssaps) *los dispositivos médicos no requieren una autorización [de comercialización en mercado] por la Afssaps, a diferencia de los medicamentos, pero sí requieren de una certificación CE de un laboratorio autorizado*<sup>14</sup>. Estas organizaciones, entre 70 y 80 localizadas en Europa, son empresas privadas autorizadas por la agencia de medicamentos del país donde se encuentran y expiden una certificación de la CE para toda la Unión Europea<sup>15</sup>, que se renueva periódicamente y constituye hasta la fecha la única obligación legal para comercializar equipos médicos no farmacéuticos; no es necesario que el fabricante tenga una competencia profesional validada en la materia del producto, o que el producto haya sido probado o que se haya demostrado su eficacia<sup>16</sup>. Es el fabricante que contrata al laboratorio de certificación el responsable del producto que se encuentra comercializado por la empresa en el mercado.

En el caso de los implantes PIP, el procedimiento fue confiado al laboratorio alemán TÜV Rheinland, aprobado por la contraparte alemana de la Afssaps. La certificación se hace sobre la base de documentos escritos, complementados con una visita al sitio para examinar a la empresa en su proceso de fabricación, con cita previa. Aparentemente ninguna investigación real ha sido realizada y nunca se cuestionaron los documentos facilitados por PIP.

Con respecto a fraude de la certificación, el dueño de PIP, el Sr. Mas, dijo abiertamente a los gendarmes según el diario *Le Monde*: *TÜV anuncia su visita diez días antes. Todo era rutina, ya que doy la orden de ocultar los documentos relativos al gel PIP, y en relación a los contenedores, los empleados se las ingeniaban para desaparecer dichos*

---

<sup>14</sup> FREOUR, Pauline, *L'incroyable contenu des prothèses frauduleuses PIP*, (en línea), *Le Figaro*, 3 de enero de 2012, Consultado el 28 de Marzo de 2016. Sitio web: <http://sante.lefigaro.fr/dossier/protheses-pip/fraude-pip/protheses-pip-couacs-controles>

<sup>15</sup>Esto no implica que el producto sea fabricado en Europa, muchos productos de origen chino se encuentran certificado CE.

<sup>16</sup>JOUAN, Anne, *Prothèses: la loi de la jungle*, (en línea), *Le Figaro*, 4 de enero 2012, (consultado el 29 de Marzo de 2016). Sitio web: <http://sante.lefigaro.fr/dossier/protheses-pip/fraude-pip/protheses-loi-jungle>

contenedores con gel PIP<sup>17</sup>. El organismo de inspección no revisaba la contabilidad, ya que de lo contrario se hubieran dado cuenta que las cantidades facturadas con Nusil no correspondían a las cantidades necesarias para su fabricación. Además, se escondían los contenedores de 1,000 litros de aceite industrial para PIP en un camión de transporte, ya que TÜV nunca inspeccionaba esos camiones.

No fue hasta que se realizó a un control sin previo aviso organizado en 2010 por la Afssaps, a raíz de numerosas quejas, cuando se reveló el engaño, ya que el organismo de certificación alemán nunca encontró algo anormal en la empresa y sus productos.

En julio de 2010 la Asociación de P.P.P. (Asociación de Defensa de Portadoras de Prótesis PIP) denunció ante la Fiscalía de la República del Tribunal de Gran Instancia en Marsella a la Afssaps por poner en peligro la vida de otros y lesiones involuntarias. El 19 de noviembre de 2010 la Asociación P.P.P., incluyendo abogados que representan a más de 2,000 víctimas, interpuso denuncia contra TÜV ante la Fiscalía de Marsella por poner en peligro la vida de otros y lesiones involuntarias. En febrero de 2011, TÜV presentó una denuncia contra el PIP ante la Fiscalía de Marsella, estimando en un comunicado de prensa haber sido *engañados claramente y constantemente por la empresa PIP, en detrimento de las mujeres afectadas*. En enero de 2012, un abogado de varias portadoras de implantes PIP de Marsella solicitó una orden de medidas cautelares ante el Tribunal de gran instancia de Marsella contra TÜV y un cirujano de la misma ciudad. Según el diario *La Provence* que reveló información de que TÜV fue denunciada por falta de su obligación de certificación y de control, y al cirujano por falta a su deber de proporcionar información<sup>18</sup>. En diversos países, se iniciaron acciones legales por parte de los distribuidores de prótesis contra TÜV<sup>19</sup>. Ante la nula posibilidad de ejercer acciones legales contra la empresa, la cual ya no existe y la grave afectación a las pacientes, el juez francés, ante la sorpresa del organismo certificador TÜV, abrió la posibilidad para que cualquier mujer afectada de cualquier país recurra a su jurisdicción mediante un procedimiento simplificado, abatiendo las barreras del Derecho Internacional Privado, y permitiendo una defensa desde el país de origen de las afectadas ante el juez en Francia.

---

<sup>17</sup>*Le patron de PIP admet avoir produit un gel non homologué*, (en línea), *Le Monde*, 6 de enero de 2012. (consultado el 29 de Marzo de 2016). Sitio web: [http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/01/06/le-patron-de-pip-admet-avoir-produit-un-gel-non-homologue\\_1626492\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/01/06/le-patron-de-pip-admet-avoir-produit-un-gel-non-homologue_1626492_3224.html)

<sup>18</sup>BEGASSE, Nicolas, *Prothèses PIP: L'organisme de certification et un chirurgien assignés en référé*, (en línea), 20 Minutes, 10 de enero de 2012. (consultado el 29 de Marzo de 2016). Sitio web: <http://www.20minutes.fr/sante/856370-20120110-protheses-pip-organisme-certification-chirurgien-assignes-refere>

<sup>19</sup>J & D Medicals para Bulgaria, EMI para Brasil y GF Electromedics para Italia, seguidos por distribuidores mexicanos, tailandés y sirios.

## 2. La jurisdicción francesa ante el caso PIP

En plan judicial, actualmente existen cuatro principales procesos en Francia llevados por abogados nacionales y acompañados por despachos de diferentes países, que han contactado a las víctimas y han formado los expedientes:

(i) Un primer procedimiento, iniciado en julio de 2010, concerniente a la sociedad Allianz Iard, asegurador de PIP, ya que este impugna la validez de sus contratos de seguro y demanda que no está obligada a cubrir los daños generados por el producto PIP. Sin embargo en junio de 2012, el Tribunal de Comercio de Toulon<sup>20</sup> (Francia) juzgó válidos los contratos de seguro de Allianz Iard, pero decidiendo que únicamente cubrían a los pacientes con nacionalidad francesa; este fallo dio paso al inicio una apelación para integrar todos los expedientes de las mujeres afectadas extranjeras y aceptadas por el juez de apelación.

(ii) En relación a la cuestión penal, se procesó a los dirigentes de PIP ante el Tribunal correccional (juzgado penal) de Marsella por fraude sobre la calidad del gel; el proceso se llevó a cabo en Marsella en abril y mayo de 2013 y la decisión del Tribunal correccional de Marsella de diciembre de 2013 reconoció culpables y condenó a los dirigentes de la empresa PIP, una apelación interpuesta por los mismos está pendiente de resolución ante la Corte de Apelación y se espera una condena definitiva para el mayo de 2016.

(iii) Un proceso penal, confiado al juez de instrucción en Francia se encuentra también en curso por los delitos de heridas involuntarias; al igual que otra sobre la cuestión financiera del asunto.

(iv) TÜV Rheinland Francia y TÜV Rheinland Alemania fueron llamados ante el Tribunal de comercio de Toulon en junio de 2011; intentando encontrar las responsabilidades civiles, debido al incumplimiento de sus obligaciones reglamentarias y su negligencia en la certificación de los implantes. El Tribunal dictó su decisión en noviembre de 2013.

Para sorpresa de los juristas aun defensores de la soberanía de los estados y de un Derecho Internacional Privado *clásico*, el fallo del 14 de noviembre de 2013, del tribunal de comercio de Toulon decide que existe la responsabilidad de TÜV y reconoce a las pacientes extranjeras el derecho a ser indemnizadas<sup>21</sup>.

El tribunal reconoce a cada paciente una provisión de 3,000 euros, deducibles del monto final de indemnización. Por otra parte, se otorga el derecho a cada paciente extranjero a recibir 400 euros a título del artículo 700 del Código de Procedimientos Civiles de Francia para gastos de ayuda de impartición de justicia, ya que como parte afectada, se le ha

<sup>20</sup>JOUAN, Anne, *op.cit.*

<sup>21</sup> *Implants PIP: une tromperie sans risque dit l'accusé* (en línea), *La Libre Belgique*, 19 de abril de 2013. (consultado el 28 de Marzo de 2016). Sitio web: <http://www.lalibre.be/actu/international/implants-pip-une-tromperie-sans-risque-dit-l-accuse-51b8fbe6e4b0de6db9ca4fee>

otorgado la razón en el juicio, en consecuencia tiene derecho a dicha ayuda.

Además, el tribunal pidió la designación de un experto encargado de examinar el expediente de cada paciente con el fin de determinar el importe de los daños y perjuicios. Una vez que el experto entregue su informe, el tribunal dictará una segunda sentencia que seguramente condenará TÜV Francia y TÜV Alemania a compensar a cada paciente, sobre la base de las conclusiones del experto médico. El juicio es un resultado de la ejecución provisional, lo que significa que, incluso de una apelación, se deberá ejecutar y que las sociedades TÜV deberán pagar.

El juicio abrió la vía de una indemnización a las pacientes extranjeras, y en particular a las pacientes afectadas en México. Para ello, se practicaron medidas cautelares en 2013 contra TÜV Rheinland Francia, y del asegurador del grupo TÜV Rheinland (la compañía de seguro HdiGerling). Estas medidas, controvertidas por TÜV, fueron validadas por un Juez de Nanterre (una de los más importantes de Francia), que, en sentencia de septiembre de 2013, consideró como *probable* la responsabilidad de TÜV.

Evidentemente, la decisión del 14 de enero de 2013 fue apelada y el Tribunal de apelación dictó su decisión el 21 de enero de 2014. Se confirma la ejecución provisional del fallo del Tribunal de comercio de Toulon del 14 de noviembre de 2013. TÜV debe compensar a las pacientes pagándoles desde ese día una provisión de 3,000 euros en la espera que el experto fije el total del perjuicio final.

Eso significa que las pacientes extranjeras pueden, interponiendo una nueva acción, obtener rápidamente un fallo del Tribunal de comercio de Toulon, quien les debe asignar provisiones similares a las asignadas en el marco del litigio previamente mencionado; ya que este juicio se anexará con la ejecución provisional y si el Tribunal de Comercio interviene de nuevo, debería dictar una misma decisión confirmando la ejecución provisional, de modo que TÜV deberá inmediatamente pagar la provisión asignada a las pacientes extranjeras cuyo perjuicio final vendrá determinado por un experto.

La sociedad TÜV ha pedido la recusación del Juez de Toulon, M Sonegou, sin embargo la Corte de Apelación no encontró elementos para esta petición, y en este momento se resuelve el recurso ante la Suprema Corte francesa. Debemos agregar que se espera la jubilación del juez de Toulon para finales de 2016. Esto es importante, ya que existen en este momento pendientes por resolver dos grupos de afectadas y que no se han podido beneficiar de la sentencia obtenida por el grupo uno del 14 de noviembre de 2013. Para tener una idea, las integrantes del grupo dos se encuentran en espera de decisión siete distribuidores y 2,661 pacientes representados únicamente por un abogado. A ello tenemos que agregar todos los despachos que se encuentran involucrados. El grupo tres aún no tiene fecha definida debido a la complejidad del asunto, pero existe un estimado de 10,500 pacientes en un solo despacho.

Sin embargo, en julio de 2015 se tuvo un revés por la justicia francesa y la imposibilidad de las víctimas de obtener reparación, ya que

el Tribunal de Aix<sup>22</sup>-en-Provence estableció que TÜV también había sido engañada por *las maniobras extremadamente preparadas* del estafador, exonerando así a la agencia alemana.

Esta decisión, llevó a replantear la estrategia jurídica entre los despachos franceses y nacionales que hemos estado involucrados, para promover una acción ante la Suprema Corte de Justicia en Francia (Cour de Cassation) y plantear una cuestión prejudicial por la misma Suprema Corte de Justicia (*question préjudicielle*) ante la Corte Europea de Justicia para revertir la decisión de 2015<sup>23</sup>.

## VII Consideraciones finales

En definitiva, el presente caso ha tenido repercusiones mundiales muy importantes, en donde se encuentran entrelazados la protección a la salud de las afectadas y los intereses de los grandes grupos certificadores, en este caso el grupo TÜV.

Por el momento los procesos jurisdiccionales siguen su dinámica y tardarán tal vez, un par de años en resolver. Los escenarios posibles son los siguientes: Primero, la Suprema Corte de Francia (*Cour de Cassation*) puede revertir la decisión de Julio de 2015 del Tribunal de Aix-en-Provence, y mantener completamente o parcialmente la decisión de noviembre de 2013, y acordar una pre-indemnización de 3,000 euros en espera de resolver cada caso, tanto para el primer grupo de personas, como los grupos 2 y 3. Aunque este escenario es el menos probable. O confirmar la decisión de julio de 2015, lo que dejaría sin posibilidad de indemnización a todas las afectadas de todos los grupos. Aun no se tiene certeza de lo que va pasar con las afectadas que ya recibieron su indemnización de 3,000 euros.

El escenario más probable, es el planteamiento en vía de cuestión prejudicial a la Corte Europea de Justicia. Sobre todo que el caso también se ventila en Alemania, bajo los mismos lineamientos que en Francia y con procesos muy similares, por lo que las jurisdicciones nacionales trataran de buscar una solución por medio de la Corte Europa, y evitar caer en contradicciones en sus soluciones. Este camino es el más complejo y tal vez puede llevar varios años antes de ver una justa indemnización a las mujeres afectadas. Sin embargo, es de reconocer la valentía del juez francés para abrir la puerta a las mujeres afectadas en su salud y dinero por los daños generados por los implantes PIP.

Para el Derecho Internacional Privado es un precedente muy importante, la posibilidad de acudir a un tribunal extranjero por el daño de un producto defectuoso, usado en otro país y por una persona de nacionalidad diferente a la nacionalidad del producto y del tribunal que pudiera dirimir el conflicto. Esperamos que este caso sea un ejemplo para otras jurisdicciones donde empresas de dirigentes sin escrúpulos fabrican o comercializan productos dañinos y que se venden en otros países. PIP es un caso que debe seguirse de cerca y estar atentos a la decisión final, ya sea por la Suprema Corte de Francia (*Cour de Cassation*) o por la Corte Europea de Justicia.

---

<sup>22</sup> BARRE, Isabelle, *Une justice très PIPée*, no 4943, Le Canard Enchaîné, 22 de julio de 2015, p. 4.

<sup>23</sup>Ibidem, p. 5.

## Bibliografía

BARRE, Isabelle, *Une justice très PIPée*, no 4943, *Le Canard Enchaîné*, 22 de julio de 2015

BUREAU, Dominique y MUIR WATT, Horatia, *Le droit international privé*, Paris, PUF, 2009

BEGASSE, Nicolas, *Prothèses PIP: L'organisme de certification et un chirurgien assignés en référé*, (en línea), *20 Minutes*, 10 de enero de 2012. (consultado el 29 de Marzo de 2016). Sitio web: <http://www.20minutes.fr/sante/856370-20120110-protheses-pip-organisme-certification-chirurgien-assignes-refere>

BORDENAVE, Yves, *Jean-Claude Mas, du saucisson aux prothèses mammaires*, (en línea) *Le Monde*, 5 de enero de 2012 (consultado el 30 de Marzo de 2016). Sitio Internet: [http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/01/05/jean-claude-mas-du-saucisson-aux-protheses-mammaires\\_1625479\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/01/05/jean-claude-mas-du-saucisson-aux-protheses-mammaires_1625479_3224.html)

17.411 Femmes ont fait retirer leurs prothèses PIP (en línea), en *Challenges*, 23 enero 2014 (consultado el 24 de marzo 2016). Sitio web: <http://www.challenges.fr/economie/20140123.CHA9617/17-411-femmes-ont-fait-retirer-leurs-protheses-pip.html>

FRÉOUR, Pauline, *L'incroyable Contenu des prothèses frauduleuses PIP*, (en línea), *Le Figaro*, 3 enero 2012, (consultado el 28 de Marzo de 2016). Sitio web: <http://sante.lefigaro.fr/dossier/protheses-pip/fraude-pip/protheses-pip-couacs-controles>

GAZZANE, Hayat, *La trajectoire troublante de Poly Implant Prothèse* [en línea] *Le Figaro* 24 diciembre 2011 (consultado el 30 marzo de 2016). Sitio web: <http://www.lefigaro.fr/societes/2011/12/24/04015-20111224ARTFIG00307-la-trajectoire-troublante-de-poly-implant-prothese.php>

GHEMAWAT, Pankaj, *Redefiniendo la globalización: la importancia de las diferencias en un mundo globalizado*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2008

Cfr. *Implants: PIP a négocié le silence de certaines femmes*, (en línea), *Le Figaro*, 27 diciembre 2011, (consultado el 29 de Marzo de 2016), sitio web: <http://sante.lefigaro.fr/actualite/2011/12/27/16576-implants-pip-negocie-silence-certaines-femmes?position=10&keyword=PIP>

*Implants PIP: une tromperie sans risque dit l'accusé* (en línea), *La Libre Belgique*, 19 de abril de 2013. (Consultado el 28 de Marzo de 2016). Sitio web: <http://www.lalibre.be/actu/international/implants-pip-une-tromperie-sans-risque-dit-l-accuse-51b8f6e4b0de6db9ca4fee>

JOUAN, Anne, *Prothèses: la loi de la jungle*, (en línea), *Le Figaro*, 4 de enero 2012, (consultado el 29 de Marzo de 2016). Sitio web: <http://sante.lefigaro.fr/dossier/protheses-pip/fraude-pip/protheses-loi-jungle>

*Le patron de PIP admet avoir produit un gel non homologué*, (en línea), *Le Monde*, 6 de enero de 2012. (consultado el 29 de Marzo de 2016). Sitio web: [http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/01/06/le-patron-de-pip-admet-avoir-produit-un-gel-non-homologue\\_1626492\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/01/06/le-patron-de-pip-admet-avoir-produit-un-gel-non-homologue_1626492_3224.html)

MAYER, Pierre Y HEUZE, Vincent, *Droit international privé Montchrestien*, 8e édition, Domat droit privé, 2004

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, décima edición, Oxford, México, 2014

Fecha de recepción: 2 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 26 de abril de 2016



# De la Guardia Nacional y otros entes mitológicos

GUILLERMO A. GATT CORONA<sup>1</sup>

*Luego, acostada con Urano, alumbró a Océano de profundas corrientes, a Ceo, a Crío, a Hiperión, a Jápeto, a Tea, a Rea, a Temis, a Mnemósine, a Febe de áurea corona y a la amable Tetis. Después de ellos nació el más joven, Cronos, de mente retorcida, el más terrible de los hijos y se llenó de un intenso odio hacia su padre<sup>2</sup>.*

A Andrés Núñez Castañeda quien ha fomentado en miles de bachilleres la pasión por la literatura

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Lo que distingue a la Guardia Nacional en los Estados Unidos de América*. III. *La Guardia Nacional en México*. IV. *La Guardia Nacional en México a partir de 1917*. V. *Reflexiones a manera de conclusión*.

**Resumen.** La institución de la Guardia Nacional en México ha sido una cuya existencia se ha puesto en duda de manera esporádica a lo largo de la historia. El presente artículo se enfoca en analizar los antecedentes existentes detrás de su creación en México, la naturaleza de ésta tomando en cuenta las características de la Guardia Nacional en los Estados Unidos de América, y su evolución en el ámbito jurídico mexicano. Con esto, el autor pretende llevar al lector a reflexionar el verdadero propósito de la Guardia Nacional en México en atención a la realidad histórica, así como hacerlo cuestionar el si en verdad resulta necesario mantener viva dicha institución o si fuera mejor optar por dejarla en el olvido.

**Palabras clave:** Guardia Nacional, ejército, mitología, Constitución.

**Abstract.** *The institution of the National Guard in Mexico has been one whose existence has been questioned sporadically throughout history. The present article focuses on analyzing the background existing behind its creation in Mexico, its nature by comparing it with the characteristics of the National Guard of the United States of America, and its evolution in the Mexican legal sphere. With this, the author intends to make the reader reflect on the true purpose of the National Guard in*

---

<sup>1</sup> Profesor de derecho en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara y del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores (ITESO).

<sup>2</sup> Hesíodo, *La Teogonía*, Editorial Plaza, México D.F., 2012, p. 14.

*Guard in Mexico apropos of the historical reality, as well making him question if it is really necessary to keep this institution alive or to opt instead to let it be forgotten.*

**Keywords:** *National Guard, Army, mythology, Constitution.*

## I ] Introducción

*En el principio era el Caos, que engendró a Urano y Gea, quienes a su vez tuvieron 18 hijos, doce titanes, los cíclopes Brontes, Estéropes y Arges y tres hecatónquires<sup>3</sup>: Briareo, Giges y Coto. Así empezaba, con voz pausada y grave, la clase del querido maestro Andrés Núñez, a sus sorprendidos y asustados alumnos de preparatoria que poco o nada sabían de los distintos personajes de la mitología que Hesíodo nos comunicara y que con el paso del tiempo, enriquecieran nuestra imaginación.<sup>4</sup>*

No había forma de cursar esa cátedra sin querer salir a leer y conocer los lugares que proponían Tucídides, Hesíodo, Isócrates, Demóstenes, Heródoto, Aristófanes, Sófocles, Aristóteles, Platón, Eurípides y por supuesto, Homero. ¡Qué ganas de ir con el Pélida Aquileo en las cóncavas naves a vivir nuevas aventuras!

Por algún motivo, cuando hablamos de “mitología” de inmediato pensamos en Grecia. No obstante, muchas civilizaciones tuvieron su propia cosmovisión y panteón específico. Los romanos adaptaron la de Grecia a sus propias condiciones, mientras que los egipcios dieron forma a la suya con enorme originalidad. En nuestro país, basta con recorrer las distintas áreas arqueológicas para encontrarse de repente inmersos en mundos en los que Huitzilopochtli, Quetzalcóatl, los Tezcatlipocas, Chalchitlicue, Tláloc, Chaac, Hunab Ku, Itzamná, Ixchel, y muchos otros, ayudan a trazar la historia previa a la llegada de los españoles en lugares fantásticos, desde Aztlán hasta Tomoanchan.

No obstante, parece que la mitología no cesa ahí. También en el ámbito jurídico, nos encontramos con instituciones, organismos y entes de toda especie que solo tienen vida en el texto de la ley. En algunos casos, porque nunca existieron en la práctica, y en otras, porque han caído en desuso de manera absoluta, o casi. Así, en distintas normas, en textos y hasta en los salones de clases nos encontramos en una lucha académica y sin cuartel con los distintos protagonistas a conocer: Letras de Cambio,

<sup>3</sup> En algunos textos se les refiere también como “Hecatónquiros”.

<sup>4</sup> “The world of Greek mythology was not a place of terror for the human spirit. It is true that the gods were disconcertingly incalculable. One could never tell where Zeus’s thunderbolt would strike. Nevertheless, the whole divine company, with a very few and for the most part not important exceptions, were entrancingly beautiful with a human beauty, and nothing humanly beautiful is really terrifying. The early Greek mythologists transformed a world full of fear into a world full of beauty”. HAMILTON, Edith, *Mythology*, Little, Brown and Company, Boston, 1942, p. 11.

Sociedades en Nombre Colectivo, Jurados Federales de Ciudadanos y por supuesto, la Guardia Nacional.

Resulta increíble que las normas contengan sólo “letra muerta”, especialmente si se tiene en consideración que *la regulación jurídica de la vida social se lleva a cabo a través de la normatividad de la razón práctica, en principio – aunque solo en principio – establecida positivamente, la que se encuentra constitutivamente ordenada a la promoción y procura de los bienes humanos básicos en cuanto realizables y participables en común.*<sup>5</sup>

Cuando una institución jurídica carece de vigencia, habría que preguntarse por qué. Lo más probable es que necesitará de una adecuación para poder significar una solución a problemáticas jurídicas concretas; en otras, requerirá desaparecer dado que ha dejado de tener una utilidad práctica, para convertirse en uno de esos sujetos de los que se habla en las clases de historia, con nostalgia o sin ella, como hoy lo hacemos recordando la figura del Vicepresidente, o del Supremo Poder Conservador.

La Constitución Mexicana vigente hoy hace referencia a la Guardia Nacional en ocho ocasiones distintas. Sin embargo, en la realidad, no existe dicha Guardia Nacional. La pregunta relevante es ¿por qué?, y aún más, ¿qué tendría que hacerse al respecto?<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> MASSINI Correas, Carlos, *La Teoría del Derecho Natural y la Interpretación Jurídica* en Juan Cianciardo (coord.), *Constitución, Neoconstitucionalismo y Derechos. Teoría y Aplicaciones en la Interpretación de los Derechos Constitucionales*, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, No. 67, México, 2012, p. 77.

<sup>6</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

1) Artículo 10. *Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas.*

2) Artículo 31. *Son obligaciones de los mexicanos: ... III.- Alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la Patria, así como la tranquilidad y el orden interior; y...*

3) Artículo 35. *Son derechos del ciudadano:... 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...*

4) Artículo 36. *Son obligaciones del ciudadano de la República: ... II.- Alistarse en la Guardia Nacional; ...*

5) Artículo 73.- *El Congreso tiene facultad: ... XV.- Para dar reglamentos con objeto de organizar, armar y disciplinar la Guardia Nacional, reservándose los ciudadanos que la formen, el nombramiento respectivo de jefes y oficiales, y a las entidades federativas la facultad de instruirla conforme a la disciplina prescrita por dichos reglamentos...*

6) Artículo 76.- *Son facultades exclusivas del Senado: ... IV.- Dar su consentimiento para que el Presidente de la República pueda disponer de la Guardia Nacional fuera de sus respectivas entidades federativas, fijando la fuerza necesaria.*

México aparentemente tomó la idea de una "Guardia Nacional" de los Estados Unidos de América. Dicha institución existe en el vecino país del Norte, y es referida en su texto constitucional con el ambiguo nombre de *Militia*. De manera conjunta con el Ejército y la Marina norteamericanas son referidas en la sección 8 del artículo I (relativo al poder legislativo),<sup>7</sup> así como en la sección 2 del artículo II (que se refiere al poder ejecutivo) de la Constitución Americana de 1787 que hoy sigue vigente, con apenas 27 enmiendas.<sup>8</sup>

Villalpando sostiene en un interesante estudio sobre el tema cómo además de ese antecedente, para México la Guardia Nacional estaría inspirada en las Milicias Provinciales de la Nueva España<sup>9</sup>. Destaca por ejemplo el debate sobre dichas Milicias, por el Constituyente de Cádiz de 1812:

*Poca o ninguna pudo ser la aplicación de la legislación gaditana en la Nueva España, en lo que se refiere a las milicias; sin embargo, sus principios... fueron utilizados ampliamente en los regímenes del México independiente... A la postre, los cuerpos milicianos serían la base del nuevo ejército mexicano;*

---

7) Artículo 78.- ... La Comisión Permanente, además de las atribuciones que expresamente le confiere esta Constitución, tendrá las siguientes: ... I. Prestar su consentimiento para el uso de la Guardia Nacional en los casos de que habla el artículo 76 fracción IV.

8) Artículo 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: ... VII.- Disponer de la Guardia Nacional para los mismos objetos, en los términos que previene la fracción IV del artículo 76.

<sup>7</sup> "Section 8. The Congress shall have Power... To provide and maintain a Navy; To make Rules for the Government and Regulation of the land and naval Forces; To provide for calling forth the Militia to execute the Laws of the Union, suppress Insurrections and repel Invasions; To provide for organizing, arming, and disciplining the Militia, and for governing such Part of them as may be employed in the Service of the United States, reserving to the States Respectively, the Appointment of the Officers, and the Authority of training the Militia according to the discipline prescribed by Congress". BEEMAN, Richard, *The Penguin Guide to the United States Constitution*, Penguin Books, Nueva York, 2010, pp. 31-32.

<sup>8</sup> Dicha disposición establece: "The President shall be Commander in Chief of the Army and the navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States...".

De igual manera, la 5ª Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América hace referencia a las fuerzas terrestres y marítimas: "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation". *Ibidem*, pp. 44, 66.

<sup>9</sup> VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel, *La Evolución Histórico-Jurídica de la Guardia Nacional en México*, en Beatriz Bernal (coord.), *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie C. Estudios Históricos, No. 25, 1986, pp. 1118-1128.

*soldados y oficiales pasarían a constituirlo con todos sus conocimientos y técnicas, pero también con sus tradiciones, fueros y prejuicios. Sólo hasta el tiempo de la Reforma se liquidará a los últimos restos de esos cuerpos; mientras tanto, se convirtieron en dueños de México.*<sup>10</sup>

No obstante, desde la Constitución Federal de 1824, el texto que se refiere a las milicias sigue el derrotero planteado por el vecino país del norte, estableciendo textos prácticamente idénticos a los estipulados en aquel lugar, para ser aplicados en México.

Se trata, por su regulación, de una institución eminentemente federalista que por diversos motivos ha caído en desuso en nuestro país. Buscaré explicar qué es lo que caracteriza a la Guardia Nacional, y cómo se ha desarrollado en los Estados Unidos de América y en México, para poder entender mejor la presencia de estos “entes mitológicos” que aparecen en nuestra Constitución, pero que no existen en la realidad, haciendo que partes de nuestra Carta Magna sean nominales, en el contexto que propone Loewenstein.<sup>11</sup>

## II ] Lo que distingue a la Guardia Nacional en los Estados Unidos de América

La Constitución de Estados Unidos desde su texto claramente distingue a la Guardia Nacional (referida como *Militia*) del Ejército y de la Marina. Se trata de tres instituciones con características y funciones propias que las identifican y proyectan.

La Guardia Nacional pensada por *Publius*, el pseudónimo empleado por Hamilton, Madison y Jay al redactar los documentos que luego conformarían “El Federalista” defendiendo la idea de Constitución, no sólo tenía funciones propias, sino que servía para fortalecer el equilibrio de poderes, al tener un contrapeso que oponer a un ejército que pudiera convertirse en despótico.<sup>12</sup><sup>13</sup> Los objetivos propios de la

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 1127-1128.

<sup>11</sup> Ver LOEWENSTEIN, Karl, *Political Power and the Governmental Process*, Phoenix Books, University of Chicago, 2ª Edición, 1965.

<sup>12</sup> “... According to the best computation, a standing army can be carried in any country does not exceed one hundredth part of the whole number of souls; or one twenty-fifth part of the number able to bear arms. This proportion would not yield, in the United States, an army of more than twenty-five or thirty thousand men. To these would be opposed a militia amounting to near half a million citizens with arms in their hands, officered by men chosen from among themselves, fighting for their common liberties and united and conducted by government possessing their affections and confidence”. HAMILTON, Alexander, et. al., *The Federalist Papers*, Signet Classics, Nueva York, 2003, p. 296.

<sup>13</sup> El diputado Calderón manifestaba: “La expresión ‘nunca’ indica ya la idea de que un presidente, un ciudadano que ocupa la presidencia por un período jamás la volverá a ocupar... vamos a instituir la Guardia Nacional y que vamos a tener una nueva organización que haga imposible el entronizamiento del despotismo”. Diario de Debates del Constituyente, p. 430,

“Milicia” no estaban destinados en primera instancia a acudir a guerras extranjeras (como sería el caso del Ejército y la Marina), sino en atender los problemas internos, tales como las insurrecciones, las invasiones y los desastres naturales.<sup>14</sup>

En el documento 29 de “El Federalista” (obra de Hamilton) se analiza justamente a la “Milicia”, señalando cómo la regulación de ésta debe estar confiada al gobierno federal, a fin de asegurar la uniformidad en su organización y disciplina, en beneficio del pueblo. Era pensada como una organización con propósitos radicalmente distintos a los del Ejército y la Marina:

*If the Federal Government can command the aid of the militia in those emergencies which call for the military arm in support of the civil magistrate, it can the better dispense with the employment of a different kind of force.*<sup>15</sup>

Hay que tener en mente que la “Milicia” o “Guardia Nacional” y su estructura está fundamentada en el caso de los Estados Unidos de América, vinculada al derecho a poseer armas que regula la 2ª Enmienda a la Constitución de dicho país.<sup>16</sup> Así, la Guardia Nacional tendría muchos más miembros que el Ejército; y estaría dispuesta para sus propios objetivos, pero al mismo tiempo, se convertía en la reserva natural para aquellos casos en los que el Ejército fuera insuficiente.<sup>17</sup> En el fondo, pensaban que este cuerpo militar no abusaría de la población civil, dada su cercanía familiar y de amistad con ésta.<sup>18</sup>

[www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD-Constituyente.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD-Constituyente.pdf), consultado el 02 de Marzo, 2016.

<sup>14</sup> “The power of regulating the militia and of commanding its services in times of insurrection and invasion are natural incidents to the duties of superintending the common defense, and of watching over the internal peace of the Confederacy”. HAMILTON, Alexander, *op. cit.*, p. 178.

<sup>15</sup> Traducción del autor: “Si el gobierno federal puede comandar la ayuda de la milicia en aquellas emergencias que requieren del brazo militar en apoyo del magistrado civil, podrá realizarlo mejor con el empleo de una clase distinta de fuerza”. *Ibidem*, p. 179.

<sup>16</sup> “A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed”. BEEMAN, Richard, *op. cit.*, p. 63.

<sup>17</sup> “This will not only lessen the call for military establishments, but if circumstances should at any time oblige the government to form an army of any magnitude that army can never be formidable to the liberties of the people while there is a large body of citizens, little if at all inferior to them in discipline and the use of arms, who stand ready to defend their own rights and those of their fellow citizens.” HAMILTON, Alexander, *op. cit.*, p. 181.

<sup>18</sup> Esa misma clase de argumentos ha perdurado en el tiempo. En el Constituyente de Querétaro de 1916-1917, el diputado Calderón señalaba por ejemplo lo siguiente: “Las circunstancias han cambiado por completo; cuando se instituya la guardia nacional, que se provoque una corriente de simpatía entre los civiles armados y los no armados, puesto que todos vamos a reconocer esa obligación de defender de una manera efectiva la integridad nacional en caso de peligro; solamente así se justificará la institución del Ejército y se justificarán las necesidades de dar garantías a la sociedad. Esa guardia nacional forzosamente estará sujeta al Código Militar...”. Diario de Debates del Constituyente, p. 213,

Si es una milicia estatal, ¿quién debe controlarla y regularla? George Mason y Charles Pinckney favorecieron la idea de que la milicia fuera reglamentada y controlada por el gobierno federal, mientras que Oliver Ellsworth, posterior presidente de la Suprema Corte y Roger Sherman pensaron que la autoridad sobre la milicia no debería alejarse de las manos de las autoridades de los respectivos estados.<sup>19</sup>

Sería un error pensar que el concepto de “Milicia” y “Guardia Nacional” en los Estados Unidos ha sido inmutable. Con el tiempo, ha generado diversos debates y cambios estructurales que la han llevado a consolidarse en parte de la “Fuerza Total” que hoy representa, con un claro doble status (que atiende emergencias estatales y que puede actuar como reserva del ejército en los casos en que es federalizada). Lo que la Constitución de los Estados Unidos de América deja claro es que: (i) El Poder Legislativo puede desempeñar su función y crear normas en temas de organización, disciplina y armamento de la milicia.- (ii) Los legisladores pueden federalizar la milicia, con el propósito de suprimir insurrecciones y repeler invasiones, y en los demás casos previstos por la ley, y.- (iii) En aquellos momentos en que la Milicia es federalizada, su máximo comandante es el Presidente; en los demás momentos, son comandados por los Gobernadores de los Estados.<sup>20</sup>

Inicialmente, el concepto utilizado era el de “Milicias” y finalmente, después de la Guerra de Secesión, los nuevos cuerpos formados por los estados, se denominaron “Guardia Nacional”.<sup>21</sup> Hasta principios del siglo XX, toda la actividad de la Guardia Nacional se

---

[www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD-Constituyente.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD-Constituyente.pdf), consultado el 02 de Marzo, 2016.

<sup>19</sup> GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *El Fuero Militar en México: La Injusticia en las Fuerzas Armadas*, en David Cienfuegos Salgado (coord.), *Estudios en Homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Estudios de derecho público y política*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 2006, p. 178.

<sup>20</sup> “Congress did not fully exercise the authority granted by the Constitution when it passed the first statutes governing military matters. A small standing army was established, but the Militia Act of 1792 left Washington’s reserve force completely to the discretion of the states. The new law ignored Washington’s plea for a smaller trained reserve force in favor of the traditional militia concept”. HUGUELET, Charles T., *The Dual Status of the National Guard and the Total Force*, Alaska Air National Guard, BiblioScholar, 2012, p. 1.

<sup>21</sup> “Today, the world typically refers to the paid semiprofessional volunteers who make up the modern National Guard – semiprofessionals who were at the heart of the Perpich case. But in the eighteenth century, such a small, self selected, semiprofessional, and not entirely representative cadre would have been typically described as a “select militia” and viewed by republicans as merely a junior varsity version of the professional standing army that they disdained. For these Founding-era republicans, a select militia would not offer a free state the security that could only be provided by a truly general militia comprising a wide cross-section of the polity. Roughly speaking, the Founders’ general militia encompassed the same men who voted and who served on juries – that is, the people”. Reed Amar, Akhil, Heller, HLR, and Holistic Legal Reasoning, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Faculty Scholarship Series, 1-1-2008, pp. 166-167.

circunscribió al territorio americano, y fue hasta 1908 cuando el Congreso de los Estados Unidos permitió su uso en el extranjero, cuando era federalizada. Con la Ley de Defensa Nacional (*National Defense Act*) de 1916 se distinguió entre la Milicia Organizada, ahora llamada "Guardia Nacional", y la no organizada, referida genéricamente como "Reservas".<sup>22</sup>

Durante mucho tiempo se abrió un debate acerca de si alguien que perteneciera en los Estados Unidos a la Guardia Nacional regulada por la Ley de la Guardia Nacional (*National Guard Act*) de 1916, era considerado un funcionario público con las correspondientes consecuencias legales. El Comité Judicial del Congreso estableció que

(...) un funcionario con comisión sirve en los términos de una ley del Congreso, realiza un juramento de obedecer las órdenes del Presidente de los Estados Unidos (...) y actuar conforme a las reglas y reglamentos que sean prescritos por el Presidente y el Secretario de Guerra, desarrollar los deberes prescritos por el Presidente y el Secretario de Guerra y tener derecho a recibir la compensación que establezca el Gobierno Federal por sus servicios, según sea determinado por el Congreso.<sup>23</sup>

Así, se determinó categóricamente que el miembro de la Guardia Nacional Americana sí es un funcionario de aquel país.

En la década de los 1970's se realizaron reformas importantes de tal manera que el Congreso (en plena guerra de Vietnam) formalizó el doble status de la Guardia Nacional al regular el concepto de "Fuerza Total", un concepto que ha continuado hasta la actualidad. Una muestra clara de ello es cómo 265,000 miembros de la Guardia Nacional y de las Reservas participaron en la Primer Guerra del Golfo a principios de la década de los 1990's.<sup>24</sup> En la denominada Guerra del Golfo Pérsico, cuando el entonces presidente George Bush (padre) dispuso de las guardias nacionales de los estados en acciones bélicas fuera del país, a pesar de la oposición de distintos gobernadores como Rudy Perpich, de Minnesota y Michael Dukakis, de Massachussets.<sup>25</sup>

El gran debate al discutirse la Constitución Americana, continuaba entrado el siglo XX, para determinar si la Guardia Nacional debía depender del Gobierno Federal, o al contrario, de los Estados, y qué límites tendría el gobierno de la Unión al federalizar a dicho cuerpo. El caso más relevante que se ha litigado ante los tribunales norteamericanos para resolver ese tema, es el célebre *Perpich v Department of Defense*.<sup>26</sup>

En el marco del caso Perpich, el Gobernador de Minnesota (antes habían rechazado la participación de sus guardias nacionales en la Guerra

<sup>22</sup> HUGUELET, Charles, *op. cit.*, p. 7.

<sup>23</sup> CANNON, Clarence, *Precedents of the House of Representatives of the United States*, Sección 60, en 66, citada por SHAW, David J., *An Officer and a Congressman: The Unconstitutionality of Congressmen in the Armed Forces Reserve*, Georgetown Law Journal, Vol. 97, p. 1749.

<sup>24</sup> HUGUELET, Charles, *op. cit.*, pp. 9, 11.

<sup>25</sup> GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *op. cit.*, p. 184.

<sup>26</sup> *Rudy Perpich, Governor of Minnesota, et. al., v Department of Defense, et. al.*, 496 US 334, 110 S. Ct., 2418, 1990.

del Golfo Pérsico los gobernadores de California y Maine) intentó una acción para argüir la ilegalidad de las reformas planteadas en el llamado *Montgomery Amendment* por el Poder Legislativo Federal. Dichas reformas permitían al Presidente enviar a la Guardia Nacional de un estado fuera del país (en este caso en particular a ejercicios militares en Honduras) para entrenamientos, aún durante tiempos de paz y sin el consentimiento del gobernador. Hasta entonces, resultaba claro que los estados tenían control de la milicia durante los tiempos de paz, pero no en casos de guerra o de emergencia nacional. La Corte de Apelaciones del 8º Circuito determinó que la Enmienda *Montgomery* era constitucional, y al otorgar *certiorari* la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, su decisión fue ratificada.<sup>27</sup>

La opinión del máximo tribunal de Estados Unidos en el texto propuesto por el Juez Stevens reconocía que dado el doble status de la Guardia, *the Congress has plenary authority over the national defense, and the Constitution does not require gubernatorial consent when the Guard is activated as a reserve component.*<sup>28</sup>

En el fondo, aunque la Corte Suprema no entró a la sustancia de la discusión acerca de cuáles son los límites de los casos en que la Guardia Nacional está constitucionalmente llamada al servicio federal<sup>29</sup>, la sentencia del caso *Perpich* no sólo facultó al Presidente de los Estados Unidos a utilizar los 15 días<sup>30</sup> con los que cuenta por ley para federalizar a la Guardia Nacional y para enviarlos a entrenamiento en el extranjero, sino que en el fondo, le otorgó amplios poderes al Congreso Americano para legislar en torno a la regulación del entrenamiento y federalización de esa fuerza que ordinariamente es de carácter estatal.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> BREITENBACH, Roy W., *Perpich v United States Department of Defense: Who Controls the Weekend Soldier?*, St. John's Law Review, Vol. 64, Otoño 1989, pp. 136-138.

<sup>28</sup> "El Congreso tiene autoridad plena en temas de defensa nacional, y la Constitución no requiere el consentimiento de los gobernadores cuando la Guardia es activada como un componente de reserva". Traducción del autor de HUGUELET, Charles, *op. cit.*, p. 14.

<sup>29</sup> "The Court merely acknowledged the potential limitations on calling forth the militia for training exercises abroad given the longstanding history of militia use solely for defense purposes. The Court avoided that issue by recognizing the dual status of the Guard and noting that, when called into federal service, the Guard is part of the army and not subject to the limitations of Clause Fifteen." BROOK, Brian C., *Federalizing the First Responders of Terrorism Via the Militia Clauses*, 54 Duke Law Journal, 2005, p. 1020.

<sup>30</sup> "The Guard (and Reserves) can be activated as a reserve component under Title 10 if war or national emergency is declared by Congress for the duration of the war or emergency plus six months. Congress has also given the President the authority to activate 200,000 Guard and Reserve members as necessary to augment the regular forces for operational missions. Additionally, the Guard may be activated 'for not more than 15 days a year' at the discretion of the service Secretary concerned". HUGUELET, Charles, *op. cit.*, p. 16.

<sup>31</sup> "As Justice Stevens wrote for a unanimous Court, the American dual-enlistment system presupposes that, once ordered to active federal duty, militia members become federal troops, and the provisions of the Militia Clauses no longer apply (...). The congressional power to call forth the

La Guardia Nacional está así diseñada para tener integrantes en grandes números, no dedicados de tiempo completo, pero diestros en el uso de las armas, para poder atender esos casos de manifestación social, revueltas, y desastres naturales, en beneficio de la población. *La milicia no es una institución de carácter permanente, si bien todos sus integrantes deben estar perfectamente instruidos en el manejo de las armas; la guardia nacional sólo se constituye cuando las circunstancias lo requieran.*<sup>32</sup>

Su organización actual es explicada de manera clara por Charles Huguélet, aclarando su naturaleza de milicias estatales que pueden (en casos excepcionales) ser federalizadas y utilizadas como fuerzas de reserva:

*The National Guard and Reserves are organized and funded to supplement active forces when needed. In peacetime, however, National Guard units belong to states, and state governors are the commanders in chief. Unless federalized, Guard members are not subject to the Uniform Code of Military Justice, and Guard units fall outside of the formal Department of Defense (DOD) command structure.*<sup>33</sup>

En condiciones ordinarias, la Guardia Nacional atiende emergencias dentro del estado, sujeto a la autoridad del Gobernador. Puede ser federalizada 15 días por año, así como fungir como reserva militar en casos de guerra y/o emergencias nacionales, tanto dentro como fuera de los Estados Unidos de América. Su función natural atiende a manifestaciones populares, terremotos, incendios, huracanes y tornados, entre otros desastres en el interior de cada entidad federativa.

### III | La Guardia Nacional en México

Como se señaló antes, la primer Constitución Federal Mexicana de 1824 recoge la idea de las milicias, basándose de manera prioritaria en el texto de la Constitución Americana de 1787. En la Sección Quinta del Título III relativo al Poder Legislativo, el artículo 50 faculta al Congreso general para XIX.- *Formar reglamentos para organizar, armar y disciplinar la milicia local de los Estados; reservando a cada uno el nombramiento*

---

*militia may in appropriate cases supplement its broader power to raise armies and provide for the common defense and general welfare, but it does not limit these powers*". Vladeck, Stephen I., *Emergency Power and the Militia Acts*, Yale Law Journal, 2004, p. 16.

<sup>32</sup> VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel, *op. cit.*, p. 1129.

<sup>33</sup> "La Guardia y Reservas Nacionales son organizadas y financiadas para suplementar las fuerzas activas cuando resulta necesario. En tiempos de paz, no obstante, las unidades de la Guardia Nacional pertenecen a los estados y los gobernadores de los estados son los comandantes en jefe. A menos que sean federalizados, los miembros de la Guardia no están sujetos al Código Uniforme de Justicia Militar, y las unidades de la Guardia no forman parte de la estructura de mando formal del Departamento de Defensa (DOD)". Traducción del autor de HUGUELET, Charles, *op. cit.*, p. 1.

respectivo de oficiales, y la facultad de instruirla conforme a la disciplina prescrita por dichos reglamentos.<sup>34</sup> El planteamiento recoge lo que proponían en *El Federalista* Hamilton, Madison y Jay de milicias estatales reguladas por la propia Federación.

El uso de las referidas milicias las realizaría el Presidente de la República como parte de sus atribuciones establecidas en el artículo 110, pero a diferencia de la “milicia activa”, las milicias locales serían empleadas *para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación (...) aunque para usar de ella fuera de sus respectivos Estados o territorios, obtendrá previamente consentimiento del congreso general, quien calificará la fuerza necesaria.*<sup>35</sup> Villalpando destaca el uso cotidiano que se dio a las milicias al inicio de la vida independiente de nuestro país, aunque ya para 1834

*Se publicó una Ley para la formación de la milicia cívica del Distrito Federal y territorios, en la que además de incluir una larga lista de los que pueden estar exceptuados de prestar servicios en esos cuerpos, señala que los fondos necesarios para su manutención se obtendrán de “las contribuciones que paguen los exceptuados... y los que sin tener excepción legal pretendieran no prestar el servicio personalmente...”*, con lo cual se desvirtúa el concepto de que las milicias estarían formadas por ciudadanos libres, introduciendo la posibilidad de corruptelas, además de que, naturalmente, los cuerpos estarían compuestos de pobres diablos sin moral ni convicciones.<sup>36</sup>

En la lucha entre centralistas y federalistas en el siglo XIX, parte de los resultados de la entrada en vigor de “Las Siete Leyes”, Carta Magna centralista de 1836, fue la desaparición de las milicias del texto constitucional<sup>37</sup>. La idea radicaba en concentrar la fuerza armada en el gobierno central, sin que los departamentos pudieran gastar de manera innecesaria en ello. Dicha situación perduró en “Las Bases Orgánicas” promulgadas por Antonio López de Santa Anna en 1843<sup>38</sup> (un texto Constitucional que prácticamente no tuvo aplicación)<sup>39</sup> y solo se revirtió al

---

<sup>34</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-1992*, 17ª Edición, Porrúa, México, 1992, pp. 174-175.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>36</sup> VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel, *op. cit.*, pp. 1136-1137.

<sup>37</sup> Al contrario, todo lo relativo a las fuerzas armadas se encuentra centralizado en la Constitución de 1836, en su Ley Segunda: “Art. 44 Corresponde al congreso general exclusivamente: ... V.- Decretar el número de tropa permanente de mar y tierra que debe haber en la República, y cada año el de la milicia activa que debe haber al año siguiente, sin perjuicio de aumentar o disminuir ésta durante él, cuando el caso lo exija.” A pesar de ello, el artículo 7 de la Sexta Ley establece que corresponde a los gobernadores de los Departamentos “Disponer de la fuerza armada que las leyes les concedan por ese objeto”. TENA RAMÍREZ, Felipe, *op. cit.*, pp. 218, 239-240.

<sup>38</sup> Ver por ejemplo, artículo 65, fracción V de la Constitución de 1843, *ibidem*, p. 414.

<sup>39</sup> “Cabe destacar que las Bases de 1843 prácticamente no se aplicaron, debido a los problemas externos que enfrentó México y las tensiones derivadas de las ambiciones de los grupos locales”.

volver a entrar en vigor la Constitución de 1824, con las Reformas de 1847. Con sustento en ésta, se promulgó el 15 de Julio de 1848 la Ley Orgánica de la Guardia Nacional que definía con claridad los fines de ésta: “defender la independencia de la nación, sostener las instituciones, conservar la tranquilidad pública y hacer obedecer las leyes y las autoridades establecidas por ellas”.<sup>40</sup>

La Guardia Nacional tuvo enorme participación en eventos como las batallas de Churubusco y de Molino del Rey en 1847 en la guerra de invasión propiciada injustamente por los Estados Unidos.

Después de la dictadura de Santa Anna y de la Revolución de Ayutla, Ignacio Comonfort promulgó la Constitución Federal de 1857 que consolidaría en el texto constitucional la acepción de “Guardia Nacional”<sup>41</sup>, organización que permitiría que los mexicanos cumplieran lo establecido en la fracción I del artículo 31 de dicho ordenamiento.<sup>42</sup>

Si bien la referencia a la “Guardia Nacional” no había llegado a ningún texto Constitucional sino hasta 1857, sí había sido parte de los proyectos iniciales de 1842, aunque éstos nunca llegaron a formalizarse en un texto Constitucional. Como lo refiere Villalpando:

*Los famosos proyectos de 1842 incorporan por primera vez en nuestra historia jurídica el concepto de “Guardia Nacional”. Así, además de señalar que “es obligación del mexicano... cooperar a la defensa de la Patria y al restablecimiento del orden público”, establecieron como medio para hacerla valer el alistarse en la Guardia Nacional(...). Aquí se remite, naturalmente, a los principios(...) de temporalidad, regionalidad y prestación libre del servicio, que constituyen los pilares teóricos de su formación y funcionamiento. Además, se fijan perfectamente los objetivos de la Guardia Nacional, al decir que “quedará destinada exclusivamente a defender dentro de su respectivo territorio la independencia nacional en caso de invasión extranjera.”<sup>43</sup>*

El texto de 1857 en el que participaron figuras de la talla de Ponciano Arriaga, José María Mata, Francisco Zarco, Ignacio Ramírez, Guillermo Prieto, Santos Degollado, Ignacio L. Vallarta, Vicente Riva Palacio, Pedro Ogazón, entre otros, establecía que la Guardia Nacional

CRUZ BARNEY, Óscar, *Historia del Derecho en México*, Oxford University Press, 2ª Edición, México, 2004, p. 663.

<sup>40</sup> “Gran importancia concedió el Acta de Reformas a la Guardia Nacional, pues dispuso que su ley orgánica respectiva accedería al carácter de ley constitucional, lo cual demuestra el profundo arraigo que esta institución tenía en el espíritu federalista”. VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel, *op. cit.*, pp. 1142, 1150.

<sup>41</sup> Constitución de 1857, “Artículo 35.- Son prerrogativas del ciudadano.- ... IV.- Tomar las armas en el ejército o en la guardia nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones...”. “Art. 36.- Son obligaciones del ciudadano de la República.- ... II.- Alistarse en la guardia nacional...”. TENA RAMÍREZ, Felipe, *op. cit.*, p. 612.

<sup>42</sup> “Art. 31.- Es obligación de todo mexicano: I.- Defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos é intereses de su patria...”. *Ibidem*, p. 611.

<sup>43</sup> VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel, *op. cit.*, pp. 1140-1141.

sería regulada por el Congreso conforme a lo establecido en el artículo 72, en la fracción XIX, el cual estaba facultado para

*dar reglamentos con el objeto de organizar, armar y disciplinar la guardia nacional, reservando á los ciudadanos que la formen, el nombramiento de sus respectivos gefes y oficiales, y á los Estados la facultad de instruirla, conforme á la disciplina prescrita por dichos reglamentos.*<sup>44</sup>

Las ideas de consolidar a la Guardia Nacional eran dirigidas especialmente por Mariano Otero, que esperaba de ésta que en ella México encontrara *la seguridad y el orden, las libertades públicas, la independencia de la nación, una garantía incontrastable.*<sup>45</sup>

Desde que en 1824 se hizo referencia en las Constituciones de México a la "Milicia" y luego a la "Guardia Nacional", siempre se estableció que el Presidente de la República podría disponer de éstas dentro del territorio de cada estado, y si requería que salieran de dicha área, debería contar con la autorización de la Cámara de Diputados. Cuando en el gobierno de Sebastián Lerdo de Tejada se restauró el Senado en 1874, dicha atribución pasó de la cámara baja al Senado de la República, tal como se conserva hasta la fecha.

A pesar de que la Guardia Nacional tuvo vida auténtica a partir de entonces y especialmente en las guerras contra fuerzas invasoras americanas en 1847 y europeas en 1862-1867, desapareció de la realidad (aunque no del texto constitucional) durante el Porfiriato.

#### **IV] La Guardia Nacional en México a partir de 1917**

Hay que recordar que el texto que fue aprobado en los Estados Unidos de América en la Constitución de 1787 es resultado del debate en torno a cuál debería ser la función primordial de dicha institución y si debía ser controlada desde los estados o la Federación.

*En la sesión del 23 de Agosto de 1787 se presentó una fórmula de compromiso en la cual el Gobierno Federal se reservó la facultad de reglamentar, organizar, armar y disciplinar a la milicia, mientras que los estados nombrarían a los oficiales y se encargarían de entrenar a la milicia. Esta fórmula pasó a formar parte de la sección 8 del Artículo I de la Constitución de Estados Unidos. La misma disposición pasó a la Constitución mexicana de 1824 en su artículo 50, fracción XIX, y continúa en su texto vigente.*<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> La ortografía es la original. Además, el Presidente de la República estaba facultado en los términos del artículo 85 de dicha Constitución de 1857 para "*disponer de la guardia nacional*". TENA RAMÍREZ, Felipe, *op. cit.*, pp. 618, 621.

<sup>45</sup> OTERO, MARIANO, *Programa de Gobierno*, Obras, nota 87, p. 735 citado por VILLALPANDO CÉSAR, José Manuel, *op. cit.*, pp. 1149.

<sup>46</sup> GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *op. cit.*, p. 179.

Ese mismo debate seguía absolutamente vigente durante la discusión del texto original de la Constitución de 1917.<sup>47</sup> Incluso, algún diputado como González Torres, cuestionaban que dicha Guardia Nacional quedara bajo la autoridad de los ayuntamientos.<sup>48</sup>

En Estados Unidos, la Guardia Nacional tiene una relación estrecha con el derecho a poseer armas, establecido en la 2ª Enmienda a la Constitución Americana. Así, cuando el Constituyente de Querétaro debatió el tema justamente refería la posibilidad de que los miembros de la Guardia Nacional (como los del Ejército y Armada) tuvieran armas vedadas para el resto de la población.<sup>49</sup>

Aunque todos los artículos que se refieren a la Guardia Nacional han sufrido algún cambio desde 1917 y hasta el día de hoy, no se trata de cambios sustanciales en el hecho de que la Constitución prevé la existencia de la Guardia Nacional, que sus miembros tienen derecho a poseer armas reservadas,<sup>50</sup> que es obligación de los mexicanos<sup>51</sup>, así como

---

<sup>47</sup> El diputado Alberto M. González señalaba: *La Guardia Nacional es la guardia de los ciudadanos(...) no precisa que sea a la Federación o al Centro a quien le toque reglamentarla; si se concede, se va a extender precisamente a todos los Estados, a toda la República. Lo más correcto, lo más lógico, es que, si la creación de la Guardia Nacional es netamente Republicana, es decir, como institución democrática, toque a los Estados, en sus respectivas localidades, que la creación definitiva que hagan de ella tenga su reglamentación.* Diario de Debates del Constituyente, p. 313, [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD-Constituyente.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD-Constituyente.pdf), consultado el 02 de Marzo, 2016.

<sup>48</sup> *En las bases propuestas se establece que las milicias locales de la Guardia Nacional dependerán de los gobiernos de los Estados y estarán a las órdenes inmediatas de los ayuntamientos... Si se permitiera a cada Estado la libertad de organizar sus milicias o sus guardias nacionales, conforme ellos quisieran, es seguro que no sería uniforme el procedimiento en toda la República... ¿A cuántos trastornos y a cuántas dificultades no se prestaría el que, en un momento dado, entraran corporaciones de distinta organización y corporaciones completamente distintas en su modo de proceder?* Diario de Debates del Constituyente, p. 314, [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD-Constituyente.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD-Constituyente.pdf), consultado el 02 de Marzo, 2016.

<sup>49</sup> Así lo refería el secretario Lizardi: *"El derecho de portación de armas aparece mejor establecido en el artículo 10º del proyecto de Constitución, que en la de 1857, pues se sujeta ese derecho, dentro de las poblaciones, a los reglamentos de policía y se prohíbe a los particulares usar la misma clase de armas que el ejército, armada y guardia nacional"*. Diario de Debates del Constituyente, p. 555, [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD-Constituyente.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD-Constituyente.pdf), consultado el 02 de Marzo, 2016.

<sup>50</sup> La reforma al artículo 10 de la Constitución fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de Octubre 1971.

<sup>51</sup> El artículo 31 de la Constitución ha sufrido varias reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación los días 05 de Marzo de 1993, 25 de Octubre de 1993, 12 de Noviembre de 2002, 09 de Febrero de 2012 y 29 de Enero de 2016.

derecho<sup>52</sup> y obligación<sup>53</sup> de los ciudadanos alistarse y servir en la Guardia Nacional; que es facultad del Congreso de la Unión<sup>54</sup> regular la organización, armamento y disciplina de la Guardia Nacional cuya salida de México requiere la autorización del Senado<sup>55</sup>; y que el Presidente puede disponer de ella. La atribución relativa a la Comisión Permanente se encontraba inicialmente en el artículo 79 y ahora corresponde al artículo 78, dado que el 79 regula ahora la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación.<sup>56</sup>

Como se advierte, el texto Constitucional mantiene la misma disposición donde para hacer uso de la Guardia Nacional fuera del territorio de un Estado se requiere de la aprobación del Senado de la República. Esta postura es congruente con lo dispuesto en el artículo 76 Constitucional, donde el Senado es el órgano facultado para autorizar al Presidente para: (i) permitir la salida de tropas nacionales fuera de México,<sup>57</sup> (ii) el paso de tropas extranjeras por nuestro país<sup>58</sup>, y (iii) la estación de escuadras extranjeras por más de un mes en el mar territorial o aguas marítimas interiores.

De 1917 a la fecha, la Guardia Nacional está regulada en la Constitución, pero no existe. A pesar de ello, se ha reformado su

---

<sup>52</sup> El artículo 35 de la Constitución ha sufrido varias reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación los días 06 de abril de 1990, 22 de agosto de 1996, 09 de agosto de 2012 y 10 de febrero de 2014.

<sup>53</sup> El artículo 36 de la Constitución ha sufrido varias reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación los días 06 de abril de 1990, 22 de agosto de 1996, 09 de agosto de 2012 y 29 de enero de 2016.

<sup>54</sup> El artículo 73 ha sufrido 76 reformas desde su aprobación original en 1917 y hasta la fecha en que se realiza este documento, la más reciente, el 29 de enero de 2016.

<sup>55</sup> 15 reformas ha sufrido hasta enero 29 de 2016 el artículo 76 que regula las facultades exclusivas del Senado de la República.

<sup>56</sup> La reforma relevante que creó a nivel Constitucional la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el viernes 30 de julio de 1999.

<sup>57</sup> Algo que ocurrió por ejemplo el 07 de septiembre de 2005, cuando se publicó en el Diario Oficial de la Federación la autorización otorgada por el Senado de la República “con el fin de permitir la salida de elementos del Ejército Mexicano y de la Armada de México a los Estados Unidos de América para brindar ayuda a las víctimas del huracán “Katrina””. Ver GATT CORONA, Guillermo Alejandro, *México y Estados Unidos de América ante la Corte Penal Internacional*, Podium Notarial, Revista del Colegio de Notarios del Estado de Jalisco, No. 32, diciembre 2005, p. 203.

<sup>58</sup> “Algunos casos ilustran lo anterior, como cuando el 21 de diciembre de 1940 el Senado otorgó autorización al presidente para que permitiera la entrada de aviones militares norteamericanos por el espacio aéreo mexicano. En 1952 se autorizó la entrada de un contingente militar norteamericano con el fin de participar en el desfile (23 de septiembre), así también se autorizó la entrada de un buque insignia británico con los mismos fines (25 de septiembre) y de cadetes y oficiales de Cuba y Guatemala (4 de diciembre)”. GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *op. cit.*, p. 180.

regulación; no tanto en la Carta Magna, sino que el cambio de apreciación en cuanto a qué es y qué funciones debe satisfacer la Guardia Nacional se ha dado en el contexto de las leyes que la reglamentan.

A partir de 1847, la natural distinción entre la Guardia Nacional y el Ejército, que con tanta claridad apunta la Constitución de los Estados Unidos, se ha diluido<sup>59</sup>, hasta el punto en que en el caso de México se ha dado por considerar a la primera como un *'ejército federal de reserva'*, lo cual está refrendado por la vigente *Ley del Servicio Militar*<sup>60</sup> al designar como *Guardia Nacional a los ciudadanos de 40 a 45 años y constituir una tercera reserva del ejército*.<sup>61</sup> Así, en México no se ha seguido el derrotero del doble *status* que impera en los Estados Unidos y se ha optado por una federalización total de esta organización, rompiendo así la naturaleza federal que la debería distinguir del Ejército y la Marina.

*La Ley del Servicio Militar Obligatorio de 1940 ha militarizado a la ciudadanía en México y la ha transformado en una reserva de las fuerzas armadas permanentes, comandadas por el presidente de la República y los comandantes militares, abiertamente en contra de la Constitución, la cual a través del artículo 73, fracción XV, ordena que los ciudadanos serán instruidos por los estados donde residan y a los ciudadanos que los forman la facultad de nombrar a sus comandantes.*<sup>62</sup>

A pesar de que no existe en la práctica, la Guardia Nacional no solo está regulada por la Carta Magna, sino también por diversas leyes emanadas del Congreso de la Unión<sup>63</sup>, como la ya citada *Ley del Servicio Militar*, la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*<sup>64</sup> y la casi

<sup>59</sup> Ley del Servicio Militar: "ARTICULO 5º.- El servicio de las armas se prestará:

*Por un año en el Ejército activo, quienes tengan 18 años de edad.*

*Hasta los 30 años, en la 1a. Reserva.*

*Hasta los 40 años, en la 2a. Reserva.*

*Hasta los 45 años, en la Guardia Nacional.*

*Las clases y oficiales servirán en la 1a. Reserva hasta los 33 y 36 años respectivamente y hasta los 45 y 50 en la 2a. Reserva.*

ARTICULO 6º.- *En caso de guerra internacional, los mexicanos de más de 45 años de edad, hasta el límite que exijan las circunstancias, pueden ser llamados a servir en la Guardia Nacional, de acuerdo con sus condiciones físicas".*

<sup>60</sup> Dicha legislación fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de Septiembre de 1940 y su más reciente reforma data del 23 de Enero de 1998.

<sup>61</sup> GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *op. cit.*, p. 182.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 185.

<sup>63</sup> No existe ninguna referencia a la Guardia Nacional en la *Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos*, ni en la *Ley Orgánica de la Armada de México*.

<sup>64</sup> *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*: "Artículo 29.- "A la Secretaría de la Defensa Nacional, corresponde el despacho de los siguientes asuntos:...

IV.- *Manejar el activo del Ejército y la Fuerza Aérea, de la Guardia Nacional al Servicio de la Federación y los contingentes armados que no constituyan la guardia nacional de los Estados;...*

desconocida Ley Sobre Delitos de Imprenta, legislación que data de poco antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1917<sup>65</sup> y que precisa qué ha de entenderse por un ataque al orden o a la paz pública.<sup>66</sup>

## V ] Reflexiones a manera de conclusión

Si no satisface una necesidad, una institución jurídica debería desaparecer. Si ha caído en desuso porque la reglamentación es inadecuada, pero relevante, ha de adecuarse a su telos y realidad. En México, por ese motivo se han cuestionado constantemente muchas ideas, tal como si vale o no la pena conservar o modificar la zona restringida a la que se refiere la fracción I del artículo 27 Constitucional, que es desde hace décadas tema de debate.

El hecho de que haya organizaciones que son “letra muerta” en la norma es muy grave, pero mucho más cuando dichas disposiciones son de carácter constitucional. *En la medida en que la Constitución es resultado de la intención popular, depositada en el poder soberano que la representa, su significado es mucho más relevante que el de cualquier*

---

*XVI.- Intervenir en la expedición de licencias para la portación de armas de fuego, con objeto de que no incluya las armas prohibidas expresamente por la ley y aquellas que la Nación reserve para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Guardia Nacional, con excepción de lo consignado en la fracción XVIII del artículo 30 bis, así como vigilar y expedir permisos para el comercio, transporte y almacenamiento de armas de fuego, municiones, explosivos, agresivos químicos, artificios y material estratégico;...”*

<sup>65</sup> La Ley Sobre Delitos de Imprenta fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 1917 cuando ya se había promulgado la Constitución (el 5 de febrero), y a unos días de que ésta entrara en vigor (el 01 de mayo). A pesar de su antigüedad, no es una “ley olvidada”. La más reciente reforma a dicha legislación fue publicada el 04 de noviembre de 2015.

<sup>66</sup> Ley sobre delitos de imprenta: “Artículo 3o.- “Constituye un ataque al orden o a la paz pública:...”

*II.- Toda manifestación o expresión hecha públicamente por cualquiera de los medios de que habla la fracción anterior, con la que se aconseje, excite o provoque directa o indirectamente al Ejército a la desobediencia, a la rebelión, a la dispersión de sus miembros, o a la falta de otro u otros de sus deberes; se aconseje, provoque o excite directamente al público en general a la anarquía, al motín, sedición o rebelión, o a la desobediencia de las leyes o de los mandatos legítimos de la autoridad; se injurie a las autoridades del país con el objeto de atraer sobre ellas el odio, desprecio o ridículo; o con el mismo objeto se ataque a los cuerpos públicos colegiados, al Ejército o Guardia Nacional o a los miembros de aquéllos y éstas, con motivo de sus funciones; se injurie a las naciones amigas, a los soberanos o Jefes de ellas o a sus legítimos representantes en el país; o se aconseje, excite o provoque a la Comisión de un delito determinado.*

*Artículo 33.- “Los ataques al orden o a la paz pública se castigarán:*

*III.- Con una pena que no bajará de tres meses de arresto, ni excederá de dos años de prisión, en los casos de injurias contra el Congreso de la Unión o alguna de las Cámaras, contra la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contra el Ejército, la Armada o Guardia Nacional, o las instituciones que de aquél y éstas dependan;(...)”*

*otra expresión jurídica.*<sup>67</sup> No se trata de una norma cualquiera, sino que tiene un propósito superior; reconoce el acuerdo de la comunidad en torno al conjunto de valores de contenido material que justifican, legitiman o dan sentido a todas las normas. *La Constitución representa una toma de posición valorativa, un conjunto normativo coherente, cuya coherencia deriva de que sus mandatos responden a unos principios comunes ordenadores. No es pues una norma neutra cuyos procedimientos puedan orientarse a cualquier fin.*<sup>68</sup> ¿Qué clase de posición valorativa representa regular instituciones y órganos inexistentes?

En el Estado Constitucional del Derecho, la Constitución no es solo una declaración de principios, sino norma viva que es argüida por las partes en los litigios, y que impulsa y dinamiza toda relación jurídica, incluyendo el análisis constitucional de todas las normas inferiores. *El operador es un constructor de interpretaciones de las normas subconstitucionales, modelándolas para resultar compatibles con la constitución.*<sup>69</sup>

Especialmente hoy, la Constitución debe ser viva para poder buscar no sólo la aplicación de la norma, sino el reconocimiento y cumplimiento de los principios subyacentes dworkianos. Ante la injusticia que resulta de la aplicación ciega de algunas normas, *las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador.*<sup>70</sup>

¿Debe México tener una Guardia Nacional? No lo sé, pero habría que discutirlo y legislar en consecuencia. En un país cuya más reciente declaración de guerra<sup>71</sup> se dio en 1942, y en la que el Ejército en gran medida se ha dedicado además de la disciplina castrense, a atender

---

<sup>67</sup> PALOMINO MANCHEGO, José F., *Constitución, Supremacía Constitucional y Teoría de las Fuentes del Derecho* en, Marcos Del Rosario Rodríguez, *Supremacía Constitucional*, Porrúa – Universidad Panamericana, México, 2009, p. 165.

<sup>68</sup> AÑÓN, María José, en Hugo Saúl Ramírez García (coord.), *Introducción a la Teoría del Derecho*, Tirant Lo Blanch, México D.F., 2012, p. 249.

<sup>69</sup> SAGÜES, Néstor Pedro, *Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La “constitución convencionalizada”*, en Antonio Flores Saldaña, *Control de Convencionalidad y Decisiones Judiciales*, Tirant Lo Blanch – Universidad Panamericana, México, D.F., 2016, p. 373.

<sup>70</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 39.

<sup>71</sup> Ha de entenderse por “guerra” una “*confrontación material violenta o declarada, entre dos o más estados u otros sujetos colectivos de derecho internacional público, con un propósito de carácter político que una de las partes desea imponer a la otra y de establecer condiciones de paz que favorezcan la finalidad política del vencedor. Tratándose de guerra en la que participan estados, debe realizarse a través de sus fuerzas armadas*”. GATT CORONA, Guillermo Alejandro, *El Derecho de Guerra Contemporáneo; Reflexiones desde el pensamiento de Francisco de Vitoria*, ITESO – Universidad Panamericana, Guadalajara, 2013, p. 57.

emergencias de la sociedad civil y a la persecución de la delincuencia, debería pensarse con profundidad para dar claridad a cuál ha de ser la función de la policía, de la armada, del ejército y de cualquier otra organización, en un esquema que fomente punibilidad, certeza jurídica y respeto a los derechos humanos.

Las alternativas principales entonces a las que debería enfrentarse el Constituyente Permanente (pero no las únicas) son responder a la pregunta ¿tiene sentido la existencia de la Guardia Nacional con un diferenciador claro del Ejército y de la Armada? De tener sentido, debe entonces el Gobierno Federal darle vida, con las reformas que en la Carta Magna o en la legislación secundaria se realicen. Deberá tomarse postura en torno a la relación de dicha Guardia Nacional con las entidades federativas y en qué casos es factible federalizarse. ¿Será adecuado utilizar los conceptos del "doble status" y de la "fuerza total" que se han caracterizado en los Estados Unidos de América o una postura distinta más adecuada a la realidad de nuestro país?

Si la respuesta es negativa, deberá modificarse la Constitución y las leyes secundarias para suprimir la Guardia Nacional de la norma y que ésta sea congruente con la realidad.

No obstante, por algún motivo, muy pocos discuten la pertinencia de revisar la figura de la Guardia Nacional en el texto Constitucional y la conveniencia (o no) de darle vida. Algunos países han reflexionado sobre estos temas vinculados a las distintas fuerzas con las que cuentan y han llegado a decisiones drásticas, como la desaparición de su propio ejército, como en el caso de Costa Rica, desde 1948.

La cercanía con la sociedad civil no debe desdeñarse. La cantidad de ocasiones en que en nuestro país surgen emergencias derivadas de terremotos, huracanes, manifestaciones populares y otras, podrían justificar la existencia ordenada, razonable y disciplinada de esta fuerza. Coincido con don Manuel González Oropeza cuando señala como *aunque los antecedentes de la guardia han sido fundamentalmente para atender situaciones de emergencia armada, puede actualmente hablarse de que las nuevas funciones de la guardia sean las de cuidar el orden y la seguridad de las localidades ante eventualidades físicas: desastres o epidemias.*<sup>72</sup>

La mitología es extraordinaria en un contexto literario; despierta la imaginación, la creatividad y el anhelo por conocer. En cambio, cuando ésta se da en el ámbito jurídico fomenta la inseguridad y la desconfianza. Platón lo decía con claridad:

*Cada gobierno implanta las leyes en vista de lo que es conveniente para él: la democracia, leyes democráticas; la tiranía, leyes tiránicas, y así las demás. Una vez implantadas, manifiestan que lo que conviene a los gobernantes es justo para los gobernados, y al que se aparta de esto, lo castigan por infringir las leyes y obrar injustamente.*<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *op. cit.*, p. 185.

<sup>73</sup> PLATÓN, *La República*, Biblioteca Clásica Gredos, Libro I, 338e, Madrid, 2008, p. 77.

Resultaría ideal que la norma tienda al bien común, y que sea letra viva, que construya y dignifique.

*There are a hundred different ways of saying that men in authority should use it in the general interest and for the common good; that the interest of the people should be the rule of their decisions and the public good the end of their actions. Exhortation of this kind never comes amiss.<sup>74</sup>*

Fecha de recepción: 5 de marzo de 2016

Fecha de aprobación: 27 de abril de 2016

---

<sup>74</sup> De Jouvenel, Bertrand, *Sovereignty. An Inquiry into the Political Good*, (traducción al inglés por J. F. Huntington), Liberty Fund, University of Chicago Press, Chicago, 1997, p. 125.

# Una visión antropológica de los derechos de los pueblos indígenas

CARLOS IGNACIO GONZÁLEZ ARRUTI<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los pueblos indígenas en México*. III. *Marco jurídico de los pueblos indígenas*. IV. *Conclusiones*.

**Resumen.** Una gran tradición histórica abarca todo lo que hoy es México. Este país tiene su propio pasado y su propia herencia. Desafortunadamente, esta multiplicidad ha sido negada a lo largo de los años y se ha visto a las diversas culturas asentadas en nuestro territorio exclusivamente bajo la mirada y los patrones occidentales. En nuestro país, la historia de los pueblos indígenas está muy relacionada con el despojo de sus derechos originales. La lucha por recuperarlos ha sido muy difícil y el mejor de sus triunfos es que siguen existiendo. Lo que ha prevalecido es la demanda de los derechos colectivos, es decir, de los derechos de los pueblos indígenas. Las expresiones actuales de los pueblos indígenas son muy diversas, como por ejemplo, las culturas que algunas comunidades han sabido conservar con mayor grado de cohesión interna, hasta la gran cantidad de rasgos aislados que se distribuyen de manera diferente en los distintos sectores urbanos. Los pueblos indígenas, nuestros pueblos, son una civilización cuya presencia es imprescindible reconocer.

**Palabras clave:** Derechos humanos, pueblos indígenas.

**Abstract.** *A great historical tradition encompasses all that is Mexico today. This country has its own past and heritage. Unfortunately, this multiplicity has been refused over the years and has seen a diverse cultures found in our country exclusively under the Western patterns. In our country, the history of indigenous peoples is closely related to the dispossession of their original rights. The struggle to recover has been very difficult and the best of theirs success is that they still exist. What it is the demand prevailed and collective rights, namely the Rights of Indigenous Peoples. The current expressions of Indigenous Peoples are different, such as cultures that some communities have preserved with the mayor degree of internal cohesion, the wealth of features to isolates that are distributed differently in different urban sectors. Indigenous peoples, our people, are a civilization whose presence is essential to recognize.*

**Keywords:** Human Rights, Indigenous peoples.

---

<sup>1</sup> Catedrático de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara.

## I ] Introducción

Durante años, los miembros de los pueblos y de las comunidades indígenas en México han permanecido en graves condiciones de desigualdad, extrema pobreza y alejamiento de la sociedad occidental. En algunas ocasiones, lo anterior ha sido derivado de la dificultad que implica acceder a sus comunidades y, en otras tantas, ha sido originado por la discriminación de la que son objeto por parte de algunos grupos sociales.

En México, la historia de los pueblos indígenas está muy relacionada con el despojo a sus derechos originales y la lucha por recuperarlos ha sido muy difícil. No obstante, en los últimos años se ha desarrollado una nueva etapa que ofrece la esperanza de una paulatina recuperación de sus derechos.

En este sentido, la organización de un sistema jurídico se fundamenta en la concepción básica que tal sistema tiene del ser humano. La correspondiente imagen del hombre es el secreto regulador de cada sistema jurídico. La antropología del derecho obliga, por lo tanto, al reiterado cruce de fronteras, no solamente en el sentido de una ciencia jurídica comparativa, sino también en la búsqueda de una visión humanística y cultural del derecho.

Por ello, es importante reflexionar temas de gran interés como es el de los pueblos indígenas. En este sentido, debemos respetar y proteger los derechos de los pueblos indígenas. Prueba de ello, son las reformas a la Constitución Mexicana en el año 2001<sup>2</sup>.

Nuestra realidad como nación es clara, pues dentro de los límites territoriales del Estado coexisten sistemas de regulación social claramente diversos. Por lo tanto, es necesario regular una convivencia social que, en muchos aspectos, es forzada y no se encuentra libre de problemáticas. Asimismo, es necesario impulsar modelos jurídicos y sociales que reivindiquen los derechos de los pueblos indígenas y que gocen, por su puesto, con una protección jurídica.

El presente trabajo no pretende plantear o proponer reformas constitucionales o legales al marco jurídico de los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas, sino más bien pretende dar una visión, desde un punto de vista antropológico y jurídico sobre los pueblos y las comunidades indígenas en México, los derechos colectivos de los pueblos y las comunidades indígenas, así como los derechos individuales de sus miembros, que nos permita conocer nuevos aspectos, tanto en la legislación mexicana como en los tratados internacionales firmados por México.

## II ] Los pueblos indígenas en México

La historia reciente de México, la de los últimos 500 años, es la historia del enfrentamiento permanente entre quienes han pretendido

---

<sup>2</sup> Algunas de las reformas constitucionales se generaron como resultado del levantamiento armado del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en 1994.

encauzar al país en el proyecto de la civilización occidental y quienes han resistido arraigados en formas de vida de estirpe mesoamericana<sup>3</sup>.

El primer proyecto llegó con los colonizadores europeos pero no se abandonó con la independencia. Los grupos que tomaron el poder, primero los criollos y posteriormente los mestizos, no renunciaron al proyecto occidental. En cambio, el México profundo, como lo denomina Bonfil Batalla, resiste apelando a las estrategias más diversas según las circunstancias de dominación a que es sometido. No es un mundo pasivo, estático, sino que vive en tensión permanente<sup>4</sup>.

Las relaciones entre estos dos proyectos han sido conflictivas durante los siglos que lleva su confrontación. El proyecto occidental de México ha sido excluyente y negador de la civilización mesoamericana, pues no ha habido lugar para una convergencia de civilizaciones que anunciara su paulatina fusión para dar paso a un nuevo proyecto. En cambio, los grupos que encarnan los proyectos de civilización mesoamericana se han enfrentado permanentemente en los actos de sus vidas cotidianas con los que ponen en práctica los principios de sus respectivas matrices.

Tales enfrentamientos no se dan entre elementos culturales, sino entre los grupos sociales que portan, usan y desarrollan esos elementos.

En todo este contexto, podemos observar que en la actualidad existe un incremento en el interés de la población por conocer la realidad de los pueblos indígenas. Los acontecimientos del siglo pasado, como por ejemplo, el levantamiento armado del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, han contribuido a dar transparencia a una situación que es resultado de procesos políticos y sociales en el desarrollo de nuestra nación.

Probablemente, los medios de comunicación han mostrado aspectos sociales y políticos de nuestro país. No obstante, éstos no han alcanzado a reflejar, de manera adecuada, aspectos más generales de la cultura y, sobretodo, de la cultura indígena.

En la discusión se debe plantear el respeto a las culturas indígenas en su conjunto. Es decir, en sus lenguas, sus religiones, sus tradiciones jurídicas, literarias, artísticas, entre otras tantas.

La conformación actual de México, incluyendo su diferenciación regional, los contrastes entre norte y sur, altiplano y costas, si bien descansa en una diversidad geográfica es ante todo el resultado de una historia cultural milenaria, cuya huella profunda no ha sido borrada por los cambios de los últimos quinientos años<sup>5</sup>. El factor central de desarrollo de

---

<sup>3</sup> BONFIL BATALLA, Guillermo, *México profundo: una civilización negada*, Grijalbo, D.F., 1994, p. 10.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>5</sup> Ellos no niegan la trascendencia de esos cambios, solamente destacan el hecho de que las transformaciones ocurridas no son exclusivamente resultado de los procesos desencadenados a partir de la invasión europea, como si tales procesos se implantaran en un vacío cultural, sino que siempre son producto de la acción de esas fuerzas nuevas sobre

los pueblos indígenas ha sido, entre varios factores, tener una mejor calidad de vida, un desarrollo humano que esté fundado en el respeto a la naturaleza y, además, un derecho a participar como sujetos colectivos en su propio destino, acorde a su cultura, organización socioeconómica, valores, conocimientos y trabajos.

El desarrollo que se fue presentando a lo largo de los años en estas civilizaciones fue producto de innumerables acontecimientos que dieron forma a nuestra historia, por ejemplo, con el nacimiento del pueblo olmeca como una cultura madre, fue un elemento impulsor para el desarrollo de las sociedades que se fueron asentando en los territorios que hoy conocemos como Veracruz, Oaxaca y Yucatán, y con pueblos como los remojadas, los zapotecas y los mayas, se dio paso a la cultura que floreció en Teotihuacán cuyo desarrollo se extendió hasta la llegada de los españoles.

Durante estos periodos históricos, como se ha mencionado, se generó un gran desarrollo económico y cultural, basado en el aprovechamiento de los recursos naturales y de las condiciones del medio ambiente, así como el uso de tecnologías aplicadas a la producción agrícola que, si bien es cierto en la actualidad se pueden considerar como rudimentarias, en aquel momento fueron elementos que generaron una gran eficiencia y un alto rendimiento para la agricultura, a tal grado que esta actividad se convirtió en la principal fuente de subsistencia, dejando de lado a la caza y a la recolección de frutos, como había sido hasta ese momento.

Las efectivas formas de organización social de estos pueblos, permitieron atender las necesidades más básicas de una población de gran tamaño, aprovechando al máximo sus recursos naturales. Su desarrollo económico fue esencial para materializar un desarrollo social, sobre todo en aquellos centros de mayor desarrollo y en los pueblos que se ubicaban en las periferias de estos centros, los cuales adquirieron algunos rasgos culturales y sociales que aunados a los propios fueron dando surgimiento a nuevos grupos con características propias<sup>6</sup>.

Como un elemento que propició la comunicación entre las diversas civilizaciones que se desarrollaron en aquellos años, pero también como un mecanismo natural de protección, se produjo un desarrollo en su lenguaje, que si bien es cierto eran distintos, estas variantes fueron el producto de la inclusión de un cúmulo de experiencias propias de cada uno de estos pueblos que vino a dar una riqueza cultural y una diversidad de lenguaje, que generó una unidad que se iba a manifestar dada su pertenencia a una misma raíz social.

Todos estos pueblos no solo tuvieron que enfrentarse a cambios de carácter cultural o ideológico, sino que también tuvieron que enfrentarse a los cambios de los elementos naturales que los rodeaban, lo que motivo, en muchos casos, la marginación de las comunidades a otros

---

conjuntos humanos que poseen una herencia cultural elaborada durante muchos siglos en esos mismos sitios, lo que les permite reaccionar a su vez en distintas formas.

<sup>6</sup> Cfr., BONFIL BATALLA, Guillermo, *Op. Cit.*, p. 31.

sitios, generando enfrentamientos entre los pueblos y logrando, al mismo tiempo, un desarrollo cultural que permitió crear una civilización.

Todos y cada uno de los pueblos indígenas que se encuentran asentados en México, poseen un carisma y una identidad propia, que es el resultado de su historia particular y que se remonta a épocas inmemoriales. Sin embargo, estas condiciones nos impiden realizar afirmaciones categóricas o generalizadas ya que, como lo hemos comentado, todos y cada uno de los pueblos indígenas, han provenido de una civilización común.

Cabe subrayar el hecho de que la milenaria presencia del hombre en el actual territorio mexicano produjo una civilización con implicaciones de profunda importancia. Por una parte, indica que las diversas culturas que existieron en el pasado precolonial y las que, transformadas, existen hoy como continuación de aquéllas, tienen un origen común, pues son el resultado de un proceso de civilización único, lo que les otorga una unidad básica más allá de cualesquiera diferencias y particularidades. Por otra parte, al hablar de civilización se está haciendo referencia a un nivel de desarrollo cultural lo suficientemente complejo como para servir de base común y orientación fundamental a los proyectos históricos de todos los pueblos que comparten esa civilización<sup>7</sup>.

En conclusión, no se trata de un simple agregado de rasgos culturales aislados, sino de un plan general de vida que le da trascendencia y sentido a los actos del hombre, que ubica a éste en relación con la naturaleza y el universo, que le da coherencia a sus propósitos y a sus valores, que le permite cambiar incesantemente según los cambios de la historia sin desvirtuar el sentido profundo de su civilización, pero sí actualizándola.

### III ] Marco jurídico de los pueblos indígenas

En relación con el marco legal que prevalece en nuestro país, podemos destacar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, da un expreso reconocimiento de los pueblos indígenas. Prueba de ello, encontramos el artículo 2, párrafos primero y segundo, que establece:

*La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.*

*La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.*

---

<sup>7</sup> Cfr., VÁZQUEZ CHAMORRO, Germán y VVAA., *Origen de los mexicanos*, Dastin, Madrid, 2001, p. 56.

*El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico<sup>8</sup>.*

Como podemos observar, nuestra Carta Magna protege a los indígenas y a sus comunidades. Lo anterior, permite que los pueblos indígenas puedan decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural. Asimismo, les permite aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos sujetándose, por su puesto, como todos los mexicanos, a los principios generales de Derecho que establece la propia Constitución, además de respetar las garantías individuales y los derechos humanos.

Otra prerrogativa que autoriza la Constitución es elegir, de acuerdo a sus normas, a los procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los Estados. Cabe subrayar que la participación de las mujeres está garantizada en condiciones de equidad frente a los varones.

Además, las comunidades indígenas tienen permitido conservar y mejorar el hábitat, así como preservar la integridad de sus tierras, acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan sus comunidades y, preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

Como podemos observar, el marco jurídico que prevalece en nuestro país reconoce y garantiza diferentes derechos a los indígenas y a sus comunidades. En este sentido, la legislación mexicana cuenta con una serie de lineamientos que le permiten fortalecer la participación y representación política de los indígenas de conformidad con sus tradiciones y normas internas.

Por mencionar algún ejemplo, podemos destacar el acceso a los procedimientos judiciales con la finalidad de garantizar el derecho en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente. En este sentido, se deben tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, respetando desde luego, la Carta Magna<sup>9</sup>.

Ahora bien, el gobierno mexicano debe establecer, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, las instituciones y especificar las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de ellos,

---

<sup>8</sup> Cfr., art. 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última reforma de la Constitución el 10 de febrero de 2014.

<sup>9</sup> Cabe mencionar que los indígenas tienen, en todo tiempo, el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

así como un desarrollo integral en sus pueblos y comunidades, los cuales deben ser diseñados y operados conjuntamente con ellos.

Para reducir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, y en algún momento podamos derribarlas por completo, el gobierno mexicano tiene la obligación de impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas. Lo anterior, lo tiene que hacer con la finalidad de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, mediante acciones coordinadas entre los tres órganos de gobierno, es decir, federal, estatal y municipal así como con la participación de las comunidades indígenas.

Además, no podemos dejar de garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica y la educación media superior y superior. Para ello, el gobierno debe definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos.

En este sentido, el gobierno también está obligado a mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus habitantes, como por ejemplo, asegurando el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional de salud, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, con una especial atención a la población infantil que está desnutrida.

Otra forma de mejorar las condiciones de estas comunidades es que se facilite el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de sus viviendas, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos. Asimismo, el gobierno debe incorporar a las mujeres en el desarrollo, mediante el apoyo en los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria.

Ahora bien, para lograr los objetivos que hemos comentado, las entidades de gobierno pueden y deben hacer varias acciones de trabajo. Por mencionar algunas, el gobierno debe extender las redes de comunicaciones que permitan la integración de las comunidades indígenas, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Con ello, la autoridad estaría apoyando las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, la aplicación de estímulos para las inversiones públicas y privadas que propicien la creación de empleos, la incorporación de tecnologías para incrementar su propia capacidad productiva y así, asegurar el acceso equitativo a los sistemas de abasto y comercialización.

Con todo lo anterior, no debemos olvidar que los indígenas también pueden emigrar a otras comunidades indígenas e incluso a las ciudades. Por ello, el gobierno también debe establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero. Lo anterior, lo puedo lograr mediante acciones que garanticen los derechos laborales de los jornaleros

agrícolas, apoyando los programas especiales de educación y nutrición a los familiares de migrantes, velando por el respeto de sus derechos humanos y promoviendo la difusión de sus culturas, entre otras tantas acciones.

Por último, en relación con el marco jurídico de los pueblos indígenas en el sistema legal mexicano, debemos subrayar que todo derecho, obligación, acción que establezca la autoridad genera un costo. Por este motivo, el gobierno debe garantizar el cumplimiento de sus obligaciones estableciendo las partidas específicas destinadas al cumplimiento de éstas en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancias de las mismas. Además, el gobierno deberá consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.

Como hemos señalado, lo desarrollado en este capítulo es en un ámbito de jurisdicción nacional, es decir, que es competencia propia del estado mexicano. No obstante, México también se ha adherido a unos lineamientos internacionales que regulan la protección de los pueblos indígenas, en especial, al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, también conocido como Convenio 169, aprobado en 1989, el cual mencionaremos de forma breve a continuación<sup>10</sup>.

Para desarrollar el Convenio 169, nos permitiremos hacer una breve reseña histórica de lo acontecido.

En el siglo XX se desarrolló una etapa que ofrecía la esperanza de una paulatina recuperación de los derechos indígenas. En este sentido, algunos de los acontecimientos significativos fue la adopción en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en 1965, de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial<sup>11</sup>. Un año después, esta misma organización internacional aprobó dos pactos muy importantes, el que se refiere a los derechos civiles y políticos, y el que aborda los derechos económicos y sociales.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, es de vital importancia porque establece en su artículo 27 que los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las

---

<sup>10</sup> La Organización Internacional del Trabajo se creó en 1919 en el contexto de la posguerra, es decir, después de la Primera Guerra Mundial. El papel asignado a la OIT es, desde su creación, el de promover la justicia social, el derecho a la libre sindicación, el derecho a la negociación colectiva. La OIT está muy ligada a la emisión de una serie de normas reguladoras del trabajo. Además, es una organización tripartita porque está formada por los Estados Miembros y por delegaciones de patrones y de trabajadores. También, la OIT se interesa por la situación de los trabajadores indígenas, en el supuesto de que éstos se encuentran trabajando en territorios sujetos a otros Estados soberanos. México ratificó el Convenio 169 el 11 de julio de 1990 y lo ratificó el 4 de septiembre del mismo año.

<sup>11</sup> Cfr., <http://www.2ohchr.org/spanish/law/cerd.htm> (10-nov-2015).

personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma<sup>12</sup>.

Asimismo, la ONU mediante el grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas, impulsó en 1982 la formación del *Fondo de contribuciones voluntarias para las poblaciones indígenas*<sup>13</sup>. Este Fondo tiene como finalidad facilitar la participación de representantes de organizaciones en las deliberaciones del mencionado grupo de trabajo y ha impulsado la elaboración de un proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Ahora bien, en este ensayo final hemos presentado una mayor atención, a nivel internacional, a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) porque esta organización tiene como finalidad: la promoción de la justicia social para los trabajadores en todo el mundo; formular políticas y programas internacionales para contribuir a mejorar las condiciones de vida y de trabajo; elaborar normas internacionales de trabajo que sirvan de directrices a las autoridades nacionales para llevar a la práctica esas políticas; ejecutar un amplio programa de cooperación técnica para ayudar a los gobiernos a hacer realidad esas políticas y; llevar a cabo actividades de capacitación, educación e investigación en sustento de dichos esfuerzos.

En este sentido, la OIT ha dictado algunas normas internacionales, como por ejemplo, el Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas número 50, de 1936; el Convenio sobre los contratos de trabajo número 64, de 1939; el Convenio sobre las sanciones penales número 65, de 1939; el Convenio sobre la abolición de las sanciones penales número 104, de 1955, la Recomendación sobre supresión del reclutamiento número 46, de 1936.

El Convenio 169, que entró en vigor dos años después de su aprobación, es decir en 1991, reconoció las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de desarrollo económico, y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones dentro del marco de los países en que viven. Se observó, igualmente, que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales, en el mismo grado que el resto de la población de los estados en que viven y que sus

---

<sup>12</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1996. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> (10-nov-2015).

<sup>13</sup> Resolución de la AGNU 1982/34 de 7 de mayo de 1982 del Consejo Económico y Social de la ONU. Disponible en: <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/c535e3fb980dfd22c1256ab100399ced?Opendocument> (10-nov-2015).

leyes y valores, costumbres y perspectivas han sufrido, a menudo, erosión<sup>14</sup>.

El ámbito de aplicación del Convenio 169 se refiere a los pueblos y tribus en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial<sup>15</sup>. Asimismo, se aplica a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Es necesario mencionar que la conciencia de su identidad o tribal debe considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio 169. Por ello, el citado convenio da respuesta a una de las reivindicaciones más recurrentes de las organizaciones y grupos indígenas al abandonar el integracionismo y aceptar el denominado "etnodesarrollo", que da particular importancia a la participación de los indígenas en la identificación de sus problemas y considera la autoidentificación (conciencia de su identidad) como un criterio fundamental para determinar a qué grupo se aplica éste<sup>16</sup>.

Como podemos observar, el Convenio 169 no define quiénes son los pueblos indígenas y tribales, sino que adopta un enfoque práctico proporcionando solamente criterios para describir los pueblos que pretende proteger.

Al reconocer que los pueblos indígenas y tribales son proclives a sufrir discriminación en muchos ámbitos, el primer principio general y fundamental del Convenio 169 es la no discriminación. En este sentido, el artículo 3 del Convenio establece que los pueblos indígenas tienen el derecho de gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Por su parte, el artículo 4 también garantiza el goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía. Además, el artículo 20 recalca que se deberá evitar la discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos indígenas.

Como respuesta a la situación vulnerable de los pueblos indígenas y tribales, el artículo 4 del citado Convenio establece la necesidad de adoptar medidas especiales para salvaguardar a las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medioambiente de

---

<sup>14</sup> Cfr., ORDOÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando, "Conceptualizaciones jurídicas en el Derecho internacional público moderno y la sociología del Derecho: indio, pueblo y minorías", en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Antropología Jurídica, UNAM, México, D.F., 1995, p. 55.

<sup>15</sup> Cfr., artículo 1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

<sup>16</sup> Cfr., ORDOÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando, *Op. Cit.*, p. 55.

estos pueblos. Asimismo, establece que tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos indígenas.

Como sabemos, las culturas e identidades indígenas y tribales forman una parte íntegra de sus vidas. Sus modos de vida, sus costumbres y tradiciones, sus instituciones, leyes consuetudinarias, modos de uso de la tierra y formas de organización social en general son diferentes a las de la población dominante. Por este motivo, el Convenio 169 reconoce estas diferencias y busca garantizar que sean respetadas y tenidas en cuenta a la hora de tomar medidas que seguramente tendrán un impacto sobre ellos.

Ahora bien, el espíritu de la consulta y la participación constituye la piedra angular del Convenio 169 sobre la cual se basan todas sus disposiciones. Por ello, el convenio citado exige que los pueblos indígenas y tribales sean consultados en relación con los temas que los afectan. También exige que estos pueblos puedan participar de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y de formulación de políticas que los afectan.

Los principios de consulta y participación en el Convenio 169 no se relacionan únicamente con proyectos de desarrollo específicos, sino con cuestiones más amplias de gobernanza, y la participación de los pueblos indígenas y tribales en la vida pública.

Los lineamientos sobre cómo se debe consultar a los pueblos indígenas y tribales son diferentes dependiendo la necesidad que hay que satisfacer. Por ejemplo, la consulta a los pueblos indígenas debe realizarse a través de procedimientos apropiados, de buena fe, y a través de sus instituciones representativas; los pueblos involucrados deben tener la oportunidad de participar libremente en todos los niveles en la formulación, implementación y evaluación de medidas y programas que les conciernen directamente; otro componente importante del concepto de consulta es el de representatividad. Si no se desarrolla un proceso de consulta apropiado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales que son verdaderamente representativas de esos pueblos, entonces las consultas no cumplirían con los requisitos del Convenio 169.

Además, la consulta debe hacerse de buena fe, con el objetivo de llegar a un acuerdo. Las partes involucradas deben buscar establecer un diálogo que les permita encontrar soluciones adecuadas en un ambiente de respeto mutuo y participación plena. Asimismo, una consulta efectiva es aquella en la que los interesados tienen la oportunidad de influir la decisión adoptada, lo que significa una consulta real y oportuna, como por ejemplo, una simple reunión informativa no constituye una consulta real; tampoco lo es una reunión celebrada en un idioma que los pueblos indígenas presentes no comprenden.

Así, el Convenio 169 reconoce a los pueblos indígenas y tribales el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar su propio desarrollo económico, social y cultural.

Por último, debemos resaltar el hecho que el Convenio 169 ha ganado reconocimiento más allá del número de países que lo han ratificado. Sus disposiciones han influenciado numerosos documentos sobre políticas y decisiones legales a nivel regional e internacional, así también políticas y legislaciones nacionales.

#### IV ] Conclusiones

Como hemos podido comprobar, existe una necesidad imperante de formular un nuevo proyecto de nación que incorpore todo lo que realmente forma el patrimonio que los mexicanos hemos heredado, no sólo en los recursos naturales sino también las diversas formas de entenderlos y aprovecharlos, a través de conocimientos y tecnologías que son la herencia histórica de los diversos pueblos que componen la nación. Es necesario tener una organización para la producción y el consumo que persisten en México. En otras palabras, lo que se requiere es encontrar los caminos para que florezca la cultura mexicana que contiene la civilización del país, así, se podrá construir un proyecto real.

Como resultado del proceso de colonización y de un proceso de fusión ulterior se ha producido la *desindianización*, es decir, la pérdida de la identidad colectiva precolonial en una gran parte de la población, que asume el pasado con orgullo y ritualizado como glorioso, pero lo concibe más como un pasado del territorio. No obstante, debemos recordar que lo indígena ha sobrevivido y tiene una presencia insoslayable. Prueba de ello, es que en México existen aproximadamente sesenta grupos indígenas.

La subordinación de los pueblos indígenas al Estado-nación, su discriminación y marginalización, han sido generalmente el resultado de la colonización y el colonialismo.

Por lo general, los pueblos indígenas han sido las víctimas históricas del racismo y de la discriminación racial. Pero estos conceptos se refieren originalmente al trato desigual basado en supuestas características biológicas de las poblaciones involucradas.

La preocupación por la situación y la protección de los pueblos indígenas en el sistema jurídico nacional e internacional es bastante reciente. En general, podría decirse que el proceso de elaboración de normas sobre pueblos indígenas ha sido lento y desigual. Sin embargo, debemos reconocer como un avance positivo que los pueblos indígenas hayan llegado a ser, en años recientes, objeto de actividades tendentes al establecimiento de normas nacionales e internacionales.

Asimismo, podemos comprobar como el Convenio 169 de la OIT establece que los gobiernos deben asumir la responsabilidad de desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales y asegurar que existen instituciones y mecanismos apropiados. Por ello, se puede decir que con la consulta y la participación, el Convenio 169 es un instrumento que estimula el diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales. Además, ha sido utilizado como herramienta para los procesos de desarrollo y prevención y resolución de conflictos.

## Bibliografía

- ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Editorial Gredos, Madrid, 6ª. reimpresión, Madrid, 2003.
- BONFIL BATALLA, Guillermo, *México profundo: una civilización negada*, Grijalbo, D.F., 1994.
- DÍAZ MIGOYO, Gonzalo y VÁZQUEZ CHAMORRO, Germán, *Crónica mexicana*, Dastin, Madrid, 2001.
- ITURRIOZ LEZA, José Luis, *Reflexiones sobre la identidad ética*, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 1995.
- ORDOÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando, *Conceptualizaciones jurídicas en el Derecho internacional público moderno y la sociología del Derecho: indio, pueblo y minorías*, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Antropología Jurídica*, UNAM, México, D.F., 1995, pp. 47- 86.
- SORIANO HERNÁNDEZ, Silvia, *Lucha y resistencia indígena en el México colonial*, UNAM, D.F., 1994.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, *Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional*, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Antropología Jurídica*, UNAM, México, D.F., 1995, pp. 87 – 119.
- Varios autores, *Derechos indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, Instituto Nacional Indigenista, D.F., 1995.
- VÁZQUEZ CHAMORRO, Germán y VAA., *Origen de los mexicanos*, Dastin, Madrid, 2001.

### Páginas web consultadas:

- Organización Internacional del Trabajo: <http://www.ilo.org>.
- Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>.
- Resolución de la AGNU 1982/34 de 7 de mayo de 1982 del Consejo Económico y Social de la ONU: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/c535e3fb980dfd22c1256ab100399ced?Opendocument>.

Fecha de recepción: 25 de enero de 2016

Fecha de aprobación: 21 de abril de 2016



## Reflexiones sobre mandato y representación mercantiles

SOYLA H. LEÓN TOVAR<sup>1</sup>

SUMARIO: I. Breves antecedentes del mandato. II. Concepto. III. Objeto del mandato. IV. Alcances del mandato. V. Representación y mandato. VI. Poder, mandato y representación. VII. Mandato como acto no esencialmente civil. VIII. Mandato mercantil. IX. Clases y especies de mandato mercantil. X. Forma del mandato mercantil. XI. Conclusiones

**Resumen.** A pesar de que la representación es posterior al mandato, los tribunales mexicanos continúan confundiendo sendas figuras y se resisten a reconocer su carácter mercantil por estimar que ambos son actos esencialmente civiles; sin embargo, tanto una como el otro pueden ser mercantiles por los sujetos, por los actos conexos, por su objeto o el propósito de especulación comercial; lo que se corrobora con algunos instrumentos internacionales y de derecho comparado que reconocen a la agencia, a la representación y al mandato mercantiles, cuya regulación expresa en el Código de Comercio (CCo) es necesaria para dar seguridad en las transacciones comerciales nacionales e internacionales y para sujetar a las partes a las normas especiales y generales del derecho comercial en los países en donde no existe la unificación del derecho privado.

**Palabras clave:** Mandato mercantil, representación voluntaria, poder, comisión, agencia, contratos mercantiles.

**Abstract.** *Regardless of the fact that voluntary representation is subsequent to the mandate, Mexican tribunals persist in confusing said concepts and refuse to recognize their commercial nature, arguing that both of them are acts of an essential civil nature. However, both concepts can be considered of a commercial nature by taking into account the person or entity that is acting, by the nature of related acts, by their object in each circumstance or by having as main purpose a commercial speculation. This is confirmed by some instruments of international law and comparative law, which recognize agency agreements, representation and mandates. The existence of express provisions regarding these concepts in the Mexican Code of Commerce is needed in order to achieve certainty in commercial transactions, both national and international, and to submit the parties located in countries where no unification of private law exists to the special and general provisions of commercial law.*

---

<sup>1</sup> Profesora de Derecho Mercantil de la Universidad Panamericana campus Guadalajara.

**Keywords:** *Commercial mandate, voluntary representation, attorney power, commission agreement, agency agreement, commercial contracts.*

## I ] Breves antecedentes del mandato

El nombre del contrato deriva del latín *manus datio, manum dabat, manu dare* (*mandatum, Mandare, dar poder; manun, in manu dare*), o sea el hecho de darse un apretón de manos entre el mandante y el mandatario para simbolizar la amistad o la confianza del uno y la fidelidad prometida del otro en la creación del vínculo jurídico contractual que los une. En la antigüedad, se consagraban a los dioses las partes del cuerpo y sus órganos, la mano derecha estaba dedicada a la diosa *Fides*, encarnación de la buena fe en los compromisos, a quien cada primero de octubre, los sacerdotes le ofrecían en el Capitolio un sacrificio con su mano derecha cubierta con un lienzo blanco, figurando el carácter secreto de la palabra dada<sup>2</sup>.

Sin embargo, desde el pueblo babilónico existía una figura semejante al mandato en la cual una persona proporcionaba fondos, mercancías o plata a uno o varios comerciantes, quienes los trasladaban a otro lugar para comprar y vender en nombre propio pero por cuenta de aquel tercero o de ambos y se obligaban a rendir cuentas, a restituir el dinero pagando un interés o a participar al proveedor en los beneficios obtenidos<sup>3</sup>.

En el antiguo derecho romano dada la prevalencia del elemento personal en la obligación se desconoció la representación<sup>4</sup>; con el pretor se admitieron algunas excepciones que fueron ampliadas con Justiniano, como la *actio excercitoria*<sup>5</sup> y la *actio institoria*<sup>6</sup>; para entonces el mandato

<sup>2</sup> NEGRO COSTEA, José Luis, *Representación, Mandato y Poder, Curso de Perfeccionamiento en Notaría Militar* (Escuela Militar de Intervención, Catálogo General de Publicaciones Oficiales, Madrid, 2010) p. 66, recuperado el 6 de septiembre de 2015 en <http://www.publicacionesoficiales.boe.es>.

<sup>3</sup> CHILPERIC, Edward, *The Hammurabi Code: and the sinaitic legislation* (Watts & Co., Londres 1921) pp. 24 y 25.

<sup>4</sup> Así, BARRERA GRAF, Jorge *La representación voluntaria en el derecho privado* (UNAM, México, 1967) p. 94, aunque fue admitida en la posesión, en los derechos reales y en materia hereditaria.

<sup>5</sup> Cfr. G. SAUTEL, *Le Contrat de Commission* (Daloz, París, 1949, nota 2), pp. 25 y 26. Asimismo, confirma la inexistencia de la representación no obstante la admisión del contrato estimatorio, pues, como dice, jurídicamente la diferencia entre éste y la comisión es amplia, ya que no existe esa representación del interés ajeno que es característica de la comisión; el *accipiens* venderá por su propia cuenta y no del comitente, de suerte que si vende a mayor precio será en su beneficio y si a más bajo, a su riesgo; no obstante hay un interés común.

<sup>6</sup> Así, D'ORS, Álvaro *Derecho Privado Romano* (Quinta ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1983) p. 533, sostiene que con Papiano se introdujo la *actio ad exemplum*

se perfila como un contrato consensual, que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, sin que requiera forma alguna, oral o escrita, ni la *datio rei*.

El desarrollo del comercio se acompaña del mandato y en particular de la comisión, mediante la figura de la *commendata* por la cual el mercader encomienda a sus dependientes dirigir sus delegaciones o traficar de un lugar a otro, en su representación o a nombre propio pero en su interés<sup>7</sup>:

*...muchos de los que van por el mundo como encomenderos no tienen nada suyo en lo que llevan; y, además, a no ser por las encomiendas que les hacen, quedarían en mal lugar y en deshonra; y, sobre todo si las encomiendas se pierden en nada les afectan, puesto que no les cuesta nada de lo suyo y nada pierden. Pero lleve o no mercancías el patrón, siempre vale más lo que es suyo en la nave, puesto que no obtiene gran provecho de las encomiendas que lleva y tomó a su cargo.*

## II ] Concepto

Para la doctrina, el mandato es el contrato por el cual una persona se obliga onerosa o gratuitamente<sup>8</sup> a realizar actos jurídicos con terceros por cuenta de otra. La esencia del mandato es la actuación por cuenta de otro, sin que sea relevante el modo de hacerlo, en nombre propio o del representado, ni si se realiza gratuita u onerosamente. En virtud del mandato el mandante confía el desempeño de un servicio o la gestión de un negocio al mandatario, quien lleva a cabo por sí mismo, con su propia voluntad, esos actos jurídicos o servicios en interés del mandante.

El Código Civil (CC) Español define al mandato en su artículo (art., a.) 1708 como el contrato por el cual una persona se obliga a hacer alguna cosa o prestar algún servicio por cuenta o encargo de otra, y aunque no regula al mandato mercantil como tal en el Código de Comercio (CCo) califica de otras especies de mandato a la preposición y al mandato en títulos; el CC Italiano señala que el mandato es el contrato con el cual una parte se obliga a cumplir uno más actos jurídicos por cuenta de otra (art. 1703) o en interés de otra; dicho precepto no alude a los servicios como tampoco lo hace el art. 1319 del Código Civil y Comercial Argentino ni el

---

*institoriae actionis*, para exigir la responsabilidad por la gestión realizada por persona extraña a la familia del representado, cuando aquélla contraía una deuda por encargo de éste.

<sup>7</sup> PARELLADA, Juan Ramón, tr. *Libro del Consulado del Mar* (Ministerio de Asuntos Exteriores, Dirección General de Relaciones Culturales, MCMLV, 1954) p. 99.

<sup>8</sup> En el derecho romano, según RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Derecho romano* (Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001) pág. 603, Instituciones de Justiniano (3, 26, 13) se consideraba gratuito aunque se recibieran honorarios, que en tal caso eran considerados como testimonio de gratitud, *mandatum nisi gratitum nullum est*; de manera que cuando existía un pago dejaba de ser mandato para ser considerado *locatio conductio*; sin embargo, los códigos civiles modernos reconocen la onerosidad del mandato civil, como el Código Civil y Comercial Argentino en el art. 1322.

CC Federal Mexicano (CCF) a. 2546<sup>9</sup>; a su vez, el CC Chileno define al contrato de mandato en el inc. 1° del art. 2116, en como un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. En todos ellos se admite el mandato con representación y sin ella.

### III ] Objeto del mandato mercantil

El objeto del mandato en algunas legislaciones comprende solamente actos jurídicos, como en el CCF en su a. 2548, mientras que en otros, se agregan otros actos y servicios, pero en cualquier caso se requiere que tengan por objeto bienes y derechos disponibles, que los actos o servicios encomendados puedan ser realizados por tercero (en representación o no del mandante), que se permita su substitución, que sean actos para los que la ley no exija la intervención personal del mandante, que no sean personalísimos y además para ser mercantil es necesario que los actos sean de comercio, tengan por objeto cosas mercantiles, se realice con propósito de especulación comercial o se realice por causa del comercio.

Conforme la legislación de España e Italia, el agente de comercio, una clase de mandatario, no necesariamente celebra actos u operaciones de comercio, puede simplemente promoverlos; de ahí que algunos diferencien la agencia del mandato y sostengan que el objeto de la agencia no es la conclusión de contratos para el mandante, sino la promoción; sin embargo, el agente puede realizar ambas actividades y además no debe perderse de vista que el CC Español incluye dentro de la definición de mandato la prestación de servicios; además de que la agencia no excluye que el encargo de promover vaya acompañado de la representación para concluir y el mandato también comprende la realización de servicios y no solo la celebración de actos jurídicos, pues las mismas leyes españolas e italianas prevén la conclusión de actos por parte del agente.

### IV ] Alcances del mandato mercantil

Tanto los actos como los servicios pueden ser de naturaleza pública o privada y dentro de ésta, civil o mercantil, *vgr.* la venta de una mercancía, la compra y venta de títulos valores, la celebración del

---

<sup>9</sup> A diferencia de Italia y Argentina, y otros países, en México subsiste por un lado el Código de Comercio que es aplicable en toda la República Mexicana y regula algunos contratos mercantiles; y, por el otro, un CC de carácter federal para regular cuestiones federales y ser aplicable de manera supletoria e incorporada en leyes federales como el propio Código de Comercio; así como 32 Códigos civiles locales, uno por cada una de las 32 entidades federativas que integran nuestro país, incluyendo el de la recientemente denominada Ciudad de México, antes Distrito Federal.

matrimonio<sup>10</sup>, etc.; lo que implica que el mandato no es un acto esencial ni exclusivamente civil.

En materia mercantil a pesar de que se reconoce el mandato comercial por la doctrina y la propia ley, solo algunos Códigos de Comercio (CCo) lo regulan expresamente, como el colombiano (art. 1262 del CCo), mientras que otros contienen el título de comisión y mandato pero únicamente regulan a la comisión, incluyendo al proyecto de Código de Comercio (CCo) Italiano anterior al Código Civil (CC) Italiano, del que Ramella observaba el craso error en el incurría el art. 401 de dicho ordenamiento al señalar que las reglas de la comisión se aplicaban al mandato mercantil dando la apariencia de que se trataba de una especie de comisión.<sup>11</sup> Otras leyes, como el CCo Mexicano únicamente regulan a la comisión y en el listado de actos de comercio reconocen otras especies como la agencia; pero se refieren también al mandato mercantil.

Por virtud de dicho contrato el mandante encomienda al mandatario, uno o varios actos de comercio (comisión, mandato mercantil estricto sensu, mandato especial para suscribir títulos de crédito) y la prestación de servicios (agencia y representación mercantil), o la realización duradera o estable de actos de comercio (mandatos generales como la agencia comercial, preposición y gerenciamiento) o sobre cosas mercantiles por cuenta del mandante

El mandato puede celebrarse para la realización de un acto concreto, como lo prevé el CCo (comisión mercantil y mandato *stricto sensu*) o para todo un género de operaciones de comercio (agencia) e incluso para la realización de todas las operaciones relativas a un establecimiento comercial (preposición); los alcances de los actos o servicios a realizarse se extienden no solo a las facultades concedidas, aunque se ha sostenido que el mandato debe interpretarse restringidamente, sino a los actos que sean absolutamente necesarios para su cumplimiento, pues sería difícil establecer un elenco limitativo de actos a realizar de los que podría escaparse cualquier acto cuya imposibilidad de ejecutar por el mandatario implicara hacer nugatorio el mandato; así en materia mercantil puede decirse que comprende los actos del giro ordinario del negocio encomendado o todos los necesarios para cumplir con la venta de la mercancía encomendada; pero los actos que

---

<sup>10</sup> Incluso el matrimonio eclesiástico puede celebrarse mediante procurador, como lo permiten los cánones 1104 y 1105, del Código de Derecho Canónico, que rezan: “1104 § 1. Para contraer válidamente matrimonio es necesario que ambos contrayentes se hallen presentes en un mismo lugar, o en persona o por medio de un procurador. § 2. Expresen los esposos con palabras el consentimiento matrimonial; o, si no pueden hablar, con signos equivalentes. 1105 § 1. Para contraer válidamente matrimonio por procurador, se requiere: 1 que se haya dado mandato especial para contraer con una persona determinada; 2 que el procurador haya sido designado por el mandante, y desempeñe personalmente esa función. cfr. [http://www.vatican.va/archive/cdc/index\\_sp.htm](http://www.vatican.va/archive/cdc/index_sp.htm)

<sup>11</sup> RAMELLA, Agustín *Del contrato de cuenta corriente, del mandato mercantil de la comisión* (Vol. I, ROCCO VIVANTE, Bolaffio *Derecho Comercial* T. 10, Tr. Rodolfo O. Fontanarrosa, Ediar, S.A. Editores, Buenos Aires, 1951), p. 265.

excedan el mismo no pueden considerarse incluidos, salvo autorización expresa y especial; como lo señala el art. 1263 del CCo Colombiano: *el mandato comprende los actos para los cuales haya sido conferido y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento*; lo que resulta de importancia para determinar si el mandatario debe o no responder o asumir las consecuencias de los actos realizados con tercero por cuenta del mandante.

Es en este tema donde surge la dificultad de distinguir entre poder y mandato más que determinar si el mandato es o no es representativo, porque en cualquier caso las consecuencias del actuar del mandatario, cuando se realizan dentro de los límites del mismo, se surten directa (con representación) o indirectamente (sin representación) en el mandante, dado que de las relaciones nacidas del mandato existe una situación del *dominus negotii*, un vínculo jurídico por el cual el mandante autoriza al mandatario a actuar por sí mismo pero en interés de aquél, a expresar su propia voluntad, con los límites y alcances del pacto, a cargo del mandante.

Por eso, la identificación del mandato y la representación es equívoca, son dos figuras distintas; el primero es un negocio de gestión que, como el de prestación de servicios, se limita a las relaciones entre el mandante y mandatario, y además liga a las dos partes del contrato una a gestionar y ejecutar actos y otra a pagar lo convenido si es oneroso, es un acto bilateral e incluso plurilateral, en tanto que la representación surge de un acto unilateral, la autorización que otorga el mandante (el principal) al mandatario que no requiere del consentimiento de éste ni de la aceptación del tercero con quien él se relaciona.

## V | Representación y mandato

Desde la Edad Media se admite la representación en general, el derecho natural plantea por primera vez el desarrollo de la representación voluntaria después de que el Derecho Canónico autorizó en 1298, la representación en el acto del matrimonio; en el siglo XIX se discute la inseparabilidad entre representación y mandato, pero con la doctrina alemana del siglo XX se reconoce dicha separación y son considerados actos jurídicos distintos. En los códigos más modernos, se regulan separadamente ambas instituciones, el Código Civil Español (a. 1709), al definir al mandato lo separa de la representación y simplemente señala que es un contrato por el cual se encarga a una persona prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta y o encargo de otra, el CCo Colombiano (art. 1262) señala que es el contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra y el CCF (art. 2546) define el mandato en atención a su contenido económico obligacional y prevé la doble actuación del mandatario, con o sin representación (art. 2560). El mandato puede conllevar o no la representación del mandante.

La representación es una situación jurídica que permite o autoriza a una persona realizar a nombre de otra (el representado) actos jurídicos (determinados en el mandato u otro acto jurídico), con los límites y

alcances que le son autorizados (en el poder que le otorga); es decir, el poder o apoderamiento confiere facultades al apoderado (vgr. para actos de dominio) para que concluya actos o negocios jurídicos (en virtud del mandato, vgr. comprar mercancías) y la representación lo autoriza para hacerlo en nombre de su poderdante, como si éste mismo lo hubiera celebrado (o sea, en su representación).

En razón de la representación un sujeto actúa en substitución de otro y hace sus veces, como si fuera el mismo representado quien manifiesta su voluntad, y lo hace por disposición de ley, de autoridad o por voluntad del representado, a esta representación voluntaria es a la que nos referimos en este apartado. La representación no implica solamente actuar por cuenta de otro, sino que ese otro representante dé a conocer al tercero la identidad de la persona por la que obra, además de la propia naturaleza de su actuación. Se requiere, por lo tanto, una *contemplatio domini*; mediante la representación, el representante da vida a una declaración de voluntad para realizar un fin, cuyo destinatario es otro sujeto, haciendo conocer a los terceros, que aquél obra en interés ajeno y consecuentemente todos los efectos jurídicos de esa declaración de voluntad se producen directamente para el sujeto en cuyo interés se está obrando.

Aunque en la base de la representación hay por lo general otra relación jurídica preexistente, un negocio subyacente, una causa de la representación, entre quien la otorga y quien es investido de la misma como ocurre en el mandato para el cuidado de los negocios del mandante, éste no requiere de la representación ni es el único negocio fuente de la misma, también lo son la gestión de negocios sociales, la representación orgánica o la prestación de servicios, ente otros, que otorgan dicha representación para realizar actos en nombre y cuenta del principal con plena eficacia ante el dueño del negocio y terceros; por lo que no debe confundirse representación con mandato, ya que puede otorgarse este sin representación y la representación sin aquél, como en el contrato de trabajo o de prestación de servicios, entre otros, en los que en algunas ocasiones no requieren dicha representación, vgr. cuando los trabajadores no necesitan ninguna facultad de representación, en tanto que otros si la requieren, cuando están al frente del negocio, en la caja o vendiendo mercancías.

Lo anterior significa que representación y mandato son dos figuras distintas, existe un acto unilateral de otorgamiento de representación que confiere al representante la facultad de cumplir ciertos actos en nombre del representado con eficacia vinculatoria para éste, y un acto jurídico bilateral (el mandato) que es la base o no de dicha representación; de manera que aunque la representación se incluye en ocasiones en el mandato (mandato con representación) jurídicamente es distinta de éste, pues se puede otorgar representación sin mandato y mandato sin representación e incluso ser declarado nulo uno y otro válido.

La representación es una relación no contractual, unilateral que se origina por la manifestación de voluntad de otro para que el representante realice actos en interés y con consecuencias jurídicas para el representado; es decir, en virtud de la representación un tercero realiza negocios

jurídicos en nombre de otro de manera tal que el negocio jurídico se considera como realizado directamente por el representado, sobre quien recaen todos los efectos jurídicos nacidos y derivados del mismo; el representante emite la declaración de voluntad o realiza actos cuyos efectos recaen en el representado, en cuyo interés se realizan.

El representante, posee la autorización para disponer directamente en la esfera jurídica de representado y para disponer de sus derechos en los límites y alcances que le haya sido conferida tal representación (poder), por lo que por su propia y libre determinación puede emitir declaraciones de voluntad cuyas consecuencias jurídicas (derechos y obligaciones) se produzcan en y para el representado, en virtud de que opera en la esfera jurídica de éste, a quien personifica y por tanto resulta ser el sujeto de derecho en tanto el representante solo su instrumento, por lo que la declaración de voluntad de éste actúa directamente en favor o en contra del representado cuyas facultades y responsabilidades se regularán en función del contrato base o de la representación. La representación no está ligada al mandato, éste puede ser sin representación (la comisión) y la representación sin mandato (con poder); aquélla no es esencial a éste.

Para la Convención sobre Representación en la Compraventa Internacional de Mercaderías de la *UNCITRAL*, adoptada el 17 de febrero 1983 en Ginebra, Suiza (México 1988), pero a la fecha sin vigencia, el agente de comercio es una persona que tiene poder (expreso o tácito, verbal o escrito) para concluir por cuenta de su representado, ya sea a nombre propio o de éste, un contrato de compraventa de mercaderías con una tercera parte.

## VI ] Poder, mandato y representación

En virtud del poder el apoderado tiene expedita la facultad o potencia de hacer algo por otro; esa facultad queda delimitada por la declaración unilateral de la voluntad de apoderamiento que se expresa en un poder (facultades para pleitos y cobranzas, para actos de administración y de dominio) o en otro acto jurídico (como ocurre en la comisión o en mandato) por el cual el apoderado puede estar facultado para actuar de manera especial o general, conforme los alcances del poder y el acto o actos jurídicos a realizar. El quantum de los actos jurídicos o servicios que lleva a cabo el mandatario o el representante se determinan en el mismo poder cuando es necesaria su expedición por los actos específicos a realizar, o en negocio jurídico celebrado entre las partes en los que lleva implícito ese poder sin que se exija un documento o declaración de voluntad separada como ocurre en la comisión (en la que el comisionista tiene poder de dominio sobre la cosa que se encarga vender pero carece de representación, pues debe obrar a nombre propio), o por acto separado cuando se requiere otorgar facultad de representación, como ocurre cuando se celebra un contrato de prestación de servicios de patrocinio legal y en razón del cual se le otorga al profesional del derecho un poder para pleitos y cobranzas por separado. Entonces el mandato responde a la pregunta del ¿Qué? (venta de un inmueble); la

representación al ¿Cómo? (en representación del mandatario) y el poder a la de ¿Con qué? (poder para actos de dominio).

El poder es una situación jurídica a la que precede un acto de otorgamiento, constituye el contenido de la representación cuando se otorga, en cuanto que de ella resulta la habilitación del representante para realizar los actos jurídicos cuya ejecución le compete de modo que produzcan efectos directos en la esfera jurídica del representado, o el contenido de las facultades para actuar por cuenta de otro cuando no se confiere representación.

El apoderamiento es por lo general el acto de conceder un poder de representación y, eventualmente, el documento a través del cual se plasma o se hace constar dicha facultad; sin embargo, la expresión "poder" designa estrictamente la situación jurídica de la que es investido o en la que es colocado quien actúa por otro y que le permite o le faculta para actuar en la esfera jurídica ajena, y puede otorgarse mediante documento ante fedatario público denominado poder o por el hecho mismo del contrato como en la intermediación bursátil en la cual la casa de bolsa por ese mero hecho es mandatario mercantil con poderes de dominio, de gestión y de intermediación pero sin representación.

Aunque todavía se confunden poder y mandato<sup>12</sup>, hay grandes diferencias, éste es un contrato que genera una relación obligatoria, personal e interna, entre mandante y mandatario; el apoderamiento es un acto unilateral por el cual se suministra un poder jurídico de obrar con eficacia y la representación el acto que permito hacerlo en nombre del poderdante; el mandato requiere la aceptación, expresa o tácita del mandatario, mientras que el poder sólo requiere la declaración de voluntad del poderdante. El apoderamiento es un negocio jurídico

---

<sup>12</sup> En la sentencia dictada en el Amparo en revisión 118/2009, Servicios OMT, S.A. de C.V. 24 de septiembre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Landa Razo. Secretaria: Griselda L. Reyes Larrauri, se sostuvo erróneamente por el Tribunal que el mandato es siempre de naturaleza civil y que por tanto el corredor público carecía de facultades para dar fe del otorgamiento de un poder: "*PODER OTORGADO ANTE CORREDOR PÚBLICO. ES INEFICAZ PARA ACREDITAR LA PERSONALIDAD DE QUIEN COMPARECE AL JUICIO LABORAL COMO APODERADO DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL... Un corredor público como fedatario puede ejercer una variada gama de actividades en auxilio de personas, físicas y morales, dedicadas a realizar actos de naturaleza mercantil o comercial, como la de fungir como fedatario y hacer constar la designación de los representantes legales de las sociedades mercantiles que, pero carecen de facultades para dar fe de la delegación de esa representación en apoderados, porque, el otorgamiento de un mandato es un acto de naturaleza civil*", también hierra la tesis al suponer que el corredor público solamente está facultado para dar fe en actos entre comerciantes, puesto que desde el CCo Francés de 1887 y hasta la fecha en México la mercantilidad del acto no deriva solamente del carácter de comerciante que tengan las partes, sino de que alguna de ellas tenga tal carácter o de que el acto tenga por objeto cosas mercantiles o que se realice con el propósito de especulación comercial y en general por los supuestos conforme los cuales los actos son calificados de comercio. No siendo un acto esencialmente civil el mandato no hay razón para que se le niegue el carácter mercantil y para que los fedatarios en actos de comercio puedan dar fe del mismo.

unilateral, manifestación de voluntad emitida por un solo sujeto, puede ser otorgado de manera expresa o tácita, la primera mediante instrumento público o privado y aun de palabra; y la tácita cuando se deduce de los actos del apoderado o el mandato mismo conlleva dicho poder. Para el CCo Colombiano: Art. 832. *Concepto de representación voluntaria. Habrá representación voluntaria cuando una persona faculta a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos. El acto por medio del cual se otorga dicha facultad se llama apoderar y puede ir acompañado de otros negocios jurídicos.*

Si en el mandato no se concede representación el poder estará involucrado implícitamente en el mandato para realizar dichos actos como ocurre en la comisión mercantil en donde el comisionista carece de representación pero tiene poder de dominio para celebrar los actos jurídicos que por la comisión le son encargados. Barrera sostiene que la representación supone un negocio de sustitución del representado por el representante, y la afectación de un patrimonio ajeno por el comportamiento del sustituto<sup>13</sup>. En este sentido, Pugliati<sup>14</sup> considera que la representación tiene dos elementos: el encargo del principal y el comportamiento especial del agente frente a terceros (obrar en nombre de otro), en cuya virtud pone la relación de gestión como punto de referencia y atracción en los contratos que celebra, puesto que se da a conocer como sustituto del principal.

## VII ] Mandato y representación no son actos esencialmente civiles

Un problema que se plantea es saber si el mandato y la representación pueden ser mercantiles o solamente civiles, con independencia de que el primero sea o no representativo; el cual debe resolverse en función de determinar si dichos actos son esencialmente civiles.

Los actos esencialmente civiles son aquellos que no pueden considerarse, bajo ninguna circunstancia como actos de comercio, aunque se lleven a cabo entre comerciantes, como el matrimonio, o respecto de cosas mercantiles como la herencia de acciones de una sociedad anónima<sup>15</sup>; son actos que nunca y por ningún motivo serán regidos por las normas del derecho mercantil, por ejemplo no se puede calificar de mercantil un matrimonio bajo el argumento de un pretendido propósito de especulación comercial o lucrativo por alguna o ambas partes; no

---

<sup>13</sup> BARRERA GRAF, *La representación voluntaria en el derecho privado, México, UNAM, 1967*, nota 4, p. 160.

<sup>14</sup> PUGLIATI, Salvatore, "Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza", *Studi sulla rappresentanza*, Milán, 1965, pp. 160 y ss.

<sup>15</sup> Cuestión distinta es si los estatutos de la sociedad prohíben el ingreso de terceros incluso herederos a la sociedad y en su lugar se amortizan las acciones, pero el derecho a ser declarado heredero de acciones y la adjudicación de éstas es un acto esencialmente civil.

obstante, aunque tales actos son esencialmente civiles no todos son indisponibles, por el contrario algunos de ellos son perfectamente transmisibles o renunciables como la herencia y además pueden ser realizados por un tercero en nombre de su titular, algunos otros -muy escasos- son indisponibles como el de testar y el de votar en las elecciones, que no pueden hacerse mediante representante sino de manera personal y no por representante.

El mandato es un contrato por el cual una persona encomienda a otra la realización de uno o más actos jurídicos; dichos actos pueden ser (contraer matrimonio) o no ser (comprar acciones) personalísimos, pero para que sean objeto del mandato deben ser disponibles; lo que significa que el mandato no es un acto dirigido a realizar actos indisponibles ni exclusivamente actos esencialmente civiles por cuenta de otro, y pueden ser tanto civiles como mercantiles y en este tenor, el mandato no puede ser calificado como un contrato esencialmente civil, porque también puede ser comercial cuando se celebra entre comerciantes, sobre cosas mercantiles o con propósito de especulación comercial supuestos en los que no repugna la idea de mercantilidad, pues como sostiene Soriano Cienfuegos, la sola posibilidad de que un acto sea mercantil le priva su carácter de esencialmente civil<sup>16</sup>, más aún, en el caso particular, las leyes mercantiles no solo se refieren expresamente al mandato al definir a la comisión, al permitir la agencia y la preposición, sino implícitamente al calificar de actos de comercio a los actos análogos a los enunciados.

Además, la encomienda a un tercero de realizar actos de comercio o actos jurídicos sobre cosas mercantiles o con el propósito de especulación comercial no repudia la idea de mercantilidad, sino al contrario es más acorde con ella que con un acto civil; por lo que no puede calificarse al mandato como un acto esencialmente civil porque tampoco es un contrato que solamente pueda tener por objeto actos relativos al estado de la persona, a su situación personal o familiar. Los tribunales federales mexicanos han reconocido que *sólo pueden conceptuarse actos esencialmente civiles aquellos cuya naturaleza intrínseca repudia toda idea de mercantilidad...*, lo que no ocurre con el mandato; como se aprecia en las siguientes tesis:

*ACTO DE COMERCIO Y ACTO CIVIL. Conforme a la fracción XXI del artículo 75 del Código de Comercio, la ley reputa actos de comercio las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil; y sólo pueden conceptuarse actos esencialmente civiles aquellos cuya naturaleza intrínseca repudia toda idea de mercantilidad, tales como los actos de derecho público, las donaciones antenuptiales, el testamento, etcétera; por ello, la sola posibilidad de que la compraventa de algún objeto pueda tener carácter mercantil impide considerarlo como acto esencialmente civil<sup>17</sup>.*

---

<sup>16</sup> SORIANO CIENFUEGOS, Carlos, "Sobre la mercantilidad de ciertos actos del derecho romano", Tema V.- Obligaciones y Contratos Punto 3.- Los actos jurídicos en el derecho romano. XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Morelia, México, 2006.

<sup>17</sup> Tercera Sala, Quinta Época, SJF, T. CXXXII, p. 54, A.D. 743/56, ponente Mariano Azuela.

VÍA MERCANTIL. PROCEDE TRATÁNDOSE DE CONTROVERSIAS DERIVADAS DE CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES (LOCALES COMERCIALES) UBICADOS EN LOS AERÓDROMOS CIVILES DE SERVICIO PÚBLICO. Si bien el artículo 75 del Código de Comercio, no establece como acto de comercio el contrato de arrendamiento de inmuebles con propósito de especulación comercial, lo cierto es que dicho precepto no es un catálogo taxativo o limitativo. Por su parte, los artículos 48, fracción III y 54 de la Ley de Aeropuertos, que es el ordenamiento especial en la materia, establecen que son servicios comerciales la venta de productos y servicios a los usuarios del aeródromo civil, que no son esenciales para su operación, ni de las aeronaves. Consecuentemente, los contratos de arrendamiento de inmuebles (locales comerciales) ubicados en los aeródromos civiles, destinados a la venta de bienes y servicios a los usuarios, constituyen actos de comercio y, por ende, las controversias suscitadas en relación con aquéllos deben ventilarse y resolverse en la vía mercantil, conforme al artículo 1049 del Código de Comercio<sup>18</sup>.

CONTRATOS MERCANTILES. FORMA DE ESTABLECER QUE SE ESTÁ EN PRESENCIA DE OBLIGACIONES DE TAL NATURALEZA. Para poder definir cuándo un contrato es de naturaleza civil o mercantil, debe tenerse en cuenta que el Código de Comercio define al derecho mercantil desde una concepción objetivista, esto es, lo define a partir de los actos que la propia norma cataloga como comerciales y no necesariamente en función de los sujetos que los desarrollan (comerciantes)... artículo 75, enumera en veinticuatro fracciones, los actos que considera mercantiles, a los que clasifica como tales ya sea por el objeto, por los sujetos que intervienen o por la finalidad que se persigue con su realización, y, en su fracción XXV, precisa que serán mercantiles cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en ese código..., por lo cual, no es posible obtener una definición única de acto de comercio, al igual que tampoco puede darse un concepto unitario de contrato mercantil; luego, dado que el único rasgo que identifica a los actos de comercio, es que lo son, por disposición expresa del legislador, para establecer cuándo se está en presencia de obligaciones de esa naturaleza, deberá indagarse si el acto jurídico en cuestión encuadra en aquellos que el legislador catalogó expresamente como actos de comercio. De donde se sigue, que deben calificarse como contratos mercantiles todas las relaciones jurídicas sometidas a la ley comercial; lo que implica, que serán mercantiles los contratos, aun cuando el acto sea comercial sólo para una de las partes, tal como se preceptúa en el artículo 1050 del código en consulta<sup>19</sup>.

De la definición legal de mandato no se desprende que los actos jurídicos y servicios que lleve a cabo el mandatario sean esencialmente civiles y tampoco que el mandato sea de esta índole; para ser especialmente civil, el mandato quedaría restringido prácticamente a actos comprendidos dentro del derecho de la persona, sucesiones y familia, sin embargo su límite es que tenga por objeto derechos disponibles respecto de los cuales la ley no exija la intervención personal

<sup>18</sup> Tesis: 1a. /J. 72/2012 [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1; Pág. 492. contradicción de tesis 303/2011.

<sup>19</sup> 2º Tesis aislada, 9a. Época, Tribunal Colegiado del Tercer Circuito, 50/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXIV, Julio de 2006; Pág. 1176.

de su titular.

Por ello, el mandato es un contrato que no es esencialmente civil ni lo puede ser dado que el hecho de que no esté expresamente regulado en los CCo sino en los CC, no le da carácter de esencialmente civil; tampoco ha sido exclusivamente civil en la historia de la humanidad, los antecedentes del derecho mercantil como la *commenda* o encomienda, parecen indicar lo contrario, el mandato pudo ser un contrato intrínsecamente mercantil por ser el instrumento fundamental en el ejercicio del comercio a distancia, su mercantilidad parece inherente a la función económica característica de la operación comercial por ser un acto de interposición en el cambio de mercancías realizado de manera profesional por personas dedicadas a realizar actos comerciales por cuenta de otro<sup>20</sup>; sin embargo, dicho acto también es civil, de manera que su objeto puede ser cualquier acto lícito para el que la ley no exija la intervención personal de interesado y lo son la gran mayoría de los actos, excepto el testamento que es un acto esencialmente civil, personalísimo y no disponible<sup>21</sup>, por ello, pueden ser objeto de mandato la celebración de actos jurídicos esencialmente civiles como el matrimonio y la filiación, o mercantiles como la venta de un barco o la compra de certificados bursátiles y en general cualquier acto de comercio, o por causa de éste.

El mandato no es un acto esencialmente civil, porque puede tener por objeto bienes y derechos distintos de los de derecho público, de derecho sucesorio y de derecho de familia; tales como actos de comercio esencialmente mercantiles o de mercantilidad condicionada, principales (en atención al sujeto, al objeto o a la finalidad) o por conexión; incluso el ejercicio del mandato para cuestiones mercantiles puede ser la actividad habitual de ciertos sujetos, denominados auxiliares del comercio o agentes de comercio. Nuestro CCo califica de actos de comercio a las *empresas de agencia* y a los contratos de *agencia* y de *mediación* y define a la *comisión* como el mandato aplicado a actos concretos de comercio, así como a los actos análogos a los mismos.

La representación es una institución jurídica que ha sido regulada por el derecho civil y considerada de esta naturaleza, por cuanto atañe a

---

<sup>20</sup> Desde antiguo, los juristas consideraron la comisión como un mandato, sin hacer distinción alguna. Cfr. el cap. CCXII "*De commenda presa com a cosa propia*", de las antiguas costumbres de mar en las cuales se contienen las leyes y ordenanzas de los actos marítimos y mercantiles, en Antonio Capmany (trad.), *Libro del Consulado del mar*, Cámara Oficial del Comercio y la Navegación, Barcelona, 1965, p. 261. Tímidamente se infiere el carácter no representativo de la *commenda*, incluso se señala que "... qui la commenda los faran que ells puguen fer de la commenda axi com de la sua cosa propia..." Para el derecho ruso, la comisión sólo es posible cuando el comisionista actúa en su propio nombre; cfr. art. 404 del CC en *Le Code Civil de la Republique de Russie* (trad. René Dekkers), Centre National pour l'Étude des États del'est, Bruselas, 1964.

<sup>21</sup> Así, RAMELLA, Agustín, *Del contrato de cuenta corriente, del mandato mercantil de la comisión*, Vol. I, ROCCO VIVANTE, Bolaffio *Derecho Comercial* T. 10, Tr. Rodolfo O. Fontanarrosa, Ediar, S.A. Editores, Buenos Aires, 1951, p. 121, sostiene con apoyo en Salvat que cualquier acto jurídico puede llevarse a cabo por medio de mandato, salvo el testamento.

la sustitución de la persona misma; quizás por eso nuestro CCo sujeta al mandato mercantil *estricto sensu* (mandato aplicado a actos concretos de comercio) a las normas del CCF, es decir, por el mero hecho de que la comisión es con representación, en lugar de aplicarle las mismas normas de la comisión previstas en el CCo; sin embargo, cuando la representación tiene por objeto derechos disponibles la misma puede ser de carácter mercantil, como se reconoce en el CCo de Colombia al regular dicha representación en el art 832<sup>22</sup> y en los *Principios sobre los contratos comerciales internacionales* del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)<sup>23</sup> que aluden a la representación en contratos comerciales, tanto directa como la llamada indirecta u oculta que se presenta en la comisión y en todos los casos en los que una persona actúa a nombre propio pero por cuenta de otro y que para Betty en realidad se trata de un negocio indirecto, una *interposición gestoria*<sup>24</sup> y es que efectivamente si en virtud de la representación el representado actúa en nombre de otro, en los casos en los que dicho representado oculta el nombre de la persona por cuya cuenta actúa no puede calificarse propiamente de representación, aunque la doctrina alude a representación indirecta por cuanto que representa los intereses de otro. Las características de la representación son: 1) La atribución de un derecho o de un interés subjetivo al representante; 2) El otorgamiento de facultades propias del representado al representante; 3) La facultad de decisión a nombre de otro; y, 4) Capacidad suficiente del representante para ejercitar las facultades que se le otorgan.

Dicha representación no es un acto esencialmente civil desde el momento que se confiere la misma para realizar operaciones patrimoniales relativas al comercio, puesto que éste y la propiedad son derechos patrimoniales del sujeto; las personas pueden dedicarse a cualquier actividad comercial lícita y pueden disponer libremente (con las limitaciones legales) de sus bienes de manera directa y personal o por conducto de tercero que los represente, salvo en los casos expresamente señalados como personalísimos e indisponibles en las leyes como el derecho de testar o el de votar en las elecciones federales. Fuera de los supuestos taxativamente impuestos por la ley los sujetos pueden adquirir derechos y asumir obligaciones personalmente o por medio de representante, y dicha representación puede ser legal, orgánica y voluntaria, y es ésta así como la autonomía de la voluntad, las que

---

<sup>22</sup> Así dicho artículo señala “Habrà representación voluntaria cuando una persona faculta a otra para celebrar en su nombre uno o varios negocios jurídicos. El acto por medio del cual se otorga dicha facultad se llama apoderar y puede ir acompañado de otros negocios jurídicos

<sup>23</sup> UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales* (2ª Edición, La Ley, Madrid, España, 2012) recuperado el 14 de abril de 2016 en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-s.pdf>

<sup>24</sup> Así, el art. 2561 del CCF reconoce este supuesto y señala que el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante

permiten la representación en contratos y la existencia del mandato y la representación mercantiles.

## VIII J Mercantilidad del mandato

La mercantilidad de ciertos actos es reconocida en los ordenamientos positivos y en la doctrina internacional, incluso con matiz mucho más amplio que en México. La *Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías* de la UNICITRAL, los Principios UNIDROIT, la *Ley Modelo sobre Comercio Electrónico*, entre otros, reconocen que el término *comercial* debe ser interpretado ampliamente de forma tal que incluya todas las cuestiones suscitadas por toda relación de índole económica, entendida en el sentido más amplio de la palabra, sea o no contractual y que solo excluya cuestiones de derecho público u operaciones del consumo. De manera que tales relaciones comprendan, entre otras: contratos de suministro, compraventa, intercambio de bienes o servicios, distribución, representación o mandato comercial, de factoraje (*factoring*), arrendamiento financiero (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiamiento, operaciones bancarias, de seguros, empresa conjunta etc.; en México, el *Código de Comercio (CCo)*, estructurado básicamente en función del acto de comercio, no regula todos los contratos mercantiles, solo algunos de ellos como la compraventa, la comisión, el transporte, la consignación y el mutuo, otros de ellos son regulados en leyes mercantiles especiales; pero reconoce y regula una clase de mandato mercantil que es la *comisión* y admite la existencia de otras como la agencia y el mandato mercantil estricto sensu; además de ello, enumera en 24 fracciones del art. 75 los actos que considera mercantiles, a los que califica como tales ya sea por el objeto (cosas mercantiles, bonos, acciones, etc.), por el sujeto (agentes, mediadores, comisionistas) o por la finalidad (especulación comercial, tráfico comercial), y en la fracc. XXV señala que son actos de comercio cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en ese *Código*, para concluir que en caso de duda, la naturaleza mercantil del acto será fijada por arbitrio judicial; asimismo, otras leyes se refieren al mandato mercantil, como la Ley del Mercado de Valores, al mandato mercantil general, lo que significa que la enumeración del artículo 75 citado no es exhaustiva, pues basta que una de las partes sea comerciante para que el acto tenga esta calidad, como lo reitera la siguiente resolución judicial:

*ACTO DE COMERCIO, NATURALEZA DEL. LA MATERIA DE LA CONTRATACION Y NO SOLO LA CALIDAD DE LOS CONTRATANTES, ES LO QUE LA DEFINE. El acto mercantil puede depender de la calidad de las personas que en él intervienen, del fin o motivo perseguido o del objeto sobre el que recae el acto. Si en la especie uno de los celebrantes del contrato de reconocimiento de adeudo con garantía hipotecaria lo fue una institución bancaria, cuyas operaciones persiguen un fin de especulación comercial, y si la fracción XIV del artículo 75 del Código de Comercio da a las operaciones de bancos la naturaleza de actos de*

*comercio, tales circunstancias restan toda significación al hecho cierto de que una de las partes celebrantes no tenga la calidad de comerciante ni de banco o banquero, pues basta la calidad de su contraparte para que su relación jurídica se reputa como acto de comercio*<sup>25</sup>.

Además existen otros actos también mercantiles que ni están enumerados en el citado artículo 75 ni son análogos a ellos pero son mercantiles y han surgido por el desarrollo tecnológico, las necesidades del tráfico comercial y las oportunidades de negocios, que no están catalogados en los Códigos de Comercio decimonónicos como el mexicano, que unas veces su mercantilidad deriva del objeto y otras de la finalidad o del sujeto del que presuponen una actividad profesional<sup>26</sup> económica, lucrativa o con ocasión al comercio; porque, como lo reconoce la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en la Tesis de jurisprudencia 72/2012 (10a.),<sup>27</sup> que ya hemos transcrito en el apartado anterior, el catálogo legal de actos considerados de comercio no es exhaustivo y no podría hacerlo después de doscientos años.

La doctrina ha manifestado la dificultad de obtener un concepto unitario de *acto de comercio* que comprenda los actos ocasionales y los que constituyen una actividad profesional<sup>28</sup>, así como aquellos que las

---

<sup>25</sup> Registro No. 246474; Séptima Época; Tribunales Colegiados de Circuito; Semanario Judicial de la Federación; 217-228 Sexta Parte; p. 23; Tesis Aislada; Materia(s): Civil.

<sup>26</sup> Así, POLO, Antonio, citado por BROSETA PONT, Manuel en *La empresa, la unificación del derecho de las obligaciones y el derecho mercantil*, Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, Tecnos, Madrid, 1965, p. 66.

<sup>27</sup> VÍA MERCANTIL. PROCEDE TRATÁNDOSE DE CONTROVERSIAS DERIVADAS DE CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES (LOCALES COMERCIALES) UBICADOS EN LOS AERÓDROMOS CIVILES DE SERVICIO PÚBLICO. Tesis de jurisprudencia 72/2012 (10a.). Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1, p. 492. Aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de fecha veinte de junio de dos mil doce. Contradicción de tesis 303/2011. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero, Décimo y Décimo Segundo, todos en Materia Civil del Primer Circuito. 23 de mayo de 2012. La votación se dividió en dos partes: mayoría de tres votos por lo que se refiere a la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Unanimidad de cuatro votos en cuanto al fondo. Ausente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Octavio Joel Flores Díaz.

<sup>28</sup> Así, POLO, Antonio citado por BROSETA PONT, Manuel en *La empresa, la unificación del derecho de las obligaciones y el derecho mercantil*, Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, Tecnos, Madrid, 1965, p. 66.; así, BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1974, p. 47, criticaba la calificación de mercantiles dada a ciertos actos y considera que el legislador no supo comprender la inexactitud e inutilidad de continuar afirmando la especialidad y la mercantilidad de aquellos principios o instituciones que con el tiempo se convirtieron en generales; es decir, en comunes, y por tanto en civiles, error que, dice, fue intuido en el CCo Alemán de 1887, el CC Italiano de 1942 y el suizo de las obligaciones.

leyes califican de comerciales en atención al sujeto, al objeto, al fin o propósito de especulación comercial, e incluso aquéllos que el legislador califica de comerciales *per se*, como el fideicomiso, todos ellos contenidos en la enumeración de los actos de comercio que hacen los códigos que han optado por listar tales actos, o en aquellos que definen como actos de comercio los considerados como tales en las leyes; incluso algunos renunciaron a dar un concepto de acto de comercio<sup>29</sup> y optaron por adherirse a la solución de clasificar al acto de comercio de distintas formas, ya que no existe una definición que aglutine todos los contratos mercantiles y la enumeración legal no es exhaustiva, sino simplemente enunciativa, puesto que en la práctica, dada la libertad contractual, existen diversos contratos tanto nominados como innominados y atípicos que no han sido incluidos en la misma pero tienen la impronta mercantil.

Siguiendo la reglamentación del CCo Mexicano y las clasificaciones doctrinarias de los actos de comercio, puede determinarse la mercantilidad del mandato, ya sea por el sujeto (comerciante), por el objeto (cosas mercantiles), por la finalidad (especulación comercial) o por su conexión a un negocio mercantil; lo anterior atendiendo a que existen contratos que son esencial o intrínsecamente civiles o mercantiles, así como de mercantilidad condicionada o por conexión.

Los tribunales han advertido la dificultad de determinar la mercantilidad de ciertos actos de comercio, cuya labor es encomendada por la ley en caso de duda, aunque corresponde a las partes demostrar que el acto es de tal naturaleza u otra, tal como refirió la Suprema Corte de Justicia de la Nación en una tesis de la Quinta Época, que aunque antigua no es caduca, menos si se considera que el Código es decimonónico:

*COMPRAVENTA MERCANTIL. Para que exista la compraventa mercantil de bienes raíces, se requiere que dicho contrato se celebre con el propósito de especulación comercial, y si del contrato no se deduce, de una manera clara y precisa, semejante intención, es necesario aducir a otras pruebas para demostrar el carácter mercantil del contrato, pues cuando se trata de actos mercantiles aislados, es evidente que su naturaleza se puede justificar por todos los medios permitidos por el derecho común mercantil, y que esa prueba corresponde al que afirma que un acto tiene tal carácter; porque siendo la Ley Mercantil una ley especial, al que pretenda sustraer un acto al imperio de la ley común, para sujetarlo a la Ley Mercantil, toca demostrar que esa ley especial es aplicable; y, en todo caso, debe atenderse a lo prescrito por el Código de Comercio, que manda que si de las partes contratantes, una fuere comerciante y la otra no, el juicio que*

---

<sup>29</sup> Así, para BARRERA GRAF, ha sido tarea estéril de los mercantilistas, dar una noción de acto de comercio que comprenda a todos los que enumera la ley, dado que en la lista se comprende una gran variedad de ellos cuya naturaleza deriva de distintas y disímolas razones: Unos en función de la intervención de los sujetos; otros por la intención de especulación (I, II), por ser actos de empresas, o por recaer en bienes calificados de cosas mercantiles (III, IV, X, XI, XX del 75 CCo, 1 de LGTOC, 332 del CCo), otros por el tipo o forma (sociedades mercantiles); en fin, otros por la conexión con actos comerciales (332 CCo, depósito y 358 préstamo).

*se promueva por razón del contrato, no puede tener el carácter de mercantil, si se endereza contra el comerciante.*

En este tenor Ramella, sostiene que el mandato es mercantil si presenta carácter mercantil el negocio objeto del mismo, ya sea: a) por tratarse de un acto objetivamente mercantil por estar comprendido dentro del elenco de actos de comercio mencionados en el código, en cuyo caso la mercantilidad es absoluta, no puede ser discutida como ocurre en el endoso al cobro o en procuración de un pagaré, dado que cualquier endoso es considerado mercantil a los efectos de la LGTOC (art. 1º.); o b) subjetivamente, en razón de la profesión comercial de las partes, de quien lo otorga o quien lo acepta, cuya mercantilidad es solamente presunta en los límites de los actos considerados mercantiles por la ley<sup>30</sup>.

En virtud del mandato mercantil el mandante encomienda al mandatario uno o varios de los actos de comercio (comisión, mandato mercantil estricto sensu, mandato especial para suscribir títulos de crédito, consignación), o la prestación de servicios (agencia y representación mercantil), o la realización duradera o estable de actos de comercio (agencia comercial, factor, gerenciamiento, consignación) que el mandante le encarga.

El mandato asume forma civil o mercantil, según la naturaleza del negocio concluido y el mandato mercantil es reconocido como tal por las leyes mercantiles, la doctrina y los tribunales. Así, el CCo califica de mandato aplicado a actos concreto de comercio a la comisión mercantil en el artículo (art.) 271 del CCo., en Italia el art. 1731 del CC al referirse a la comisión la define como el mandato que tiene por objeto la adquisición o la venta de bienes por cuenta del comitente y en nombre de comisionista; el CC y comercial argentino eliminó al contrato de comisión del elenco de contratos y regula en general al mandato con representación y sin ella como un acto por el cual una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra (aa. 1319, 1320 y 1321); en España (art. 244 del CCo), para la existencia del mandato mercantil se requiere que el mandato tenga por objeto actos u operaciones de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el mandatario, dicho ordenamiento incluye dentro de otras formas del mandato mercantil a los. *Factores, gerentes dependientes y mancebos*; en Colombia, el art. 1262 del CCo, define al mandato comercial como un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra, el mandato puede conllevar o no la representación del mandante; el art. 299 del CCo Uruguayo define el "mandato en general" como "un contrato por el cual una persona se obliga a administrar un negocio que otra le encomienda"<sup>31</sup>; y en Francia (L132-1 a L132-2 CCo) el agente es un mandatario que, como profesional independiente, sin estar vinculado por un contrato de arrendamiento de servicios; está encargado, de modo

<sup>30</sup> RAMELLA, Agustín, op. cit., p. 263.

<sup>31</sup> RODRIGUEZ OLIVERA, Nuria, Mandato comercial, recuperado el 12 de marzo de 2016, de <http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseMandato01.htm>

permanente, de negociar y, eventualmente, de ultimar contratos de venta, de compra, de alquiler o de prestación de servicios en nombre y por cuenta de productores, de empresarios, de comerciantes o de otros agentes comerciales. Puede ser una persona física o jurídica.

El CCo Mexicano califica expresamente de mandato mercantil al contrato por el cual una parte asume la obligación de realizar uno o varios actos concretos de comercio en nombre del dueño, y califica especialmente de mandatario mercantil al comisionista que realiza los actos concretos de comercio en nombre de su comitente; asimismo, en diversas fracciones del 75 del CCo se refiere al mandato mercantil, al considerar acto de comercio al contrato de agencia, por el cual el agente realiza actos a nombre y/o cuenta del principal (fracción X); al calificar de mercantiles a los actos análogos a los enunciados en las otras fracciones de dicho precepto (fracción XXV, actos análogos a la comisión, a la agencia y a la mediación); al calificar de actos de comercio a las empresas de comisiones (fracción X), a las empresas de agencia y de oficinas de negocios comerciales (fracción XI), a las operaciones de comisión mercantil (fracción X); a las operaciones de mediación de negocios mercantiles (fracción XIII); a todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior (fracción XV) dentro de ellos a los agentes; a las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil (fracción XXI) como ocurre con los contratos de mandato reconocidos expresamente en el artículo 46, fracción XV de la Ley de Instituciones de Crédito; a los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio (fracción XXII) cuando éstos realizan ventas o compras por el mandante; en fin, a las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (fracción XXIV); y, como se ha mencionado, conforme la fracción XXV del art. 75 del CCo Mexicano, por el principio de analogía, existe mandato mercantil por el sujeto cuando mandante y mandatario son comerciantes) en función del objeto (cosas o actos de comercio) y por el propósito (especulación mercantil o propósito directo y preferente de traficar). La Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas (a. 141, reconoce la existencia de mandatos mercantiles y de agentes de seguros y de fianzas (a.91).

Los Tribunales federales han reconocido la existencia del mandato mercantil en diversas tesis, vgr. "MANDATO MERCANTIL. LA REVOCACIÓN DEL NOMBRAMIENTO DEL PODERDANTE NO EXTINGUE EL OTORGADO CON ANTERIORIDAD A ELLA. Amparo en revisión 172/97. Novena Época, junio de 1997, y la siguiente:

*COMISIÓN MERCANTIL, INEXISTENCIA DE LA. La comisión mercantil es el mandato otorgado para actos concretos de comercio, por el que el comisionista contrata en nombre propio, teniendo acción y obligación directamente frente a las personas con quienes contrata, de tal suerte que es precisamente en esa forma de contratar del comisionista en nombre propio, y no en nombre del comitente, en que la comisión mercantil encuentra su punto distintivo en relación con el mandato mercantil, pues en éste el mandatario contrata en nombre del mandante, además de que la normatividad también los distingue, ya que la comisión*

*mercantil se regula por el Código de Comercio y el mandato mercantil por el Código Civil Federal...*<sup>32</sup>

En la doctrina, se admite el mandato mercantil aunque por lo general se limita a la comisión como mandato sin representación como Navarrini;<sup>33</sup> mientras que para Delamarre puede ser con o sin representación pero con poder para realizar una o varias operaciones de comercio individualmente determinadas;<sup>34</sup> y, para Lyon Caen y Renault los actos a ejecutar son concretos de comercio, con independencia del modo de concluir la operación.<sup>35</sup>

## IX ] Clases y especies de mandato mercantil

Conforme la doctrina tradicional el mandato puede ser de dos clases: mandato con representación y mandato sin representación. El mandato representativo, directo, aparente u ostensible; que existe cuando el mandatario tiene la representación del mandante y por tanto ejecuta los actos en nombre y por cuenta del mandante, la relación es directa entre el tercero con quien contrata el mandante y el mandatario; decir que este clase de mandato se corresponde con la representación directa y se instrumenta mediante el otorgamiento de poderes (mandato con poder de representación o gestión de negocios con mandato) implica hacer una distinción entre mandato, poder y representación. El mandato es no representativo o simple u oculto, cuando el mandatario ejecuta actos en nombre propio pero por cuenta del mandante, lo que algunos le denominan representación indirecta o mandato sin poder de representación.

Existen varias especies de mandato; por el objeto, el mandato mercantil, puede ser: a) mandato especial, para uno o varios de los actos de comercio (comisión, mandato mercantil estricto sensu o comisión impropia, mandato especial para suscribir títulos de crédito); b) mandato general pero especial para la prestación de servicios y ejecución general actos y operaciones bursátiles y; c) mandato general, para la realización duradera o estable de todo género de actos de comercio y con relación a un establecimiento: (agencia comercial, preposición, gerenciamiento).

---

<sup>32</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XIV, Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito. Septiembre de 2001, Novena Época p. 1297. Amparo directo 750/2000. María Aída Zavala Vázquez. 14 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Victorino Rojas Rivera. Secretaria: Liliana Leal González. Amparo directo 1121/2000. Delia María Rodríguez Garza. 28 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Victorino Rojas Rivera. Secretaria: Nohelia Juárez Salinas.

<sup>33</sup> NAVARRINI, Umberto *Tratato Elementare di Diritto Commerciale*, Turín, 1935, p. 229.

<sup>34</sup> DELAMARRE Y LEPOIVIN, *Traité du Commision*, París, 1840, t. I, p. 52.

<sup>35</sup> LYON CAEN Y RENAULT, *Traité de Droit Commercial*, Sa. ed., París, 1923, t. III, p. 414.

## X ] La forma del mandato

La forma en el mandato queda supeditada a la exigida por la ley para la clase o especie de mandato de que se trate, como ocurre con la comisión, que puede ser verbal con tal que se ratifique por escrito antes de su conclusión o el mandato para el cobro de títulos de crédito que debe realizarse mediante endoso con los requisitos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; y en defecto de forma prevista, a la que requiera el acto jurídico a celebrarse por cuenta del mandante o la cosa objeto del encargo y además si dicho mandatario puede actuar o no como representante. En el caso de mandatos mercantiles por lo que se otorgue representación, ésta puede otorgarse, según el objeto de la misma, de manera escrita, ante dos testigos o con poder ante fedatario público como el corredor público por estar facultado para dar fe de actos mercantiles, excepto que la representación o el poder se refieran a bienes inmuebles o se confieran por una sociedad mercantil, en cuyos supuestos, por disposición legal deben ser otorgados ante Notario Público. Aunque el señalamiento de la Ley General de Sociedades Mercantiles mexicana (LGSM), de que en el caso de poderes *bastará con que el Notario Público...*, no puede interpretarse categóricamente en el sentido de que solo ante los Notarios públicos pueden otorgarse poderes por sociedades mercantiles, pues se trata de un precepto anterior a la entrada en vigor de la Ley Federal de Correduría Pública la cual faculta a dichos corredores para hacer constar la representación orgánica de las sociedades mercantiles, y por mayoría de razón deben estar facultados para que ante su fe dichas sociedades otorguen representación voluntaria que como hemos visto no es un acto esencialmente civil y no se puede sostener el monopolio de los notarios públicos bajo el argumento de que con ellos es más seguro su otorgamiento que con los corredores públicos, porque ello implicaría reconocer cierta fragilidad de la fe pública comercial. En todo caso, el legislador debe establecer los mecanismos de que deben de corresponder a los corredores para dar seguridad y confianza al otorgamiento de poderes ante su fe, por lo demás es difícil sostener que el público se confunda ante su otorgamiento pues más confundido se le observa cuando celebra un contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria para la compra de su casa habitación y ante el incumplimiento, es demandado en tribunales mercantiles.

## XI ] Conclusiones

El mandato, el poder y la representación, salvo los casos expresamente señalados por la ley, no son actos personalísimos ni esencialmente civiles, por lo que pueden ser de carácter mercantil por su objeto, su fin, por los sujetos o por analogía, o conexión a un negocio mercantil. El artículo 5 de la Ley federal de Correduría Pública no excluye a los poderes de la competencia de los corredores públicos, implícitamente los admite cuando son otorgados por personas físicas o morales distintas de las sociedades mercantiles cuando señala que

pueden dar fe de actos mercantiles, *incluso aquellos en los que se haga constar la representación orgánica*, por lo que por mayoría de razón pueden intervenir en el otorgamiento de poderes y de representación voluntaria.

La necesidad de determinar la existencia de un mandato mercantil implica sujetar a las partes no solo a lo pactado entre las mismas, como ley suprema, sino en ausencia –intencionada o no- o ilegalidad, a las normas del generales de los contratos mercantiles del CCo varias de las cuales difieren de las del código civil, tales como lugar de cumplimiento, mora, pena convencional, intereses moratorios, etc.

## Bibliografía

RAMELLA, Agustín, *Del contrato de cuenta corriente, del mandato mercantil de la comisión*, Vol. I, Bolaffio Rocco Vivante, *Derecho Comercial* T. 10, Tr. Rodolfo O. Fontanarrosa, Ediar, S.A. Editores, Buenos Aires, 1951.

SORIANO CIENFUEGOS, Carlos, "Sobre la mercantilidad de ciertos actos del derecho romano", Tema V.- Obligaciones y Contratos Punto 3.- Los actos jurídicos en el derecho romano. XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Morelia, México, 2006.

NEGRO COSTEA, José Luis, Representación, Mandato y Poder, Curso de Perfeccionamiento en Notaría Militar, Escuela Militar de Intervención, Catálogo General de Publicaciones Oficiales, Madrid, 2010, <http://www.publicacionesoficiales.boe.es>.

CHILPERIC, Edward, *The Hammurabi Code: and the sinaitic legislation*, Watts & Co., Londres 1921.

BARRERA GRAF, Jorge, *La representación voluntaria en el derecho privado*, UNAM, México, 1967.

PARELLADA, Juan Ramón, tr. *Libro del Consulado del Mar*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Dirección General de Relaciones Culturales, MCMLV, 1954.

PUGLIATI, Salvatore "Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza", *Studi sulla rappresentanza*, Milán, 1965

Fecha de recepción: 21 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 28 de abril de 2016

# Técnicas para una negociación eficaz: la herramienta crítica del abogado

DIEGO ALEJANDRO LÓPEZ RAMÍREZ<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aspectos Generales de la Negociación*. III. *Proceso de la Negociación*. IV. *Ámbitos de la Negociación*. V. *Tácticas de la Negociación y*. VI. *Consideraciones Finales*.

**Resumen.** La negociación es una herramienta sumamente útil para la labor de todo abogado. En este artículo se expondrán de manera breve algunos conceptos teóricos y prácticos básicos para adentrarnos en el tema; posteriormente nos enfocaremos en algunas técnicas concretas de negociación que podrán ayudar al lector a entender más claramente la importancia de conocer más sobre el tema y capacitarse en la práctica de la negociación. Finalmente se brindan algunas consideraciones y reflexiones generales sobre la importancia y utilidad del tema.

**Palabras clave:** Negociación, técnicas.

**Abstract.** *Negotiation is a very useful tool for the development of every lawyer. In this article we will expose briefly some theoretical and practical concepts to introduce us into the subject, later on we will focus into some concrete negotiation techniques that will help to understand more clearly the importance of knowing more about the subject and to capacitate ourselves into the practice of negotiation. Finally we will provide some considerations and general ideas about the importance and utility of the topic.*

**Keywords:** *Negotiation, techniques.*

## I ] Introducción

La negociación es el conjunto de medios por los cuales las personas enfrentan sus diferencias.<sup>2</sup> Esto da a entender que las relaciones sociales entre las personas son sometidas a la negociación cotidianamente. Esto se da porque las personas siempre tienen intereses, ya sean comunes, encontrados o mixtos. La actividad tanto individual como colectiva de las sociedades lleva a satisfacer necesidades e intereses y se emplean ciertos mecanismos para poder cumplir con dichos objetivos. Ahora bien, en una negociación las personas siempre querrán

<sup>1</sup>Alumno del 8º semestre de Derecho de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

<sup>2</sup> LUECKE, Richard, *Harvard Business Essentials, Your Mentor and Guide to Doing Business Effectively*, 2003 Edition, Harvard Business School Press, pág. 47

cumplir con sus objetivos de la manera más eficiente, reduciendo así el costo de aquello a lo que deben renunciar en favor de la contra parte en el alcance de su meta.

El arte de la negociación es una herramienta muy eficaz en el ámbito de los negocios, asimismo, estoy absolutamente convencido de que un correcto uso de ella, es fundamental para el buen abogado. Esto en razón de que como abogados, nuestra actividad profesional siempre nos lleva a negociar, incluso cuando no nos damos cuenta. Las partes con las que se negocia como abogado son muy diversas, ya que lo hacemos cuando conciliamos y llevamos a cabo una mediación entre partes, con jueces, con los secretarios de órganos jurisdiccionales, con otros abogados en litigios, e incluso con clientes actuales y futuros. El abogado puede encontrarse a sí mismo, en una gran variedad de situaciones y circunstancias en las cuales tendrá que negociar y en las cuales deberá contar con las herramientas suficientes y necesarias para lograr un adecuado manejo de cada situación particular.

Es importante señalar que la finalidad de este artículo no es dar soluciones concretas a todo tipo de situaciones, toda vez que cada situación es diferente, en cuanto a los sujetos involucrados y las circunstancias específicas de cada caso. Dicho lo anterior se pretende humildemente lo siguiente; i) dar una noción general de lo que comprende el arte de negociar y consecuentemente, proveer un acervo muy básico de los elementos para poder llevar a cabo una negociación efectiva y ii) despertar un interés por el tema de la negociación, tanto en el alumno de derecho como en abogados profesionistas, ya que ésta es una herramienta que puede resultarles muy útil en su vida profesional diaria.

La *Negociación* es un medio básico para obtener lo que queremos de otros. Es una comunicación de doble vía para llegar a un acuerdo cuando se comparten intereses, pero también cuando se tienen intereses opuestos.<sup>3</sup>

De forma similar tenemos a la *Mediación*. Este es un medio informal para dar solución a los conflictos entre partes. El objetivo de la mediación es la intervención de un tercero que abra líneas de comunicación entre las partes que integran dicho conflicto y así lograr que estas mismas propongan o convengan en la realización de un acuerdo.<sup>4</sup>

Por último está la *Conciliación*. Esta forma heterocompositiva de resolución de conflictos está comprendida por un tercero denominado conciliador, quien tiene por objetivo proponer a las partes soluciones concretas así como alternativas para la posible resolución de un conflicto, mismas que deben ser aceptadas de común acuerdo por las partes.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> SIERRALTA RÍOS, Aníbal, *Negociaciones Comerciales Internacionales*, Edición 2013, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, pág. 31.

<sup>4</sup> OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, Segunda Edición 2005, Editorial Oxford, pág. 23

<sup>5</sup> *Ibid*, págs. 23-24.

## II | Aspectos generales de la negociación

A manera de seguimiento del apartado anterior, partiremos de la idea de que la negociación está implícita en la conducta humana, es algo que se practica alrededor de todo el mundo, por todas las culturas. Siendo así, se deduce que todos nosotros somos negociadores, en todos los ámbitos y edades.

Uno de los pilares de la negociación es identificar y ejercitar los puntos de ventaja que tenemos a nuestro favor, es por eso muy importante el definir qué tipo de negociador es usted.

Existen dos tipos principales de negociadores: i) los cooperativos y ii) los competitivos.<sup>6</sup> Estos dos tipos generales de negociadores atienden a las cinco inclinaciones más comunes en la negociación, que son las siguientes; i) evitar o esquivar: esta inclinación, no siempre es considerada como una estrategia para negociar, pero si uno se encuentra en una situación en la cual no está preparado o en una posición de desventaja, el dilatar la negociación podría ser útil para revertir dicha situación, ii) el mutuo acuerdo: es una manera fácil y rápida de resolver una discordia de una forma amigable, iii) acuerdo o conciliación: esta es una manera de ceder ante las pretensiones de la contra parte, con la esperanza de continuar una relación a futuro iv) competitivo: esta es una forma más agresiva de negociar, en la cual siempre se trata de ganar o estar en una posición de ventaja, usando técnicas que pueden considerarse hostiles, incluso no éticas y v) colaborativo o resolución de conflicto: esta tendencia es una de las más difíciles de emplear, toda vez que requiere un empleo de destreza intelectual muy superior a las demás para así encontrar el núcleo del problema, mediante un trabajo de análisis y el discernimiento de los diferentes intereses en juego y maquinando una solución delicada y elegante que resulte atractiva a las partes.

Siguiendo este orden de ideas, debemos señalar las características de los dos tipos de negociador que hemos mencionado, que como resultado nos llevará a derivar en instrumentos que nos ayuden a mejorar las técnicas para cada tipo (claro desde una perspectiva razonable).<sup>7</sup>

El negociador cooperativo es de una tendencia más apacible en donde el mutuo acuerdo y el comprometerse mediante la conciliación son las formas más usuales para actuar dentro de una negociación, tratándose de este personaje. Es por esto que el negociador cooperativo necesita ser más *resuelto*, *seguro* y *prudente* en las negociaciones; en la búsqueda de ser más efectivo.

Este negociador, no debe concentrarse tanto en el fondo o en el resultado final, debe prepararse más en el estudio de posibles metas y expectativas que van más allá de lo que se pide, toda vez que si lo que se

---

<sup>6</sup> SHELL, G. Richard, *Bargaining for Advantage, Negotiation Strategies for Reasonable People*, Segunda Edición 2006, Editorial Penguin Books, pág. 13.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pág. 232.

busca es un resultado en concreto y existe la posibilidad de conseguir más, éste no lo logre obtener debido a su apacibilidad.

*Preparar planes ulteriores si la primera instancia de la negociación fracasa.* Si existe una alternativa a la que pueda dirigirse en caso de que la negociación no se logre, le dará más confianza al momento de estar sentado en la mesa de negociación.

*Conseguir un negociador especialista o delegar la negociación.* Si se encuentra frente a un negociador competitivo estará en una posición de desventaja.

*Negocia en representación de alguien más y no para usted mismo.* En esta situación el negociador cooperativo debe ser más agresivo, debe tratar de ponerse en el lugar de la persona por la que negocia, este debe negociar como si lo que estuviera en juego fuera propio.

*Crear una audiencia.* Esta puede ser una herramienta muy poderosa, ciertos negociadores, por su posición social, su investidura o trabajo se abstienen de una tendencia agresiva o no ética cuando se les observa. El negociador cooperativo debe usar frases como *tendrá que hacer u ofrecer mejor que eso, ya que...*, toda vez que este negociador es propenso a decir sí o aceptar sin mucha resistencia las pretensiones de la contra parte.

*Debe abstenerse cuando sea preciso hacerlo,* puede recibir más de lo que en primera instancia estaba dispuesto a aceptar.

*Insistir en el compromiso,* no solo en el acuerdo. Los negociadores cooperativos confían que las otras personas son igual de bien intencionadas que ellos. No deben confiarse en el cumplimiento del acuerdo sin tener una base certera de que se va a llevar a cabo. Esto último puede asegurarse por medio del establecimiento de una garantía suficiente y cobrable.

Cuando hablamos de un *negociador competitivo*, su tendencia es ser más agresivo y conflictivo durante el proceso de negociación. Esto puede tener efectos negativos en los resultados, cuando se es muy contundente y cerrado a las posibilidades. Siendo así, al negociador competitivo se le recomienda tomar las siguientes aptitudes al participar en una negociación:<sup>8</sup>

*Pensar en ganar- ganar, no solamente en ganar.* Esta es una tendencia de los negociadores cooperativos, pero es importante que sea ejercida en cierta medida por el negociador competitivo, esto en razón de las oportunidades que pueden surgir mediante la negociación de un mejor resultado en cuanto al intercambio de intereses y una posible relación próspera y exitosa.

*No siempre es productivo el empeñarse solamente en ganar.* Realizar más preguntas de lo que se piensa que deberían hacerse. El negociador competitivo tiende a recabar suficiente información de su contraparte para poder encontrar un punto de ventaja y atacar decisivamente.

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, págs. 234 – 235.

*No es necesario que se tenga tanta prisa.* Otras personas tienen una variedad de necesidades diferentes a las suyas o a las de su cliente; no siempre quieren lo mismo que usted.

*Preguntarse, qué es lo verdaderamente importante para la otra parte y reconocerlo,* así, existe una gran posibilidad de que le den más de lo que es importante para usted.

*Confiar en los estándares.* Personas razonables responden bien a argumentos bien planteados, basados en estándares, ya sean costumbres o normas.

*No esté tan apurado por usar alguna técnica agresiva,* como un apalancamiento, cuando una aproximación basada en estándares traerá el mismo efecto o resolución. Los argumentos razonables son de suma importancia cuando se pretende tener una relación futura con la contra parte, el hacer jugadas de poder podría ser devastadoramente contraproducente.

*Contratar un manager de relaciones.* Con base al inciso anterior, sería una buena jugada el contratar a un tercero para que se encargue de los aspectos administrativos de la negociación, en virtud de la importancia de la relación que se encuentra en juego. Esto no debe verse como un signo de fracaso sino como algo prudente y sabio.

*Ser escrupulosamente confiable, cumplir con su palabra.* Este es uno de los pilares fundamentales en toda relación entre personas. Si se tiene una tendencia por tomar atajos cuando se cree que se tiene la ventaja y la victoria se ve cerca, absténgase. Las demás personas se dan cuenta cuando se rompe su palabra y sus promesas, incluso en lo más mínimo y no lo olvidan con facilidad. Si se tiene un récord impecable que establezca que, como negociador es una persona confiable, aunque se encuentre como contra parte, se le presentarán mayores oportunidades y negocios, con las personas con las que ha negociado, ya que la gente confía en usted.

*No regatee cuando puede negociar.* Cuando un negociador trata siempre de implementar un regateo en el proceso de negociación, con el único objetivo de conseguir el triunfo; puede dejarse mucho dinero o beneficios en la mesa, especialmente cuando se trata de negociaciones complejas.

*Trate de llevar una negociación integradora;* se tienen que administrar prioridades, qué es lo que en verdad se busca y se quiere y qué es en lo que se puede ceder, que no le sea tan importante. Siempre tenga en cuenta a la otra parte, proteja la autoestima.

*Las personas son orgullosas.* Les gusta escuchar que tienen algún tipo de ventaja aunque en verdad no la tengan. Es importante no presumir o alardear cuando, como negociador se encuentra con la parte más fuerte.

*Trate con respecto a las demás personas en la mesa.* Lo anterior no cuesta mucho, y se le va a agradecer. Esto tiene dos ventajas importantes: a) Hará que la negociación se lleve a cabo con mayor fluidez para conseguir lo que uno pretende y b) Se tiene que tomar en consideración que algún día las personas del otro lado de la mesa, podrán

tener alguna ventaja sobre usted y siempre recordarán el trato que se les dio, correspondiéndole de la misma manera.

Hemos analizado dos tipos de negociadores, se han establecido sus características, tendencias y posibles áreas de mejora. En conclusión podemos afirmar que para ser un excelente negociador es mejor un término medio, es decir, fluctuar entre un negociador cooperativo y un negociador competitivo, cuando la situación así lo requiera.

Es importante tener en cuenta que el anterior catálogo no es absoluto para toda persona o para todo proceso de negociación, solamente se marcan los tipos de negociadores más comunes. Así las cosas, en cualquier negociación se puede elegir el tipo de negociador, pero es importante tener en cuenta que para una mayor eficacia y beneficio, debe analizarse el caso concreto a negociar y las partes que integran la mesa para poder tomar una decisión al respecto.

Una vez analizados los tipos de negociador, quisiera introducir también los tipos de negociación. Existen dos tipos de negociación primarios, aunque estos pueden llegar a ser mixtos en las diferentes etapas del proceso de negociación.<sup>9</sup>

La *Negociación Distributiva* es el tipo de negociación que se actualiza cuando las partes compiten sobre la distribución de una determinada suma de dinero. Es una negociación con una cualidad competitiva, toda vez que las partes quieren ver quién es el que se lleva la mejor tajada. En una negociación distributiva la ganancia o utilidad deviene a expensas de la otra parte o partes. El problema más frecuente con la negociación distributiva, es cuál parte se llevará el valor que se busca. A este tipo de negociación se le puede referir como nada y todo, cero y suma o como más comúnmente se le conoce; *ganar o perder*.

Del otro lado tenemos a la *Negociación Integrativa* y se caracteriza por que no existe un conflicto de intereses entre las partes, ambas tienen intereses comunes. Esto lleva a que las partes dentro de esta negociación, encuentren la manera de cooperar para alcanzar un máximo de beneficio, mediante la integración de los intereses comunes a un acuerdo mutuo. Este tipo de negocio tiene por objetivo esencialmente el crear valor y reclamarlo.

Existen muy pocas negociaciones de esencia pura, en especial tratándose de las de tipo distributiva, no siempre son tendientes a su objetivo. Aunque en la competición directa entre las partes y sus intereses y metas, en la negociación, siempre podemos encontrar tierra neutral o común que nos permita integrar dichos intereses y metas (existen comúnmente) que comparten las partes.

### III ] Proceso de la negociación

Antes de proceder a abordar los temas constitutivos de un proceso de negociación, es importante tener en cuenta los seis elementos

---

<sup>9</sup> LUECKE, *op. cit.*, pág. 2.

esenciales para la negociación a los que se refiere G. Richard Shell.<sup>10</sup> Veremos los seis elementos de manera breve, solamente para que el lector pueda darse una idea de cuál es la importancia que éstos tienen dentro de dicho proceso de negociación, toda vez que cada uno es un tema muy amplio para intentar exponerlos en este breve trabajo.

La negociación es una actividad sumamente dinámica, tal y como lo hemos descrito a lo largo del presente trabajo. Es importante tener presente que no importa si la negociación se lleva a cabo de manera formal o informal, ésta siempre debe llevarse mediante un proceso bien definido que permita el éxito de la negociación.

Existen varias aproximaciones por diferentes autores respecto de lo que es un proceso de negociación y cuáles son los pasos o elementos que lo constituyen. Algunos estudiosos del tema de la negociación han optado por una aproximación al proceso desde una perspectiva meramente *psicológica*<sup>11</sup>, otros toman una postura más objetiva contemplando el objeto en juego y las circunstancias de la negociación y otros toman una postura mixta<sup>12</sup>. Creo que al igual que la estrategia y las tácticas de negociación que se pretendan usar, el proceso de negociación tiene que ser articulado al caso concreto. Es por esta razón que veremos el proceso de negociación desde la visión de diferentes autores, los cuales comparten similitudes, pero también tienen diferencias, y más aún que varían de procesos simples a procesos de mayor complejidad.

Richard Shell expone que el proceso de negociación, está conformado por cuatro pasos: i) preparar una estrategia, ii) intercambiar información, iii) abrir y hacer concesiones y por último cerrar iv) y establecer compromisos.

El primer paso para conformar el proceso de negociación, es escoger qué tipo de estrategia va a emplearse y prepararla. Lo anterior comprende en un primer momento, hacer un análisis de la situación e identificar el objeto u objetivos que se quieren lograr. Estos pueden ser 1) el mantener o crear una relación si es que no existe, que perdure en el tiempo e 2) identificar y valorar lo que se encuentra en juego.

En segundo lugar el intercambio de información es crucial, empezando con el intercambio de demanda y contrademanda; en el cual cada parte manifiesta los intereses que busca. Dependiendo de la estrategia que escogió el negociador, las tácticas para hacerse de la información relevante podrán ser de presión o de un carácter cooperativo. Continúa el proceso por medio del intercambio de concesiones y demandas, en donde deben implementarse las tácticas y mecanismos que expondremos más adelante para así amarrar los términos de la negociación.

---

<sup>10</sup> SHELL, *op. cit.*, pág. 3.

<sup>11</sup> SELVA, Chantal, *La Programación Neuro - Lingüística aplicada a la negociación*, Segunda Edición 1998, Editorial Granica, pág. 196

<sup>12</sup> KRITTEK, Phyllis Beck, *La negociación en una mesa dispereja*, Edición 1998, Editorial Granica, pág. 47.

Por último, este autor considera importante que antes de concluir la negociación, se lleve a cabo una consolidación de compromisos<sup>13</sup>, misma que puede lograrse a través de alguna garantía dada, por medio del uso de las ventajas (*leverage*) que se tengan, el anuncio público del acuerdo, entre otros.

El proceso de negociación abordado por el maestro Aníbal Sierralta es de carácter complejo, debido a su enfoque especializado en los ámbitos internacionales tales como los foros diplomáticos y el comercio internacional.

El proceso de negociación para este destacado autor empieza con la determinación de los objetivos, lo que las partes buscan y anhelan. Esta etapa de la negociación debe determinar un mínimo y un máximo, ya que si los objetivos son identificables y cuantificables, facilita el proceso<sup>14</sup>.

Esto se debe a que si no se sabe qué se busca, pondría a una de las partes en gran desventaja o si fueran ambas partes las que no tiene sus objetivos definidos, entonces sería de gran dificultad establecer qué tipo de negociación se va a llevar a cabo, cuáles son las tácticas que se implementarán y prever las ganancias o pérdidas de llevar a cabo dicho proceso. En suma, sería prácticamente imposible llevar a cabo una negociación, si no se sabe qué es lo que se pedirá y qué es lo que se ofrecerá a cambio.

El establecer mínimos y máximos al entablar una negociación, nos da flexibilidad en el proceso ya que nos deja fluctuar entre lo mínimos que se está dispuesto a recibir y lo máximo que sería la posición óptima en donde se quiere estar.

Es importante destacar que dichos objetivos deben ser siempre reales y alcanzables, si negocias con algo imposible lo más probable es que se frustre la negociación.

También es importante tener en cuenta que al establecer nuestros objetivos debemos contemplar los objetivos de la otra parte y estar conscientes de que estos pueden tener o no, un carácter económico. Debemos hacer énfasis en este punto, toda vez que puede darse que el dinero no sea atractivo para la otra parte en la negociación y busque algo distinto. Un buen negociador debe allegarse de la información correcta, que le permita visualizar las pretensiones de su contraparte para así, establecer las posibles alternativas para satisfacer dichas pretensiones, ya que si no se cumple con este requisito es muy probable que la negociación sea un fracaso.

Asimismo, una pieza de carácter fundamental que puede llegar a ser un elemento importante en el proceso de la negociación, es conocer la misión de la contraparte. Cuando hablamos de misión, nos referimos a identificar la finalidad o el fin último de la persona, empresa, institución o país, lo cual nos dará una idea de las razones por las cuales la contraparte hace lo que hace y como lo hace.

---

<sup>13</sup> SHELL, *op. cit.*, pág. 195.

<sup>14</sup> SIERRALTA, *op. cit.*, págs. 67-69.

Lograr entender dicha misión nos dará un panorama más claro de la dirección que tome la contraparte en la negociación, y como consecuencia, le permitirá al negociador encausar la dirección de la negociación, para lograr así involucrar a la otra parte en su propia misión y objetivos, haciéndola sentirse identificada con los propósitos de la negociación.

Algunos de los elementos que deben estudiarse para poder llegar a desarrollar una noción concreta de lo que constituye el concepto de *misión*, es que cuando hablamos de una negociación comercial internacional entre particulares es de suma importancia identificar: los valores y la cultura de las personas en la mesa de negociación, así como los tipos de clientes, los mercados en que se maneja, los productos y servicios que ofrece, los accionistas de la empresa, sus directivos, la tecnología y su imagen pública.

De modo similar, los componentes a investigar cuando hablamos de una negociación diplomática son: los acuerdos internacionales aplicables, la cultura, el tipo de estado y por consecuencia, tipo de gobierno; los productos consumidos y exportados característicos de los países parte de la negociación, la normatividad aplicable al caso, la solidez de su economía, etc.

En definitiva la misión puede ser muy variable, por lo que el negociador debe asegurarse de tomar en cuenta la misiones de las partes involucradas, para que esta sea articulada de manera instrumental en ayuda de alcanzar los objetivos planteados.

Cabe destacar que los dos elementos del proceso de negociación antes mencionados deben considerarse preliminares a la realización del acto de negociar propiamente, es decir, el negociador, al momento de comenzar a negociar, tuvo antes que haber concretado y haberse hecho de la información necesaria para cumplir con la determinación de los objetivos de la negociación y la clarificación de las misiones que rigen a los sujetos que integran la negociación.

En cambio, el desarrollo del plan que pretenda utilizarse en una negociación es de carácter multifacético, toda vez que una parte del denominado plan, es diseñada de manera previa con la definición de los objetivos y la obtención de la información relevante en la negociación.

En un segundo lugar el plan se va diseñando durante el transcurso de las etapas de la negociación, que son dos primordialmente: la Apertura o Presentación y la etapa de Aclaración. En ese sentido, quisiera abundar un poco más definiendo qué es lo que comprende dicho plan antes de abordar sus etapas.

El plan es una fase del proceso de negociación de gran relevancia toda vez que entre más preparado esté el negociador, serán mayores las posibilidades de una negociación exitosa que favorezca sus pretensiones. Fue Eugene Lewis Fordsworthe<sup>15</sup> quien una vez dijo *la presunción es la*

---

<sup>15</sup> *Assumption is the mother of all screw-ups.*, FORDSWORTHE, Eugene Lewis, *Learning from History*, <http://larsbarkman.com/tag/mr-eugene-lewis-fordsworthe/>. Última actualización 2012, Fecha de consulta: 29 de abril de 2015.

*madre de las metidas de pata*, quien en gran medida tiene razón. Es por lo anterior que el negociador debe prepararse con la información que logró conseguir y elaborar el mejor plan posible, ya que existe información que solamente saldrá a la luz una vez sentado en la mesa de negociación.

A continuación tenemos la primera fase interactiva entre las partes dentro de la negociación, la cual se conoce como la Apertura o la Presentación: un periodo dinámico de la negociación que se distingue por ser el momento en que las partes comienzan un intercambio de información y presentan sus propuestas.

Dentro de esta etapa se toma en cuenta la parte sociológica que envuelve la negociación en su aspecto humano. Si apelamos a ejemplos de este precepto, podríamos enunciar que el aspecto humano envuelve muchos factores tales como: las diferentes culturas, valores, emociones, procedencia, puntos de vista. Lo anterior, convierte al factor humano en la negociación posiblemente impredecible.

Esta fase de la negociación es de suma importancia toda vez que el principal objetivo del negociador será motivar a la otra parte a llevar a cabo una negociación. Es recomendable que en un principio, se lleve la negociación con una mentalidad abierta y con la mayor amabilidad posible. Es así como el negociador empieza a proponer y a recibir contra propuestas que irán marcando las pautas para el desarrollo de la negociación.

Cuando se adentra en el proceso de negociación el momento controversial puede surgir en la etapa de aclaraciones, es por esto que el negociador debe tener y presentar una información clara y precisa de lo que pide y está ofreciendo.

Por último, se pasa a la conclusión del proceso, que puede terminar en la no materialización de los objetivos planteados por las partes en caso de que la negociación fracase o puede resultar en una negociación eficaz, en la que las partes pudieron cumplir con sus propósitos en su totalidad o en parte.

Ahora bien, es importante tomar en cuenta cuál es la posición que se tiene en la mesa de negociación, tanto en el inicio, durante y al finalizar el proceso de negociación. Es lógico que si te encuentras en una posición de desventaja o nos sentamos en una mesa muy dispareja, el trabajo y el esfuerzo que debe llevarse a cabo será mucho mayor para poder emparejar dicha situación<sup>16</sup>.

A este respecto, Phyllis Beck Kritek nos sugiere un procedimiento de negociación especializado para este tipo de circunstancias. Su proceso está construido por el concepto de manipulación, el cual significa *controlar o influir por medios desleales, injustos o insidiosos, especialmente para propio beneficio, argumentando que estas técnicas no serían injustas, sino eficientes, toda vez que una mesa dispareja es injusta en sí misma*.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> KRITEK, *op. cit.*, pág. 13.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, pág. 119.

La negociadora Chantal Selva, utiliza un sistema al cual denomina Programación Neuro-Lingüística, mismo que parte de la premisa de que a toda persona, desde temprana edad se le programa el cómo pensar, cómo actuar y cómo sentir. Lo anterior, relacionado con el proceso de negociación, implica que por medio de habilidades lingüísticas como la implementación del silencio, el saber cuándo hacer preguntas abiertas o precisas, reformular lo que dice el negociador y hacer un resumen de la estructura de información<sup>18</sup>, pueden tener un impacto importante en el resultado final.

Estas habilidades neuro-lingüísticas, la habilidad de leer las *micro expresiones*,<sup>19</sup> de las personas puede llegar a ser una herramienta sumamente útil, toda vez que le será difícil esconder información al negociador de la contra parte. Un ejemplo de lo anterior podría ser cuando el negociador se encuentra bajo presión en una negociación competitiva como lo sería en un regateo de prestaciones, en este escenario, sería contra productivo que la otra parte pudiera conocer cuál es el verdadero límite de la oferta.

Valdría también la pena estudiar el tema de cómo tratar las objeciones en una negociación ya que según expone el autor estas pueden considerarse más bien como trampolines, ya que son *feedbacks* (retroalimentación) de tu contra parte debido a un desfase en los asuntos que estén siendo tratados.

En suma, existe una variedad de procesos en el ámbito de la negociación, tal y como existen una variedad de negociadores, estrategias y tácticas. Lo importante aquí, es que cada proceso de negociación debe ajustarse a cada negociador y este debe articularse con el resto de los elementos específicos de cada negociación, como son: el tipo de negociación, la estrategia seguida durante la negociación, el ámbito de la negociación, el proceso de negociación y las tácticas que se usarán dentro de la misma.

#### IV ] Ámbitos de la negociación

La actividad de negociar como hemos visto, tiene un uso general, pero la *técnica de la negociación* ha sido estudiada y practicada primordialmente en dos áreas profesionales, donde ha cobrado un uso exponencial: en el ámbito diplomático tanto nacional como internacional y en el mundo del comercio de igual manera en los ámbitos nacional e internacional.

En el presente apartado me gustaría indagar en dos ámbitos en específico; la negociación en foros internacionales y la negociación aplicada en relaciones comerciales internacionales, en razón de poner en relieve la importancia de ser un buen negociador, ya que en estos dos ámbitos, los resultados de una negociación pueden llegar a ser

---

<sup>18</sup> SELVA, *op. cit.*, págs. 61-64.

<sup>19</sup> EKMAN, Paul, *Cómo detectar mentiras*, Editorial Paidós, pág. 101

trascendentales y sus efectos, por otro lado, amplios para las comunidades del mundo.

Las negociaciones en materia comercial se han llevado a la práctica por foros internacionales tales como la Organización Internacional del Comercio, la Organización de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, MERCOSUR, entre otros. En sí, estas organizaciones al llevar a cabo sus sesiones de negociación no solo toman en consideración temas comerciales, sino también abordan los aspectos políticos y culturales que envuelven a los países o entidades que forman parte de las negociaciones.

En el ámbito privado tenemos también las negociaciones comerciales que se llevan a cabo mediante compañías de diferentes países, ya sea que operen en un solo país o en varios, como lo hacen las empresas multinacionales.

Uno de los medios de solución de controversias utilizado con mucha popularidad en relaciones comerciales internacionales, es el *arbitraje*. El arbitraje<sup>20</sup> es un instrumento sofisticado que permite a las partes convenir en un método para solucionar un conflicto o la latente posibilidad de que exista uno; mediante la designación de un árbitro o un tribunal arbitral que emita una decisión vinculante de manera justa y más eficiente que las jurisdicciones Estatales.

El proceso arbitral en sí, ya no constituye un proceso de negociación de manera pura, ya que el árbitro toma la figura de juez y dirige el proceso como una autoridad; pero la gran importancia que tiene la negociación en este apartado es al momento de elaborar el convenio o clausula arbitral, ya que el hacerse de elementos que resultarían útiles un posible arbitraje desde antes, podría tener mucha influencia en el resultado. Entre estos elementos a favor encontramos la designación del idioma, el sistema jurídico aplicable para la sustancia del contrato, las reglas del proceso, entre otros.

En fin, la negociación se presenta en la vida de la personas de manera habitual, puede ser de manera directa o de manera indirecta. Los ámbitos que hemos señalado en este apartado son aquellos en que se llevan a cabo muchas de las negociaciones más complejas y las que tienen un efecto notable hacia los miembros de la comunidad internacional. No es mi intención abordar a profundidad este tema, toda vez que la finalidad de este trabajo es estudiar los elementos de una negociación propiamente.

## V ] Tácticas de la negociación

### *Estrategias*

El presente apartado tiene mucha relación con lo expuesto en el segundo inciso de este trabajo, ya que las estrategias a elegir están muy

---

<sup>20</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Tercera Edición 2011, Editorial Porrúa, pág. 43

ligadas con el tipo de negociador que eres y el tipo de negociación que llevarás a cabo. Es por esta razón que solamente haremos un breve recordatorio de las características de las denominadas: estrategias cooperativas, distributivas, competitivas y la de solución de problemas.

Las estrategias cooperativas están basadas en construcciones comunes y vinculadas.<sup>21</sup> Las estrategias competitivas tienen por finalidad que una de las partes sea el triunfador en el proceso de negociación, obteniendo lucros o ventajas en perjuicio de su contraparte antes de buscar una mutua satisfacción.

En un sentido muy similar, encontramos las estrategias distributivas, que son usadas por el negociador cuando este busca una maximización de valor, obtenido en un solo acuerdo mientras que la relación con la otra parte solo tiene valor a corto plazo, esto es, cada parte quiere llevarse la tajada más grande del pastel. Estas estrategias no crean valor (su esencia proviene de la estrategia competitiva).

Por último existe la estrategia de solución de problemas, la cual consiste en identificar y explotar oportunidades, resolver problemas en particular y ganar. Esta última, opera dentro del contexto de una estrategia integradora, en la cual se trata de crear valor, en específico, trata de observar un posible o actual problema para encontrar una solución a través de la cual se logren tres objetivos; i) mantener una relación comercial, política, etc., ii) esclarecer una situación comercial,<sup>22</sup> y iii) resolver alguna situación o conflicto que afecte indirectamente a las partes involucradas aunque no exista un conflicto directo entre estas.

En relación a lo anterior, el maestro Aníbal Sierralta<sup>23</sup> hace una excelente observación, señalando que en la práctica, los conceptos de técnica, estrategia, estilo y táctica se confunden entre sí. Estos tres conceptos tienen una misma finalidad por ser recursos utilizados por los negociadores en el proceso de negociación, para poder alcanzar sus objetivos y es por esto que en un sentido amplio estos pueden llegar a usarse indistintamente.

La técnica es vista como el conjunto de acciones a tomar o no tomar que dependen de las circunstancias específicas que rodean la negociación, es decir, son aquellos recursos con los que cuenta el negociador para poder emplear una cierta estrategia.<sup>24</sup>

Cuando se habla de estrategia de manera general en el ámbito de la negociación, ésta debe referirse al plan o programa en el cual se llevarán a cabo ciertos comportamientos dentro de la negociación, que tienden a tener ciertas características dependiendo de los objetivos buscados.<sup>25</sup>

Por último nos referimos a los estilos, que comprenden el conjunto de características y condiciones individuales de cada negociador

---

<sup>21</sup> SIERRALTA, *op. cit.*, pág. 116

<sup>22</sup> *Ibíd.*, pág. 118

<sup>23</sup> *Ibíd.*, pág. 119.

<sup>24</sup> SELVA, *op. cit.*, págs. 130- 135.

<sup>25</sup> LUECKE, *op. cit.*, pág.157

al momento de interactuar con las personas que integran una negociación, esto tiene su sustento en el tipo de negociador que se sea, ya competitivo, cooperativo o mixto, como se vio anteriormente en el apartado ii) del presente.

### Tácticas

A lo largo de este apartado, analizaremos las distintas tácticas que pueden utilizarse antes, durante y después de una negociación. Esto tiene un gran valor ya que nos esclarece cómo se lleva a cabo una negociación en la vida real, al ser un espacio de información muy práctica y no de un carácter meramente teórico.

También me gustaría exponer brevemente algunas de las situaciones y circunstancias frente a las cuales puede encontrarse un negociador, para así permitir al lector, tener una noción de cuáles son las estrategias y tácticas más convenientes a su disposición.

El primer tipo de tácticas son aquellas que implica presión. Están destinadas a poner en una situación crítica a la contra parte, provocando un sentido de urgencia para terminar el proceso de negociación.

Existe una gran variedad de tácticas de presión. La más común es la *amenaza*, especialmente cuando una de las partes en la negociación se siente acorralada y no visualiza posibles oportunidades de salida o de una resolución favorable, dando como consecuencia el uso de la fuerza.

Cabe destacar que la amenaza solamente se usa como último recurso. No es recomendable usar las amenazas para comenzar relaciones contractuales. Las amenazas se utilizan comúnmente cuando se enfrentan situaciones que traten sobre productos deficientes, el incumplimiento de alguna obligación contractual, cuando se trata de defender o reprimir un mercado, etc. Es decir, cuando existe un conflicto a raíz de una relación preexistente.

También existe la táctica denominada *Fait accompli*, utilizada para hechos que podrían catalogarse como *no importantes*; en la cual, el negociador da a conocer cierta línea acción a seguir y la lleva a cabo estableciendo así una situación o hecho consumado.

Esta táctica es eficaz cuando la parte del otro lado de la mesa es pasiva, indecisa o novata y la posible indiferencia de este negociador permita que la parte que pretende emplear esta táctica, lo logre sin ser cuestionada, mas no sin ser vista. Un ejemplo de esto puede darse a la hora de determinar el lugar de la negociación, el cual puede favorecer al negociador, ya que el lugar puede ofrecer que alguna de las partes se sienta confiada y respaldada o que le provea de recursos de manera inmediata para ser utilizados durante la negociación.

Además tenemos la táctica de *Ultimate ratio regum*, mejor conocida como ultimátum, el cual establece un plazo o condición, que en caso de no cumplirse, da pie a un sanción. En un segundo plano, esta táctica puede usarse para desgastar a la contra parte en el sentido de que si no acepta, se verá frente a un costo que no podrá recuperar a menos que acepte la pretensiones que se le plantean.

No veo ninguna razón para negar que esta táctica sea empleada en dos modos: como representación de un pasivo futuro que no se quiere o como una estrategia de oportunidad ante la otra parte para obtener un beneficio, un lucro que sin el cierre de una negociación exitosa no se podría obtener.

Tenemos también la *Tempora non importans*, en el repertorio de las tácticas de presión. Ésta tiene su base primordialmente en la paciencia de una de las partes para alargar o dilatar el proceso. Lo anterior se da en razón de lograr dos objetivos: el primero lograr que mediante la prolongación del proceso de negociación, los términos y condiciones que conformarán la transacción o transacciones sean estudiadas con detenimiento, para lograr así, establecer con claridad en qué consiste cada una y tener en mente cuáles son las mejoras oportunidades o ponderar los costos de realizar la transacción. En segundo lugar, tiene la finalidad de agotar a la contra parte dentro de la negociación, para que esta ceda a favor de la primera, logrando que se realice la transacción sin que se dilate más el proceso.

Otra táctica de presión es la denominada *Caballo de Troya*, la cual tiene similitud a la maniobra realizada por los griegos en la conquista de la épica ciudad de la antigüedad. Esta táctica de presión se realiza cuando se quiere obtener información confidencial de la parte contraria y se introduce en su equipo, un elemento que reporte dicha información. Esto se logra ganando la confianza de la parte saboteada y recabando información relevante para la elaboración de una estrategia que logre establecer una situación de desventaja para la parte contraria.

Esta táctica se balancea en una línea muy delgada de lo ético y lo que no lo es, por ser una estrategia bastante agresiva que incluso, llegar a considerarse como espionaje, que en muchos países es considerado ilegal. Por ejemplo en los Estado Unidos se puede conocer como *corporate espionage*<sup>26</sup> (solamente una de sus varias modalidades), es por esta razón que se recomienda que esta táctica se utilice con prudencia ya que siempre se recomienda actuar con rectitud.

Por último tenemos el *falso pivot*, que consiste en formular pretensiones, objetivos o pretextos de una manera tajante y exigente, logrando así, que independientemente de la respuesta que estos encuentren, ya sea de resistencia o rechazo; abren paso a la factibilidad de consecución de los verdaderos propósitos, cuando la otra parte asume que está cediendo lo suficiente en compensación de la resistencia opuesta a las previas pretensiones.

Encuentro interesante la creatividad que el ser humano ha desarrollado para lograr sus propósitos y como se ha llegado incluso, a jugar con la mente del oponente (participantes de una negociación) o con los recursos disponibles; para lograr así sus cometidos.

---

<sup>26</sup> (a) In General: Whoever, *intending or knowing that the offense will benefit any foreign government, foreign instrumentality, or foreign agent, knowingly...* Economic Espionage Act 1996, (18 U.S.C. § 1831-1839), Section 1831.

Las tácticas de presión las podemos asemejar con las estrategias competitivas *win- lose negotiations*. Es importante señalar que las tácticas que estudiamos con anterioridad son solo algunas de la gran variedad que pueden aplicarse dentro de una negociación de carácter competitivo; teniendo como único límite la imaginación del ser humano, aunque es siempre recomendable obedecer los límites establecidos por la ética y la ley.

Las *tácticas cooperativas* se caracterizan por la promoción entre las partes que negocian concesiones recíprocas. Estas pueden darse bajo tres diferentes supuestos que veremos a continuación:

El primero se da cuando existen intereses en común al momento de la formación de una relación contractual, como sería el *Joint Venture*.

El segundo supuesto, aparece en la configuración de un problema de competencia comercial, en el cual, una parte obtiene lucro a costa de la otra, como lo sería en un contrato de distribución exclusiva con prestaciones dispares.

Por último, tenemos el supuesto de los problemas neutrales, mismos que no afectan de manera directa a una de las partes involucradas, pero que si pueden provocar un beneficio o perjuicio potencial para la otra. Por ejemplo en materia aduanera, cuando se encuentran mercancías en recintos fiscales para efecto de que se paguen las tributaciones correspondientes.

Es importante tomar en cuenta que entre más problemas surjan de la relación raíz de la negociación, se verán menos conductas cooperativas y más competitivas. Entonces el objetivo de las relaciones cooperativas es que las relaciones entre las partes continúen para así crear valor o utilidad, quedando como único tema controversial, la distribución de beneficios o utilidades.

A continuación entraremos en el terreno de las tácticas cooperativas específicas como la denominada *Acortar Distancias*, que consiste en reducir las posibles zonas de conflicto o controversia que puedan crear una brecha entre las partes, incluso antes de empezar el proceso de negociación.

El objetivo de utilizar esta táctica, es minimizar divergencias, mediante la mutua exposición de temas e intereses encontrados, a través de la cual, las partes puedan acordar y dar por concluidos dichos temas. Lo anterior da pie a una vía mucho más fácil de transigir en el proceso de negociación, reduciendo temas conocidos como posibles tópicos nuevos, que puedan resultar controversiales.

Los temas a tratar serán más breves y permitirán reducir dichas cuestiones a un mínimo posible. Creo que de manera complementaria a la táctica anterior, en un mismo proceso de negociación y de forma continua podemos implementar una táctica que data desde tiempos inmemorables denominada: *Búsqueda de Alianzas*.

Esta táctica es comúnmente utilizada en la formación de *joint venture*, en los contratos de *leasing* y en la operación de *countertrading*.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> SIERRALTA, *op. cit.*, pág.131.

La tendencia de estas operaciones, es formar una cohesión cooperativa para crear valor, cuando estamos frente a situaciones de aparente conflicto o competencia; mediante la creación de vínculos que permitan una relación que perdure, dando cierta seguridad a la supervivencia de los dos grupos negociantes.

En conclusión, la fluctuación de relaciones entre las personas en sociedad, en especial las de tipo comercial, permiten que las relaciones competitivas se conviertan en cooperativas, y en ciertas ocasiones puede operar en sentido contrario.

Lo importante de estas tácticas de carácter cooperativo es que son complementarias, tanto a las relaciones existentes como a aquellas que están por crearse. Lo anterior debido a que cuando se busca mantener relaciones cooperativas que se encuentran estancadas o que pueden tener una potencialidad de mayor rendimiento de frutos, se puede implementar lo que se conoce, como las *Nuevas Rondas*.

Esta táctica tiene la finalidad preservar y mejorar las relaciones existentes que pueden estar sujetas a un poco de fricción, lo cual puede generar posibles conflictos. Esto da a las partes integrantes la oportunidad de abrir canales de comunicación para convocar nuevas sesiones de negociación a futuro.

Es importante tener en cuenta que esta táctica en específico solo es oportuna cuando se trata de operaciones a futuro y no de operaciones que deben concluir; ya que esto solo llevaría a perjudicar la operación por medio de una negociación interruptora.

Por último, abordare de manera muy breve el concepto de *Mediación*, toda vez que es un tema muy amplio y muy rico en sustancia.

La mediación es un medio para alcanzar una solución integral cuando existe algún desacuerdo entre las partes que integran una relación existente. La mediación se ha convertido en una herramienta muy popular especialmente en las relaciones comerciales, la cual tiene las siguientes prerrogativas:

a. No permitir que las emociones negativas ya acaloradas, se interpongan en una relación que puede dar valor a la operación.

b. Superar un creciente sentimiento de competencia y tornarlo en uno de colaboración.

c. La mediación es un medio de solución alternativa de controversias más eficaz y colaborativo de lo que sería un procedimiento ante una autoridad gubernamental. En ese sentido, no agotaría a las partes de igual manera, tanto económicamente como psicológicamente; lo cual incentivaría a las partes a llevar este proceso y acordar amistosamente sobre los términos de un posible acuerdo.

Estas tácticas cooperativas tienden a ser la base de las estrategias de la misma naturaleza, haciendo la distinción de los términos táctica y estrategia. Dicho lo anterior, es prudente recordar que las estrategias de negociación no son puras y que bien pueden aplicarse tácticas cooperativas o de colaboración en estrategias competitivas, toda vez que uno de los objetivos más notorios es el crear valor que devenga del convenio de la partes.

Como comentario final, cabe mencionar que las tácticas cooperativas que estudiamos son solo algunas del gran acervo de posibilidades, y como buen negociador, debe discernirse cuando aplicar este tipo de tácticas ya que no siempre una táctica cooperativa tendrá el efecto de dar valor a los elementos constitutivos de la negociación, si no se emplea de manera adecuada.

Ahora bien, en un tercer segmento, podemos encontrar las Tácticas de Agrupación, que sirven para dividir o agrupar los temas a discutir para así facilitar el convencimiento de la otra parte para aceptar las pretensiones perseguidas.

En un primer lugar podemos deducir que este tipo de tácticas son complementarias a las cooperativas y a las de presión, ya que son maneras de llevar a cabo una negociación de manera más eficiente y con mayor celeridad.

En un segundo plano podemos considerar a estas tácticas como lineamientos del proceso de negociación ya que atienden a los elementos constitutivos del mismo, como fueron establecidos en el cuarto apartado del presente trabajo.

Dentro de estas tácticas tenemos al *Morcillamiento*, el cual comprende la forma de negociar tema por tema, punto por punto; el cual tendrá como resultado un conjunto de compromisos paralelos y subsecuentes.<sup>28</sup> Puede considerarse esta táctica como de carácter administrativo, del cómo se llevará a cabo la negociación; toda vez que la aplicación de esta táctica nos permitirá tener claridad sobre los aspectos de la negociación y los temas a negociar, especialmente cuando se trata de una negociación de alta complejidad y duración.

En sentido contrario, podemos aplicar la táctica denominada el *paquete*, la cual es completamente opuesta a la de *Morcillamiento*; ya que concibe a la negociación como un todo, el cual no puede subdividirse ni separarse.

Esta manera de llevar a cabo una negociación da un sentido integral al proceso de negociación, pero no necesariamente le da una dinámica más fluida y eficiente.

Para finalizar las tácticas de agrupación mencionaré la *Táctica de los Cuatro Pasos*, que fue desarrollada por Christopher Dupont, a partir de un trabajo inicial de J.C. Altlamn de 1980; recreada posteriormente por Jean-Francois Maubert en 1993 bajo la denominación *Los peldaños en escalera*.<sup>29</sup> Tiene una connotación muy parecida a la táctica de presión *ultima ratio regum*, que ya mencionamos: sin embargo, difiere en el sentido de que ésta es una forma de administrar la manera o camino que se seguirá en el proceso de negociación. Se compone de los siguientes cuatro pasos<sup>30</sup>:

a. Paso cuatro: solución máxima que tiende a la terminación o ruptura de la negociación. Los términos se plantean de forma excesiva y

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, pág. 133.

<sup>29</sup> *Ibid.*, pág. 134.

<sup>30</sup> *Ídem.*

abusiva que incluso pueden llegar a parecer ridículos. El negociador toma una posición extrema con una solución de impacto.

b. Paso tres: consiste en pasar a una solución poco ventajosa para una de las partes, pero aceptable para la otra.

c. Paso dos: se pretende una solución aceptable para una de las partes y en cierto grado, de probable asentimiento para la otra parte.

d. Paso uno: Por último llegamos a la solución ideal para una de las partes, pero que para la otras es de difícil aceptación.

Como podemos observar esta es una estrategia invertida, toda vez que se empieza con una situación difícil por medio de la implementación de presión en términos que nunca se aceptarían por una persona razonable. En ese sentido, una vez rechazado el planteamiento inicial, es posible llegar a un acuerdo que prevea lo que en verdad se buscaba, logrando de esta forma obtener un mayor beneficio, lo que no hubiera ocurrido si se hubiera comenzado con una postura neutral dando y recibiendo concesiones.

Tomar en cuenta las circunstancias que rodean a las partes y no tanto los elementos de la negociación, puede resultar en la adquisición de herramientas que den un cierto impulso a las pretensiones. Por medio de las denominadas *Tácticas extraordinarias*, pueden conseguirse ciertas concesiones cuando se encuentra en una situación precaria dentro de la negociación ya que: i) se agotaron las tácticas que podíamos implementar para tener una posición favorable y, ii) como ya lo hemos mencionado, cuando se está en una situación de desesperación.

Estas tácticas solamente son de uso ocasional y de forma especial, por ser la excepción a la regla; ya que usarlas cuando no son necesarias, puede provocar un debilitamiento de la estrategia de negociación.

Las tácticas extraordinarias de negociación más conocidas son la *dramatización*, la *coerción física* y la *acción de dividir a un grupo negociador*.

Una de las características del ser humano que nos distingue de los animales, es nuestra capacidad de comunicación compleja; en virtud de la cual, nos es posible comunicar nuestros *sentimientos*, mismos que juegan un papel importantísimo en las negociaciones, ya que pueden llevar a una persona a actuar de manera diferente a lo que se consideraría lo económicamente más redituable o eficiente (hablando desde una perspectiva meramente comercial).

Los sentimientos pueden ser utilizados e incluso manipulados para lograr que una persona se muestre más empática ante nuestras necesidades, pero la forma de hacerlo es tan amplia y las circunstancias tan numerosas, que no ahondaremos en el tema y dejaremos al lector reflexionar sobre este punto ya que lo más seguro es que utiliza esta táctica en su vida diaria.

Ahora bien, mientras que los sentimientos pueden ser utilizados como táctica en las negociaciones, tanto competitivas como cooperativas, la *coerción* es una táctica que solamente podrá usarse en la negociación competitiva ya que ninguna relación basada en coerción está destinada a perdurar.

Esta táctica se da en todos los ámbitos tanto sociales como políticos, económicos, etc., y en otras tácticas de presión que hemos visto. Es una forma de proceder discutible a la luz de la moral. Por ejemplo, cuando un comerciante tiene cierto poder económico al operar en mercados internacionales dándole control o influencia sobre varios productos denominados complementarios<sup>31</sup>, este puede aplicar la táctica con mayor facilidad y generar mejores resultados, pero no lo podría hacer si solamente tiene poder sobre una operación o mercancía, porque le faltaría el *leverage*<sup>32</sup> de influencia o de control.

Como puede verse, para poder aplicar esta táctica, el ejecutor debe encontrarse en una situación privilegiada y no debe simularse una situación o circunstancia determinada, ya que sería casi imposible obtener un efecto positivo y relevante.

Más aún, una característica destacada de esta táctica es lo que la sociedad americana denomina coloquialmente como *raising the bar* (subiendo el estándar), esto permite al negociador, empezar la negociación desde un punto muy elevado y aunque ceda una porción de lo requerido inicialmente, seguirá ganado (incluso por encima del punto neutral) mientras el otro negociador piensa que hizo un buen trabajo al aceptar un acuerdo menor a las peticiones iniciales de su contra parte.

Habíamos hablado de negociaciones de partes plurales, a través de las cuales las partes predominantes se pueden agrupar para imponer sus pretensiones a las partes más débiles. Cuando uno se encuentra en una posición de desventaja en una mesa de este tipo, lo más productivo sería dividir al grupo negociador más fuerte.

Una forma en la que se puede emplear la división de un frente común es insistir y recordar a las partes integrantes sobre las diferencias y puntos de controversia, para marcar así las posibles causas de separación y esto terminará debilitando a dicho frente. Es de suma importancia que el negociador que lleve a cabo esta táctica que denominaremos *dividir y conquistar*; lo haga con fineza siendo sumamente sutil, toda vez que si fallara y las partes se dieran cuenta de su cometido toda la negociación y el trabajo que el negociador invirtió se vendría abajo.

## VI ] Consideraciones finales

Para concluir vale la pena mencionar que todos los aspectos y elementos que hemos estudiado son intrínsecamente eficientes cuando se analizan y utilizan de una manera sistematizada, creando así un método práctico y eficiente para llevar a cabo una negociación exitosa.

Creo que la habilidad para negociar es uno de los pilares del gran abogado. La negociación no es un tema jurídico propiamente, sin

---

<sup>31</sup> “Un complemento es un bien que se utiliza en conjunto con otro.”, PARKIN, Michael, *Economía*, Octava Edición 2009, Pearson Educación México, pág. 63.

<sup>32</sup> “Leverage; use to advantage”, Word Reference, [www.wordreference.com](http://www.wordreference.com). Diccionario del Idioma Inglés-Español, Fecha de última actualización 2015, Fecha de Consulta 25 de abril de 2015.

embargo, es una herramienta decisiva para el ejercicio de la abogacía. El abogado negocia con sus clientes en cuanto a nuestros honorarios, con la contra parte en un conflicto de naturaleza jurídica, con las autoridades para obtener una concesión o evitar una sanción, entre otros muchos otros ejemplos.

La negociación tiene efectos trascendentales, especialmente en el ámbito internacional, tanto de comercio como diplomático; por qué sus alcances, pueden llegar a afectar a muchas personas, incluso a sociedades completas. Así es indispensable que se tengan los conocimientos básicos de cómo llevar a cabo una correcta y eficiente negociación<sup>33</sup>.

## Bibliografía

- FORDSWORTHE, Eugene Lewis, *Learning from History*, <http://larsbarkman.com/tag/mr-eugene-lewis-fordsworthe/>. Última actualización 2012, Fecha de consulta: 29 de abril de 2015
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Tercera Edición 2011, Editorial Porrúa,
- KRITEK, Phyllis Beck, *La negociación en una mesa dispereja*, Edición 1998, Editorial Granica.
- LUECKE, Richard, *Harvard Business Essentials, Your Mentor and Guide to Doing Business Effectively*, 2003 Edition, Harvard Business School Press.
- OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, Segunda Edición 2005, Editorial Oxford.
- PARKIN, Michael, *Economía*, Octava Edición 2009, Pearson Educación México
- SELVA, Chantal, *La Programación Neuro - Lingüística aplicada a la negociación*, Segunda Edición 1998, Editorial Granica.
- SHELL, G. Richard, *Bargaining for Advantage, Negotiation Strategies for Reasonable People*, Segunda Edición 2006, Editorial Penguin Books.
- SIERRALTA RÍOS, Aníbal, *Negociaciones Comerciales Internacionales*, Edición 2013, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú.

Fecha de recepción: 28 de octubre de 2015

Fecha de aprobación: 20 de abril de 2016

---

<sup>33</sup> Agradezco a mis maestros: el Doctor Diego Robles Farías y el Doctor Edgardo Muñoz, por alentarme a realizar este trabajo. Finalmente a la familia Gómez Arnaiz – Carranza, agradezco por su incondicional apoyo, a quienes dedico mi esfuerzo.



# Relativismo ético

SANTIAGO MARTÍNEZ SÁEZ.<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Taxonomía del relativismo*. III. *En torno al relativismo moral*. IV. *Crítica conclusiva*. V. *Leyes injustas*. VI. *Derecho, moral y consenso social*.

**Resumen.** Descripción general del vendaval que causó durante poco más de dos siglos –a partir del siglo XVIII– una doctrina filosófica iniciada con el escepticismo desde la era prehistórica, resucitada fugazmente en el Renacimiento con Michel de Montaigne y otros, para tener un sólido surgimiento con los empiristas insulares: Locke, Berkeley y Hume, que impusieron su corriente hasta encontrarla aun boyante, en la actualidad, con muchos adeptos entre filósofos de tres corrientes bioéticas no realistas en boga: la sociobiologista, la pragmático-utilitarista y la liberal radical.

**Palabras claves:** Doctrinas filosóficas, Doctrina sociobiologista, Doctrina pragmático-utilitarista y Doctrina liberal radical.

**Abstract.** *The article offers a general description of the whirlwind sparked during slightly more than two centuries –as of the XVIII century– by a philosophical doctrine the began with the skepticism of the pre-Socratic era, briefly revived during the Enlightenment by Michel de Montaigne and others, to emerge solidly with the insular empiricists: Locke, Berkeley and Hume, who imposed their thinking to the point where it remains buoyant today, with numerous supporters among philosophers of three non realistic lines of thinking on bioethics that are currently in vogue: socio biologist, utilitarian pragmatic and radical liberal.*

**Keywords:** *Philosophical doctrines, Socio Biologist Doctrine, Utilitarian Pragmatic Doctrine and Radical Liberal Doctrine.*

## I ] Introducción

Por honestidad intelectual debo empezar por aclarar y precisar términos sobre los cuales circulan demasiados equívocos. Por relativismo se entiende una doctrina o sistema de pensamiento que profesa y defiende la relatividad del conocimiento. Por relatividad del conocimiento entendemos la impotencia de la inteligencia para alcanzar la verdad que sea por las razones o sin razones que se pretenda. Si se niega de todo conocimiento verdadero y cierto, se cae inevitablemente en una

---

<sup>1</sup> Cofundador de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara. Catedrático de las materias de Ética, Persona y Sociedad y Antropología Teológica y Bioética en la Universidad Panamericana.

contradicción profunda e insalvable. Si nada es cierto todo es opinable, y se cae en el contrasentido de afirmar como verdad que el todo es opinable porque nada es cierto, con lo que hacemos inútil toda la afirmación, negación, o discusión. Esta postura lleva fácilmente al escepticismo (del griego *skeptikos*: que examina) que niega a la razón la capacidad para tener o adquirir cualquier certeza.

El escepticismo no admite la existencia de verdades o valores absolutos, es decir, válidos para todos los seres humanos de todos los tiempos, regiones y culturas. El relativismo los admite, pero *relativizados* o condicionados al entorno socio-cultural, o sea válidos, solo en una determinada época histórica y circunstancia socio-cultural.<sup>2</sup>

Por relativismo se entiende una doctrina o sistema de pensamiento que profesa y defiende la relatividad del conocimiento.

## II ] Taxonomía del relativismo

Como vemos, el relativismo es una postura o tendencia gnoseológica que rechaza toda verdad absoluta y defiende que la verdad o la validez del juicio en el que la verdad se expresa dependen de diversas circunstancias. Cuando esta manera de pensar se aplica a la ética necesariamente se hace depender del bien o el mal de dichas circunstancias. Si no existe una verdad absoluta tampoco se puede hablar de un bien –bondad- absoluto. Si toda verdad es relativa, igualmente lo será toda bondad. Estas circunstancias pueden ser variadísimas dando origen a los diversos tipos de relativismo; en ellas siempre se niega la validez objetiva y universal del conocimiento verdadero y cierto:

1. *Relativismo individualista*: el elemento condicionante de la verdad es el individuo o los individuos. Es verdad lo que yo pienso o lo que yo digo o me parece, o lo que creo, etc. Lo que es verdad para Pedro puede no serlo para Juan. Es la estructura mental de cada quien lo que determine la verdad. Es la conocida postura de Protágoras: “el hombre es la medida de todas las cosas, de las que son en cuanto que son, y de las que no son en que cuanto que son”<sup>3</sup>. Platón escribe: “como decía Protágoras al afirmar que el hombre es la medida de todas las cosas; así en consecuencia, como a mí me parece tales son para ti”<sup>4</sup>. De ahí se deduce la variedad infinita de verdades” ya que para uno se manifiestan unas cosas, y para otros otras diferentes”<sup>5</sup>. Como todo y todos cambiamos no se puede dar entre los hombres ninguna comunión cognoscitiva.

2. *Relativismo antropológico*: aquí el factor condicionante no es el individuo sino el hombre en cuanto especie: “el hombre, es decir, la naturaleza humana, es la medida de la existencia de las cosas” (Gomperz).

3. *Relativismo cultural*: sostiene que el factor condicionante de la verdad de juicio es la cultura histórica, sus defensores son históricos (O.

<sup>2</sup> GUERRA, Manuel, *Historia de las religiones*, Madrid: BAC, 1999.

<sup>3</sup> SEXTO EMPÍRICO, *Hipótesis Pirrónicas*, I, 216.

<sup>4</sup> PLATÓN, Crátilo, 385, trad. De Mársico C. Buenos Aires: Losada, 2005.

<sup>5</sup> PLATÓN, Tecteto, 116d, trad. De M. Boeri. Buenos Aires: Losada, 2006.

Spencer, José Ortega y Gasset; etc.: el hombre no tiene naturaleza, tiene historia; Octavio Paz dirá: el mexicano no tiene naturaleza, tiene historia, etc.). La historia crea una cultura, cada cultura valora lo real distinto para cada una de ellas. Cada cultura tiene un alma que crea los valores sin que ninguna pueda pretender ser universalmente válida. Para Spencer todo el saber humano, incluido el matemático, es relativo.

4. *Relativismo sociológico*: en esta opinión el factor condicionante de la verdad del juicio es el grupo social. Es la postura de Émile Durkheim y de su escuela sociológica. El individuo recibe de la sociedad todo el sistema de creencias. Las cosas son malas porque están prohibidas pero no son prohibidas porque sean malas. Se considera a la sociedad no solo anterior sino superior al hombre, cosa notoriamente falsa.

5. *Relativismo racista*: la raza es el factor condicionante de la verdad del juicio. Es la postura del racismo y de su teórico Alfred Rosenberg. Todos conocemos la catástrofe que provocó. La filosofía, el arte, la cultura nacen de la raza. Hay una verdad aria, otra eslava, otra judía y su superioridad racista. "Sin comentario".

6. *Relativismo jurídico*: también llamado *iuspositivismo*. Es el padre o la madre del positivismo jurídico cuya fórmula sintética es: *ius est quod iussum est*: El derecho es lo mandado.

El relativismo tiene multitud de variedades pero todas coinciden en cinco puntos básicos que podemos resumir en:

a. Anti naturalismo: negación del derecho natural, nada "meta-jurídico" puede afectar ni fundamentar el derecho (Kelsen). Lo justo es lo promulgado, lo establecido, lo mandado.

b. Anti universalismo: se rechaza que por encima del derecho positivo, que es nacional (mexicano, brasileño, etc.), pueda darse un derecho universal (internacional, de gentes, etc.).

c. Relativismo ético: el relativismo jurídico desprecia el influjo de la ética a la que niega por completo o envenena con su relativismo. Se cae así fácilmente en la amoralidad del derecho no porque se niegue a la existencia de la moral, sino porque al negar la ley moral natural se reduce aquella a un conjunto de principios subjetivos de comportamiento condicionados por factores humanos: opinión pública, psicológicos, económicos, que equivaldrían a introducir la incertidumbre en la legalidad, y que por ello se rechaza.

d. Menosprecio de la persona y sus derechos: al negar validez al derecho natural se reducen el derecho y su contenido, la justicia, a lo establecido por la ley positiva dictada por la autoridad política con el peligro de negar a la persona todo derecho que no sea concedido por la autoridad. Por este camino se puede confundir el derecho con la voluntad del gobernante. Recordemos la postura de Adolf Hitler: *mi voluntad, esa ha de ser el credo de todos vosotros, es vuestra fe*, o la más actual de Luis Echeverría Álvarez en su informe de 1975: *invocar derechos supuestamente naturales o superiores al Estado, equivale a desafiar la soberanía del pueblo*. Como vemos, es muy peligroso confundir o fundir la ley con la voluntad del soberano o del Congreso. Por este camino llegamos a la postura de Kleen: *la norma jurídica está desprovista de todo sentido moral*. De esta manera, la misma libertad pierde su sentido,

puesto que se puede hacer todo lo que no esté prohibido por el derecho (ejemplo: eutanasia, drogas, aborto, etc.). Se pierde el criterio firme entre lo que se puede y no se puede hacer, entre lo que se debe y no se debe hacer. Imaginemos una revolución que deroga el Estado vigente e impone una nuevas medidas que serían las “buenas” porque son las actualmente establecidas.

En nuestros días el llamado despreciativamente *absolutismo moral* de la ley natural está siendo sustituido por el relativismo moral absoluto según el cual no hay verdades absolutas ni bien o mal que no sean relativos. La libertad queda en manos de quien detenta el poder. La misma tarea legislativa sería la de “convertir” los derechos personales, que el Estado debe proteger y reconocer, de acuerdo con lo que reconoce Helmut Coing: *la dignidad humana precede al derecho positivo*; como decía mi maestro Federico de Castro y Bravo: *el derecho positivo se legitima por su armonía con el derecho natural*. El Estado se convertiría en creador de los derechos cuando debe ser su garantizador y protector. Esta independencia del derecho y su divorcio de la moral está provocándola la actual amoralidad, más aun, criminalidad, de ciertos sistemas jurídicos. Es el fenómeno actual que se está designando como la politización de los jueces y la criminalidad de los políticos. Con la excusa de la secularización de una sociedad que se pretende madura y con el pretexto de promover la autosuficiencia de la sociedad civil, *se proclama otra autoridad tan absoluta como ilegítima, la supremacía del Estado, árbitro de la religión, oráculo supremo de la doctrina y del derecho*<sup>6</sup>.

e. Desprecio de la autoridad y de la ley: este relativismo jurídico-moral conduce al desprecio de la autoridad y de la ley establecida. Citaré solo al Papa Pío XII: *Donde se rechaza la dependencia del derecho humano pierde su fuerza sin la cual el derecho no puede exigir a los ciudadanos, el reconocimiento debido ni los sacrificios necesarios*<sup>6</sup>.

### III ] Entorno al relativismo moral

Como era de esperar, el relativismo político-jurídico ha terminado por contaminar el concepto de la moral hasta el punto de que la moda más extendida, desgraciadamente, es una espantosa degradación moral que está provocando una especie de segundo diluvio: la corrupción actual.

Toda persona normal tiene una conciencia que le dice que es lo bueno y que es lo malo. Que el bien es preferible aun cuando los instintos más bajos no me dejen elegirlo y escoja el mal. Esto no es más que una manifestación de lo que llamamos ley natural, es decir, ley que Dios fija a través de la naturaleza y de la razón, por la que discernimos lo bueno y lo malo. Esta ley es universal: la reconocen los griegos y los romanos, y también los hindúes y los musulmanes. San Pablo se refiere a ella en la Epístola a los Romanos (2,4): a los gentiles: *manifiestan que lo que la ley exige está escrito en sus corazones*.

<sup>6</sup> Pío X, *Aloución 13-IX-1909*, AAS 1, 1909.

Los estoicos de Atenas de los siglos IV y V creían en ella expresada en la ley de la conciencia y del deber: el hombre bueno vive de acuerdo con la naturaleza, ley del universo personificada en la razón divina. En nuestros días, el llamado despreciativamente *absolutismo moral* de la ley natural está siendo sustituido por el relativismo moral absoluto según el cual no hay verdades absolutas ni bien o mal que sean absolutos, todo es relativo en nuestro comportamiento. Este relativismo moral es el pecado capital de nuestro tiempo y la fuente de todas o casi todas las desdichas: de las dictaduras totalitarias marxistas o nazistas, hemos llegado a las dictaduras democráticas de las mayorías parlamentarias actuales.

Estamos llegando a una situación peligrosísima de anarquía moral cuyas consecuencias son difíciles de prever. Ya criticando el relativismo decía Ferrater Mora que: *Todo relativismo brota de una actitud escéptica en el problema del conocimiento y de una actitud cínica en el problema moral.* Y no anda muy equivocado: es difícil no encontrar detrás de todo relativismo una buena dosis de cinismo.

### 1. El origen del relativismo moral

Su origen está en el llamado principio de inmanencia que, comenzando con el giro antropológico de René Descartes (no importa el *esse* si no el *gnosse*, no importa conocer la naturaleza sino al revés: la naturaleza del conocimiento) terminará con el subjetivismo moral: *Dios crea al mundo pero nosotros las condiciones de su conocimiento.* Ya Martin Heidegger había señalado como en el fondo de la crisis de la civilización occidental se encuentra el progresivo oscurecimiento y alejamiento de la filosofía moderna del ser. Xavier Zubiri señalaba que todos nuestros problemas vienen de no saber estar en la realidad. A una filosofía sin ser, corresponde una ética plenamente funcional. Albert Camus ha visto bien el problema: *Hasta las epistemologías más rigurosas suponen metafísica de una gran parte de los pensadores de la época consiste en no tener una epistemología.* Si no hay ser no hay metafísica, si no hay metafísica ya no cabe una moral objetiva, heterónoma, estable. El derrumbe de la metafísica lleva consigo el de la moral tradicional. La moral subjetiva es una moral sin ser, sin fin, sin Dios.

Debilísima como toda moral que no tenga más fundamento que la propia subjetividad. Tan débil –criticara con razón Soren Kierkegaard– como débiles eran los azotes que a sí mismo se propinaba Sancho Panza... fuertes sólo en el árbol que los recibía. Si no existe la naturaleza, o se declare incognoscible, tampoco existe la ley natural. Si no existe la naturaleza no caben normas objetivas, universalmente válidas, puesto que la verdadera naturaleza del hombre es no tener naturaleza. (Albert Camus). ¿Dónde poner entonces el fundamento de la moral? En el yo, en la libertad, en la conciencia. Es lo que ha llamado Cornelio Fabro la: *Emergencia del yo.* El hombre se da a sí mismo su norma de conducta. El hombre no es, simplemente funciona: es la historización radical de la moral. Su consistencia es su funcionalidad.

## 2. La llamada Nueva Moral

Un veneno gravísimo amenaza la verdadera moral. Hasta ahora la moral era lo natural y lo antinatural era lo inmoral. Ir *contra natura* era lo inmoral. Pues bien, ahora se pretende divorciar la persona de la naturaleza. En ésta reina la necesidad y se la declara incognoscible (Kant). En cambio, la ética es la zona de la libertad: el yo-espíritu-libertad-persona es radicalmente autónomo del cuerpo-naturaleza.

Esto mueve a aseveraciones gravísimas como las de un moralista que afirma la siguiente barbaridad: *la verdad moral es la que se basa en la conciencia religiosa, no la que se basa en los dictados de la naturaleza. O, como dice Marciano Vidal: la conciencia es una función de la persona y para la persona. La conciencia no es la voz de la naturaleza sino de la persona. El orden moral se tiene formalmente no en cuanto la persona se conforma a la naturaleza, sino en cuanto la naturaleza se personaliza en la persona. El paso siguiente es afirmar: la conciencia moral constituye la memoria creativa de los valores.*

La mejor crítica de la anterior afirmación la encontramos en la postura sanamente realista del fenomenólogo Antonio Millán Puelles: *la libre afirmación de nuestro ser presupone la realidad de un ser que es nuestro, independientemente de lo que aceptemos o rechacemos en la forma de comportarnos. La realidad de nuestra naturaleza implica su prioridad respecto de todo cuanto en nosotros depende de nuestra subjetividad operativa. Una antropológica realista es ante todo la que en el yo humano reconoce una fundamental naturaleza, no solamente en calidad de algo que él no puede, en manera alguna, conferirse a sí mismo, sino también como la realidad que en él hace de fundamento de toda cuanto así mismo se confiere. Es la persona la que no se da sin naturaleza corpórea-espiritual. Una persona sin naturaleza no sería persona.*

## 3. La llamada ética laica

El relativismo moral se traduce para los enemigos y negadores de una moral enraizada en principios y valores religiosos en la llamada actualmente ética laica o civil. Autores como Fernando Savater, Javier Otaola o José Antonio Marina, etc., sostienen una ética divorciada por completo de cualquier país. La religión es cuestión de sentimientos íntimos. Solo la ética laica es universal puede, en consecuencia, fundar la convivencia civil. En realidad, la ética laica ni es ética ni es tan laica como se pretende. Su incoherencia no tarda en ponerse de manifiesto.

Veámoslo: i) el pluralismo democrático prohíbe reconocer que la moral, católica, judía o musulmana etc.; inspire las leyes civiles para respetar a los no católicos, no judíos y no religiosos.- ii) Las normas civiles se deberán basar únicamente en la ética civil, terreno común a todas y a todas, única capaz de fundamentar una *moral universal*. La incoherencia radica en que optar por una ética laica (supongamos de momento que exista) es tomar postura por una parte. Opinión muy respetable, como lo es la contraria, pero que rompe el principio de neutralidad. Cada uno cree

que su ética es la buena, la universal, y por eso la defiende.- iii) Los partidarios de una ética laica creen que su moral por el hecho de no ser religiosa deberá ser válida para todo. Ello llevaría a admitir que los hombres solo discrepamos por motivos religiosos, lo cual es olvidar la historia de la filosofía, de la cultura, de la política, etc. Autores como Javier Otaola piensan que: *los sentimientos y creencias religiosas hacen en última instancia apelación puramente subjetiva*. La religión está bien para andar por casa pero no es para andar por la calle. Debe reservarse al ámbito personal y familiar. Siendo cuestión de gustos y sentimientos, ¿cómo pretenden los creyentes imponer a los demás sus gustos personales? La respuesta es muy clara. La filosofía de la religión de Otaola, como la de Savater o Marina, no es la cristiana. No toda la moral católica viene de la Revelación sino que compartimos con otros muchos principios exclusivamente racionales. No necesitamos un mundo aparte para cumplir nuestros deberes religiosos o morales. Lo que no aceptamos es que se nos diga que la ética católica, por ejemplo: es legítima como opción personal pero no como norma civil ya que es una moral excluyente, dogmática, revelada y heterónoma, y por tanto incapaz de ser asumida y entendida por todos; en cambio la ética civil nos obliga a todos, ya que es autónoma, abierta y sometida a permanente discusión, o sea, dialogante y dialogada; para terminar no menos dogmáticamente, afirmando que: *lo único universal es el valor de referencia general de lo laico*. ¿Y por qué no de lo religioso? Recordemos que la moral católica proclama que no es una pretensión exclusiva que no deja lugar a otras ofertas morales: *ni se opone a sistemas morales que nacen de la razón rectamente orientada*. Recordemos que una buena parte de la ética de Aristóteles, Platón, Séneca, etc., pasó a la moral cristiana de los Padres de la Iglesia y de Santo Tomás. Decir que la ética laica no deriva de la fe deja el problema insoluble.

Pero ¿existe la ética laica? Yo creo que no. Lo que existen son muchas éticas, incluso incompatibles entre sí. Tan laica es la moral aristotélica, como la platónica, como la estoica. Tan laica es la moral kantiana como la ética de la situación existencialista. Si queremos ser razonables hay que pedir a sus sostenedores juego limpio, que se definan: son epicúreos o kantianos; de Humé o hedonistas, o positivistas como Schlick. La llamada ética laica está muy lejos de aclararse, se utiliza para dar carpetazo a la discusión: ¡que el aborto es un crimen abominable! ¡Que la fecundación in vitro es inmoral! ¡Que la clonación es un atentado a la dignidad de la persona! ¡Eso es lo que dice la Iglesia pero nuestro Estado es laico y aconfesional! Y no hay más que hablar... el truco, engaño o falacia está claro: nada obliga a que un Estado aconfesional legalice el aborto, como nadie es "laico" por justificar el aborto. Hay cristianas feministas que lo justifican, por ejemplo, y todos conocemos cientos de laicos que lo condenan, no por motivos religiosos sino sencillamente porque su conciencia les dice que es un crimen. Así de sencillo.

## IV ] Crítica conclusiva

Todo relativismo supone una contradicción intrínseca puesto que si sostengo que todo es relativo, que ningún juicio goza de la propiedad de ser verdadero en sentido absoluto, y que toda verdad es relativa, estoy proponiendo como absoluto precisamente lo que estoy negando: que exista algo que no sea relativo. Por lo demás, no es difícil probar que hay verdades absolutas: el triángulo tiene tres ángulos, el todo es mayor que la parte, tú eres una persona, etc.

No hay ordenamiento jurídico alguno que no responda a un modelo moral determinado. También la inmoralidad encierra un determinado "modelo" moral.

Lo inquietante no es la ciencia o la técnica en sí, sino la moral, o falta de moral, que tengan las personas que las utilizan.

La afirmación *nadie debe imponer a otro sus propias convicciones* oculta una realidad elemental: el derecho impone siempre exigencias contrarias a sus convicciones: la subida del precio del agua, las tarifas fiscales, a los pacifistas los gastos de defensa, a los judíos el descanso dominical, y a los católicos del descanso sabatino, etc.

Todos los ciudadanos de una sociedad pluralista son creyentes puesto que la incredulidad es también una creencia. Tan creyente es quien afirma la creación del mundo por Dios como el que cree en la eternidad de la materia. Quien cree en la fuerza del espíritu como en los horóscopos. Lo que o se vale es decir: Tú guárdate las tuyas porque están contaminadas por tu ateísmo o laicismo, etc. En fin, no estaba tan equivocado Gilbert K. Chesterton cuando afirmaba que no hay más que dos tipos de hombres: los que tienen dogmas y lo saben, y los que tienen dogmas y no lo soban.

En definitiva, lo inquietante no es la ciencia o la técnica en sí, sino la moral, o falta de moral, que tengan las personas que las utilizan.

Algunos ejemplos:

Cuando una mayoría parlamentaria o social decreta la legitimidad de la eliminación de la vida humana aun no nacida, incluso con ciertas condiciones, ¿acaso no adopta una decisión "tiránica" respecto al ser humano más débil e indefenso? La conciencia universal y, por supuesto, la personal, reacciona justamente ante los crímenes contra la humanidad, de los que nuestro siglo ha tenido tristes experiencias. ¿Acaso estos crímenes dejarían de serlo si, en vez de haber sido cometidos por tiranos sin escrúpulos, hubieran estado legitimados por el consenso popular?

La ley civil debe asegurar a todos los miembros de la sociedad el respeto de algunos derechos fundamentales que pertenecen originariamente a la persona, y que toda ley positiva debe reconocer y garantizar. Entre ellos el primero y fundamental es el derecho inviolable de cada ser humano inocente a la vida. Si la autoridad pública puede, a veces, renunciar a reprimir aquello que provocaría, de estar prohibido, un daño más grande, sin embargo, nunca puede aceptar legitimar, como derechos de los individuos –aunque éstos fueran la mayoría de los miembros de la sociedad–, la ofensa infligida a otras personas mediante la negación de un derecho suyo tan fundamental como el de la vida. La

tolerancia legal del aborto o de la eutanasia no puede de ningún modo invocar el respeto de la conciencia de los demás, precisamente porque la sociedad tiene el derecho y el deber de protegerse de los abusos que se pueden dar en el nombre de la conciencia y bajo el pretexto de la libertad.

De esto se sigue que, cuando una ley civil legitima el aborto o la eutanasia deja de ser, por ellos mismo, una verdadera ley civil moralmente vinculante.

## V ] Leyes injustas

En el caso, pues, de una ley intrínsecamente injusta, como es la ley que admite el aborto o la eutanasia, nunca es lícito someterse a ella, *ni participar en una campaña de opinión a favor de una ley semejante, ni darle el sufragio del propio voto.*

Un problema concreto de conciencia podría darse en los casos en que un voto parlamentario resultase determinante para favorecer una ley más restrictiva, es decir, dirigida a restringir el número de abortos autorizados, como alternativa a otra ley más permisiva ya en vigor o en fase de votación. No son raros semejantes casos. En efecto, se constata el dato de que mientras en algunas partes del mundo continúan las campañas para la introducción de leyes a favor del aborto, apoyadas no pocas veces por poderosos organismos internacionales, en otras naciones –particularmente aquellas que han tenido la experiencia amarga de tales legislaciones permisivas- van apareciendo señales de revisión. En el caso expuesto, cuando no es posible evitar o abrogar completamente una ley abortista, un parlamentario, cuya absoluta oposición personal al aborto sea clara y notoria a todos, puede lícitamente ofrecer su apoyo a propuestas encaminadas a limitar los daños de esa ley y disminuir así los efectos negativos en el ámbito de la cultura y de la moralidad pública. En efecto obrando de este modo no se presta una colaboración ilícita a una ley injusta; antes bien, se realiza un intento legítimo y obligado de limitar sus aspectos inicuos.

### 1. Objeción de conciencia

La posibilidad de rechazar la participación en la fase consultiva, preparatoria y ejecutiva de semejantes actos contra la vida debería asegurarse a los médicos, a los agentes sanitarios y a los responsables de las instituciones hospitalarias, de las clínicas y casas de salud. Quien recurre a la objeción de conciencia debe estar a salvo no sólo de sanciones penales sino también de cualquier daño en el plano legal, disciplinario, económico y profesional <sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Summi Pontificatus, 20-X-1939, AAS 31, 1939. Juan Pablo II, Encíclica Evangelium Vitae, 1995.

## 2. Rechazo a la ejecución de Jacobs

*L'Osservatore Romano*, órgano oficioso de la Santa Sede, publicó el 4 de enero de 1995 un enérgico editorial calificando de increíble, monstruosa y absurda la ejecución de Jesse Dewayne Jacobs en Texas.

En 1987, Jesse Dewayne Jacobs se había confesado culpable del secuestro y asesinato de una mujer, y fue condenado a muerte por ello. Sin embargo, en otro juicio posterior, se demostró que la verdadera autora del asesinato había sido su hermana; Jesse se inculpó para protegerla. La acusada fue condenada entonces a diez años de cárcel.

Pese a esclarecerse la verdad del asesinato, la sorpresa vino luego cuando el Estado de Texas se negó a cambiar la sentencia de muerte contra Jesse, argumentando que el primer juicio había sido formalmente correcto. La sentencia fue recurrida ante el Tribunal Supremo pero, a pesar de la evidencia del caso, la mayoría de los magistrados –seis contra tres– votaron a favor de la sentencia. Pocas horas después una inyección letal terminaba con la vida de Jesse.

El editorial de *L'Osservatore* compara la decisión del Tribunal Supremos norteamericano con la de Poncio Pilato, que también se lavó las manos y no quiso impedir la condena injusta de Jesucristo. El hecho pone de manifiesto lo injusto que puede resultar, a veces, la manera de aplicación de unos mecanismos jurídicos desconectados de los principios morales, hasta el punto de consentir la ejecución de una persona por un crimen que, se sabe, no cometió.

## VI | Derecho, moral y consenso social

Un articulista refiere las conclusiones de un congreso de profesores europeos sobre el tema que recoge el título de este trabajo, y comenta las conclusiones obtenidas, algunas de ellas muy interesantes, en torno de la “neutralidad” moral del ordenamiento jurídico.

Mientras españoles e italianos asimilaban las últimas escaramuzas electorales de principios del verano, un nutrido grupo de profesores europeos, de especialidad y confesión religiosa diversa, se reunían junto al lago de Gazzada para contrastar experiencias y opiniones sobre: *Derecho, moral y consenso social*. Cuatro sesiones permitieron pasar revista a la situación en diversos ámbitos: italiano, francés, germano y español.

Las experiencias no siempre son idénticas, aunque ofrecen más fácil dominador común que los planteamientos teóricos. Pero, por muchas que fueran las discrepancias, dos puntos de confluencia invitan a una reflexión sobre la situación en variados países.

La primera coincidencia resalta que *no hay ordenamiento jurídico alguno que no responda a un modelo moral determinado*. Desde una perspectiva teórica, al margen incluso de las lógicas exigencias del pluralismo político, también la *inmoralidad* encierra un determinado modelo “moral”. Por elemental que esto resulte no viene mal recordarlo porque abundan los que parecen empeñados de defender y llevar a la práctica un círculo cuadrado: *el derecho sin moral*. Quien recurre a la

objección de conciencia debe estar a salvo no sólo de sanciones penales sino también de cualquier daño en el plano legal, disciplinar, económico y profesional. Tal planteamiento, que suele presumir de *ilustrado* en lo teórico, no puede evitar en la práctica consecuencias despóticas.

El pluralismo moral desaparece porque se disimula que son opciones morales contrapuestas las que están en juego. Para ello se reviste con ropaje de religiosidad a la opción moral discrepante, con lo que –por mayoría que pueda ser– es fácil descalificar, como legítima injerencia eclesiástica, cualquier intento de reflejarla en el ordenamiento jurídico. Por el contrario, la opción moral presuntamente *ilustrada* renuncia a presentarse como tal, disfrazándose de exigencia de *neutralidad*.

Como ya se dijo la afirmación, habitual entre nosotros, *nadie debe de imponer a otro sus propias convicciones*, oculta una realidad elemental: el derecho acaba siempre imponiendo a buena parte de los ciudadanos exigencias contrarias a sus convicciones morales: a los pacifistas, gastos de defensa; a los judíos, vacación dominical... El respeto al pluralismo democrático llevara a cuidar que la concepción moral recogida por el ordenamiento jurídico sea la que sintonice con la mayor población, y a reducir al máximo (cuando sean posibles formas excepcionales, como la objeción de conciencia) su impacto sobre las minorías. Lo que, por el contrario, supone un atentado al pluralismo es afirmar que, dado que la mayoría no puede imponer sus condiciones morales (descalificados por su *contaminación religiosa*), la minoría podrá imponer las contrarias que (por no ser religiosas) serían moralmente *neutras*.

Este mismo fenómeno, que distorsiona el juego derecho-moral se pone de relieve al confrontarlo con una segunda coincidencia elemental: el consenso social excluye la marginación de cualquier categoría de ciudadanos. Este rechazo de cualquier discriminación (por razón de sexo, raza, religión...) está recogido de manera explícita en muchas constituciones, pero se ve radicalmente negado en la práctica por actitudes (nada infrecuentes) como las que venimos comentando.

Defender reformas legales, o despenalizaciones, con la intención de *neutralizar* moralmente el ordenamiento jurídico, lleva –como hemos visto– a la cristalización jurídica de una concepción moral minoritaria. Pero si, además, lo que permite considerar una opción como *neutral* es su divergencia con determinadas opciones religiosas, se está incurriendo en una flagrante discriminación que impide todo consenso democrático.

La afirmación *todo ordenamiento jurídico encierra siempre un modelo moral* (más o menos coherente, eso es otro asunto), encuentra como complemento esta otra: *todos los ciudadanos de una sociedad pluralista son creyentes*; como consecuencia, resultaría discriminatorio obligar de salida a unos a poner entre paréntesis sus convicciones, permitiendo a otros dar rienda suelta a las suyas.

Tan creyente es quien reconoce un Dios creador como quien considera indiscutible la eternidad de la materia. Tan creyente es quien acepta un magisterio confesional, capaz de establecer pautas de conducta lícita o ilícita, como quien suscribe los dictados de un partido, que interpreta de un día a otro cuando han surgido *exigencias sociales* que

hacen inaplazable una reforma legal. Aún más crédulos son los que se auto convencen de que sus pautas de conducta son ajenas a cualquier magisterio o disciplina, como si vivieran en una isla desierta: creer en uno mismo es un tipo de fe bastante extendido, porque (a diferencia de los credos conscientes) facilita la inconsciencia, dando por resueltas cuestiones básicas que ni siquiera han llegado a plantearse.

El laicismo, que intenta obligar a un grupo de ciudadanos (mayoritario incluso) a confinar sus convicciones en el reducido ámbito de las ceremonias familiares, evitando que puedan *contaminar* la vida pública, es el último modelo de esas *guerras de religión*, cuya eliminación ha condicionado históricamente todo real consenso democrático. Pero si es lamentable que se pretenda imponer hoy entre nosotros modelos superados de la Europa decimonónica, más absurdo sería autoimponérselos, llevados de un patológico complejo de inferioridad o *culpabilidad*.

El reconocimiento de este doble postulado –no hay derecho sin moral, ni consenso compatible con la discriminación– lleva hoy en Europa a ensayar nuevas fórmulas que den cuenta del pluralismo social. Proliferan los *comités de ética* que, al margen de mayorías parlamentarias, reflejan la pluralidad de opciones morales con presencia social. No pocos de tales comités han sido creados por los mismos gobiernos, llevados en su afán por hacer real la democracia. Aquí, mientras, aún hay quien se empeña en que apelar a convicciones morales es un ataque a la tolerancia, y en considerar como *creyentes* merecedores de cuarentena a todos los que suscriben un credo distinto de su personal fe. Para colmo, no falta tampoco quien acepte con fervor la buena nueva de que todo es igualmente opinable. A este paso, lo del consenso en la práctica, va para largo.

#### *Otro ejemplo práctico de la vida*

Nuestra sociedad está enferma del *me parece bien*. No hay certezas, solo opiniones. Si estamos seguros, seguros, estamos equivocados, equivocados. Es bueno lo que me parece bien y malo lo que no me parece malo. El “yo” y el “me” son los nuevos baluartes de la ética. Si afirmas algo con la seguridad de estar en lo cierto, seguro que te califican de dogmático, intolerante e insufrible, incapaz de convivir con civilizados. Esto, técnicamente, es lo que se llama relativismo ético, sistema que consiste en aplicar a la verdad aquello de que: *nada es verdad ni mentira, todo es según el color del cristal con que se mire*.

Es decir, en este mundo no hay certeza, ni verdades, sino opiniones, las tuyas y las mías y las del otro. Si te parece, bien, y si no, también. Con este criterio –o mejor dicho, falta total de criterio– nuestros legisladores se conciertan para dar legalidad a la ilegitimidad, por mayoría generalmente relativa, de barbaridades como el divorcio y asesinatos como el aborto, la eutanasia la manipulación de embriones congelados, “matrimonios homosexuales” donde, en definitiva, por cuidado y elegante que sea el lenguaje (a veces ni eso siquiera) las mayorías dictadoras tiranizan a las débiles minorías: viva el pluralismo político, y

arriba y adelante el relativismo ético. La experiencia más elemental me enseña que hay certezas metafísicas: el todo es mayor que la parte. Hay certezas físicas: es de día. Hay certezas antropológicas: soy hombre. Hay certezas morales: mentir es malo. Afirmar la verdad, la certeza, etc., que la duda no es ignorancia, y la opinión no es, todavía, certeza, no es intolerancia. Es estar bien de la cabeza.

La afirmación, habitual entre nosotros *nadie debe imponer a otros sus propias convicciones*, culta una realidad elemental: el derecho acaba siempre imponiendo a buena parte de los ciudadanos exigencias contrarias a sus convicciones morales.

El relativismo es, entonces, la consecuencia -versión moral- del liberalismo filosófico.

Fecha de recepción: 8 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 25 de abril de 2016



# Algunas ideas en torno a la valoración del daño moral

JORGE EDUARDO MEDINA VILLANUEVA<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El daño moral y su indemnización*. III. *La diversidad legislativa*. IV. *Opinión sobre el valor del daño*.

**Resumen.** El daño moral ha sufrido importantes cambios en su regulación desde sus inicios en el Derecho Romano. De manera general no se consideraba viable indemnizar a una persona que hubiera sido afectada en su esfera no patrimonial o sufrido un daño en aspectos no susceptibles de una valuación económica objetiva. Hoy en día, tanto la jurisprudencia como la legislación misma del Derecho civil, han intentado dar una respuesta puntual a las cuestiones que envuelven al daño moral, tales como: (i) su valoración y (ii) su cuantificación pecuniaria por concepto de indemnización. En el presente artículo se buscará precisamente analizar los lineamientos que otorga la ley y la jurisprudencia, para generar reflexiones en torno a cómo poder más claramente llegar a una conclusión justa sobre la cantidad a otorgar en motivo de indemnización.

**Palabras clave:** Daño moral, responsabilidad civil, indemnización.

**Abstract.** *Punitive damages has undergone significant changes on its regulation since Roman law. Generally, punitive damages were not considered feasible to being compensated to a person who had been affected on its non-patrimonial sphere of rights, and therefore concepts not susceptible of an objective economic valuation. Today, both jurisprudence and the legislation of Civil Law have tried to give a punctual answer to key elements of punitive damages, such as: (i) valuation and (ii) its monetary quantification as compensation. This article seeks to analyze the guidelines provided by the law and jurisprudence, in order to generate conclusions about how we can come to a fair determination on how to quantify a proper compensation.*

**Keywords:** *Punitive damages, liability, indemnification.*

## I ] Introducción

El problema de la cuantificación de los daños morales es uno de los más profundos y difíciles de todo el Derecho Civil, y lo es porque el problema está desde los mismos conceptos que intervienen en su planteamiento.

---

<sup>1</sup> Profesor en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO).

En esencia, *la responsabilidad civil* busca reparar el daño causado injustamente a una persona. Este daño tiene dos diferentes ámbitos: el patrimonial y el moral. En el segundo caso, se centra en el perjuicio sufrido, no en aspectos pecuniarios relativamente fáciles de cuantificación económica, sino en aspectos que, precisamente por definición, escapan de todo contenido patrimonial, como son los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, etcétera.

No obstante que se trata de aspectos inalienables y, por lo tanto, fuera del comercio – y en consecuencia de un mercado, de donde pudiéramos obtener información para aplicar los tradicionales métodos de valuación – la legislación civil ordena que para reparar el daño moral, el responsable deberá hacerlo mediante una indemnización en dinero, es decir, habrá que determinar el *quantum* pecuniario de derechos que, por esencia, son ajenos a toda consideración económica.

Precisamente, en este trabajo haremos una revisión de cómo se ha tratado de resolver este difícil enredo, tanto por la legislación como por la jurisprudencia; y al final del mismo hacemos una serie de reflexiones en torno a cómo podríamos llegar de una manera más clara a una conclusión justa sobre la cantidad a otorgar con motivo de indemnización.

## II ] El daño moral y su indemnización

Durante muchos años el daño moral, es decir, aquél que consiste en la afectación de derechos no patrimoniales – como los sentimientos, afectos, la honra, vida privada, etcétera – se consideró, en términos generales, irresarcible<sup>2</sup>, pues se trataba de lesiones a bienes tan sagrados e íntimos que la idea de emplear una suma de dinero para repararlo, o siquiera la idea de traducirlo al dinero, resultaba inmoral e indigno<sup>3</sup>. De esta manera los únicos daños que se consideraban como resarcibles eran los patrimoniales, pues su indemnización era de la misma forma que el propio daño, y desde el Derecho Romano se había formado una sólida doctrina en torno a la *Lex Aquilia* en esta línea de pensamiento.

Sin embargo, desde finales del siglo XIX, comenzó a cuestionarse todo el sistema de la responsabilidad civil, principalmente por una nueva especie de daños, producto de las máquinas y la industria que, siguiendo las reglas tradicionales, quedaban sin resarcir, puesto que era sumamente difícil probar la culpa del empresario o, simplemente, habían sido producto de un *accidente*, sin culpa de ninguna de las partes.

Este hecho de voltear hacia el lado de las víctimas, generó paralelamente la ampliación del concepto de daño, incluyendo conceptos

---

<sup>2</sup> Existen algunos casos aislados que el Derecho Romano consideraba como resarcibles, sin embargo no constituían la generalidad. Para un estudio sobre esos temas, véase JHERING, Rudolph von, *Actio Injuriarum. Des lésions injurieuses en droit romain (et en droit français)*, traduit et annoté par O. de Meulenaere, Paris, Librairie Marescq Ainé, 1888.

<sup>3</sup> ROJINA Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, 8ª ed, Porrúa, México, 2001, Tomo V, Volumen II, pag. 140.

que hoy agruparíamos como *daños morales*, como la honra, la integridad, entre otros.

Podemos decir que es a partir de aquí que se busca reparar el daño en su integridad, y no solamente su faceta pecuniaria, o bien, tomando las palabras de VINEY *le responsable doit réparer 'tout dommage', mais 'rien que le dommage'*<sup>4</sup>.

Con estos antecedentes, hoy en día podemos decir que la mayoría de la doctrina, considera que sería injusto dejar sin reparación todos aquellos daños morales, aquellos que recaigan sobre bienes o derechos cuya naturaleza no sea patrimonial y por lo tanto, carezcan de la posibilidad de ser reparados en sentido estricto<sup>5</sup>, es decir, en el restablecimiento de la situación anterior.

Surge entonces un grave problema conceptual: *¿cómo podemos reparar un daño que por definición es de naturaleza no patrimonial?* Me parece que la respuesta está en el sentido que le demos a la indemnización y significado del dinero en la reparación del daño.

Considero que la función del dinero, como lo demostraré a continuación, no es tan inmoral como señalaban hace tiempo algunos autores, pues su objetivo no será pagar un precio por los derechos lesionados. Nos dice RIPERT que sería profundamente inmoral decir que quien ha sido afectado en sus sentimientos, se consuele por el dinero recibido<sup>6</sup>.

Lo que se busca es reparar el daño dando a la víctima medios pecuniarios que le ayuden a procurarse satisfacciones que vengan a compensar los sufrimientos y afectaciones que hubiese padecido<sup>7</sup>, pues como dice la sentencia del Tribunal Supremo Español de 7 de febrero de 1962, *el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación del daño material... pero gracias a él puede la víctima del perjuicio moral, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables que vendrán a compensar las dolorosas o desagradables*<sup>8</sup>, o como dice FISCHER *si la indemnización en metálico no*

---

<sup>4</sup> VINEY, Geneviève, y JOURDAIN, Patrice, *Les effets de la responsabilité*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2010, pag. 156

<sup>5</sup> VICENTE Domingo, Elena, *El Daño*, capítulo III del libro REGLERO Campos, L. Fernando (Coord.) *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 3era ed, 2007, pag. 273.

<sup>6</sup> RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2eme ed, 1927, pag. 357

<sup>7</sup> ROJINA Villegas, Rafael, Op. Cit., Tomo V, vol. II, pag. 139; BREBBIA, Roberto H. *El daño moral*, Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1950, pag. 202; MAZEAUD, Henri y Leon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 3 eme édition, *Libraririe du Recueil Sirey*, Paris, 1938-1939, Tomo 3, pag. 466; PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges y ESMEIN, Pablo, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, Traducción de Mario Díaz Cruz, Editorial Cultural, La Habana, 1936, Tomo 6, pag. 925.

<sup>8</sup> Citada por YZQUIERDO Tolsada Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, pag. 164

*puede restablecer por sí el equilibrio perturbado de nuestro bienestar, puede procurar la adquisición de otros bienes que mitiguen el daño*<sup>9</sup>.

Esto es, debemos partir de que el daño no solamente puede repararse restableciendo la situación anterior al evento, sino también mediante el pago de una cantidad de dinero.

En efecto, el Código Civil Federal<sup>10</sup> señala en el artículo 1915, que *[l]a reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios*.

Es decir, la propia legislación permite en cualquier tipo de daños, que su reparación pueda ser de dos maneras: en *natura* o *por equivalente*.

La reparación en naturaleza, nos dice Enrique BARROS, tiene por objeto restituir a la víctima a la situación anterior al daño, o entregarle una suma de dinero que le permita a ella misma sufragar los gastos necesarios para efectuar por sí misma la restitución<sup>11</sup>. Nos dice Elena VICENTE que este resarcimiento es la genuina forma de reparación, pues persigue colocar al dañado en la situación anterior a la producción del evento<sup>12</sup>.

Definitivamente, en el caso de los daños morales no hay forma de volver en el mismo estado a la situación anterior al hecho ilícito<sup>13</sup>, puesto que se trata de bienes que no se pueden reparar, ya que no circulan en el tráfico jurídico<sup>14</sup>.

Debemos entonces considerar la otra forma de reparación del daño: por un equivalente pecuniario. En este caso, estaremos hablando de una indemnización de los daños y perjuicios mediante la fijación de una cantidad *en el valor más universalmente sentido hoy: en el dinerario*<sup>15</sup>.

Esta cantidad deberá, en el caso de los daños morales, compensar de alguna forma el daño sufrido por la víctima<sup>16</sup>, habrá que recurrir a la idea de satisfacción o consolación, para contrarrestar los desagradados o sufrimientos que la víctima haya padecido<sup>17</sup>. Será una satisfacción de

---

<sup>9</sup> FISCHER, Hans A., *Los daños civiles y su reparación*, Traducción de W. Roces, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid, 1928, pag. 228

<sup>10</sup> Publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928

<sup>11</sup> BARROS Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pag. 246

<sup>12</sup> VICENTE Domingo, Elena, Op. Cit., pag. 310

<sup>13</sup> BREBBIA, Roberto H. Op. Cit., pag. 195

<sup>14</sup> *Ibidem*, pag. 273

<sup>15</sup> DE CASTRO y Bravo, Federico, *La indemnización por causa de muerte* (Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo), Anuario de Derecho Civil, Tomo IX, Fascículo II, Abril – Junio de 1956, pag. 451

<sup>16</sup> BARROS Bourie, Enrique, Op. Cit., pag. 869

<sup>17</sup> VINEY, Effets, pag. 3

reemplazo, en cierta forma con *un rôle hédonistique*<sup>18</sup>. Tenemos entonces que la función de la indemnización del daño moral será compensatoria<sup>19</sup>.

Empezamos a vislumbrar el tema central de este trabajo. La justicia correctiva exige que la reparación del daño sea equivalente al perjuicio sufrido por la víctima<sup>20</sup>, pero ¿cómo traducimos esa exigencia moral en una cantidad concreta de dinero? ¿Cómo cuantificamos en dinero el daño moral sufrido?

Comencemos por analizar cómo el orden jurídico nacional ha tratado de resolver el problema, para después exponer algunas ideas de cómo sería viable plantear y resolver el problema.

### III ] La diversidad legislativa

La forma en que los Códigos Civiles de los estados de la República legislan el tema de los daños morales no son uniformes, sin embargo podemos clasificar en tres grandes grupos:

#### 1. Se vinculan el daño moral al patrimonial y su cuantificación es limitada

Existen, por desgracia, todavía algunas legislaciones que consideran que necesariamente debe existir un daño patrimonial para que exista el moral, limitando el valor de éste, a un tercio del primero.

Se ubican en este supuesto, las legislaciones de los estados de Baja California, Chiapas, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Nuevo León, Veracruz y Zacatecas.

Para analizar la forma en que este grupo de legislaciones abordan el daño moral, tomemos como ejemplo el Código Civil de Nuevo León<sup>21</sup>, el cual en su artículo 1813, dice:

*Independientemente de los daños y perjuicios, el Juez acordará a favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquella muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esta indemnización será por el monto de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil.*

Como vemos, estas legislaciones establecen una forma de valoración del daño moral demasiado rústica y, en mi concepto, sumamente deficiente e insuficiente para reparar en su integridad los daños causados, ya que establece la necesidad de que se causen daños patrimoniales para la indemnización de los morales y la forma cuantificación y valuación, la norma es simplista: un tercio de dicho daño patrimonial.

---

<sup>18</sup> RIPERT, Georges, Op. Cit. pag. 357

<sup>19</sup> YZQUIERDO Tolsada, Mariano, Op. Cit., pag. 164

<sup>20</sup> BARROS Bourié, Enrique, Op. Cit., pag. 216

<sup>21</sup> Publicado en el Periódico Oficial del Estado el día 06 de julio de 1935.

Debo aclarar que dicho Código Civil establece para el caso de que la víctima fallezca, algunas normas específicas:

a. La reparación debe consistir en el *pago de los servicios médicos, medicinas, de hospitalización y los necesarios para la curación de la víctima*<sup>22</sup>. En este caso, evidentemente se trata de un daño patrimonial, no de uno moral, pues se refiere a gastos realizados por la víctima o sus familiares para el tratamiento de las heridas sufridas.

b. Para el cálculo de la indemnización, el Código Civil de Nuevo León, remite al texto de la Ley Federal del Trabajo, y según dicho ordenamiento legal (artículos 500 y 502), la indemnización comprenderá : I. Dos meses de salario por concepto de gastos funerarios, y II. Una cantidad equivalente al importe de cinco mil días de salario<sup>23</sup>, sin deducir la indemnización que percibió el trabajador durante el tiempo en que estuvo sometido al régimen de incapacidad temporal. En el caso de estos dos incisos, aclara el Código Civil que el pago deberá ser proporcional a *la necesidad de la víctima y a la capacidad de quien está obligado a pagarla, sin que pueda llegar a constituir una suma que lesione los legítimos derechos de la familia de quien infiera el daño*<sup>24</sup>.

c. Si la víctima no tiene una percepción fija o salario, *la indemnización se calculara por peritos, quienes tomaran en cuenta las capacidades y aptitudes de la víctima en relación con su profesión, arte, oficio, trabajo u actividad a la que normalmente se dedique*<sup>25</sup>, aclarando que si no se puede emitir la pericial o la víctima no tiene percepciones o no labore, *la indemnización de los perjuicios se calculara sobre la base del salario mínimo más alto que esté en vigor en la región, en la época en la que el lesionado deje de trabajar.*

Debo precisar que la esencia de la indemnización contenida en la Ley Federal del Trabajo es diferente a la ocasionada por el daño moral. En mi concepto, los artículos 500 y 502 de la Ley laboral, buscan compensar el equilibrio patrimonial sufrido por la familia de la víctima (de ahí que los beneficiarios sean los señalados taxativamente en el artículo 501 Ley Federal del Trabajo), esto es, su objetivo es puramente patrimonial, tratando de indemnizar el daño económico causado por la futura ausencia de la víctima y la provisión de los ingresos derivados de su trabajo, por lo que no es en consecuencia su objetivo el reparar el dolor causado por la muerte y el daño en afectos, sentimientos o creencias.

En efecto, nos encontramos ante dos leyes con diferente materia: una, la Ley Federal del Trabajo, rige las relaciones laborales, es una legislación que tiende a *conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente*

---

<sup>22</sup> Artículo 1812 Bis, primer párrafo, y 1812 Bis II.

<sup>23</sup> Es de resaltarse que por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de Noviembre de 2012, se fijó en dicha cantidad, pues anteriormente era de 730 días de salario.

<sup>24</sup> Artículo 1812 Bis, último párrafo.

<sup>25</sup> Artículo 1812 Bis I.

en todas las relaciones laborales, según dice el propio artículo 2 de la Ley, mientras que el Derecho Civil rige, en un plano de equidad, las relaciones entre los particulares.

Lo anterior se demuestra con una lectura detallada del artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo, puesto que determina como requisito para que se tenga derecho a la mencionada indemnización, la dependencia económica o la incapacidad para trabajar.

Desde el Constituyente de 1917, se quiso establecer un régimen jurídico propio para la protección de los trabajadores<sup>26</sup>, que no fuera regido por el Derecho Civil. Por ello, estimamos que la indemnización prevista por los artículos arriba transcritos, no tiene como objetivo compensar a la víctima y sus familiares por el daño moral sufrido en una relación obligacional cuya fuente se encuentra en una responsabilidad civil, ya sea subjetiva u objetiva.

Es por lo anterior que no comparto lo señalado, aunque fue ciertamente *obiter dictum*, en alguna jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, del Poder Judicial de la Federación<sup>27</sup>.

En síntesis, la concepción de la responsabilidad civil en general y del daño moral en lo particular, que señalan las legislaciones civiles de los estados de la República arriba señalados, superada ya por la mejor doctrina internacional, considera que no puede existir el daño moral si no está vinculado de alguna manera al patrimonial, lo cual resulta totalmente incorrecto, ya que el daño moral, como se ha mencionado en líneas anteriores, corresponde a afectaciones a derechos ajenos personalísimos, como la honra, la integridad física y psíquica, etcétera, que pueden en un determinado caso tener repercusiones económicas, pero no debe ser una regla a seguir, y máxime, al contrario, despojar de toda indemnización cuando no acaezcan los patrimoniales.

## 2. Se vincula el daño moral con los Derechos de la Personalidad

Existe otro grupo de legislaciones de los estados de la República, comprendido por las de Coahuila, Jalisco, Estado de México, Puebla y Querétaro, en las cuales se hace referencia a que el daño moral surge por la violación de los derechos de la personalidad. Para analizar este grupo, comencemos por definir dichos derechos.

Desde hace muchos años, los juristas han venido hablando de la existencia de ciertos derechos necesarios para el desarrollo integral del ser humano, inherentes a su propia naturaleza, cuyo reconocimiento y protección debe ser una de las obligaciones básicas del Estado y del orden jurídico, o bien —como define Miguel CARBONEL los derechos

---

<sup>26</sup> Véase GUERRERO, Euquerio, *Manual de Derecho del Trabajo*, 14ª ed, Porrúa, México, 1984, pag. 23

<sup>27</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: II.3o.P. J/5, Tomo XXVIII, Septiembre de 2008, Pag. 1122, No. Registro 168800.

humanos—, las facultades e instituciones que concretan las exigencias de la dignidad, libertad y la igualdad humanas.<sup>28</sup>

Sin embargo la búsqueda, estudio y reflexión de estos derechos, a partir de la Revolución Francesa, fue abordado sólo, por el derecho público, lo cual provocó que se consideraran únicamente aplicables frente al gobernante, y no en todas las relaciones jurídicas, en especial, entre los particulares.

Con este antecedente, a partir de los últimos años del siglo XIX, resurgió el interés por el estudio de estos derechos en la doctrina francesa, primero, y de manera posterior en la italiana y española, reconociendo los juristas en el ámbito sólo del derecho civil la existencia de ciertos derechos subjetivos, cuya función consiste en establecer el mínimo necesario e imprescindible de la personalidad jurídica, en un plano específicamente civil, esto es, derechos sin los cuales la personalidad —capacidad de ser titular de derechos y obligaciones— quedaría como algo por completo insatisfecho, privado de cualquier valor concreto,<sup>29</sup> derechos protectores de bienes de la persona individual, como la vida, el nombre y el honor.<sup>30</sup> Éstos han sido llamados *derechos de la personalidad*.

Destaca don José CASTÁN que la teoría de los derechos de la personalidad pertenece, en esencia, al derecho civil, pues responde a la necesidad de que sean reconocidos y proclamados como una especie de derechos privados, vinculados al concepto de persona y personalidad, los cuales son sólo civiles, y por ello, dotados de una protección, precisamente, en el ámbito civil. Sin embargo, nada obsta para que algunos de ellos también sean considerados por otros cuerpos legales como derechos humanos, pues el ámbito de protección de estos últimos es diferente, y corresponde al derecho público.<sup>31</sup>

Estas teorías europeas son acogidas, desde hace años, por los códigos civiles de la República Mexicana que arriba señalamos.<sup>32</sup> Para

---

<sup>28</sup> CARBONEL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2ª ed, Porrúa, México, 2006, p. 9.

<sup>29</sup> DE CUPIS, Adriano, *I diritti della personalità*, Giuffrè Editore, Milán, 1959, Tomo I, pp. 9 y ss.

<sup>30</sup> CASTÁN Tobeñas, José, “*Los derechos de la personalidad*”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Segunda Época, año C, Tomo XXIV, núm. 1-2, julio-agosto de 1952, p. 6.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 12 y ss.

<sup>32</sup> El Código Civil del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) no los contempla de forma expresa, pero sí lo hace en la “Ley de responsabilidad civil para la protección del derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal”. Curiosamente la iniciativa de reformas presentada en diciembre de 1982 por el entonces Presidente de la República, Miguel de la Madrid, al *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal*, que culminaría con el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1982 que modificó el régimen del daño moral a como se encuentra actualmente, establecía la mención expresa a los derechos de la personalidad, sin

efectos del presente ensayo, me basaré en el Código Civil de Jalisco<sup>33</sup> pues es el que considero más claro en su exposición.

El primer párrafo del Artículo 24 del Código Civil de Jalisco<sup>34</sup> establece que el centro de atención de los derechos de personalidad debe estar en los atributos, esencia y cualidades del ser humano.

Los Artículos 27 y 28 del mencionado cuerpo legal enumeran los derechos de la personalidad, los cuales son:

La vida.

La integridad física y psíquica.

Los afectos, sentimientos y creencias.

El honor o reputación. Por tradición, se le ha considerado como el principal protegido por el daño moral, sin embargo, vemos que sólo es uno entre otros derechos de la personalidad.

El nombre y, en su caso, el seudónimo.

La presencia física.

El secreto epistolar, telefónico, profesional, de comunicación teleimpresa y el secreto testamentario.

La vida privada y familiar.

Las costumbres, monumentos, procedimientos y tradiciones culturales de las sociedades y grupos, así como de las personas, familias y comunidades de los pueblos indígenas que las integran.

Ahora bien, una vez establecido el catálogo de derechos, el Código Civil de Jalisco señala que la violación de los derechos de la personalidad es fuente de obligaciones, en los términos del propio Código<sup>35</sup>, lo cual ocurre a través de la responsabilidad civil.

El Código Civil de Jalisco nos dice en su Artículo 1391, primer párrafo, que *la violación de cualesquiera de los derechos de personalidad produce el daño moral, que es independiente del daño material. El responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización pecuniaria.*

Esto es, el propio Código Civil otorga la categoría de daño moral a la violación de los derechos de la personalidad, es decir, el simple hecho de haber vulnerado los derechos de la personalidad de una persona, le da derecho a una indemnización: la violación es un daño en sí misma.

Respecto a la cuantificación, el Código Civil jalisciense señala en su Artículo 1393 que la indemnización la calculará el juez considerando: i) La naturaleza del hecho dañoso.- ii) Los derechos lesionados.- iii) El grado de responsabilidad.- iv) La situación pecuniaria o el nivel de vida del

---

embargo en el procedimiento legislativo se eliminó esa mención y quedó en su lugar únicamente la enumeración de los derechos.

<sup>33</sup> Publicado en el Periódico Oficial el día 25 de febrero de 1995.

<sup>34</sup> Los derechos de personalidad tutelan y protegen el disfrute que tiene el ser humano, como integrante de un contexto social, en sus distintos atributos, esencia y cualidades, con motivo de sus interrelaciones con otras personas y frente al Estado.

<sup>35</sup> Artículo 34.- La violación de los derechos de personalidad bien sea porque produzcan daño moral, daño económico, o ambos, es fuente de obligaciones en los términos de este código.

responsable.- v) El grado y repercusión de los daños causados.- vi) Los usos y costumbres del lugar donde se causó el daño.

Estos aspectos me parece que merecen un comentario. Considero que los señalados con los incisos i), ii) y iii) nada tienen que ver con el daño en sí mismo considerado, sino que se indican más bien una posición sancionatoria de la responsabilidad civil, la cual me parece impropia. Como lo sostengo a lo largo del presente trabajo, la función de la indemnización debe ser reparar el daño causado, en toda su integridad, pero solamente el daño: no me parece que sea papel de esta institución jurídica castigar al responsable, eso corresponde al Derecho Penal o a otras ramas de la ciencia jurídica, pero no a la Teoría General de las Obligaciones.

Respecto al resto de los indicadores, es decir, los derechos lesionados, el grado y repercusión de los daños causados y los usos y costumbres del lugar donde se causó el daño, me parece que son los aspectos sobre los cuales se debe centrar el análisis que se realice para determinar la indemnización, puesto que, como lo demostraré en la última parte de este trabajo, son los que realmente describen el daño sufrido y sus consecuencias.

### 3. El daño moral procede en ciertos casos determinados

Podemos agrupar en esta sección, la mayoría de las legislaciones civiles de la República, siendo las de los estados de Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Colima, Chihuahua, Distrito Federal, Guerrero, Michoacán, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán y el Código Civil Federal.

Tomando como ejemplo el Código Civil Federal, tenemos que el artículo 1916 comienza por definir el daño moral como *la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.*

En el segundo párrafo del mismo artículo, señala que *el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material*, lo cual es aplicable tanto a responsabilidad contractual como extracontractual, objetiva y cualquier otra responsabilidad en términos del Código.

Veo positivamente este artículo, pues no vincula, como incorrectamente lo hacen los Códigos señalados en el primer grupo, la causación del daño moral al patrimonial, sino que los considera independientes uno de otro.

Respecto a la valoración, señala el párrafo cuarto que *el monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.*

Debemos mencionar en aplicación de esta legislación, la Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en el Amparo Directo 30/2013, en Sesión del día 26 de febrero de 2014. Esta resolución, en su considerando quinto, realiza un muy interesante análisis sobre el tema de las presentes líneas.

Los hechos de la sentencia, en breve síntesis, consistieron en que una persona se hospedaba en un hotel del Puerto de Acapulco, Guerrero. Al estar haciendo actividades acuáticas cae a un lago artificial del propio hotel, el cual se encontraba en deficiente estado de mantenimiento, lo que le provoca, después de un rato de estar en él sin atención de ninguna especie de personal salvavidas o de rescate, la muerte por electrocución. Los padres del joven son quienes demandan, reclamando el daño moral ocasionado por la pérdida de su hijo que, era único.

En la página 45, la sentencia define al daño moral como la afectación de un derecho o un interés no patrimonial, que puede producir consecuencias patrimoniales y/o extrapatrimoniales. Bajo este concepto, distingue entre el daño *en sentido amplio*, entendido como la lesión a un derecho o un interés extrapatrimonial, y el daño *en sentido estricto*, es decir, las consecuencias presentes o futuras que en la persona tiene dicha lesión.

Entrando al tema de la valoración de la indemnización, nos dice la sentencia en su página 91 que *el monto de la indemnización que se fije como compensación por el daño sufrido por la víctima debe ser suficiente para resarcir dicho daño y reprochar la indebida conducta del responsable*<sup>36</sup>.

Señala líneas más adelante, que la determinación del *quántum* de la reparación, en la práctica jurídica tanto nacional como extranjera:

*Oscila entre el margen de discrecionalidad que debe tener el juzgador para ponderar todos aquellos elementos subjetivos que intervienen en la calificación del daño, sus consecuencias y en lo que efectivamente debe ser compensado; y la arbitrariedad que puede generarse al momento de fijar dicha reparación sin explicitar los elementos que conducen al juzgador a arribar a dicha conclusión.*

A fin de fundamentar y motivar su resolución, y evitar caer en la arbitrariedad que señala, comienza la cuantificación distinguiendo entre lo que es la valoración del daño – *entidad cualitativa* – y la cuantificación de la compensación – *cuánto debe pagarse a la víctima* –. Valorar el daño, nos dice la sentencia, es determinar su entidad cualitativa, establecer el tipo de derecho o interés moral lesionado y su grado de afectación. Una vez valorado, debemos ponderar su repercusión, esto es, determinar

---

<sup>36</sup> De manera muy cuestionable – incluso generó un voto particular al respecto, del Ministro José Ramón Cossío – introduce la sentencia los llamados “*daños punitivos*”, al referir que uno de los objetivos fundamentales de la materia de la responsabilidad civil es el castigo de los culpables, lo cual en nuestra opinión es insostenible conforme al régimen jurídico vigente en el país.

cuánto se debe pagar, para que la indemnización sea considerada como justa, y añade la sentencia que: *El régimen de ponderación del quantum compensatorio depende de la conceptualización del derecho a una justa indemnización, de la visión que nuestra tradición jurídica adopta de la responsabilidad civil y, en particular, del deber de mitigar los efectos derivados del daño moral*<sup>37</sup>.

Para la cuantificación concreta del daño moral, la Primera Sala considera los siguientes factores:

a. En la víctima: El aspecto cualitativo del daño moral en sentido estricto. Se refiere a los siguientes elementos:

i) Tipo de derecho lesionado y su importancia. No es posible determinar que los derechos tienen mayor o menor valor, sin embargo si es posible determinar la importancia del valor o interés afectado. Entonces, la afectación puede ser leve, media o severa

ii) Existencia de un daño y su gravedad. Debe determinarse *el grado de la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima*<sup>38</sup>. Esta gravedad puede clasificarse en normal, media o grave.

iii) El aspecto patrimonial o cuantitativo del daño: El juez deberá considerar los gastos devengados derivados del daño moral (tales como gastos médicos, psicológicos, etcétera) y aquellos por devengar.

b. En la persona responsable:

i) El grado de responsabilidad: Se refiere a determinar la gravedad de la imprudencia, y puede ser leve, media o alta. Dice la sentencia que para la graduación, deberá ponderarse *el bien puesto en riesgo por la conducta negligente; el grado de negligencia y sus agravantes; la importancia social de los deberes incumplidos a la luz del tipo de actividad que desempeña la parte responsable; entre otros factores*<sup>39</sup>.

ii) Situación económica. Se refiere a la capacidad de pago y, sobre todo, a si el responsable obtuvo un beneficio o lucro por la actividad que originó el daño. Esta capacidad puede calificarse en baja, media o alta.

Aclara la sentencia que los anteriores elementos de cuantificación son meramente indicativos, ya que;

*El juzgador, al ponderar cada uno de ellos, puede advertir circunstancias particulares relevantes. Su enunciación simplemente pretende guiar el actuar de los jueces, partiendo de la función y finalidad del derecho a la reparación del daño moral, sin que ello signifique que estos parámetros constituye una base objetiva o exhaustiva en la determinación del quantum compensatorio.*<sup>40</sup>

Y concluye diciendo que la suma que se imponga deberá ser razonable, cumplir con el objeto de reparar pero también disuadir,

<sup>37</sup> Página 93 de la Sentencia.

<sup>38</sup> Página 96 de la Sentencia

<sup>39</sup> Página 98 de la Sentencia.

<sup>40</sup> Página 100 de la Sentencia.

imponiendo reparaciones responsables, justificadas y debidamente motivadas en las consideraciones antes señaladas<sup>41</sup>.

#### 4. Propuesta

Me parece que la valoración del daño moral es un tema sumamente complejo, pues inciden en él múltiples problemas.

En primer lugar, hay una gran variedad de supuestos englobados bajo el rubro de daño moral, los cuales, como ya hace muchos años lo dijo FISCHER *solo presentan en común la característica negativa que indica su calificación: la de no ser patrimoniales*<sup>42</sup>. Esto es, se trata de derechos muy diversos en su naturaleza y repercusiones unos de otros. Por ello me parece que no pueden establecerse reglas detalladas.

Así mismo tenemos que es algo totalmente subjetivo, pues *nadie en el mundo puede saber con seguridad ni valorar, en carácter y extensión, el dolor que yo sufría, mi angustia y el sentimiento de vergüenza y pudor que en mi despierte un acto*<sup>43</sup>. O como lo dice ABREVAYA, *medir el dolor, la aflicción espiritual es prácticamente imposible no existen ni pueden existir pautas concretas y definidas en términos dinerarios. Es tratar de objetivizar lo que tiene y solo puede tener su génesis en lo subjetivo*<sup>44</sup>

Estimo que las reglas que dan los Códigos Civiles de considerar diversos aspectos, como la naturaleza del hecho dañoso, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, el grado y repercusión de los daños causados y los usos y costumbres del lugar donde se causó el daño, son en el fondo correctos, sin embargo debe haber una reflexión alrededor de ellas, a fin de establecer su verdadero sentido.

### IV ] Opinión sobre la valoración del daño

Me parece que si bien la valoración del daño moral es un tema difícil, en parte lo es porque muchas veces no se hace un análisis detallado y metodológico y se intenta establecer una suma alzada para tratar de indemnizarlos o simplemente, ponerle un precio al dolor.

Considero que la metodología a seguir debe ser similar a que se emplea para la valoración en general, partiendo de un diagnóstico detallado del bien a justificarse.

Para ello, debemos en primer lugar identificar correctamente lo que vamos a valorar. Debemos distinguir, como bien lo hace la sentencia arriba mencionada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre la valoración del daño y la cuantificación de la indemnización, aunque

---

<sup>41</sup> Con base en lo anterior, la sentencia analiza el caso concreto y sin mayor razonamiento, impone una condena por \$ 30,259,200.00 pesos.

<sup>42</sup> FISCHER, Hans A. Op. Cit., Pag. 245

<sup>43</sup> *Idem.*

<sup>44</sup> ABREVAYA, Alejandra Débora, *El daño y su cuantificación judicial*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2ª Edición, 2011, pag. 431

yendo un poco más allá de lo que explícitamente dijo la resolución, pues como hace años mencionó DUBOIS, una cosa es estimar la vida de un hombre y otra muy diferente es estimar el daño o las afectaciones que pueden resultar de su muerte<sup>45</sup>. Es decir, no hay que pensar en la ley del Talión, donde la medida de la indemnización está en el daño sufrido (muerte), sino en las consecuencias que ello trajo a la persona. Así, parece que debemos identificar con la mayor precisión posible, el derecho lesionado, pero también, en qué forma y medida se afectó a la persona.

Por ejemplo, debemos establecer que se afectó el derecho a la vida de una persona, por tomar los hechos de la sentencia arriba comentada, al fallecer el hijo único de los demandantes, pero además – lo dice la sentencia, pero no con la importancia que me parece se merece – se debe identificar y detallar, qué afectaciones sufrieron los demandantes, qué alteraciones tuvieron en su interior, en su *psique*, en su esfera de la personalidad. Me parece que esto debe ser el primer paso.

Una vez hecho lo anterior, debemos dimensionar esa afectación, establecer en qué medida le afecta a la víctima esas alteraciones. No es lo mismo la afectación que sufren los padres por la muerte de un hijo único, con el que convivían a diario, cohabitando en el mismo domicilio, que el sufrimiento de unos padres por la muerte de uno de sus hijos, que además no vivía con ellos, que habitaba en otra ciudad o, inclusive, en otro país y con el que no tenían comunicación alguna. En ambos casos el derecho lesionado será el mismo, pero sin duda las repercusiones en uno y otro supuesto serán de muy diferente magnitud.

En aquel cuya convivencia era diaria, sufrirán lo que VINEY y JOURDAIN llaman “perjuicio de acompañamiento”<sup>46</sup>, pues se verán privados de la diaria convivencia y acompañamiento, además del perjuicio de afección, dolor nacido por la muerte del ser querido.

Evidente resulta entonces que aunque el derecho lesionado sea el mismo, el grado de afectación será muy diferente en uno y otro caso.

Debemos además considerar la particular condición de la víctima, su personalidad, forma de llevar las penas, pues es evidente que hay quienes tienen mayor fortaleza ante las adversidades, saben llevar mejor las penas y adaptarse a las nuevas circunstancias, mientras que otros no pueden levantarse tan fácilmente, se sienten destrozados y, en consecuencia, tratar de compensar el daño será más difícil y, en consecuencia, la cantidad pagada deberá ser mayor<sup>47</sup>.

Ahora bien, con este panorama un poco más claro, debemos ahora sí, establecer de qué manera podría ser reparado ese daño en concreto, buscando cómo la víctima podría procurarse satisfacciones que de manera aproximada ayuden a sobrellevar o compensar el sufrimiento<sup>48</sup>, o bien, como lo anotábamos líneas arriba, para que la víctima pueda procurarse

<sup>45</sup> DUBOIS, Maurice, *Pretium doloris*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1935, pag. 8-9

<sup>46</sup> VINEY, Geneviève, y JOURDAIN, Patrice, Op. Cit., pag. 340 y ss.

<sup>47</sup> BREBBIA, Roberto H., Op. Cit., pag. 207 y ss.

<sup>48</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Español de 14 de diciembre de 1996.

sensaciones agradables que vendrán a compensar las desagradables.

No hay que perder de vista que *no se trata de ponderar o de medir el daño desde un punto de vista económico, sino entre otros ítems, de compensar con bienes que puedan permitir otros goces, el sufrimiento padecido*<sup>49</sup>. Aquí jugarán un papel determinante los usos sociales, pues siempre marcan ciertas pautas en la valoración de los daños morales<sup>50</sup>.

Creo que aquí está un punto muy importante en el proceso de valoración, pues debemos ahora sí traducir en cantidades pecuniarias no el daño sufrido, sino cómo podemos repararlo, otorgando a la víctima medios económicos para que se pueda proveer otros placeres o bienes que ayuden a mitigar o superar el daño sufrido.

Este debe ser un ejercicio que se realice con sensatez, prudencia, sentido común y justicia y, definitivamente, siempre será necesario que las bases de cálculo deban estar de forma explícita en la sentencia<sup>51</sup>.

Me parece que siguiendo estos pasos, podemos más fácilmente determinar el valor justo de la indemnización a pagar, y no solamente, como se ha venido haciendo en la mayoría de las resoluciones judiciales, establecer una suma genérica e irrazonada que pretenda compensar el daño moral.

## Bibliografía

- ABREVAYA, Alejandra Débora, *El daño y su cuantificación judicial*, 2ª ed, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011
- BARROS Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009
- BREBBIA, Roberto H., *El daño moral*, Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1950
- CARBONEL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2ª ed, Porrúa, México, 2006
- CASTÁN Tobeñas, José, *Los derechos de la personalidad*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Segunda Época, año C, Tomo XXIV, núm. 1-2, julio-agosto de 1952
- DE CASTRO y Bravo, Federico, *La indemnización por causa de muerte* ( Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo), Anuario de Derecho Civil, Tomo IX, Fascículo II, Abril – Junio de 1956
- DE CUPIS, Adriano, *I diritti della personalità*, Giuffrè Editore, Milán, 1959
- DUBOIS, Maurice, *Pretium doloris*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1935
- FISCHER, Hans A, *Los daños civiles y su reparación*, Traducción de W. Rocés, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid, 1928.
- GUERRERO, Euquerio, *Manual de Derecho del Trabajo*, 14ª ed, Porrúa, México, 1984
- JHERING, Rudolph von, *Actio Injuriarum. Des lésions injurieuses en droit romain (et en droit français)*, traduit et annoté par O. de Meulenaere, Librairie Marescq Aîné, Paris, 1888

<sup>49</sup> ABREVAYA, Alejandra Débora Op. Cit., pag. 431

<sup>50</sup> VICENTE Domingo, Elena Op. Cit., pag. 311-312

<sup>51</sup> BARROS Bourie, Enrique, Op. Cit., pag. 919

MAZEAUD, Henri y Leon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 3<sup>eme</sup> édition, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1938-1939

PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges y ESMEIN, Pablo, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, Traducción de Mario Díaz Cruz, Editorial Cultural, La Habana, 1936, Tomo 6

RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2<sup>eme</sup> ed, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1927.

ROJINA Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, 8<sup>a</sup> ed, Porrúa, México, 2001, Tomo V, Volumen II

VICENTE Domingo, Elena, *El Daño*, capítulo III del libro REGLERO Campos, L. Fernando (coord.) *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3<sup>era</sup> ed, Thomson Aranzadi Navarra, 2007

VINEY, Geneviève, y JOURDAIN, Patrice, *Les effets de la responsabilité*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2010

YZQUIERDO Tolsada, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001

Fecha de recepción: 28 de diciembre de 2015

Fecha de aprobación: 26 de abril de 2016

# Nociones fundamentales para el estudio del Derecho Canónico

CLAUDIO MINAKATA URZÚA<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Derecho: lo justo*. II. *El Derecho en la Iglesia*.

**Resumen.** El presente trabajo nos permite introducirnos al estudio del Derecho Canónico a través de un breve y completo análisis de la noción, fundamento, título, medida y límites del derecho. Partiendo de dichos conceptos, se analizan las siguientes instituciones del Derecho Canónico: la comunión en sus dos dimensiones (con Dios y entre los hombres); la sacramentalidad de la Iglesia, como *signo e instrumento de la salvación operada por Cristo y en Él, por la Iglesia*<sup>2</sup>; y el Derecho Constitucional Canónico como el derecho constituido por el Derecho Divino y constituyente del derecho humano eclesiástico.

**Palabras clave:** Derecho, justicia, relación jurídica, Derecho Canónico, comunión y sacramento.

**Abstract.** *This paper introduces us to the study of Canon Law through a brief and complete analysis of the notion, basis, title, measure and limits of the law. Starting from these concepts, the following institutions of Canon Law are analyzed: communion in its two dimensions (with God and among men); sacramentality of the Church, as a sign and instrument of salvation operated by Christ and in Him, by the Church; and Constitutional Canon Law, as the law established by Divine Law and as founder of the ecclesiastical human law.*

**Keywords:** *Law, justice, legal relationship, Canon Law, communion and sacrament.*

## I ] Derecho: lo justo

De la noción de derecho de la que partamos a la hora de abordar el estudio del Derecho Canónico, dependerá el resultado del trabajo jurídico. Hay muchas acepciones del término *derecho*, las más conocidas suelen ser: conjunto de normas que regulan las relaciones sociales (o su ciencia) y facultad o pretensión de exigir de otros algo. Estas concepciones del derecho terminan por alejar el derecho de la justicia y acercarse a la idea de poder: mando, exigencia, sanción. La noción que

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Canónico de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara.

<sup>2</sup> C.J. ERRÁZURIZ, *¿Qué es el derecho en la Iglesia?*, EUNSA, España, 2011, p. 55.

transmiten Aristóteles<sup>3</sup>, los juristas romanos<sup>4</sup> y Sto. Tomás de Aquino<sup>5</sup> coinciden en que *el derecho es inseparable de la justicia en cuanto es precisamente su objeto, es decir lo que es justo. Actuar según justicia significa dar a cada uno lo que es su derecho.*<sup>6</sup>

La definición de derecho como *lo justo* no implica desprestigiar las otras nociones, simplemente situarlas en relación a la justicia. Las normas son jurídicas en cuanto reglas de justicia. La exigencia es derecho en cuanto se es titular de lo exigido, etc.

Se parte pues de esta noción de derecho, no sólo porque se considera que la visión clásica del realismo es la más sólida y con una validez que ha sido ampliamente mostrada<sup>7</sup>; sino también porque el uso que durante décadas se ha hecho de la misión canónica se encuadra en la doctrina jurídica de la potestad de orden y potestad de jurisdicción. La organización del ejercicio de la potestad en la Iglesia según este binomio parte de los albores del primer milenio, aunque su elaboración científica y conciencia reflexiva haya aparecido en torno a los siglos XI y XII<sup>8</sup>. La concepción de *ius prescindía* –porque todavía no se elaboraba– de la idea moderna de que el derecho es fruto del Estado, o del concepto de *derecho subjetivo* que surge del código napoleónico (s. XIX), o de la tripartición de poderes (Montesquieu, s. XVII).<sup>9</sup>

De modo que se entiende por derecho: lo que es justo. Es decir, una cosa –realidad– material o inmaterial como la vida, la libertad, el trabajo, etc., que pertenece a un sujeto<sup>10</sup> como *suya*, en cuanto que le es debida por otro sujeto<sup>11</sup>, y por lo tanto tiene la obligación de dársela (entendido como respeto, transferencia, restitución, etc.), y el primero puede exigirla. De modo que el derecho tiene como notas la intersubjetividad, la obligatoriedad, la exigibilidad y la coercibilidad. Sin embargo, aunque una persona no ejerza su facultad de exigir el derecho, el deber sigue existiendo y aun cuando no haya un sistema coercitivo que garantice la eficacia de la exigencia –si se ejerce–, el derecho no desaparece.

<sup>3</sup> *Lo que es justo en sentido objetivo*, (cf. *Ética* a Nicómaco, libro V).

<sup>4</sup> «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi» (Digesto, 1, 1, 10).

<sup>5</sup> «Hoc nomen ius primo impositum est ad significandam ipsam res iustam» [Summa Theologiae (en adelante, S. Th.), II-II, q. 57, a. 1, ad 1].

<sup>6</sup> C.J. ERRÁZURIZ, *¿Qué es el derecho...*, *op.cit.*, p. 34.

<sup>7</sup> Conforme pasan los años la visión realista va recobrando vigor. Entre los citados por Errázuriz están juristas como Michel Villey y Javier Hervada, además de muchos otros que serán citados en este trabajo.

<sup>8</sup> Cf. A.M. STICKLER, *La bipartición de la potestad eclesial en su perspectiva histórica*, *Ius canonicum* 15, 1975, p. 54-55.

<sup>9</sup> Cf. O. DE BERTOLIS, *Origine ed esercizio della potestà ecclesiastica di governo in san Tomasso*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2005, p. 69 – 71.

<sup>10</sup> Persona humana u otro sujeto de derecho que la trasciende.

<sup>11</sup> Tomando el ejemplo de *Robinson Crusoe*: el famoso personaje tenía cosas suyas, pero al no haber otro sujeto en dicha isla no podían llamársele propiamente *derechos*.

Como los hombres nos relacionamos a través de medios externos, el acto de dar y el derecho debe ser material o tener manifestaciones externas cuando el derecho es incorpóreo, Pero como dice Errázuriz: *Esto no quiere decir que únicamente los bienes materiales sean objeto de los derechos. Es más, los principales bienes jurídicos son aquellos inherentes a la persona misma y a sus actividades máximamente espirituales (vida, libertad, buena fama, privacidad, verdad, etc.).*<sup>12</sup> Sino que sólo a través de su manifestación o exteriorización puede ser derecho o tener relevancia jurídica.<sup>13</sup>

A su vez, el derecho en cuanto algo debido, es opuesto a lo gratuito como lo señala Javier Hervada:

*...esto no significa que en el origen del derecho no pueda estar un don gratuito. [...] Sin cosas repartidas, si lo básico y lo fundamental fuese lo común, no habría lo suyo de cada uno ni tendría objeto dar a cada uno lo suyo: no tendrían razón de ser ni el derecho ni la justicia. El derecho -en el sentido realista del término- y la justicia suponen la división y el reparto.*<sup>14</sup>

Es necesaria una precisión respecto a la diferencia entre derecho y derecho subjetivo<sup>15</sup>. Derecho subjetivo se dice en relación a derecho como lo justo. Derecho subjetivo es el poder de la persona en relación a su derecho, por ejemplo cada una de las facultades inherentes a la propiedad (usar, vender, prestar, participar), o a las libertades fundamentales (obrar, hacer, etc.). Se pueden resumir en tres: facultad de hacer, de tener y de exigir. Esta última facultad es manifestación del derecho como la cosa suya debida en justicia. Este puede –no necesariamente debe– ser exigido (respeto, restitución, entrega, etc.).

El derecho subjetivo en cuanto facultad puede constituir por sí mismo la cosa justa: *Pueden existir facultades o poderes de hacer y tener que correspondan a una persona.*<sup>16</sup>

## 1. Fundamento, título, medida y límites del derecho

¿Qué cosas son de cada quién, por qué, cuánto, cómo, cuándo, dónde? Precisamente a estas preguntas dan respuesta las nociones enunciadas en el subtítulo.

---

<sup>12</sup> C.J. ERRÁZURIZ, *op. cit.*, p. 39.

<sup>13</sup> HERVADA, Javier, *Las raíces sacramentales del derecho canónico*, en PEDRO RODRÍGUEZ [ET AL.] (eds.), *Sacramentalidad de la Iglesia y Sacramentos: IV Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, España, 1983, p. 364-365.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 365-366.

<sup>15</sup> Un desarrollo más completo puede verse en HERVADA, Javier., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNSA, España, 2008, p. 237-244.

<sup>16</sup> *Ibidem.*, p. 243.

El fundamento del derecho es *aquello en cuya virtud un sujeto puede ser sujeto de derecho o de determinados derechos*.<sup>17</sup> Cuando uno tiene fundamento de derecho, se está habilitado para ser titular del derecho, pero no necesariamente se es titular. El fundamento último de todo derecho es la condición de persona humana –el fundamento *fundamental*–<sup>18</sup>. Como el hombre se ordena a unos fines tiende a aquellos, está abierto a las cosas exteriores a él, es constitutivo de la naturaleza humana tener dominio.

Habrà que evitar confundir el fundamento del derecho y la capacidad jurídica, que es consecuencia del fundamento, por ejemplo, el niño no nacido tiene fundamento para la propiedad pero puede ser incapaz si la ley sólo la otorga a los nacidos. El fundamento, sin embargo, no es de un solo tipo. El fundamento último de todo derecho es la naturaleza humana, el fundamento mediato de los derechos es la potencia de la naturaleza que permite que la persona pueda ser titular (es propio de la naturaleza trabajar, contraer matrimonio, asociarse, pero no volar como los pájaros). Todo derecho tiene también un fundamento próximo: puede ser positivo si la posibilidad del derecho es atribuida por una ley, la costumbre, un acuerdo, etc. o natural (como en el caso de la propiedad), en este caso se confunde con el mediato.

*El título es aquello en cuya virtud algo pasa al dominio de alguien*.<sup>19</sup> También se puede definir como [...] *aquello en lo que tiene su origen el derecho, esto es, lo que origina –la fuente– el dominio del sujeto sobre la cosa. [...] lo que atribuye la cosa al sujeto, aquello en cuya virtud la cosa es suya*.<sup>20</sup> Los títulos pueden ser muy diversos: actividades, pactos, leyes, ser persona, una condición personal (como el carácter sacramental), un acto administrativo de la autoridad, una sentencia, etc. Sin título no hay atribución y por tanto no hay derecho.

A veces una misma cosa puede ser fundamento y título de derecho y otras veces no, por eso es muy importante su distinción. Sirva como ejemplo la naturaleza humana: esta es fundamento y título de los derechos conocidos como derechos humanos o derechos fundamentales. Pero uno no puede decir que la propiedad de una casa o un automóvil tengan como título la naturaleza, tienen en ella su fundamento, no su título, que será una donación, una compra-venta, etc.

*Por medida del derecho entendemos su caracterización y delimitación intrínseca y extrínseca. Consiste en: a) la delimitación de la cosa (sea corporal o incorporal): su cantidad, cualidad, valor, naturaleza, etc.; b) de qué modo la cosa es del titular: como propietario, arrendatario, usuario o administrador, como*

---

<sup>17</sup> HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, EUNSA, España, 2001, p. 49.

<sup>18</sup> La razón es que sólo la persona domina su propio ser y lo que le constituye, como la relación entre el titular y su derecho es de dominio se entiende que el fundamento del derecho se refiera al porqué de la posibilidad de ese dominio.

<sup>19</sup> HERVADA, Javier, *Introducción crítica...*, *op. cit.*, p. 64.

<sup>20</sup> *Ibidem.*, p. 48.

*primer titular o como delegado, etc.; c) facultades jurídicas que le competen; d) presupuestos de uso del derecho, etc.*<sup>21</sup>

El modo de ser el derecho de su titular implica también la manera de satisfacerlo, usarlo y ejercerlo, el tiempo y el plazo. La medida del derecho viene determinada por la naturaleza de la cosa y por su regulación.

## 2. La relación jurídica

A la relación entre el sujeto titular del derecho y el sujeto titular del deber se le llama relación jurídica. No toda relación entre personas es una relación jurídica, se requiere la igualdad fundamental entre ellos o, lo que es lo mismo, que lo debido y lo que se da no se funden en una relación de desigualdad: las relaciones de piedad filial, que se fundan en que los hijos recibieron la vida de los padres, y que nunca podrán ser de justicia porque lo recibido –la vida–, y lo devuelto –reverencia, ayuda, etc.– son desiguales. Sin embargo, se considera como derecho por ser igualmente vinculantes los derechos y obligaciones surgidos. Las relaciones de amistad, por ejemplo, pueden incorporar contenidos de justicia, pero se fundan en la gratuidad.

Ahora bien, no toda relación de justicia se da entre personas singulares, sino que también puede existir entre grupos (colectividades) y entre individuos y grupos. Conviene centrar la atención en las relaciones de justicia en la que el grupo o colectividad debe a sus componentes, que son titulares de derecho (justicia distributiva).

*[...] la relación de justicia [...] se originará si algo de la sociedad es derecho del individuo. [...] las relaciones de justicia aparecen allí donde lo colectivo se desglosa entre los miembros; es decir, en la distribución de lo común entre los individuos. [...] Se trata de la distribución de los bienes y cargas comunes a los individuos que forman la colectividad.*<sup>22</sup>

Se hace necesario decir que a diferencia del título en la justicia conmutativa –que define la medida del derecho–, en la justicia distributiva se tiene un título que no hace referencia a algo poseído sino a la repartición justa de algo que pertenece a la colectividad.

*En efecto, la cosa, antes de repartirse, no es del individuo sino de la colectividad, se hace suya –del individuo– en el momento de la distribución; antes de eso lo suyo es simplemente la destinación de los bienes y de las cargas a repartirse entre los componentes; [...] el individuo tiene el derecho a ser tratado como corresponde a su condición de destinatario de los bienes y de las cargas de la colectividad.*<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> *Ibidem.*, p. 50.

<sup>22</sup> *Ibidem.*, 57.

<sup>23</sup> *Idem.*

¿Cómo se mide lo justo en este caso? Se mide con referencia a la condición del miembro de la sociedad, proporcionalmente, en ello radica la igualdad: *Se tratará igual a los miembros de una colectividad cuando se les trate proporcionalmente a su posición relativa a los fines de la colectividad.*<sup>24</sup> Es decir *a cada cual según su condición, sus capacidades, su aportación a la sociedad y sus necesidades.*<sup>25</sup>

La condición de cada miembro dependerá en primer lugar de la función que cada uno desempeñe, de su oficio, cargo o actividad. *Por razón de este hecho, corresponde a cada cual lo que pertenece a su función.*<sup>26</sup> Hay comunidades que se constituyen como desiguales, como un hospital donde hay médicos y enfermos, universidades con profesores –que enseñan– y alumnos –que aprenden–, etc. En las comunidades [...] *que responden a este modelo desigual, la distribución de bienes y cargas ha de hacerse en función de esta posición desigual, y en ello reside la justicia.*<sup>27</sup> En este reparto también hay que tomar en cuenta la capacidad, que determinará la proporción en la que se reparten cargas y bienes.<sup>28</sup>

Observando la relación en la que el individuo debe a la colectividad a la que pertenece –sin identificarse con ella perdiendo su singularidad, pues dejaría de ser otro–, se descubre lo que se conoce como justicia legal. ¿Por qué legal? Porque la ley señala ordenadamente la obligación de cada uno respecto al bien común<sup>29</sup>. Cada individuo para ser justo frente al grupo social, cumple las leyes. La ley –justa–, según la clásica definición del *aquinate* es la *ordinatio rationis ad bonum commune ab eo qui curam habet communitatis promulgata.*<sup>30</sup>

Llegado este momento, queda claro que el derecho sólo en un sentido secundario es ley, *la ley es una regla, [...] es regla de lo justo, del*

<sup>24</sup> *Ibidem.*, 58.

<sup>25</sup> *Ibidem.*, 59.

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> *Ibidem.*, 60. Desde ahora hay que decir –para evitar pasos en falso– que la naturaleza Iglesia, a la luz de la doctrina del Concilio Vaticano II, no permite que se le considere una comunidad–sociedad desigual (como sucedería entre pacientes y enfermos, profesores y alumnos), sino que en ella se da una radical igualdad, la de fiel, de los que algunos están constituidos en jerarquía.

<sup>28</sup> Otros criterios son la aportación al bien común y la necesidad. La Iglesia como Pueblo redimido de Dios, tiene una naturaleza en la que estos criterios no aplican del todo, pues todos estamos necesitados de la gracia que se transmite a través de los sacramentos, y el que radicalmente hace eficaz la actividad de la Iglesia es su fundador, Dios. En la Iglesia rige la economía salvífica, la *lex gratiae*.

<sup>29</sup> Lo que debe cada individuo al grupo social al que está vinculado se conoce como bien común, que tiene razón de finalidad de la sociedad, *es lo que cohesiona [...] –unión para unos fines– y en consecuencia es aquello en cuya razón los individuos se unen.* [HERVADA, Javier, *Introducción crítica...*, *op. cit.*, p. 63.].

<sup>30</sup> S. Th., I-II, q. 90, a. 4; se deja de lado la precisión de que en sentido estricto esta definición es de norma, mientras que la ley lo es si proviene del legislador. Para el caso que se trata sirve igual.

*derecho*.<sup>31</sup> A través de la ley se puede saber qué es de cada uno, cómo lo es y la manera de cumplir con la deuda o cómo exigir su cumplimiento. Puede limitarse a declarar la existencia de relaciones preexistentes a la ley o crear nuevas. Puede ser causa del derecho repartiendo cosas, otorgando títulos de atribución (pueden crear oficios u órganos de gobierno determinando los derechos y deberes de sus titulares, sus funciones, etc.); también funciona como medida, no sólo de los derechos establecidos por ella sino en varias ocasiones de los existentes (cómo usar los derechos, cuáles son sus límites, establece presupuestos de capacidad, incluso circunstancias en que se pierde la capacidad de ejercicio o incluso la titularidad de los que se pueden perder.

Cuando en una sociedad existe *un conjunto o red de múltiples relaciones jurídicas o sea de justicia, cuyos titulares son en definitiva las personas humanas [...]*<sup>32</sup> existe un orden jurídico u ordenamiento jurídico que también se puede definir como la sociedad (la Iglesia por ejemplo) en cuanto jurídicamente estructurada en un momento determinado. Los elementos de la estructura son los de la relación jurídica: los sujetos, lo que hace que los sujetos estén relacionados en justicia (fundamento de la relación), un contenido atribuido o atribuible y debido en justicia, el vínculo o unión en función de la cosa atribuida y debida según un fin (que da orden a la relación). Dicha estructura varía en el tiempo, pues las relaciones son dinámicas: se originan, modifican o extinguen. Esto sucede por hechos jurídicos (como la concepción de una nueva persona) o actos jurídicos que pueden pertenecer al ámbito de autonomía de las personas o a actos de potestad de quienes están constituidos en autoridad (de régimen: leyes, actos administrativos, sentencias judiciales, o en el caso de la Iglesia también sacramentales: bautismo, orden).<sup>33</sup>

Si se considera a la persona dentro del ordenamiento jurídico, se la ve como sujeto de relaciones jurídicas conmutativas, distributivas y legales ocupando una posición determinada dentro del todo con respecto a los demás. Esta posición es una condición estable, en la Iglesia por ejemplo están la de fiel laico, clérigo o religioso; superior o subordinado, etc. La relación jurídica se entiende bajo esta concepción de orden como [...] *situación jurídica en que se encuentran las personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico*.<sup>34</sup>

El contenido de la relación, lo justo, la situación jurídica del sujeto en el ordenamiento depende de [...] *la posición que el sujeto ocupe en el ordenamiento; esto es, se configuran en razón de la misión y de las funciones del sujeto con respecto a la consecución del fin de la sociedad*.<sup>35</sup> Las situaciones jurídicas se pueden clasificar en: 1) activas –si es acreedor

<sup>31</sup> HERVADA, Javier, *Introducción crítica...*, op. cit., p. 132.

<sup>32</sup> C.J. ERRÁZURIZ, *¿Qué es el derecho...*, op. cit., p. 36.

<sup>33</sup> Cf. P. LOMBARDIA, *Lezioni di diritto canonico*, Giuffrè, Italia, 1985, p. 168- 172

<sup>34</sup> HERVADA, Javier, *Sugerencias acerca de los componentes del derecho*, *Ius canonicum* 6, 1966, p. 73.

<sup>35</sup> *Ibidem.*, p. 63.

respecto a un deudor–, pasivas –si es deudor– (en estos dos casos corresponde dar, hacer, respetar, etc.), o inactivas si el contenido es de no hacer, independientemente de la función que se realice en el grupo; 2) favorables si amplían la esfera jurídica del sujeto o desfavorables, si la reducen. Entre estas situaciones están la de derecho, potestad, facultad, interés, deber, obligación, expectativa, etc.

## II ] El derecho en la Iglesia

Hablar de derecho en la Iglesia requiere saber qué es el derecho y saber qué es la Iglesia. Del primero se ha hecho un esbozo esencial. Respecto a la Iglesia no bastan descripciones externas ni visiones reductivas. *Para captar el Derecho Canónico en su esencia la única vía consiste en situarlo en el misterio de la Iglesia, según la autocomprensión de la Iglesia.*<sup>36</sup> La autocomprensión de la Iglesia es objeto de la Eclesiología (teología), no del Derecho Canónico.

Esta necesidad ha sido expresada por el decreto conciliar *Optatam Totius* con las siguientes palabras: [...] *en la exposición del derecho canónico y en la enseñanza de la historia eclesiástica, atiéndase al misterio de la Iglesia, según la Constitución dogmática De Ecclesia, promulgada por este Sagrado Concilio.*<sup>37</sup>

El derecho en la Iglesia no es esencia de la Iglesia; hay expresiones usadas por los textos del Concilio Vaticano II que describen la Iglesia y hay expresiones que, aun no abarcando su entera realidad misteriosa, dicen qué es.

Dos de ellas que servirán para descubrir que el derecho es algo intrínseco a la realidad de la Iglesia son la Iglesia como comunión y como sacramento<sup>38</sup>. *El concepto de comunión (koinonía), ya puesto de relieve en los textos del Concilio Vaticano II, es muy adecuado para expresar el núcleo profundo del Misterio de la Iglesia [...].*<sup>39</sup> Para comprender mejor la realidad de la Iglesia como comunión es necesaria una [...] *adecuada integración del concepto de comunión con los de Pueblo de Dios y de Cuerpo de Cristo, y también por un insuficiente relieve atribuido a la relación entre la Iglesia como comunión y la Iglesia como sacramento.*<sup>40</sup>

### 1. La comunión y sus bienes

El derecho, como se ha podido ver, es una realidad relacional en la que dos sujetos en situaciones jurídicas complementarias, en cuanto

<sup>36</sup> C.J. ERRÁZURIZ, *¿Qué es el derecho ...*, op. cit., p. 45.

<sup>37</sup> CONCILIO VATICANO II, *decr. Optatam totius*, 16d.

<sup>38</sup> Cf. C.J. ERRÁZURIZ, *¿Qué es el derecho ...*, op. cit., p. 47.

<sup>39</sup> CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE (en adelante, CDF), *Carta Communionis notio sobre algunos aspectos de la Iglesia considerada como comunión*, 28 de mayo de 1992, n. 1.

<sup>40</sup> CDF, *Carta Communionis notio ...*, cit., n. 1.

viven la justicia, se reconocen como personas. La comunión es igualmente una realidad personal y relacional. En la realidad de la Iglesia como comunión se observa la realidad del derecho en la Iglesia.

[...] *la comunión implica siempre una doble dimensión: vertical (comunión con Dios) y horizontal (comunión entre los hombres). Es esencial a la visión cristiana de la comunión reconocerla ante todo como don de Dios, como fruto de la iniciativa divina cumplida en el misterio pascual. La nueva relación entre el hombre y Dios, establecida en Cristo y comunicada en los sacramentos, se extiende también a una nueva relación de los hombres entre sí.*<sup>41</sup>

Esta especial unión de los hombres en Cristo conlleva una *Comunión de personas que participan de la misma vida divina, regeneradas en el bautismo y hechas concorpóreas de Cristo por el hecho de alimentarse del único cuerpo del Señor.*<sup>42</sup> De aquí proviene la expresión del símbolo apostólico: *communio sanctorum*, como comunión de personas santas en las cosas santas o sagradas<sup>43</sup>.

Esta comunión eclesial junto con su ser vertical y horizontal, es invisible y es visible. Es invisible porque se trata de la unión de cada hombre con la Trinidad Santísima y con los demás hombres en Cristo: *Comunión de personas que participan de la misma vida divina, regeneradas en el bautismo y hechas concorpóreas de Cristo por el hecho de alimentarse del único cuerpo del Señor.*<sup>44</sup> Es visible [...] *en la doctrina de los Apóstoles, en los sacramentos y en el orden jerárquico.*<sup>45</sup>

Pues bien, es aquí donde surge el derecho en la Iglesia: la palabra de Dios, los sacramentos y el régimen eclesiástico son los bienes jurídicos fundamentales, son *derecho*, bien debido en justicia. Comunicando la verdad sobre Dios, sobre ellos mismos y sobre el mundo, e instituyendo al mismo tiempo los medios para que la salvación de la Cruz y la Resurrección, los hombres de todos los tiempos estamos en posición de entrar en la comunión con Dios. De esta consideración se vislumbra que los bienes jurídicos principales son la palabra y los Sacramentos.<sup>46</sup>

¿Por qué los sacramentos son derechos? Cristo, por un acto de misericordia<sup>47</sup> nos ha ganado la salvación, nos ha hecho partícipes de su misma vida divina, la Gracia, la vida de Dios Uno y Trino. La gracia ha sido

---

<sup>41</sup> *Ibidem.*, n. 3.

<sup>42</sup> M. SEMERARO, *Communio*, en J. OTADUY – A. VIANA – J. SEDANO (eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, 284 (en adelante, DGDC).

<sup>43</sup> Cf. CEC. Compendio, 194-195; cf. también M. SEMERARO, *Communio*, *op. cit.*, p. 283.

<sup>44</sup> M. SEMERARO, *Communio*, *op. cit.*, p. 284.

<sup>45</sup> CDF, *Carta Communionis notio...*, *op. cit.*, n. 4.

<sup>46</sup> Son muchos los juristas que han visto en ellos el fundamento del derecho aunque posteriormente hayan seguido caminos distintos de elaboración, entre ellos: Klaus Mörsdorf con quienes han continuado su elaboración por diversos caminos y con distintos éxitos, y Javier Hervada.

<sup>47</sup> cf. Jn 3, 16

destinada a todos los hombres por lo que todos somos capaces de ella y tenemos título de atribución. Por esto mismo se llama gracia, es la vida divina, merecida por Cristo. El título de posesión de la gracia son los méritos de Cristo; al ser suyos, cada hombre incorporado a Él participa de ellos, eso es efecto del bautismo: conforma con Cristo haciéndonos coherederos con Él<sup>48</sup>. Y al bautismo tenemos derecho frente a la Iglesia todos los hombres<sup>49</sup> con la condición de creer<sup>50</sup>.

Que una cosa sea derecho implica su atribución, que esté repartida, la gracia ha sido destinada a todos los hombres pero [...] no es divisible; aunque en diversos grados de intensidad, se da totalmente a todos, sin repartos ni distribuciones. [...] uno que se da íntegramente a todos. Por otra parte, en la gracia no se dan las dimensiones de cantidad, espacio y tiempo, ni cosas externas.<sup>51</sup> Tal vez la gracia no, pero sus cauces sí: [...] esto es lo que se opera mediante la eficacia *ex opere operato* de los sacramentos. [...] se materializan sus cauces. De este modo, la gracia se hace repartible, un bien que se distribuye por manos humanas.<sup>52</sup>

De modo que hay un título de atribución de la misma vida de Dios, a través de unos cauces materiales. El derecho no es ante Dios, en quien todo es misericordia<sup>53</sup>. El deber es del *administrador fiel y prudente* de los bienes de la casa paterna que da a los hijos la ración adecuada en el momento oportuno<sup>54</sup>:

*Hay aquí un caso de derecho y de justicia distributiva respecto a unos bienes, cuya atribución tiene su origen en la liberalidad y la misericordia; atribución misericordiosa que engendra, respecto del depositario, un deber de justicia, no sólo en relación al depositante, sino también en relación al destinatario, porque la donación ha originado el ius de este último.*<sup>55</sup>

El destinatario del bautismo es todo hombre; de los demás sacramentos<sup>56</sup>, los bautizados. El Depositante es Dios y los Depositarios los ministros, obligados ante Dios y ante los destinatarios, como dice la Escritura: *Todo pontífice [...] ex hominibus assumptus pro hominibus constituitur in his, quae sunt ad Deum [...]*<sup>57</sup>.

La economía sacramental:

---

<sup>48</sup> cf. Rm 8, 16-17

<sup>49</sup> cf. Mt 28, 19

<sup>50</sup> cf. Jn 1, 2-13

<sup>51</sup> HERVADA, Javier, *Las raíces sacramentales...*, op. cit., p. 367-368.

<sup>52</sup> *Ibidem.*, p. 368.

<sup>53</sup> Esto equivale a decir que *el principio de vida y de orden que preside las relaciones del hombre con Dios y de los hombres entre sí, no es una estructura jurídica, sino la gracia del Espíritu Santo.* *Ibidem.*, p. 367.

<sup>54</sup> cf. Mt 24, 25; Lc 12, 42

<sup>55</sup> *Ibid.*, 365.

<sup>56</sup> La Eucaristía es el más importante, el sacramento central de la comunión eclesial. Los bautizados tenemos derecho al perdón porque ya lo ha ganado Cristo.

<sup>57</sup> Heb 5, 1.

[...] es aquella suprema misericordia que ya ha entregado irrevocablemente el don a los hombres y sólo resta que el hombre se abra al don y el ministro sea su fiel dispensador (1 Cor, 4, 1-2). El fiel, por ser hijo de Dios, tiene derecho a los bienes de la casa paterna ante quienes ejercen la administración: esos bienes son los sacramentos junto con la Palabra de Dios.<sup>58</sup> A raíz de los sacramentos, de la economía sacramental, hay verdadero Derecho en la Iglesia<sup>59</sup>.

La palabra de Dios, tiene el mismo titular de atribución que el bautismo: todos los hombres. Y aquí hay que hacer una precisión. Si bien se ha hablado más arriba de los ministros como depositarios, custodios, administradores de los bienes de la casa paterna, eso no quiere decir que sean los únicos obligados respecto a dichos bienes jurídicos:

[...] los derechos de los fieles existen también respecto de la Iglesia entera, y por tanto ante sus hermanos. Existe un plano de igualdad entre los bautizados, en cuanto participan de la misma dignidad como cristianos y son titulares de los mismos derechos y deberes fundamentales. En este plano existen verdaderos derechos y deberes jurídicos eclesiales entre todos los bautizados en cuanto miembros de la Iglesia.<sup>60</sup>

Dice el Catecismo de la Iglesia Católica (CIC) en el c. 209 § 1 que *Los fieles están obligados a observar siempre la comunión con la Iglesia, incluso en su modo de obrar*. Si los vínculos de la comunión son la profesión de fe, los sacramentos y el régimen eclesiástico, hay obligación de todos los fieles de preservar estos vínculos, todos están en su derecho de vivir en la comunión al mismo tiempo que en el deber de vivir respecto a ella.

Las manifestaciones de justicia referidas al bien de la palabra de Dios son muy diversas. Ocupan todo el libro tercero del CIC referido a los deberes de la función de enseñar: magisterio como depósito, custodia, profundización<sup>61</sup>, predicación<sup>62</sup>, catequesis<sup>63</sup>, actividad misional<sup>64</sup>, etc. Y también aparecen de diversas maneras en el resto del código, por ejemplo, enunciadas como derechos fundamentales, comenzando por el c. 213. El bien de la Palabra no se agota en el magisterio y la predicación, la catequesis y la actividad misional; el derecho tiene otras formas no oficiales y otros sujetos obligados: derecho a la educación cristiana<sup>65</sup>,

<sup>58</sup> HERVADA, Javier, *Las raíces sacramentales...*, op. cit., p. 374-375.

<sup>59</sup> *Todos los sacramentos contribuyen a la existencia del derecho de la Iglesia [...]. Pero todos ellos dependen del bautismo, que es la puerta de los demás, y del orden, que es el sacramento de la jerarquía eclesiástica. Gracias al bautismo hay miembros del Pueblo de Dios, llamados a la vida sacramental; y gracias al orden, el Pueblo de Dios está jerárquicamente organizado. Ibidem., p. 378.*

<sup>60</sup> C.J. ERRÁZURIZ, ¿Qué es el derecho..., cit., 50.

<sup>61</sup> cc. 747-755

<sup>62</sup> cc. 756 - 772

<sup>63</sup> cc. 773 - 780

<sup>64</sup> cc. 781 - 790

<sup>65</sup> cf. c. 217

derecho al conocimiento y profundización de la doctrina cristiana para vivirla, anunciarla, defenderla y hacer apostolado<sup>66</sup>, etc.<sup>67</sup>

El régimen eclesiástico, potestad de la jerarquía eclesiástica (expresiones no perfectamente equivalentes) como tercer bien de la comunión, hace binomio con otro bien –jurídico– salvífico *de especial relieve para la operatividad del ámbito jurídico: la libertad de la persona humana en la Iglesia*. Esta libertad que proviene de la verdad de Cristo<sup>68</sup>, es la condición del fiel, del hijo de Dios<sup>69</sup>, que san Pablo llama *la libertad de la gloria de los hijos de Dios*<sup>70</sup>.

Esta libertad de los hijos de Dios, derecho fundamental, necesario para poder amar a Dios tiene diversas concreciones: elección del estado de vida, asociación en la Iglesia<sup>71</sup>, en la forma de vivir la vida cristiana, en la esfera de lo opinable. En resumen, la libertad como bien jurídico del fiel «implica un espacio dejado a su iniciativa y autodeterminación, sin obligaciones jurídicas más allá de aquellas que son inherentes a la misma comunión.»<sup>72</sup> Pero igualmente se concreta en la posibilidad de cumplir libremente las obligaciones que derivan de la condición y posición del fiel en la Iglesia respecto a los bienes de la comunión, respecto a la disciplina, etc.

Junto con la libertad está presente el régimen, tal como dejó dicho Jesucristo a sus apóstoles: *Les aseguro que todo lo que ustedes aten en la tierra, quedará atado en el cielo, y lo que desaten en la tierra, quedará desatado en el cielo*<sup>73</sup>. El gobierno o el régimen es el tercero de los bienes de la comunión formalizados en el CIC, tiene razón de instrumento respecto a la protección y transmisión eficaz de los sacramentos y de la palabra de Dios. Sus efectos están en la línea de la declaración y determinación, ser medida y causa –de algunas– de las relaciones jurídicas intraeclesiales (determinación general, por las leyes; y más concreta, por los actos administrativos y las sentencias judiciales).

Los fieles tienen el derecho a contar con un gobierno y unas leyes justas, un *buen gobierno*, también a que los demás fieles observen las disposiciones de gobierno (derecho del que es titular la Iglesia entera). Los fieles deben obediencia a las disposiciones de gobierno. A estas situaciones activas y pasivas de los fieles corresponden situaciones pasivas y activas de los Pastores.

## 2. La sacramentalidad de la Iglesia

<sup>66</sup> cf. c. 229 § 1

<sup>67</sup> C.J. ERRÁZURIZ, *La parola di Dio quale bene giuridico ecclesiale: il munus docendi della Chiesa*, Italia, 2012, p. 29.

<sup>68</sup> cf. Jn 8, 32; 14, 6

<sup>69</sup> cf. LG, 9b

<sup>70</sup> Rm 8, 21

<sup>71</sup> cf. cc. 223 y 225

<sup>72</sup> C.J. ERRÁZURIZ, *¿Qué es el derecho...*, op. cit., 51.

<sup>73</sup> Mt 18, 18

La relación entre los elementos visibles e invisibles de la comunión eclesial es *constitutiva de la Iglesia como Sacramento de salvación*.<sup>74</sup> Que la Iglesia sea presentada de este modo quiere decir que la Iglesia es en Cristo como un sacramento, o sea signo e instrumento de la unión íntima con Dios y de la unidad de todo el género humano es *en Cristo como un sacramento, o sea signo e instrumento de la unión íntima con Dios y de la unidad de todo el género humano*.<sup>75</sup>

Sin embargo, esta equiparación es analógica, pues la acción de la Iglesia no alcanza sus fines *ex opere operato*. La sacramentalidad de la Iglesia se refiere a que *en toda acción se pueden distinguir dos aspectos, uno sensible y otro no sensible, siendo el primero signo e instrumento (en sentido lato) de la salvación operada por Cristo y, en Él, por la Iglesia*.<sup>76</sup>

La consideración de la sacramentalidad de la Iglesia permite entender su índole social y el papel del derecho y las leyes en ella que, a su vez, participan de esta misma naturaleza sacramental.<sup>77</sup>

¿Cómo se explica esto? El derecho en la Iglesia tiene sus raíces en los bienes de la comunión, en particular en los sacramentos. Los sujetos de la comunión en la Iglesia son los fieles, que a su vez son los sujetos de las relaciones jurídicas que surgen de los sacramentos, la palabra de Dios y el régimen. Estas relaciones entre los fieles –vinculados por lazos invisibles con manifestaciones visibles–, están precedidas por un principio que les da sentido: la continuación de la misión salvadora de Cristo<sup>78</sup>. La Iglesia *ha sido enviada al mundo para anunciar y testimoniar, actualizar y extender el misterio de comunión que la constituye: a reunir a todos y a todo en Cristo; a ser para todos sacramento inseparable de unidad*.<sup>79</sup>

En este perpetuar y extender el reino de Dios en la tierra participan la Iglesia como institución jerárquica y todos los fieles personalmente independientemente de su posición. La acción de la Iglesia en este sentido persigue *conducir a todos los hombres -y a ayudarse mutuamente a conducirse- a Cristo: el fin común de la Iglesia es el conjunto de condiciones que favorecen y conducen a la vida en Cristo*.<sup>80</sup> Así, la finalidad del derecho canónico no es otro que la finalidad de la Iglesia, bien común eclesial al que se hace referencia en el último canon del CIC diciendo que *la salvación de las almas [...] debe ser siempre la ley suprema en la Iglesia*. (c. 1752).

La Iglesia en el cumplimiento de esta misión realiza una labor de mediación: es instrumento de Cristo no sólo en la administración de los

<sup>74</sup> CDF, *Carta Communionis notio ...*, cit., n. 4.

<sup>75</sup> LG, 1; cf. SC 26.

<sup>76</sup> C.J. ERRÁZURIZ, *¿Qué es el derecho...*, op. cit., p. 55; la humanidad asumida por la Persona del Verbo fue el instrumento de la salvación. Esta salvación alcanza todas las épocas por la Iglesia, sacramento que nace de su costado abierto (cf. SC 5).

<sup>77</sup> Cf. HERVADA, Javier, *Las raíces sacramentales...*, op. cit., p. 384.

<sup>78</sup> cf. Mt 28, 18-20.

<sup>79</sup> CDF, *Carta Communionis notio ...*, cit., n. 4.

<sup>80</sup> HERVADA, Javier, *Las raíces sacramentales...*, op. cit., p. 384-385.

sacramentos, sino también en la transmisión del Evangelio, en la observancia de su doctrina, etc. Esta función de mediación calza con la imagen de la Iglesia como cuerpo místico de Cristo a través de la cual, Cristo –perfecto Dios y hombre– continúa realizando la salvación.<sup>81</sup> El Concilio Vaticano II lo ha resumido así:

[...] *la sociedad provista de sus órganos jerárquicos y el Cuerpo místico de Cristo, la asamblea visible y la comunidad espiritual, la Iglesia terrestre y la Iglesia enriquecida con los bienes celestiales, no deben ser consideradas como dos cosas distintas, sino que más bien forman una realidad compleja que está integrada de un elemento humano y otro divino. Por eso se la compara, por una notable analogía, al misterio del Verbo encarnado, pues así como la naturaleza asumida sirve al Verbo divino como de instrumento vivo de salvación unido indisolublemente a Él, de modo semejante la articulación social de la Iglesia sirve al Espíritu Santo, que la vivifica, para el acrecentamiento de su cuerpo.*<sup>82</sup>

La Iglesia ha sido constituida como sacramento para el cumplimiento de su misión. En esta misión se tiene como fin la salvación, la comunión de los hombres con Dios y entre sí. Los medios que Jesucristo ha confiado a la Iglesia para que cumpla esta misión mediadora son derechos, originan vínculos de comunión, que son a su vez vínculos jurídicos. De este modo se pone de manifiesto precisamente la intrínseca relación entre la observancia de aquello que es justo en la Iglesia y la realización de la misión salvífica.<sup>83</sup>

Verdaderamente la Iglesia, siendo una *Ecclesia Spiritus*, es *Ecclesia iuris*; y lo es, no como dos aspectos separables, sino en una unidad mística en la que la *Ecclesia iuris* no es más que forma de manifestarse en la historia humana la *Ecclesia Spiritus*.<sup>84</sup> Se armonizan así realidades como los sacramentos y palabra de Dios, régimen y libertad –que lejos de contraponerse sirven a la única misión eclesial<sup>85</sup>–, actos de potestad de gobierno y obediencia a la disciplina, acción institucional y acción personal –individual o asociada–. Y dentro de esta consideración encontrarán su lugar natural toda la actividad de la organización eclesial y la misión canónica<sup>86</sup>.

### 3. Derecho divino y humano. Derecho constitucional canónico

Lo que es justo en la Iglesia, el derecho eclesial incluye: 1) las realidades atribuidas por Dios Creador al hombre –derecho natural–; 2) realidades de índole sobrenatural que asumen elementos naturales y que

<sup>81</sup> HERVADA, Javier, *Diritto costituzionale canonico*, Giuffrè, Italia, 1989, p. 33.

<sup>82</sup> Cf. Ef. 4,16.

<sup>83</sup> C.J. ERRÁZURIZ, *¿Qué es el derecho ...*, op. cit., p. 57.

<sup>84</sup> HERVADA, Javier, *Las raíces sacramentales ...*, op. cit., 384.

<sup>85</sup> C.J. ERRÁZURIZ, *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa I. Introduzione i soggetti ecclesiali di diritto*, Giuffrè, Italia, 2009, v.

<sup>86</sup> Cf. *Ibidem.*, p. 304.

se refieren a «la dimensión de justicia de la economía salvífica instaurada por Cristo Redentor.»<sup>87</sup> – Derecho divino positivo<sup>88</sup>–, es decir, el orden jurídico intrínseco al misterio de la Iglesia<sup>89</sup>; y 3) un derecho de origen humano (fruto de la libertad) –derecho humano eclesiástico<sup>90</sup>–. Se puede decir por tanto que «el derecho canónico es en parte derecho divino, natural y positivo, y en parte derecho humano.»<sup>91</sup>

Al derecho divino se le puede llamar constitucional porque la Iglesia ha sido *constituida y ordenada como una sociedad en este mundo*.<sup>92</sup> El derecho constitucional es constituyente y constitutivo, funda el derecho humano eclesiástico –es constituido–. Es necesario evitar la mentalidad positivista: el derecho constitucional, en cuanto divino, no es un código de normas jurídicas completas perfectamente formalizadas. Sino que es una realidad ordenada, según unos principios que requieren una formalización jurídica<sup>93</sup>.

Por lo mismo al derecho constitucional de la Iglesia se le llama canónico, en cuanto sometido a formalización jurídica que le da operatividad. Esto es propio de la naturaleza de la Iglesia constituida como sociedad. En cuanto humana, esta formalización tendrá elementos contingentes que pueden ser mejorados y adaptados en la medida en que se conozca mejor el misterio de la Iglesia y, por tanto, al se puedan llegar a mejores conclusiones o se encuentre una mejor manera de determinar y concretar el derecho divino<sup>94</sup>. Un ejemplo es la formalización hecha en 1983 y 1990 del estatuto jurídico fundamental del fiel.

El derecho meramente eclesiástico –no constitucional– no es un sistema paralelo al derecho divino, ni es una realidad completa e independiente a este, sino un elemento del único sistema jurídico en la Iglesia. El derecho humano en la Iglesia no se limita a los actos de régimen (leyes, actos administrativos, sentencias), sino que incluye también todo aquello que tiene relevancia jurídica fruto de la autonomía del fiel.

Fecha de recepción: 8 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 26 de abril de 2016

---

<sup>87</sup> IDEM., ¿Qué es el derecho..., cit., 59.

<sup>88</sup> Positivo porque Dios ha intervenido gratuitamente con su obra salvífica fundando la Iglesia.

<sup>89</sup> Cf. E. MOLANO, *Derecho constitucional canónico*, en J. OTADUY – A. VIANA – J. SEDANO (eds.), DGDC, III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, p. 108; cf. también E. MOLANO, *Derecho constitucional canónico*, EUNSA, España, 2013, p. 127.

<sup>90</sup> No hay que confundirlo con el Derecho eclesiástico del Estado, es decir, con el derecho del Estado relativo a cuestiones religiosas.

<sup>91</sup> C.J. ERRÁZURIZ, ¿Qué es el derecho..., cit., 59.

<sup>92</sup> LG 8; c. 204 § 2

<sup>93</sup> Cf. E. MOLANO, *Derecho constitucional...*, cit., 113.

<sup>94</sup> Cf. S. Th., I-II, q. 95, a. 2.



# El modelo de justicia constitucional en México

ROXANA PAOLA MIRANDA TORRES<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Antecedentes del control de la constitucionalidad.* II. *Marco contextual y problemática de la justicia constitucional en México.* III. *Análisis de las constituciones locales.* IV. *Marco teórico.* V. *Un Tribunal Constitucional para Jalisco.* VI. *Conclusiones.*

**Resumen.** En México existe una tendencia de establecer tribunales constitucionales locales con la idea de resolver los problemas relativos a la aplicación y protección de cada constitución estatal, sin embargo, estos esfuerzos han sido aislados, de acuerdo a las necesidades políticas, económicas y jurídicas de cada entidad, estos tribunales conocen de juicio de amparo, controversias constitucionales, controversias por omisión legislativa, entre otras cuestiones, sin existir un modelo en cuanto a su organización ni materias de las que conocen, lo que pone en tela de juicio su eficacia.

**Palabras clave:** Constitución, control constitucional, tribunal constitucional, federalismo.

**Abstract.** *In Mexico there is a tendency to establish local constitutional courts with the idea of solving the problems relating to the implementation and protection of each estate constitution, but these efforts have been isolated, according to the political, economic and legal implication of each entity. These courts hear of Amparo, constitutional disputes, and controversies over legislative inaction, among other things; without having a model in terms of its organization or subject matters, questioning their effectiveness.*

**Keywords:** *Constitution, constitutional control, constitutional court, federalism.*

## I ] Antecedentes del control de la constitucionalidad

El caso *Marbury vs. Madison* fue el antecedente del control constitucional de las leyes, pero no significó el establecimiento de un órgano especializado para tal efecto. Así podemos decir que el *control difuso de la constitucionalidad de los actos de la autoridad es el más antiguo medio de control, se trata de un tipo de control que permite a*

---

<sup>1</sup> Doctorando en Derecho y profesora en la Universidad Panamericana campus Guadalajara.

*cualquier juez, defender la regularidad constitucional de las leyes*<sup>2</sup>. Este sistema estuvo vigente todo el siglo XIX y parte del siglo XX, pero después de la Primera Guerra Mundial, Europa buscó un nuevo sistema de control constitucional.

En este orden de ideas y de la mano de Hans Kelsen se estableció en la Constitución Austriaca de 1920 un Tribunal Constitucional Federal con características de independencia, especial, concentrado, con efectos de cosa juzgada y *erga omnes*; creado ex profeso para juzgar sobre el respeto a la Constitución, revisando la constitucionalidad de las leyes<sup>3</sup>. Este modelo encontró eco en los Estados europeos después de la Segunda Guerra Mundial.

Así, podemos mencionar tres etapas de la creación de los Tribunales Constitucionales, la primera etapa a partir de la Primera Guerra Mundial con el modelo planteado por Kelsen, una segunda después de la Segunda Guerra Mundial donde además de la constitucionalidad de las leyes se propone la protección de los derechos humanos, aquí encontramos la creación del Tribunal italiano en 1949; finalmente una tercera etapa con la proliferación de estos tribunales en América Latina a partir de 1970 aproximadamente, así podemos encontrar Cortes o Tribunales que se encuentran fuera del Poder Judicial como el caso de Chile, Perú, Portugal, etc.; Tribunales Constitucionales dentro del Poder Judicial en Bolivia y Colombia; Salas Constitucionales Autónomas que forman parte de las Cortes Supremas, tal es el modelo de Costa Rica y Venezuela; finalmente Cortes Supremas realizando funciones de Tribunales Constitucionales en Argentina y México<sup>4</sup>.

Existen muchas definiciones de *Tribunal Constitucional*, sin embargo siguiendo a Favoreu podemos establecer que se trata de un órgano con autonomía funcional cuyas materias objeto de estudio son: a) el control de la regularidad de las elecciones; b) la resolución de conflictos en la esfera de competencias, garantizar el buen funcionamiento de los poderes públicos y la distribución de sus competencias; c) el control de la constitucionalidad de leyes y d) la protección de los derechos humanos<sup>5</sup>.

A partir de este desarrollo de los tribunales constitucionales en el mundo, México no se ha quedado atrás y se han realizado una serie de reformas constitucionales al apartado del Poder Judicial Federal y en el ámbito estatal se desarrolló la justicia constitucional local, tal y como veremos en los siguientes apartados.

---

<sup>2</sup> DÍAZ ROMERO, Juan, "Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación" en el libro *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II, UNAM, México, 2008, p. 174.

<sup>3</sup> *Idem*. Vid. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomos I y II, Porrúa, México, 2006.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 178- 181.

<sup>5</sup> FAVOREU, *apud, idem*.

## II J Marco contextual y problemática de la justicia constitucional local en México

Las Constituciones de 1857 y 1917 recogen esta expresión federalista, y de los artículos 39, 40 y 41<sup>6</sup>, que se mantienen en los mismo términos en ambas Constituciones, se desprenden tres grandes premisas de nuestro federalismo, reconocidas expresamente: la soberanía nacional reside en el pueblo; como expresión de voluntad popular nos constituimos en una república compuesta de Estados libres y soberanos; el pueblo ejerce su soberanía a través de los poderes de los Estados en todo lo concerniente a sus regímenes interiores<sup>7</sup>.

En virtud del sistema federal coexisten dos órdenes jurídicos con jurisdicción sobre las mismas personas y el mismo territorio, pero con diferente ámbito de aplicación; también representan dos fuentes de autoridad los primeros llamados poderes federales y los segundos no menos importantes llamados: autoridad local, o sea, las entidades federativas, por ser integrantes de la Nación mexicana, a las que la Constitución llama: estados libres y soberanos. Ambas formas de organización en cuanto a autoridades y facultades, conforman lo que se conoce constitucionalmente como Estados Unidos Mexicanos<sup>8</sup>.

Así, las autoridades locales gozan de igual legitimidad e idéntica responsabilidad y compromiso con los mexicanos, si bien al suscribir el pacto federal los estados asumieron limitaciones, también establecieron la base constitucional que los hace gobierno, por lo que ejercen sus

---

<sup>6</sup> Constitución Política de México. Artículo 39: La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo el tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de gobierno.

Artículo 40: Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Artículo 41: El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal...

Cfr. COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Dos siglos de Constitucionalismo en México*, Porrúa, México, 2010.

<sup>7</sup> CAMACHO QUIROZ, César, *La Justicia Constitucional Local*, en el libro *La Justicia Constitucional en las entidades federativas*, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral, México, 2008, pp. 121- 124.

<sup>8</sup> Artículos 40 y 41 en relación con el 115 y 116 de la Constitución Política de México.

propios poderes en lo legislativo, en lo administrativo y lo judicial. Se reservaron el derecho a gobernarse.

El pacto federal que nos constituye como nación, porque las entidades federativas renuncian a su soberanía exterior a fin de unirnos como nación, conservando los estados miembros autonomía y soberanía al interior, por lo que subsisten autoridades, legislaciones locales y federales con facultades y reglas de competencias delimitadas por la ley.

En este marco constitucional, el artículo 124<sup>9</sup> establece que las facultades que no están expresamente concedidas a la federación, se entienden reservadas a los Estados, pero en la práctica se ha interpretado a *contrario sensu*, pues cada vez se amplía más el ámbito federal reduciendo el estatal.

Existen indicadores para medir el federalismo; en primer lugar el porcentaje de las recaudaciones, cuánto recauda el gobierno central, cuánto los gobiernos estatales y cuánto los gobiernos municipales; el segundo indicador cuánto se gasta; un tercer, es el impacto o el grado de importancia de las leyes federales; además la impartición de justicia. El gobierno federal es el que recauda la mayor parte de lo que se capta como ingresos fiscales del estado mexicano. En relación a la legislación federal, basta consultar el número de leyes federales que existen, son casi 300, hay leyes para lo más trivial posible. Tenemos un federalismo en apariencia pero somos más centralistas que algunos países con sistemas unitarios<sup>10</sup>.

De esta manera, *por razones históricas, sociales y políticas nuestro país desarrolló un modelo de organización centralista y la impartición de justicia no es la excepción, la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde el siglo XIX a la fecha se ha encargado de dirimir los conflictos de interpretación constitucional en México*<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Constitución Política de México. Artículo 124: Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados...

<sup>10</sup> *El Pacto, reflexiones sobre el federalismo*, Revista de información, divulgación y análisis, Instituto de Estudios del Federalismo, Jalisco, México, marzo de 2013.

<sup>11</sup> MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, Enrique, Prólogo, en el libro *Justicia Constitucional Local*, FUNDAp, México, pp. 9 y 10. No fue el Constituyente Federal, ni el legislador el que creó la garantía de legalidad a finales del siglo XIX en México, sino la Suprema Corte de Justicia de la Nación quien abrió las puertas del amparo contra todos los fallos de todos los tribunales del país. Que en su momento histórico atendió a un reclamo nacional, ya que sólo se confiaba en la neutralidad y objetividad de la Suprema Corte pues la suponían libre de toda presión y de todo sometimiento. *Vid.* DE ANDREA SÁNCHEZ, Francisco José, Coordinador, *Derecho Constitucional estatal Estudios Históricos, legislativos y teórico-prácticos de los estados de la República Mexicana*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001, p. 19.

El hecho de que en ocasiones sosteniendo el criterio de violaciones indirectas a la Constitución Federal, bajo el amparo de los artículos 14 y 16 constitucionales<sup>12</sup>, la Suprema Corte haya entrado a conocer asuntos del orden local, cerraron la puerta a un eventual control de constitucionalidad en las entidades. *La falta de ingeniería constitucional y el conservadurismo que han motivado las grandes ramas del Derecho Constitucional, pusieron en el mandamiento de ese aletargamiento doctrinal y legislativo*<sup>13</sup>, por lo que quedó centralizada la administración de justicia en todo el país, se aniquiló el federalismo en el ámbito judicial y los jueces estatales quedaron sometidos a los tribunales de la Federación.

En este contexto, el año 2000 fue un parteaguas para la instauración del constitucionalismo local, el estado de Veracruz fue modelo en esta tendencia y en la actualidad veintidós entidades federativas cuentan con distintos mecanismos de justicia constitucional<sup>14</sup> que denominamos como local pues cuentan con los instrumentos de índole jurisdiccional para la protección, preservación, interpretación y aplicación directa de la normativa suprema de esos Estados<sup>15</sup>.

A través de este régimen de justicia se da la posibilidad a las entidades federativas para construir un modelo constitucional para los problemas nacionales a partir de la visión local: los derechos humanos, el equilibrio de poderes, la justicia, etc. Muchas de las alternativas se pueden diseñar e instrumentar dentro de los Estados, sin necesidad de acudir a un modelo centralista: la imaginación, la creatividad y la novedad son características propias de un régimen federalista basado en la fuerza de sus partes, no en una sola de ellas, la federación. En consecuencia:

*Si la gran parte de los conflictos que aquejan nuestra nación, nacen, se reproducen (y resucitan) en el ámbito local, lo lógico es que los estados edifiquen un paradigma que les permita gobernar y vivir en forma democrática dentro de su régimen constitucional. Las entidades federativas deben olvidar la época del*

---

<sup>12</sup> Las garantías contempladas en estos artículos son de seguridad jurídica, las cuales son: el juicio previo a la privación; es decir, que dicho juicio se siga ante tribunales establecidos con antelación; que en el mismo se sigan las formalidades procesales esenciales; y que el o los hechos que dieran origen al citado juicio se regule por leyes vigentes con anterioridad. *Vid. Constitución Política de México.*

<sup>13</sup> ASTUDILLO REYES, César, *Ensayos de Justicia Constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*. UNAM, México, 2004, p. 70.

<sup>14</sup> Los Estados que han desarrollado algún mecanismo de justicia constitucional son: Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

<sup>15</sup> COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Derecho Constitucional Electoral*, Porrúa, México, 2008.

*modelo centralista, para iniciar una etapa más constructiva e innovadora dentro del sistema federal: el constitucionalismo local*<sup>16</sup>.

Por el momento las entidades de la República mexicana que cuentan con instituciones de control de constitucionalidad local: todas ellas se han alejado de la idea Kelseniana, que exige tribunales constitucionales independientes de cualquiera de los tres poderes en los que tradicionalmente se ha dividido el ejercicio del poder público para incardinar a la justicia constitucional en el ámbito del Poder Judicial estatal<sup>17</sup>. Y además cuentan con una problemática específica:

1. Cada estado ha construido su defensa constitucional en relación a su contexto político y social (nomología<sup>18</sup>). No existe un constitucionalismo local sistematizado, sino que han surgido esfuerzos aislados, que tal vez no han dado los resultados deseados, ni han puesto de manifiesto la innegable necesidad de desarrollar el constitucionalismo estatal.

2. Existe una falta de conocimiento y difusión de este derecho entre la ciudadanía. Las personas desconocen que cuentan con un juicio de amparo local, por ejemplo.

3. La falta de voluntad política de la Federación para reconocer y fortalecer la soberanía de los Estados. En materia jurídica resulta manifiesto el centralismo con el que actúa el gobierno federal, al asumir la facultad de interpretar las leyes estatales, obligando a los tribunales locales a sujetarse a ciertas determinaciones, basta ver las últimas reformas en materia electoral para darnos cuenta que cada día somos más centralistas.

4. Las sentencias que dictan las salas o tribunales constitucionales de las entidades federativas no son definitivas y pueden ser impugnadas ante el Poder Judicial Federal.

5. La justicia constitucional local y federal se entrecruzan, no existe entre ellas una frontera y reglas que los distingan y articulen entre sí como existiría en una República Federal. La codificación en esta materia carece de una directriz.

---

<sup>16</sup> RÍOS, Efrén, *La garantía jurisdiccional de la constitucionalidad local: pasado, presente y futuro*, en el libro, *Justicia Constitucional Local*, FUNDAp, México, p. 314.

<sup>17</sup> ESTRADA MICHEL, Rafael, *Justicia Constitucional en los Estados de la Unión Americana*, en el libro, *La Justicia Constitucional en las Entidades Federativas*, Poder Judicial de la Federación, SCJN, Tribunal Electoral, México, 2008, p.6.

<sup>18</sup> 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. *Vid.* MIRANDA TORRES, Roxana Paola, *Las Comunidades Precuahtémicas en México*, Congreso del Estado de Oaxaca, México, 2008.

Por lo anteriormente expuesto y después de más de quince años de la Justicia Constitucional en las distintas entidades federativas, nos damos cuenta que tenemos pendientes varios retos para defender el constitucionalismo local y fortalecer el ejercicio de la soberanía como: establecer el principio de definitividad de las sentencias, la posibilidad de sentar jurisprudencia en materia constitucional local obligatoria para los juzgados estatales, la articulación de los mecanismos nacionales y locales y sobre todo establecer un diseño constitucional para un modelo de Tribunal Constitucional que dé homogeneidad y certeza en los Estados que trabajan en la implementación de este sistema<sup>19</sup>, dar certeza jurídica a la población, entre otros.

### III ] Análisis de las constituciones locales

La justicia constitucional es un tema que está ahora en el debate nacional, que plantea enfocar otro ángulo del nuevo federalismo: la posibilidad de que los Estados de la República puedan resolver sus problemas constitucionales en el marco de sus instancias jurisdiccionales, sin tener que recurrir al Poder Judicial Federal<sup>20</sup>.

En este orden de ideas, los Estados muestran interés en legislar sobre esta materia y es así como veintidós entidades ya lo han hecho pero de manera muy distinta entre sí.

A continuación presentamos una tabla que contiene por orden alfabético cada uno de los Estados que ha incorporado la justicia constitucional en su régimen, la fecha de la reforma constitucional, las garantías constitucionales que conocen y la forma de integración del tribunal o sala competente, para su realización se consultaron las Constituciones y en algunos casos las Leyes Orgánicas del Poder Judicial respectivas a cada Estado.

---

<sup>19</sup> ESTRADA MICHEL, Rafael, *op. cit.*, p. 13.

<sup>20</sup> MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, Enrique, *op. cit.*, pp. 9-10.

### TRIBUNALES CONSTITUCIONALES LOCALES CUADRO COMPARATIVO

Entidad Federativa	Fecha de la reforma	Integración	Garantías constitucionales que conoce
Campeche	2 de febrero de 2001.	Pleno del Tribunal Superior de Justicia.	Controversias Constitucionales (conflictos).
Chiapas	2002 y 5 de noviembre de 2004.	Tribunal Constitucional, dentro del Poder Judicial del Estado.	Controversias Constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, acciones por omisión legislativa, cuestiones de inconstitucionalidad.
Chihuahua	1 de octubre de 1994 y Septiembre de 2006.	Pleno del Supremo Tribunal de Justicia.	Controversias Constitucionales (conflictos) y queja (amparo).
Coahuila	Marzo de 2001 y el 21 de junio de 2005.	Pleno del Tribunal Superior de Justicia como Tribunal Constitucional.	Controversias Constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad, los juicios de inconstitucionalidad y control difuso por cualquier juez estatal.
Colima	30 de septiembre de 2000.	Supremo Tribunal de Justicia.	Controversias Constitucionales (conflictos).
Durango	26 de noviembre de 2000.	Tribunal Superior de Justicia.	Controversias Constitucionales (conflictos).
Estado de México	12 de julio de 2004.	Sala Constitucional como parte del Tribunal Superior de Justicia.	Controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad.
Guanajuato	20 de marzo de 2001.	Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado.	Controversias Constitucionales, Acciones de inconstitucionalidad.
Guerrero	27 de julio de 2004.	Supremo Tribunal de Justicia en Pleno.	Controversias Constitucionales.
Hidalgo	26 de febrero de 2001.	Tribunal Superior de Justicia.	Controversias Constitucionales (conflictos).
Morelos	16 de noviembre de 1930 y en agosto de 2003.	Tribunal Superior de Justicia.	Controversias Constitucionales.

Nayarit	Diciembre de 2009.	Sala Constitucional-Electoral.	Controversias Constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, acciones de inconstitucionalidad por omisión, cuestiones de inconstitucionalidad, juicios de protección de derechos fundamentales, medios de impugnación en materia electoral.
Nuevo León	9 de junio 2004.	Pleno del Tribunal Superior de Justicia.	Controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad
Oaxaca	8 de diciembre de 2000.	Sala Constitucional dentro del Tribunal Superior de Justicia.	Controversias Constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y juicio para la protección de los derechos humanos.
Querétaro	15 de septiembre de 2000.	Pleno del Tribunal Superior de Justicia.	Controversias Constitucionales (conflictos), la declaración de omisión, la interpretación y la constitucionalidad de leyes.
Quintana Roo	24 de octubre 2003.	Sala Constitucional y administrativa adscrita al Tribunal Superior de Justicia. Pleno del Tribunal Superior de Justicia.	Controversias Constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y acciones por omisión legislativa.
Sinaloa	27 de enero de 1984.	Pleno del Supremo tribunal de Justicia.	Controversias Constitucionales.
Tabasco	25 de julio de 2001.	Pleno del Tribunal Superior de Justicia.	Controversias Constituciones (conflictos) y acción de revisión municipal.
Tlaxcala	3 de febrero de 2000.	Pleno del Tribunal Superior de Justicia.	Medios de defensa contra derechos fundamentales, juicios de competencia constitucional (controversias), acciones de inconstitucionalidad, acciones por omisión legislativa y cuestiones de inconstitucionalidad.

Veracruz	Febrero de 2000.	Sala Constitucional, adscrita al tribunal Superior de Justicia.	Controversias Constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y acción por omisión legislativa, juicio para la protección de los derechos humanos y resuelve dudas sobre la constitucionalidad de una ley local.
Yucatán	Diciembre de 2010.	Pleno del Tribunal Superior de Justicia como Tribunal Constitucional.	Controversias Constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, acciones por omisión legislativa y cuestiones de control previo de constitucionalidad.
Zacatecas	1 de agosto de 2001.	Tribunal Superior de Justicia en Pleno.	Controversias Constitucionales y la cuestión previa de legalidad.

Una vez que analizamos el cuadro anterior, nos damos cuenta que no existe un modelo de Tribunal Constitucional como tal, cada Estado ha ido trabajando en diseñar su propio estilo en relación a su nomología, no existe una sistematización ni directrices ni una codificación en esta materia, así del cuadro comparativo precedente, se desprende el siguiente análisis:

a. Existen una tendencia a partir del año 2000 en los Estados de la República Mexicana de legislar en torno a la justicia constitucional local, aunque hay casos en que las Constituciones ya establecían algún mecanismo de justicia constitucional, como en el Estado de Morelos que las Controversias existían desde 1930 aunque después tuvo ciertas reformas (agosto de 2003) para adecuarlas al contexto actual.

b. Es posible observar un número importante de entidades que no han trabajado en el constitucionalismo local como Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Jalisco, Michoacán, Puebla, San Luis Potosí, Sonora, Tamaulipas y el Distrito Federal.

c. No existen Tribunales Constitucionales como tales, en la mayoría de los casos quien resuelve es el Pleno de los Tribunales Superiores de Justicia, aunque hay Estados como Veracruz y Quintana Roo que han creado salas constitucionales que son de instrucción en ciertos juicios y de instrucción y resolución en otros. En cambio Chiapas cuenta con un Tribunal Constitucional estatal aunque no es independiente sino que pertenece al Poder Judicial del Estado, además está el caso de Nayarit que cuenta con una Sala Constitucional Electoral y Quintana Roo que tiene una Sala Constitucional y Administrativa.

d. En relación a las garantías que conoce cada Estado, no existe una homogeneidad, por ejemplo: los casos del control difuso de la Constitucionalidad local está previsto en Coahuila. Por cuanto hace al catálogo de medios judiciales de defensa de la Constitución estatal, Veracruz, Tlaxcala, Nayarit, Oaxaca y Chihuahua cuentan con amparos locales, mientras que la acción por omisión legislativa está prevista en Veracruz, Tlaxcala, Chiapas y Quintana Roo; y aunque casi todos los estados han regulado las controversias constitucionales, -en algunos estados tienen una denominación diferente, conflictos- y las acciones de inconstitucionalidad, sin embargo, establecen distintas reglas procesales para estos medios de impugnación, sobre todo en el capítulo de legitimación. También está el caso del Estado de Tabasco que contempla una acción de revisión municipal o Nayarit que además conoce de medios en materia electoral cuando en los demás Estados existe un tribunal especializado en materia electoral para resolver sobre esas cuestiones.

e. Cada tribunal constitucional o sala constitucional obedece a un esfuerzo aislado por parte del Estado para consolidar la justicia constitucional en aras de la soberanía estatal, sin embargo un punto pendiente sería analizar la efectividad y la certeza jurídica que ofrecen estos tribunales.

Esta simple revisión nos permite ver que entre los Estados de la República mexicana que han adoptado este sistema de justicia constitucional, no existe una homogeneidad en la estructura orgánica, en la institución controladora, en las garantías de independencia de sus miembros, en la designación de los magistrados, en las competencias, en los actos impugnables y en la obligatoriedad de sus resoluciones entre otras cuestiones, además no operan como un verdadero Tribunal Constitucional, de ahí la necesidad de plantear un modelo a partir de la Constitución.

Así en el derecho comparado, tomaremos como paradigma el caso de Alemania, que es un Estado federal, democrático y social<sup>21</sup> y debido a su historia peculiar, Alemania tiene una doble jurisdicción constitucional que comparten el prestigioso Tribunal Constitucional Federal y los 15 Tribunales Constitucionales de los *Länder*. Estos últimos están configurados de forma distinta en las respectivas Constituciones de los *Länder*. Su ámbito de control es, debido a la concentración de los *guardianes de la Constitución* del respectivo *Land* y con ello forman un eslabón significativo dentro del estado de Derecho en Alemania<sup>22</sup>.

La creación de 15 tribunales Constitucionales estatales como guardianes de las constituciones de los *Länder* descansa sobre la autonomía constitucional de los *Länder*. Objeto de control de estos tribunales sólo pueden ser actos basados en la soberanía de los *Länder*. Por ello la jurisdicción constitucional de la Federación y de los *Länder*

---

<sup>21</sup> Artículo 20, párrafo 1 de la Ley Fundamental Alemana.

<sup>22</sup> Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949.

existen una al lado de la otra de forma independiente. El Tribunal Constitucional Federal controla la Jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales estatales únicamente en raros casos de excepción con relación al respeto de los derechos procesales fundamentales en los procedimientos y con relación al derecho de igualdad en caso del control de elecciones del *Land*<sup>23</sup>.

A pesar de la paralelidad de los procedimientos de jurisdicción constitucional no surgen problemas de divergencias debido a los distintos objetos en litigio. Los tribunales constitucionales estatales utilizan como parámetro de control únicamente la respectiva Constitución del *Land*, mientras que el Tribunal Constitucional Federal, también en el caso de controlar una norma del *Land*, la examina sólo a la luz de la ley fundamental y no de la Constitución del respectivo *Land*. En consecuencia la parte dispositiva de la respectiva sentencia se reduce a la constatación de la compatibilidad o incompatibilidad del acto de soberanía del *Land* examinado sólo con relación a la Ley fundamental (Tribunal Constitucional Federal) o la Constitución del *Land* (Tribunal Constitucional del *Land*)<sup>24</sup>.

Los tribunales constitucionales provinciales alemanes, coexisten con el Tribunal Federal sin ser agencias de éste, lo que prueba que pueden convivir armónicamente varios ordenamientos fundamentales, agregando los correspondientes instrumentos de control, si se cuenta con herramientas procesales adecuadas y con criterios jurisdiccionales prudentes.

En este tenor, se propone en la presente investigación la creación de un diseño constitucional de Tribunal Constitucional para los Estados, dotados de autonomía e independencia frente a los poderes existentes, para garantizar una efectiva justicia constitucional local.

#### IV ] Marco teórico

Para realizar algunas consideraciones sobre el control constitucional en México, implica retomar algunos conceptos básicos y teorías relativos a las formas de gobierno, justicia, democracia, constitución, defensa constitucional, además de la soberanía, federalismo y garantías constitucionales, entre otros.

Lo anterior nos llevaría a retomar las ideas de grandes pensadores como Aristóteles, Rousseau, Montesquieu, Hobbes, Locke, de manera principal.

En relación al federalismo encontramos varias doctrinas y posturas que innegablemente tienen su origen en los Estados Unidos de

---

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> LÖSING, Norbert, *La doble jurisdicción en Alemania*, en el libro *Justicia Constitucional Local*, FUNDAp, México, 2002, pp. 291- 312.

Norteamérica, en la Constitución norteamericana de 1787, modelo en el que se inspiraron nuestros constituyentes de 1824 para alumbrar el federalismo mexicano. Sin duda tendremos que hacer referencia a *El Federalista* de Madison, Hamilton y Jay; así como consultaremos *La Democracia en América* de Alexis de Tocqueville.

Además, en torno al control constitucional Carl Schmitt y Kelsen a través de distintas obras nos explican en qué consisten las garantías constitucionales y a quién corresponde la defensa de la Constitución, siendo el último quien establece un modelo de Tribunal Constitucional con características específicas.

Finalmente, estudiaremos las teorías de los autores que han tenido impacto en la consolidación de la justicia constitucional en América latina y en México como son Héctor Fix-Zamudio, Ferrer Mac-Gregor, José de Jesús Covarrubias Dueñas, José Barragán Barragán, González Oropeza, entre otros.

## V ] Un tribunal constitucional para Jalisco

Jalisco siempre ha tenido presencia en el desarrollo del federalismo en nuestro país, podemos mencionar que en nuestra entidad se estableció *la primera diputación provincial pronunciada abiertamente contra el gobierno de México y del mismo Congreso, a favor de estados libres y soberanos, pero federales*<sup>25</sup>.

Sin embargo, han existido algunos esfuerzos sin consolidarse por parte de distintas legislaturas para la creación de un Tribunal Constitucional, en este sentido a principios de 2015 se convocó a una serie de foros para conocer la opinión de destacados constitucionalistas sobre este asunto.

Según los legisladores se pretende que este Tribunal sea una institución que proteja y defienda la Constitución Política del Estado de Jalisco; tutele los derechos fundamentales; sea una instancia que resuelva con agilidad las controversias entre los poderes públicos, así como entre el ciudadano y la autoridad.

Además de que garantice los derechos humanos, la impartición de justicia eficiente y eficaz, y la correcta aplicación de los tratados internacionales; que contribuya a reforzar la soberanía y la interpretación constitucional del estado. Otra finalidad de este órgano es para establecer en el ámbito local, el hecho de que el Poder Judicial pueda dejar de aplicar una ley, disposición o acto de algún poder si contraviene a las disposiciones constitucionales.

En este orden de ideas, un tribunal constitucional para nuestro Estado serviría para resolver nuestra problemática de acuerdo a nuestra realidad, a nuestra nomología, a nuestra forma de pensar y de actuar, sin

---

<sup>25</sup> BARRAGÁN BARRAGÁN, José, *El Federalismo mexicano, visión histórico constitucional*, UNAM, México, 2007, p.30.

pretender que una autoridad que no conoce nuestro contexto nos dé una solución, sería una institución que consolidaría nuestra soberanía.

## VI ] Conclusiones

1. Los Tribunales Constitucionales han evolucionado en el mundo de distintas formas de acuerdo a la realidad social, política, jurídica de cada país, destacando distintas etapas, sin existir un modelo específico, cuya función principal es la defensa de la constitución.

2. En nuestro país, de acuerdo con las tendencias internacionales ha surgido el esfuerzo de crear tribunales constitucionales locales, con distintas formas de organización, garantías constitucionales, sin existir un paradigma específico.

3. Esta tendencia es cada vez mayor y significa una lucha por la consolidación del federalismo y de resolver los conflictos de cada estado desde una visión interna de acuerdo a su nomología.

4. En Jalisco se han hecho esfuerzos sin llegar a consolidarse, estamos a la espera.

5. La realidad es que mientras no exista disposición de las autoridades federales ni una reforma integral en relación a la organización de los estados (artículo 116 constitucional entre otros) que señale la organización, forma de designación de sus miembros, competencias, naturaleza y definitividad de las sentencias, etc., es decir, un modelo de justicia constitucional local, estos tribunales se convierten en una instancia más.

## Bibliografía

ASTUDILLO REYES, César, *Ensayos de Justicia Constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*. UNAM, México, 2004.

BARRAGÁN BARRAGÁN, José, *El federalismo mexicano, Visión histórico constitucional*, UNAM, México, 2007.

BUSTILLOS, Julio, *La realidad de la Justicia Constitucional Local Mexicana en el siglo XXI (A través de sus resoluciones definitivas)*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 21, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011.

COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Dos siglos de Constitucionalismo en México*, Porrúa, México, 2010.

*Necesidad de una norma rectora para México 2010-2017*, LXI Legislatura del Senado de la República, México, 2010.

*Derecho Constitucional Electoral*, Porrúa, México, 2008.

DE ANDREA SÁNCHEZ, Francisco José, Coordinador, *Derecho Constitucional estatal Estudios Históricos, legislativos y teórico-prácticos de los estados de la República Mexicana*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001.

DÍAZ ROMERO, Juan, "Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación" en el libro *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II, UNAM, México, 2008.

*El Pacto, reflexiones sobre el federalismo*, Revista de información, divulgación y análisis, Instituto de Estudios del Federalismo, Jalisco, México.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomos I y II, Porrúa, México, 2006.

GUZMÁN HERNÁNDEZ, Esperanza, CIENFUEGOS SALGADO, David, *Una Revisión de los mecanismos de control constitucional en las entidades federativas mexicanas*, Revista Amicus Curiae, Año I, número 10, UNAM, México, 2010, <http://www.journals.unam.mx/index.php/amicus/artic...>

*La Justicia Constitucional Local*, FUNDAp, México, 2002.

*La Justicia Constitucional en las entidades federativas*, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral, México, 2008.

MIRANDA TORRES, Roxana Paola, *La Nomología de las Comunidades Precuahtemecas en México*, Congreso del Estado de Oaxaca, México, 2008.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1998.

## Legislación

Constituciones Políticas de Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, Estados Unidos Mexicanos, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

Ley de Amparo

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania

Fecha de recepción: 23 de febrero de 2016

Fecha de aprobación: 14 de abril de 2016



# Una solución del Derecho Mercantil Internacional frente a la insolvencia transnacional de las personas jurídicas. Análisis del caso colombiano

GERMÁN MONROY ALARCÓN<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aspectos generales*. III. *La Ley Modelo de la UNCITRAL Sobre la Insolvencia Transfronteriza*. IV. *La insolvencia transfronteriza de la UNCITRAL en la legislación colombiana*. V. *Análisis del caso Global Geophysical Services, Inc. Insolvencia transfronteriza colombiana*. VI. *Conclusiones*.

**Resumen.** Hoy en día se ha llegado a reconocer la posibilidad y viabilidad de la cooperación entre cortes de distintos Estados tendientes a lidiar con situaciones de insolvencia a nivel internacional, de manera tal que se logre garantizar los derechos tanto de los deudores como de todo acreedor. Precisamente con el fin de promover esto, y de eliminar todo posible obstáculo existente, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional emitió la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza. El presente artículo se da a la tarea de explicar los antecedentes y objetivos de dicha Ley Modelo, así como los efectos que tuvo su incorporación en el sistema jurídico de Colombia, mediante el análisis del caso conocido como *Global Geophysical Services, Inc.*

**Palabras clave:** Insolvencia, transfronteriza, UNCITRAL, concurso, Colombia.

**Abstract.** Nowadays it has been acknowledged the possibility and viability of the cooperation between Courts from different nations with the purpose of dealing with insolvency situations in an international scenario. This, in a way that both the debtors' and creditors' rights can be fully redressed. Intending to promote this, and in hopes of eliminating every possible obstacle that may exist, the United Nations Commission on International Trade Law has drafted the Model Law on Cross-Border Insolvency. The present article aims to explain the background and objectives of said Model Law, as well as the effects that its incorporation in Colombia's legal system has had, by analyzing the case known as the *Global Geophysical Services, Inc. case*.

**Keywords:** Insolvency, cross-border, UNCITRAL, Colombia.

---

<sup>1</sup> Abogado colombiano, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal y del Instituto Colombiano de Derecho Concursal.

## I ] Introducción

Desde el último tercio del siglo XX se ha venido desarrollando a nivel mundial un concepto relacionado con la nueva forma en que los comerciantes vienen celebrando y ejecutando sus actos de comercio, conocido como la Globalización Económica e Integración Regional<sup>2</sup>. Si bien este concepto hace énfasis posiblemente de manera más amplia en lo económico y tecnológico que en lo jurídico, necesariamente afecta los diferentes ordenamientos jurídicos locales donde se encuentran ubicados los comerciantes o personas dedicadas a las actividades mercantiles, quienes ya no sólo contratan a nivel local, sino a nivel internacional, y presentan intereses en más de un Estado.

En las relaciones mercantiles transnacionales es muy posible, y efectivamente ocurre regularmente, que los eventos de incumplimiento que se presenten en ejecución de tales contratos sean resueltos, en atención al principio de la autonomía de la voluntad conflictual, en atención a las normas y foros establecidos por las mismas partes en el contrato. Ahora bien, en el evento en que ello no se hubiere establecido, es cuando se acude a los mecanismos de remediación. Tanto el Derecho Internacional Privado, como el Derecho Mercantil Internacional, se han encargado desde mediados del siglo pasado de solucionar los conflictos que se puedan presentar en cuanto al foro y norma aplicable ante algún evento de incumplimiento en los contratos internacionales.

Con respecto a esto, existe aún un fenómeno que escapa al principio de autonomía de la libertad conflictual de las partes que celebran un contrato internacional y a los mecanismos de remediación establecidos por el Derecho Internacional Privado o por el Derecho Mercantil Internacional: el manejo de la situación de insolvencia de alguna de las partes en los contratos internacionales.

Constituye el objeto del presente trabajo, en primer lugar, analizar la evolución y las soluciones que ha planteado el Derecho Mercantil Internacional a las situaciones de insolvencia de una de las partes de un contrato internacional o transnacional. En segundo lugar, se busca examinar los efectos que ha producido la adopción por parte de Colombia de la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

---

<sup>2</sup> De acuerdo con el estudio del Grupo de Políticas Económicas y Grupo de Economía para el Desarrollo del Banco Mundial, de Abril 2000, se entiende como Globalización Económica, la parte de la actividad económica del mundo que en los últimos años viene aumentando en forma vertiginosa y que tiene lugar entre personas que viven en diferentes países, actividades que bien pueden ser: (i) de comercio internacional (importaciones y exportaciones).- (ii) inversión extranjera directa y que corresponde a las inversiones de capital privado que vienen realizando empresas radicadas en determinados países para operar negocios en otros países, y.- (iii) flujos del mercado de capitales y que se entiende, por una parte, como la tendencia de los ahorristas de diversificar su cartera con serias tendencias a los productos financieros de otros países (bonos, acciones, préstamos) y por otra parte, como la tendencia de los prestatarios a buscar fuentes de financiamiento extranjeras.

(UNCITRAL), mediante el análisis de uno de los dos casos que se han tramitado en Colombia desde la expedición de la ley 1116 de 2006 hasta la fecha.

## II ] Aspectos generales

### 1. El Derecho Internacional Privado y la insolvencia económica transnacional

Los remedios que proporciona el Derecho Internacional Privado a los problemas generados en su aplicación, consisten en la celebración de tratados internacionales, como el Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional firmado en Montevideo en febrero de 1889<sup>3</sup>; convenciones, como la Convención de México de 1994 a la cual lamentablemente Colombia no ha adherido, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacionales de Mercaderías<sup>4</sup>; y el resurgimiento de una nueva *lex mercatoria* impulsada por los mismos comerciantes a través de los gremios y organizaciones de carácter supranacional, resurgimiento que en los últimos tiempos ha venido siendo reclamada particularmente en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales.

Claramente se advierte que uno de los propósitos del Derecho Internacional Privado es lograr la solución a los conflictos de normas que se presenten durante la ejecución de los contratos internacionales, definiendo la norma aplicable y el foro competente. Bajo esta premisa, corresponde entonces manifestar que el problema que se presenta en el evento en que una de las partes contratantes enfrente una situación de insolvencia, de tal forma que le impida la ejecución de las obligaciones establecidas en el contrato internacional, no encuentra propiamente su solución en el Derecho Internacional Privado, por lo que resulta procedente entonces verificar los criterios del Derecho Mercantil Internacional.

### 2. El Derecho Mercantil Internacional y la insolvencia económica transnacional

Propone el Derecho Mercantil Internacional regir las transacciones internacionales entre empresarios mediante instrumentos jurídicos de diversa naturaleza, tales como: (i) instrumentos *Hard Law* o normas duras, tales como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>5</sup>, e.- (ii) instrumentos *Soft Law*, tales como los Principios del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) sobre los

---

<sup>3</sup> Ratificado por Colombia mediante la Ley 33 de 1992.

<sup>4</sup> Ratificada por Colombia mediante la Ley 518 del 4 de Agosto de 1999.

<sup>5</sup> Suscrito el 23 de mayo de 1969, con vigencia a partir del 27 de enero de 1980 y ratificado por Colombia mediante la Ley 32 del 29 de Enero de 1985.

Contratos Comerciales Internacionales 2010<sup>6</sup>. Dichos instrumentos adquieren la condición de vinculantes en la medida en que sean las partes las que pacten su aplicación en sus contratos como forma de regular sus transacciones internacionales, o en la medida en que tales instrumentos de carácter consuetudinario sean acogidos por los tribunales, de tal forma que no se deba depender de los instrumentos de Derecho Internacional Privado.

Son actores del Derecho Mercantil Internacional de naturaleza gremial la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), y de naturaleza intergubernamental organizaciones como UNIDROIT, cuyo objetivo es estudiar los medios de armonización y coordinación el derecho privado entre los Estados o entre los grupos de Estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos Estados de una legislación de derecho privado uniforme, y UNCITRAL<sup>7</sup>, que busca dotar al mundo de un derecho mercantil moderno y uniforme.

Son instrumentos utilizados por el Derecho Mercantil Internacional las convenciones (*Hard Law*), las leyes modelo, las guías legislativas, los reglamentos y las recopilaciones (*Soft Law*).

UNCITRAL es una comisión de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que actúa como actor intergubernamental de Derecho Mercantil Internacional, el cual tiene por objeto la modernización y armonización de la reglas del comercio internacional mundial mediante la utilización de instrumentos jurídicos *Soft Law*. Dentro de dichos instrumentos se pueden identificar textos relativos a la Insolvencia transfronteriza, tema objeto del presente trabajo.

Constituye la insolvencia uno de los temas de los cuales se ha ocupado UNCITRAL desde el año 1997. Desde entonces, este actor ha logrado poner a disposición de sus 193 países miembros<sup>8</sup> un conjunto de instrumentos jurídicos de naturaleza *Soft Law* mediante diferentes instrumentos que se analizarán más adelante. Lo anterior, con el propósito de permitir a los Estados que los adopten, y de dotarlos de un derecho uniforme para el manejo de la situación de insolvencia transnacional o transfronteriza de algunas de las partes vinculadas mediante un contrato internacional.

### III ] La Ley Modelo de la UNCITRAL sobre la insolvencia transfronteriza

#### 1. Definición de insolvencia

---

<sup>6</sup> OVIEDO ALBÁN, Jorge. Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010 “Black Letter Rules”, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, págs. 11 a 54.

<sup>7</sup> Desde el pasado 29 de Junio la presidencia de UNCITRAL la ostenta el profesor colombiano Dr. Francisco Reyes Villamizar, actual Superintendente de Sociedades.

<sup>8</sup> Colombia es miembro de la Organización de las Naciones Unidas desde el 5 de Noviembre de 1945.

El concepto insolvencia deriva de los vocablos latinos *in*, entendida como partícula negativa, y *solvere*, que significa pagar. Entonces, habrá de entenderse el término como no pagar. Ahora bien, desde la perspectiva del Derecho Concursal, habrá de entenderse el concepto de insolvencia como la situación jurídica en la que se puede encontrar una persona física o jurídica que le impide hacer frente al pago de sus obligaciones. Dicho concepto se explica en el derecho concursal colombiano en los términos del artículo 9 de la ley 1116<sup>9</sup> cuando se refiere a los supuestos de admisión.

Resulta además necesario indicar que la insolvencia económica bien puede presentarse como local o bien como transfronteriza. Se entiende la primera como aquella situación jurídica que afecta al universo de acreedores del deudor fallido<sup>10</sup>, los cuales se encuentran ubicados todos en un mismo Estado; situación que claramente se resuelve acudiendo a las normas concursales de salvataje nacional o local. En cambio, cuando nos referimos a la insolvencia transfronteriza o transnacional, tema objeto del presente trabajo, habrá de entenderse esta como aquella situación jurídica que impide a un deudor honrar las obligaciones adquiridas en contratos internacionales celebrados con acreedores establecidos en Estados diferentes al del deudor; aquella situación de insolvencia en la que el deudor tiene bienes en más de un Estado; o la situación en la que algunos de los acreedores del deudor no son del Estado donde se adelanta el procedimiento de insolvencia. Lo anterior, puede generar una situación conflictual de normas de derecho concursal o de insolvencia, por ejemplo: entre las normas de protección concursal del foro del deudor y del foro de los acreedores, o entre las normas del foro en donde habrá de ejecutarse el contrato. Esto afecta gravemente la prenda general de los acreedores y el principio de la igualdad, lo cual constituye el propósito principal del presente trabajo.

Es justamente esta última situación conflictual la que interesa resolver al Derecho Mercantil Internacional, para lo cual UNCITRAL se ha ocupado de preparar normas modernas, equitativas y armonizadas para regular las situaciones de insolvencia transfronteriza.

## 2. Referente histórico

Resulta muy importante indicar algunas iniciativas que a nivel mundial han pretendido ofrecer alguna solución a los Estados para lograr la armonización y unificación del derecho concursal y, particularmente, el reglamentar la insolvencia transfronteriza o transnacional.

---

<sup>9</sup> Artículo 9o. *Supuestos de admisibilidad. El inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de 1. Una situación de cesación de pagos (supuesto objetivo) o 2. de incapacidad de pago inminente (supuesto subjetivo).*

<sup>10</sup> El principio de universalidad objetiva y subjetiva constituye uno de los pilares fundamentales del derecho concursal y debe entenderse como aquél requisito que implica que todos los activos del deudor, así como la totalidad de acreedores locales o extranjeros deben concurrir al concurso y no les es dable las ejecuciones individuales de sus obligaciones.

En Latinoamérica: (i) El Código de Derecho Internacional Privado, también conocido como Código de Bustamante de 1928, el cual disponía que el domicilio civil o comercial del deudor es el vínculo necesario para determinar la competencia en lo que se refiere a la apertura del procedimiento de insolvencia. Si el deudor contaba con más de un domicilio, el procedimiento de insolvencia se puede abrir en cada uno de esos Estados. Además, establecía el reconocimiento en otros Estados de los poderes de administrador de la quiebra designado en el Estado contratante.- (ii) Los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, el primero estableciendo reglas relativas a la liquidación, mientras que el segundo se ocupaba de otorgar reglas relativas a los concordatos, a la cesación de pagos y otros procedimientos análogos. Los dos tratados establecen como criterio para determinar la competencia para la apertura del procedimiento de insolvencia el domicilio comercial del deudor, y establecen además la posibilidad de apertura de varios procedimientos en la medida en que ese deudor tenga domicilio comercial en varios Estados. Así mismo, ambos tratados establecen la posibilidad de decretar medidas cautelares sobre activos del deudor ubicados en otros Estados.

Otras iniciativas que podemos enunciar son: (i) La Convención entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia Relativa a la Quiebra de 1933, modificada en 1977 y 1982.- (ii) La Convención Europea sobre Ciertos Aspectos Internacionales de la Quiebra, aprobada en Estambul en 1990<sup>11</sup>, resaltando de esta convención que la competencia para declarar la quiebra se determina por el lugar donde el deudor tiene el centro de sus intereses principales y no el lugar de domicilio. Cabe decir que dicho concepto resulta en nuestra opinión hoy muy importante frente a la nueva realidad de la forma como las grandes corporaciones celebran sus negocios, y sobre el cual este autor se referirá en otro documento.- (iii) El Proyecto de Convención sobre Procedimientos de Insolvencia de la Comunidad Económica Europea de 1992, el cual busca configurar las condiciones jurídicas para tratar las insolvencias transfronterizas de la comunidad, resolviendo los conflictos de leyes y competencia.- (iv) La Conferencia de la Haya sobre Derecho Privado Internacional de 1894, y.- (v) La Ley Modelo sobre Cooperación Internacional en Materia de Insolvencia (MIICA) de 1989, formulada por la *International Bar Association*, la cual propone una única administración de los activos del deudor insolvente donde quiera que se encuentren.

UNCITRAL cuenta hoy con VI grupos de trabajo, de los cuales el Grupo V, se ocupa del régimen de la insolvencia transfronteriza. Uno los resultados más importantes de UNCITRAL en materia de insolvencia, fue la aprobación el 30 de mayo de 1997 de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, la cual tiene como objeto dotar a los Estados en sus respectivos regímenes locales de insolvencia de un marco legislativo moderno y eficiente para afrontar los casos de insolvencia transfronteriza, propiciando la cooperación y coordinación entre diferentes jurisdicciones, y respetando en todo caso los diferentes derechos procesales de cada país.

---

<sup>11</sup> Celebrada por los Estados miembros del Consejo de Europa el 5 de Junio de 1990.

## IV ] La Insolvencia Transfronteriza de UNCITRAL en la legislación colombiana

Colombia incorporó a su ordenamiento jurídico la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la UNCITRAL el día 27 de diciembre de 2006, denominándola Ley 1116. Mediante dicha incorporación se establece el régimen de insolvencia empresarial en la República de Colombia, con base en el cual se llegó a dictar otras disposiciones relativas<sup>12</sup>. La decisión de incorporar esta Ley Modelo se vio motivada en la necesidad de eliminar los obstáculos a la cooperación y colaboración internacional, garantizando los fines del proceso de insolvencia en Colombia y proteger los activos del deudor insolvente ubicado en diferentes jurisdicciones. Así mismo, se buscaba garantizar locales la protección de los derechos de los acreedores en los procesos de insolvencia adelantados en Estados diferentes, incluyendo dentro del ámbito de aplicación a todos los deudores destinatarios del régimen de insolvencia, y estableciendo como autoridades competentes para conocer de los procesos de insolvencia<sup>13</sup> a la Superintendencia de Sociedades y a los Jueces Civil del Circuito.

La Ley Modelo de UNCITRAL fue incorporada integralmente en el título III la Ley 1116/06, reglamentada mediante Decreto 1749/11 y la Ley 1564/12<sup>14</sup>, tal y como lo establece la guía legislativa.

De acuerdo con la investigación adelantada con ocasión de la realización de este trabajo, tan sólo a la fecha se han presentado en Colombia dos casos de insolvencia transfronteriza, tramitados ambos ante la Superintendencia de Sociedades: el caso *QBex Colombia* hoy en liquidación judicial, y el caso *Global Geophysical Services, Inc.*

## V ] Análisis del caso global *Geophysical Services, Inc.* Insolvencia transfronteriza colombiana

La sociedad *Global Geophysical Services, Inc.* es una sociedad legalmente constituida bajo la leyes de los Estados Unidos de Norteamérica, con domicilio principal en el Estado de Texas. Dicha sociedad estableció en Colombia una sucursal con el propósito de ejecutar los contratos que le fueran adjudicados por *Ecopetrol*. Lo anterior le ocasionó una serie de obligaciones con diferentes acreedores en Colombia de naturaleza laboral, fiscal, financiero y con proveedores, las cuales contaban con una fuente de pago suficiente, consistente en los ingresos provenientes de la ejecución de los contratos de sísmica en Colombia asignados por *Ecopetrol*.

En marzo de 2014, la matriz inició un proceso de reorganización bajo las normas del Capítulo 11 del Código de Bancarrotas de los EE.UU,

---

<sup>12</sup> Publicada en el Diario Oficial 46.494 del 27 de diciembre de 2006.

<sup>13</sup> Artículo 89 de la Ley 1116 de 2006.

<sup>14</sup> Código General del Proceso.

ante la Corte del Distrito Sur de Texas, división de *Corpus Christi*. Dentro de este nombró como representante extranjero al representante legal de la sociedad concursada en Colombia, y lo autorizándolo para solicitar la cooperación ante las autoridades colombianas.

En mayo de 2014, la autoridad Colombiana, en este caso la Superintendencia de Sociedades, reconoció el proceso de reorganización extranjero de *Global Geophysical Services, Inc.*, en los términos y con las formalidades de la Ley 1116/06, lo que implicó que los acreedores locales se vieron impedidos para iniciar o continuar la ejecución judicial de sus obligaciones en Colombia. Como consecuencia de esto se ordenó el levantamiento de las medidas cautelares practicadas sobre activos de *Global* en Colombia, particularmente, el existente sobre la caja de la sociedad consistente en la prenda de los acreedores locales sobre la cual se desembolsaron los créditos. Así mismo, se ofreció dos alternativas a los acreedores locales: bien, concurrir al proceso concursal en los EE.UU con el costo que ello implica, o bien, presentar sus reclamaciones ante el Juez concursal de Colombia. Los acreedores locales (fiscales, parafiscales, financieros y proveedores) procedieron de conformidad con la segunda opción, notificándose en debida forma al representante extranjero en Colombia.

Entre mayo de 2014 y abril de 2015, la sociedad *Global* transfirió a su matriz la totalidad de los ingresos percibidos de la ejecución y liquidación de los contratos con *Ecopetrol*, atendiendo en Colombia tan solo a los acreedores laborales y fiscales por requerimiento del contratante más que por requerimiento del Juez del concurso en Colombia recursos que claramente superaban el valor de las acreencias de la sucursal en la República de Colombia.

Consecuentemente, la matriz presenta en el mes de noviembre de 2014 ante la autoridad extranjera un plan de reorganización, sin correrse traslado a los acreedores en Colombia a través de la Superintendencia para su conocimiento y para ser votado por estos. Dicho plan fue aprobado en el mes de febrero de 2015 mediante confirmación de la corte de bancarrotas, con lo cual se da por terminado el trámite en los EE.UU.

Una vez enterados algunos acreedores en Colombia de la confirmación de dicho plan, conocen así mismo que el mismo contempla como mecanismo de pago de sus créditos la conversión de deuda por capital. En otras palabras, se buscaría la capitalización de las obligaciones otorgadas en Colombia en una compañía norteamericana. Lo anterior, sin que estos hubieran tenido la oportunidad de pronunciarse.

Claramente, en este caso han resultado burlados los derechos de los acreedores locales con la utilización que la sociedad *Global Geophysical Services, Inc.* ha hecho en Colombia de la institución del mecanismo de la insolvencia transfronteriza establecida en la ley 1116/06, al impedir legalmente la ejecución en Colombia de las obligaciones a su cargo y al lograr la transferencia del total de sus activos a la casa matriz. Cabe decir además que lo anterior se realizó con la complacencia de la autoridad competente en Colombia, quien al parecer se limitó al reconocimiento de un procedimiento extranjero y a quien se le ha puesto

de presente esta situación. Es importante destacar que no es admisible, ni corresponde al espíritu con el que fue concebida la Ley Modelo, que la autoridad competente en Colombia se convierta en un simple vehículo legal de la insolvencia foránea, sin que procure la protección de los intereses y derechos de los acreedores nacionales.

## VI ] Conclusiones

Actualmente tan sólo 22 de los 193 Estados miembros de la ONU han promulgado leyes de insolvencia basadas en la ley modelo de UNCITRAL de 1997; es decir, tan sólo un 11.3% de los Estados la han acogido en los 18 años de vigencia, de los cuales tan sólo 5 países la han acogido en América (México en el año 2000, Canadá y Estados Unidos en el 2005, Colombia en la año 2006 y Chile en el año 2013). En comparación, la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de 1985 ha sido acogida por 69 Estados, y la ley modelo sobre comercio electrónico de 1999 ha sido acogida por 64 Estados, lo cual denota lamentablemente poco interés de los Estados de prestar su colaboración en situaciones de insolvencia transnacional.

Se debe indicar que en Colombia, a 9 años de la incorporación de la Ley Modelo de UNCITRAL en el ordenamiento Colombiano, los resultados no son relevantes. Tan solo se han registrados dos casos de insolvencia transfronteriza, de los cuales uno de ellos concluyó con la desafortunada decisión del Juez en Colombia de decretar el reconocimiento de un proceso extranjero, cuando lo que se debió decretar debió de haber sido la iniciación de un proceso paralelo con protección especial a los acreedores locales, en razón del importante nivel de activos con que contaba esta sociedad en Colombia.

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2015

Fecha de aprobación: 14 de marzo de 2016



# El Ofrecimiento de Trabajo, realidad o fantasía de la técnica jurídica

JUAN MIGUEL NAVA CONTRERAS<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Las relaciones de trabajo*. II. *Principios formativos del Derecho del Trabajo*. III. *Controversias laborales y el mecanismo propuesto para su solución en México*. IV. *Origen, naturaleza y razón de ser del Ofrecimiento de Trabajo*. V. *Planteamiento del problema de dicha institución procesal*. VI. *Conclusión*.

**Resumen.** El Ofrecimiento de Trabajo es una institución jurídico-procesal exclusiva del Derecho Laboral, que en la actualidad tiene como principal efecto en juicios ordinarios derivados de una acción principal inherente a un despido injustificado, el revertir la carga probatoria al trabajador de la contienda acerca de la existencia del despido, que originalmente le corresponde al patrón por disposición legal. La cual, hasta principios del año 2016, únicamente la contemplan criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y algunas tesis de Tribunales Colegiados de Circuito, pero, ¿será una realidad o fantasía de la técnica jurídica?

**Palabras clave:** Ofrecimiento de Trabajo, despido injustificado, reversión de la carga de la prueba.

**Abstract.** *The job offer is a legal and procedural institution, exclusive to Labor Law. It currently has as its main effect to revert the burden of proof to the employee regarding the existence of the dismissal in ordinary procedures derived from the main action inherent to an unjustified dismissal. The law lays the burden of proof upon the employer. The job offer has, since the beginning of 2016, only been contained in criteria upheld by the Nation's Supreme Court of Justice and several theses from Collegiate Circuit Courts, but is it a fantasy legal technicality or reality?*

**Keywords:** *Job offer, unjustified dismissal, reversal of the burden of proof.*

## I ] Las relaciones de trabajo

Como bien lo establece la Ley<sup>2</sup>, se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Individual del Trabajo y Derecho Colectivo del Trabajo en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

<sup>2</sup> Ley Federal del Trabajo.

trabajo personal, subordinado a una persona mediante el pago de un salario, *creándose así un vínculo de naturaleza legal*, específicamente entre los dos sujetos que participan primordialmente en la misma, el trabajador y el patrón, resultando el primero aquella persona física que presta el servicio y el restante la persona física, moral o jurídica que lo utiliza, recibe o se beneficia con el mismo, por ende cada uno de ellos es indispensable para la existencia del otro.

En donde al patrón invariablemente le ha correspondido contar con el factor de producción inherente al *CAPITAL*, tan es así, que el origen etimológico de dicha palabra, proviene del latín *patronus* "protector" y este de *pater* "padre"; y al trabajador ha correspondido el relativo a la actividad intelectual o material desempeñada en el proceso de producción.

También vale la pena mencionar el origen etimológico de la palabra "trabajo", la cual, deriva del latín *tripalium*, que era una herramienta parecida a un cepo con tres puntas o pies que se usaba inicialmente para sujetar caballos o bueyes y así poder herrarlos, también se usaba como instrumento de tortura para castigar esclavos o reos, de ahí que *tripaliare* significa 'tortura', 'atormentar', 'causar dolor'; aparecida en el siglo XII, la palabra "trabajo" es un deverbial de "trabajar", proveniente del latín popular *tripalliare*, que significa 'atormentar, torturar con el tripallium', designaba también un tormento psicológico o un sufrimiento físico.

Por otra parte, la Oficina Internacional del Trabajo, en la publicación del informe V (1), de la Conferencia Internacional del Trabajo 95ª reunión, 2006, la define de la siguiente forma:

*La relación de trabajo es una noción jurídica de uso universal con la que se hace referencia a la relación que existe entre una persona, denominada «el empleado» o «el asalariado» (o, a menudo, «el trabajador»), y otra persona, denominada el «empleador», a quien aquella proporciona su trabajo bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración. Es mediante la relación de trabajo, independientemente de la manera en que se la haya definido, como se crean derechos y obligaciones recíprocas entre el empleado y el empleador. La relación de trabajo fue, y continua siendo, el principal medio de que pueden servirse los trabajadores para acceder a los derechos y prestaciones asociadas con el empleo en el ámbito del derecho del trabajo y la seguridad social. Es el punto de referencia fundamental para determinar la naturaleza y la extensión de los derechos de los empleadores, como también de sus obligaciones respecto de los trabajadores.<sup>3</sup>*

Es innegable el sostener que el origen de las relaciones de trabajo también adecuadamente llamadas como relaciones laborales, data de

---

<sup>3</sup> OIT: *LA RELACIÓN DE TRABAJO*, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª a reunión, Ginebra, 2005.

fechas inmemorables, dado a que la historia del trabajo es sin duda alguna la historia del hombre, al ser connatural al mismo, existiendo antecedentes en el mundo antiguo, tanto en Egipto, Mesopotamia, China y la India; destacándose lo relativo al pueblo hebreo. En el año 1250 a. de C., en el Antiguo Testamento, se reguló lo relativo al trabajo *hebdomadario* (descanso semanal obligatorio de un día), además en el Código de Hammurabi, en el año 1950 a. de C. se regularon los primeros aspectos o condiciones de la relación de trabajo, facultando a quien prestaba un servicio a cobrar un salario por el mismo.

Incluso se puede concluir que se trata de relaciones estrictamente necesarias e ineludibles para lograr la vida en sociedad, al igual que para la materialización del proceso productivo y la marcha de la economía en cualquier país, así como para el funcionamiento del Estado en sí.

Tratemos de imaginar si fuera posible la vida en alguna sociedad sin la existencia de dicho vínculo intrapersonal, entre alguien que preste un trabajo (obviamente con las peculiaridades necesarias para que se considere como tal, servicio personal, alteridad, subordinación, remuneración), y otro que se beneficie con dicho servicio; es decir, cómo sería una vida humana, en donde cada sujeto tuviera que proveerse a sí mismo de todos y cada uno de los servicios básicos para subsistir, por ejemplo los inherentes a su alimentación, salud, vivienda, vestido, así como los educativos, de comunicación, publicidad, transporte, de traslado de mercancía, recreativos, de diversión, vacacionales, etcétera. Prácticamente afectaría la posibilidad de una vida en sociedad, dado a que uno de los elementos necesarios de la misma es la población, en donde cada quien participa con alguna o varias actividades materiales o intelectuales para logra el bien común, así como la misma subsistencia de la vida en sociedad, es decir existe una interacción forzosa entre individuos, dentro de la cual, indudablemente surgen nexos de naturaleza laboral, desde el año de 1919 reglamentados de forma Internacional, mediante la formalización de la OIT<sup>4</sup>.

Igualmente sostengo que las relaciones de trabajo son indispensables para la materialización del proceso productivo y la marcha de la economía en cualquier país, en base a lo referido en el párrafo anterior, aunado a que indudablemente una *EMPRESA* definida legalmente como la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios, difícilmente pudiera existir sin el capital humano que efectuara los servicios intelectuales o materiales necesarios para la fabricación, elaboración, construcción, comercialización o distribución de algún bien o servicio, incluso, por más mecanizada o robotizada que estuviera en sus procesos productivos, siempre se necesitaría del humano que encendiera, utilizarla, programarla, manejarla, repararla o darle mantenimiento, incluso para ministrar los consumibles o materias primas necesarias para lograr su objeto comercial, pues solo de lograrse el proceso productivo de cada empresa, negocio o patrón, es posible la marcha de la economía en una localidad, además es indudable el flujo que ocasiona la relación de trabajo en sí, como es el pago de salarios, de

---

<sup>4</sup> Organización Internacional del Trabajo.

impuestos, de aportaciones y cuotas de seguridad social, rubro económico igualmente importante en cualquier país.

También las relaciones de trabajo, son estrictamente necesarias para lograr el funcionamiento del Estado, en cualquiera de sus tres niveles, el Federal, Local o Municipal. Tan es así que las entidades públicas igualmente cuentan con empleados, si bien es cierto, regulados por el apartado B del artículo 123 Constitucional, así como por leyes burocráticas secundarias, mayormente cierto es que al fin resultan ser Trabajadores, con la finalidad de efectuar un servicio público que corresponde originalmente al Estado o Gobierno de que se trate, pues cómo pudiera lograrse que una entidad pública cumpliera con su objeto, si no fuera mediante el recurso humano de naturaleza laboral, que esté a su disposición.

En virtud de lo anterior, la bina formada entre el trabajador y el patrón, traducida en una relación de trabajo, indiscutiblemente es inseparable, para lograr la vida en sociedad, la materialización del proceso productivo y de la marcha económica en cualquier país, incluyendo para el mismo funcionamiento del Estado.

Nótese que la normatividad, regulación y demás aspectos inherentes a la relación de trabajo fueron evolucionando a través del curso de la historia, innegablemente con algunos tropiezos y ciertos momentos de estancamiento o retroceso, hasta arribar a que en la actualidad, por lo menos en México, el trabajo se trate de un derecho y deber sociales, no sea un artículo de comercio, el cual, además deberá de ser digno o decente, entendiéndose como tal, aquel en el que se respete plenamente la dignidad humana del trabajador, no exista discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil, se tenga acceso a la seguridad social y se perciba un salario remunerador, se reciba capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuente con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo; el trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva.

Además, al hablar de la existencia de una relación de trabajo, de inmediato surge a relieve conocer las condiciones laborales inherentes, como serían el puesto, la jornada, el lugar de desempeño de actividades, el salario y destacándose para el presente estudio jurídico la duración de la misma, dado que, a la fecha, las relaciones de trabajo pueden ser para obra o tiempo determinado, por temporada o por tiempo indeterminado y en su caso pudiendo estar sujetas a prueba o capacitación inicial.

Precisándose que solo por exclusión, las relaciones de trabajo para obra o por tiempo determinado, pudieran ser estipuladas con dichas características cuando lo exija la naturaleza del trabajo que se va a prestar, tenga por objeto substituir temporalmente a otro trabajador y en los demás casos previstos por la Ley, respectivamente.

Pero tanto a los trabajadores, patrones, sociedad, como a las autoridades, es un hecho que les interesa la definitividad en las labores,

*incluso es viable afirmar que la esencia de las relaciones de trabajo son indudablemente de absoluta permanencia mientras subsista la materia del trabajo.*

## II ] Principios formativos del Derecho del Trabajo

El cúmulo de derechos, obligaciones, normatividad, presupuestos y disposiciones que regulan lo inherente a una *relación de trabajo*, se encuentran previstos por el *DERECHO DEL TRABAJO*, adecuadamente también llamado Derecho Laboral, el cual, resulta ser una disciplina del Derecho Social.

Desde hace varias décadas se sostuvo por el reconocido doctrinario Mario de la Cueva, que su definición ya no podrá ser una definición individualista y liberal, como: *la norma que regula el intercambio de prestaciones patrimoniales entre trabajadores y patronos*, tampoco una puramente formal, como: *la norma que regula las conductas externas en las relaciones obrero-patronales*, sino más bien una definición que tomará en consideración el fin perseguido por la Declaración de Derechos Sociales y por la ley, que es la idea de la justicia social, espíritu vivo del contenido de las normas, una definición que pasará sobre las cenizas del formalismo y del individualismo para anunciar que *el nuevo derecho es la norma que se propone realizar la justicia social en el equilibrio de las relaciones entre el trabajo y el capital*.<sup>5</sup>

Resultando de importancia mencionar que derivado de los excesos y atroces abusos efectuados por la clase patronal, específicamente por consecuencia de la Revolución Industrial, aunado a la evidente desproporción económica, cultural, social, política así como de conciencia de clase, existente entre un patrón con respecto a su trabajador, es que se consideraron para la Institucionalización del Derecho del Trabajo, ciertos principios formativos del mismo, en total nueve, y son: libertad de trabajo, libertad sindical, dignificación del trabajo, estabilidad en el empleo, progresión racional, el trabajo no es una mercancía, ¿libertad contractual?, *in dubio pro operario*, igualdad de los salarios, mismos que consisten medularmente en lo siguiente:

*Libertad de trabajo*, correspondiendo al derecho constitucional del trabajador para dedicarse a la profesión, industria, comercio o actividad de su preferencia, siempre que sea lícita y no en perjuicio de derechos legales de terceros, el cual, definitivamente resulta ser el antídoto de lo que aconteció en el pasado, correspondiente a la esclavitud;

*Libertad sindical*, ese derecho del trabajador de poder asociarse profesionalmente de forma voluntaria en sindicatos que defiendan sus intereses, que obviamente es la solución de lo anteriormente acontecido como prohibición de agrupación obrera;

---

<sup>5</sup> DE LA CUEVA, Mario, *EL NUEVO DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO*, vigésimo segunda edición, Porrúa, México, 2015, Tomo I, página 85.

*Dignificación del trabajo*, al imponerse al patrón el deber de procurar la integridad de sus trabajadores y el respeto cabal de su persona, principio que resulta ser el antídoto de la explotación e indignificación obrera acontecida en siglos pasados;

*Estabilidad en el empleo*, el cual genera la total certidumbre respecto a la permanencia del trabajo, ya que la relación laboral solo podrá quebrantarse por causas graves (rescisión) o por voluntad del trabajador (renuncia), principio que elimina la incertidumbre laboral que acontecía en tiempos pasados, de estar sujetos los empleados a la decisión arbitraria y unilateral del patrón respecto de la continuidad laboral;

*Progresión racional*, consiste en el deber que tiene el legislador de crear un sistema de normas jurídicas que se encuentren en constante revisión y mejoría para adecuarlo a las necesidades actuales del obrero, para con ello evitar el estancamiento del trabajador;

*El trabajo no es una mercancía*, dado a que no puede considerarse como un bien en el mercado ni a merced de las leyes de la oferta y la demanda como acontecía en siglos pasados, es decir el trabajo no es un artículo de comercio;

*¿Libertad contractual?*, la cual efectivamente existe pero no es absoluta, dado a que hay un catálogo de normas inderogables a favor de los trabajadores que constituyen derechos irrenunciables;

*In dubio pro operario*, que establece que para el caso de duda en la interpretación de las normas de trabajo, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador;

*Igualdad de los salarios*, en cuanto la máxima consistente en que a trabajo debe de corresponder un salario igual, que resulta ser el antídoto de la discriminación acontecida en el pasado.

Todas ellas tendientes a la integración del principio máximo tendiente al orden público e interés social.

En base a lo anterior, es inconcuso sostener que *las actuales normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social*, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales, lográndolo a través de los siguientes cinco caracteres que distinguen al Derecho del Trabajo:

a) Especialidad: El Derecho del Trabajo es una ciencia homogénea, integrado por un cuerpo de normas originales, que le dan un contenido, principios e instituciones propias;

b) Derecho de Clase: El Derecho del Trabajo es un derecho protector del proletariado, que se extiende a grandes sectores de la sociedad media profesional, que viven en dependencia económica con sus empleadores;

c) Carácter Imperativo: El Derecho del Trabajo está sustentado en la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, los que no pueden cederse, negociarse o retenerse;

d) Carácter programático: El Derecho del Trabajo es cambiante, nunca estático y se renueva día con día de forma permanente para adecuarlo a la realidad social;

e) Carácter expansivo: El Derecho del Trabajo constituye una universalidad, toda vez que su desarrollo local o nacional se ha ido ensanchando a todos los niveles y sectores de la producción económica.

### III ] Controversias laborales y el mecanismo propuesto para su solución en México

Derivado de la existencia de una relación de trabajo, no es posible dejar de advertir la posibilidad de que surjan controversias a consecuencia de la misma, por causa o motivo atribuible a cualquiera de los sujetos participantes, es decir tanto al trabajador como al patrón, pero en esta ocasión, nos centraremos únicamente en los casos en que el origen fuera imputable al titular del capital en los factores de producción, también llamado empleador.

Como pudieran ser entre otras: la rotura injustificada de dicho vínculo legal mediante un despido sin respeto de la normatividad legal, el incumplimiento de las normas legales o de las condiciones laborales acordadas, modificación unilateral de dichas condiciones, la falta de pago o adeudo parcial de prestaciones, el dejar de observar las restricciones legales, el realizar actos tendientes a la prohibición de asociación de sus trabajadores, la negativa para celebrar, revisar o cumplir algún contrato colectivo de trabajo, etcétera, es decir *controversias laborales de índole individual así como colectivas*; todas de trascendente importancia para efectuar estudios jurídicos.

Por lo pronto, haremos énfasis específicamente en una controversia de índole individual, que resulta ser ordinariamente recurrente en relaciones de trabajo, que llamaremos *despido Injustificado* (que es sinónimo a rescisión injustificada).

Indudablemente la violación por parte del patrón del principio formativo del Derecho del Trabajo, referido como: *estabilidad en el empleo*, se puede clasificar como la materialización de una terminación injustificada y anticipada de una relación laboral, es decir, cuando se materializa la separación del puesto que venía desempeñando un trabajador, sin que hubiera mediado la existencia de una causa grave para la rescisión o despido sin responsabilidad para el patrón y por razón imputable al trabajador (prevista en la Ley Federal del Trabajo, específicamente enumeradas en su artículo 47<sup>6</sup>), o por simple deseo

---

<sup>6</sup> Artículo 47.- Son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón: I. Engañarlo el trabajador o en su caso, el sindicato que lo hubiese propuesto o recomendado con certificados falsos o referencias en los que se atribuyan al trabajador capacidad, aptitudes o facultades de que carezca. Esta causa de rescisión dejará de tener efecto después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador; II. Incurrir el trabajador, durante sus labores, en faltas de probidad u honradez, en actos de violencia, amagos, injurias o malos tratamientos en contra del patrón, sus familiares o del personal directivo o administrativo de la empresa o establecimiento, o en contra de clientes y proveedores del patrón, salvo que medie provocación o que obre en defensa propia; III. Cometer el trabajador contra alguno de sus compañeros, cualquiera de los actos enumerados en la

unilateral y arbitrario del patrón, convirtiéndose en un despido injustificado.

Lo anterior, por atentar a esa certidumbre respecto a la permanencia del trabajo, pues incluso la protección de dicho principio, no solo se limita a la existencia de una causa grave, si no también que dentro de los treinta días a que hubiere acontecido, deba de efectuarse el respectivo aviso de rescisión, por escrito, el cual, además tendrá que ser entregado de forma personal al empleado en el momento mismo del despido o bien comunicarlo a la Junta de Conciliación y Arbitraje competente dentro de los cinco días hábiles siguientes, en donde se mencione claramente la conducta o conductas que motiven la rescisión y la fecha o fechas en que se cometieron, por ende, la simple falta del aviso al trabajador personalmente o por conducto de la Junta, por si solo determinará la separación no justificada.

En esa virtud, de no existir, una causa grave en la separación del empleo, el trabajador tendrá el derecho de poner en marcha el órgano jurisdiccional, a través del ejercicio de alguna de las dos acciones

---

fracción anterior, si como consecuencia de ellos se altera la disciplina del lugar en que se desempeña el trabajo; IV. Cometer el trabajador, fuera del servicio, contra el patrón, sus familiares o personal directivo administrativo, alguno de los actos a que se refiere la fracción II, si son de tal manera graves que hagan imposible el cumplimiento de la relación de trabajo; V. Ocasionar el trabajador, intencionalmente, perjuicios materiales durante el desempeño de las labores o con motivo de ellas, en los edificios, obras, maquinaria, instrumentos, materias primas y demás objetos relacionados con el trabajo; VI. Ocasionar el trabajador los perjuicios de que habla la fracción anterior siempre que sean graves, sin dolo, pero con negligencia tal, que ella sea la causa única del perjuicio; VII. Comprometer el trabajador, por su imprudencia o descuido inexcusable, la seguridad del establecimiento o de las personas que se encuentren en él; VIII. Cometer el trabajador actos inmorales o de hostigamiento y/o acoso sexual contra cualquier persona en el establecimiento o lugar de trabajo; IX. Revelar el trabajador los secretos de fabricación o dar a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa; X. Tener el trabajador más de tres faltas de asistencia en un período de treinta días, sin permiso del patrón o sin causa justificada; XI. Desobedecer el trabajador al patrón o a sus representantes, sin causa justificada, siempre que se trate del trabajo contratado; XII. Negarse el trabajador a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; XIII. Concurrir el trabajador a sus labores en estado de embriaguez o bajo la influencia de algún narcótico o droga enervante, salvo que, en este último caso, exista prescripción médica. Antes de iniciar su servicio, el trabajador deberá poner el hecho en conocimiento del patrón y presentar la prescripción suscrita por el médico; XIV. La sentencia ejecutoriada que imponga al trabajador una pena de prisión, que le impida el cumplimiento de la relación de trabajo; XIV Bis. La falta de documentos que exijan las leyes y reglamentos, necesarios para la prestación del servicio cuando sea imputable al trabajador y que exceda del periodo a que se refiere la fracción IV del artículo 43; y XV. Las análogas a las establecidas en las fracciones anteriores, de igual manera graves y de consecuencias semejantes en lo que al trabajo se refiere.

principales previstas por el artículo 48 de la Ley Federal del Trabajo, es decir, solicitar ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, que se le reinstale en el trabajo que desempeñaba (traducido en la continuidad de la relación laboral que resultó interrumpida) o que se le indemnice (sanción económica impuesta al patrón por motivo de la ilegal rotura de la relación de trabajo, que haría las veces de una posible reparación del daño) con el importe de tres meses de salario, a razón del que corresponda a la fecha en que se realice el pago, conocidas coloquialmente como acciones de reinstalación y de indemnización constitucional, respectivamente, conjuntamente a sus prestaciones accesorias, como lo serían los posibles salarios caídos o vencidos, así como los intereses en caso de que el Juicio durará más de un año, entre otras cosas.

Nótese que el *mecanismo propuesto en México*, para la solución de controversias laborales derivadas por consecuencia del rompimiento ilegal del vínculo legal existente entre un trabajador y un patrón (que tanto al orden público como al interés social e incluso a las autoridades del trabajo, les interesa que no suceda), cuenta con las siguientes peculiaridades:

a) Procedimientos ventilados en dependencias distintas a las Judiciales, es decir, las Autoridades previstas para dirimir controversias laborales, resultan ser las Juntas de Conciliación y Arbitraje, que son dependientes del poder Ejecutivo, pero que están investidas de una dualidad de funciones, es decir, la de índole administrativa así como la Jurisdiccional, respectivamente;

b) Las Juntas, están integradas por una representación del Gobierno, una patronal y otra obrera, cuyas determinaciones se toman de forma colegiada por sus miembros, de forma unánime o por mayoría;

c) El procedimiento previsto para dirimir las controversias se encuentra diseñado para que fuera preponderantemente *CONCILIATORIO*, pues en cualquier momento pudiera ser celebrado un convenio para poner fin a la controversia laboral en litigio, respetándose que no contenga renuncia de derechos, ni alguna de las prohibiciones del artículo 33 de la Ley Federal del Trabajo;

d) Además será principalmente oral, e *INMEDIATO*, tan es así, que existe disposición expresa que obliga a las autoridades del trabajo, a tomar las medidas necesarias para lograrlo;

e) Igualmente son mecanismos estructurados para obtener la mayor economía, concentración y sencillez en los procesos, en donde no se exigen mayores formalidades o solemnidades, que la expresión de los puntos petitorios;

f) Obviamente al ser visualizados como procedimientos rápidos, que en todo momento pretenderían lograr como objetivo medular la conciliación entre las partes, sería posible conseguir la Justicia Social traducida en la armonía o equilibrio entre el capital y el trabajo;

g) Además indudablemente resultarían menos costosos para el Estado.

Con las anteriores peculiaridades y naturaleza es que se encuentran propuestos los mecanismos de solución de controversias laborales en nuestro País, derivadas por consecuencia de la existencia de

un despido injustificado, por ende cualquier reclamo proveniente de un trabajador afectado, se substanciara en respecto del procedimiento establecido por el Título Catorce "Derecho Procesal del Trabajo", Capítulo I al XIV, y el XVII de la Ley Federal del Trabajo, con reglas de Procedimiento Ordinario de naturaleza Individual, en el cual, no existe estipulada institución alguna relativa al Ofrecimiento de Trabajo.

Nótese que la Ley Federal del Trabajo, solo cuenta con un total de 1010 artículos, a través de los cuales, intenta normar, regular y prever la totalidad de aspectos inherentes al Derecho del Trabajo, en su área Individual, Colectiva y Procesal, pues en el mismo ordenamiento se desprenden cuestiones de derecho sustantivo como adjetivo, resultando obvio e imposible que en dicho compendio legal pudiera especificarse a detalle la totalidad de aspectos inherentes a alguna controversia laboral, es decir, trata de la mejor forma posible de enmarcarlos de forma general y fijando las directrices pertinentes.

#### **IV ] Origen, naturaleza y razón de ser del Ofrecimiento de Trabajo**

Derivado lo sostenido en el párrafo anterior, tomando como principio el hecho de que un trabajador que hubiere resultado afectado por una separación injustificada en su empleo o rotura ilegal de la relación de trabajo, por causa imputable a su patrón, en su caso, pudiera optar por ejercitar como acción principal la inherente a la continuidad o reanudación de la relación laboral que se pudo haber visto interrumpida injustificadamente, mediante el reclamo de su reinstalación, sumado al principio de que los Tribunales del Trabajo son autoridades de buena fe, y equiparando en igualdad de circunstancias al patrón, aunado a la evidente laguna al respecto en la ley, es que nuestro máximo tribunal judicial en el país, después de observar posturas patronales sostenidas en controversias laborales, en donde argumentaban su deseo de continuar con la relación laboral que se vio interrumpida, estimando que efectivamente pudiera existir algún patrón, que realmente deseara la continuación o reanudación de labores con el trabajador promovente de la demanda, considero a bien establecer en *jurisprudencia* una figura que denominó: *Ofrecimiento de Trabajo*.

Indudablemente se trata de una institución jurídico-procesal, exclusiva de la disciplina del *Derecho del Trabajo*, de creación *sui generis* y se distingue de cualquier proposición ordinaria del patrón, ya que tiene como finalidad que el actor retorne al desempeño de sus labores, cuyo principal efecto en juicios laborales derivados con motivo del reclamo de algún despido injustificado, es el revertir la carga probatoria al trabajador promovente de la contienda, acerca de su obligación de demostrar la existencia del despido, que originalmente por disposición del artículo 784 de la Ley Federal del Trabajo.

Se alude que dicha propuesta es generada como recompensa a una real intención del patrón, de mantener vigente la relación de trabajo

mediante la reanudación de actividades, y denota la rectitud del buen ánimo del patrón.

Es necesario el delimitar la esencia y alcances del *Ofrecimiento de Trabajo*, explicándolo puntualmente:

Al estar previsto, reglamentado y delimitado por diversos criterios de Jurisprudencia, así como tesis de Tribunales Colegiados de Circuito, se han establecido la exigencia de diversos presupuestos y requisitos, además, ordinariamente debe de ser anunciado en la etapa de Demanda y Excepciones.

En uno de dichos criterios, se ha referido que, se entiende por *presupuestos* a los antecedentes fácticos sin los cuales ni siquiera puede hablarse de que se suscite alguna controversia en relación con el despido injustificado y menos aún podrá surgir la mencionada reversión, o bien, suscitándose controversia que carezca de ciertos elementos, lo cual la hace incompatible con la mencionada figura.

Por lo que ve a los *requisitos*, se estableció que son las exigencias cuando está presente la problemática de distribuir la carga probatoria del despido y los elementos necesarios para hacerla compatible con la citada reversión y que es necesario satisfacerlos a fin de que se actualice esta última, trasladando esa carga, que originalmente corresponde al patrón, al trabajador.

Así pues, los presupuestos de la reversión de la carga probatoria del despido, son:

a) Que un trabajador que goce de la garantía de la estabilidad o permanencia en el empleo, intente en contra del patrón la acción de indemnización constitucional o reinstalación, derivada del despido injustificado, y

b) Que el patrón reconozca el vínculo laboral, y no aduzca:

1. Que la rescisión fue justificada por haber incurrido el trabajador en alguna de las causas legalmente previstas para ello, o

2. Que terminó la relación laboral debido a la conclusión de la obra o haber llegado la fecha señalada para su conclusión, en el caso de que el contrato de trabajo se hubiere celebrado por obra o por tiempo determinado, respectivamente.

En cuanto a los requisitos de la reversión de la carga probatoria del despido, se pueden enunciar los siguientes:

a) Que el patrón ofrezca el trabajo en la etapa de demanda y excepciones;

b) Que al momento en que se haga la propuesta la fuente de trabajo no se hubiere extinguido;

c) Que dicho ofrecimiento se haga del conocimiento del trabajador y se le requiera para que conteste;

d) Que sea *calificado de buena fe*, para lo cual, es necesario que:

i) Dicha propuesta sea en los mismos o mejores términos en que se venía prestando el trabajo, siempre y cuando no sean contradictorios a la ley o a lo pactado;

ii) La conducta del patrón anterior o posterior al ofrecimiento no revele mala fe en el ofrecimiento; y

e) Que si el trabajador demandó la reinstalación y la oferta de trabajo se realiza en los mismos términos y condiciones en que se venía desempeñando, aquél acepte la propuesta, en virtud de que no hacerlo, según el criterio jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se invalidaría la acción.

Precisándose que el criterio que contempla los anteriores presupuestos y requisitos, es la jurisprudencia de voz: *OFRECIMIENTO DE TRABAJO. PRESUPUESTOS Y REQUISITOS PARA QUE OPERE LA FIGURA JURÍDICA DE LA REVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA.*<sup>7</sup>

Además no hay lugar a dudas que, según se encuentra establecido por una diversa Jurisprudencia, existen cuatro elementos determinantes para la calificación del Ofrecimiento de Trabajo: (i) La categoría del trabajador; (ii) El salario percibido por sus servicios; (iii) La jornada con que se realiza el Ofrecimiento de Trabajo; y (iv) La actitud procesal de las partes;

Esta última, resulta ser uno de los elementos esenciales para determinar la intención del patrón por arreglar la controversia en amigable composición, o su afán por revertir la carga procesal al trabajador; en tal virtud, cuando el patrón realice el Ofrecimiento de Trabajo las Juntas deben atender a los cuatro elementos citados y de manera esencial a la actitud procesal de las partes para calificarlo de buena o mala fe, tal y como lo establece el criterio de la voz que será referida a continuación a efecto de precisión del tema objeto de estudio: *OFRECIMIENTO DE TRABAJO. LA ACTITUD PROCESAL DE LAS PARTES ES UNO DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES QUE LAS JUNTAS DEBEN TOMAR EN CUENTA PARA CALIFICARLO DE BUENA O MALA FE.*<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Décima Época

Registro: 160528

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO

Tipo Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Localización: Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 5

Materia(s): Laboral

Tesis: II.1o.T.J/46 (9a.)

Pag. 3643

[J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 5; Pág. 3643

<sup>8</sup> Novena Época

Registro: 168085

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIX, Enero de 2009

Materia(s): Laboral

Tesis: I.9o.T.J/53

Página: 2507

Se puede concluir, que cuando se ejercita como acción principal la *indemnización constitucional*, únicamente de efectuarse el Ofrecimiento de Trabajo en los mismos o mejores términos a los en que se venía prestando el trabajo, siempre y cuando no sean contradictorios a la Ley o a lo pactado, además sin existencia de conducta procesal alguna de la patronal que evidenciara su falta de real interés de continuar con la vigencia de la relación mediante la materialización de la reinstalación, pudiera ser adecuado que fuera calificado por la Junta como de buena fe, con la repercusión jurídica inmediata relativa a la reversión de la carga de la prueba al trabajador a efecto de que el mismo fuera quien tuviera que acreditar la existencia del despido reclamado, que originalmente le corresponde a el patrón, según el artículo 784 de la Ley laboral.

También es criterio del máximo tribunal del país, el hecho de que cuando el actor ejerce *la acción de cumplimiento de contrato mediante reinstalación* y el patrón le ofrece regresar al trabajo en los mismos términos y condiciones en que se venía desempeñando el servicio, pero aquél rechaza dicha oferta, ello traerá como consecuencia la imposibilidad del órgano laboral para condenar a la reinstalación contra la voluntad expresa del trabajador, porque tal rechazo destruye la pretensión de reinstalación, en virtud de entrañar un desinterés de su parte en que se cumpla la acción que ejercitó (cumplimiento de contrato), aun cuando se acredite que fue víctima de un despido arbitrario, puesto que el interés constituye un elemento esencial de la acción, sin el cual no es posible que se dicte un laudo que condene a la reinstalación.

Así se sostiene en la Jurisprudencia 2a./J. 24/2001 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de voz siguiente: *OFRECIMIENTO DE TRABAJO. SU RECHAZO POR EL TRABAJADOR QUE DEMANDÓ LA REINSTALACIÓN, INVALIDA LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO, POR ENTRAÑAR DESINTERÉS EN OBTENER UN LAUDO CONDENATORIO.*

En ese contexto, es indispensable que la oferta se hiciera en los mismos o mejores términos y condiciones en que se venía desempeñando el trabajo, pues de no efectuarse así, pudiera ser que el rechazo del ofrecimiento obedezca a no ser efectuado en los mismos términos en que se venían desempeñando y no represente un desinterés del trabajador en cuanto a su acción de reinstalación ejercitada.

En ese orden de ideas, para determinar que las consecuencias jurídicas del rechazo por parte del trabajador que demandó la reinstalación, consisten en invalidar la acción intentada, es necesario que sea calificado el Ofrecimiento de Trabajo, pues de estimarse que éste es de buena fe y de haberse rechazado entrañará desinterés en obtener un laudo condenatorio, mientras que, de lo contrario, habrá que, determinarse si la negativa del trabajador a ser reinstalado como resultado de la propuesta de demandado patrón obedece a causas justificadas que guardan relación con las condiciones de trabajo cuestionadas.

Por lo tanto podemos sostener que la reversión de la carga de la prueba al trabajador, dentro de un juicio laboral ordinario proveniente del reclamo de un despido injustificado, con respecto a que acredite la existencia del despido que llegue a reclamar, no depende únicamente de la existencia de un Ofrecimiento de Trabajo, sino además deberá de ser necesario que sea efectuado y calificado de buena fe.

Para lo cual, entre otras cosas, en la actualidad resulta necesario medularmente lo siguiente: que se ofrezca el empleo en las mismas o en mejores condiciones o términos en que se veía prestando el trabajo, que no se ofrezca de manera contradictoria a lo anteriormente pactado entre las partes, ni a lo establecido por la ley, menos aun afectando los derechos del trabajador, agregándole que de ninguna forma exista una marcada conducta procesal de la patronal, previa o posterior al ofrecimiento, que evidencie su falta de real interés de continuar con la vigencia de la relación mediante la materialización de la reinstalación, por ende la mala fe en su ofrecimiento, pues de ser así, según jurisprudencias vigentes por si solo ocasiona la mala fe en el Ofrecimiento de Trabajo, y de ser así, no se revertería carga probatoria alguna al trabajador promovente del juicio laboral ordinario.

Precisándose además que existen otros requisitos adicionales tratándose de trabajos especiales, como pudiera ser en materia de Autotransportes, el que en el ofrecimiento se incluya lo previsto por el título sexto trabajos especiales, en su capítulo VI, *Trabajo de Autotransportes*, específicamente en cuanto lo exigido por el artículo 258 de la Ley Federal del Trabajo<sup>9</sup>, en el sentido de que para determinar el salario de los días de descanso se aumentará el que perciban los operarios por el trabajo realizado en la semana con un dieciséis sesenta y seis por ciento. Incluso existe el criterio de voz: *AUTOTRANSPORTES, TRABAJADORES DE. INCLUSION DEL PORCENTAJE RELATIVO AL PAGO DE LOS SEPTIMOS DIAS EN EL SALARIO. CARGA DE LA PRUEBA.*<sup>10</sup>

Se estima necesario resaltar que, el único efecto producido por dicha institución procesal, en caso de resultar efectuado y calificado de buena fe, sería la reversión de la carga de la prueba al trabajador, correspondiéndole acreditar la existencia del despido; además, de haberse aceptado la propuesta y quedar demostrado el haberse materializado la reinstalación, a partir de esa fecha dejarían de seguir

---

<sup>9</sup> Artículo 258.- Para determinar el salario de los días de descanso se aumentará el que perciban por el trabajo realizado en la semana, con un dieciséis sesenta y seis por ciento.

<sup>10</sup>Octava Época

Registro: 229875

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tesis Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

II, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1988

Materia(s): Laboral

Página: 141

corriendo salarios caídos o vencidos, así como los intereses previstos por el artículo 48 de la Ley Federal del Trabajo, pero el juicio seguiría ventilándose en el resto de sus etapas procesales.

## V J Planteamiento del problema de dicha institución procesal

En la *litis* dirimida en cualquier Juicio proveniente de una controversia laboral por motivo del reclamo de un despido injustificado, la carga probatoria de mayor peso, al influir respecto al hecho generador de la acción principal ejercitada, que pudiera inclinar la balanza de la resolución por parte del Tribunal del Trabajo, al denotar la procedencia o improcedencia del reclamo principal como sus accesorios, es la inherente a demostrar la existencia de la causa de terminación de la relación de trabajo, que ordinariamente compete al patrón, al reiterarse que tanto a la sociedad como al Estado en sí, le interesa sobremanera que sean respetados los principios formativos del Derecho del Trabajo, para evitar con ello que se llegaran a repetir los excesos acontecidos en el pasado al respecto.

Pero, como ya fue dicho en párrafos anteriores, por motivo de la institución procesal creada por Jurisprudencia, en caso de la existencia de un Ofrecimiento de Trabajo en dicho juicio laboral, por el solo hecho de ofrecerse, incluso como simple técnica jurídica, pudiera generar la reversión de la carga probatoria, para trasladarse en la obligación del trabajador promovente, acerca de acreditar la existencia del despido, situación que se considera en cierta manera excesiva y no acorde a una realidad actual, como se ejemplifica a continuación:

Efectivamente la Ley Federal del Trabajo, establece que cualquier rescisión de relación de trabajo, realizada por el patrón, entre otras cosas tenga que efectuarse mediante escrito, contenida en un aviso y que además se proporcione personalmente al trabajador, pero la realidad es que en contadas ocasiones esto realmente sucede, pues a *contrario sensu*, ordinariamente los despidos se efectúan de forma verbal.

Por lo tanto, de llegarse a imponer al trabajador la carga probatoria inherente a demostrar la existencia del despido, resultaría de complicada realización, dado a que en la mayoría de los casos, no cuenta a su alcance con las pruebas documentales idóneas, pues difícilmente un trabajador pudiera obligar a su patrón, a que le proporcione por escrito lo inherente a su aviso de su despido, además ese Juicio de ninguna manera concluiría, ya que seguiría substanciándose en su demás etapas procesales.

Estimándose que lo anterior atenta a la naturaleza y finalidades de los mecanismos propuestos en México para la solución de controversias laborales, pues nótese que altos porcentajes de juicios, después de aceptada la oferta, así como de efectuada la reinstalación por personal de la autoridad competente, al paso de un poco tiempo, nuevamente existió reclamo laboral en donde el trabajador aducía habersele impedido el seguir laborando.

La situación anterior llegó a ser tan recurrente, que motivó la formulación del siguiente criterio de Jurisprudencia emitido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: *OFRECIMIENTO DE TRABAJO. SU CALIFICACIÓN CUANDO EN EL PROPIO JUICIO SE AFIRMA UN SEGUNDO DESPIDO POSTERIOR A LA REINSTALACIÓN DEL TRABAJADOR*.<sup>11</sup>, el cual, medularmente establece que: cuando en el juicio laboral el trabajador reinstalado con motivo de la aceptación de la oferta de trabajo se dice nuevamente despedido y hace del conocimiento de la Junta tal circunstancia para justificar la mala fe del ofrecimiento en el mismo juicio donde se ordenó la reinstalación, ese hecho debe considerarse para la calificación de la oferta respectiva, debiendo inclusive, recibirse las pruebas con las que pretenda demostrar su aserto, pues en caso de acreditarlo, será evidente que la oferta no se hizo con la finalidad real de reintegrarlo en sus labores, sino con la de revertirle la carga de la prueba, lo que además deberá ser objeto de análisis en el laudo que se emita para determinar, junto con otros factores, si dicho Ofrecimiento de Trabajo fue de buena o mala fe.

Con la cual, se trata de evitar que al realizar la oferta de trabajo, simplemente se intentara burlar la carga probatoria que la Ley le impone al Patrón relativa a demostrar la justificación del despido.

En virtud de lo anterior, considero importante formular las siguientes preguntas: ¿Cree usted posible que en la actualidad, algún patrón, *realmente* tuviera la intención de reanudar actividades con un trabajador que, previamente lo demandó laboralmente?, ¿en todo caso, la simple oferta del trabajo, pudiera en un juicio revelar la *real* intención del patrón de continuar con la relación de trabajo?, entonces ¿resulta adecuado que el estímulo al patrón, relativo a la reversión de la carga probatoria al trabajador de la contienda, sea por la simple oferta de trabajo?

Por lo tanto, no preguntamos la institución jurídico-procesal del Ofrecimiento de Trabajo, ¿es una realidad acorde a los principios de los mecanismos propuestos para la solución de controversias laborales o se trata de una fantasía de la técnica jurídica?

---

<sup>11</sup> Época: Novena Época

Registro: 172461

Instancia: Segunda Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXV, Mayo de 2007

Materia(s): Laboral

Tesis: 2a./J. 93/2007

Página: 989

## VI ] Conclusión

La sociedad hoy en día, en torno al principio de legalidad, exige que las instituciones generadas por motivo de un noble fin, sean cabalmente respetadas y de ninguna forma utilizadas discrecionalmente, sin respeto de su razón de ser, distorsionando el objeto por el cual fueron creadas.

Es inconcuso que la institución jurídico procesal del Ofrecimiento del Trabajo, es tan compleja, técnica y amplia, que ni siquiera se encuentra prevista en la Ley Federal del Trabajo (pues cuantos títulos, capítulos o artículos se necesitarían para poder establecerla a precisión), ni en la mayoría de legislaciones burocráticas estatales, está prevista en tan solo una o dos jurisprudencias, y, existen decenas de criterios que la prevén, regulan y sancionan, incluso, día con día existe la posibilidad de que surjan nuevos criterios al respecto.

Es indudable que en una relación de trabajo, que se vea afectada por la existencia de un despido injustificado, el cual, a su vez, ocasione y sirva de fundamento para la instauración de una controversia laboral en Tribunales del Trabajo, los casos, se consume un daño o afectación a dicho vínculo legal, que trasciende fundamentalmente en los elementos subjetivos que participan directamente en la relación de trabajo, es decir el patrón y el trabajador, ocasionando que sea prácticamente imposible que dicha rotura pudiera ser enmendada mediante una simple oferta de trabajo, para reanudarse la relación como se venía desempeñando.

Nótese que incluso en el Ofrecimiento de Trabajo, para efecto de que pueda llegar a ser calificado de buena fe, se exige, entre otras cosas, que sea realizada la oferta en los mismos o mejores términos y condiciones en que se venía prestando el servicio, pero ¿cómo pudieran ser los mismos o mejores términos o condiciones, ante la existencia de una conducta que ocasionó la separación injustificada del trabajador?

Además mediante un simple razonamiento lógico se puede opinar que en toda demandada, presumiblemente existirá un cierto grado de animadversión, enemistad o antipatía entre las partes, máxime en materia laboral, que si bien es cierto los sujetos participantes en la relación de trabajo pudieran ser antagónicos por naturaleza, mayormente cierto es, que existe una relación tan estrecha entre los mismos, que de ninguna manera pudiera pensarse que una vez afectada o dañada, logrará volver a ser armónica al seguirse desempeñando.

En tal virtud, sería factible concluir que en la mayoría de las ocasiones, el efectuar un Ofrecimiento de Trabajo, lejos de una intención para la continuidad de las labores que venía desempeñando el trabajador promovente del juicio laboral, es una técnica jurídica para revertir la carga probatoria que ordinariamente correspondería al patrón y trasladarla al trabajador.

Pues de existir una real intención del patrón de continuar con la relación laboral, podría simplemente celebrarse un convenio con el trabajador en el cual se materializara la continuidad en el desempeño de las labores, se reparara o conciliara los posibles daños ocasionados y además se diera por terminado el juicio respectivo, por lo tanto, ¿qué

razón de ser, tiene en la actualidad dicha institución jurisprudencial de índole procesal que consiste en efectuar una oferta de trabajo y poder lograr la reversión de la carga de la prueba al trabajador?

Se pudiera concluir que con el uso del Ofrecimiento de Trabajo, ni se logra la justicia social mediante una conciliación de los intereses en disputa, tampoco el equilibrio de los factores de la producción, ni la solución de la controversia, pues al contrario, como se sostuvo en el planteamiento del problema, aumentan la existencia de juicios laborales, con las cargas y costos inherentes para el Estado.

Además al estar prevista únicamente en jurisprudencia, la cual, resulta posible que fuera interrumpida o sustituida en los términos de la Ley de Amparo, invariablemente ocasiona un grado de incertidumbre jurídica a los contendientes, dado a que en cualquier momento anterior al dictado del laudo, cualquier criterio existente pudiera ser superado, es decir que pese a que hubiera sido vinculante durante toda la substanciación del juicio, al llegar la resolución de la controversia laboral ya no lo fuera.

Por ende, tal vez lejos de proponer que la figura fuera incorporada en la Ley Federal del Trabajo, pudiera resultar concluyente que dicha institución procesal, no tiene razón de ser, dado que su misma estructura demuestra lo utópico de la figura, con la salvedad de que pudiera adecuarse a las realidades actuales.

Como pudiera ser, agregando a dicha institución, que la reversión de la carga de la prueba quedará supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos como el demostrar que efectivamente la materialización de la reinstalación fue continuada por algún lapso de tiempo considerable, o que, la misma, después de un tiempo de haberse reanudado las labores, pudiera ocasionar la forzosa comparecencia de las partes a efecto de dar por terminada la controversia, mediante un arreglo conciliatorio respecto de las prestaciones reclamadas y que efectivamente estuvieran pendientes de pago.

En todo caso, pudiera existir el diseño de la reversión de la carga probatoria al trabajador inherente a demostrar la existencia del despido, de una forma que resultara más adecuada, derivado de cierta conducta procesal mostrada por el actor en lo contenido en su demanda durante el procedimiento o que se advierta de actuaciones por el desahogo de las pruebas.

Obviamente, aún queda mucho trabajo por hacer, para efecto de lograr propuestas científicamente estructuradas respecto a las adaptaciones a dicha institución jurídico-procesal, para que, dejara de ser una fantasía de la técnica jurídica, o en su caso, para presentar el diseño de figuras más acordes a la realidad del momento que pudieran conceder el beneficio de la reversión de la carga probatoria, pero es incuestionable que tendrán que ser materia de un estudio jurídico complementario al presente.

Fecha de recepción: 29 de marzo de 2016

Fecha de aprobación: 26 de abril de 2016

# Constructivism: a plausible alternative to foundationalism of justice?<sup>1</sup>

MARÍA CRISTINA PÉREZ VENEGAS<sup>2</sup>

CONTENT: I. *Introduction*. II. *Constructivism posed as an alternative to foundationalism*. III. *Reflective equilibrium as a descriptive method*.

**Resumen.** En este artículo se aborda la cuestión sobre si el constructivismo puede considerarse una alternativa plausible frente al fundacionalismo como estrategia de justificación de la justicia. En la primera sección se aborda el asunto de manera general, con un enfoque principal en las propuestas constructivistas de John Rawls y Thomas Scanlon, arguyendo que fallan en su intento de ofrecer una forma alternativa de justificación de verdades morales. En una segunda sección, se brinda atención a la figura del equilibrio reflexivo como un ejemplo para ilustrar la posible insuficiencia del constructivismo como herramienta de justificación y no solamente de descripción en el estudio de la justicia.

**Palabras clave:** John Rawls, constructivismo, fundacionalismo, equilibrio reflexivo.

**Abstract.** *This paper addresses the question on whether constructivism can be a plausible alternative to foundationalism as a justificatory strategy for justice. In the first section the question is approached in general terms, centring mainly in John Rawls and Thomas Scanlon's account of constructivism, and it is suggested they fail to offer a satisfactory account of an alternative justification of moral truth. In a second section attention is drawn to reflective equilibrium as a concrete example tackled to shed light on the insufficiency of constructivism to serve as a justificatory rather than merely descriptive tool for the study of justice.*

**Keywords:** John Rawls, constructivism, foundationalism, reflective equilibrium.

## I ] Introduction

In this paper I will address the question on whether the constructivist conception of justice offers a plausible alternative to more traditional (foundationalist) justificatory strategies. The relevance of it for the legal

---

<sup>1</sup> This paper is based in two essays handed in as part of the Master of Science Programme in Political Theory at the London School of Economics and Political Science during year 2015.

<sup>2</sup> Degree in Law by Universidad Panamericana campus Guadalajara, Master of Science in Political Theory prospect at the London School of Economics and Political Science.

world would be circumscribed in Jurisprudence and Constitutional Law, as the conception of justice underlies the final order thoughts that enable jurists to define or argue for a given solution to concrete complex cases in which Law ceases to wide interpretation.

Considering the nature of this work and its length constraints, I will focus in two quite specific aspects of the contemporary disputes about justice, centring –as it can be foreseen– in the account of constructivism of former Harvard University Professor (and most celebrated and influential Political Philosopher of our times) John Rawls, as well as in some views on the matter held by current Harvard University Professor and renowned Moral Philosopher, Thomas M. Scanlon.

In the first section of this text I will discuss that constructivism is in general not a plausible alternative to foundationalism, as it fails to serve satisfactorily as a justificatory mechanism of justice as a moral truth. In a second section of this work, to look at a concrete example, I will approach a particular justificatory figure within the constructivist doctrine: that of reflective equilibrium as propounded by John Rawls. For both sections I will suggest that constructivism derives in an unsatisfactory result when pursuing to justify moral truth.

## II ] Constructivism posed as an alternative to foundationalism

My aim is to suggest that in fact constructivism does not offer a plausible *alternative*, which does not imply that constructivist propositions are implausible in themselves, but that they simply do not supplant the foundationalist stances in their quest to state undeniable truths to depart from in order to develop an objective theory of justice.

There are actually different matters that can be discussed concerning the plausibility or implausibility of constructivist theories themselves, such as the conflict alleged by communitarians that departing from a mental idealized agreement, which has never actually occurred, is not valid, as theory has to be rooted in *praxis* from the start to be realistic.<sup>3</sup> Such kind of argumentation has no place within this text, as this one will only address constructivism as whether a plausible alternative justificatory strategy, to more traditional stances to justify justice.

For the sake of clarity, it will be useful to begin by outlining the essential characteristics of foundationalism and the account of constructivism subject to discussion in this work.

### 1. Foundationalism

In his book, *Political Constructivism*, Peri Roberts explains, [a] key question for justification is to ask whether [a] regress of questions ever comes to an end or are our reasons subject to an infinite regress of questions and answers and questions again. Justification is usually taken

---

<sup>3</sup> Vid. SOTO MORALES, Rodrigo, *La configuración de lo justo en la teoría de John Rawls*, UNAM, México, 2013, pp. 365-448.

to consist in identifying the stopping point, or foundation, of such a regress.<sup>4</sup> In that sense, foundationalism will stand to solve the regress dilemma by positing that there are certain beliefs that need no justification, which the rational agent can use as a base for an objective theory.

According to the definition given in the *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2010), a foundationalist view will uphold that *all knowledge and justified belief rest ultimately on a foundation of non-inferential knowledge*.<sup>5</sup>

Specifically in the field of political theory, Professor Arthur Ripstein highlights that *[f]oundationalist political theories attempt to justify political institutions without presupposing any political considerations*.<sup>6</sup> He means that political institutions are not ultimately the product of contingent agreement and organization attempts between diverse independent individuals. A foundationalist view then would attempt to ground its normative guidance on *indisputable features of the human situation*.<sup>7</sup> These indisputable features are attributed to a human nature, which implicates that every single human being, regardless of his identity, context and political community, shares them.

The outlined approach, in general, entails the justification of principles of justice and the rules derived from them, as universal, seen from either an external or internal view of the subject, be it a political community or a legal system.

## 2. Constructivism

I will explore constructivism in a subtle wider manner, as this is the proposition I am assessing as whether a plausible alternative to general foundationalism. In broad lines, a constructivist justificatory strategy consists on the affirmation that if there are moral truths, these are *determined by an idealized process of rational deliberation, choice or agreement*.<sup>8</sup> In the arena of contemporary political theory, John Rawls came through with a famous account of constructivism. In his 1993 work, *Political Liberalism*, Rawls employs constructivism to justify principles of justice, which are determined in order to reach an *overlapping consensus* given the pluralism of liberal societies.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> ROBERTS, Peri *Political Constructivism*, Routledge Taylor and Francis Group, Oxon, 2007, p.1.

<sup>5</sup> FUMERTON, Richard, "Foundationalist Theories of Epistemic Justification", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer 2010 Edition.

<sup>6</sup> RIPSTEIN, Artur, "Foundationalism in Political Theory", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 16, No. 2, Spring, 1987, p. 115.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>8</sup> BAGNOLI, Carla, "Constructivism in Metaethics", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2015 Edition.

<sup>9</sup> *Vid.* RAWLS, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 2005.

The account of constructivism that John Rawls provides nourishes from Immanuel Kant's thought. In *Kantian Constructivism in Moral Theory*, the former foregrounds the essence of Kantian constructivism as follows:

*What distinguishes the Kantian form of constructivism is essentially this: it specifies a particular conception of the person as an element in a reasonable procedure of construction, the outcome of which determines the content of the first principles of justice. Expressed another way: this kind of view sets up a certain procedure of construction which answers to certain reasonable requirements, and within this procedure persons characterized as rational agents of construction specify, through their agreements, the first principles of justice.*<sup>10</sup>

As it can be noticed, this version of constructivism requires rational agents whose rationality enables them to arrive to principles as a product of deliberation or agreement. In that sense, the definition given for constructivism by *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2015) can be brought up to indicate what I am referring to in this essay: *constructivism is the view that the moral principles we ought to accept or follow are the ones that agents would agree to or endorse were they to engage in a hypothetical or idealized process of rational deliberation.*<sup>11</sup>

This definition also approximates to Professor Thomas Scanlon's own account of contractualism, which he asseverates can be stated as follows: *An act is wrong if its performance under the circumstances would be disallowed by any system of rules for the general regulation of behaviour which no one could reasonably reject as a basis for informed, unforced general agreement.*<sup>12</sup> Further on, he affirms, *[t]he only relevant pressure for agreement comes from the desire to find and agree on principles which no one who had this desire could reasonably reject.*<sup>13</sup> Considering the way in which Scanlon's account of contractualism coincides with the above given definition for constructivism, I could say that the proposition I am referring to herein could also be called *contractarian constructivism*, to use Onora O'Neil's terminology.<sup>14</sup>

### 3. Implausibility of constructivism as an alternative to foundationalism

Considering the above outlined concepts, the answer to the question discussed in this paper is that constructivism is not plausible enough as an alternative to foundationalist justificatory strategies. To explain this negative answer the main aspect to stress is that the question

<sup>10</sup> RAWLS, John, "Kantian Constructivism in Moral Theory", *The Journal of Philosophy*, Vol. 77, No. 9, September, 1980, p. 516.

<sup>11</sup> *Ídem*.

<sup>12</sup> SCANLON, Thomas M., "Contractualism and Utilitarianism", *Ethical Theory, an Antology*, Wiley- Blackwell, Oxford, 2013, p. 111.

<sup>13</sup> *Ibidem* p. 113.

<sup>14</sup> O'NEIL, Onora, "Constructivism vs. Contractualism", *Blackwell Publishing Ltd.*, Ratio (new series) XVI, Oxford and Malden, 2003, December 2003.

poses constructivism as aiming to be an *alternative justificatory strategy* to foundationalism, which implies it should constitute a better justification of the exact same facts. If foundationalism –in the realm of Jurisprudence and Political Thought– aims to uphold the truthfulness and universality of certain normative assertions about justice, then for any theory to be an alternative justificatory strategy, it should be pursuing to justify the truthfulness and universality of the indicated assertions as well. Otherwise, we would not enquire whether it offers an alternative justification, but we would ask instead if it invalidates what is asserted by the stance we are debating with.

Now, if constructivism supposes, as remarked before, that principles of justice can be justified by tracing them back to a mental idealized agreement between rational individuals, any outcome that is presumably (implicitly) agreed given the absence of complaint, will be justified, so any principles of any society could be this way justified only from an immanent perspective, as they are fictionally constructed by some sort of overlapping consensus (only) between the agents that belong to a certain community or legal system.

Foundationalist positions, by contrast, would try to determine which principles (implying substantive normative formulations) are basic beliefs not subject of further justification, which will derive in objective, true, universal guiding rules for political and legal action from an inner and external perspective regarding any community (if this is a plausible attempt is a matter of another debate).

So if the constructivist stance is only internally coherent and cannot be upheld to justify the applicability of certain principles of justice in a universal manner, it fails to be an alternative justification to foundationalism. The limitation of constructivism as only internally coherent derives from the fact that its justificatory scheme is mainly procedural. Similar to what has been said by Wolfgang Kersting regarding contractualism: *constructivist theories follow the development of the idea that social need for legitimacy cannot be underpinned by a natural axiological objective order.*<sup>15</sup>

In line with what Bertrand Guillarme has written, from the constructivist view, objectivity of justice does not depend on a hypothesis of some reality independent from ourselves that should be described, but instead, the objectivity it can bear proceeds from the fact that it is the result of certain procedure,<sup>16</sup> but as the Argentinean professor Carlos Massini points out, the sole coherence of a rational procedure, with no reference to strongly objective data (referring to a reality that transcends our own thoughts) does not reach the necessary level of objectivity as to apply to every society in every context; specially talking about political

---

<sup>15</sup> KERSTING, Wolfgang, *Filosofía política del contractualismo moderno*, Biblioteca de Signos, Mexico, 2001, p. 43.

<sup>16</sup> GUILLARME, Bertrand, *Rawls et légalité démocratique*, PUF, Paris, 1999, p. 41 in MASSINI, Carlos, *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, UNAM, México, 2004, p. 95.

principles, which are destined to oblige everyone (from a typical foundational justification), including those that have not participated in its supposed elaboration.<sup>17</sup>

As repeatedly stated, the rules and principles constructivism desires to justify are those that derive from a process of deliberation between diverse rational agents willing to reach an agreement. Conceding –for the sake of the constrained ends of this paper– that such mental idealized agreement is plausible, an external observer that disagrees with the rules and principles derived from the referred process has no word of argument against it if not assuming a more foundationalist position. The consequence for those who do not wish to drop mere constructivism, has been to reduce it as applicable only to certain delimited legal systems framed in a specific culture and historical time. This somehow implicates deeming all other communities as formed by agents that are not rational enough (in a specific Kantian understanding of rationality), but that would be a different discussion.

As indicated, the fact that a constructivist view requires characteristics that make it not necessarily applicable to all societies in any historical and cultural context, is actually acknowledged by the proponents of constructivist stances themselves, such as John Rawls, who admits that his theory of justice has been thought of only as applicable to contemporary democratic societies economically developed, and more concretely, to the North-American society.<sup>18</sup> Thomas Scanlon, on his side, admits that *dependence on convention introduces a degree of cultural relativity*.<sup>19</sup>

#### 4. Relevance of the question

The position expressed herein is relevant in the following way: if the plausibility of political constructivism in itself is advanced, the defender must be aware that she is waiving the feasibility to reproach political and legal atrocities from an external perspective; so that if we reprobate, for example, the legal institutionalization of slavery or of inferiority of women, there are in principle no argumentative grounds within constructivism to allege that those establishments should change as long as the participants of such cultures do not to complain. It could be argued that the claim persists even if one is persuaded to affirm that people involved are not truly able to complain, as to do it one would unavoidably upraise foundationalist arguments to explain the concern for the question, as constructivism lacks guarantee of substantive content.

This outcome easily disappoints those who look for a complete system of justification in constructivism, as those realities will continue to seem wrong to them (as external observers), but they will do an effort to

---

<sup>17</sup> *Vid. op. cit.*, MASSINI, pp. 65-79.

<sup>18</sup> RAWLS, John, “El constructivismo kantiano en la teoría moral”, *Justicia como equidad*, Tecnos, Madrid, 1986, p.139.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, SCANLON, “Contractualism and Utilitarianism”, p. 113.

overcome the nuisance and adopt a neutral non-intervening attitude towards such phenomena.

I believe that there actually are ways of positing the wrongness of some extended practices in diverse legal systems, addressing case-by-case and engaging in serious debate. By the approval or disapproval of political and legal practices we can grasp general principles that are presented to us in reality in such casuistic manner. If the accounts of foundationalism do not seem plausible now-a-days with the discredit of ontology and metaphysics, still our perception of reality's suggestion that there can be an external plausible way of criticism of legal systems and politics, stays. Overlooking this impression by building an internal coherent theory of local principles of justice does not make it disappear, so in some way adopting constructivism is only avoiding a question posed by our experience of reality as social intellectual beings.

### III ] Reflective equilibrium as a descriptive method

Moving forward to pose an illustrative example of a concrete figure for justification of justice within the most plausible constructivist grounds, I will draw attention to the method of reflective equilibrium as proffered by John Rawls.

Professor Thomas Michael Scanlon sets down in his article "Rawls on Justification"<sup>20</sup> that there are three ideas of justification in the thought of the named thinker: these are *the method of reflective equilibrium, the derivation of principles in the original position, and the idea of public reason.*<sup>21</sup> I will discuss the idea of reflective equilibrium as understood by T. M. Scanlon. My aim is to ponder if this method of justification propounded by John Rawls is rather *descriptive* or *deliberative*, and outlining the implications of either outcome. I will rely on Professor Scanlon's account of reflective equilibrium because it is him who has clearly drawn the possible differentiation between what he calls a descriptive interpretation and a deliberative interpretation of such idea of justification.

Now I will provide a brief account of Scanlon's view on reflective equilibrium [specifically in his paper "Rawls on Justification" included in the *Cambridge Companion to Rawls* (2002)], proceeding then to proffer my own view regarding the question posed in previous lines: I am persuaded to deem that John Rawls did not mean his method to pursue mere descriptive ends, but that nevertheless, with his particular proposition of reflective equilibrium, he in fact reaches no higher objectives than those of description.

---

<sup>20</sup> SCANLON, Thomas M., "Rawls on Justification", *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2002.

<sup>21</sup> *Op. cit.*, SCANLON, "Contractualism and Utilitarianism", p. 139.

## 1. Reflective Equilibrium in the view of Thomas Scanlon

According to T. M. Scanlon, one *natural* interpretation of reflective equilibrium implicates that *principles are justified by their ability to explain those judgments in which we feel the highest degree of confidence.*<sup>22</sup> This method of justification proceeds –as he observes– in three stages: 1) Identifying a set of considered judgments about justice (while informed and thinking carefully), 2) Formulating principles that would account for those judgements, 3) Going back and forth adjusting judgments and principles until one reaches a set of both that have no conflict with one another.<sup>23</sup>

Further on, after recalling certain quotes of Rawls's texts, Thomas Scanlon points out that this process of reflective equilibrium can be embraced as either a *descriptive* or a *deliberative* method. He will refer to these as the descriptive interpretation and the deliberative interpretation, correspondingly. The descriptive interpretation conceives reflective equilibrium as aiming at *characterizing the conception of justice held by a certain person or group*, while the deliberative interpretation regards it as *a method for figuring out what to believe about justice.*<sup>24</sup>

What is outstanding about the former differentiation between interpretations of the reflective equilibrium, is that when adopting the descriptive interpretation, the method forsakes its justificatory character, *i.e.* it is no longer useful as a tool to justify principles or beliefs about justice, but it rather only outlines the way in which a moral agent proceeds when pursuing justification. In words of the author: *it seems to be a way of arriving at accurate portraits of various possible conceptions of justice, which we may then choose between using some other method.*<sup>25</sup>

Furthermore, as the author of "Rawls in Justification" explains, the considered judgements that have a role in reflective equilibrium should fulfil two sets of conditions: first, shortly, the agent should be aware of the relevant facts, be able to concentrate and not stand to gain or lose something; second, the agent should feel mostly certain about the judgment, which should be stable in time and met intuitively.

After stating his view on reflective equilibrium and both descriptive and deliberative interpretations of it, Thomas Scanlon –in the first section of his paper– does not take a definitive stance on which interpretation can be regarded as correct, but he does establish that between them, the deliberative interpretation is primary, and it is so because even if we have descriptive aims to collect data and draw conclusions on moral reasoning, we first need someone trying to determine what is right to believe, so that he or she can be observed.

---

<sup>22</sup> *Ídem.*

<sup>23</sup> Scanlon pins down that this exercise continues indefinitely; Rawls does not suppose that we reach a definite set of non-conflicting judgements and principles. *Ibidem*, p. 140.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 142.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 143.

## 2. Commentary on the descriptive and justificatory aspects of reflective equilibrium

Turning now to my perspective in relation to what is posed by Professor Scanlon on reflective equilibrium, I must say I consider that along with revising the literality of what has been written by Rawls, it is important to strive not only to build an idea of what the thinker is affirming, but also an idea of how it can be reasonable for oneself to agree with it. This will avoid rejecting propositions by dealing with them superficially using any counterargument that one can think of in principle regarding isolated affirmations within a text. But once that personal perspective has been outlined, one ought to go back again further to what has been said by the thinker to verify if one's account of the matter (considered reasonable) can be actually attributed to its proponent. In such a way I shall proceed to the extent that it is possible within the constraints of this text's length.

I am inclined to believe that John Rawls, when elaborating his proposition of reflective equilibrium, would start by gathering data as an observer, collecting facts as material to draw conclusions and elaborate his theory. This could be the source of the descriptive aspect found in the method of reflective equilibrium. I would be tempted to think it is not that in some cases Rawls seems to pose the method as descriptive (and therefore not justificatory) and in other cases as deliberative. But rather that there will be moments in which he is describing the way he observes agents carry out an exercise of moral reasoning, and others when he is already propounding his theory on how a way of reasoning can be plausible (indicating under which characteristics it would be so), in order to operate as a valid justificatory method for principles of justice.

In his paper "The independence of Moral Theory", Rawls asserts that:

*One thinks of the moral theorist as an observer, so to speak, who seeks to set out the structure of other people's moral conceptions and attitudes. Because it seems likely that people hold different conceptions, and the structure of these conceptions is in any case hard to delineate, we can best proceed by studying the main conceptions found in the tradition of moral philosophy and in leading representative writers, including their discussions of particular moral and social issues. We may also include ourselves, since we are ready to hand for detailed self-examination.<sup>26</sup>*

As it is showed, he considers that in order to produce moral philosophy, one first needs to collect data regarding which moral conceptions exist and how they are reached or encountered by others and even oneself. But then one may suppose that is not the end of the question—specifically thinking of reflective equilibrium—as the proposition does not finish with depictions of various ways of reasoning, but he goes on to determine which of those diverse ways will actually boost a proper

---

<sup>26</sup> RAWLS, John, "The Independence of Moral Theory", *John Rawls: Collected Papers*, Harvard University Press, United States of America, 2002, p. 288.

justification of beliefs. It is clear then, as suggested by Scanlon's remarks in section two of his paper addressed herein, that Rawls's aspiration goes beyond offering a descriptive method with respect to moral capacity, given that it is actually the rationale of reflective equilibrium that in some aspect legitimizes the original position; Thomas Scanlon affirms that [a]s Rawls makes clear in *A Theory of Justice*, *the structure of the original position is itself justified by employing the method of reflective equilibrium*.<sup>27</sup>

However, it may be observed that the distinction between the descriptive and justificatory (what Scanlon called deliberative) aspects of the method Rawls formulates is unduly subtle when taking into account the theorist's position as to moral objective truths. As John Mikhail explains:

*According to Rawls, the moral theorist attempting to solve the problems of empirical and normative adequacy, as he has defined them, is neither forced to assume that there is one authoritative or correct moral conception, nor to presuppose the existence of objective moral truths. On the contrary, she may – and, Rawls says, she should – set aside such notoriously difficult problems as the objective or ultimate truth of a given set of moral judgments or moral principles. Preoccupation with these issues, he writes, 'may get in the way and block the path to advance'.*<sup>28</sup>

When considering that the quest for objective substantive moral truths is set aside for being it problematic in order to *advance* in some way, the only path left is to observe and describe how persons actually think in order to reach certain practical effects. In that way, the justificatory aspect of the reflective equilibrium will not entirely implicate a determination of what is actually right to believe about justice, but rather what seems reasonable to believe deeming the way agents generally proceed in order to draw conclusions of such a nature. Thereby, when Rawls specifies sets of conditions for reflective equilibrium to be a source of justification, one cannot assume that he supposed those conditions would warrant the definitive righteousness of the beliefs at stake, but just an approximation to what most people will consider reasonable to believe. This is in fact hardly differentiable from a pure descriptive aim of the method, as it just indicates the characteristics with which people will generally consider some moral belief to be justified, but does not really get to the question on whether it actually is so.

The implication of the above-sketched conclusion that reflective equilibrium is ultimately descriptive, is precisely that such formula fails to be a method for justification. This sentence would be in line with Scanlon's averment that *in the descriptive interpretation, the method of reflective equilibrium does not seem to be a method of justification (or a search for*

---

<sup>27</sup> *Op. cit.*, SCANLON, "Rawls on Justification", p. 153.

<sup>28</sup> MIKHAIL, John, *Elements of Moral Cognition: Rawls' Linguistic Analogy and the Cognitive Science of Moral and Legal Judgment*, Cambridge University Press, New York, 2011, p. 214.

justification) at all, especially when it is applied to other people's considered judgments. Rather, it seems to be a way of arriving at accurate portraits of various possible conceptions of justice, which we may then choose between using some other method.<sup>29</sup>

Accordingly, if we take into account the suggestion that Rawls's objective is to make of reflective equilibrium a justification method beyond mere useful description, it would be my stance that taken the philosopher's thought globally as a constructivist, he does not satisfactorily reach such goal, as long as he is not willing to declare there are moral objective truths about justice that would be met with a given approach. Here I will finally bring up again Scanlon's averment that a deliberative element is primary in reflective equilibrium, as one will depend on an agent's actual aim to discover what would be right to believe. Ignoring the possibility of drawing near what would actually and objectively be right to conclude, leaves the method in the main realm of description, and in need of some other underlying formula of actual justification.

## Bibliography

- BAGNOLI, Carla, "Constructivism in Metaethics", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2015 Edition
- FUMERTON, Richard, "Foundationalist Theories of Epistemic Justification", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer 2010 Edition
- KERSTING, Wolfgang, *Filosofía política del contractualismo moderno*, Biblioteca de Signos, México, 2001
- MASSINI, Carlos, *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, UNAM, México, 2004
- MIKHAIL, John, *Elements of Moral Cognition: Rawls' Linguistic Analogy and the Cognitive Science of Moral and Legal Judgment*, Cambridge University Press, New York, 2011
- O'NEIL, Onora, "Constructivism vs. Contractualism", *Blackwell Publishing Ltd.*, Ratio (new series) XVI, Oxford and Malden, 2003, December 2003
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, United States of America, 1971
- RAWLS, John, "El constructivismo kantiano en la teoría moral", *Justicia como equidad*, Tecnos, Madrid, 1986
- RAWLS, John, "Kantian Constructivism in Moral Theory", *The Journal of Philosophy*, Vol. 77, No. 9, September, 1980
- RAWLS, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 2005
- RAWLS, John, "The Independence of Moral Theory", *John Rawls: Collected Papers*, Harvard University Press, United States of America, 2002
- RIPSTEIN, Arthur, "Foundationalism in Political Theory", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 16, No. 2, Spring, 1987
- ROBERTS, Peri, *Political Constructivism*, Routledge Taylor and Francis Group, Oxon, 2007
- SCANLON, Thomas M., "Contractualism and Utilitarianism", *Ethical Theory, an Antology*, Wiley- Blackwell, Oxford, 2013

<sup>29</sup> *Op. cit.*, SCANLON, "Rawls on Justification", p. 143.

SCANLON, Thomas M., "Rawls on Justification", *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2002

Soto Morales, Rodrigo, *La configuración de lo justo en la teoría de John Rawls*, UNAM, México, 2013

Fecha de recepción: 17 de noviembre de 2015

Fecha de aprobación: 26 de abril de 2016

# Cláusulas de elección de foro y protección de su efectividad en el Convenio de la Haya de 2005

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Elementos básicos del convenio: naturaleza, objetivo y ámbito de aplicación. III. Condiciones de validez formal de la cláusula de elección de foro. IV. Protección de la efectividad del acuerdo de elección de foro. V. Conclusión.

**Resumen.** El Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro pertenece a los llamados *convenios dobles* que regulan la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. El logro de este Convenio no es irrelevante para el tráfico comercial internacional. Mediante el acuerdo de elección de foro se consigue reducir el riesgo económico de una litigación hipotéticamente localizable en más de una jurisdicción. Para que la elección del tribunal sea exclusiva y eficaz deben garantizarse y controlarse varios aspectos de la cláusula. Este trabajo se ocupa de delimitar el régimen de protección de la efectividad del acuerdo de elección de foro diseñado por el Convenio de La Haya de 2005.

**Palabras clave:** Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Unión Europea, competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, acuerdos de elección de foro.

**Abstract.** *The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements (also known as forum selection) is part of the so-called double agreements on jurisdiction and on recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters. The achievement of this Convention is not irrelevant between parties to international commercial transactions. The Choice-of-court agreement reduces the risk of international litigation. In order to enhance the effectiveness of exclusive choice of-court-agreement the protection regime of the Convention must be clarified. This paper focuses on this central point.*

**Keywords:** *Hague Conference on Private International law, European Union, jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments, Choice-of-court agreement.*

---

<sup>1</sup> Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)

## I ] Introducción

El sistema de resolución de litigios entre partes que operan en el comercio internacional (y las inversiones) es un aspecto de indudable importancia en la estrategia procesal internacional de empresas y particulares. Ciertamente es que el arbitraje comercial internacional parece haberse impuesto como el método preferido para la resolución de conflictos comerciales de ámbito transfronterizo. Sin embargo, la seguridad y previsibilidad jurídicas -como un objetivo deseable en todo negocio internacional- puede alcanzarse con idéntica eficacia -y acaso menor coste<sup>2</sup>- mediante la cooperación jurídica internacional.

Las normas de Derecho Internacional Privado traducen este objetivo (necesidad de normas seguras y previsibles) mediante la unificación de los criterios de atribución de competencia jurisdiccional (incluyendo los acuerdos de elección de foro) y la regulación del régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones adoptadas por los tribunales competentes en virtud de dichas reglas uniformes. En este contexto, se podría afirmar que las cláusulas de elección de foro adquieren en el contrato internacional una relevancia de primer orden, siendo el régimen jurídico de su protección (en prevención de futuras impugnaciones) un reto normativo que ha preocupado extensamente a la doctrina internacional privatista<sup>3</sup>.

A este objetivo de protección de la efectividad de las cláusulas de elección de foro responde en parte la reforma de 2012 del Reglamento Bruselas I refundido<sup>4</sup>, motivada, como así ha sido declarado, por la

---

<sup>2</sup> Sobre la carga financiera del arbitraje comercial y de inversiones en América Latina, véanse las opiniones y sugerencias de L. PÉREZNIETO CASTRO / J.A. GRAHAM, *El arbitraje comercial internacional latinoamericano, en busca de una doctrina propia*, Revista de arbitraje comercial e inversiones, Vol. IV, 2011(2), pp. 455-474. Los autores ponen de manifiesto que aunque el procedimiento arbitral en sí no sea tan caro (unos 200.000 dólares en un procedimiento CIADI, correspondiendo a honorarios de abogados un 80% de la factura) son los procedimientos de averiguación de indicios materiales y datos de preparación del pleito -propios del *Discovery* (documentos, peritajes y testimoniales)- los que incrementan el coste de los arbitrajes. Sugieren que adaptar el *modelo alemán* para los arbitrajes latinoamericanos podría reducir los costes procesales preparatorios p. 473.

<sup>3</sup> Entre otros, A. RODRÍGUEZ BENOT: *Artículo 25. Prórroga de la competencia*, en *Comentarios al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, PÉREZ-LLORCA (Coord. P. Blanco-Morales/F.F. Garau Sobrino/M.L. Lorenzo/F.J. Montero), Aranzadi, 2016, pp. 545-578; esp. pp. 575 ss; P. DE MIGUEL ASENSIO, *El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones*, *Diario La Ley*, núm. 8013, 2013; T. RATKOVIC/D ZGRABLJICROTAR, *Choice-of-Court Agreements under the Brussels Regulation (Recast)*, *Journal of Private International Law*, vol. 9(2), 2013, pp 263 ss.

<sup>4</sup> Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Disponible en el sitio de internet:

necesidad de incorporar a su texto las soluciones del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro<sup>5</sup>, aplicable desde el 1 de octubre de 2015.

Este trabajo tiene por finalidad dar cuenta del régimen jurídico de las cláusulas de elección de foro y la protección de su efectividad en el Convenio de la Haya de 2005. Trazaremos en primer término los elementos básicos que caracterizan el Convenio centrándonos en su naturaleza, objetivo y ámbito de aplicación material y temporal. A continuación examinaremos los requisitos formales para que el acuerdo de elección de foro sea dotado del efecto de exclusividad. Finalmente, abordaremos el expediente técnico que protege su efectividad; por una parte, mediante el efecto prorrogatorio y derogatorio de la cláusula (ámbito procesal internacional); y, por otra parte, mediante la sujeción del control de validez material del acuerdo a las normas de Derecho Internacional Privado (DIPr) del Estado cuyos tribunales *hayan sido* elegidos (ámbito de la ley aplicable).

## II ] Elementos básicos del Convenio: naturaleza, objetivo y ámbito de aplicación

El Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro (en lo sucesivo, Convenio de La Haya de 2005 o Convenio de elección de foro) pertenece a los llamados *convenios dobles*. Como es sabido, estos convenios regulan la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Su perspectiva es prospectiva y se entiende de este modo<sup>6</sup>: si en el tráfico comercial internacional se abre a la partes la posibilidad de acudir a diferentes tribunales nacionales, ¿quién va a elegir el tribunal? ¿Cabe ponerse de acuerdo *ex ante*, es decir, cuando se desconoce quién incumplirá? ¿Qué efectos tendrá ese acuerdo de elección de tribunal? ¿Es posible su protección? ¿De qué manera?

El diseño del Convenio de La Haya de 2005 como un convenio de naturaleza doble ofrece las respuestas jurídicas y técnicas a estas interrogantes. Ahora bien, el Convenio no cubre todas las áreas de materias aunque sí proporciona mecanismos jurídicos y procesales de control del acuerdo de elección de foro. Estos mecanismos se construyen

---

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=ES> Consultado el día 18 de abril de 2016.

<sup>5</sup> Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro. Disponible en el sitio de internet: <https://assets.hcch.net/docs/4ddb0a2b-327d-47c3-89f1-bc15679ffc99.pdf> Consultado el día 18 de abril de 2016.

<sup>6</sup> Compartimos el análisis económico de la perspectiva *ex ante* o preventiva del conflicto de jurisdicciones y su justificación que realizan F.J. GARCIMARTÍN / M. VIRGÓS: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, Thompson-Civitas, 2ª edición, Madrid, 2007, pp. 45-46.

sobre el pacto de elección de tribunal (requisitos de validez) y sus efectos procesales (exclusividad del foro elegido y derogación de la jurisdicción de otros tribunales) y su control se proyecta tanto en el momento de la demanda (por el juez elegido/juez de origen) como, eventualmente, en el momento de reconocimiento y ejecución de la sentencia (por el juez de destino o juez del exequátur).

En cuanto al *ámbito de materias* cubiertas por el Convenio de La Haya de 2005, en su propósito inicial el Convenio debería incluir un ámbito de materias muy amplio<sup>7</sup>. Sin embargo, las dificultades de alcanzar un acuerdo sobre el régimen jurídico de concretas materias reorientaron los trabajos de la Conferencia hacia un texto limitado que se centraba únicamente en los acuerdos de elección del tribunal<sup>8</sup>. A pesar de la limitación de su ámbito material de aplicación, el logro del Convenio de elección de foro no es irrelevante para el tráfico comercial internacional. Como ha señalado R. ARENAS<sup>9</sup>, mediante las cláusulas de elección de foro se consigue reducir a uno solo -o a un grupo limitado- los potenciales tribunales competentes, anticipándose así el riesgo económico de una litigación hipotéticamente localizable en más una jurisdicción. Con el acuerdo cada una de las partes conocerá de antemano qué riesgos y costes asumirá en caso de litigio ante el tribunal (o tribunales) seleccionado(s). Sentada la naturaleza doble del convenio pasemos a su objetivo.

Proteger la efectividad de las cláusulas de elección de tribunal frente a tácticas procesales abusivas de las partes y garantizar la asunción de la competencia por el tribunal asignado en el acuerdo es el objetivo prioritario del Convenio de La Haya (seguridad jurídica). Junto a ello, el texto convencional establece una regulación del reconocimiento y ejecución de decisiones mediante condiciones y remitiendo las cuestiones de procedimiento al Derecho del Estado requerido. Conviene retener que esta regulación en sede de reconocimiento y ejecución también pretende facilitar la eficacia del acuerdo de elección. Este objetivo diferencia el régimen del Convenio de La Haya del régimen del Reglamento Bruselas I refundido<sup>10</sup>.

En efecto, mientras en el régimen de Bruselas I refundido la unificación de las reglas de competencia judicial internacional sirve para

---

<sup>7</sup> En la propuesta encargada a Arthur T. VON MEHREN se señalaba como dato positivo que un texto *transatlántico* de amplio espectro material podría contribuir a superar las reticencias de ciudadanos y empresas situadas en Estados Unidos ante el régimen europeo nacido con el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. Cfr. R. ARENAS: *La aprobación por la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro*, *Diario La Ley*, núm. 22, 2015.

<sup>8</sup> T. HARTLEY & M. DOGAUCHI, *Informe Explicativo* del Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro, Texto adoptado durante la Vigésima Sesión, 2005.

<sup>9</sup> R. ARENAS, *La aprobación por la UE del Convenio de La Haya...*, *op.cit.* § 4.

<sup>10</sup> P. BEAUMONT / L. WALKER, *Recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters in the Brussels I Recast and some lessons from it and the recent Hague Conventions for the Hague Judgments Project*, *Journal of Private International Law*, Vol. 11(1), 2015, pp. 31-63.

facilitar el reconocimiento y ejecución de la decisión judicial, en el régimen del Convenio de La Haya la protección de la cláusula de elección de foro es objetivo y corolario de su sistema. Esto se comprende mejor si atendemos al hecho de que el régimen de Bruselas responde al objetivo europeo de eliminación del exequátur tomando como base el principio de reconocimiento mutuo, en tanto que el régimen del Convenio de La Haya responde a la protección de la autonomía de la voluntad en idéntica línea que el Convenio de Nueva York de 1958 sobre arbitraje<sup>11</sup>.

El Convenio se aplica a los acuerdos exclusivos de elección de foro en *materia civil y mercantil en situaciones internacionales*. En orden a aclarar su *ámbito de aplicación material* conviene realizar dos precisiones: la primera, acerca de los conceptos *internacional y resolución*; y, la segunda, en relación a las materias civil y mercantil excluidas.

¿Cuándo es internacional una situación y cuándo una resolución? Es *internacional* aquella situación que no sea nacional. El Convenio no define *situación internacional* pero sí indica los elementos relevantes para su identificación tanto en sede de competencia judicial internacional como en sede de reconocimiento.

En el primer escenario, una situación es nacional si las partes tienen su residencia en el mismo Estado parte contratante y todos los elementos relevantes del litigio se localizan en ese Estado. Ahora bien, la mera voluntad de las partes no convierte en internacional la situación. Es decir, el hecho de que las partes elijan como competente un tribunal de otro Estado no convierte en internacional la situación cuando todos sus elementos estén localizados en otro Estado y las partes tengan residencia en ese otro Estado. En el segundo escenario, una decisión objeto de reconocimiento es internacional cuando la misma haya sido dictada por el tribunal elegido de un Estado contratante.

Para el Convenio el término *resolución* significa toda decisión *en cuanto al fondo* emitida por un tribunal, cualquiera que sea su denominación, incluyendo sentencias o autos, así como la determinación de costas o gastos por el tribunal (incluyendo el secretario), siempre que la decisión se refiera al fondo y sea susceptible de ser reconocida o ejecutada (en virtud del Convenio). Las medidas provisionales y cautelares no son resoluciones a estos efectos.

En cuanto a la *materia civil y mercantil*, el Convenio contiene un amplísimo listado de exclusiones<sup>12</sup>. Esta limitación reduce su ámbito de

---

<sup>11</sup> El Convenio de La Haya quiere ser el espejo, en el ámbito judicial y salvando las distancias, del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, cfr., F.J. GARCIMARTÍN, *El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de elección de foro: autonomía privada y competencia judicial internacional*, en *Diario La Ley*, núm. 8423, 2014.

<sup>12</sup> Art. 2. Entre otros, no se aplica: a los contratos de consumo ni de trabajo; a las relaciones jurídicas familiares ni al Derecho Sucesorio; al Derecho Concursal; al Derecho Anti-trust; al transportes de pasajeros o mercancías ni a la limitación de responsabilidad por demandas en materia marítima, averías a la gruesa, remolque o salvamento marítimos; derecho de la competencia; daños nucleares; daños a las personas; daños a los bienes desvinculados de un

aplicación material que queda circunscrito básicamente a las relaciones contractuales entre profesionales o a los daños que se puedan causar en el marco de estas relaciones, incluyendo las actuaciones *iure gestionis* del Estado o de organismos públicos<sup>13</sup>. Estas exclusiones solo operan cuando la cuestión se plantea a título principal, pero no si lo fuera a título incidental o previo en el marco de un litigio cuyo objeto principal está incluido en el ámbito material del Convenio (art. 2.3). Por otra parte, el Convenio permite a los Estados contratantes ampliar el ámbito de las exclusiones mediante una declaración (*ad ex.*, la UE para contrato de seguro).

En relación a su *ámbito temporal*, el Convenio se aplica a los acuerdos de elección de foro celebrados después de la entrada en vigor del mismo en el Estado del tribunal elegido (art.16). Sobre este punto conviene señalar que en el momento en que se escriben estas líneas (marzo, 2016), el Convenio ha sido ratificado por México y por la Unión Europea<sup>14</sup>. Como hemos anticipado, el Convenio entró en vigor el 1 de octubre de 2015: por lo tanto, se aplicará a las cláusulas de jurisdicción exclusivas celebradas con posterioridad a dicha fecha entre los Estados concernidos<sup>15</sup>.

### III ] Condiciones de validez formal de la cláusula de elección de foro

Para que el Convenio sea aplicable las partes han de haber llevado a cabo un *acuerdo exclusivo de elección de foro* a favor de los tribunales

---

contrato; Derechos Societario; validez de los Derechos de Propiedad Industrial. En cambio, los Derechos de Autor sí están incluidos en su ámbito de aplicación material. Tampoco se aplica al arbitraje ni a los procedimientos relacionados con el mismo.

<sup>13</sup> No afecta ni a los privilegios ni a la inmunidad de los Estados o de las organizaciones internacionales, con respecto a ellas mismas o a sus propiedades.

<sup>14</sup> México se adhirió el 26 de septiembre de 2007. En 2009 la entonces CE firmó el Convenio en virtud de Decisión del Consejo 2009/397/CE, de 26 de febrero 2009. En 2014, la UE acordó mediante Decisión del Consejo de 2014/887/UE de 4 de diciembre 2014 el depósito del instrumento de aprobación en el plazo de un mes a partir del 5 de junio de 2015. La ratificación de los Tratados sigue en cada país procesos políticos diferentes. Consulta del estado de firmas, ratificaciones y vigencia en página Web de la Conferencia de La Haya.

<sup>15</sup> Al haber presentado la UE el instrumento de aprobación con fecha 11 de junio de 2015, el Convenio ha entrado en vigor el 1 enero de 2015 para todos los Estados miembros UE (salvo Dinamarca) y para México. Estados Unidos firmó el Convenio en enero de 2009, Singapur en marzo de 2015 y Ucrania en marzo de 2016. Sobre la posición de México, véanse: N. GONZÁLEZ MARTÍN / N. LEÓN VARGAS / M. CUEVAS TALAVERA, *México y la Convención de La Haya de 30 de junio de 2005, sobre acuerdos de elección de foro*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 22, p. 12; M.E. MANSILLA Y MEJÍA, *Convención sobre los acuerdos de elección de foro de 2005*, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado (AEDIPr)*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 721–736; M.I. ALVAREZ PEÑA, *Convenio de elección de foro*, *Revista Perspectiva Jurídica- UP*, núm.2, 2011, pp. 31-37.

de un Estado parte. ¿Qué debemos entender por acuerdo *exclusivo* de elección de foro? El Convenio ofrece una definición como aquel que (art. 3):

- Es celebrado por dos o más partes;
- Cumple con los requisitos formales de celebración y está documentado o por escrito por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta;
- Que designa a los tribunales de un Estado contratante o a uno o más tribunales específicos de un Estado contratante, excluyendo la competencia de cualquier otro tribunal;
- Con el fin de que conozca de los litigios que hayan surgido o puedan surgir respecto a una relación jurídica concreta.

Este acuerdo se reputará *exclusivo*, salvo que las partes hayan *dispuesto expresamente lo contrario*.

De lo anterior cabe deducir que un acuerdo de elección de foro se presume *exclusivo* si la cláusula designa a los tribunales de un Estado parte ya sean los de su jurisdicción (ej. los tribunales españoles) ya sean los de un lugar concreto dentro de ese mismo Estado (ej. los juzgados de Madrid o de Barcelona), pero no será *exclusivo* si deja abierta a las partes la posibilidad de demandar en cualquier otro tribunal competente (por ejemplo, los tribunales de Madrid o de París). En este caso, se presume que la cláusula no es *exclusiva* y no sería aplicable el Convenio.

Esta presunción de no *exclusividad* queda atemperada, no obstante, por la propia voluntad de las partes. Es decir, *salvo que las partes hayan dispuesto expresamente lo contrario* (apartado b) del art. 3.

El Convenio abre a los Estados contratantes una posibilidad de salvar esta limitación mediante el mecanismo de *declaraciones recíprocas* contemplado en el artículo 22, situación que opera en el momento del reconocimiento o la ejecución. De acuerdo con este precepto, un Estado contratante puede declarar que sus tribunales reconocerán y ejecutarán resoluciones dictadas por los tribunales del otro Estado contratante designados; es decir, los Estados contratantes pueden declarar que hacen extensivo los mecanismos de reconocimiento y ejecución del Convenio a acuerdos no *exclusivo* de elección de foro (siempre que se trate de Estados contratante). Por ejemplo, si España y México hubieran hecho esta declaración recíproca (que no es el caso) y estuviéramos ante una sentencia dictada por un tribunal mexicano y en el contrato la cláusula de elección no fuera *exclusiva* a favor de estos, cabría el reconocimiento y ejecución de la sentencia en España mediante el mecanismo del Convenio<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Art. 22: *Declaraciones recíprocas sobre acuerdos no exclusivos de elección de foro*.- 1. Un Estado contratante podrá declarar que sus tribunales reconocerán y ejecutarán las resoluciones dictadas por los tribunales de otro Estado contratante designados en un acuerdo de elección de foro celebrado por dos o más partes que cumpla con los requisitos establecidos por el artículo 3, apartado c), y que designe, con el objeto de conocer de los litigios que hayan surgido o pudieran surgir respecto a una relación jurídica concreta, a un tribunal o a los

La cláusula de jurisdicción debe cumplir otros requisitos formales para que sea aplicable el Convenio. En concreto, se trata de asegurar que el consentimiento de las partes esté manifestado y documentado. En relación a la manifestación ha de ser prestada de modo que el tribunal no tenga duda de que ha sido otorgado el consentimiento. En cuanto a la documentación, el Convenio indica *o por escrito o por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta*. En este punto, el Convenio es más restrictivo que el Reglamento Bruselas I que admite como forma válida los acuerdos verbales (art. 25.1).

Pues bien, cabría preguntarse si puede darse eficacia a cláusulas celebradas bajo formas distintas de las señaladas por el Convenio, en concreto en forma verbal. En principio cabría contestar que el Convenio no lo permite. Sin embargo, como ha puesto de relieve R. ARENAS, del Informe explicativo parece desprenderse otra respuesta al referirse a que sí son válidos los acuerdos orales confirmados por escrito. En opinión de F.J. GARCIMARTÍN la misma respuesta positiva es asumible acudiendo al siguiente argumento, que compartimos: toda vez que el Convenio no impide que una cláusula celebrada bajo forma distinta a la del texto convencional pueda ser eficaz de conformidad con las normas del derecho interno del Estado concernido serían estas normas las que visarían la validez del acuerdo<sup>17</sup>.

Para el caso de España las condiciones de validez del acuerdo de elección de foro seguirían los requisitos establecidos en el Reglamento 1215/2012 (art. 25) interpretados por la amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En este sentido, el TJUE ha manifestado que el acuerdo atributivo de competencia puede también realizarse de forma verbal siempre que después se otorgue la conformidad por escrito de cualquiera de las partes y ésta haya sido recibida por la otra parte sin formular objeción. El TJUE deja clara la necesidad de probar el acuerdo verbal anterior referido de forma expresa en la cláusula de elección de foro y la confirmación por escrito del acuerdo, sin objeción alguna por las partes (asunto *Berghoefer C-221/84*,

---

tribunales de uno o más Estados contratantes (un acuerdo no exclusivo de elección de foro).  
2. Cuando el reconocimiento o la ejecución de una resolución dictada en un Estado contratante que ha hecho dicha declaración se solicite en otro Estado contratante que ha hecho la misma declaración, la resolución será reconocida y ejecutada en virtud del presente Convenio si: *a)* el tribunal de origen fue designado en un acuerdo no exclusivo de elección de foro; *b)* no existe una resolución dictada por ningún otro tribunal ante el cual el litigio pudo presentarse, conforme a un acuerdo no exclusivo de elección de foro, ni existe un litigio pendiente entre las mismas partes en algún otro tribunal sobre el mismo objeto y la misma causa; y, *c)* el tribunal de origen fue el primero al que se acudió.

<sup>17</sup> F.J. GARCIMARTÍN, *El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de elección de foro: ...*, *op. cit.*

de 11 de junio)<sup>18</sup>. Esta interpretación y la lectura conjunta del Informe explicativo avalan una respuesta afirmativa al interrogante planteado.

En cuanto a la interpretación de la frase *por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta*, parece hacer referencia a la transmisión por medios electrónicos condicionada a que se proporcione un registro duradero del acuerdo (para poder acceder a su consulta posterior). Sobre este extremo conviene tener presente la inspiración en la Ley Modelo de la UNCITRAL de comercio electrónico cuyo criterio del equivalente funcional es el que ha sido seguido e incorporado tanto en el Convenio como en el Reglamento de Bruselas<sup>19</sup>.

Cuestión distinta es la referida a los usos del comercio internacional, incluidos en el régimen de Bruselas pero no en el Convenio de La Haya. Es decir, el Convenio excluye los acuerdos celebrados según los usos del comercio internacional que las partes tengan establecidos. Como ha aclarado R. ARENAS, esta limitación es consciente y su explicación se entiende a la luz del régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones adoptadas sobre la base del acuerdo de elección de foro, según veremos más adelante<sup>20</sup>.

Finalmente, ¿pueden elegir las partes cualquier tribunal, incluso si no tiene conexión con el litigio? De la lectura del artículo 19 se infiere que sí. Dicho precepto indica que un Estado parte podrá hacer una declaración en el sentido de que sus tribunales podrán negarse a decidir sobre un litigio al que se aplique un acuerdo atributivo de elección de foro si, con excepción del lugar de situación del tribunal elegido, no existe vínculo alguno entre ese Estado y las partes en el litigio. De donde cabe inferir que una cláusula de elección de foro será válida aunque el litigio no tenga ninguna vinculación con el tribunal elegido (siempre que sea un tribunal de un Estado parte). Ahora bien, no a cualquier precio. Y es que, aunque

---

<sup>18</sup> Sobre estos acuerdos, véase A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho Comunitario Europeo*, Eurolex, Madrid, 1994. Con referencias a la misma y comentarios a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación al Convenio de Bruselas de 1968 y al Reglamento 44/2001, véase la lección de M. GUZMÁN / M. HERRANZ, *La competencia judicial internacional en el Reglamento (CE) N° 44/2001: ámbito de aplicación, foros objetivos y atribución de la competencia judicial internacional por voluntad de las partes*, *Un estudio sistemático del Espacio Judicial Europeo en materia civil y mercantil*, Consejo General del Poder Judicial y la UNED, Curso virtual, 2008.

<sup>19</sup> Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico (diciembre, 1996). Este criterio funcional lo siguen también la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (art. 7) y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (art. 13). Acerca de esta regulación, *cfr.*, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *Protección internacional de los consumidores, contratos y comercio electrónico. Aspectos de Derecho Internacional Privado*, en *Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores* (A. Botana García, Dir.), La Ley-Ministerio de Sanidad, Madrid, 2001, pp. 637-687.

<sup>20</sup> R. ARENAS, *La aprobación por la UE del Convenio de La Haya...*, *op.cit* §11.

las partes tengan amplia libertad para acordar acudir a una determinada jurisdicción, puede suceder que el Estado del tribunal elegido *no quiera ofrecer* sus servicios jurisdiccionales para resolver litigios que les sean completamente ajenos. De ahí la previsión del artículo 19 (F.J. GARCIMARTÍN<sup>21</sup>).

¿Existe coincidencia entre el sistema de La Haya y el de Bruselas en relación a la validez de la cláusula de elección de foro? No exactamente. En el régimen de Bruselas I bis las condiciones de validez de la cláusula de elección de foro (art. 25 R-1215/2012) no son aplicables cuando el acuerdo de elección lo sea a favor de un tribunal situado fuera del territorio de la UE (STJUE, As. C-387/98 *Coreck Maritime GmbH Handelsveem*, y otros). Es decir, aunque resulte aplicable el R-1215/2012 (recordemos que el foro de la autonomía de la voluntad no está sujeto al presupuesto del domicilio del demandado en un Estado miembro) el régimen de validez formal de la cláusula de sumisión no se activa si la designación se realiza a favor de un tribunal de un tercer país. En cuanto a la vinculación entre el litigio y el tribunal europeo elegido, el R-1215 no prejuzga su existencia como requisito de validez formal de la cláusula. Por consiguiente, en el régimen del Reglamento la competencia se prorrogará incluso si no existe conexión entre el litigio y la jurisdicción elegida<sup>22</sup>. Una previsión como la del artículo 19 del Convenio de La Haya no existe en el Reglamento 1215/2012; ahora bien, el Reglamento no da carta blanca al acuerdo atributivo de competencia, pues, en efecto, su aplicación se somete a controles *ad intra* (referidos a los límites internos del art. 25) y *ad extra* (sus relaciones con normas de competencia de los ordenamientos nacionales) y al control de a condiciones sus aspectos formales, el control de la competencia por parte del juez (por referencia a las competencias exclusivas) y la validez de la cláusula atributiva de competencia a requisitos de validez sustantiva y formal<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> F.J. GARCIMARTÍN, *El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de elección de foro*, op. cit §III-1.

<sup>22</sup> En la doctrina internacionalprivatista, los análisis de las normas de competencia judicial internacional en el régimen Bruselas I, y en concreto, el foro de la autonomía de la voluntad (o prórroga de jurisdicción) son numerosos. Baste a los efectos de este trabajo señalar algunos de los más recientes: B. CAMPUZANO DÍAZ, *Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: análisis de la reforma*, *Revista española de estudios internacionales*, núm. 28, DOI: 10.17103/reei.28.08, 2014; T. HARTLEY, *Choice-of-court agreements and the new Brussels I Regulation*, *Law Quarterly Review*, nº 129(Jul), 2013, pp. 309-317; M. HERRANZ BALLESTEROS, *The Regime of Party Autonomy in the Brussels I Recast: the Solutions Adopted for Agreements on Jurisdiction*, *Journal of Private International Law*, Vol. 10(2), 2014, pp. 291-308; S. SÁNCHEZ LORENZO, *El nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento (UE) 1215/2012 (Bruselas I bis)*, *La Ley Unión Europea*, núm. 25, 2015, pp. 1-18.

<sup>23</sup> A. RODRÍGUEZ BENOT, *Artículo 25. Prórroga de la competencia*, en *Comentarios al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, op. cit., 2016, p. 547 ss.

## IV ] Protección de la efectividad del acuerdo de elección de foro

¿Cómo se protege la autonomía de la voluntad en la elección de la cláusula de jurisdicción? Normalmente, esta cuestión se estudia desde el ángulo de los efectos de la cláusula, su eficacia positiva o prorrogatoria de la jurisdicción y, la otra cara, su eficacia negativa o derogatoria. Pero, también, la autonomía de la voluntad plasmada en el acuerdo se va a proteger en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones.

Veamos brevemente la articulación técnica de esta protección.

### 1. Efectos prorrogatorio y derogatorio de la cláusula

Empezando por el efecto *prorrogatorio*. La eficacia de la cláusula de elección de foro (exclusividad) queda garantizada porque el tribunal designado *viene obligado a conocer del litigio*. El artículo 5.2 del Convenio es contundente al respecto. Establece la competencia del tribunal elegido que *no podrá declinar esta competencia sobre la base de que según sus normas internas los tribunales de otro Estado han de resolver el litigio*.

El alcance de esta obligación implica para el juez o tribunal elegido dos exigencias procesales a la hora de fundamentar o asumir su competencia. La primera, que no le es dable aplicar la doctrina del *forum non conveniens* para declinar su competencia atribuida por las partes. La segunda, que tampoco puede aplicar la regla de litispendencia<sup>24</sup>.

Va de suyo que para que entre en juego la protección del artículo 5 a la cláusula de elección de foro es necesario que se hayan dado las condiciones de aplicación del Convenio (examinadas más arriba); es decir, exclusividad de la cláusula, cumplimiento de las formalidad escritas (o en su caso por medio equivalente); validez material del acuerdo y que el objeto del litigio entre en el ámbito material de aplicación de la cláusula. De este modo, cobra su sentido la expresión *al que se le aplique dicho acuerdo* y siempre que este no sea nulo según la ley del foro (art. 5.1)<sup>25</sup>.

¿Qué significa este último control? Que el acuerdo no esté viciado de nulidad material *de acuerdo con la ley del Estado del tribunal (lex fori)*, hace referencia a que las cuestiones no incluidas en el ámbito del Convenio y que afecten a los acuerdos (nulidad o anulabilidad) se registrarán por la ley del tribunal que conoce de la causa (*lex fori*). Por ejemplo, la cuestión de capacidad para el otorgamiento de la cláusula o del poder o los vicios del consentimiento. Es por ello que el Convenio al no contener reglas sobre estas materias, se remite a la ley del Estado designado (ley del tribunal) incluidas sus normas de conflicto dada la no exclusión en el convenio de las normas de Derecho Internacional Privado. Por

<sup>24</sup> F.J. GARCIMARTÍN, *El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de elección de foro*, op. cit.

<sup>25</sup> Art. 5.1: *El tribunal o los tribunales de un Estado contratante designados en un acuerdo exclusivo de elección de foro, serán competentes para conocer de un litigio al que se aplique dicho acuerdo, salvo que el acuerdo sea nulo según la ley de ese Estado.*

consiguiente, a la ley del Estado designado corresponderá decidir, si aspectos como los vicios del consentimiento o la validez de los poderes se someten a su derecho material interno (normas internas *quae lex fori*) o a otra ley distinta (ley que rige el contrato *quae lex contractus*) o a las reglas de ley aplicable a la capacidad si esta fuere impugnada.

Un ejemplo ayudará a esclarecer este control<sup>26</sup>. Imaginemos que el contrato contiene una cláusula de elección de foro exclusiva favor de los tribunales mexicanos. La ley aplicable también ha sido elegida pero sometiéndose a la ley española. Suscitado el litigio ante los tribunales mexicanos se impugna la cláusula de elección alegando vicio en el consentimiento. Se pregunta entonces, ¿a qué derecho se sujeta la respuesta? El modo de proceder es acudir a las normas de conflicto del Derecho Mexicano como ley del Estado cuyos tribunales han sido elegidos. Estas normas nos dirán si se aplica el Derecho Material Mexicano o el Derecho Español (*lex contractus*)<sup>27</sup> para resolver sobre si se produce o no el vicio alegado.

Finalmente, el apartado 3 del artículo 5 deja fuera del efecto prorrogatorio las reglas internas sobre competencia material o funcional de los tribunales elegidos así como el reparto territorial entre los tribunales nacionales<sup>28</sup>.

Centrándonos ahora en la eficacia negativa o derogatoria, el artículo 6 del Convenio la establece *frente al* tribunal no elegido. La eficacia negativa consiste en un mandato a los tribunales de otro Estado contratante *no elegidos* de abstenerse de conocer suspendiendo el procedimiento o rechazando la demanda *cuando se le presente un litigio con una cláusula de jurisdicción exclusiva*.

Ahora bien, el Convenio admite eventuales excepciones a la eficacia derogatoria de la cláusula de jurisdicción exclusiva. Son cinco las causas que permiten desactivar la eficacia derogatoria del convenio exclusivo de elección de tribunal. A efectos sistemáticos pueden agruparse, como lo hace F.J. GARCIMARTÍN, en dos grupos. El primero, causas vinculadas a la nulidad del acuerdo o endógenas (por ejemplo, el acuerdo carece de validez material o es anulable por vicios del consentimiento). El segundo, causas vinculadas a las consecuencias del acuerdo (por ejemplo, razones de orden público o perjuicios a los intereses de las partes o sobre terceros)<sup>29</sup>. El autor destaca la inspiración

---

<sup>26</sup> Tomado de F.J. GARCIMARTÍN, *El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de elección de foro*, *op. cit.*

<sup>27</sup> Véase el ejemplo en el Informe explicativo del Convenio (marginal 97).

<sup>28</sup> Art. 5.3: *Los apartados precedentes no afectarán a las normas sobre: a) la competencia material o la cuantía de la reclamación; b) el reparto interno de competencias entre los tribunales de un Estado contratante. Sin embargo, cuando el tribunal elegido tenga poder discrecional para transferir el asunto, deberá darse especial consideración a la elección de las partes.*

<sup>29</sup> Art. 6. *Cualquier tribunal de un Estado contratante distinto del Estado del tribunal elegido, suspenderá el procedimiento o rechazará la demanda cuando se le presente un litigio al que se le aplique un acuerdo exclusivo de elección de foro, salvo que: a) el acuerdo sea nulo en virtud de la ley*

de estas excepciones en el Convenio de Nueva York de 1958 y sustenta en esta recíproca influencia la posibilidad de utilizar en la interpretación del Convenio de La Haya el mismo canon hermenéutico seguido para el Convenio de Nueva York<sup>30</sup>.

## 2. Control de validez material del acuerdo de elección de foro en el reconocimiento y la ejecución

El segundo ámbito en el que la cláusula de elección de foro se somete a control para la mejor protección de la autonomía de la voluntad es en el momento del reconocimiento y ejecución de decisiones. En efecto, si las partes en uso de la autonomía de la voluntad han querido atribuir competencia a unos determinados tribunales de un Estado parte, su interés es ver protegido o respetado este acuerdo cuando la decisión del tribunal elegido deba reconocerse y ejecutarse en los demás Estados parte del Convenio. El artículo 8 consagra el principio de base (reconocimiento y ejecución recíprocos) y el artículo 9 las excepciones a este principio (causas de denegación del reconocimiento o ejecución).

Señala el artículo 8 que *una resolución dictada por un Tribunal de un Estado contratante que haya sido designado en un acuerdo exclusivo de elección de foro, será reconocida y ejecutada en los demás Estados contratantes...* Las tres palabras que hemos enfatizado son relevantes en la medida en que van a permitir delimitar qué resoluciones están incluidas y la distinción entre reconocer y ejecutar.

Respecto del término *resolución*, de la lectura del artículo 12 parece deducirse que el legislador convencional ha entendido el término en un sentido amplio; es decir, que incluye no solo la decisión en cuanto al fondo dictada por el tribunal de un Estado contratante designado en un acuerdo exclusivo de elección de foro (incluidas en su caso las costas y los gastos del tribunal), sino también las transacciones judiciales aprobadas por ese mismo tribunal en el curso del procedimiento y que sean ejecutorias. Las medidas cautelares quedan fuera del ámbito de aplicación del Convenio; consiguientemente, no pueden incluirse en el término *resolución*.

El Convenio protege el acuerdo de elección de foro tanto en el reconocimiento como en la ejecución. Esto es, tanto si se trata de dar efectos en el Estado requerido a la resolución del Estado de origen (la determinación de los derechos u obligaciones que la resolución declara); como si se trata de llevar a efecto el contenido obligatorio de la

---

*del Estado donde se encuentra el tribunal elegido; b) una de las partes careciera de la capacidad para celebrar el acuerdo en virtud de la ley del tribunal al que se ha acudido; c) dar efecto al acuerdo conduciría a una manifiesta injusticia o sería manifiestamente contrario al orden público del Estado del tribunal al que se ha acudido; d) por causas excepcionales fuera del control de las partes, el acuerdo no pueda ser razonablemente ejecutado; o e) el tribunal elegido haya resuelto no conocer del litigio.*

<sup>30</sup> F.J. GARCIMARTÍN, *El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de elección de foro*, op. cit §III-3.

resolución mediante el recurso al aparato coercitivo del Estado requerido (ejecución).

Como punto de partida, recordar que no cabe revisión en cuanto al fondo de la resolución dictada. El Convenio es explícito en esta prohibición y vincula al juez del Estado requerido a las constataciones de hecho en el que el tribunal de origen se hubiere basado, salvo que la resolución hubiere sido dictada en rebeldía (art. 8.2).

Ahora bien, para proceder al reconocimiento o bien al reconocimiento y/o ejecución de la decisión judicial del Estado de origen, el Convenio exige que la resolución produzca efectos en el Estado de origen para ser reconocida y solo será ejecutada si es ejecutoria en el Estado de origen (art. 8.3). Cabría preguntarse si el Convenio solo se refiere a sentencias firmes. En la medida en que se permite al juez del Estado requerido posponer o denegar el reconocimiento o la ejecución de la resolución si es objeto de recurso en el Estado de origen o no hubiera expirado aún el plazo para interponer un recurso, cabe inferir que el reconocimiento y la ejecución también alcanza a las sentencias sobre el fondo provisionalmente ejecutivas conforme a la ley del Estado de origen (art. 8.4). Cuestión debatida y recogida en el Informe Explicativo (marginal 173) es la referida a la posibilidad de que el tribunal del Estado requerido condicione el reconocimiento y la ejecución a una caución. El Convenio no lo prohíbe de modo expreso y en el Informe se deja abierta a la facultad del juez o del legislador del Estado requerido.

En relación a los motivos para la denegación del reconocimiento, el Convenio las regula en su artículo 9. Mientras unas causas están vinculadas a la validez de la cláusula de jurisdicción, como reflejo del artículo 6, otras se refieren a cuestiones procesales (defectos en la notificación, fraude en el procedimiento, orden público e inconciabilidad de decisiones). Veamos brevemente cada uno de estos motivos.

Empezando por la validez de la cláusula, el juez requerido podrá no reconocer o ejecutar la resolución dictada en virtud del acuerdo exclusivo de elección del foro si el mismo fuera nulo de acuerdo con la ley del Estado del tribunal elegido. Este motivo queda atemperado si el tribunal de origen decidió que el acuerdo es válido, en cuyo caso el tribunal requerido queda vinculado por esta decisión. También afecta a la validez la falta de capacidad para celebrar el acuerdo en virtud de la ley del Estado requerido. En la apreciación de este motivo de denegación el juez requerido queda vinculado *por las constataciones de hecho en que el tribunal de origen hubiera basado su competencia, salvo que la resolución se hubiere dictado en rebeldía.*

En relación a los motivos vinculados con los aspectos procesales o de procedimiento, figura en primer término los defectos en la notificación de la demanda al demandado (art. 9.c). La protección de las garantías procesales -y en particular del derecho de defensa del demandado- se articula mediante dos causas. La primera, protege los intereses del demandado, y así, podrá denegarse el reconocimiento si el demandado no fue notificado con tiempo suficiente y de forma tal que se permitiera su defensa. Se trata de un mero elemento fáctico que deberá

ser apreciado por el juez y cabría su subsanación si el demandado compareció ante el tribunal de origen para defenderse y no impugno la notificación, *siempre que la ley del Estado de origen permita que las notificaciones sean impugnadas.*

La segunda protege el ordenamiento jurídico del Estado requerido como Estado donde se llevó a cabo la notificación; y, así, podrá denegarse el reconocimiento si la notificación al demandado fue hecha en el Estado requerido de modo o manera incompatible con los principios fundamentales sobre notificaciones de documentos en dicho Estado. Este motivo está pensado para aquellos Estados cuyo ordenamiento jurídico concibe la notificación de la demanda como un acto de soberanía y prohíben, por ejemplo, que se lleven a cabo notificaciones en su territorio sin la debida autorización.

Las causas vinculadas al procedimiento son básicamente tres. La primera, el fraude, y así, cuando la resolución es consecuencia de un fraude, como por ejemplo ocultación de pruebas o sobornos al juez, su reconocimiento podrá denegarse. La segunda, vinculada con el orden público del Estado requerido; y, así, si el reconocimiento o la ejecución fueren manifiestamente contrarias al orden público de ese Estado cabrá oposición a la ejecución. El concepto de orden público se refiere a la incompatibilidad del resultado con los principios fundamentales de equidad procesal del Estado requerido. La tercera, relativa a la inconciabilidad de decisiones. Este motivo de denegación se desdobra en dos supuestos o situaciones en función de que el conflicto surja entre una decisión existente en el Estado requerido (decisión del foro) y la decisión que se pretende reconocer o surja entre dos decisiones extranjeras. En el primer supuesto, la decisión del foro prevalece siempre, con independencia de su fecha. En el segundo supuesto, si ambas decisiones extranjeras fueren susceptibles de reconocimiento, prevalece la anterior sobre la posterior, pero se exige siempre identidad de partes, objeto y causa.

La configuración de estos motivos presenta diferencias notables con el régimen del Reglamento Bruselas I bis, aunque su análisis escapa de esta contribución<sup>31</sup>.

## V ] Conclusión

1. El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro de 2015 tiene por fin último promover y proteger el juego de la autonomía privada en el ámbito de la competencia judicial internacional. En particular, reconocer la eficacia de las cláusulas de jurisdicción exclusiva, tanto en su vertiente prorrogatoria como derogatoria, así como el alcance

---

<sup>31</sup> Cfr. *Comentarios al Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, 2016, *op. cit.* En concreto: artículo 36 (F.F. Garau Sobrino), artículo 45 (A. Martínez Santos) y art. 46 (G. Ester Rodríguez).

extraterritorial de las resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal escogido por las partes.

2. El Convenio tuvo cierta eficacia mediata en la medida en que sus soluciones tuvieron que ser tomadas en cuenta en el ajuste de las normas del Reglamento Bruselas I bis. Ello no implica que el Convenio vaya a aplicarse entre Estados miembros aunque cabe pensar que la rica interpretación del régimen de Bruselas II llevada a cabo por el TJUE pueda orientar o al menos ser un canon hermenéutico valioso en la aplicación del Convenio entre un Estado miembro y un Estado parte del Convenio (México en este momento).

3. Puede predecirse que paulatinamente el Convenio amplíe su círculo de ratificaciones, sobre todo en el área de América Latina. México ha dado el primer paso y el Convenio es ya una realidad en este país desde su entrada en vigor el 1 de octubre de 2015. Si esto es así, la relevancia práctica para los operadores españoles y mexicanos puede ser bastante significativa, incluso como reclamo las respectivas jurisdicciones.

4. Quedan no obstante algunas cuestiones sin resolver como la articulación entre ambos textos normativos, cuyo estudio escapa de esta contribución. Con todo, la línea marcada por el texto convencional, aunque limitada a los acuerdos exclusivos debe celebrarse no solo por haber conseguido culminar una larga y difícil negociación sino también por abrir una alternativa (judicial) con garantías y probablemente menos costosa a los acuerdos exclusivos de jurisdicción. Solo el tiempo y la práctica dirán si este texto inspirará nuevos desarrollos normativos convencionales que enriquezcan la labor de la Conferencia de La Haya para el Derecho Procesal Civil Internacional.

Fecha de recepción: 15 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 20 de abril de 2016

# La novedad y la actividad inventiva, requisitos indispensables para patentar

LINDA ELIZABETH SERVÍN MORFÍN<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Actividad inventiva*. III. *Novedad*. IV. *Aplicación Industrial*. V. *Regulación internacional y su adopción en México*. VI. *Conclusión*.

**Resumen.** Breve exposición sobre los tres requisitos que marca la Ley de la Propiedad Industrial para patentar un invento y desglose de los mismos a fin de entender la naturaleza de cada uno de ellos, la novedad como algo que no exista en el mundo, la actividad inventiva como el proceso creativo y organizado que realiza el inventor para obtener un resultado y por último, la aplicación industrial como el aprovechamiento económico que obtiene el inventor de la explotación exclusiva que le da el título de patente sobre su invento.

**Palabras clave:** Propiedad industrial, novedad, actividad inventiva, aplicación industrial.

**Abstract.** A brief explanation of the three requirements that the Law of Industrial Property points out in order to patent an invention. This, with the purpose of understanding the nature of each of them. Novelty, as something that didn't exist before. Inventive activity, as the creative and organized process realized by the inventor to obtain a result. And the industrial application, as the economic utility the inventor gets from the exclusive exploitation derived from a patent over his invention.

**Keywords:** Industrial property, novelty, inventive activity, industrial application.

## I ] Introducción

Existen muchos inventores que hoy en día se decepcionan porque creen en la trillada frase de los faltos de ingenio: ya *todo está inventado*; sin embargo, es claro que no han visto a través del muro que divide lo inventado y lo nuevo.

Este muro que no se atreven a brincar es lo llamado legalmente *actividad inventiva*, es decir, el conocimiento que mediante diversos pasos va dando resultados de conocimientos fallidos, con errores, casi perfectos, hasta lograr que la concatenación de dichos pasos se haga perfecta al

---

<sup>1</sup> Profesora de la Universidad Panamericana campus Guadalajara, especialista en patentes y derechos de autor.

punto de que el resultado es aquello que *no existía*, o no era del conocimiento en el mundo, entonces se obtiene la *novedad*.

De lo anterior se desprende que aquel que inventa o genera novedad tiene el derecho a que el Estado le otorgue el derecho de exclusividad a la explotación que del mismo pudiera desprenderse; por el esfuerzo del desarrollo de aquello que es novedoso y le dará una ventaja competitiva e incluso económica, esto según lo refiere como parte de las características esenciales el artículo 16 de la Ley de la Propiedad Industrial, mismo que dice: "Serán patentables las invenciones que sean nuevas, resultado de una actividad inventiva y susceptibles de aplicación industrial, en los términos de esta Ley, excepto: ..."

## II ] Actividad inventiva

El camino a la novedad parece sencillo, pero no lo es. Este camino o actividad inventiva debe tener ciertas características a fin de que se cumpla con la Ley – que en caso que nos ocupa es la Ley de la Propiedad Industrial – puesto que la casualidad que origina o da como resultado algo novedoso no es susceptible de protegerse bajo la figura jurídica de una patente, ya que este tipo de resultados son mejor conocidos como *casualidad* o *descubrimientos*.

Lo que refiere el párrafo anterior se debe a que *no* existe un proceso o método científico o experimental mediante el cual, el inventor pueda narrar como llegó al resultado novedoso. A contrario *sensu* podemos interpretar que la actividad inventiva se debe caracterizar por existir en su desarrollo un método o proceso, mismo que estará compuesto de una serie de pasos en los que se ordena como se fue llegando al resultado deseado, además de que los momentos donde se obtienen errores o puntos de mejora en el proceso son la probanza más certera de que existió actividad inventiva en el desarrollo del invento. Esta es, por tanto, la segunda característica con la que cuenta el segundo de los requisitos que marca la Ley de la materia en México.

## III ] Novedad

En el entendido de que las dos características anteriores no pueden existir la una sin la otra, es por esto que al unirse y recorrer el camino para saltar el muro se encontraran con el resultado novedoso del trabajo realizado.

Y con lo anterior tenemos el cuestionamiento de qué es eso *nuevo* que la Ley de la materia define como: "todo aquello que no se encuentra en el estado de la técnica"<sup>2</sup> y que nos deja con un concepto que no satisface del todo al mismo puesto que de aquí se desarrolla un nuevo

---

<sup>2</sup> Artículo 12.- Para los efectos de este título se considerará como: I.- Nuevo, a todo aquello que no se encuentre en el estado de la técnica; ...

cuestionamiento ¿qué es el estado de la técnica?, con esta pregunta tratare de explicar y examinar la definición que la Ley de la Propiedad Industrial nos señala a la letra:

*Artículo 12.- Para los efectos de este título se considerará como:.- I.-... II. Estado de la técnica, al conjunto de conocimientos técnicos que se han hecho públicos mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, en el país o en el extranjero;...*

Ahora bien, el concepto que parece simple no lo es del todo, a fin de que podamos reafirmar qué es aquello nuevo, analicemos puntualmente qué es el estado de la técnica; comenzando por entender que el mismo más que un concepto son una serie de características que deben reunirse para que se entienda esta definición.

La primera característica es que son *conocimientos técnicos*, haciendo muy específico que los conocimientos históricos, artísticos, geográficos, por mencionar algunos no caben en esta característica, es decir, el conocimiento debe tener *técnica*, puesto que un conocimiento sin ella no podrá encajar en el supuesto de novedad desde el punto de vista inventivo que marca la legislación, ya que es claro que un nuevo conocimiento artístico podrá versar sobre la característica esencial de la *originalidad* de una obra al grado de obtener protección de ello, según lo contempla la ley de la materia, en este caso la Ley Federal del Derecho de Autor. Con ello también se hace hincapié en que un conocimiento de una técnica de danza o de arte dramático por dar algunos ejemplos, no encajan en el supuesto de la invención por no estar ligadas a un conocimiento técnico, donde este se debe entender como el avance científico o tecnológico y no a la forma de realizar un arte.

El segundo de los requisitos es que los conocimientos técnicos *se han hecho públicos mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información*, este punto debe entenderse como la divulgación de una invención, por lo que el medio empleado para ello no tiene relevancia, es decir, ya sea en un artículo de revista especializada, en una conferencia, en una exposición, en un video o una entrevista en radio o televisión, en un blog de internet o cualquier medio de comunicación, el hacerlo del conocimiento del público hace que se encuentre en ese momento en el estado de la técnica.

La última de las características de esta definición es que la divulgación haya sido realizada *en el país o en el extranjero*. Esta característica es sumamente importante porque nos da la pauta de que sin importar la parte del mundo donde se dé a conocer la invención, una vez que se ha realizado dicho acto no podrá ser patentado el invento en ningún país o región, aunque éste no haya sido divulgado en dicho territorio.

Obteniendo el precepto jurídico anterior que la *novedad* deberá ser universal, en otras palabras, no debe conocerse en el mundo dicha tecnología.

Con este requisito finalizamos el estudio del *estado de la técnica* teniendo como características esenciales para que el invento sea *nuevo*, las siguientes premisas

- Ser un conjunto de conocimientos tecnológicos o científicos
- No haber sido divulgado o dado a conocer
- No existir dicha tecnología en el mundo

Al reunir las premisas anteriores, se entiende lo que es *nuevo* según nuestra legislación, característica base para determinar si una invención es susceptible de ser protegida bajo la figura jurídica de una patente.

Aunado a esta característica se debe llevar de la mano la actividad inventiva antes mencionada, que es siempre desarrollada por el generador de la invención, mismo que es y será el elemento base para el desarrollo de la memoria descriptiva o memoria técnica de la solicitud de patente donde se demostrarán que se cumplen con estos requisitos que marca la Ley de la Propiedad Industrial.

#### IV ] Aplicación industrial

Sin embargo, es imperioso hacer notar que la Ley marca un tercer requisito, mismo que *no* se analiza a fondo en el presente artículo por tratarse de una obviedad, la *aplicación industrial*, la cual debe existir a fin de que la protección de la invención tenga un sentido, lo cual significa, que la exclusividad que da el título de patente para su explotación realmente se pueda materializar obteniendo un provecho económico y una ventaja competitiva.

Así pues, al reunir estos tres requisitos que marca la legislación mexicana, primordialmente la novedad y la actividad inventiva, podremos dilucidar si una invención realmente lo es, y hasta qué grado la misma es capaz de dar el derecho de exclusividad sobre la tecnología que pretende proteger, con la máxima figura de protección que es el título de patente, o si bien, puede generar una menor protección por no cumplir con alguno de los requisitos, o si es de imposible protección dentro del territorio mexicano.

#### V ] Regulación internacional y su adopción en México

En este punto, aclaramos o hacemos el estudio comparativo, que México toma como base para estas características, las establecidas en el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes, mejor conocido por sus siglas en inglés como PCT y su reglamento, en los cuales se puede observar como dentro del examen preliminar internacional que se realiza se toman en cuenta estos tres aspectos básicos que hemos venido analizando a fin de saber si la invención puede o no, ser patentada. El artículo 3 de la PCT establece dónde encontraremos las definiciones que analizamos, dándonos así cuenta de que es un tema a nivel internacional:

*Artículo 33.- Examen preliminar internacional.- 1) El examen preliminar internacional tendrá por objeto formular una opinión preliminar y no vinculante*

sobre las siguientes cuestiones: si la invención reivindicada parece ser nueva, implica actividad inventiva (no es evidente) y es susceptible de aplicación industrial.- 2) A los efectos del examen preliminar internacional, se considerará nueva una invención reivindicada si no existe anterioridad en el estado de la técnica, tal como se define en el Reglamento.- 3) A los efectos del examen preliminar internacional, se considerará que una invención reivindicada implica una actividad inventiva si, teniendo en cuenta el estado de la técnica tal como se define en el Reglamento, no es evidente para un experto en la materia en la fecha pertinente prescrita.- 4) A los efectos del examen preliminar internacional, se considerará que una invención reivindicada es susceptible de aplicación industrial cuando, según su naturaleza, pueda ser producida o utilizada (en sentido tecnológico) en cualquier tipo de industria. La expresión «industria» debe entenderse en su más amplio sentido, como en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial...<sup>3</sup>

De lo anterior, y a fin de entender toda su amplitud, el sentido este análisis, tenemos a bien mencionar la definición que da el Reglamento del PCT, sobre el estado de la técnica, que como ya se expuso directamente es quien define el primer requisito que analizamos.

Regla 64. Estado de la técnica a los fines del examen preliminar internacional.- 64.1 Estado de la técnica a) A los efectos del Artículo 33.2) y 3), se considerará que forma parte del estado de la técnica todo lo que se haya puesto a disposición del público en cualquier lugar del mundo mediante una divulgación escrita (con inclusión de los dibujos y demás ilustraciones), siempre que esa puesta a disposición del público haya tenido lugar antes de la fecha pertinente... 64.2 Divulgaciones no escritas En los casos en que la puesta a disposición del público hubiera tenido lugar por medio de divulgación oral, utilización, exposición, o por otros medios no escritos (divulgación no escrita) antes de la fecha pertinente...<sup>4</sup>

Regla 70. Informe preliminar internacional sobre la patentabilidad preparado por la Administración encargada del examen preliminar internacional (informe de examen preliminar internacional).- 70.9 Divulgaciones no escritas. Cualquier divulgación no escrita contenida en el informe en virtud de la Regla 64.2 deberá mencionarse mediante la indicación de su género, de la fecha en la que la divulgación escrita referente a la divulgación no escrita se puso a disposición del público, y de la fecha en la que la divulgación no escrita tuvo lugar en público.- 70.10 Ciertos documentos publicados. Cualquier solicitud publicada o patente a que haga referencia el informe en virtud de la Regla 64.3 se mencionará como tal e irá acompañada de una indicación acerca de su fecha de publicación, de su fecha de presentación y de su fecha de prioridad reivindicada (si la hubiera). Con respecto a la fecha de prioridad de cualquiera de esos documentos, el informe podrá indicar que, en opinión de la Administración encargada del examen preliminar internacional, esa fecha no ha sido válidamente reivindicada.<sup>5</sup>

Con esto, no solo se define el Estado de la Técnica que ya se ha analizado, sino que nos hace ver cómo, aunque nuestra legislación aún es escueta en la explicación sobre el tema de la divulgación oral o escrita,

<sup>3</sup> Tratado de Cooperación en Materia de Patentes, Artículo 3.

<sup>4</sup> Reglamento del Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT), Regla 64.

<sup>5</sup> *Ibidem*, Regla 70.

queda explicado mediante la Regla 64.1 y 64.2, en relación con la Regla 70.9 y 70.10, que a todas luces dejan en claro qué puede llegar a ser una divulgación, y con lo cual se rompe el estado de novedad por ser conocido por el público.

Por último tenemos la aplicación industrial, que también se toma como base del PCT y que nos explica o define el Reglamento del mismo, en la Regla 65, la cual cita a la letra:

*Regla 65. Actividad inventiva o no evidencia.- 65.1 Relación con el estado de la técnica A los efectos del Artículo 33.3), el examen preliminar internacional deberá tomar en consideración la relación existente entre una reivindicación determinada y el estado de la técnica en su conjunto. No sólo deberá tomar en consideración la relación existente entre la reivindicación y documentos individuales o partes de éstos considerados aisladamente, sino también su relación con combinaciones de dichos documentos o partes de ellos, cuando tales combinaciones sean evidentes para un experto en la materia...<sup>6</sup>*

## VI | Conclusión

Lo anterior demuestra, que si no existe una vinculación entre la actividad inventiva y la novedad desarrollada en la invención con la aplicación industrial, ésta no será una candidata para optar por el título de patente. Es importante hacer ver que a nivel internacional estos requisitos son básicos con el estudio de una invención, de tal forma que nuestra legislación las adopta y las hace suyas a fin de que estos conceptos rijan a los inventores y empresas que pretendan desarrollar tecnología y que deseen protegerla de forma exclusiva.

Es entonces que por estos conceptos que podemos lograr que el inventor entienda el alcance que le puede otorgar la Legislación Mexicana, dándole el máximo derecho y cuando deber comprender que el desconocimiento de una tecnología en una parte del mundo o el desarrollo de la misma en otra parte del mundo puede impedir que llegue a ser susceptible de protección y exclusividad aquello que él desarrollo y a lo que pretende llamarle invención y que no lo es, porque rompe con alguno de los requisitos de patentabilidad.

Fecha de recepción: 14 de noviembre de 2015

Fecha de aprobación: 28 de marzo de 2016

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, Regla 65.

# Actualidad legislativa

Revista

PERSPECTIVA  
JURÍDICA 

NÚMERO  
**06** SEMESTRE I  
2016  
AÑO 3



# Notas sobre la Sociedad por Acciones Simplificada

JAVIER ARCE GARGOLLO<sup>1</sup>

SUMARIO: I. Generalidades. II. El sistema electrónico de constitución. III. Concepto y características. IV. Estatutos. V. Órganos sociales. VI. Transformación de la SAS. VII. Fusión, escisión, disolución y liquidación. VIII. Otras disposiciones de la SAS.

**Resumen.** La reforma del 14 de marzo de 2016 a la Ley General de Sociedades Mercantiles, incluyó la figura de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), por lo que este artículo pretende señalar las principales características de esta sociedad, sus elementos, la forma para la su constitución y las implicaciones legales de dicha nueva figura. Por otro lado, se señalan las normas supletorias y sus diferencias y similitudes con la Sociedad Anónima (SA) y otros tipos societarios semejantes.

**Palabras claves:** Sociedad por Acciones Simplificada, Sociedades Mercantiles.

**Abstract.** *The Reform of March 14th, 2016 to the Mexican legislation on corporations has included the legal entity of the Sociedad por Acciones Simplificada (SAS). This article tries to indicate the main characteristics of this type of corporations, its elements, its constitution, and its legal consequences. On the other hand, this article establishes the applicable norms and the differences and similarities between the SAS, the Sociedad Anónima, and other types of corporations.*

**Keywords:** Sociedad por Acciones Simplificada, Corporations.

## I ] Generalidades

En el Diario Oficial de la Federación (DOF) de 14 de marzo de 2016 se publicó una reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) por la que se adiciona el art. 1º en una fracc. VII para incluir a una nueva especie de Sociedad Mercantil que es la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) y se regula esta figura en el capítulo XIV de la Ley en los arts. 260 a 273<sup>2</sup>. El artículo transitorio único dice que esta reforma entra en vigor a los seis meses de su publicación.

---

<sup>1</sup> Profesor de la Universidad Panamericana y Notario Público número 74 de la Ciudad de México, Distrito Federal.

<sup>2</sup> Todas las disposiciones que se citan corresponden a la LGSM, salvo que otra cosa se indique.

La SAS es una nueva especie o tipo social (art. 1º-VII), no una modalidad de la Sociedad Anónima (SA), como son la Sociedad Anónima Promotora de Inversión (SAPI) y la Sociedad Anónima Bursátil (SAB) reguladas, principalmente, en la Ley del Mercado de Valores (LMV). La SAS debió regularse como modalidad de la SA, pues las normas supletorias son las que corresponden a este tipo social.

#### Normas supletorias

*En lo que no contradiga el presente capítulo son aplicables a la sociedad por acciones simplificada, las disposiciones que en esta ley regulan a la sociedad anónima, así como lo relativo a la fusión, la transformación, escisión, disolución y liquidación de sociedades* (art. 273 de la LGSM).

Al ser una sociedad *simplificada* debió buscarse el esquema de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, más sencillo y flexible, pues en la SAS hay que emitir acciones en papel que, en principio para esta clase de sociedad, no están destinadas a circular.

En España se creó una Sociedad Mercantil Simplificada que es la *Sociedad Limitada Nueva Empresa* (Ley 7/2003), como especialidad de la Sociedad Limitada (equivalente a la S. de R.L.) y que está referida a la empresa familiar, como una sociedad más cerrada y con tintes personalistas.

## II ] El sistema electrónico de constitución

La SAS se constituye por un *sistema electrónico de constitución* que la Secretaría de Economía pone a disposición de los accionistas (art. 262-II de la LGSM).

*El sistema electrónico de constitución estará a cargo de la Secretaría de Economía y se llevará por medios digitales mediante el programa informático establecido para tal efecto, cuyo funcionamiento y operación se regirá por las reglas generales que para tal efecto emita la propia Secretaría* (art. 263 de la LGSM).

El sistema electrónico requiere de unas reglas de operación y funcionamiento que todavía no se han publicado. A través de este *sistema electrónico de constitución* se establece un procedimiento para que las personas físicas puedan constituir una SAS: (i) Se abre un folio por cada constitución. La SAS tiene dos folios: uno de la Secretaría de Economía y otro el folio mercantil del Registro Público de Comercio.- (ii) Por este sistema electrónico, los accionistas dan su consentimiento para constituir la SAS bajo los estatutos sociales que la Secretaría ponga a su disposición (art. 262-II de la LGSM).- (iii) Los accionistas seleccionarán las cláusulas de los estatutos sociales (art. 263-II de la LGSM).- (iv) Deberán firmar electrónicamente el contrato social o acto constitutivo, con su certificado de firma electrónica vigente (art. 263-III de la LGSM).- (v) la Secretaría, por

este medio generará de manera digital, una boleta de inscripción de la SAS en el Registro Público de Comercio (263-V de la LGSM).- (vi) la boleta de inscripción, junto con el contrato social, será medio de prueba de la existencia de la sociedad (263-VI de la LGSM).- (vii) la reforma a la LGSM no establece la posibilidad de que las acciones se emitan de manera electrónica y no en papel como previene la LGSM.

El art. 262 señala que *en ningún caso se requiere escritura notarial o póliza de corredor*. Sin embargo, el art. 263-VI, parece contradecirlo pues expresa que: *la utilización de fedatarios públicos es optativa*.

¿A qué se refiere esta última fracción? ¿La intervención de fedatarios puede ser para todo el procedimiento de constitución en los términos de la LGSM? o ¿La intervención es solo para la inscripción en el Registro Público de Comercio que señala la fracción V anterior del art. 263?

Además del *sistema electrónico de constitución*, se permite que ciertos actos societarios se lleven a cabo por medios electrónicos, por ejemplo: (i) las asambleas pueden convocarse con un aviso mediante el sistema electrónico establecido por la Secretaría (art. 268 de la LGSM).- (ii) las reuniones de las asambleas de accionistas se pueden celebrar por medios electrónicos (art. 266 de la LGSM).- (iii) el informe del administrador sobre la situación financiera se publica en el sistema electrónico de la Secretaría (art. 272 de la LGSM).

### III ] Concepto y características

#### 1. Definición

*La Sociedad por Acciones Simplificada es aquella que se constituye por una o más personas físicas que solamente están obligadas al pago de sus aportaciones representadas en acciones* (art. 260 de la LGSM).

Sociedad por Acciones es un término nuevo en la LGSM. Así se le llama en el Código Civil Italiano (con su abreviatura S.P.A.) a la sociedad equivalente a la SA.

La definición es similar a la de la SA, en la que los accionistas solo están obligados al pago de su aportación (art. 87 de la LGSM) y ésta está representada en acciones.

La SAS solo puede constituirse por personas físicas y puede ser una sociedad unipersonal, de un solo socio. Las personas físicas pueden ser extranjeras, la ley no lo limita.

En la reforma a la LGSM se debió aprobar la sociedad unipersonal para todos los tipos sociales, no sólo para esta nueva especie.

#### 2. Prohibición de participar en otras sociedades

Dice la LGSM que *en ningún caso las personas físicas podrán ser simultáneamente accionistas (así) de otro tipo de sociedad mercantil a que se refieren las fracciones I a VII del artículo 1º de esta ley, si su participación en dichas sociedades les permiten tener el control de la*

sociedad o de su administración en términos del artículo 2, fracción III de la Ley del Mercado de Valores (art. 260).

Resulta absurda la prohibición absoluta (*en ningún caso*) de que los accionistas pueden ser *accionistas* (debió decir *socios*) de otra sociedad mercantil en la que tengan *control* (incluye a la SAS, art. 1°-VII de la LGSM). La finalidad de la SAS debió ser que las personas físicas puedan tener varias empresas o entidades de una organización a través de varias SAS, fin que no se logra con este nuevo tipo social.

El concepto de control es el que se contiene en el art. 2°- III de la Ley del Mercado de Valores (LMV) que dice:

*Control, la capacidad de una persona o grupo de personas, de llevar a cabo cualquiera de los actos siguientes:*

- a) Imponer, directa o indirectamente, decisiones en las asambleas generales de accionistas, de socios u órganos equivalentes, o nombrar o destituir a la mayoría de los consejeros, administradores o sus equivalentes, de una persona moral.*
- b) Mantener la titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital social de una persona moral.*
- c) Dirigir, directa o indirectamente, la administración, la estrategia o las principales políticas de una persona moral, ya sea a través de la propiedad de valores, por contrato o de cualquier otra forma.*

En lugar de la remisión a la LMV, el concepto de control se podría haber incluido en la LGSM.

### 3. Ingresos máximos

*Los ingresos anuales de una SAS no pueden rebasar (asi) 5 millones de pesos (que se ajustan con índices de inflación). Si rebasan esa cantidad deben transformarse en otro tipo social de la Ley General de Sociedades Mercantiles (art. 260 de la LGSM).*

La SAS se constituye principalmente para PyMes (micros, pequeñas y medianas empresas) que están clasificadas por el límite de ingresos que se establece. Pero conforme al límite establecido de 5 millones, solo caben las empresas clasificadas como micros.

Los criterios para la estratificación de las micros, pequeñas y medianas empresas, que no tomó en cuenta la reforma a la LGSM, son los siguientes: (i) micro: 10 trabajadores e ingresos por 4 millones de pesos.- (ii) pequeña: de 10 a 30 trabajadores en comercio o de 10 a 50 trabajadores en industria e ingresos de 4 a 100 millones de pesos.- (iii) mediana: de 31 a 100 trabajadores en comercio, de 51 a 100 en servicios y de 51 a 250 trabajadores en industria e ingresos de 100 a 250 millones de pesos.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Ver la página de CONDUSEF: [www.condusef.gob.mx](http://www.condusef.gob.mx).

## IV | Estatutos

### Art. 264 de la LGSM:

*Los estatutos sociales únicamente deberán contener: (i) denominación.- (ii) nombre de los accionistas.- (iii) domicilio de los accionistas.- (iv) Registro Federal de Contribuyentes de los accionistas.- (v) correo electrónico de cada uno de los accionistas.- (vi) domicilio de la sociedad.- (vii) duración de la sociedad.- (viii) la forma y términos en que los accionistas se obliguen a suscribir y pagar sus acciones.- (ix) el número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social.- (x) el número de votos que tendrá cada uno de los accionistas en virtud de sus acciones.- (xi) el objeto de la sociedad, y.- (xii) la forma de administración de la sociedad.*

Este artículo está prácticamente copiado del art. 6° de la LGSM, aunque con un orden distinto. No era necesaria esta disposición, pues se aplica como norma general a todas las sociedades.

Esta norma del art. 264 no señala que la duración puede ser indefinida (art. 6°-IV), ni establece *el importe del capital social* (art. 6°-V). Sin embargo, utiliza el inútil término de únicamente. La forma de administración de la SAS es única, siempre con un administrador, de modo que la fracc. XII es innecesaria por inaplicable.

Hay un texto único de estatutos sociales y los accionistas, al constituir la sociedad, deben seleccionar las cláusulas que consideren convenientes (art. 263-II de la LGSM).

#### 1) Modificaciones

*Las modificaciones a los estatutos sociales se decidirán por mayoría de votos* (art. 269 de la LGSM).

#### 2) Denominación

*La denominación se forma libremente, pero distinta de la de cualquier otra sociedad y siempre seguida de las palabras 'Sociedad por Acciones Simplificada' o su abreviatura S.A.S.* (art. 261 de la LGSM).

Este texto es similar al art. 88 para la SA. Para la autorización de esta denominación ante la Secretaría de Economía, en principio, la solicita por vía electrónica alguno de los accionistas que ve a constituir la SAS (art. 262-III de la LGSM).

#### 3) Objeto social

El objeto social de la SAS puede ser cualquier actividad lícita, la LGSM no limita para este nuevo tipo social el objeto o fin social.

#### 4) Constitución

*Para proceder a la constitución, únicamente se requerirá: (i) uno o más accionistas.- (ii) que expresen su consentimiento bajo (así) los estatutos sociales que la Secretaría de Economía ponga a su disposición en el sistema electrónico.- (iii) que alguno de los accionistas cuente con la autorización de la denominación.- (iv) que todos los accionistas cuenten con certificado de firma electrónica* (art. 262 de la LGSM).

La identificación de los accionistas, que en la constitución de sociedades corresponde al notario o al corredor, público se hace con el

*certificado de firma electrónica avanzada* que se utiliza, originalmente, para trámites fiscales.

#### 5) Capital

En la reforma a la LGSM, por error (el art. 264 dice *únicamente*), no se estableció como requisito de la constitución el importe del capital social, que es un *elemento esencial* de toda sociedad mercantil. Para la SAS se aplica supletoriamente la disposición de la LGSM en materia de SA que dice: *que el contrato social establezca el mínimo de capital social y que esté íntegramente suscrito* (art. 89-II de la LGSM).

En la reforma a la LGSM publicada en el DOF de 15 de diciembre de 2011, se suprimió el requisito de capital fundacional mínimo de \$50,000.00 para la SA y \$5,000.00 para la S. de R.L. Actualmente hay libertad de los accionistas de la SAS para establecer el importe del capital social.

Por aplicación del art. 91, el capital debe estar totalmente suscrito al constituirse la SAS. La acción puede ser pagada en efectivo o en especie.

La SAS no puede tener la modalidad del capital variable, pues el art. 1° solo lo autoriza para las sociedades de la fracc. I a V, no para las cooperativas (VI) ni para la SAS (VII).

En los Estatutos debe incluirse: *la forma y términos en que los accionistas se obliguen a suscribir y pagar sus acciones* (art. 264 VIII de la LGSM).

Al constituirse la SAS puede pagarse el 20% de acciones pagaderas en numerario y el 100% si se pagan en especie (art. 89-III y IV de la LGSM). Se aplican supletoriamente los principios de la SA (art. 141). Sin embargo, *todas las acciones deberán pagarse dentro del término de un año contado desde la inscripción* (art. 265 de la LGSM).

*Cuando se haya suscrito (así) y pagado la totalidad del capital social, la sociedad deberá publicar un aviso en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía en términos de lo dispuesto por el artículo 50 Bis del Código de Comercio* (art. 265 de la LGSM).

La disposición del Código de Comercio (C. de C.) señala: *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*.

Si al término de un año, no se paga la parte insoluble de la acción (art. 265), por aplicación supletoria de las disposiciones de la SA, se aplican los arts. 118 a 120 de la LGSM para que la sociedad proceda a exigir judicialmente el pago o proceda a la venta de las acciones.

#### 6) Aumento y disminución del capital social

El capital social de la SAS puede aumentarse o disminuirse con base en las normas de la LGSM. El aumento o disminución del capital social implica una reforma a los estatutos, pues no hay capital variable.

Las modificaciones a los estatutos corresponden a la asamblea de accionistas. Se aprueban por mayoría de votos (art. 269 de la LGSM), al igual que cualquier resolución de la asamblea (art. 266).

## 7) Acciones

Con respecto a las acciones, la escritura constitutiva de la SAS únicamente debe contener como requisitos: *el número, valor nominal y naturaleza (así) de las acciones en que se divide el capital social* (art. 264-VIII de la LGSM). *El número de votos que tendrá cada uno de los accionistas en virtud de sus acciones* (art. 264-X de la LGSM). *Las acciones serán de igual valor y conferirán los mismos derechos* (art. 268-II de la LGSM).

Aunque en el art. 264-VII de la LGSM se dice que hay que señalar la *naturaleza de las acciones*, término vago que se presta a confusión, en principio, todas las acciones de la SAS son *ordinarias*, pues *serán de igual valor y conferirán los mismos derechos*. Sin embargo, como puede pactarse que las utilidades se pueden distribuir en forma desigual a los accionistas (art. 271), pueden emitirse series de acciones que no otorguen o que concedan menos dividendos a ciertos accionistas titulares de acciones de otra serie con derechos distintos (art. 112).

En los estatutos de la SAS debe establecerse el número de votos que tendrá cada accionista por las acciones de que sea titular (art. 264-X). Si se considera que las acciones tienen el mismo valor y los mismos derechos, en principio, todas las acciones tienen el mismo derecho de voto.

La reforma a la LGSM no estableció cómo se emiten las acciones de la SAS, ni su contenido. Se aplican supletoriamente las disposiciones de la SA que señalan que las acciones están representadas por títulos nominativos (art. 111), que deben expresar lo que establece el art. 125.

Faltó en las nuevas disposiciones la regulación de la emisión de las acciones por *medios digitales* que probablemente determinará *el sistema electrónico de constitución* según reglas que emita la Secretaría de Economía.

No se prevé en la regulación de la SAS la existencia de un registro de acciones que, en su caso, pueda llevarse por medios electrónicos y que debe incluir la información que señala el art. 128.

## V | Órganos sociales

Los órganos sociales de la SAS son la asamblea de accionistas y el administrador. No tiene un comisario como el órgano de vigilancia obligatorio de la SA (art. 164 de la LGSM).

### 1. Asamblea de accionistas

En términos similares al art. 178, el art. 266 señala: *la Asamblea de Accionistas es el órgano supremo de la sociedad por acciones simplificada y está integrada por todos los accionistas. Cuando la sociedad por acciones simplificada esté integrada por un accionista éste será órgano supremo de la sociedad.*

El artículo es redundante en su redacción, sobra la frase *integrada por todos los accionistas*. El segundo párrafo *explicativo* de la sociedad unipersonal es innecesario.

Aunque la reforma no lo dice, las asambleas de accionistas pueden ser *ordinarias* o *extraordinarias*. Son *ordinarias* todas las asambleas, incluyendo las de aumento y disminución de capital, pues estas contienen una modificación a los estatutos y las resoluciones se toman por mayoría de votos (art. 269).

Son asambleas *extraordinarias*, a las que se aplican supletoriamente las disposiciones de la SA (arts. 182-II, VII, 190, 228, 228 bis y 229 a 233) las relativas a la fusión, transformación, escisión y disolución (art. 273). La asamblea de liquidación en SA es ordinaria.

*La Asamblea de Accionistas será convocada por el administrador de la sociedad, mediante publicación de un aviso en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía con una antelación mínima de cinco días hábiles* (art. 268 de la LGSM).

El artículo es similar al 186 de la SA con estas diferencias: el plazo no es el que señalan los estatutos, sino lo establece la ley; y, son cinco días hábiles, no naturales como en el caso de la SA (por aplicación del art. 84 del C. de C.). Como señala una tesis del Quinto Tribunal Colegiado en materia civil del primer circuito: *en el plazo (...) que, en términos de los estatutos de la sociedad enjuiciada, debe mediar entre la convocatoria y la asamblea, no pueden contarse los días de la publicación de la convocatoria ni de la celebración de la reunión.*<sup>4</sup>

*En la convocatoria se insertará el orden del día con los asuntos que se someterán a consideración de la Asamblea, así como los documentos que correspondan* (art. 268 de la LGSM).

A diferencia de los arts. 186 y 187, en la convocatoria de la asamblea de la SAS, la información no se pone a disposición de los accionistas como en la SA, sino que debe incluirse en la convocatoria que se hace por medios electrónicos, lo que facilita la publicación de la convocatoria y de sus documentos anexos.

Como en la SA, si el administrador no convoca en quince días de la solicitud de un accionista, la convocatoria la hace la autoridad judicial, a solicitud de cualquier accionista (art. 268). A diferencia de la SA, en la SAS este derecho lo tiene cualquier accionista, no una minoría que represente el 33% del capital social como sucede para la SA (art. 184).

---

<sup>4</sup> Véase la tesis: ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS DE SOCIEDADES ANÓNIMAS, CONVOCATORIA PARA LAS. NO FORMAN PARTE DEL PLAZO QUE DEBE MEDIAR ENTRE UNA Y OTRA, EL DÍA DE LA PUBLICACIÓN DE LA CONVOCATORIA NI EL DE LA CELEBRACIÓN DE LA REUNIÓN. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.- Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo IV, Diciembre de 1996. Tesis: I.So.C.55 C Página: 368.

*Las resoluciones de la asamblea se tomarán por mayoría de votos y podrá acordarse que las reuniones se celebren de manera presencial o por medios electrónicos si se establece el sistema de información en términos del artículo 89 bis del Código de Comercio (art. 266 de la LGSM).*

*Cuando las resoluciones se tomen por medios electrónicos, el administrador enviará a todos los accionistas el asunto sujeto a votación por escrito o por cualquier medio electrónico si se acuerda un sistema de información de acuerdo (así) con lo dispuesto por el artículo 89 del Código de Comercio,<sup>5</sup> señalando la fecha para emitir el voto respectivo (art. 268-IV de la LGSM).*

*Los accionistas manifestarán su voto sobre los asuntos por escrito o por medios electrónicos si se acuerda un sistema de información de acuerdo (así) con lo dispuesto por el artículo 89 del Código de Comercio (art. 268-V de la LGSM).*

La celebración de la asamblea y la votación de asuntos por medios electrónicos deben pactarse en los estatutos. La reforma debió señalar esto en la misma LGSM, sin necesidad del pacto en estatutos, pues se trata de una sociedad que se constituye y opera por un sistema electrónico.

Las resoluciones se toman por mayoría de votos, igual que las modificaciones a Estatutos (art. 269 de la LGSM).

Los accionistas minoritarios que tengan el 25% del capital social de la SAS, por aplicación supletoria de las normas de la SA, tienen derecho a: a la acción de responsabilidad contra el administrador (art. 163); a solicitar que la asamblea se aplase por tres días (art. 199); y a oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas que infrinjan la ley o los estatutos (arts. 201 y 202).

No tienen derecho los minoritarios a nombrar consejero o comisario, pues en la SAS el órgano de administración es un administrador único (art. 267) y carecen de órgano de vigilancia o comisario.

*En todo caso (así) deberá llevarse un libro de registro de resoluciones, que equivale al libro de Actas de Asamblea (art. 41 del C. de C. y 194 de la LGSM).* La frase *en todo caso* hace dudar sobre la obligatoriedad de este registro o, más propiamente, *libro electrónico de actas*.

## 2. Administrador

*La representación (así) de la sociedad por acciones simplificada estará a cargo de un administrador, función que desempeñará un accionista (art. 267 de la LGSM).*

El órgano de administración de la SAS recae en un administrador único, no puede tener un consejo de administración como la SA. Este

---

<sup>5</sup> Este artículo se refiere a los mensajes de datos por medios electrónicos.

administrador debe ser un accionista persona física. Toque personalista de la SAS, más propio de la S. de R.L. que de la SA.

Las facultades del administrador no se agotan en la representación (operaciones externas), pues tiene además facultades de gestión (relaciones internas).

*Cuando la sociedad por acciones simplificada este integrada por un solo accionista, este ejercerá las atribuciones de representación (así) y tendrá el cargo de administrador (art. 267 de la LGSM).*

Esta aclaración sobra en la LSM, debió suprimirse: *se entiende que el administrador, por su sola designación, podrá celebrar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y funcionamiento de la sociedad (art. 267 de la LGSM).*

Este último párrafo es innecesario, pues ya lo dice el art. 10, disposición que agrega que se pueden limitar estas facultades del administrador, lo que es aplicable a la SAS.

El administrador de la SAS puede nombrar gerentes (art. 149) y otorgar poderes (art. 150), por aplicación supletoria de la normativa de la SA.

El administrador tiene, entre sus obligaciones, preparar el informe anual: *el administrador publicará en el sistema electrónico de la Secretaría de Economía, el informe anual sobre la situación financiera de la sociedad conforme a las reglas que emita la Secretaría de Economía de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 263 de esta Ley (art. 272 de la LGSM).*

El informe anual contendrá lo que indiquen, oportunamente, las reglas que emita la Secretaría. Seguramente será un informe más simplificado que la información financiera tan compleja prevista para la SA en el art. 172.

## VI ] Transformación de la SAS

*En cualquier momento los accionistas podrán acordar formas de organización y administración distintas a la contemplada en este capítulo; siempre y cuando los accionistas celebren (así) ante fedatario público la transformación de la Sociedad por Acciones Simplificada a cualquier otro tipo de sociedad mercantil, conforme a las disposiciones de esta ley (art. 269 de la LGSM).*

La transformación, aun cuando es una modificación a los estatutos que en principio, requiere una asamblea ordinaria de la SAS en la que se decida con mayoría de votos, tiene una norma especial que señala que se aplican las normas de la LGSM para la transformación y que el acta debe protocolizarse ante fedatario público (no celebrarse ante él). El acta protocolizada debe inscribirse en el Registro Público de Comercio (art. 194 de la LGSM).

En la *protocolización*, el fedatario hará constar en los antecedentes de la escritura o póliza la existencia de la SAS mediante la boleta de inscripción (con copia que se agrega al Apéndice) y el contrato social (que

se transcribe en lo conducente) que son *medio de prueba de la existencia de la sociedad* (art. 263-VI de la LGSM).

Las disposiciones aplicables a la transformación son el art. 228 que remite a las normas de la fusión, arts. 223 a 226, en lo que resulten aplicables. El acuerdo debe tomarse en una asamblea extraordinaria de accionistas (arts. 222 y 182-VII de la LGSM), con los quórums de asistencia que establece el art. 190 y la votación del 50% del capital social que señala el art. 191.

Debe publicarse el acuerdo y el último balance en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía (art. 223). El balance es la información financiera del art. 272 para la SAS, no el balance e información financiera del art. 172 de la SA. Los acreedores tienen derecho a oponerse judicialmente (art. 224 de la LGSM).

#### Transformación obligatoria

*Los ingresos anuales de una SAS no pueden rebasar (así) 5 millones de pesos (que se ajustan con índices de inflación). Si rebasan esa cantidad deben transformarse en otro tipo social de la LSM. La sanción por no transformarse es que los accionistas responderán ante terceros en forma subsidiaria, solidaria e ilimitadamente* (art. 260 de la LGSM).

Cuando el ingreso de la SAS rebasa los 5 millones, debe transformarse a otra sociedad mercantil (no puede ser sociedad civil) y la transformación debe hacerse conforme al art. 273 (no al 263 como dice equivocadamente la LGSM), que establece que son aplicables las disposiciones de la LSM (arts. 228 y 222 a 226 de la LGSM).

Requiere de un acuerdo de la asamblea extraordinaria de accionistas (art. 182-VI) y el acta debe protocolizarse ante notario o corredor público e inscribirse en el Registro Público de Comercio (art. 194 de la LGSM).

La sanción a los accionistas (no al administrador) es que todos responden ante terceros de las operaciones de la sociedad en forma subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, como en el caso de la sociedad irregular (art. 2º) o de la sociedad en nombre colectivo (art. 25).

## VII ] Fusión, escisión, disolución y liquidación

*Son aplicables a la sociedad por acciones simplificada las disposiciones que en esta Ley regulan a la sociedad anónima en lo relativo a la fusión, la transformación, escisión, disolución y liquidación* (art. 273 de la LGSM).

La SAS puede fusionarse con cualquier especie de sociedad mercantil, excepto la cooperativa, e incluso fusionarse con una sociedad civil, como han señalado dos tesis del Tercer Tribunal Colegido Administrativo del primer circuito, al señalar que: *la fusión no es propia y exclusiva de una clase de sociedades, pues no se establece como una*

*característica esencial de esta figura el que las sociedades que se fusionen no puedan ser de diversa naturaleza.*<sup>6</sup>

La *fusión* la aprueba la SAS en *asamblea extraordinaria* (art. 222, 182-VII y 273 de la LGSM), se hacen las publicaciones que señala el art. 223 y el acta se protocoliza e inscribe en el Registro Público de Comercio (art. 194). Los acreedores tienen derecho a oponerse judicialmente (art. 224) y los accionistas no tienen derecho de retiro.<sup>7</sup>

La SAS puede *escindirse* en otra u otras SAS o en cualquier especie de sociedad mercantil. La resolución la toma una *asamblea extraordinaria*, se hacen las publicaciones que ordena la Ley y se constituyen las sociedades escindidas (art. 228 bis de la LGSM).

La SAS se *disuelve* por las causas que enumera el art. 229 y además, por una causa especial que señala el art. 272 que dice: *la falta de presentación de la situación financiera durante dos ejercicios consecutivos, dará lugar a la disolución de la sociedad.*

Esta última causa, al igual que las señaladas en el art. 229 (excepto la llegada del plazo de duración), al comprobarse las mismas deben inscribirse en el Registro Público de Comercio y, si no se hace, cualquier interesado puede pedirla al juez (art. 232 de la LGSM).

La *disolución* de la SAS se aprueba por una *asamblea extraordinaria* en la que debe designarse al liquidador (arts. 182-II, 233 y 234 de la LGSM). Inscrito el nombramiento del liquidador, éste entrará en funciones (art. 237).

El liquidador llevará a cabo la liquidación de la SAS en los mismos términos que para la SA y deberá publicar el balance final de liquidación, que contendrá la información que establezca el sistema electrónico de la Secretaría de Economía, mediante la publicación del mismo en el sistema electrónico establecido por la Secretaría (art. 247-II de la LGSM).

La *asamblea* de la SAS que aprueba el balance de liquidación, tiene el carácter de *asamblea ordinaria* igual que en la SA (art. 267 de la LGSM).

---

<sup>6</sup> Véanse las tesis: FUSIÓN DE UNA SOCIEDAD CIVIL CON UNA MERCANTIL, NO ES CAUSA PARA LA NEGATIVA DE SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD Y DEL COMERCIO, LA CIRCUNSTANCIA DE NO ESTAR PREVISTO EN LA LEY EL PROCEDIMIENTO PARA LLEVARLA A CABO.- Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época.- Tomo: XI- Enero.- Página: 255.

FUSIÓN, FIGURA JURÍDICA DE LA. NO ES PROPIA Y EXCLUSIVA DE UNA CLASE DE SOCIEDADES, POR LO QUE ES LÍCITA LA REALIZADA POR UNA SOCIEDAD CIVIL Y UNA MERCANTIL.- Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación.- Época: Octava Época.-Tomo: XI- Enero.- Página: 260.

<sup>7</sup> La *Exposición de motivos* de la ley, confirma que este derecho de retiro no se tiene en el caso de *fusión*. "...es conveniente anotar que, precisamente porque la transformación de una sociedad es una medida mucho más grave que una *fusión*, solo ella da lugar, según ya ha quedado indicado antes, al derecho de retiro."

## VIII ] Otras disposiciones de la SAS

*Los contratos celebrados entre el accionista único y la sociedad deberán inscribirse por la sociedad en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía, conforme a lo dispuesto en el artículo 50 Bis del Código de Comercio (art. 264 de la LGSM).*

La disposición prevé un conflicto de interés entre la sociedad y el accionista único en un *contrato consigo mismo*. La norma solo obliga a inscribir el contrato, pero no señala cual es la sanción por no hacerlo. En principio, el contrato es válido, pero no surte efectos ante terceros.

*Salvo pacto en contrario, las utilidades se distribuirán en proporción a las acciones de cada accionista (art. 271 de la LGSM).* El pacto a que se refiere esta norma debe constar en los Estatutos y constituye una excepción al principio que establece el artículo 17 que señala que: *no producirán ningún efecto las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias.*

La forma de hacer efectivo este pacto en la SAS es mediante la emisión de una clase de acciones que excluyan de una parte o de la totalidad de los dividendos a ciertos accionistas.

*Salvo pacto en contrario, deberán privilegiarse los mecanismos alternativos de solución de controversias previstos en el Código de Comercio para sustanciar controversias que surjan entre accionistas, así como entre estos con terceros (art. 270 de la LGSM).*

La disposición debió incluir a los conflictos entre los accionistas con la sociedad y con el administrador. La norma, aparentemente, pretende imponer a los accionistas y terceros el uso de estos mecanismos, aunque se utiliza el término *deberán privilegiarse*, que no la hace obligatoria. La disposición debió establecer lo contrario, es decir que si los accionistas optan por los mecanismos de solución de controversias que establece el C. de C., deben pactarlo expresamente en los estatutos. Si no lo pactan se aplica la regla general de que los litigios deben resolverse judicialmente.

El mecanismo de solución de controversias que regula el C. de C. en los arts. 1415 al 1479 es el *arbitraje comercial*, que es un proceso voluntario para las partes. La primera norma que rige al arbitraje es el acuerdo de las partes para someterse a un procedimiento arbitral. Es un requisito de existencia para que pueda desarrollarse.

El C. de C. lo define como: *el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente (art. 1416-I del C. de C.).*

Los terceros que contratan con la SAS deben decidir voluntariamente someterse a este mecanismo de solución de

controversias. La LGSM no puede obligarlos a aceptar el arbitraje como medio de solución de controversias.

El art. 271 debió establecer: *los accionistas podrán pactar que las controversias entre accionistas y de estos con la sociedad o con el administrador, deberán resolverse mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias previstos en el Código de Comercio.*

Fecha de recepción: 14 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 21 de abril de 2016

# Vida en la facultad

Revista

PERSPECTIVA  
JURÍDICA 

NÚMERO

06

SEMESTRE I  
2016

AÑO 3



## Diplomado de Arbitraje Comercial Internacional ICC México

DAVID OBEY AMENT-GÜÉMEZ<sup>1</sup>

No es un hecho controvertido la importancia que detenta el medio de solución de controversias conocido como arbitraje en las relaciones comerciales y de inversión a nivel nacional e internacional. Desde sus orígenes, se le ha considerado como una alternativa altamente viable a los procedimientos ordinarios judiciales que ofrecen las leyes de cada país, y en ciertos casos hasta más efectiva. Aunado a lo anterior, la tendencia globalizadora del comercio en la modernidad, así como la unificación y armonización del derecho por virtud de distintos tratados y acuerdos internacionales celebrados entre las naciones del mundo, han influido a que cada vez sea más y más indispensable el estar al tanto del funcionamiento de este medio de solución de controversias.

En atención a lo anterior, los pasados meses de septiembre y octubre, la Universidad Panamericana campus Guadalajara fue la sede del Diplomado de Arbitraje Comercial Internacional dirigido por la *International Chamber of Commerce México* (o ICC México). Fue esta la primera edición del curso que tuvo lugar en Guadalajara, ya habiendo sido llevado a cabo éste con anterioridad en las ciudades de Monterrey y en la Ciudad de México. Para dicho propósito, la Universidad Panamericana puso a disposición de la ICC México su recientemente terminada Sala de Juicios Orales, misma que ofreció un ambiente altamente didáctico para los alumnos del diplomado.

El curso se vio compuesto por temas que van desde lo teórico hasta el ámbito práctico del arbitraje comercial internacional. En un primer lugar se realizó una comparación entre métodos alternativos de solución de controversias autocompositivos, tales como la Mediación y Conciliación, los *Dispute Boards* y Peritaje, y hetero-compositivos, como los procedimientos jurisdiccionales estatales, el arbitraje de amigable composición y el arbitraje de estricto derecho. Posteriormente, se efectuó un estudio de las etapas típicas de un arbitraje *ad hoc*, para después compararlas con las partes, reglas y principios del arbitraje que prevé la ICC en su Reglamento de Arbitraje. Así mismo, se hizo un análisis de la conducta que los países del mundo han adoptado con respecto al arbitraje, como sus actitudes en cuanto al reconocimiento de laudos arbitrales nacionales y extranjeros, los temas considerados por ellos como inarbitrables, y las posturas que los tribunales domésticos han adoptado a la hora de resolver distintos asuntos en concreto. Por último, se examinó el procedimiento arbitral tendiente a la resolución de conflictos entre Estados; en concreto el arbitraje de inversión, visto desde la óptica de los mecanismos previstos por el Convenio del Centro Internacional de

---

<sup>1</sup> Estudiante de Noveno Semestre de la Carrera de Derecho en la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara (México).

Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (o CIADI)<sup>2</sup> y por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (o TLCAN).<sup>3</sup>

En relación al procedimiento arbitral en sí, se analizaron temas relativos a las circunstancias previas al comienzo del arbitraje, como la mejor forma de redactar una cláusula arbitral y el saber determinar si conviene elegir entre un arbitraje *ad hoc* o institucional en atención a las circunstancias de cada caso en concreto. Así mismo, se hizo saber la mejor forma de estructurar y determinar las etapas procesales y el desahogo de audiencias y pruebas; los principios rectores del procedimiento; entender en qué consisten, los requisitos y las formas de solicitar las medidas precautorias, ya sea ante un Tribunal Arbitral o por medio de la vía más novedosa del Árbitro de Emergencia; y los requisitos y formas de lograr la ejecución plena de un laudo arbitral en cualquier parte del mundo.

Los maestros encargados de impartir el curso provienen de los despachos más prestigiados en el área del arbitraje comercial internacional, contando muchos de ellos con experiencia no sólo como abogado de parte en dicho procedimiento, sino también como árbitro miembro de un tribunal arbitral. Así mismo, muchos de los expositores han formado parte esencial de la estructura de la *International Chamber of Commerce*, incluyendo la Corte Internacional de Arbitraje, lo que no hace sino proveerles de más herramientas que permitan lograr un entendimiento pleno del alumno con respecto del procedimiento arbitral. Es precisamente derivada de dicha experiencia de donde los profesores obtienen los planteamientos teóricos y prácticos que presentan a los alumnos, y de donde resulta ampliamente provechoso el diplomado en cuestión, creando una oportunidad única para todo aquél que tenga el deseo de conocer más sobre la materia.

El diplomado presenta un excelente medio para adquirir un nivel avanzado por lo que respecta al arbitraje comercial internacional, ya sea que se esté conociendo por primera vez el tema, o reforzando conocimientos previos. Se evalúa al alumno no solo a través de un examen final, sino también se ponen a prueba sus habilidades teóricas y prácticas adquiridas en el curso mediante la elaboración de una tesina final relativa a un tema específico de la materia, y de distintos casos prácticos basados en cuestiones reales que van desde la elaboración y redacción de cláusulas arbitrales, ordenes de medidas precautorias y laudos, hasta el desahogo de audiencias ante un tribunal arbitral formado por los mismos alumnos.

Fecha de recepción: 12 de noviembre de 2015

Fecha de aprobación: 26 de noviembre de 2015

---

<sup>2</sup> A la fecha, México no se ha adherido a dicho instrumento internacional, más esto no impide su aplicación por vías de lo que éste mismo llama “mecanismo complementario”.

<sup>3</sup> Estudiando paralelamente la estructura del Tratado, los organismos y comisiones previstos en el mismo, y los mecanismos de solución de controversias distintos del arbitraje de inversión.

El TLCAN fue firmado por México, Estados Unidos y Canadá el día 17 de diciembre de 1992, entrando en vigor el día 1 de enero de 1994.

## Willem C. Vis Moot (East)

KARLA MICHELLE PEÑA MEDINA<sup>1</sup>

La Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana campus Guadalajara con el objetivo de siempre estar a la vanguardia educativa, no sólo a nivel nacional sino también internacional, así como de formar abogados integrales y de alto nivel competitivo, año con año es parte del *Willem C. Vis Moot*.

El *Willem C. Vis Moot*, es una simulación de un procedimiento de arbitraje comercial internacional, en el cual la disputa versa sobre una transacción comercial en cual las partes contratantes son de países diferentes. Dicha disputa es gobernada por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980.

La mencionada competencia es un evento de primer nivel, ya que reúne a más de cien universidades de las más reconocidas alrededor del mundo, y a los más importantes académicos en materia de comercio internacional y arbitraje.

Ser parte de esta competencia brinda a los estudiantes participantes innumerables beneficios, no sólo académicos si no también personales, debido a su alto nivel de competencia.

Tuve la fortuna de ser parte del equipo representante de la Universidad Panamericana campus Guadalajara, dirigido por el Dr. José Edgardo Muñoz López, en la décimo tercera edición del *Willem C. Vis Moot (East)*, llevada a cabo en Hong Kong del 6 al 13 de marzo del 2016.

Lo primero que me gustaría señalar sobre mi experiencia es que la competencia supero todos los comentarios y expectativas que tenía cuando solicité para ser parte del equipo, y puedo afirmar que los demás integrantes del equipo comparten este sentimiento.

La competencia puede ser dividida en dos etapas. Una vez que el caso es publicado se da inicio con la fase escrita, durante la cual se prepara una memoranda como parte demandante y posteriormente una memoranda como parte demandada. Durante esta etapa se adquieren y desarrollan habilidades tales como redacción en inglés, investigación jurídica, estructura para argumentar, entre otras.

Una vez que las memorandas han sido enviadas se comienza la fase oral, durante la cual se preparan los argumentos más fuertes para exponerlos durante las audiencias. Me atrevo a decir que esta etapa es la que representó un mayor reto, no sólo para mi si no para el equipo completo, debido a diversos factores, partiendo de que exponer argumentos legales técnicos en un idioma que no es nuestra lengua materna no es algo sencillo, además que se debe demostrar seguridad y claridad al exponer los argumentos, no puedes dejar que los nervios se

---

<sup>1</sup> Alumna de décimo semestre de la carrera de Derecho en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

apoderen de ti, tienes que estar preparado para improvisar, ser capaz de responder preguntas, y sobre todo debes de estar en total control de cada movimiento que haces, ya que en las audiencias hasta el más mínimo detalle cuenta y puede ser elemental para conseguir un buen puntaje. En virtud del gran reto que todo lo mencionado representa, el crecimiento personal y profesional que deja la competencia es importantísimo.

Si bien es cierto que ciertas personas tienen un talento nato para exponer ideas en público, también es cierto que es una habilidad se puede adquirir y perfeccionar con el trabajo y la dedicación. Ser parte del *Willem C. Vis Moot* definitivamente es una de las mejores oportunidades que un estudiante puede tener para desarrollar esta virtud, virtud que es elemental en un abogado.

Es un hecho que la competencia requiere dedicarle tiempo, disciplina, compromiso y dedicación, pero es indiscutible que todo ese esfuerzo vale la pena.

Asimismo, es importante resaltar que debido al alto nivel de la competencia los estudiantes que participan en ella adquieren un valor agregado, que es indispensable si se busca destacar en el mundo laboral actual, un mundo laboral globalizado, en donde no basta sobresalir a nivel nacional, sino que resulta indispensable estar presente en el ámbito internacional.

Además de las innumerables herramientas académicas que se adquieren y que resultan útiles al desempeñar un empleo, los estudiantes tendrán la oportunidad, no sólo de convivir con jóvenes abogados provenientes de las mejores universidades del mundo, sino, también de convivir con altos académicos, teniendo la oportunidad de desarrollar un *networking* a los que pocos tienen acceso.

Otro de los puntos a destacar, es el trabajo en equipo, mismo que resulta fundamental para lograr un resultado exitoso. El trabajo en equipo es una virtud tanto personal como profesional que también se verá favorecida con esta experiencia. Una vez que eres parte del equipo representante de la universidad en el *Willem C. Vis Moot*, haces a un lado tu ego por querer sobresalir y sólo te interesa ver como puedes contribuir a que juntos el equipo sobresalga.

No puedo dejar de agradecer a mis compañeros de equipo, Ana Karen Inzunza Sánchez, Romina Guarneros Galaz, David Obey Ament-Güemez, Diego Alejandro López Ramírez y por supuesto a nuestro *coach*, el Dr. Edgardo Muñoz; todos ellos con personalidades totalmente distintas pero por supuesto con mentes brillantes. Cada uno de ellos me enseñó algo muy valioso, y juntos logramos obtener una *Honourable Mention for Best Memorandum on behalf of Respondent*. Hoy no sólo son mis compañeros, si no mis amigos.

Otra de las enseñanzas que deja esta experiencia, es la de que nunca es suficiente, nunca puedes dejar de prepararte, siempre hay algo que aprender, no importa cuando hayas practicado siempre puedes ser mejor.

Por último, me gustaría compartir que vivir esta experiencia abrió mis horizontes profesionales, me di cuenta que hay mucho por aprender

y que la única forma de sobresalir es mediante la disciplina y el trabajo constante.

Por todos los motivos expuestos invito a todos los estudiantes que tengan la oportunidad a ser parte de esta experiencia. Somos afortunados de que nuestra Facultad sea parte, pues a nivel nacional son muy pocas las universidades que participan y debemos aprovecharlo, puedo asegurarles no se arrepentirán.

Fecha de recepción: 20 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 20 de abril de 2016

Revista

**PERSPECTIVA  
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA  
CAMPUS GUADALAJARA

30 años  
**D** FACULTAD DE  
**DERECHO**  
UP Guadalajara