

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA®**
CAMPUS GUADALAJARA

NÚMERO

16 SEMESTRE I
2021

ISSN - 2395-9541

PERSPECTIVA JURÍDICA UP, año 8, número 16, semestre I, enero-junio de 2021, publicación semestral editada por Centros Culturales de México, A.C., ubicada en Av. Álvaro Del Portillo número 49, Colonia Ciudad Granja, C.P. 45010, Zapopan, Jalisco, México, Tel. (33)13682200. Correo electrónico: mtovarh@up.edu.mx, Editor Responsable: Diego Robles Farías. Reserva de derechos al uso exclusivo número 04-2014-121714090400-102, ISSN 2395-9541, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Licitud de título y contenido número en trámite, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Diseño editorial e impresión: Editorial y Servicios Creativos, S. de R.L. de C.V., calle Mazamitla 3042-1, Colonia Vallarta Poniente, C.P. 44110 Guadalajara, Jalisco, México, Tel. (33)18171385. Este número terminó de imprimirse el día 1 de julio de 2021 con un tiraje de 300 ejemplares.

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

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

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

Fecha límite de recepción de artículos para el próximo fascículo: 31 de agosto de 2021. Se resolverá sobre su aceptación el 30 de septiembre de 2021.

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.

Comité Directivo 2020-2021

DRA. MARÍA ISABEL ÁLVAREZ PEÑA
Directora de la Facultad de Derecho

MTRO. MANUEL ENRIQUE TOVAR HERNÁNDEZ
Director de la Licenciatura en Derecho

MTRA. GABRIELA DEL CARMEN DE ALBA LETIPICHIA
Directora de Posgrados

DR. EDMUNDO ROMERO MARTÍNEZ
Coordinador General del Instituto de Investigaciones Jurídicas

MTRA. EVA GRISELDA OCHOA CEDEÑO
Secretaria Administrativa de la Facultad de Derecho

DR. JORGE MEDINA VILLANUEVA
Secretario Académico de la Facultad de Derecho

MTRA. ANA KARENINA URZÚA LAMAS
Secretaria Académica de Posgrados

Comité Editorial

DR. DIEGO ROBLES FARÍAS
Editor General

MTRO. MANUEL ENRIQUE TOVAR HERNÁNDEZ
Coordinador Editorial

LIC. ROMINA GUARNEROS GALAZ
Coordinadora del Comité Editorial

LUISA RENATA DEL CARMEN DUARTE

JUAN PABLO GASTÉLUM LUGO

ANDREA LUNA OCHOA

LAURA SABLJAK

Mensaje de la directora

Estimada Comunidad Académica,

Para la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara, es muy satisfactorio poner a su disposición un número más de nuestra revista *Perspectiva Jurídica UP*, como fruto de la investigación jurídica de sus miembros.

En este número, el décimo sexto, está integrado por ensayos jurídicos con las aportaciones de David Obey Ament Guemez, Mario de la Madrid Andrade, Juan Pablo Gastélum Lugo, Andrea Cointa Lamas Bernal, José Luis Pinto Arriaga, Gala Ramos, Isaías Rivera Rodríguez, Diana Laura Martínez Guerra, Diego Robles Farías, Laura Sabljak, Bernardo Zatarain Palffy y María Isabel Álvarez Peña.

En un mundo que hace esfuerzos por salir de la pandemia provocada por el COVID-19, es sin duda gratificante leer ensayos jurídicos que nos permiten reflexionar en temas actuales de la ciencia jurídica.

La Facultad de Derecho, por conducto de su Instituto de Investigaciones Jurídicas, y en concreto a través de su revista *Perspectiva Jurídica UP*, espera continuar siendo ese espacio que fomente la investigación y la divulgación del conocimiento jurídico.

Zapopan, Jalisco, junio de 2021

Dra. Isabel Álvarez Peña
Directora de la Facultad de Derecho

Editorial

En los editoriales de los dos números anteriores de la revista, hablé de la pandemia y de los estragos que ocasionaba en todos los campos, pero de manera especial, en el mundo académico. A pesar de ello, la revista siguió publicándose en medio del caos ocasionado por la enfermedad. Ahora la situación es muy distinta. La vacunación generalizada ha logrado bajar sensiblemente los contagios y ayudado a recobrar cierta normalidad.

La Universidad Panamericana se prepara para regresar a las clases presenciales y para retomar la vida académica en plenitud, cumpliendo con todas las recomendaciones oficiales. Se respira un ambiente de entusiasmo y de mucha más tranquilidad, por lo menos en el aspecto de la salud.

Desde luego que nuestro país enfrenta otros retos en materia social y económica. En los próximos días tendremos elecciones y los asuntos de la política parecen opacar cualquier otro tema. Sin embargo, la vida académica debe continuar por una vía paralela a los problemas cotidianos. Porque la educación, la investigación y la consecuente transmisión del conocimiento constituyen la manera como las universidades inciden positivamente en la vida social. Por ello, a pesar de todos los problemas y sobre todo, del paréntesis que duró casi año y medio, en el que la vida -en gran medida- se detuvo a causa de la pandemia, la publicación de la revista me parece un motivo de celebración.

Los temas que se contienen en este ejemplar son muy variados: *bioética, responsabilidad ambiental, derecho a la alimentación, derecho electoral, derecho agrario, derecho administrativo, responsabilidad del Estado, responsabilidad civil extracontractual, arbitraje y filosofía del derecho*. Considero que la pluralidad de temas y la calidad de su contenido, hacen de este número un ejemplar de lectura obligada para la comunidad jurídica.

A nombre de la facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara y del equipo editorial, nuevamente agradezco la disposición y el interés de todos los autores que han publicado en la revista.

Zapopan, Jalisco, junio de 2021
Dr. Diego Robles Farías
Editor general

Contenido

Mensaje de la directora..... p. 5

Editorial..... p. 7

Estudios jurídicos

Guía Bioética de asignación de recursos de Medicina Crítica,
o la preeminencia de los jóvenes sobre los adultos mayores
en tiempos del COVID-19 y sus consecuencias jurídicas
por **MARÍA ISABEL ÁLVAREZ PEÑA**..... p. 13

The Arbitral Tribunal's power to reduce usurious interests
under the ICC Arbitration Rules and Mexican Law
por **DAVID OBEY AMENT GUEMEZ** p. 25

Los hechos generadores de Responsabilidad Civil
Extracontractual en México
por **MARIO DE LA MADRID ANDRADE**..... p. 35

Apología a la autonomía del Instituto Nacional Electoral:
Obstáculo al monopolio del poder
por **JUAN PABLO GASTÉLUM LUGO** p. 67

Responsabilidad ambiental en México
por **ANDREA COINTA LAMAS BERNAL** p. 83

La suspensión de los actos impugnados en el Juicio Contencioso
Administrativo en el Estado de Jalisco
por **JOSÉ LUIS PINTO ARRIAGA**..... p. 117

Nuevos lineamientos de la responsabilidad del Estado. Notas
por **GALA RAMOS** p. 137

El posesionario agrario: un caso de desigualdad jurídica
por **ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ y DIANA LAURA MARTÍNEZ
GUERRA**..... p. 159

Entropía y Derecho por DIEGO ROBLES FARÍAS	p. 181
Situación actual del Derecho a la Alimentación en los Estados Unidos Mexicanos por LAURA SABLJAK	p. 205
Arbitraje Civil en Jalisco: Respuestas a una deficiente legislación por BERNARDO ZATARAIN PALFFY	p. 237

Estudios jurídicos

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
16 SEMESTRE I
2021

Guía Bioética de asignación de recursos de Medicina Crítica, o la preeminencia de los jóvenes sobre los adultos mayores en tiempos del COVID-19 y sus consecuencias jurídicas

MARÍA ISABEL ÁLVAREZ PEÑA¹

SUMARIO: I. Antecedentes. II. *Guía Bioética de asignación de recursos de Medicina Crítica*. III. *El triaje y la bioética*. IV. *Conclusión*.

Resumen. Este artículo intenta analizar la Guía Bioética de asignación de recursos de Medicina Crítica publicada por el Consejo de Salubridad General de México, así como su proyecto, desde una perspectiva bioética y los problemas que plantea, al priorizar una vida sobre otra, al asignar dichos recursos médicos a ciertos pacientes, respecto de otros.

Palabras clave: Guía Bioética, bioética, Medicina Crítica.

Abstract. *This article analyses the Bioethical Guide on the assignation of resources in Critical Medicine published by the General Health Council of Mexico, and its project, from the perspective of bioethics and the problems it arises, by giving priority to one life over other, and assigning medical resources to certain patients in detriment of others.*

Keywords: *Bioethical Guide, bioethics, Critical Medicine.*

I | Antecedentes

El 31 de diciembre de 2019 el mundo se despertaba con la noticia de que, en la ciudad de Wuhan, China², había un grupo de personas enfermas de neumonía atípica, provocada por un virus

¹ Directora de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

² Organización Mundial de la Salud. (15 de mayo de 2020). *COVID-19: cronología de la actuación de la OMS*. Recuperado el 15 de mayo de 2020

muy contagioso, pero no tan letal, según los datos recabados hasta ese momento.

El 5 de enero de 2020 se determinó que las neumonías atípicas en China eran consecuencia de un nuevo virus³.

El 12 de enero de 2020, China hizo pública la secuencia genética del virus denominado SARS-COV-2 causante de la enfermedad COVID-19, para entonces la enfermedad comenzaba a esparcirse por diferentes países alrededor del mundo⁴.

Una de las peculiaridades de la enfermedad según se sabía en ese momento era que un determinado grupo de personas infectadas requerirían de cuidados intensivos especiales y en caso de no contar con ellos, podría desencadenar la muerte; ahora bien, en virtud del alto grado de contagio, era evidente que ningún sistema de salud podría dar la atención necesaria a las personas enfermas y por ello los países comenzaron a tomar medidas. Sin embargo, no fueron suficientes y por el número de países involucrados y las personas contagiadas, la Organización Mundial de la Salud (OMS) determinó que nos encontrábamos ante una pandemia.

La Organización Mundial de la Salud, establece que una pandemia es la propagación mundial de una nueva enfermedad. Por lo que respecta al COVID-19, el 11 de marzo de 2020, fue declarado como Pandemia⁵. La Real Academia de la Lengua Española define como pandemia a la *enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región*⁶. El hecho de que la Organización Mundial de la salud declare una enfermedad como pandemia, activa protocolos en los países para buscar resguardar la vida de sus ciudadanos.

Según la OMS, los enfermos de COVID-19 pueden presentar tres fases: *asintomática*, en la que son portadores del virus y pueden contagiar a otros, *sintomáticos*, con fiebre y dificultades respiratorias, y una tercera fase en la que requieren utilizar un respirador y cuidados intensivos.

³ Ídem

⁴ Ídem

⁵ Organización Mundial de la Salud. (15 de mayo de 2020). *Organización Mundial de la Salud*. Recuperado el 15 de mayo de 2020

⁶ Real Academia Española. (05 de junio de 2020). *Real Academia Española*. Recuperado el 05 de junio de 2020, de [rae.es: https://dle.rae.es/pandemia](https://dle.rae.es/pandemia)

También se ha señalado que existen grupos vulnerables que de enfermarse podría complicarse más la enfermedad y requerir cuidados intensivos.

Es evidente que los recursos médicos, tanto materiales, como personales son limitados, y, en consecuencia, la pregunta obligada es ¿A quién se debe atender primero?, ¿A quién se deben dar los recursos médicos limitados en primer lugar?

II] Guía Bioética de asignación de recursos de Medicina Crítica

En nuestro país, el primer caso confirmado de COVID-19 de que se tuvo conocimiento fue el 28 de febrero de 2020. Desde entonces el número de enfermos y fallecidos se ha incrementado⁷.

La situación que se vive en el mundo, y especialmente en nuestro país, llevó al Consejo de Salubridad General del Gobierno de México a hacer públicos dos documentos; el primero, denominado proyecto de Guía Bioética de asignación de recursos de Medicina Crítica⁸, y el segundo, Guía Bioética de asignación de recursos de Medicina Crítica⁹, que buscaban orientar al personal médico para poder tomar decisiones al momento de atender a los enfermos de COVID-19. Ya que según ambos documentos su objetivo es *ser una Guía Bioética que proporcione criterios para orientar la toma de decisiones de triaje cuando una emergencia de salud pública genera una demanda en los recursos de Medicina Crítica que no es posible satisfacer*¹⁰.

Ambos documentos, propuesta y guía, reconocen que el triaje debe regirse por el principio de necesidad médica en los siguientes términos:

Un segundo principio de justicia que se utiliza para asignar recursos escasos de Medicina Crítica es el principio de necesidad médica. Este principio mantiene que aquel paciente cuya salud está más deteriorada es quien debe recibir el recurso escaso, pero solo si recibir ese tratamiento no será fútil. Si recibir el bien no ayudará al fin terapéutico, entonces sería inapropiado asignar dicho recurso a este paciente. Por ejemplo, dentro de un grupo

⁷ Milenio. (15 de mayo de 2020). *Caída del peso y suspensión de clases: cronología del coronavirus en México*. Recuperado el 15 de mayo de 2020

⁸ Consejo de Salubridad General. (5 de junio de 2020). CSG. Recuperado el 5 de junio de 2020

⁹ Consejo de Salubridad General. (05 de junio de 2020). *Universidad de Guanajuato*. (U. d. Guanajuato, Productor) Recuperado el 05 de junio de 2020

¹⁰ Consejo de Salubridad General. (5 de junio de 2020). CSG. Recuperado el 5 de junio de 2020

de pacientes con enfermedad renal crónica aquel que se encuentre más enfermo es quien debe recibir el riñón. El principio de necesidad médica puede ser utilizado en conjunto con el principio de orden de llegada. Por ejemplo, el principio de orden de llegada se utiliza si la condición médica de dos o más pacientes en espera de un riñón es semejante, pero, si la salud de uno de ellos se deteriora significativamente durante la espera, entonces el principio de necesidad médica entra en acción y dicho paciente debe de recibir el primer órgano disponible (es decir, pasa a ser el primero en la lista de espera)¹¹.

Estos documentos reconocen que en situaciones críticas los recursos escasos deben darse a los pacientes que más lo necesitan, y entre ellos al que llegue primero a solicitarlo.

El documento presentado como proyecto, generó un gran número de críticas tanto por los expertos de las ciencias médicas como en los expertos en bioética y de la sociedad en general, pues a pesar de que el documento planteaba en un primer momento que:

Esta guía no excluye de manera categórica a ningún paciente que sería, en condiciones ordinarias, sujeto a recibir cuidados críticos. Esto quiere decir, en principio, que la edad biológica o tener una discapacidad no son de por sí características que excluyan a pacientes de recibir cuidados críticos. Es un error que ha de evitarse a toda costa asumir que tener cualquier discapacidad es sinónimo de tener una prognosis médica desfavorable, o de tener mala salud.¹²

Y pareciera que buscaba señalar que la edad no era un motivo para discriminar al momento de atender a un paciente, en unos párrafos más adelante señalaba:

En caso de que exista un empate en el puntaje de priorización entre dos o más pacientes el proceso para resolverlo será el siguiente. En un primer momento se deberá de recurrir al principio vida-completa. Ello quiere decir que pacientes más jóvenes han de recibir atención de cuidados intensivos sobre pacientes de mayor edad. Las categorías de edad propuestas son: 0-12, 12-40, 41- 60, 61-75, y +75. Si recurrir al principio de vida-completa no desempata a los pacientes entonces la decisión sobre quién recibirá acceso a los recursos escasos

¹¹ Consejo de Salubridad General. (5 de junio de 2020). CSG. Recuperado el 5 de junio de 2020

¹² Consejo de Salubridad General. (05 de junio de 2020). Universidad de Guanajuato. (U. d. Guanajuato, Productor) Recuperado el 05 de junio de 2020

deberá de tomarse al azar (por ejemplo, lanzando una moneda). Cuando los pacientes se encuentren empatados hay que tomar en cuenta que la tasa de mortalidad por COVID-19 no es la misma entre los sexos¹³.

Es decir, planteaba que al momento de que un médico recibiera a dos pacientes de COVID-19, en lugar de basarse en su conocimiento y experiencia, para determinar quién sería la persona que requeriría mayores cuidados y qué vida corría más riesgo para determinar a quién asignar los recursos médicos, lo anterior debía ser en función de lo que el propio documento denomina *vida-completa*, especificando que los jóvenes debían tener preferencia sobre las personas mayores. Y llega al absurdo de plantear que en caso de ser necesario elegir entre dos personas enfermas de la misma edad, el azar es quien deberá elegirlo, lanzando, por ejemplo, una moneda.

Y pretendía justificarlo con el siguiente argumento:

Recurrir al principio de vida-completa no discrimina injustamente a las personas comparativamente más viejas. Ello es así pues la persona que no recibe tratamiento ha gozado de un bien, vivir una vida que incluye más etapas, por más tiempo. Esto quiere decir que la persona de menor edad está en una situación donde perdería mucho más si no accede a los recursos escasos de Medicina Crítica. Lo que perdería es la posibilidad de obtener el bien de vivir una vida que incluye más etapas.¹⁴

Para la propuesta de Guía del Consejo de Salubridad, no es discriminatorio asignar los recursos médicos a personas de menor edad, respecto a personas de mayor edad, porque en caso de sanar una persona más joven probablemente vivirá más años, y una persona mayor ya ha tenido la oportunidad de vivir esos años. Admitir lo anterior, es tanto como señalar que no se deben utilizar recursos médicos en personas mayores pues ya han vivido más años que el resto de la población.

Afortunadamente, como ya hemos dicho, el haber hecho público el proyecto de guía, provocó una avalancha de críticas que hicieron que el documento publicado en la página web del Consejo de Salubridad General, eliminara esa forma de priorizar. Pero resulta evidente que la intención del documento no cambió, se buscó eliminar alusiones expresas a priorizar una vida respecto de otra en función de la edad, pero continúa afirmando que debe

¹³ *Ídem.*

¹⁴ *Ídem*

priorizarse una vida respecto de otra. Lo anterior, nos lleva a plantearnos preguntas como si una vida es, efectivamente, más valiosa que otra, o si por el sólo hecho de tener alguna enfermedad preexistente inhabilita a una persona para poder acceder a cuidados médicos especiales que le permitirán salvar su vida.

Aquí debemos señalar que toda vida tiene el mismo valor respecto a otra independientemente de cualquier circunstancia, y que no se puede afirmar que una persona joven y sin enfermedades aparentes tiene más probabilidades de sobrevivir y por tanto tiene derecho prioritario respecto de otras personas enfermas.

Una vez corregido el documento, la guía del Consejo de Salubridad General, sigue planteando:

Los recursos escasos por asignar generalmente se requieren para salvar vidas, su asignación a veces es considerada como si se eligiera quién morirá. Sin embargo, la evaluación anterior del acto de asignación de recursos escasos es errónea. Lo es porque la intención del médico(a) detrás del acto de asignar recursos escasos es elegir quién sobrevivirá. La muerte, o daño que sufre, la o el otro paciente se prevé, pero no se busca intencionalmente ni puede evitarse¹⁵.

Como podemos observar, lo anterior es contrario a la función del *triaje* que, como hemos dicho, es salvar todas las vidas, buscando estabilizar a los enfermos más graves respecto a los menos graves; es decir, se debe dar prioridad al enfermo que es más vulnerable.

Sin embargo, en la guía del Consejo de Salubridad General se plantea que los médicos atiendan a quien conforme a una tabla tiene mayores probabilidades de sobrevivir, considerando como variables, la evaluación médica a corto plazo, las comorbilidades que impacten la supervivencia a corto plazo y los pacientes en estado terminal por otra enfermedad¹⁶. Veladamente se señala lo mismo que se buscó eliminar con el cambio de la propuesta de guía a la guía definitiva, es decir, es evidente que por estadística tienen más probabilidades de sobrevivir los pacientes jóvenes y sanos que los de edad avanzada y con enfermedades crónicas.

Ante la situación actual en la que nos encontramos, surge en la discusión pública consistente en qué deben hacer los médicos que se encuentran en los hospitales atendiendo a los enfermos de COVID-19 y esta pregunta sólo puede ser respondida por la

¹⁵ Consejo de Salubridad General. (5 de junio de 2020). CSG. Recuperado el 5 de junio de 2020

¹⁶ *Ídem*

bioética, la cual nos indica que para que un acto sea moralmente válido, se deben considerar si el fin próximo y el fin último son válidos. En el caso de las personas con COVID-19 el fin próximo es asignar los recursos médicos a un enfermo sobre otro, y el fin último es salvar la mayor cantidad de vida de los enfermos de COVID-19.

III] El triaje y la bioética

El triaje según la Real Academia de la Lengua nos dice que es *acción de triar*, y triar es *escoger, separar*. Desde el siglo pasado se ha utilizado dicha palabra para las decisiones que deben tomar los médicos cuando se encuentran ante la disyuntiva de salvar vidas, con recursos limitados; se ha estudiado y analizado la figura del triaje o triaje, que en palabras de Soler Pérez es:

Un proceso que nos permite una gestión del riesgo clínico para poder manejar adecuadamente y con seguridad los flujos de pacientes cuando la demanda y las necesidades clínicas superan a los recursos. Debe ser la llave de entrada a una asistencia eficaz y eficiente, y, por tanto, una herramienta rápida, fácil de aplicar y que además poseen un fuerte valor predictivo de gravedad, de evolución y de utilización de recursos.¹⁷

Es decir, el triaje busca ser un mecanismo que permita a los médicos enfocar sus esfuerzos en las personas más graves para buscar salvar la mayor cantidad de vidas posibles; no se trata de dejar de atender a los enfermos o dejar morir a los pacientes; sino, por el contrario, aplicar un protocolo que permita estabilizar a la mayor cantidad de enfermos posibles, permitiéndoles una recuperación adecuada, y de no enfocar los recursos personales y materiales en pacientes que podrán sobrevivir y que aunque pudieran estar graves, su vida no corre peligro.

Como nos dice Castro Delgado al hablar del triaje en una pandemia, *actualmente los procedimientos de clasificación de pacientes son una herramienta útil para mejorar la gestión de los flujos de pacientes en los sistemas de urgencias y emergencias, además de disminuir la morbimortalidad de los pacientes graves y disminuir sus tiempos de espera gracias a su identificación precoz, ya sea a nivel hospitalario o extrahospitalario¹⁸*, lo que se busca con

¹⁷ SOLER PÉREZ, W. El triaje: herramienta fundamental en urgencias y emergencias, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 2010, 33 (1).

¹⁸ CASTRO DELGADO, R. Sistema sanitario y triaje ante una pandemia de gripe: un enfoque desde la salud pública, *Emergencias*, 2009, 21, p. 377.

el triaje es disminuir la mortandad de los pacientes graves mediante una gestión de los flujos de pacientes.

El Comité de Bioética de España en su informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en la crisis del Coronavirus el 23 de marzo de 2020, señaló:

Si bien en un contexto de recursos escasos se puede justificar la adopción de un criterio de asignación basado en la capacidad de recuperación del paciente, en todo caso se debe prevenir la extensión de una mentalidad utilitarista o, peor aún, de prejuicios contrarios hacia las personas mayores o con discapacidad. El término "utilidad social" que aparece en alguna de las recomendaciones publicadas recientemente nos parece extremadamente ambiguo y éticamente discutible, porque todo ser humano por el mero hecho de serlo es socialmente útil, en atención al propio valor ontológico de la dignidad humana.¹⁹

Podríamos decir que el Comité de Bioética de España, discreparía con el Consejo de Salubridad General, pues recalca que todo ser humano tiene un valor ontológico independientemente de la edad que pueda tener y las enfermedades que pueda padecer.

Para determinar si el actuar de los médicos es ético, debemos analizar si al momento de practicar el triaje se siguieron los siguientes pasos: primero determinar qué entenderemos por triaje, segundo, que se trata de un acto humano, pues el médico toma voluntariamente unas decisiones respecto a los pacientes que se le presentan; tercero, si nos encontramos ante lo que en ética se denomina un voluntario indirecto o un doble efecto, es decir, que se realiza un acto buscando un resultado, y este acto conlleva unas consecuencias que no eran buscadas al momento de realizar el acto voluntario; y por último aplicar las normas morales conforme al objeto, fin, circunstancias, mal menor, etcétera.²⁰

En palabras de García Alonso *el acto voluntario indirecto es aquel en el que, queriéndose el efecto bueno de la acción, se tolera un efecto malo previsto*²¹ porque al realizar un acto lícito que es atender al enfermo más grave, se pueden seguir, en algunos casos dos efectos, uno bueno y uno malo, que consiste en salvar la vida de un paciente y perder la de otro.

¹⁹ DE MONTALVO, F. Informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus. *Persona y Bioética*, 2020

²⁰ Cfr. GARCÍA ALONSO, L. Principios morales de la Bioética. *Revista CONAMED*, 12 (1), p. 10.

²¹ *Op. Cit.* GARCÍA ALONSO, pág. 15.

Para que lo anterior sea válido se deben cumplir con los siguientes requisitos:

Para la licitud moral del voluntario indirecto es preciso cumplir con cuatro condiciones: i.- El efecto permitido no debe ser intrínsecamente malo. ii.- El efecto malo no debe ser querido ni intentado como fin ni como medio, sino solamente tolerado. iii.- Para permitir el efecto malo debe haber razones proporcionalmente importantes. iv.- El efecto bueno no debe conseguirse por medio del efecto malo y no efectuarse antes que el bueno.²²

En el caso que nos ocupa, el objeto de la acción es bueno al priorizar a los enfermos en función de la urgencia que requieren para ser atendidos es un acto bueno; pero atender a los enfermos en función de la expectativa de vida vuelve el objeto malo, porque se coloca una vida por encima de la otra en función de la utilidad que veo en ella.

El efecto malo, no debe ser querido ni intentado; al buscar atender a los enfermos más graves es evidente que la muerte de los pacientes no es buscada; sin embargo, promoviendo que se priorice atender a los enfermos conforme a puntajes que determinan quien podrá vivir más tiempo, la de la Guía de bioética del Consejo de Salubridad General deja fuera el fin de buscar salvar todas las vidas posibles, al proponer:

Cualquier intento de asignación de recursos escasos entre dos o más pacientes debe basarse en una evaluación acuciosa del paciente en cuanto a: i.- Su situación presente (impacto actual de la infección en sí), ii.- Su situación pasada (comorbilidades preexistentes de impacto sobre su expectativa de beneficiarse con algún tratamiento), y iii.- La expectativa de supervivencia al tratamiento, de acuerdo con las características específicas de la enfermedad según afecta al organismo de distintos individuos. (...) Como ya se señaló, el objetivo de esta guía es dar una pauta bioética para proteger la salud de la población, entendiendo esto como salvar la mayor cantidad de vidas. Lo anterior se traduce en que las y los pacientes que tienen mayor probabilidad de sobrevivir con la ayuda de la Medicina Crítica son priorizados sobre los pacientes que tienen menor probabilidad de sobrevivir.²³

²² *Idem.*

²³ Consejo de Salubridad General. (5 de junio de 2020). CSG. Recuperado el 5 de junio de 2020.

Además, que es contrario a lo señalado por Soler Pérez, que como ya hemos visto indica que el triaje debe ser *una herramienta rápida, fácil de aplicar y que además poseen un fuerte valor predictivo de gravedad, de evolución y de utilización de recursos*²⁴ y estar sumando y o calculando los puntajes de la Guía de bioética del Consejo de Salubridad General, es todo menos rápido y fácil de aplicar.

Debemos considerar que es necesario que el fin que busque quien realice el acto sea bueno, que intente únicamente el efecto bueno y se limite a permitir el malo; si el médico atiende al paciente que está en mayor peligro de muerte está buscando salvar la mayor cantidad de vidas, de lo contrario, si el médico considera para atender a una persona los años que podría llegar a vivir para atender a una u otra persona, se vuelve *díos* al decidir arbitrariamente, o conforme a parámetros moralmente no válidos, quien vive, y quien muere.

Para que el acto sea moralmente bueno, el efecto inmediato primero que se ha de producir debe ser el bueno y no el malo; en el triaje lo que se busca es estabilizar a la mayor cantidad de enfermos para que puedan ser atendidos adecuadamente y puedan salvar su vida. Y por último, debe existir una causa proporcionada entre el mal que se tolera y el bien que se produce, cuando en el triaje se prioriza en función de la gravedad de los pacientes, se deja de atender a los pacientes menos graves y que por tanto su vida no corre peligro, podrán tener dolor, pero continuarán con vida; en cambio, cuando en el momento de incluir en la ecuación de la decisión del triaje, elementos subjetivos o que no sea preservar la vida de todas las personas, ya no es proporcional el mal que tolero y el bien que se produce, porque automáticamente estoy admitiendo que hay vidas que merecen ser salvadas y vidas que no, en función de los años vividos o los años por vivir.

En el ámbito jurídico, esto toma relevancia, en función de posibles responsabilidades médicas en las que podrían incurrir los médicos en su actuar durante una pandemia. El que la autoridad emita una Guía Bioética de asignación de recursos de Medicina Crítica, permite que en el futuro quien considere que el actuar de los médicos no se apegó a dicha guía, es un parámetro para fincar responsabilidades.

Desde la perspectiva jurídica, podemos analizar la información de dos formas: desde el punto de vista de la legalidad, es decir, conforme a lo que dicen únicamente las normas, y desde

²⁴ *Op. Cit.* SOLER PÉREZ.

el punto de vista del Derecho, entendiendo este último como lo que es justo, auxiliándose de diversas ciencias para determinarlo y basándose en el marco legal para hacerlo valer.

Pero como hemos analizado en este documento la de la Guía de bioética del Consejo de Salubridad General, contrario a dar certezas a los involucrados, genera más dudas, y es una guía que, desde nuestra perspectiva, es inconstitucional, ya que es contraria al artículo cuarto de nuestra Carta Magna donde se señala: (...) *Toda Persona tiene derecho a la protección de la salud* (...). Y, en los términos en que se encuentra redactada la guía es evidente que el derecho a la protección de la salud no es igual para todos, porque va más allá de lo que ha regido las reglas del triaje que es buscar salvar la mayor cantidad de vidas, mediante la estabilización de los pacientes más graves, para permitir la adecuada atención de todos.

IV] Conclusión

No podemos negar que *el triaje se ha convertido en el sello de identidad del servicio de urgencias hospitalario que lo aplica, siendo además una herramienta objetiva que permite medir, evaluar y mejorar el funcionamiento y el rendimiento de dicho servicio.*²⁵

Es una práctica común, aceptada y necesaria en los servicios de salud para garantizar la estabilización a los enfermos en momentos de crisis de los sistemas de salud, ante eventualidades que requieren mayores recursos médicos que con los que se cuentan.

Ante una pandemia, y con unos recursos médicos limitados, es claro que no se pueden salvar todas las personas que contraigan la enfermedad.

La Bioética establece que para que un acto sea moralmente válido se debe considerar lo siguiente:

*i.- El efecto permitido no debe ser intrínsecamente malo. ii.- El efecto malo no debe ser querido ni intentado como fin ni como medio, sino solamente tolerado. iii.- Para permitir el efecto malo debe haber razones proporcionalmente importantes. iv.- El efecto bueno no debe conseguirse por medio del efecto malo y no efectuarse antes que el bueno.*²⁶

En el *traje* la única manera que el acto sea moralmente válido, y por tanto justo y no sea imputable – desde el punto de

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Op. Cit.* GARCÍA ALONSO p. 15.

vista ético y jurídico – el actuar de los médicos, es que se atienda primero a los enfermos más graves buscando estabilizarlos, basados en su experiencia y conocimientos médicos.

El hacer una distinción en la atención médica que puede o no recibir un paciente considerando cualquier otro factor que no sea la urgencia y la necesidad inminente del paciente, se puede considerar contraria a nuestra Constitución, que garantiza que todos los mexicanos tenemos derecho al acceso a la salud, y no distingue entre edad, sexo, enfermedades preexistentes, etcétera.

Es obvio que nadie buscó estar en esta situación, sin embargo, debemos cuidarnos los unos a los otros para lograr que muera el menor número de personas posibles y la autoridad debe procurar que todas las personas tengan acceso a los recursos necesarios para preservar y recuperar la salud, sin importar su sexo, posición social, color de piel o edad.

Bibliografía

CASTRO DELGADO, R. Sistema sanitario y triaje ante una pandemia de gripe: un enfoque desde la salud pública. *Emergencias*, 2009, 21.

Consejo de Salubridad General. (5 de junio de 2020). CSG. Recuperado el 5 de junio de 2020, de [csg.gob.mx](http://www.csg.gob.mx): http://www.csg.gob.mx/descargas/pdf/index/informacion_relevante/GuiaBioeticaTriage_30_Abril_2020_7pm.pdf

Consejo de Salubridad General. (05 de junio de 2020). *Universidad de Guanajuato*. (U. d. Guanajuato, Productor) Recuperado el 05 de junio de 2020, de [ugto.mx](https://www.ugto.mx): <https://www.ugto.mx/accionesug/images/pdf/guia-bioetica.pdf>

DE MONTALVO, F. Informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus. *Persona y Bioética*, 2020

GARCÍA ALONSO, L. Principios morales de la Bioética. *Revista CONAMED*, 12 (1).

Milenio. (15 de mayo de 2020). *Caída del peso y suspensión de clases: cronología del coronavirus en México*. Recuperado el 15 de mayo de 2020, de Milenio: <https://www.milenio.com/politica/coronavirus-mexico-linea-mapa-resumen-covid19>

Organización Mundial de la Salud. (15 de mayo de 2020). *COVID-19: cronología de la actuación de la OMS*. Recuperado el 15 de mayo de 2020, de www.who.int: <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>

Organización Mundial de la Salud. (15 de mayo de 2020). *Organización Mundial de la Salud*. Recuperado el 15 de mayo de 2020, de www.who.int: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019>

Real Academia Española. (05 de junio de 2020). *Real Academia Española*. Recuperado el 05 de junio de 2020, de [rae.es](https://dle.rae.es): <https://dle.rae.es/pandemia>

SOLER PÉREZ, W. El triaje: herramienta fundamental en urgencias y emergencias. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 2010, 33 (1)

The Arbitral Tribunal's power to reduce usurious interests under the ICC Arbitration Rules and Mexican Law

DAVID OBEY AMENT GUEMEZ¹

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *Reduction of usurious interests under Mexican Law*. III. *Article 42 of the ICC Rules*. IV. *The Arbitral Tribunal's power to reduce usurious interests*. V. *Conclusion*

Abstract. Mexican judicial precedents have determined that judges have the constitutional duty to *ex officio* reduce interests to non-usurious rates, to prevent a violation to the human right to property. Accordingly, Mexican judges are compelled to deny the enforcement of arbitral awards ordering the payment of usurious interests. This article proposes that arbitral tribunals are empowered to reduce usurious interests pursuant the International Chamber of Commerce (ICC) Arbitration Rules (ICC Rules) when the award is to be enforced in Mexico, even absent an express duty to do so under Mexican law.

Keywords: Usurious interest, human rights, arbitral tribunals, arbitral awards, ICC Rules.

Resumen: Los precedentes judiciales mexicanos han determinado que los jueces tienen el deber constitucional de reducir *ex officio* los intereses a tasas no usurarias, para evitar una violación al derecho humano a la propiedad. En consecuencia, los jueces mexicanos están obligados a negar la ejecución de los laudos arbitrales que ordenen el pago de intereses usurarios. Este artículo tiene como propuesta que los tribunales arbitrales estén facultados para reducir los intereses usurarios, de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) cuando el laudo deba ser ejecutado en México, aun y cuando no exista un deber expreso de hacerlo bajo la ley mexicana.

Palabras clave: Interés usurario, derechos humanos, tribunales arbitrales, laudos arbitrales, reglamento de la CCI.

¹ *Alumni* of the Faculty of Law of the Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

I | Introduction

Mexican judicial precedents have determined that judges have the constitutional duty to *ex officio* reduce interests to non-usurious rates, to prevent a violation to the human right to property. Accordingly, Mexican judges are compelled to deny the enforcement of arbitral awards ordering the payment of usurious interests.

Thus, the following question arises in the Mexican arbitral forum: should arbitral tribunals reduce interests to a non-usurious rate, even when such duty is not imposed on them by the Constitution but on the judges? If so, what would be the legal basis for this reduction? Must they do so *ex officio*?

This article proposes that arbitral tribunals are empowered to reduce these interests pursuant the International Chamber of Commerce (ICC) Arbitration Rules (ICC Rules) when the award is to be enforced in Mexico, even absent an express duty to do so under Mexican law. It does so by (i) first explaining the judges' duty to reduce usurious interests as developed by the Mexican federal judicial precedents. (ii) It then explains the scope and applicability of Article 42 of the ICC Rules. (iii) Finally, it explains how Article 42 of the ICC Rules would compel an arbitral tribunal to reduce interests to a non-usurious rate when the award is to be enforced in Mexico.

I. Reduction of usurious interests under Mexican Law

Under Article 1 of the Mexican Constitution, every government authority has the duty to protect and guarantee human rights. An *amparo* claim is available to any person who suffers a violation of his or her human rights by a Mexican authority, including judges.²

Various judicial precedents issued by Mexican federal courts have determined that judges have an obligation to *ex officio* reduce interests to a non-usurious rate, regardless if they were contractually agreed by the parties.³ Primarily, this seeks to prevent

² Article 1 of the Amparo Law, published in the *Diario Oficial de la Federación* on April 2 2013.

³ See, *Pagaré .Si el juzgador advierte que la tasa de intereses pactada con base en el artículo 174, párrafo segundo, de la ley general de títulos y operaciones de crédito es notoriamente usuraria puede, de oficio, reducirla prudencialmente*, First Chamber of the Supreme Court of Mexico [SCJN] [Supreme Court], thesis 1a./J. 47/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10th epoch, vol. I, June 2014, pg. 402 (Mex.). Also see *Usura. Procede su estudio en asuntos de índole civil, cuando se advierta la existencia de esa figura*, Twenty Sixth Collegiate Court [TCC]

a violation of human rights of *man by man*,⁴ pursuant to Article 21(3) of the American Convention on Human Rights.⁵

When this reduction is not made by the judge when ruling on a case – even absent a request from a party–, the damaged party is entitled to file an *amparo* claim against the judge’s decision, to correct this alleged violation of human rights.

Accordingly, when dealing with an arbitral award that orders the payment of usurious interests, the Mexican judge has a duty to deny its recognition and enforcement to prevent a violation of the losing party’s human rights. This finds its legal basis in Article 1462, section II, of the Mexican Commerce Code, pursuant to which judges must deny the recognition and enforcement of an arbitral award – regardless of the country where it was issued – when said recognition or enforcement is contrary to public order. This is a duty that must be complied *ex officio* by the judges.

Under Article 1457, section II, of the Commerce Code, a Mexican judge can even declare an arbitral award null and void when it is contrary to public order, provided a party requests its nullity.

As explained by a Mexican Collegiate Circuit Court, *an agreement on usurious interests is contrary to public order provisions, namely the human right to property*.⁶ Thus, an arbitral

[Collegiate Circuit Courts], thesis XXVI.2 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10th epoch, vol. III, May 2019, pg. 2827 (Mex.) [hereinafter Thesis 47/2014].

⁴ See *Intereses usurarios en materia civil. Deben aplicarse las mismas reglas que operan en la mercantil*, Second Collegiate Court in Civil Matters of the Sixth Circuit [TCC] [Collegiate Circuit Courts], thesis VI.2o.C. J/32 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10th epoch, vol. II, February 2019, pg. 2395, (Mex.). Also see *Explotación del hombre por el hombre en operaciones contractuales*, First Chamber of the Supreme Court of Mexico [SCJN] [Supreme Court], thesis 1a. CXXXII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10th epoch, vol. I, Septemeber de 2018, pg. 843 (Mex.); Thesis 47/2014, *supra* note 3; and *Usura (explotación del hombre por el hombre). Puede presentarse en los accesorios o gastos distintos a los intereses en un contrato de apertura de crédito simple con interés y garantía hipotecaria, y para determinar si se actualiza debe acudirse al costo anual total (CAT)*, Third Collegiate Court of the Twenty-Seventh Circuit [TCC] [Collegiate Circuit Courts], thesis XXVII.3o.80 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10th epoch, vol. IV, January 2019, pg. 2706 (Mex.).

⁵ Article 21. Right to Property: (...) 3. Usury and any other form of exploitation of man by man shall be prohibited by law.

⁶ See *Convenios ante el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia. Los intereses usurarios deben ajustarse en su ejecución. (Legislación aplicable en la Ciudad de México)*, Fourth Collegiate Court in Civil Matters of the First Circuit [TCC] [Collegiate Circuit Courts], thesis I.4o.C.44 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10th epoch, vol. IV, January 2017, pg. 2508 (Mex.).

award that orders the payment of usurious interests has high probabilities of not being enforced by Mexican courts and could even be annulled by the request of one of the parties.

II. Article 42 of the ICC Rules

Among other things, the ICC Rules empower the arbitral tribunal to decide on various matters at its own discretion. This discretionary power has two bases.

Article 22(2) of the ICC Rules allows the tribunal to adopt any procedural measures it deems appropriate to ensure the correct and efficient conduction of the proceeding.

Under Article 42, the arbitral tribunal *shall act in the spirit of the Rules and shall make every effort to make sure that the award is enforceable at law*. This provision is unclear as to what the arbitral tribunal is able to do to ensure the enforceability of the award. The Secretariat's Guide to ICC Arbitration limits the scope of Article 42 by stating that this provision does not impose a best-efforts obligation on the arbitral tribunal. Instead, this provision is *limited to their actions in all matters not expressly provided for in the Rules*.⁷ As an example of this, an arbitral tribunal does not have a duty to ensure the enforcement of the award it renders by going beyond the arbitration proceedings, such as appearing before court to defend its enforceability.

This essay proposes that this provision also empowers the arbitral tribunal to make certain merit-based decisions and not just procedural. In other words, Article 42 of the ICC Rules must not be construed so as to understand that the arbitral tribunal's freedom to make decisions is limited to procedural matters. The fact that Article 22(2) envisages the tribunal's discretion to make procedural adjustments supports this view. If the power to make discretionary procedural decisions is already envisioned in Article 22(2), then what would be the purpose of Article 42?

Namely, what this provision does is empower an arbitral tribunal to make decisions on the merits of the case for the sake of the enforcement of the award.

Furthermore, it cannot be argued that the purpose of Article 42 must refer to procedural matters because the ICC Rules are exclusively procedural rules. The ICC Rules are not alien to provisions regarding the merits of a dispute. For example, Article 6 sets the ICC Court's assessment standard on the validity of the

⁷ FRY, Jason, *et. al.*, *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, International Chamber of Commerce, 2012, p. 423, para. 3-1537.

arbitration clause, to determine if an arbitration can be initiated. Also, Article 21(2) allows the arbitral tribunal to take into account the provisions of the contract and relevant trade usages between the parties to rule on the merits.

Thus, Article 42 can be construed so as to empower the arbitral tribunal to make a decision on the merits of the dispute to ensure that the arbitral award will be enforced.

III. The arbitral tribunal's power to reduce usurious interests

As the Secretariat's Guide to ICC Arbitration explains it, Article 42 of the ICC Rules is *helpful in developing practices to deal with novel problems or new trends in arbitration*.⁸ Arbitrators have a responsibility to preserve the reputation of arbitration by ensuring the enforceability of the awards they render.⁹ This is because *rendering an enforceable arbitral award is considered the raison d'être of international arbitration*.¹⁰

The denial to enforce arbitral awards ordering the payment of usurious interest in Mexico could be considered as one of those *novel problems* in arbitration that falls within the scope of Article 42.

As explained above, if an arbitral tribunal orders the payment of usurious interests, Mexican courts would probably deny the enforcement of the corresponding award for being in breach of public order. They could even declare its annulment. Therefore, rendering an award with usurious interests could result in a breach of Article 42 of the ICC Rules.

⁸ FRY, Jason, *et. al.*, *op. cit.*, p. 423, para. 3-1540.

⁹ DASSER, Felix, IGBOKWE, Emmanuel O., "Chapter III: The Award and the Courts, Efficient Drafting of the Arbitral Award: Traditional Ways Revisited – Lesson Learned from the Past?", in KLAUSEGGER Christian, KLEIN, Peter, *et al.* (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, volume 2019, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung; Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2019, p. 287.

¹⁰ *Idem.* p. 279. Also see SPOORENBERG, Frank, "Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules, Article 42 [General rule]", in ARROYO, Manuel (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2018, p. 2501: (...) *arbitral tribunals are expected to make sure that awards comply with the mandatory requirements applicable at the place of arbitration*. Also see BÜHLER Michael W., WEBSTER Thomas H., *Handbook of ICC Arbitration*, 2nd edition, Sweet & Maxwell, 2009, p. 492, para. 35-7: *A Tribunal should meet the legitimate expectation of the parties at the time they agreed to submit their disputes to arbitration. Presumably, the expectation was that the Award would be enforceable and would not be set aside at the place of arbitration*.

Article 42 contains an implicit duty of the arbitral tribunal to (i) take into consideration the law of the probable place of enforcement, to the extent possible and on the basis of the facts of the case,¹¹ and (ii) raise issues of public policy when they appear to be relevant to the enforceability of the award.¹² As such, pursuant to this provision, arbitral tribunals are empowered to reduce usurious interests when the award is to be enforced in Mexico.

To be clear, this power does not arise from a Constitutional duty to protect human rights. While there are cases in which private individuals or entities are considered authorities that can violate human rights, this does not include arbitral tribunals.¹³ Therefore, arbitral tribunals are not bound by Article 1 of the Mexican Constitution. That is, (i) arbitral tribunals are not bound to respect the human rights of the parties in an arbitration, and as consequence, (ii) there is no express provision under Mexican law compelling arbitral tribunals to reduce usurious interests.

Nevertheless, arbitral tribunals are bound by the arbitration agreement. This agreement is the source of their jurisdiction. Thus, the power of the arbitral tribunal originates directly from the will of the parties. The parties chose to solve their disputes through an arbitration conducted under the ICC Rules. As such, they also chose to empower the arbitral tribunal to do whatever is necessary to ensure the enforceability of the award. Therefore, it could not be argued that applying Article 42 of the ICC Rules in the way proposed in this article would be tantamount to a breach of the arbitration agreement.

This means that, contrary to a Mexican judge's duty, the arbitral tribunal's power to reduce usurious interests is not *ex officio*. Instead, it is subject to the parties making a claim requesting the reduction. Assuming otherwise would mean going against the arbitration agreement. Arbitral tribunals are prevented from doing so, as this can even be considered as grounds for denying the recognition and enforcement of their awards under Mexican law.¹⁴ Accordingly, an ICC arbitral tribunal determined the following in ICC case No. 10623:

¹¹ BÜHLER Michael W, WEBSTER Thomas H., *op. cit.*, p. 491, para. 35-6.

¹² BÜHLER Michael W, WEBSTER Thomas H., *idem.*, p 494, para. 35-11.

¹³ See *Árbitros y secretaria de acuerdos designados en el procedimiento arbitral. No son autoridades para efectos del juicio de amparo*, Twelfth Collegiate Court of Appeals in Civil Matters of the First Circuit [TCC] [Collegiate Circuit Courts], thesis I.12o.C.14 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10th epoch, vol. III, October 2018, pg. 2211 (Mex.).

¹⁴ See Article 1462, section I, subsection d) of the Mexican Commerce Code, published in the *Diario Oficial de la Federación* on December 13, 1889.

In particular, it is clear from arbitral case law that the obligation to make every effort to render an enforceable award does not oblige an arbitral tribunal to render awards that are fundamentally unfair or otherwise improper. An arbitral tribunal should not go so far as to frustrate the arbitration agreement itself in the interests of ensuring enforceability. Such an outcome would be, to say the least, a paradox.¹⁵

This is in line with Article 42 of the ICC Rules, which limits the powers of the arbitral tribunal to *matters not expressly provided for in the Rules*.

Therefore, any decision by the arbitral tribunal to reduce interests it deems usurious on the basis of a claim from a party cannot be considered an *ex aequo et bono* ruling, nor an *ultra petita* ruling. In fact, failing to listen and rule on a claim of reduction of usurious interests would be in breach of the arbitration agreement, thus leading to a denial of recognition and enforcement of the award.

In addition, and as explained above, Mexican judicial precedents have acknowledged that reducing usurious interests is in accordance with Mexican law. While arbitral tribunals are not compelled by a Constitutional duty to prevent human rights violations of *man by man*, the fact that a tribunal is preventing such violation from occurring will rarely result in an admonishment from a Mexican judge. In other words, even if for some reason the Mexican judge reviewed and attempted to make a value judgement on the merits of the dispute (which is prevented from doing)¹⁶, it still would not find that the tribunal's decision to reduce usurious interests is contrary to Mexican law, nor would the judge be against the tribunal's decision to respect human rights.

¹⁵ ICC Case No. 10623, Award Regarding the Suspension of the Proceedings and Jurisdiction, December 7, 2001, p. 47, para. 144.

¹⁶ See *Laudo arbitral. Denegación de su ejecución. Análisis sobre la actualización de la hipótesis señalada en el inciso c) de la fracción I del artículo 1462 del Código de Comercio*, Seventh Collegiate Court in Civil Matters of the First Circuit [TCC] [Collegiate Circuit Courts], thesis I.7o.C.26 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10th epoch, vol. 2, December 2012, pg. 1435 (Mex.): (...) *if during a trial for the recognition and enforcement of the award, the losing party argues that the arbitrator exceeded the scope of the dispute when rendering its award and thus recognition must be denied (...), in order to show that this cause for denial must be carried out, the analysis of the award must be conducted (...) without issuing a value judgement on whether the award's considerations were correct or not; this being forbidden to the judge to whom the enforcement was requested. (...) the non-recognition of the award (...) must be linked to a clearly objective matter and not to a subjective matter that results in a judgement over any of the matters that correspond to the merits of the dispute.*

IV] Conclusion

Article 42 of the ICC Rules empowers the arbitral tribunal to raise issues of public policy when they appear to be relevant to the enforceability of the award. When the award is to be enforced in Mexico, Article 42 allows an arbitral tribunal to reduce interests to a non-usurious rate, (i) provided such a claim was made by a party, and (ii) notwithstanding the fact that there is not an express provision under Mexican law that allows or compels an arbitral tribunal to do so.

Bibliography

BÜHLER Michael W. & WEBSTER Thomas H., *Handbook of ICC Arbitration*, 2nd edition, Sweet & Maxwell, 2009
 DASSER, Felix & IGBOKWE, Emmanuel O., "Chapter III: The Award and the Courts, Efficient Drafting of the Arbitral Award: Traditional Ways Revisited – Lesson Learned from the Past?", in Klausegger Christian & Klein, Peter, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, volume 2019, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung; Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2019
 FRY, Jason, et. al., *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration*, International Chamber of Commerce, 2012
 SPOORENBERG, Frank, "Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules, Article 42 [General rule]", in ARROYO, Manuel (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2018

Judicial and arbitral legal precedents

Convenios ante el Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia. Los intereses usurarios deben ajustarse en su ejecución. (Legislación aplicable en la Ciudad de México), Fourth Collegiate Court in Civil Matters of the First Circuit [TCC] [Collegiate Circuit Courts], thesis I.4o.C.44 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10th epoch, vol. IV, January 2017, pg. 2508 (Mex.)

Intereses usurarios en materia civil. Deben aplicarse las mismas reglas que operan en la mercantil, Second Collegiate Court in Civil Matters of the Sixth Circuit [TCC] [Collegiate Circuit Courts], thesis VI.2o.C. J/32 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10th epoch, vol. II, February 2019, pg. 2395, (Mex.)

Laudo arbitral. Denegación de su ejecución. Análisis sobre la actualización de la hipótesis señalada en el inciso c) de la fracción I del artículo 1462 del Código de Comercio, Seventh Collegiate Court in Civil Matters of the First Circuit [TCC] [Collegiate Circuit Courts], thesis I.7o.C.26 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10th epoch, vol. 2, December 2012, pg. 1435 (Mex.):

Arbitros y secretaria de acuerdos designados en el procedimiento arbitral. No son autoridades para efectos del juicio de amparo, Twelfth Collegiate Court of Appeals in Civil Matters of the First Circuit [TCC] [Collegiate Circuit Courts], thesis I.12o.C.14 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10th epoch, vol. III, October 2018, pg. 2211 (Mex.).

Explotación del hombre por el hombre en operaciones contractuales, First Chamber of the Supreme Court of Mexico [SCJN] [Supreme Court], thesis 1a. CXXXII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10th epoch, vol. I, Septemeber de 2018, pg. 843 (Mex.);

ICC Case No. 10623, Award Regarding the Suspension of the Proceedings and Jurisdiction, December 7, 2001.

Pagaré. Si el juzgador advierte que la tasa de intereses pactada con base en el artículo 174, párrafo segundo, de la ley general de títulos y operaciones de crédito es notoriamente usuraria puede, de oficio, reducirla prudencialmente, First Chamber of the Supreme Court of México [SCJN] [Supreme Court], (Mex.), thesis 1a./J. 47/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10th epoch, vol. I, June 2014, pg. 402. (Mex.).

Usura (explotación del hombre por el hombre). Puede presentarse en los accesorios o gastos distintos a los intereses en un contrato de apertura de crédito simple con interés y garantía hipotecaria, y para determinar si se actualiza debe acudir al costo anual total (CAT), Third Collegiate Court of the Twenty-Seventh Circuit [TCC] [Collegiate Circuit Courts], thesis XXVII.3o.80 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10th epoch, vol. IV, January 2019, pg. 2706 (Mex.).

Usura. Procede su estudio en asuntos de índole civil, cuando se advierta la existencia de esa figura, Twenty Sixth Collegiate Court [TCC] [Collegiate Circuit Courts], thesis XXVI.2 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10th epoch, vol. III, May 2019, pg. 2827, (Mex.)

Los hechos generadores de Responsabilidad Civil Extracontractual en México

MARIO DE LA MADRID ANDRADE¹

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares*; II. *La responsabilidad por hechos de otro*; III. *La responsabilidad por hechos de la empresa*; IV. *La responsabilidad civil y los deberes de protección o de seguridad*; V. *La responsabilidad civil por productos defectuosos*.

Resumen. En este artículo se analiza cómo los tribunales federales mexicanos han delineado el régimen de la responsabilidad extracontractual derivada de ciertos hechos generadores. En términos generales, se ha aplicado el régimen de la responsabilidad subjetiva, aunque, en algunos casos, con inversión de la carga de la prueba y, por consiguiente, de presunciones de culpa, lo cual tiende a otorgarle carácter objetivo –o cuasi objetivo– a la misma. En otras situaciones, se ha disminuido el estándar de prueba para atribuir responsabilidad y para apreciar los hechos generadores de la misma. Al tratar la responsabilidad por hechos de otro, se ha reformulado el texto normativo de la responsabilidad por hechos del dependiente; se ha empleado la figura de la representación aparente y del auxiliar (agente) y se ha esbozado lo que podría considerarse la responsabilidad por hechos de la empresa. Por último, la responsabilidad extracontractual se ha sostenido en la infracción de deberes derivados de los derechos humanos, cuya presencia es difusa, además de extensa. Así, se aprecia la tendencia a identificar deberes de protección o de seguridad en la legislación mexicana, cuya inobservancia podría sujetar a responsabilidad por omisión, de causarse daños.

Palabras clave: Responsabilidad extracontractual, hechos generadores, culpa objetiva, hechos de otro, responsabilidad del auxiliar, deberes de protección o de seguridad

Abstract. *This article studies how Mexican federal courts have structured the regime of torts and liability arising from certain*

¹ Profesor de la Universidad de Colima y de la Universidad Panamericana.

tortious events. In general terms, the subjective liability regime has been applied, although, in some cases, shifting the burden of proof and, consequently, of presumptions of fault, which tends to grant an objective -or quasi-objective- character to such liability. In other situations, the standard of proof for attributing liability and for assessing the facts giving rise to liability has been lowered. In dealing with liability for acts of a third party, the dispositions regulating liability of third parties have been reformed; the figure of apparent representation and of the agent has been used, and what could be considered as liability for acts of an entity has been outlined. Finally, tort liability has been based on the infringement of duties derived from human rights, the presence of which is diffuse as well as extensive. Thus, there is a tendency to identify duties of protection or safety in Mexican law, the non-observance of which could lead to liability for omission, if damages are caused.

Keywords: *Torts, generating facts, objective fault, agent’s liability, duties of protection or security*

I] Consideraciones preliminares

La Responsabilidad Civil Extracontractual en México ha estado sustentada, fundamentalmente, en una conducta antijurídica y culpable (hecho ilícito)² o en la realización de actividades riesgosas (riesgo creado),³ cuando producen un daño.

El primer caso se refiere a la *responsabilidad subjetiva*, la cual parte de un elemento personal de carácter psicológico: la intención de causar el daño (dolo), o bien, la negligencia o imprudencia en la conducta, esto es, conducirse con descuido, falta de cuidado o sin la diligencia exigible (culpa).

² El artículo 1910 del Código Civil Federal (en lo sucesivo CCF) dispone que, el “que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

Según el artículo 1914 del CCF, cuando “sin culpa o negligencia de ninguna de las partes se producen daños, cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización”.

³ Al respecto, el artículo 1913 del CCF señala que cuando “una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

El segundo supuesto se refiere a la *responsabilidad objetiva* y atiende a un elemento de carácter objetivo: el daño causado, sin que se requiera la presencia de un hecho ilícito.⁴

Los elementos del hecho ilícito son – según Bejarano – la *antijuridicidad*, la *culpa* y el *daño*.⁵ Así, constituye un hecho ilícito, el daño causado por una conducta antijurídica y culpable.

Es menester precisar que la *antijuridicidad* de la conducta se refiere a la violación del *deber general de prudencia*, o bien, de un *deber concreto* previsto en alguna disposición normativa.⁶

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en los sucesivos SCJN) ha considerado que el hecho ilícito puede derivar de dos fuentes distintas: el incumplimiento de i.- un *deber genérico de cuidado*; o ii.- de una obligación de actuar de acuerdo con alguna norma.⁷

En lo que respecta a la noción de culpa, ésta tiene una doble connotación. En un sentido genérico, se compone de dos elementos: uno objetivo (la violación de un deber) y otro subjetivo (la imputabilidad de esta violación a su autor). No obstante, en un sentido estricto, el término culpa equivale a negligencia e imprudencia mediante la cual se incurre en la violación de un deber jurídico, sin prever la consiguiente lesión del derecho de los demás.⁸

Por otra parte, la responsabilidad extracontractual puede atribuirse por hechos propios (responsabilidad directa), por hechos de otro (responsabilidad indirecta, refleja o vicaria), por el estado de las cosas y por hechos de los animales.

Efectivamente en ciertas circunstancias, serán responsables por hechos de otros: i.- quienes ejercen la patria potestad respecto de los actos de los menores (1919 y 1920 del Código Civil Federal,⁹ CCF); ii.- los tutores por los actos de los discapaces (1921, 1919 y 1920 del CCF); iii.- los directores de colegios, talleres, etcétera, por los actos de los menores que estén bajo su vigilancia y autoridad (1920 del CCF); iv.- los maestros artesanos por sus operarios (1923 del CCF); v.- los patrones y dueños de

⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Obligaciones*, Vol. 5, tomo II, 6ª ed., Porrúa, México, 1995, p. 95.

⁵ BEJARANO, Sánchez Manuel, *Obligaciones Civiles*, 6ª ed., Oxford, México, 2010, p. 218.

⁶ VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 23.

⁷ Amparo directo 30/2013, p. 59.

⁸ VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, tomo I, *op. cit.*, pp. 22, 32.

⁹ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

establecimientos mercantiles por sus obreros o dependientes (1924 del CCF); vi.- los jefes de casa o los dueños de hoteles o casas de hospedaje por sus sirvientes (1925 del CCF).

Al lado de este *régimen general*, existe un *régimen especial* para ciertos hechos generadores de la responsabilidad civil que han requerido la atención del legislador o, en su caso, de los tribunales federales.

Así, se ha previsto la responsabilidad por la *competencia desleal* en el artículo 6 Bis del Código de Comercio;^{10 11} el *daño ambiental* en el artículo 203 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente^{12 13} y en la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental^{14 15}. En esta última, la responsabilidad por daños ocasionados al ambiente es, en términos generales, de carácter subjetivo y, por consiguiente, nace de actos u omisiones ilícitos; sin embargo, también podría ser objetiva cuando los daños

¹⁰ Artículo 6 bis del Código de Comercio. Los comerciantes deberán realizar su actividad de acuerdo a los usos honestos en materia industrial o comercial, por lo que se abstendrán de realizar actos de competencia desleal que:

- I.- Creen confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de otro comerciante;
- II.- Desacrediten, mediante aseveraciones falsas, el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de cualquier otro comerciante;
- III.- Induzcan al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos, o
- IV.- Se encuentren previstos en otras leyes.

Las acciones civiles producto de actos de competencia desleal, sólo podrán iniciarse cuando se haya obtenido un pronunciamiento firme en la vía administrativa, si ésta es aplicable.

¹¹ Emitido mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 7 de octubre al 13 de diciembre de 1889.

¹² Artículo 203 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. Sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que procedan, toda persona que contamine o deteriore el ambiente o afecte los recursos naturales o la biodiversidad, será responsable y estará obligada a reparar los daños causados, de conformidad con la legislación civil aplicable.

El término para demandar la responsabilidad ambiental, será de cinco años contados a partir del momento en que se produzca el acto, hecho u omisión correspondiente.

¹³ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 28 de enero de 1988.

¹⁴ Se entiende por daño al ambiente: la pérdida, cambio, deterioro, menoscabo, afectación o modificación adversos y mensurables de los hábitats, de los ecosistemas, de los elementos y recursos naturales, de sus condiciones químicas, físicas o biológicas, de las relaciones de interacción que se dan entre éstos, así como de los servicios ambientales que proporcionan (artículo 2, fracción III, de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental).

¹⁵ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de junio de 2013.

ocasionados al ambiente devengan, directa o indirectamente, entre otros: i.- de cualquier acción u omisión relacionada con materiales o residuos peligrosos; y ii.- de la realización de las actividades consideradas como *altamente riesgosas*.¹⁶

De igual manera, los tribunales federales han delineado el régimen de la responsabilidad extracontractual derivada de ciertos hechos generadores. En términos generales se ha aplicado el régimen de la responsabilidad subjetiva, aunque en algunos casos, con inversión de la carga de la prueba y, por consiguiente, de presunciones de culpa, lo cual tiende a otorgarle carácter objetivo – o cuasi objetivo – a la misma. En otras situaciones, se ha disminuido el estándar de prueba para atribuir responsabilidad y para apreciar los hechos generadores de la misma.

Asimismo, al tratar la responsabilidad por hechos de otro, se ha reformulado el texto normativo de la responsabilidad por hechos del dependiente, empleándose ahora la figura de la representación aparente y del auxiliar (agente), y también se ha esbozado lo que podría considerarse la responsabilidad por hechos de la empresa.

Un aspecto que cabría destacar es que la responsabilidad extracontractual se ha sostenido en la infracción de deberes derivados de los derechos humanos, cuya presencia es difusa, además de extensa. También se aprecia la tendencia a identificar *deberes de protección o de seguridad* en la legislación mexicana, cuya inobservancia podría sujetar a responsabilidad por omisión, de ser que se causen daños.

Por último, en las decisiones de los tribunales federales se observa la confluencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual, de tal manera que se ha estimado irrelevante el tipo de responsabilidad alegada y lo importante es que el asunto se resuelva conforme a las normas que más beneficien a la persona afectada.

En el presente estudio habremos de analizar algunos de los casos en los que se han desarrollado los aspectos que han quedado reseñados. En ellos se ha atribuido responsabilidad civil a:

i.- Los hospitales privados y los centros de salud por los daños causados a sus pacientes, como consecuencia de la actuación negligente de los médicos que con ellos están relacionados.¹⁷

¹⁶ Artículos 11 y 12 de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental.

¹⁷ Véanse los siguientes casos: (1) Hospital Santa María Chapalita, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercero Circuito, Amparo Directo 543/2004, Sentencia 18 de noviembre de 2004; (2) Sociedad de Beneficencia Española, Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo Directo 102/2012, Sentencia 15 de

- ii.- Las empresas de servicios turísticos por los accidentes sufridos por sus huéspedes en las instalaciones de las mismas.¹⁸
- iii.- Los centros educativos por *bullying* o acoso escolar de un menor de edad propiciado por uno de los maestros.¹⁹
- iv.- Las empresas de transporte por las lesiones causadas con arma de fuego a uno de los pasajeros durante el traslado.²⁰
- v.- Los establecimientos mercantiles por daños corporales por omitir adoptar medidas para asegurar la integridad personal de la clientela.²¹
- vi.- Asimismo, los tribunales federales se han ocupado de la responsabilidad civil por productos peligrosos²², la cual no está prevista expresamente en la legislación mexicana.

II] La responsabilidad por hechos de otro

La *responsabilidad por hechos de otro, indirecta o refleja*, también conocida como *responsabilidad vicaria* (del latín *vicarius*, que viene de *vicis*, que significa *vez, alternativa*),²³ es una responsabilidad alternativa o sustituta del principal por actos de quienes de él dependen, la cual tiene carácter acumulativo.²⁴

Esta clase de responsabilidad ha desempeñado una función económica y social muy significativa en un mundo contemporáneo caracterizado por el trabajo dependiente, a diferencia de lo que ocurría en el mundo clásico, que era esencialmente artesanal.²⁵

marzo de 2012; (3) Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 584/2013, Sentencia 5 de noviembre de 2014.

¹⁸ Véase el caso *Mayan Palace*, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo 30/2013 y en el Amparo Directo 31/2013, Sentencia 26 de febrero de 2014.

¹⁹ Véase Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo 35/2014, Sentencia 15 de mayo de 2015.

²⁰ Véase Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo Directo 677/2014, Sentencia 21 de enero de 2015.

²¹ Véase Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo Directo 584/2009, Sentencia 22 de octubre de 2009.

²² Véase Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo Directo 671/2008, Sentencia 11 de diciembre de 2008.

²³ La responsabilidad vicaria parte del hecho de que el principal responde de manera objetiva de los daños causados por sus agentes, porque no se requiere imputarle negligencia al principal.

²⁴ DE TRAZEGNIES, Fernando, *La Responsabilidad Extracontractual*, tomo I, 5ª ed., Temis, Bogotá, 1999, p. 329.

²⁵ *Ibidem*, p. 329.

Un aspecto relevante de la responsabilidad indirecta consiste en que se atribuye a una persona el deber de reparar los daños que otro ha causado. De esta manera, se atribuye la responsabilidad a quien no es el autor del daño, puesto que éste proviene de un tercero.²⁶

La *responsabilidad por hechos de otro* se basa en la presunción de culpa en la elección (*culpa in eligendo*) o en la vigilancia (*culpa in vigilando*) por parte del principal.²⁷ En este sentido, el factor de atribución de responsabilidad indirecta al principal es *la culpa en la orientación o dirección de la conducta ajena, cuando alguien tiene el deber de encauzar apropiadamente la actividad de otra persona y de prevenir que ésta pueda originar daños a terceros.*²⁸

No obstante, el argumento de la culpa ha sido considerado insuficiente para sustentar la atribución de responsabilidad al principal por los actos de sus dependientes. En la actualidad se sostiene que *el principal responde porque asume el riesgo de una iniciativa económica, y no porque se pueda reprochar una culpa en la elección o en la vigilancia del dependiente.*²⁹

1. La responsabilidad por hechos del dependiente

Ahora bien, la *responsabilidad por hechos del dependiente* está prevista en el artículo 1924 del Código Civil Federal, el cual señala que *los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros o dependientes, en el ejercicio de sus funciones.* La referida disposición legal agrega que *esa responsabilidad cesa si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia.*

En el amparo en revisión 584/2013 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (enseguida SCJN) el 5 de noviembre de 2014, se estableció que la responsabilidad civil de los hospitales privados puede generarse por actos realizados: i.- por personal que labora en ellos; o ii.- por terceros que prestan servicios en sus instalaciones. En ese asunto, la SCJN

²⁶ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, tomo IV-A, Perrot, Buenos Aires 1982, p. 233.

²⁷ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 584/2013, Sentencia 5 de noviembre de 2014, párrafo 262.

²⁸ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *op. cit.*, p. 239.

²⁹ VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 329.

consideró que *no es útil o, por lo menos, suficiente atender a la relación de trabajo, sea propiamente laboral o de prestación de servicios profesionales [para sustentar la responsabilidad de los hospitales privados], puesto que partir de una clasificación estrictamente formal llevaría a que quien reclama el daño, tenga procesalmente una carga probatoria excesiva, como sería probar la relación de dependencia.*³⁰

Para evitar ese inconveniente, la SCJN realizó primero una interpretación extensiva y no literal del artículo 1924 del CCF, después acudió a la figura de la *representación aparente* para sostener el *carácter material* y no formal de la relación entre los hospitales y los médicos y, por último, *liberó de la carga de la prueba* al paciente (o a sus familiares) de la relación de dependencia.

El mencionado artículo se reformuló en cuanto a los sujetos que menciona para considerar que *por establecimientos mercantiles debe también entenderse a los hospitales o personas morales que intervienen en el servicio nacional de salud, y por lo que refiere a los obreros y dependientes, estos deben entenderse en el sentido más amplio del término, a toda aquella persona que realiza sus actividades laborales, profesionales o su actividad cotidiana para el hospital o persona moral.*³¹

a.- La representación aparente

En ese mismo asunto (amparo en revisión 584/2013), la SCJN se apoya en la *representación aparente* para vincular a los hospitales privados, en aquellos casos en los que no existe de manera formal una relación de dependencia entre los médicos y éstos. Desde este enfoque, al producirse la apariencia de que los servicios médicos se prestan para los propios hospitales, se establece una relación de dependencia de carácter material, más que formal.³²

En este sentido, para que se produzca la representación aparente *basta con considerar el modo de conducirse de la persona que provoca un daño al interior del centro de salud y frente a los usuarios, para que se genere una responsabilidad por parte del hospital.*³³

Según la SCJN, la teoría de la representación aparente se basa, en esencia, en una relación de carácter material más que

³⁰ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 584/2013, Sentencia 5 de noviembre de 2014, párrafo 255.

³¹ *Ibidem*, párrafo 274.

³² *Ibidem*, párrafos 262, 263, 267, 273, 275.

³³ *Ibidem*, párrafo 268.

formal, de la persona que desarrolla su actividad al interior del hospital o nosocomio, en la que existe una mutua obtención de beneficios y provechos ya que ambos se valen del prestigio del otro.³⁴

Por consiguiente:

*Si el médico tratante se conduce de manera regular como empleado o integrante del hospital, a través de elementos como su común localización en el nosocomio, el desenvolverse bajo la estructura de éste, laborar de manera constante y cotidiana en ese lugar y dar consultas ahí, entre otros actos que haría suponer a cualquier persona que el médico tratante es empleado o trabaja para la institución médica, es decir una relación de patrón-empleado para los usuarios del servicio médico, estimar lo contrario resultaría en una situación de indefensión para éstos.*³⁵

De ahí que, según la SCJN, el hecho de que se informe al paciente que el médico no es su empleado o que no existe formalmente una relación laboral o de servicios profesionales entre el hospital y el médico no exime de responsabilidad al hospital privado.³⁶

Este argumento, aunque a primera vista pareciera inocuo, en realidad desvirtúa el enfoque de la representación aparente como sustento de la responsabilidad indirecta, puesto que la apariencia dejaría de producirse al aclararse al paciente que el médico es extraño al hospital, con quien no tiene relación alguna.

Además, la tesis de la representación aparente se refiere más bien, a supuestos de *responsabilidad por hechos propios*, dado que el representante realizaría los actos a nombre y por cuenta del hospital privado. Esto, con independencia de que, en el Derecho mexicano, la representación es una figura que tiene que ver con la conclusión de negocios jurídicos y, en principio, es ajena a la ejecución de actos materiales, como serían los servicios que son el objeto de los contratos de servicios médico-hospitalarios.

Por otra parte, si existiera la representación aparente, no podría eximirse de responsabilidad a los hospitales privados, como lo consideró la SCJN en la sentencia que analiza, porque siempre existiría participación directa de éstos en los daños ocasionados, a través del representante aparente.

Como ha quedado manifiesto, la causación del daño no sustenta la responsabilidad por hechos de otro, puesto que el

³⁴ *Ibidem*, párrafo 263.

³⁵ *Ibidem*, párrafo 269.

³⁶ *Ibidem*, párrafo 270.

principal ha sido ajeno a la producción del daño. Este aspecto es relevante porque como se ha señalado, la SCJN afirma que un aspecto que habrá de analizarse para determinar la responsabilidad de los hospitales privados es su eventual participación en la producción del daño.

De ahí que sea factible sostener que el caso analizado no corresponde a una representación aparente.

b.- La presunción de la relación de dependencia

Con base en la figura de la *representación aparente* recién analizada, la Primera Sala releva a los pacientes del *onus probandi* de la relación de dependencia entre el médico y el hospital, a través de una especie de presunción que bien podría calificarse como *jure et de jure* (aquella no admite prueba en contrario).

En efecto, la referida Sala señala que, *en casos de responsabilidad civil, suponer que el actor tuviera que probar la relación laboral o profesional entre el médico y el hospital, sería en extremo excesiva, puesto que no sólo llevaría la carga de ser víctima de la mala praxis o acto que motivó el daño, sino que judicialmente se vería revictimizado al verse obligado a probar una cuestión que se encuentra completamente fuera de su alcance.*³⁷

De igual manera, como quedó asentado con antelación, la Sala considera que:

*El mero hecho de que se informe al paciente que el médico no es su empleado o no existe formalmente una relación laboral o de servicios profesionales entre el hospital y el o los médicos, tampoco sería un argumento válido para eximir de responsabilidad al nosocomio, pues ello llevaría a que en el desarrollo de la actividad relacionada con el sistema de salud, se pusieran en marcha prácticas poco deseables, en las que los hospitales o centros de salud no generaran ningún vínculo con las personas físicas que se desempeñan al interior de los mismos, a efecto de no tener responsabilidad alguna en el desarrollo de la actividad propia de los establecimientos.*³⁸

c.- La presunción de culpa en la responsabilidad por hechos del dependiente

La responsabilidad por hechos del dependiente parte de la *presunción de culpa* del principal por los daños causados por sus dependientes. Como quedó señalado, el artículo 1924 del CCF contempla que la responsabilidad del principal cesa si demuestra que no se le puede atribuir ninguna culpa en la causación del daño.

³⁷ *Ibidem*, párrafo 256.

³⁸ *Ibidem*, párrafo 257.

En congruencia con esa disposición legal, en citado amparo en revisión 584/2013, la Primera Sala señala que el hospital se libera de responsabilidad si acredita que cumplió con sus *deberes de vigilancia* y que el daño causado deriva exclusivamente de actos u omisiones del personal médico que interviene y, en ese sentido, el hospital no hubiere podido evitarlo, anticiparlo o prevenirlo.³⁹

De esta forma, se parte de una presunción *juris tantum* (aquella que admite prueba en contrario) de *culpa in vigilando* para atribuir responsabilidad al hospital, sobre quien recae la carga de la prueba para desvirtuar la referida presunción.

En resumen, los pacientes no tienen que probar: i.- ni la *culpa in vigilando* del hospital; ii.- ni la *relación de dependencia* entre el médico y el hospital, porque ambas se presumen.

2. La responsabilidad por los auxiliares

Ahora bien, como quedó precisado, en el amparo en revisión 584/2013, la SCJN ha efectuado una reformulación del artículo 1924 del CCF que prevé la responsabilidad del *principal por los dependientes*, al considerar que la expresión *obreros o dependientes* tiene una connotación más amplia que corresponde al de *toda persona que realiza sus actividades laborales, profesionales o cotidianas para una determinada persona*, en la especie, el hospital o la persona jurídica.⁴⁰

El amplio sentido otorgado al referido término, aproxima el concepto de obreros y dependientes al de *auxiliares*, que es aún más amplio. La Primera Sala ha empleado en su decisión, de manera expresa, el término *agente* al considerar que el médico actuó como *agente* del hospital, expresión que, además, asimila al carácter de empleado o dependiente.⁴¹ La referida Sala entiende que, al haber actuado el médico como dependiente o parte del personal del hospital, se debe entender que llevó a cabo su actuación médica por mandato de éste.⁴²

A lo anterior, añade la Sala que el hospital y el médico prestaron de manera conjunta los servicios de atención médica al paciente. De esta manera, además de prestar la infraestructura, el servicio de enfermería, las medicinas, entre otros servicios y bienes,

³⁹ *Ibidem*, párrafo 290.

⁴⁰ *Ibidem*, párrafo 237.

⁴¹ *Ibidem*, párrafo 303.

⁴² *Ibidem*, párrafo 304.

el hospital también prestó la atención médica especializada a través del médico, con quien ostentó una *relación laboral aparente*.⁴³

Los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*⁴⁴ (en lo sucesivo PETL) contemplan la *responsabilidad por los auxiliares* en el artículo 6:102, disposición que conviene analizar. Según el señalado artículo:

(1) *Una persona responde por el daño causado por sus auxiliares en el ejercicio de sus funciones siempre que éstos hayan violado el estándar de conducta exigible.*

(2) *El contratista independiente no se considera auxiliar a los efectos de este artículo.*

Como lo explica el *Comentario* al artículo en cuestión, el término *auxiliares* (o *agentes*)⁴⁵ es amplio, puesto que comprende: i.- al empleado que actúa bajo contrato de trabajo en un ámbito de negocios o en uno doméstico; ii.- al ayudante que colabora de manera regular u ocasional (esto es, cualquier persona que actúa con ánimo de ayudar y bajo la supervisión del demandado), sea en forma gratuita o no⁴⁶; y iii.- a los órganos y representantes de las personas jurídicas.⁴⁷

De hecho, en la mayoría de los ordenamientos europeos se *apoya una interpretación amplia del término empleo que engloba el caso del que ocasionalmente echa una mano, sea gratuitamente o no, por simple amabilidad o esperando que también le echen una mano a cambio*.⁴⁸

La expresión *auxiliares* aparece en plural en el artículo que se analiza, *para indicar que no es necesario identificar al empleado que individualmente haya actuado, sino que basta con llegar a*

⁴³ *Ibidem*, párrafo 305.

⁴⁴ Fueron presentados en Viena en mayo de 2005 por el *European Group on Tort Law*.

⁴⁵ Así se les denomina a los auxiliares en los Comentarios a los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. *Cfr.* *European Group on Tort Law, Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, trad. Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado, MARTÍN-CASALS, Miquel (coord.), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p. 157.

⁴⁶ *Cfr.* *European Group on Tort Law, Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, op. cit.*, p. 162.

⁴⁷ Este tema no es pacífico. Al respecto, el comentario al artículo 6:102, aclara que puede distinguirse “ente el caso de la empresa (o de la persona jurídica) que responde por un auxiliar y el caso en que responde de las actuaciones de quien, como órgano de la empresa, causa daño (responsabilidad originaria de la empresa)”. *European Group on Tort Law, op. cit.*, p. 166.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 162.

*establecer que era parte del personal al servicio del empleador.*⁴⁹ El término presupone cierto grado de subordinación, de integración o de tareas llevadas a cabo bajo la supervisión o el control del demandado.⁵⁰

La referencia a que el acto del auxiliar debe entrar en el *ejercicio de sus funciones*, también tiene un significado muy amplio que presupone que debe existir un nexo entre el empleo (la tarea o funciones) y el acto de que se trate, lo cual es un aspecto que habrá de decidirse en cada caso concreto.

Es importante resaltar el hecho de que la responsabilidad por los auxiliares en los PETL no está basada en la culpa del principal, sino que es *una responsabilidad sin culpa y con pocas (o ninguna) posibilidades de exoneración*, que tiene sustento en un *riesgo creado por la actividad o en el beneficio que de ese riesgo deriva.*⁵¹

III] La responsabilidad por hechos de la empresa

Por otra parte, en el amparo en revisión 584/2013, la Primera Sala de la SCJN ha comenzado a bosquejar, sin pretenderlo, lo que podría corresponder a la *responsabilidad por hechos de la empresa*.

En efecto, la Primera Sala parte de diversas premisas para establecer la responsabilidad civil de los hospitales privados por hechos de los médicos, que son coincidentes con el enfoque de esa clase de responsabilidad:

i.- La necesidad de que en la estructura organizativa de los hospitales privados esté un *médico responsable* que se encargue de *establecer y vigilar el desarrollo de procedimientos para asegurar la oportuna y eficiente prestación de los servicios [médico-hospitalarios] que el establecimiento ofrezca*, lo cual es un *deber legal* impuesto por los artículos 18⁵² y 19⁵³ del Reglamento de la

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 162-163.

⁵⁰ Amparo en revisión 584/2013, *op. cit.*, p. 162.

⁵¹ *Ibidem*, p. 157, 158-159, 162-163.

⁵² Artículo 18. Los establecimientos en los que se presten servicios de atención médica, deberán contar con un responsable, mismo que deberá tener título, certificado o diploma, que según el caso, haga constar los conocimientos respectivos en el área de que se trate. Los documentos a que se refiere el párrafo anterior, deberán encontrarse registrados por las autoridades educativas competentes.

⁵³ Artículo 19. Corresponde a los responsables a que hace mención el artículo anterior, llevar a cabo las siguientes funciones:

Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica.⁵⁴

ii.- La necesidad de que los hospitales privados desarrollen un trabajo coordinado con sus médicos, empleados o dependientes.⁵⁵

De aquí se puede deducir la presencia de un *principio de coordinación* para la debida organización y funcionamiento de la empresa.

iii.- El deber del médico y del hospital de vigilar la salud de la persona enferma o convaleciente.⁵⁶

iv.- La consideración del médico como parte del servicio integral y completo que prestan los hospitales.⁵⁷

v.- El reconocimiento de los servicios médico-hospitalarios como una actividad colectiva y empresarialmente organizada, en la que el médico es un elemento más.⁵⁸

vi.- El deber de *soportar los riesgos de la empresa, y principalmente la carga de los daños causados, en razón de que "los hechos del empleado obligan al empleador o dueño del establecimiento, al recibir un provecho del desempeño regular del creador del daño"*.⁵⁹

Según la SCJN:

I.- Establecer y vigilar el desarrollo de procedimientos para asegurar la oportuna y eficiente prestación de los servicios que el establecimiento ofrezca, así como para el cabal cumplimiento de la Ley y las demás disposiciones aplicables;

II.- Vigilar que dentro de los mismos, se apliquen las medidas de seguridad e higiene para la protección de la salud del personal expuesto por su ocupación;

III.- Atender en forma directa las reclamaciones que se formulen por irregularidades en la prestación de los servicios, ya sea las originadas por el personal del establecimiento o por profesionales, técnicos o auxiliares independientes, que en él presten sus servicios, sin perjuicio de la responsabilidad profesional en que se incurra;

IV.- Informar, en los términos que determine la Secretaría, a las autoridades sanitarias competentes, de las enfermedades de notificación obligatoria, así como adoptar las medidas necesarias para la vigilancia epidemiológica, tomando en cuenta lo dispuesto en la Ley, y

V.- Notificar al Ministerio Público y, en su caso, a las demás autoridades competentes, los casos en que se les requieran servicios de atención médica para personas con lesiones u otros signos que presumiblemente se encuentren vinculadas a la comisión de hechos ilícitos.

⁵⁴ Emitido mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de mayo de 1986.

⁵⁵ Amparo en revisión 584/2013, párrafo 311.

⁵⁶ *Ibidem*, párrafo 312.

⁵⁷ *Ibidem*, párrafos 317, 319.

⁵⁸ *Ibidem* párrafos 317, 319.

⁵⁹ *Ibidem*, párrafo 262.

En ese conjunto de bienes, servicios y condiciones que comprenden el derecho a la salud, y en específico la atención médica, es dable inferir que el médico que representa formal o materialmente (representación aparentemente) y que por ende presta sus servicios al interior de una organización pública o privada, que le facilita medios humanos y materiales para cumplir con sus deberes; es parte del servicio integral y completo que presta el hospital a los pacientes, esto es un ejercicio colectivo y empresarialmente organizado, respecto del cual el médico bajo mandato del hospital constituye un elemento más.⁶⁰

Además, agrega que:

De esa manera los médicos se benefician del prestigio del hospital por sus instalaciones y equipo médico, así como los hospitales se benefician del prestigio que los médicos tienen por sus estudios y práctica, aun y cuando éstos no sean empleados del hospital.⁶¹ Por lo que sería contrario a los principios de justicia que un hospital que se posiciona generando una impresión al público en general por la calidad de su atención médica, después desconociera a los médicos que desarrollan su actividad profesional en sus instalaciones por ser prestadores de servicios contratados de manera independiente por los usuarios y a su vez se desentendiera de la serie de obligaciones que conlleva el ejercicio de sus funciones como institución".⁶²

Pues bien, Lorenzetti es partidario de atribuir responsabilidad civil a los hospitales privados por los daños causados por los médicos, con base un *hecho de la empresa*.

La actividad empresarial comporta la coordinación de recursos humanos y materiales para la producción de bienes o la prestación de servicios, lo cual comprende, incluso, el establecimiento de diversas relaciones jurídicas con terceros, para realizar por su conducto aquellas operaciones o actividades que es imposible o inconveniente que efectúe por sí misma.⁶³

Tales actividades implican la participación de un buen número de personas (dependientes, sustitutos, auxiliares y demás), con quienes se vincula por medio de relaciones de diversa naturaleza (sean de carácter laboral, contractual o de otra índole).⁶⁴

⁶⁰ *Ibidem*, párrafos 317, 319.

⁶¹ Parece ser éste el postulado del principio *ubi commoda, ibi incommoda*, esto es, quien está a los beneficios, está a los perjuicios.

⁶² Amparo en revisión 584/2013, párrafo 319.

⁶³ Cfr. LORENZETTI, *op. cit.*, p. 350.

⁶⁴ Amparo en revisión 584/2013, p. 350.

En estos casos, lo que se toma en cuenta para atribuir responsabilidad civil a la empresa es la propia actuación de ésta, debido a que, quien se vincula con ella, espera una respuesta coordinada y eficiente de toda su estructura administrativa y operativa. Como lo sostiene Lorenzetti, la figura del dependiente se torna irrelevante frente al tercero, puesto que es la empresa la que, en última instancia, proporciona los bienes o servicios y es la que se ve beneficiada. De ahí que lo que se juzgue en este caso sea el *hecho de la empresa* y no el *hecho del dependiente*. Esto no significa excluir del todo la responsabilidad indirecta o refleja, dado que esta vendría a complementar los supuestos de responsabilidad de la empresa.⁶⁵

En este sentido, se trata de una responsabilidad directa de la empresa y no una responsabilidad indirecta o refleja que se atribuya al principal por hechos del dependiente.⁶⁶ Este enfoque es relevante, por cuanto a que en la gran mayoría de las actividades y operaciones que se realizan en la actualidad, intervienen personas físicas o jurídicas titulares de empresas.

Como lo ha puesto de relieve Lorenzetti respecto de los hospitales, no se trata de *que exista un médico y que, si este actúa mal, pueda encontrarse a un principal (a quien pueda atribuirse responsabilidad), sino que es a la inversa: existe un principal con el que se establece una relación y que se vale de médicos, enfermeras y tecnologías, para cumplirlas.*⁶⁷

Este asunto de la responsabilidad por hechos de la empresa está previsto en el artículo 4:202 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, según el cual:

(1) La persona que se dedica de modo permanente a una actividad empresarial con fines económicos o profesionales y que emplea auxiliares o equipamiento técnico es responsable de todo daño causado por un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca, a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible.

(2) "Defecto" es toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios.

Este artículo parte de la hipótesis de que los daños se causen por *una actividad empresarial con fines económicos o profesionales* desarrollada de manera permanente. Como lo explica el

⁶⁵ *Ibidem*, p. 351.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 351.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 351.

Comentario al artículo en cuestión, se trata de una actividad que implica un cierto nivel de coordinación del trabajo o de los recursos técnicos, sin que sean, necesariamente, muy complejos.

Es importante señalar que no se trata de una responsabilidad objetiva, sino que está sujeta al *régimen de culpa*, con *inversión de la carga de la prueba*.

La preocupación más importante que se consideró al prever la responsabilidad por hecho de la empresa fue la imposibilidad de identificar cuál es la causa concreta del daño, aunque se pueda trazar su origen y llegar hasta la empresa que lucra con auxiliares y equipo técnico. Y probar que el origen del daño radica en la empresa podría no ser fácil, si se tuviera que identificar si la causa del daño proviene de un asistente humano o técnico de la misma.⁶⁸

De este modo, la víctima del daño sólo habrá de *probar que la causa del daño radica en la esfera de la empresa y que [se debió a] un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produce*.⁶⁹

IV] La responsabilidad civil y los deberes de protección o de seguridad

Por otra parte, la Primera Sala de la SCJN y algunos Tribunales Colegiados de Circuito (en adelante TCC), han identificado o, en su caso, deducido la presencia de deberes de protección o de seguridad en la prestación de servicios de diversa índole.

1. Los deberes de protección a cargo de las empresas de servicios turísticos respecto de sus huéspedes

La Primera Sala de la SCJN se ocupó, en los amparos directos 30/2013 y 31/2013, de sendos casos de responsabilidad civil de una empresa de servicios de hospedaje por la muerte de dos huéspedes al usar un *kayak* en un lago artificial. El mal funcionamiento de una bomba de agua ocasionó que una porción del lago estuviera electrificada. Los padres de las personas fallecidas reclamaron una indemnización por daño moral.

En el asunto, la persona jurídica demandada argumentó que se trataba de una responsabilidad contractual y que, al conocer la víctima los riesgos que el empleo de *kayaks* representaba, se excluía la responsabilidad de la empresa. Inclusive, en el reglamento respectivo quedó establecido que el uso de lanchas,

⁶⁸ European Group on Tort Law, *op. cit.*, p. 135.

⁶⁹ Amparo en revisión 584/2013, p. 136.

kayaks y equipo en general se realizaba bajo la completa responsabilidad de quien los utiliza.

Este argumento lo abordó la Sala desde el enfoque: i.- de la unidad de la responsabilidad civil; y ii.- de la imposibilidad de consentir la afectación de bienes indisponibles.

a.- *La unidad de la responsabilidad civil*

La Sala consideró, por una parte, que la responsabilidad de los prestadores de servicios rebasa el ámbito contractual, esto es, los deberes derivados de la relación contractual, en razón de que, están obligados a actuar de acuerdo con las normas que rigen sus actividades y, además, tienen el deber de actuar bajo los estándares de diligencia que exige la prestación del servicio.⁷⁰ En este sentido, en los servicios de hospedaje puede incurrirse en responsabilidad contractual (cuando se incumpla una disposición contractual) y extracontractual.⁷¹

Así, la Sala acogió la teoría de la *unidad de la responsabilidad civil para considerar irrelevante el tipo de responsabilidad que se alegue, dado que se tiene que resolver el caso conforme las normas que benefician en mayor medida al afectado.*⁷² Este tema lo había desarrollado la SCJN en la contradicción de tesis 93/2011.

Al respecto, cabría cuestionarse si, en realidad, conforme al Derecho mexicano, se torna intrascendente distinguir entre la responsabilidad contractual y extracontractual, partiendo del hecho de que la primera prescribe a los diez años, mientras que la segunda sólo en dos.

Asimismo, la cuestión atinente al origen de los deberes insatisfechos se conecta con la determinación del contenido de un contrato. Al respecto, conviene preguntarse: ¿Qué tanto es el contenido de un contrato? Y es que la doctrina ha reconocido que los deberes de protección o de seguridad relacionados con la finalidad económica del contrato, forman parte de éste.

b.- *La imposibilidad de consentir la afectación de bienes indisponibles*

Por otra parte, como se indicó, la Sala determinó que resultaba imposible excluir la responsabilidad civil mediante un contrato, tratándose de bienes indisponibles, como la vida, la salud y la integridad física.⁷³

⁷⁰ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo directo 30/2013, Sentencia 26 de febrero de 2014, pp. 50, 52.

⁷¹ *Ibidem*, p. 51.

⁷² *Ibidem*, p. 52.

⁷³ *Ibidem*, pp. 53-54.

Así, el conocimiento de los riesgos inherentes a servicios – en la especie, el kayak – y su eventual aceptación, no es causa de exoneración de responsabilidad, cuando el hecho dañoso ocurre por negligencia del prestador del servicio.⁷⁴

Debe señalarse que, en este caso, el daño no se produjo por el uso del kayak, sino por la electrificación del lago, dada la deficiente condición en que se hallaba la bomba de agua. De ahí que la empresa de hospedaje haya actuado con negligencia en el mantenimiento de las instalaciones turísticas.

c.- La responsabilidad subjetiva de la empresa

La Primera Sala consideró que, en la especie, se está ante un supuesto de responsabilidad subjetiva, en tanto era relevante que la empresa haya cumplido con los deberes de cuidado que tenía a su cargo, derivados de normas de orden público y de la prestación del servicio proporcionado.⁷⁵

Según la Sala, la *ilicitud puede derivar de dos fuentes distintas: i.- el incumplimiento de un deber genérico de cuidado que exige la prestación del servicio; o ii.- el incumplimiento de una norma que le obliga a actuar en determinada forma.*⁷⁶

En este orden de ideas, la inobservancia del deber genérico de cuidado comporta, en principio, un enfoque subjetivo de la culpa, mientras que la insatisfacción de deberes concretos de conducta le otorga carácter objetivo.

En el primer caso, resulta necesario calificar la conducta para determinar si se actuó con la debida diligencia, lo cual comportaría tomar como referencia un cierto modelo de conducta. En cambio, en el segundo, bastará el mero incumplimiento del deber impuesto por la norma, para considerar actualizada la culpa del causante del daño por negligencia.

La Sala precisó que la diligencia que debía ser tenida en cuenta es la ordinaria de un hombre medio o de una persona razonable. No obstante, en aquellos casos en los que el daño extracontractual se produzca como consecuencia de la prestación de un servicio, la diligencia que se debe esperar es la de un profesional, es decir, la de una persona que cuenta con las capacidades promedio para ejercer esa profesión.⁷⁷

⁷⁴ *Ibidem*, p. 54.

⁷⁵ Según la Primera Sala, se entiende por responsabilidad subjetiva el deber de reparar el daño ocasionado a un tercero cuando el mismo haya sido provocado por culpa o negligencia del demandado. *Ibidem*, p. 55.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 59.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 62.

d.- El deber de protección contra los riesgos por servicios peligrosos o nocivos

Los deberes legales que habrían sido incumplidos en el caso específico, según la Primera Sala, se concretan como sigue:

i.- El derecho de los turistas a recibir del prestador de servicios turísticos, los bienes y servicios de calidad, acordes con la naturaleza y cantidad de la categoría que ostente el establecimiento elegido (artículo 61, fracción IV, de la Ley General de Turismo).

ii.- El *deber de protección* de la vida, la salud y seguridad del consumidor, contra los riesgos provocados por servicios peligrosos o nocivos, el cual es un principio básico de la relación de consumo, en los términos del artículo 1, fracción I, de la Ley Federal de Protección al Consumidor.⁷⁸

iii.- El deber de observar las *medidas de seguridad*, antes y durante el servicio, a efecto de brindar mayor seguridad a la integridad física del turista (artículo 5.1 de la Norma Oficial Mexicana NOM-011-TUR-2001,⁷⁹ sobre requisitos de seguridad, información y operación que deben de cumplir los prestadores de servicios turísticos de Turismo de Aventura, aplicable por analogía al caso).

Asimismo, la referida Sala identificó una serie de conductas negligentes que habrían dado origen al daño moral reclamado, tales como:⁸⁰

i.- Omitir el mantenimiento adecuado a las instalaciones y medidas de seguridad para verificar que el lago artificial se encontrara en las condiciones óptimas para su uso y que, de esta manera, no significara un riesgo para los usuarios.

ii.- Omitir la capacitación del personal ante el riesgo que significa las actividades acuáticas dentro de las instalaciones.

iii.- No brindar un trato digno a los familiares de la víctima, a quienes se omitió informar del fallecimiento de la víctima desde que el médico lo constató, permitiendo que se realizara su traslado a diversos nosocomios y retardando la esperanza de los familiares por estabilizar la salud de ésta.

En este contexto, la presencia en el Derecho del consumidor, y del turismo, de un *deber de protección* de la vida, la salud y seguridad del consumidor, contra los riesgos por servicios

⁷⁸ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de diciembre de 1992.

⁷⁹ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 22 de julio de 2002.

⁸⁰ Amparo directo 30/2013, p. 72 y ss.

peligrosos o nocivos, es la base para establecer la responsabilidad civil extracontractual, de las empresas de hospedaje.

e.- Presunción del daño moral

Por último, la Sala consideró que el daño moral se presume cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.⁸¹

Según la Sala, el sistema de presunciones es adecuado para tener por acreditado los daños de difícil acreditación.⁸² Asimismo, es posible invertir la carga de la prueba cuando el demandado cuente con mayor facilidad de probar que actuó con la debida diligencia.⁸³

Así, tratándose de la acreditación del daño moral en los sentimientos, ésta habrá de presumirse por ser sumamente complicado probar este tipo de afectación. En este sentido, bastará probar el evento lesivo y el carácter del actor para que opere la presunción legal y el daño moral se tenga por probado. En los casos en que opere la presunción será el demandado quien deberá desahogar pruebas para revertir la presunción de la existencia del daño.⁸⁴

2. Los deberes de protección de los menores de edad a cargo de los centros educativos. El caso del bullying o acoso escolar

La responsabilidad civil de una escuela por *bullying* o acoso escolar fue abordada por la Primera Sala de la SCJN, en el amparo directo 35/2014, el cual fue resuelto el 15 de mayo de 2015. Se trató de un caso en que un profesor del centro educativo había realizado *bullying* contra un alumno menor de edad, diagnosticado con el Síndrome de Déficit de Atención con Hiperactividad (TDAH).

Al respecto, la Sala consideró como *bullying* escolar todo acto u omisión que de manera reiterada agrede física, psicoemocional, patrimonial o sexualmente a una niña, niño, o adolescente; realizado bajo el cuidado de las instituciones escolares, sean públicas o privadas.⁸⁵

⁸¹ *Ibidem*, p.77.

⁸² *Idem*.

⁸³ *Ibidem*, p. 78.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo directo 35/2014, Sentencia 15 de mayo de 2015, p. 26.

a.- *El factor de atribución de responsabilidad civil por bullying escolar*

De acuerdo con la Sala, la responsabilidad civil derivada de los casos de *bullying* tiene carácter extracontractual y es de naturaleza subjetiva, *en tanto es relevante la conducta del agresor o la negligencia de la escuela*. Así, la responsabilidad por acoso escolar puede derivar de conductas positivas (acciones) y de conductas negativas (omisiones).⁸⁶

La *responsabilidad por acción* se sustenta en conductas de agresión contra los menores, perpetradas por otro alumno o por un profesor – o, incluso, por otro dependiente del centro escolar –, que afectan la dignidad e integridad física y moral de la víctima. En este supuesto, el hecho dañoso lo constituye la conducta del agresor o *bully*.⁸⁷

Aunque la Sala estima que en tal situación la responsabilidad se atribuye a un agresor en específico, en realidad, podría resultar difícil identificar al causante de la afectación en el caso concreto, porque no siempre es posible saber quién es el agresor. De hecho, *el bullying es un fenómeno que tiende a permanecer invisibilizado, en el que la víctima se encuentra en una posición de vulnerabilidad. Además, los hechos que integran el fenómeno van de una gama de menor a mayor intensidad, ya que pueden tratarse de una broma hasta constituir verdaderos actos de violencia física*.⁸⁸

En este caso – responsabilidad por acción – los requisitos que habrán de corroborarse son: i.- el acoso a la víctima, es decir, si se acredita la existencia del *bullying* y si éste puede atribuirse a agresores en específico (profesores o alumnos); ii.- el daño físico o psicológico sufrido por el menor; y iii.- el nexo causal entre la conducta y el daño.⁸⁹

Así, cuando el *bullying* lo realice algún menor o un profesor, la escuela será quien responda por los daños causado al afectado. En esta hipótesis se actualiza la *responsabilidad por hechos de otro* (indirecta, refleja o vicaria).

En efecto los artículos 1919 y 1920 del CCF⁹⁰ señalan que, cuando los menores ejecutan los actos que causan daño,

⁸⁶ *Ibidem*, p. 44.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 48.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ Similares a los artículos 7.163, 7.164 y 7.168 del Código Civil para el Estado de México, lo cuales señalan lo siguiente:

encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como directores de colegios, de talleres o de otra institución similar, estas personas asumirán la responsabilidad correspondiente.

El acoso escolar se produce dentro del ámbito escolar y en el ámbito de vigilancia y control que todo centro educativo ha de prestar a sus alumnos, en tanto ejercen las facultades de guarda y custodia de los mismos, en sustitución de sus progenitores.⁹¹

Asimismo, el artículo 1924 del CCF prevé la responsabilidad de los patrones (escuelas) por los daños causados por sus obreros o dependientes (profesores). No obstante, en este caso, la responsabilidad cesa si demuestran que en la comisión el daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia.

Por su parte, la *responsabilidad por omisión o negligencia* se genera por el incumplimiento de *deberes de cuidado*. En este caso, la responsabilidad atribuida a la escuela consiste en la omisión de *hacer frente al fenómeno [del acoso escolar] bajo los estándares que les exige la prestación del servicio educativo*.⁹²

Este enfoque podría corresponder a la culpa *in abstracto*, la cual tiene carácter objetivo, al considerar como parámetro para evaluar la conducta desplegada por el centro educativo, el comportamiento esperado por un profesional de la educación.

En este sentido, *cuando se demanden omisiones de cuidado a la escuela, el hecho ilícito o la conducta dañosa, será la negligencia del centro escolar*. En dicho caso habrá de corroborarse: i.- la existencia del *bullying*; ii.- la negligencia de la escuela para responder al acoso escolar; iii.- el daño físico o psicológico resentido por el menor; y, iv.- el nexo causal entre la negligencia y el daño.⁹³

Artículo 7.163. Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores de los que tengan la guarda y custodia.

Artículo 7.164. Cesa la responsabilidad a que se refiere el artículo anterior, cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas como directores de colegios, de talleres o de otra institución similar, pues entonces esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata.

Artículo 7.168. Los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros o dependientes, en el ejercicio de sus labores. Esta responsabilidad cesa si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia.

⁹¹ Sentencia del amparo directo 35/2014, p. 46.

⁹² *Ibidem*, p. 44.

⁹³ *Ibidem*, p. 48.

La Primera Sala sostiene que el test adecuado para evaluar la responsabilidad tratándose de *bullying* escolar debe ser el mismo que acompaña a la responsabilidad subjetiva. Además, cada uno de los elementos que componen el test deben evaluarse a partir de la *protección reforzada* que merecen los derechos de los niños a la dignidad, la educación y la no discriminación.⁹⁴

b.- Derechos de la niñez y deberes de protección

La Sala señala en la decisión que se analiza que, cuando las instituciones privadas prestan servicios públicos educativos a menores de edad, están vinculadas por el principio del *interés superior de la niñez*.⁹⁵

Este principio impone a los centros educativos el *deber de proteger* los derechos de los niños – en la especie, los derechos a la dignidad, integridad, educación y no discriminación – a través de medidas reforzadas o agravadas y que los intereses de los niños sean protegidos con mayor intensidad.⁹⁶

En particular, cuando los menores padezcan alguna discriminación, las escuelas habrán de brindarles una *protección reforzada*,⁹⁷ debido a que el *bullying* puede constituir, también, un trato discriminatorio cuando tiene como motivo la pertenencia de la víctima a un grupo protegido por el artículo 1º constitucional (por ejemplo, cuando se hostiga al niño por su raza, situación económica, preferencia sexual o por tener alguna discapacidad).⁹⁸

Por otra parte, las escuelas deben proveer un *ambiente libre de violencia* para los niños y las niñas. La educación debe prestarse en un entorno seguro y estimulante para los menores, porque éstos tienen derecho a sentirse seguros en la escuela y a no verse sometidos a la opresión o humillación recurrente del hostigamiento. De hecho, la seguridad del niño en el centro escolar constituye una base fundamental para el ejercicio de sus derechos.⁹⁹

Así, cuando la persona receptora de violencia sea un menor, la diligencia que habrá de observarse debe ser *particularmente elevada*, por la situación de especial vulnerabilidad en que, por lo general, se colocan los menores, así como por los efectos

⁹⁴ *Ibidem*, p. 47.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 41.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 29 y 41.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 42.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 36.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 35, 36.

devastadores que la violencia o la intimidación pueden producir en las personas en desarrollo.¹⁰⁰

En este contexto, la lucha contra el acoso escolar constituye un imperativo derivado del reconocimiento de los derechos humanos de los menores y de la protección reforzada que requieren los niños por su particular situación de vulnerabilidad.¹⁰¹

c.- Régimen de presunciones y de estándares de prueba

Tratándose de acoso escolar, la Primera Sala ha considerado apropiado admitir un *estándar disminuido* de prueba i.- para atribuir responsabilidad; y ii.- para apreciar los hechos constitutivos de *bullying*.¹⁰²

*Cuando se demuestra a ocurrencia de agresiones verbales o físicas, con carácter más o menos reiterado, será válido presumir que existe una situación de acoso, pues la ocurrencia de dichas conductas habrán de considerarse fuertes indicios del bullying.*¹⁰³

Esta presunción se justifica, de acuerdo con la Sala, en el hecho de que *el acoso escolar puede ser difícil de advertir o probar ya que es frecuente que las víctimas estén demasiado asustadas para comunicar su situación o formular una denuncia.*¹⁰⁴

Así, la complejidad del *bullying* escolar y su relación con los derechos de los niños, justifican una serie de presunciones y estándares diferenciados para la valoración de los hechos.¹⁰⁵

En el derecho comparado, además de disminuir el estándar para probar el acoso escolar, se ha invertido la carga de la prueba, por lo cual, la responsabilidad *llega casi a convertirse en una responsabilidad objetiva.*¹⁰⁶

3. La responsabilidad civil de las empresas de transporte por lesiones corporales de sus pasajeros

El Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito se ocupó, en el amparo directo 677/2014, de un caso en el que un pasajero que abordó un autobús, lesionó con arma de fuego a otro pasajero, a quien pretendió asaltar.¹⁰⁷

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 30-31.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 48-49.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 48-49.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 45.

¹⁰⁷ RESPONSABILIDAD CIVIL POR OMISIÓN DE LA COMPAÑÍA DE AUTOTRANSPORTE DE PASAJEROS FEDERAL, AL NO VERIFICAR QUE LOS

En el asunto, se atribuyó responsabilidad directa a la empresa de autotransportes por violación de los *deberes de protección* que deben observar respecto de sus pasajeros.

En la especie, se consideró que la referida empresa había incurrido en culpa al haber omitido tomar las medidas racionales y obligatorias que le asigna el artículo 127 de la Ley de Vías Generales de Comunicación.¹⁰⁸

Este artículo impone a los permisionarios del servicio público de transporte, el *deber de proteger* a los viajeros de los riesgos que puedan sufrir con motivo del servicio, desde que abordan hasta que descienden del vehículo.

Dicho precepto no especifica qué debe entenderse por *riesgos que puedan sufrir* los pasajeros con motivo del servicio. No precisa si esos riesgos se refieren a los que pueden derivar de las fallas mecánicas del automotor (revisión de frenos, llantas, barras de la dirección, etcétera), o bien, de una deficiente salud del chofer (incorrecta visión o conducir en estado de ebriedad).

En este sentido, el citado tribunal federal consideró que, si el precepto en cuestión no distingue el tipo de seguridad que la empresa debe proporcionar a los usuarios del servicio (ni en qué debe consistir la misma para estimar que los pasajeros pueden viajar seguros en una unidad),¹⁰⁹ entonces se había dejado de observar el *deber de cuidado* que le impone el dispositivo legal en cuestión.

Por consiguiente, se determinó que la empresa de autotransportes había incurrido en responsabilidad civil por las lesiones causadas por arma de fuego que sufrió el pasajero en el interior del autobús, durante el trayecto hasta el lugar de destino, por no haber proporcionado la seguridad que debía y podía, con motivo del servicio que prestaba. En el caso, existió falta de cuidado o negligencia de la compañía autotransportista al no impedir, por omisión de cuidado, la introducción de armas de fuego al vehículo.

USUARIOS ABORDEN SIN ARMAS EN LA UNIDAD. Tribunal Colegiado de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo III, junio de 2015, p. 2411.

¹⁰⁸ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 19 de febrero de 1940.

¹⁰⁹ El tribunal sostuvo que “en tiempos como en los que se están viviendo, en los que la delincuencia está aprovechando la oportunidad que representa que varias personas estén dentro de un autobús por varias horas para sorprenderlos, amenazarlos con un arma y asaltarlos”, era relevante actuar con diligencia en la revisión de los pasajeros elaborada a la unidad.

El tribunal federal señaló que la empresa sí estaba en posibilidad de evitar que los pasajeros ascendieran al vehículo con armas, pues la empresa afirmó que realizaba dicha revisión al momento del abordaje.

Al respecto, se consideró que los pasajeros de la empresa *son usuarios específicos que adquieren boletos para un destino determinado, que suben a la unidad en un tiempo también determinado y previo, presentando de uno en uno su boleto para subir a la unidad de la misma manera, con la posibilidad de que sea revisado en ese momento, en su persona y en las pertenencias que subirá con él, como usualmente lo hacen ya las empresas de autotransportes que llevan pasajeros de una ciudad a otra.*

De esta manera, se estimó que la revisión de los pasajeros al abordar la unidad motriz, se ha constituido en un uso en el transporte, que debe ser observado por las empresas transportistas.

La omisión de esa revisión constituye un hecho ilícito que da lugar a la responsabilidad civil, en los términos del artículo 1910 del Código Civil Federal, pues de llevarse a cabo la misma, se evitaría el daño sufrido por el pasajero por disparo del arma de fuego.

Lo relevante del caso es que quien causó las lesiones es un pasajero que abordó el autobús, de cuyos actos no responde la empresa transportista, por no ser dependiente económico, empleado u obrero de ésta. De hecho, con base en ese argumento, la empresa demandada sostuvo la falta de legitimación pasiva en la reclamación de la responsabilidad civil.¹¹⁰

No obstante, como quedó precisado, se consideró que la empresa transportista era responsable por la falta de cuidado y negligencia, al dejar de revisar a los pasajeros que suben a bordo del vehículo de su propiedad.

d.- La responsabilidad de los establecimientos comerciales

En el amparo directo 584/2009, resuelto el 22 de octubre de 2009, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito consideró que los establecimientos comerciales deben tomar todas las medidas preventivas pertinentes para garantizar la seguridad y la integridad personal de quienes asisten a las instalaciones del negocio. Así, en caso de producirse un daño por faltar a ese *deber de prevención*, incurrir en responsabilidad civil.¹¹¹

¹¹⁰ En realidad, la empresa demandada afirmó la falta de legitimación del actor.

¹¹¹ ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES. LA FALTA DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS PARA ASEGURAR LA INTEGRIDAD PERSONAL DE LA CLIENTELA, CONSTITUYE ACTO ILÍCITO, QUE OBLIGA AL PAGO DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

En la decisión se precisaron, de manera enunciativa, algunas de las medidas que los establecimientos comerciales habrían de adoptar para prevenir los daños a los clientes, entre ellas:

- i.- Asegurar que los muebles donde se colocan las mercancías estén diseñados adecuadamente, de manera que no representen peligro de causar daños.
- ii.- No colocar mercancías, instrumentos o mecanismos con filos salientes o cualquier otro elemento que pueda ocasionar golpes, cortaduras u otras lesiones a quienes se sirvan de ellos.
- iii.- Instalar pisos que no provoquen caídas o resbalones.
- iv.- Cuidar la firmeza de los anuncios colgantes, la seguridad de las instalaciones eléctricas que estén accesibles al público.
- v.- Colocar las mercancías de tal manera que, al tomar una, no puedan caer otras sobre los clientes.
- vi.- Aislar las áreas donde se realicen maniobras por colocación o cambios de productos.
- vii.- Mantener los pasillos destinados al público, permanentemente limpios y libres de obstáculos.
- viii.- Contar con material e instrumentos de primeros auxilios y el personal capacitado para proporcionar estas atenciones.
- ix.- Tener a la vista de los usuarios las salidas de emergencia correctamente señaladas, la localización de extintores listos para controlar posibles siniestros, cuidar que no obstruyan las entradas y salidas del establecimiento, con estructuras, dispositivos u objetos.
- x.- En general, todo lo que la razón, el sentido común y la experiencia aconsejen.

Como puede observarse, la culpa de los establecimientos mercantiles se sustenta en la omisión de prevenir los eventuales daños que los clientes pudieran llegar a resentir. Este deber de prevención es, en su esencia, un *deber de protección*.

VJ La responsabilidad civil por productos defectuosos

La responsabilidad por productos defectuosos no está expresamente prevista en el Derecho mexicano. No obstante, no ha sido un impedimento para que los tribunales federales concedan la reparación de los daños causados por esa clase de productos. Así, el Séptimo Tribunal Colegido en Materia Civil del Primer

Tribunal Colegiado de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXXI, enero de 2010, p. 2116.

Circuito se ocupó del tema al resolver el amparo directo 671/2008, el 11 de diciembre de 2008.¹¹²

Las Directrices para la Protección del Consumidor, elaboradas por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), fueron aprobadas por la Asamblea General en su resolución 39/248, de 16 de abril de 1985, ampliadas posteriormente por el Consejo Económico y Social en su resolución 1999/7, de 26 de julio de 1999, y revisadas y aprobadas por la Asamblea General en su resolución 70/186, de 22 de diciembre de 2015.

Entre estas directrices está la que recomienda a los gobiernos fortalezcan e implementen una política enérgica de protección al consumidor según las circunstancias económicas y sociales de cada país, principalmente, frente a los riesgos para la salud y seguridad.

Asimismo, los consumidores tienen el derecho a la protección, la información, la seguridad y calidad, y el derecho a la compensación.

Con base en tales directrices y derechos del consumidor, el referido tribunal federal consideró que una interpretación amplia del artículo 28 constitucional, es en el sentido de que, los derechos que la ley debe proteger incluyen el que cualquier persona que haya sufrido daños en su seguridad o salud, a causa de la utilización de productos defectuosos, esté legitimada para demandar al productor su resarcimiento o reparación.

Sin embargo, el afectado deberá demostrar el vínculo entre los daños y el defecto, considerando además si el producto cumplió o no con las normas de seguridad, así como la información sobre los riesgos y condiciones normales de uso.

El artículo 1, fracción I, de la Ley Federal de Protección al Consumidor, señala que, entre los principios básicos de las relaciones de consumo, está la protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por productos, prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos.

A su vez, el artículo 41 de la referida ley establece que cuando:

¹¹² DERECHOS DEL CONSUMIDOR. INCLUYE EL RECLAMO POR DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS (INTERPRETACIÓN DE LA ÚLTIMA PARTE DEL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL). Tribunal Colegiado de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXIX, febrero de 2009, p. 1850.

Se trate de productos o servicios que de conformidad con las disposiciones aplicables, se consideren potencialmente peligrosos para el consumidor o lesivos para el medio ambiente o cuando sea previsible su peligrosidad, el proveedor deberá incluir un instructivo que advierta sobre sus características nocivas y explique con claridad el uso o destino recomendado y los posibles efectos de su uso, aplicación o destino fuera de los lineamientos recomendados. El proveedor responderá de los daños y perjuicios que cause al consumidor la violación de esta disposición (...)

Bibliografía

- BEJARANO, Sánchez Manuel, *Obligaciones Civiles*, 6ª ed., Oxford, México, 2010
- BELLO, Janeiro Domingo, *La Responsabilidad Médica*, Pontificia Universidad Javeriana y Temis, Bogotá, 2011
- Código Civil Federal
- Código de Comercio
- Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo Directo 584/2009, Sentencia 22 de octubre de 2009
- DE LA MADRID, Andrade Mario, *Contratos Atípicos y Conexidad Contractual*, Porrúa, México, 2016
- DERECHOS DEL CONSUMIDOR. INCLUYE EL RECLAMO POR DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS (INTERPRETACIÓN DE LA ÚLTIMA PARTE DEL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL). Tribunal Colegiado de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXIX, febrero de 2009
- DE TRAZEGNIES, Fernando, *La Responsabilidad Extracontractual*, tomo I, 5ª ed., Temis, Bogotá, 1999
- ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES. LA FALTA DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS PARA ASEGURAR LA INTEGRIDAD PERSONAL DE LA CLIENTELA, CONSTITUYE ACTO ILÍCITO, QUE OBLIGA AL PAGO DE DAÑOS Y PERJUICIOS. Tribunal Colegiado de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXXI, enero de 2010
- European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, trad. Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado, MARTÍN-CASALS, Miquel (coord.), Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008
- Ley Federal de Protección al Consumidor
- Ley Federal de Responsabilidad Ambiental
- Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente
- Ley de Vías Generales de Comunicación
- LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, tomo IV-A, Perrot, Buenos Aires, 1982

- LÓPEZ, Mesa Marcelo J. et al, *Tratado de Responsabilidad Médica: Responsabilidad Civil, Penal y Hospitalaria*, Legis-UBIJUS, Buenos Aires, 2007
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *La Empresa Médica*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998
- MADRID, Martínez Claudia, *La Responsabilidad Civil derivada de la Prestación de Servicios*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009
- Norma Oficial Mexicana NOM-011-TUR-2001
- Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo Directo 677/2014, Sentencia 21 de enero de 2015
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo 30/2013 y en el Amparo Directo 31/2013, Sentencia 26 de febrero de 2014
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 584/2013, Sentencia 5 de noviembre de 2014
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo directo 35/2014, Sentencia 15 de mayo de 2015
- RESPONSABILIDAD CIVIL POR OMISIÓN DE LA COMPAÑÍA DE AUTOTRANSPORTE DE PASAJEROS FEDERAL, AL NO VERIFICAR QUE LOS USUARIOS ABORDEN SIN ARMAS EN LA UNIDAD. Tribunal Colegiado de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo III, junio de 2015
- RODRÍGUEZ, López Pedro, *Responsabilidad Médicas y Hospitalaria*, Bosch, Barcelona, 2004
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Obligaciones*, Vol. 5, tomo II, 6ª ed., Porrúa, México, 1995
- Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo Directo 671/2008, Sentencia 11 de diciembre de 2008
- Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo Directo 102/2012, Sentencia 15 de marzo de 2012
- Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercero Circuito, Amparo Directo 543/2004, Sentencia 18 de noviembre de 2004
- VILALTA A., Esther y MÉNDEZ, Rosa M., *Responsabilidad Médica*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 2003
- VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1999
- VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1999

Apología a la autonomía del Instituto Nacional Electoral: Obstáculo al monopolio del poder

JUAN PABLO GASTÉLUM LUGO¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La división de poderes*. III. *Los órganos constitucionales autónomos*. IV. *El Instituto Nacional Electoral*. V. *Conclusión*.

Resumen. Recientemente han resurgido voces en el espacio público que plantean que las funciones del Instituto Nacional Electoral vuelvan a subordinarse a otros poderes del Estado. En este artículo se aborda la importancia de la autonomía e independencia de esta Institución ciudadana frente a los poderes clásicos para garantizar unas elecciones limpias y el derecho de los ciudadanos al voto. Esto es posible debido a su naturaleza jurídica como organismo constitucional autónomo, condición que le permite actuar con especialización, imparcialidad y profesionalismo.

Palabras clave: Instituto Nacional Electoral, división de poderes, órgano constitucional autónomo.

Abstract. Recently, voices have arisen in Mexican politics that proposes to subordinate once again the functions of the Instituto Nacional Electoral to other powers of the State. This article is about the importance of maintaining its autonomy and independence from the classic powers of the State, to guarantee clean elections and the right of the citizens to vote. This is possible due to its legal nature as an autonomous constitutional institution, a characteristic that allows it to act with specialization, impartiality, and professionalism.

Keywords: Instituto Nacional Electoral, separation of powers, autonomous constitutional institution.

¹ Alumno de la licenciatura en derecho en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara. Agradezco a Blanca Torres Laguna por su apoyo en la revisión del presente artículo.

I | Introducción

En el contexto de las elecciones federales, estatales y municipales de este 6 de junio de 2021, se han presentado manifestaciones de diversos actores políticos que descalifican reiteradamente y con cada vez mayor vigor al Instituto Nacional Electoral (INE). Las descalificaciones y las críticas al árbitro de las elecciones en México no es una conducta nueva, en cada elección escuchamos disconformidades provenientes de los partidos políticos cuando las resoluciones son en contra de sus intereses. La diferencia con esta elección es que desde hace tiempo (y últimamente con mayor intensidad) se ha observado una campaña de hostilidad hacia el INE no solo desde los partidos políticos, sino desde el Poder Ejecutivo.

El INE no ha sido el único objetivo de estas descalificaciones. Otros órganos constitucionales autónomos como el Instituto Federal de Telecomunicaciones y el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, entre otros, han sido amenazados con enfrentar reformas pronto, declaraciones que han encendido las alarmas dentro de estos órganos, que lo califican como un intento de restarles autonomía.² Sin embargo, podríamos decir que el INE es la joya de la corona y el órgano autónomo que más embestidas ha recibido por parte del Presidente Andrés Manuel López Obrador y de los miembros de su partido, que han incluso planteado su desaparición del Estado mexicano.

Desde la tribuna de Palacio Nacional, el Presidente de la República ha dicho que estos órganos (*en referencia al INE y al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*) *no tienen como misión garantizar la democracia, sino impedir que haya democracia, aunque parezca increíble o inaceptable.*³ El dirigente del partido político en el poder ha señalado que debe de pensarse en la renovación o en el *exterminio* del Instituto como respuesta al retiro de decenas de candidaturas de esta agrupación política por no cumplir con los requisitos de la ley.⁴ El coordinador de la

² PÉREZ, Maritza, 5 de enero de 2021, *Que dependencias hagan funciones de órganos autónomos, plantea AMLO, El Economista*, Recuperado el 30 de abril de 2021

³ LÓPEZ-DÓRIGA DIGITAL, 29 de abril de 2021, *INE y TEPJF, facciosos y con misión de impedir la democracia: AMLO*, Recuperado el 30 de abril de 2021

⁴ HERNÁNDEZ, M. Albert, 29 de marzo de 2021, *Mario Delgado considera que hay que 'exterminar' al INE tras cancelación de candidaturas de Morena, El Financiero*, Recuperado el 30 de abril de 2021

bancada de este mismo partido en el Senado ha adelantado que su partido buscará reformar al INE tras las elecciones.⁵ Se ha acusado al órgano electoral y a sus consejeros de antidemocráticos, facciosos, parciales y corruptos. Cabe recalcar que estas acusaciones se han hecho hasta el momento sin prueba alguna y pertenecen más al reino de las especulaciones.

En el presente trabajo analizaremos la importancia para la democracia de mantener la separación de poderes y evitar que este se monopolice en un solo órgano. Además, estudiaremos el papel de los órganos constitucionales autónomos en este delicado equilibrio de poder. En particular pondremos nuestra atención en el Instituto Nacional Electoral y la relevancia de mantenerlo fuera de la esfera de los demás Poderes de la Unión, en especial del Poder Ejecutivo, para que pueda seguir desempeñando su función con eficacia, independencia y autonomía.

II] La división de poderes

Para el gobierno de cualquier sociedad es indispensable contar con una persona o un grupo de personas con capacidad y legitimidad para tomar decisiones dentro de la vida pública, es decir, que haya personas que detenten un poder político, los gobernantes. Una democracia debe ser, en opinión de Sartori:

Una sociedad libre, no oprimida por un poder político discrecional e incontrolado, (...) donde la relación entre gobernantes y gobernados se basa en la premisa de que el Estado esta al servicio de los ciudadanos y no los ciudadanos al servicio del Estado, de que el gobierno existe para el pueblo y no viceversa.⁶

En este sentido, el propósito del ejercicio del poder por parte de los funcionarios que forman parte del gobierno de un Estado debe siempre estar encaminado a satisfacer el bien común, de ahí que los servidores públicos se encuentran al servicio de los ciudadanos. Un uso degenerado del poder político consistiría entonces, en utilizar el poder para satisfacer los intereses de la clase gobernante y sus seguidores, y que no reporte ningún beneficio al bien común.

⁵ ROBLES, Leticia, 26 de abril de 2021, "Si pierde, Morena reformará el INE"; es estrategia política y legislativa: *Monreal, Excelsior*, Recuperado el 30 de abril de 2021

⁶ SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?* Traducción González Rodríguez, Miguel Ángel et al. Taurus Pensamiento, Madrid, 2003, p. 28

Debido a ello, el poder político debe ser limitado para los que lo ejerzan. No es una cuestión de dudar de la moralidad y las buenas intenciones de los gobernantes, sino de imponer mecanismos y reglas de vigilancia y control que limiten a cualquier persona en el cargo de la tentación de abusar del poder, y que, en caso de hacerlo, estén obligadas a rendir cuentas frente a la sociedad. Karl Loewenstein sostenía que *allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede*.⁷

Para lograr restringir y limitar el poder en la democracia moderna, se decidió que este tenía que fragmentarse. El poder político del Estado se dividió en varios órganos en donde cada uno de ellos ejerce sus funciones con independencia de los otros. El instrumento por excelencia que limita e impone las reglas para el ejercicio del poder político de un Estado es su Constitución. La Ley Fundamental debe contener una diferenciación de las tareas estatales y su distribución entre los órganos del Estado, para evitar su concentración en uno solo. Este instrumento debe contener también un sistema de pesos y contrapesos entre los órganos.⁸

Nuestra Constitución⁹ adoptó en su artículo 49 la teoría clásica de la división de poderes de Montesquieu. En esta disposición se establece que *El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo (...)*. Con esto, nuestra carta magna logra dividir el poder del Estado en tres: aquel que ejerce la función administrativa o el que ejecuta las leyes, aquel que ejerce la función legislativa o que crea las leyes, y finalmente aquel que ejerce la función jurisdiccional o que soluciona las controversias surgidas entre los particulares o las entidades públicas.

Aunque nuestra Constitución formalmente solo establece estos tres poderes, la realidad es que en ella misma se contemplan otras entidades autónomas e independientes de la esfera de los tres poderes clásicos. Estos órganos surgieron de las demandas sociales e históricas de contar con instituciones especializadas en ciertas áreas que por una razón u otra se considera que operan mejor sin la intervención de los otros poderes, sobre todo del

⁷ Citado por: GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl et al. *Programa de Derecho Constitucional, Tema 9: La separación de poderes, 2da. Edición*, Limusa, Ciudad de México, 2007

⁸ BARRAGÁN, José et al. *Teoría de la Constitución, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2003, p. 23*

⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

Ejecutivo, en áreas sensibles como la transparencia, la fiscalización y por supuesto; la organización de las elecciones. En el siguiente apartado exploraremos la naturaleza jurídica y las características de estas entidades públicas.

III] Los órganos constitucionales autónomos

En la década de 1990 del siglo pasado, después de 70 años en los que el poder político en México fue monopolizado por un solo partido, nuestro país enfrentó una etapa de transición democrática. Surgió una demanda social por limitar el poder y evitar que se siguieran cometiendo abusos en el ejercicio del mismo por los poderes tradicionales, en especial por parte del Ejecutivo. Estas circunstancias propiciaron una serie de reformas constitucionales encaminadas a fortalecer a las instituciones, haciéndolas más democráticas y recuperando la confianza social. En este contexto, los legisladores crearon instituciones ajenas a las existentes para que realizaran tareas de control y vigilancia sobre los poderes tradicionales, así como sus propias funciones especializadas, conocidos hoy por la doctrina como órganos constitucionales autónomos.¹⁰

Estas reformas originaron la que se conoce como la *primera generación* de órganos autónomos, conformada por el Banco de México (al cual se le otorgó su autonomía en 1993), el Instituto Federal Electoral en 1996 y la Comisión Nacional de Derechos Humanos en 1999.¹¹

Los órganos constitucionales autónomos son instituciones del Estado mexicano establecidas en la Constitución que son ajenas a los poderes tradicionales (legislativo, ejecutivo y judicial). Sin embargo, mantienen un mismo nivel jerárquico y actúan en coordinación con los tres poderes clásicos. Su labor principal es desempeñar las funciones especializadas y concretas que les determine la Constitución con autonomía e independencia de otros grupos de poder.¹² Entiéndase como grupos de poder a los funcionarios del gobierno, partidos políticos, otros órganos, empresarios, sindicatos, etcétera. Buscan ser un órgano ciudadano especializado que actúe conforme a la ley de manera imparcial.

¹⁰ CABALLERO OCHOA, José Luis, *Los Órganos Constitucionales Autónomos: Más Allá de la División de Poderes, Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 30, México, 2000, p. 153-171

¹¹ FABIÁN RUÍZ, José, *Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora, Cuestiones Constitucionales*, Numero 37, Ciudad de México, 2017

¹² *Ibidem*

Estos órganos son una evolución de la teoría tradicional de la división de poderes, no un rompimiento.¹³ Cuando la separación tripartita de poderes no fue suficiente en nuestro país, fue necesario integrar estos órganos al sistema para limitar al poder político con eficacia. Nuestra Constitución reconoce formalmente solo a tres poderes, sin embargo, también es cierto que estos órganos ejecutan funciones fuera de la competencia de los poderes tradicionales y no se encuentran en ningún momento subordinados a estos.¹⁴ Al contrario, estas instituciones funcionan como entidades de control político y auténticos contrapesos hacia los poderes tradicionales, tareas que para su desempeño es indispensable ejercer con autonomía e independencia, en aras de mantener la imparcialidad en la toma de decisiones.

La Constitución no regula a los órganos autónomos en su conjunto, es decir, la Ley Fundamental no señala específicamente cuáles son las características que comparten estas instituciones. Esto se debe principalmente a que estos órganos han sido incorporados a nuestra legislación a lo largo del tiempo como parte de un proceso. Por ello, ha sido labor de los juristas desarrollar una doctrina en cuanto a la naturaleza jurídica y las características comunes de estas instituciones. Ahora vemos relevante abordar brevemente una de estas clasificaciones para comprender mejor los aspectos comunes y la finalidad de estos órganos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁵ señaló las siguientes características esenciales de estos órganos: *i.- Deben estar establecidos y configurados directamente en la Constitución, ii.- Deben mantener con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación, iii.- Deben contar con autonomía e independencia funcional y financiera, y iv.- Deben atender funciones coyunturales del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad.* Desarrollaremos brevemente cada una de estas características.

Deben estar establecidos y configurados directamente en la Constitución. No vemos necesario detenernos mucho en este punto, solo mencionar que un órgano constitucional autónomo debe estar, como su nombre lo indica, previsto en la Constitución

¹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, Controversia constitucional 32/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, p. 912.

¹⁴ UGALDE CALDERÓN, Filiberto Valentín, *Órganos constitucionales autónomos*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Número 29, Ciudad de México, 2010

¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, Controversia constitucional 32/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, p. 912

misma y no en una ley secundaria, la cual deberá especificar las atribuciones competencia del órgano.

Deben mantener con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación. Este punto implica que el órgano autónomo no se encuentra dentro de una relación de subordinación con los demás poderes, sino que se encuentra a un mismo nivel jerárquico con los otros órganos del Estado con quienes guarda relaciones de coordinación y de control.¹⁶ Además, estos órganos cuentan con mecanismos mediante los cuales otros poderes pueden supervisar su actuación.

Deben contar con autonomía e independencia funcional y financiera. Este elemento es de especial importancia y se divide en dos partes. La autonomía funcional o de gestión implica que el órgano deberá tener libertad para ejercer sus funciones sin la injerencia de otros órganos y con imparcialidad, sobre todo porque desde su origen este órgano se previó con una especialidad técnica que lo vuelve en el órgano más eficaz y capacitado para ejercer las funciones de su materia.¹⁷ En segundo lugar, el órgano debe contar con independencia presupuestaria para que realmente pueda ejercer sus funciones libremente, y los recursos económicos no queden condicionados a que el órgano actúe de cierta manera u otra.

Estas también deben de ser entidades apolíticas para conservar la imparcialidad. Para ello se busca que sus funcionarios no sean militantes en ningún partido político, tratando de dar a los órganos autónomos una naturaleza más ciudadana, fuera del *juego de partidos*.¹⁸ Esto se debe a que la función central que estos órganos desempeñan debe ser imparcial para ser eficaz, buscando en todo momento el ejercicio profesional y que el juicio de los funcionarios no se encuentre influenciado por una filiación partidista. Esta característica es de indiscutible importancia cuando nos referimos al Instituto Nacional Electoral, ya que este órgano funge como árbitro en la pugna de los partidos por alcanzar el poder político, función que no desempeñaría eficazmente actuando con parcialidad, favoreciendo a alguna de las partes en la carrera electoral. Hacerlo así sería una violación completa al propósito del INE de garantizar elecciones limpias y confiables

¹⁶ FABIÁN RUÍZ, José, *Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora*, *Cuestiones Constitucionales*, Numero 37, Ciudad de México, 2017

¹⁷ CABALLERO OCHOA, José Luis, *Los Órganos Constitucionales Autónomos: Más Allá de la División de Poderes*, *Jurídica*, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 30, Ciudad de México, 2000, p. 153-171

¹⁸ *Ibidem*

sujetas a las reglas del juego democrático que los mismos partidos han consensuado a través de la labor legislativa.

Además, los órganos autónomos deben estar encabezados por ciudadanos imparciales, honorables y con los conocimientos técnicos necesarios para garantizar el nivel de especialización y eficacia esperado. La manera en la que se trata de asegurar la imparcialidad de los encargados de los distintos órganos es a través de la intervención del Poder Legislativo en el proceso de selección, para que todas las fuerzas políticas contribuyan a su nombramiento. Por lo general se requerirá una mayoría calificada para designarlos.¹⁹

Deben atender funciones coyunturales del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad. Esta característica es mucho más abstracta. Creemos que se da por entendida cuando el constituyente permanente decide crear una institución que se dedique exclusivamente a una función de Estado que considera es mejor desempeñar con independencia de los demás poderes. Además, como ya se señaló, todas las actividades del Estado deben estar encaminadas a satisfacer el bien común.

Bajo este criterio, actualmente son órganos constitucionales autónomos del Estado mexicano: el Banco de México (artículo 28), el Instituto Nacional Electoral (artículo 41), la Comisión Nacional de Derechos Humanos (artículo 102), el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (artículo 26), la Comisión Federal de Competencia Económica (artículo 28), el Instituto Federal de Telecomunicaciones (artículo 28), el Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos (artículo 6), y la Fiscalía General de la República (artículo 102).²⁰ Hasta hace poco también formaba parte de este grupo el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, sin embargo fue desmantelado en 2019.

En resumen, nuestra Constitución ha otorgado funciones especializadas a órganos autónomos de los poderes tradicionales, en un intento por acentuar la separación de poderes en materias en las que por razones sociales e históricas ha sido necesario escindir de los poderes clásicos. A continuación, estudiaremos el caso concreto del INE y su evolución como órgano autónomo.

¹⁹ FABIÁN RUÍZ, José, *Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora*, *Cuestiones Constitucionales*, Numero 37, Ciudad de México, 2017

²⁰ *Ibidem*

IV] El Instituto Nacional Electoral

Antes de 1990, las elecciones en nuestro país eran organizadas por una Comisión a cargo de la Secretaría de Gobernación. Durante muchos años este sistema fue criticado por los grupos de oposición, ya que (no sin fundamento) se consideraba que el partido hegemónico en el poder era juez y parte en el ejercicio electoral. Tras las acusaciones y señalamientos de un fraude electoral en las elecciones presidenciales de 1988, se desencadenó un gran descontento social que puso en duda la legitimidad de la elección y la de la democracia, razón por la cual los partidos políticos juzgaron indispensable cambiar las reglas del sistema por uno que devolviera la confianza a los ojos de la población.²¹

En este contexto, se iniciaron las reformas político-electorales en la década siguiente para idear un modo de que las elecciones fueran organizadas por una institución imparcial y transparente. Este proceso fue gradual, pero con paso firme, debido al compromiso alcanzado por los partidos políticos y el gobierno en las mesas de diálogo para crear un sistema limpio y justo, devolviendo de esta forma la legitimidad a la elección y al próximo gobierno que podrían en un futuro encabezar.

En 1990, se creó el Instituto Federal Electoral (IFE)²² en el marco de estas reformas, antecesor del actual Instituto Nacional Electoral. En un inicio, este Instituto no era un órgano constitucional autónomo, ya que quien encabezaba el Consejo General (el órgano superior de dirección) seguía siendo el Secretario de Gobernación, por lo que la dirección del Instituto seguía a cargo del Poder Ejecutivo. Además, los grupos parlamentarios tenían voz y voto en las resoluciones de este Consejo. Lo que se logró con este primer boceto de nuestro órgano electoral fue introducir la figura de los *consejeros magistrados*, personas sin filiación a un partido y con una sólida formación académica y profesional en materia electoral, donde se pueden percibir los primeros esbozos para dotar al organismo de una especialización técnica y de gestión.

Además de organizar las elecciones federales, en 1993 se reformó nuestra legislación para que este Instituto pudiera declarar la validez de las elecciones de diputados y senadores, expedir

²¹ CORONA, Jessica, 4 de abril de 2014, *Momentos clave en la historia del IFE*, MILENIO, recuperado el 6 de mayo de 2021

²² portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/contenido/menuitem.cdd858023b32d5b7787e6910d08600a0/ Instituto Nacional Electoral, *Historia del Instituto Federal Electoral*, recuperado el 6 de mayo de 2021

constancias de mayoría para los ganadores y facultades para establecer topes a los gastos de campaña.²³

Estas reformas a la ley no eran suficientes. En un intento de *ciudadanizar*²⁴ el Instituto, se creó en 1994 la figura de los consejeros ciudadanos en el Consejo General del IFE, a quienes se les otorgó una mayoría en este Consejo y podían por sí solos tomar las decisiones colegiadas. Estos miembros eran elegidos por una mayoría calificada de la Cámara de Diputados a propuesta de los grupos parlamentarios. Esto garantizó que por primera vez el Poder Ejecutivo no tuviera injerencia en la designación de los consejeros y si la de todas las fuerzas políticas en el Congreso, las más interesadas en mantener la imparcialidad de estos funcionarios. También se les retiró el derecho a voto a los partidos políticos dentro del Consejo General, reteniendo únicamente su derecho a voz.²⁵

Es con la reforma de 1996 que el IFE adquiere su plena autonomía e independencia de los demás poderes, obteniendo el rango de Órgano Constitucional Autónomo. Mediante esta reforma se retira la participación del Poder Ejecutivo en su totalidad del Consejo General, y el derecho a voto se conservó solo para los consejeros ciudadanos que se crearon en la reforma anterior de 1994. La Constitución le otorgó personalidad jurídica y patrimonio propios. Con estas modificaciones, el IFE obtuvo su autonomía funcional y financiera, y se acondicionó en una relación de coordinación con los demás poderes.²⁶

En los próximos años, el Poder Legislativo siguió otorgando más funciones al IFE, para regular el acceso de los partidos a los medios de comunicación, transparentar los procesos de resultados electorales y promover la participación de la ciudadanía en las elecciones. En este último punto el IFE inició una campaña de concientización para mostrar y explicar a los ciudadanos en qué consistía su derecho y obligación al voto, así como las ventajas de vivir en una sociedad democrática y que papel podían desempeñar para involucrarse en la vida política del país sin tener que

²³ *Ídem*

²⁴ CABALLERO OCHOA, José Luis, *Los Órganos Constitucionales Autónomos: Más Allá de la División de Poderes, Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 30, Ciudad de México, 2000, p. 153-171

²⁵ portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/contenido/menuitem.cdd858023b32d5b7787e6910d08600a0/ Instituto Nacional Electoral, *Historia del Instituto Federal Electoral*, recuperado el 6 de mayo de 2021

²⁶ *Ídem*

pertenecer a los partidos tradicionales. También se creó en 2007 una Contraloría General para controlar las finanzas del Instituto.²⁷

Lo más resaltante de este proceso fue la voluntad en el consenso alcanzado por los partidos políticos en 1994 y 1996 para ponerse de acuerdo en las reglas del procedimiento electoral. Los partidos pusieron por delante el interés de la democracia para disponer de reglas justas, que por su carácter consensuado garantizarían el respeto por los resultados de las elecciones. Fueron capaces incluso de renunciar a su derecho al voto dentro del Consejo General, para dejar todas las decisiones en manos de los consejeros ciudadanos.

Las consecuencias de la creación del IFE fueron palpables casi de inmediato. Durante su existencia, este Instituto organizó 4 elecciones presidenciales (1994, 2000, 2006, 2012). En el año 2000 el partido hegemónico perdió por primera vez tras más de 70 años en el poder. En la elección de 2012 hubo nuevamente una transición pacífica del poder a un partido de la oposición. Estas elecciones no han salido incólumes, sobre todo en la de 2006 donde la diferencia entre el vencedor y el segundo lugar fue de tan solo medio punto porcentual, pero en grandes rasgos los hechos hablan por sí mismos y se puede catalogar como un logro del Instituto el haber conseguido una alternancia pacífica del poder en dos ocasiones durante su gestión.²⁸

El 10 de febrero de 2014, el Instituto tuvo su última transformación cuando se le dotó de un carácter nacional, cambiando su nombre al actual Instituto Nacional Electoral. Esta reforma homologó los procesos electorales federales y locales, permitió una mayor fiscalización de los recursos de las campañas y de los partidos políticos, obligó al Instituto a coordinarse con los organismos electorales locales en la organización de las elecciones, se le permitió al INE organizar las consultas populares y más recientemente en 2019 organizar la revocación de mandato.²⁹

Tras esta reforma, el Consejo General está compuesto por 11 consejeros ciudadanos con derecho a voto. La Constitución señala a la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, máxima publicidad y objetividad como los principios rectores del INE. La carta magna es clara en señalar que sus decisiones y

²⁷ *Ídem*

²⁸ CORONA, Jessica, 4 de abril de 2014, *Momentos clave en la historia del IFE*, MILENIO, recuperado el 6 de mayo de 2021

²⁹ Artículo 41, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

funcionamiento deberán ser independientes de los demás poderes políticos y de partidos.³⁰

Aunando en la evidencia de la autonomía e independencia del INE, en 2018 volvió a fungir como árbitro en una elección presidencial en la que se dio nuevamente una alternancia en el Poder Ejecutivo, permitiendo a la izquierda llegar por primera vez a la Presidencia de la República.

Nos acercamos nuevamente a unas elecciones federales, locales y municipales en este 2021, en las que el Instituto Nacional Electoral ha tenido que tomar decisiones para salvaguardar la integridad de las elecciones bajo las reglas que los mismos partidos han elegido bajo el proceso legislativo. Algunas de estas decisiones han sido contrarias a los intereses del partido en el poder, y en lugar de aceptar las resoluciones en respeto de la autonomía e independencia del Instituto, algunos actores políticos han optado por descalificar y amenazar repetidamente al árbitro de la contienda electoral. Algunos han amenazado incluso desaparecer al Instituto.³¹ Estas descalificaciones, hasta el momento sin fundamento reflejan una actitud de buscar culpar al árbitro por el mal desempeño del equipo en el campo de juego. Se puede estar en desacuerdo con el árbitro, y de hecho nuestro marco legal prevé formas de impugnar estas resoluciones ante tribunales como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pero la manera en que se ha venido haciendo esta crítica puede minar la autonomía y la libertad con la que los consejeros ciudadanos toman sus decisiones por miedo a represalias políticas.

El Consejero Presidente del INE señaló en entrevista³² que desde el Poder Ejecutivo hay actualmente un desprecio hacia aquellas instituciones de control político, es decir, en contra de aquellos mecanismos que hacen contrapeso y que impiden que se abuse del ejercicio del poder. Esto se demuestra cuando se acusa repetidamente a los consejeros de corruptos y parciales solo cuando toman decisiones contrarias al interés del partido en el poder. El consejero también señaló que hay hostilidad en contra de los mecanismos de rendición de cuentas.

El Presidente de la República ha señalado varias opciones como regresar a los organismos autónomos a las Secretarías del

³⁰ *Ídem*

³¹ Félix Salgado Macedonio, candidato a quien le retiraron su candidatura por no entregar al INE sus gastos de precampaña, amenazó por Twitter al Instituto y al Consejero Presidente con el siguiente texto: “*Mucha suerte Lorenzo. Será la última elección que organice el INE*”.

³² LORET, Carlos, 10 de septiembre de 2020, *Latinus Originals: Loret Capítulo 15, Latinus*, recuperado el 6 de mayo de 2021

Poder Ejecutivo y al INE ponerlo bajo la dirección del Poder Judicial.³³ Estas opciones no son satisfactorias. En el primer caso, destinar por ejemplo las facultades del INE de vuelta bajo la dirección del Poder Ejecutivo nos pondrá en la misma situación que hace 30 años, un árbitro electoral que es juez y parte de la contienda. En el segundo caso, destinar al INE al Poder Judicial atenta en contra de las funciones de ambas instituciones. La función jurisdiccional de resolver disputas entre particulares y entidades públicas es incompatible con la especialización que requiere la organización de unas elecciones. No tiene ningún sentido lógico dismantelar una institución que funciona para ponerla bajo la dirección de otra que nada tiene que ver con la función electoral, actividades que han estado históricamente separadas en nuestro país, por considerarse por un lado una función judicial y por el otro una función política.

Las reformas político-electorales que nos han vaticinado no son meras palabrerías, son posibilidades bastante reales. De tener la oportunidad esta claro que las intenciones del Ejecutivo son las de retrotraer la autonomía del INE a la esfera de los poderes tradicionales, en concreto a la figura del Ejecutivo, situación que provocaría un desequilibrio de poderes del cual este país ya había salido tras el proceso de democratización que se vivió en las últimas décadas.

Lapidar a las instituciones democráticas de México es una obra peligrosa. El INE es una institución que se ha formado con el esfuerzo de generaciones de mexicanos que se percataron de la imperiosa necesidad de controlar y limitar el poder. Retirarle al árbitro su autonomía e independencia deja el resultado de la contienda en las manos del equipo que controla al árbitro, regresando a la época de las simulaciones y privando al ejercicio democrático de una legitimidad tan necesaria para mantener la paz y el orden social. Inclusive podría tener efectos adversos para aquellos que hoy detentan el poder, ya que podrían dejar de hacerlo en un futuro. Como inmortalizó Tucídides:³⁴

Los hombres, en efecto, cuando se trata de vengarse de otros, no vacilan en abolir previamente las leyes comunes que se aplican en tales casos— leyes de las que depende la esperanza de salvarse que toda persona mantiene cuando le van mal las cosas—, sin

³³ FORBES, 29 de abril de 2021, *AMLO plantea desaparición del INE y que Poder Judicial absorba temas electorales*, recuperado el 6 de mayo de 2021

³⁴ TUCÍDIDES, *Historia de la Guerra del Peloponeso*

permitir ningún tipo de vigencia por si un día, en una situación de peligro, se pudiera tener necesidad de alguna de ellas.

V] Conclusión

Hemos estudiado a lo largo de estas páginas la importancia que tienen los organismos constitucionales en nuestro Estado Constitucional de Derecho para limitar y controlar el poder. Sobre todo, en la figura del Instituto Nacional Electoral, cuya función (ejercida de forma autónoma e independiente) garantiza unas elecciones limpias y evita que el partido en el poder pueda ejercer su influencia sobre la contienda electoral como juez y parte.

Desafortunadamente, la polarización política que actualmente invade nuestra vida en sociedad, así como la desconfianza hacia las instituciones, nos ha puesto en una situación de *nosotros* contra *ellos*. El Gobierno y la oposición, así como sus seguidores se han descalificado y acusado mutuamente de corruptos, inmorales y criminales. Esta polarización genera que las decisiones de los órganos autónomos sean percibidas como ataques de un grupo al otro, ya que presumen que en cada decisión el fallo en contra siempre es por influencia del adversario. El Gobierno elogia a los organismos autónomos, incluido al INE, cuando resuelven en favor suyo, pero desacredita con descaro cuando las decisiones son en su contra, amenazando con reformar y destituir a sus miembros.

A pesar del difícil panorama político y la Espada de Damocles que han colgado sobre el INE, este Instituto goza actualmente de una buena percepción frente a la sociedad. En una encuesta realizada en 2020³⁵, el INE resultó como la institución civil en la que los mexicanos depositan más su confianza, con el favor de un 59.6% de los encuestados. Esto revela que, a diferencia de lo acontecido en 1988, los mexicanos tienen confianza en que las elecciones se organizan con legalidad y que su derecho al sufragio está siendo respetado.

La presión que ejerce el Poder Ejecutivo puede ser en muchos sentidos *avasalladora*, sobre todo cuando en la actualidad ostenta un control casi absoluto sobre el Poder Legislativo. No es inverosímil que haciendo uso de esta presión puedan reformar la Constitución y crear un órgano electoral a modo, subordinado a los poderes tradicionales que hoy detentan, y tirando por la borda los

³⁵ GARCÍA, Carina, 24 de marzo de 2021, *El INE rebasa a las iglesias y maestros en nivel de confianza entre ciudadanos: Inegi, Proceso*, recuperado el 6 de mayo de 2021

logros de las últimas décadas que garantizan unas elecciones limpias.

Así como en la década de 1990, es solo la sociedad civil la que puede salir en defensa de esta institución ciudadana y de su derecho al voto. Los grupos parlamentarios de oposición no pueden por sí solos defender a los organismos autónomos frente a un Poder Ejecutivo que acumula cada vez mayores funciones, solo con el respaldo de la ciudadanía y la confianza en nuestras instituciones se logrará mantener el equilibrio actual y evitar la tentación de los detentadores de poder de abusar de él.

Les corresponde a los ciudadanos defender la autonomía del Instituto Nacional Electoral y de los demás organismos constitucionales autónomos. Su construcción ha sido en beneficio de todos, y depende de sus beneficiarios garantizar su continuidad en el tiempo, para que pueda en la medida de lo posible seguir fungiendo como obstáculo al monopolio del poder absoluto.

Bibliografía

BARRAGÁN, José et al. *Teoría de la Constitución*, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2003

CABALLERO OCHOA, José Luis, *Los Órganos Constitucionales Autónomos: Más Allá de la División de Poderes*, Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 30, Ciudad de México, 2000, p. 153-171

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917

CORONA, Jessica, 4 de abril de 2014, *Momentos clave en la historia del IFE*, MILENIO, recuperado el 6 de mayo de 2021 de <https://www.milenio.com/politica/momentos-clave-en-la-historia-del-ife>

FABIÁN RUÍZ, José, *Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora*, Cuestiones Constitucionales, Numero 37, Ciudad de México, 2017

FORBES, 29 de abril de 2021, *AMLO plantea desaparición del INE y que Poder Judicial absorba temas electorales*, recuperado el 6 de mayo de 2021 de <https://www.forbes.com.mx/amlo-plantea-desaparicion-del-ine-y-que-poder-judicial-absorba-temas-electorales/>

GARCÍA, Carina, 24 de marzo de 2021, *El INE rebasa a las iglesias y maestros en nivel de confianza entre ciudadanos: Inegi*, Proceso, recuperado el 6 de mayo de 2021 de <https://www.proceso.com.mx/nacional/2021/3/24/el-ine-rebasa-las-iglesias-maestros-en-nivel-de-confianza-entre-ciudadanos-inegi-260673.html>

GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl et al. *Programa de Derecho Constitucional*, Tema 9: *La separación de poderes*, 2da. Edición, Limusa, Ciudad de México, 2007

HERNÁNDEZ, M. Albert, 29 de marzo de 2021, *Mario Delgado considera que hay que 'exterminar' al INE tras cancelación de candidaturas de Morena*, *El Financiero*, recuperado el 30 de abril de 2021 de <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/mario-delgado-considera-que-hay-que-exterminar-al-ine-tras-cancelacion-de-candidaturas/>

INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL, *Historia del Instituto Federal Electoral*, recuperado el 5 de mayo de 2021 de <https://portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/contenido/menuitem.cdd858023b32d5b7787e6910d08600a0/>

LÓPEZ-DÓRIGA DIGITAL, 29 de abril de 2021, *INE y TEPJF, facciosos y con misión de impedir la democracia: AMLO*, recuperado el 30 de abril de 2021 de <https://lopezdoriga.com/nacional/ine-tepjf-facciosos-mision-impedir-democracia-amlo/>

LORET, Carlos, 10 de septiembre de 2020, *Latinus Originals: Loret Capítulo 15*, *Latinus*, recuperado el 6 de mayo de 2021 de <https://latinus.us/2020/09/10/latinus-originals-loret-capitulo-15/>

PÉREZ, Maritza, 5 de enero de 2021, *Que dependencias hagan funciones de órganos autónomos, plantea AMLO*, *El Economista*, recuperado el 30 de abril de 2021 de <https://www.eleconomista.com.mx/politica/Que-dependencias-hagan-funciones-de-organos-autonomos-plantea-AMLO-20210104-0108.html>

ROBLES, Leticia, 26 de abril de 2021, *"Si pierde, Morena reformará el INE"; es estrategia política y legislativa: Monreal*, *Excelsior*, recuperado el 30 de abril de 2021 de <https://www.excelsior.com.mx/nacional/si-pierde-morena-reformara-el-ine-es-estrategia-politica-y-legislativa-monreal/1445315>

SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?* Traducción González Rodríguez, Miguel Ángel et al. Taurus Pensamiento, Madrid, 2003

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2006, *Controversia constitucional 32/2005*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, p. 912.

UGALDE CALDERÓN, Filiberto Valentín, *Órganos constitucionales autónomos*, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Número 29, Ciudad de México, 2010

Responsabilidad ambiental en México

ANDREA COINTA LAMAS BERNAL¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Principios ambientales*. III. *Ley Federal de Responsabilidad Ambiental*. IV. *Conclusiones*

Resumen: El 07 de junio del 2013 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la nueva Ley de Responsabilidad Ambiental. La justificación del Congreso de la Unión para publicarla se basa principalmente en los daños ambientales que han ocurrido en el país y la ineficacia de los métodos que existían para perseguir a los culpables. Con esta ley, se le reconoce a la responsabilidad ambiental su autonomía de las otras ramas del derecho, lo que permitirá una mayor protección del derecho al medio ambiente adecuado, así como al desarrollo de la materia que posteriormente pueda verse concretizado en órganos especializados para su estudio.

Palabras clave: Responsabilidad Ambiental, Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, Derecho al medio ambiente adecuado.

Abstract. *The Federal Law for Environmental Responsibility was published in the Diario Oficial de la Federación on 07 June 2013. According to the Congress, this law was needed due to the recent environmental attacks, and the lack of efficient methods to pursue the responsible parties. With the publication of the law, the autonomy of environmental responsibility is recognized, which will allow for a greater protection of the right to an adequate environment, along with the development that will materialized in specialized organisms on the field.*

Keywords: *Environmental responsibility, Federal Law on Environmental Responsibility, right to an adequate environment.*

¹ Alumna de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara

I | Introducción

Con el paso del tiempo, el ser humano se ha dado cuenta del impacto que sus actividades diarias tienen en su entorno, al grado de que el concepto de Protección al Medio Ambiente se ha convertido no solo en un objetivo, sino también en un estándar de acción para el ámbito privado (empresas y personas físicas) y los gobiernos.

Con esto en mente, organizaciones internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), asociaciones civiles nacionales e internacionales, en conjunto con los gobiernos han pugnado por una regulación *pro* de la protección. En el ámbito internacional, uno de los intentos más tempranos fue la Conferencia Científica de las Naciones Unidas sobre la Conservación y Utilización de los Recursos en 1949, donde se trató la gestión de los recursos en beneficio del desarrollo económico y social, dejando a un lado su conservación². Después, la Conferencia de Estocolmo en 1972 centró su atención en la degradación ambiental y la contaminación transfronteriza³, reconociendo que los daños al medio ambiente no conocían un límite territorial⁴, y, por ende, la necesidad de una cooperación internacional y el establecimiento de estándares internos para que se estuviera en un mismo plano de responsabilidad. Por lo que se *adoptó una declaración que enunciaba los principios para la conservación y mejora del medio humano y un plan de acción que contenía recomendaciones para la acción medioambiental internacional*⁵ llamada Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (Principios de Estocolmo).⁶

² JACKSON, Peter. *De Estocolmo a Kyoto: Breve historia del cambio climático. Crónica ONU*. Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/es/chronicle/article/de-estocolmo-kyotobreve-historia-del-cambio-climatico> [Consulta 01/11/20]

³ Organización de las Naciones Unidas. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/conferences/wssd/unced.html> [Consulta 01/11/20]

⁴ *Idem*.

⁵ JACKSON, Peter. *Op. Cit.*

⁶ Firma 23 de mayo de 2001; ratificación el 10 de febrero de 2003; entra en vigor 17 de mayo de 2004.

Bajo esta idea de protección, en la década del siglo pasado, la ONU tomó acciones tendientes a la protección de la capa de ozono⁷, y para concientizar sobre el cambio climático. Con ello, adoptó la Perspectiva Ambiental hasta el año 2000, la Declaración de Helsinki sobre la protección de la capa de ozono (1989), el Protocolo de Montreal sobre Sustancias que erosionan la Capa de Ozono⁸ (1989) y la Segunda Conferencia Mundial sobre el Clima en 1990.

El siguiente esfuerzo se consolidó en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, que tuvo lugar en Río de Janeiro, Brasil. En ella se adoptaron tres acuerdos: la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo [Principios de Río], de la cual se desprenden una serie de derechos y obligaciones para los Estado; el Programa 21, un plan de acción mundial para promover el desarrollo sostenible; y la Declaración de Principios Forestales, para gestionar y promover el desarrollo sostenible de los bosques⁹. Con el fin de darle continuidad a dichos esfuerzos, se han llevado a cabo dos conferencias siguientes: Río +10, en la cual se analizó el progreso de aplicación de los principios antes mencionados; y Río +20, de la cual se redactó el documento *El futuro que todos queremos, que incluye medidas claras y prácticas para la implementación del desarrollo sostenible, enfocado en la economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza y el marco institucional para el desarrollo sostenible*.¹⁰ Gracias a la Conferencia, los Estados acordaron desarrollar objetivos de desarrollo sostenible de manera voluntaria.

Lo que es muy cierto es que la protección al medio ambiente ya no se puede considerar un lujo de los países desarrollados. El impacto de las acciones de la humanidad sobre su entorno está afectando a todos los seres vivos que en él habitan, incluido al ser humano. A este fenómeno se le llama modificaciones antropogénicas, las cuales son evidentes en el cambio climático, la

⁷ *Idem*.

⁸ Firma 16 de septiembre de 1987; ratificado 31 de marzo de 1988. La enmienda ratificada el 25 de septiembre de 2018.

⁹ Documentación de la ONU: Medio Ambiente. *Biblioteca de las Naciones Unidas*. Disponible en: <https://research.un.org/es/docs/environment/conferences> [Consulta 01/11/20]

¹⁰ CEPAL. *Implementación de Río+20. Río +20, El futuro que queremos*. Disponible en: <https://www.cepal.org/rio20/> [Consulta 01/11/20]

pérdida de ecosistemas naturales y su biodiversidad, la alteración en los ciclos biogeoquímicos, la acidificación de los océanos, y la degradación de la capa de ozono.¹¹ Hoy en día se ha tomado con mayor seriedad la protección puesto que estas situaciones han traído consigo efectos secundarios, como los daños a la salud de los seres humanos. Tan sólo en el 2017 en México, se reportaron 49,095 muertes causadas por enfermedades cardiovasculares y diabéticas/renales¹², que se derivaron de la calidad del entorno en el que habitaban esas personas.

Con este panorama en mente, las acciones por crear un sistema de cumplimiento han aumentado. Se ha demostrado que incluir las sanciones adecuadas para restaurar los posibles daños causados, así como desincentivar dichas actitudes es la manera más efectiva para poder alinear los intereses tanto de los entes públicos como privados hacia la protección y sustentabilidad. En México, el sistema para imputar responsabilidad ha tenido presencia desde los años 70, es una figura que evolucionó de ser una obligación convencional impuesta por los tratados y protocolos anteriormente mencionados, hasta alcanzar su independencia regulatoria. Actualmente, se cuenta con una Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (LFRA)¹³, complementada con otras que tratan temas específicos para el manejo de sustancias peligrosas, de los recursos, protección de las aguas, bienes nacionales, y bosques.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la figura de la responsabilidad por daños al medio ambiente. Este estudio se hará desde un punto de vista histórico y práctico, al exponer su evolución, en qué consiste, la regulación actual y realizar un breve estudio de derecho comparado. Todo con el fin de generar una propuesta (si fuera el caso) para mejorar la regulación actual.

¹¹ SEMARNAT. *Impacto de las actividades humanas en el ambiente: huellas, costos y salud ambiental. Informe de la Situación del Medio Ambiente en México: Población y medio ambiente*. México. 2018. p. 63. Disponible en: https://apps1.semarnat.gob.mx:8443/dgeia/informe18/tema/pdf/Cap1_Poblacion.pdf [Consulta 02/11/20]

¹² ORTEGA, Ariadna. *La contaminación ambiental en México deja 49,000 muertes. Expansión Política*. México. 21 agosto 2019. Disponible en: <https://politica.expansion.mx/mexico/2019/08/21/contaminacion-ambiental-mexico-deja-49-mil-muertes> [Consulta 02/11/20]

¹³ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 07 de junio del 2013.

Responsabilidad por daño ambiental

Como se establecía, forma parte del derecho de la Responsabilidad Civil aquella que busca sancionar los daños al medio ambiente. Antes que nada, el medio ambiente se define como el [c]onjunto de circunstancias o factores físicos y biológicos que rodean a los seres vivos e influyen en su desarrollo y comportamiento.¹⁴ En ese mismo orden de ideas, el daño al medio ambiente es, por tanto, toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente, a uno o más de sus componentes.¹⁵ Por ende, la Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente se puede definir como el manejo de mecanismo y estrategias para evitar daños al ambiente y a la salud de las personas¹⁶, dado al incremento de estas situaciones, se dio la necesidad de desarrollar un sistema para imputar responsabilidad a los infractores. En la presente sección se desarrollarán los principios que las rigen y la regulación del orden jurídico mexicano.

II] Principios ambientales

Si bien es cierto, alrededor del mundo se han establecido distintos mecanismos para imputar responsabilidad y estos han quedado plasmados en distintos cuerpos normativos. No obstante, la mayoría de las regulaciones se han creado siguiendo principios básicos. Los principales son: sostenibilidad, solidaridad,

¹⁴ Medioambiente. *Lexico*. Oxford. Disponible en: <https://www.lexico.com/es/definicion/medioambiente> [Consulta 03/11/20]

¹⁵ VALDÉS VALDÉS, C. Orestes, LLIVINA LAVIGNE, C. Miguel Jorge, *Capítulo 6. Glosario de términos sobre la protección del medio ambiente, educación ambiental, el cambio climático y el desarrollo sostenible, Educación y cambio climático: Adaptación y mitigación desde las escuelas y hacia las comunidades en Cuba*, Educación cubana y UNESCO, Cuba, 2015, p. 109, Disponible en: http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Havana/pdf/Capitulo_6_02.pdf [Consulta 03/11/20]

¹⁶ CASTILLO OSORIO, Gloria, *et al*, *Responsabilidad por daño ambiental. Regulación mexicana, Perfiles de las Ciencias Sociales UJAT*, México, volumen 5, Número 10, Enero-Junio, 2018, p. 272. Disponible en: <http://ri.ujat.mx/bitstream/20.500.12107/2481/1/176-1728-A.pdf> [Consulta 03/11/20]

prevención, precaución, contaminador pagador, subsidiariedad, cooperación, responsabilidades comunes pero diferenciadas y participación.¹⁷ De este listado, los que guardan relación con las políticas de protección ambiental son prevención, precaución y el de contaminador pagador.

El principio de *prevención* gira entorno a que las *normas jurídicas contemplen disposiciones específicas para evitar el daño ambiental*¹⁸, y así poder evitar cualquier daño que se pudiera causar. A su vez, Gorosito, citando a Ortega Álvarez comenta que es fundamental considerarlo dado el *alto potencial de irreparabilidad*¹⁹ del medio ambiente, evitables con un sistema adecuado de prevención. Los principios 21 de Estocolmo y 2 de Río prevén la obligación de los Estados de responsabilizarse por las actividades que se realizan dentro de su territorio, y de la correcta gestión de los recursos, para evitar la contaminación en los territorios de otros países²⁰, es decir, están obligados a regir las actividades dentro de su territorio que podrían afectar el medio ambiente. Gorosito agrega que este principio es la pauta esencial del sistema de responsabilidad, puesto que prioriza la prevención frente a la reparación²¹.

El segundo principio a tratar es el de *precaución*, el cual consiste en que siempre que exista duda sobre los posibles efectos de una serie de acciones, optar por aquella que sea menos arriesgada²², es decir, al actuar dentro de la incertidumbre, optar por la opción que brinda mayor seguridad sobre su resultado. El

¹⁷ GOROSITO, Ricardo, *Los principios del Derecho ambiental*, Revista De Derecho, 2da época, Año 13, no. 16, 2017, pp. 115-125, Disponible en: <https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1471> [Consulta 03/11/20]

¹⁸ CASTILLO OSORIO, Gloria, *et al.*, *Op. Cit.*, p. 271

¹⁹ GOROSITO, Ricardo, *Op. Cit.*, p. 118.

²⁰ Principio 21 de Estocolmo: [...] los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional; Principio 2 de Río [...] los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

²¹ GOROSITO, Ricardo, *Op. Cit.*, p. 119.

²² *Ibidem*, p. 120.

Principio 15 de Río decreta estos términos al establecer que [...] *la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente*. La diferencia entre este principio y el primero recae en que en el primero, nos encontramos ante una circunstancia en la que, sabiendo las consecuencias, debemos evitarlas, mientras que en la precaución no se sabe qué pasará, por lo que se debe optar por la opción que represente menor riesgo. El adoptarlo en una legislación implica reconocer que el estado de la ciencia aún no permite conocerlo todo, pero que el medio ambiente no puede soportar la libre utilización de sus recursos, sin prever las consecuencias que puede traer consigo.

Si bien es cierto, existen distintas posturas sobre cuál principio antecede al otro, pero ninguna proporciona una justificación lógica del por qué.²³ Por lo tanto, es la postura del presente autor del presente trabajo que en realidad son paralelos. Esto basado en el hecho de que atienden a circunstancias distintas. Al redactar una ley, el legislador deberá de incluir ambos principios para que en la práctica, cuando se tenga la presencia de una cuestión de certidumbre, la respuesta jurídica sea conforme al principio de prevención, pero si se encuentra en una posición de duda, la respuesta atenderá al principio de precaución. Esto permitirá establecer un estándar de actuación, que en caso de ocasionar un daño, servirá para juzgar los actos del responsable de acuerdo con la situación a la que se enfrentó.

El último principio por abordar es *contaminador pagador*, también denominado: el que contamina paga. Como su nombre lo dice, el principio persigue que contaminar no sea una opción rentable para los responsables. Éste también se encuentra plasmado en los Principios de Río²⁴, en donde obliga a las autoridades nacionales a fomentar [...] *la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales*. Es la opinión de Castillo, que para que

²³ GOROSITO, Ricardo, *Op. Cit.*, p. 120; CASTILLO OSORIO, Gloria, *et al.*, *Op. Cit.*, p. 271.

²⁴ Principio 16 de Río.

sea factible su aplicación, este principio debe de estar aparejado de mecanismos de responsabilidad civil, administrativa y penal²⁵.

Al analizar los tres principios en conjunto, se puede concluir que son igualmente importantes para crear un sistema que evite una mayor degradación del medio ambiente desde la prevención, pero también desincentivando acciones a través de sanciones. A continuación, se analizará si la legislación mexicana los incluyó debidamente, es decir, si su sistema es verdaderamente eficaz.

1. Responsabilidad por daño ambiental en México

En el presente apartado se desarrollará cómo el orden jurídico mexicano ha regulado las actividades humanas con relación al medio ambiente a través de los años y el estado de las leyes actuales.

a.- Evolución histórica

El tema de protección al medio ambiente plasmado en ordenamientos jurídicos tuvo su origen en los protocolos que promovió la ONU en la década de los 70. A manera de recapitulación, la primera conferencia en el tema fue la de Estocolmo en 1972, pero fue hasta 1984 que se creó la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en virtud de la resolución 38/161 de la Asamblea General²⁶. Tres años después se redactaría el Informe Brundtland, enfocado en el desarrollo sostenible, es decir, el correcto uso de los recursos sin dejar de lado el desarrollo económico²⁷. Este es considerado un importante antecedente para la Conferencia de Río en 1992, que dio como resultado, entre otros, los Principios de Río.

De este último documento existen cuatro disposiciones principales que imponen obligaciones a los gobiernos de los Estados firmantes. Los principios 10, 11, 13 y 16. El primero, extiende la importancia de que los temas ambientales sean tratados con base a información sobre los materiales y actividades que representen en las comunidades. Misma que debe de ser

²⁵ CASTILLO OSORIO, Gloria, *et al.*, *Op. Cit.*, p. 275.

²⁶ PARDO, R., *Nuestro futuro común: el informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Unasylva, Vol. 40, No. 159, PAFT, 1988, Disponible en: <http://www.fao.org/3/s5780s/s5780s09.htm#ambiente> [Consulta 03/11/20]

²⁷ Universidad Politécnica de Valencia, *Nuestro Futuro Común*. Disponible en: <http://www.upv.es/contenidos/CAMUNISO/info/U0506189> [Consulta 03/11/20]

proporcionada por las autoridades pertinentes. Asimismo, establece que *deberá de proporcionarse acceso efectivo a procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.*

Los otros tres principios son relativos a la legislación que se debe promulgar en los países. El Principio 11 establece las características que, deben de ser eficaces y de acuerdo con la situación ambiental en el territorio en el que se planean implementar. En cuanto al Principio 13, los países acuerdan legislar en temas de responsabilidad e indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Por último, como mencionábamos, el número 16 establece el principio de *contaminador pagador (vea supra)*. Esto se tradujo en un compromiso de la comunidad internacional para legislar en esos temas.

Cumpliendo con la obligación, México comenzó la creación de una estructura gubernamental en temas ambientales en 1971 con la primer Ley Federal en materia ambiental. A continuación, se enlistan las leyes que han formado parte del ordenamiento mexicano desde entonces²⁸:

²⁸ Los datos de la Figura 1. se obtuvieron de las leyes publicadas en el Diario Oficial de la Federación y de COMISIONES UNIDAS DE MEDIO AMBIENTE, RECURSOS NATURALES Y PESCA, *Consideraciones, Dictamen de las Comisiones Unidas de Medio Ambiente, Recursos naturales y Pesca; y de estudios legislativos, segunda, a la iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental*, México, 2011, pp. 8-9.

Disponible

en:

<http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=CdMddE+Bke8KMN205Fd+Cu+LFdqeXUmm1PMPgzbYB/ESO/cZ1Ht7HFzNWfU190n1O8ji7GnwiBed9jgLpolDMg==> [Consulta 01/11/20]

FIGURA 1.

ORDENAMIENTO JURÍDICO	AUTORIDADES COMPETENTES	PUNTOS RELEVANTES
Ley Federal en materia ambiental (1971)	Secretaría de Salubridad y Asistencia, Consejo de Salubridad General, Subsecretaría de Mejoramiento del Ambiente (creación 1972).	No está publicada la ley.
Ley para Prevenir y Controlar la Contaminación Ambiental (1971)²⁹	Estaba a cargo el Ejecutivo Federal.	Orientada a criterios de salud y algunos elementos para el control de emisiones.
Ley Federal de Protección al Ambiente (1982)	Secretaría de Salubridad y Asistencia	Las sanciones por contaminar se imponían por concepto de multa, y se podía acompañar de clausura temporal o definitiva de las fuentes contaminantes, arresto hasta por 36 horas, y el decomiso de objetos contaminante. Para la infracción se tomaba en cuenta la gravedad de la infracción, condiciones económicas del infractor y la reincidencia. Contemplaba la denuncia popular. Incluía la responsabilidad penal, con penas de cárcel para los tipos penales enlistados.

²⁹ INSTITUTO NACIONAL DE ECOLOGÍA Y CAMBIO CLIMÁTICO, *Marco Jurídico e Institucional de la Regulación Ambiental de la Industria*. México. Disponible en: <http://www2.inecc.gob.mx/publicaciones2/libros/259/marcojur.html> [Consulta 03/11/20]

Reforma al Art. 27 ¶ 3, y se adiciona fracc. XXIX-G al Art. 73 CPEUM (1987)	Congreso de la Unión y Congresos Locales	Impone obligaciones a la propiedad privada por cuestiones de preservación de equilibrio ecológico, y establece facultad concurrente para legislar en derecho ambiental.
Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (1988) (LGEEPA)	Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología (SEDUE).	Se regula la figura de evaluación del impacto ambiental como requisito previo para el otorgar permisos y autorizaciones. Se añaden conceptos de áreas naturales protegidas, zonas sujetas a conservación ecológica, y la denuncia popular que podía ejercer cualquier persona ante la SEDUE.
Reforma a la Ley de la Administración Pública Federal (1992).	Se crea la Secretaría de Desarrollo Social, y dos dependencias: Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA), y el Instituto Nacional de Ecología (INE).	Reforma estructural, no de fondo.
Reforma al Art. 4 CPEUM (1999)		Párrafo adicionado: <i>Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.</i>
Reglamento Interior de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (2003)	PROFEPA y el INE ahora desconcentrados de la secretaría.	

Reforma al Art. 4 CPEUM (2012)		<i>Adiciona lo resaltado: Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.</i>
Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (2013)	PROFEPA, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales	Se le da independencia regulatoria a la Responsabilidad Ambiental (<i>vea infra</i>)

En el resumen expuesto, se puede apreciar los esfuerzos que ha llevado a cabo México para regular la Responsabilidad Ambiental. En las leyes iniciales, se entendía que la contaminación era cuestión de sanciones administrativas y en algunos casos penales. No se tenía el concepto de responsable aún. Paulatinamente se determinó cuáles son los objetos sujetos a protección del Estado, e.g. con la promulgación de la LGEEPA³⁰, que en 1988 establecía requisitos ecológicos para otorgar permisos y licencias. Una década después, en esa misma ley, se introducía por primera vez el concepto de responsabilidad. El principio de *contaminador pagador* toma presencia en la legislación mexicana, pues ya no era rentable contaminar. Ahora podría ser administrativa, penal y civilmente responsable y tendría que cubrir todas las sanciones que le fueran impuestas. No obstante, no fue hasta el 2012-2013 que se consagra Constitucionalmente la obligación del Estado de proteger el derecho al medio ambiente adecuado y que emite la regulación especializada en Responsabilidad Ambiental. La cuestión ahora es determinar si esta es de naturaleza civil o no, misma que se analizará a continuación.

³⁰ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1988.

2. Responsabilidad civil por daños al medio ambiente

Como se expone en la Figura 1, en México, la Responsabilidad Ambiental no siempre tuvo independencia regulatoria. Aparece por primera vez en la reforma de la LGEEPA en 1996, en la que se modifica el artículo 203 (vid infra) para establecer el régimen de Responsabilidad Civil por daño al medio ambiente, que era el único vigente por cerca de 20 años. Ésto conlleva implicaciones al momento de querer imputar la responsabilidad, mismas que justificaron la necesidad de una regulación independiente. A continuación, se analizará la figura bajo el régimen civil.

La Real Academia Española define responsabilidad como la *[d]euda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal*.³¹ En ese mismo sentido, Campos Díaz Barriga³² comenta que la responsabilidad *per sé*, conlleva un sentido de equivalencia y de contraprestación y que para que ésta sea jurídica requiere que exista un perjuicio. De ambas definiciones se puede concluir, por tanto, que la responsabilidad implica una relación de dos o mas personas que dada una situación legal que causa un perjuicio, son puestas una ante la otra para poder volver las cosas al estado al que se encontraban previo a que ocurriera la circunstancia originadora.

Ahora bien, la Responsabilidad Civil es definida por Aguilar Torres como la *obligación de indemnizar o reparar los perjuicios causados a una persona en su integridad física o en su patrimonio fundamentándose en el principio de no causar daño a los demás, y por consecuencia en el deber de reparar el daño injustamente causado*.³³ Esta figura jurídica se encuentra regulada en el artículo

³¹ Responsabilidad, *Diccionario de la Real Academia Española*, Disponible en: <https://dle.rae.es/responsabilidad> [Consulta 01/11/20]

³² CAMPOS DÍAZ BARRIGA, Mercedes, *Concepto de Responsabilidad. La responsabilidad civil por daños al medio ambiente: el caso del agua en México*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000, pp. 20, 21, Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3496/S.pdf> [Consulta 01/11/20]

³³ AGUILAR TORRES, Jorge I., *La Responsabilidad civil objetiva por daños al medio ambiente y su regulación en México*, Red de Investigadores parlamentarios en línea, México, 2010, p. 4, Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/redipal-02-10.pdf> [Consulta 01/11/20]

1910 del Código Civil Federal (CCF)³⁴, el cuál establece lo siguiente:

Artículo 1910.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable a la víctima.

Es importante resaltar que este precepto rige bajo el principio de atipicidad, dado que no existe un catálogo ni para las conductas ni para los daños. Dicho esto, existen tres elementos dentro de la Responsabilidad Civil: el hecho generador que puede ser hecho propio, hecho de tercero y de las cosas o responsabilidad objetiva, el daño concretizado ya sea patrimonial o moral y la relación de causalidad.³⁵ Siendo que la existencia de todos es necesaria para poder acreditar la responsabilidad, pero principalmente la causalidad. Según el CCF³⁶, debe existir una causa inmediata y directa entre la acción generadora y el daño sufrido. De acuerdo con Medina Villanueva³⁷, la teoría que se debe de seguir es la de la causalidad jurídica, la cual lleva a cabo una imputación objetiva entre la acción y el daño, es decir, el ¿por qué se causó el daño?, y ¿quién es responsable? Siendo las únicas maneras para romper ese nexo la culpa de la víctima, hechos de terceros o caso fortuito o fuerza mayor.

De dichos elementos se desprenden las siguientes clasificaciones: subjetiva y objetiva, patrimonial y moral. La primera atiende al sujeto. Por su parte, la *Responsabilidad Civil subjetiva* se actualiza cuando alguien obra de manera ilícita, *i. e.* con una actitud

³⁴ Si bien es cierto, existe legislación a nivel estatal que también regula esta figura, por cuestiones de practicidad, dado que el CFF es supletorio a la legislación aplicable al tema, sólo se hará referencia a él. Emitido mediante decreto publicado en cuatro partes en el Diario Oficial de la Federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

³⁵ MEDINA VILLANUEVA, Jorge Eduardo, *Cátedra sobre Aspectos generales de la RCE* impartida en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara, *Seminario del Derecho de Daños*, México, 2020.

³⁶ Artículos 1910 (antes transcrito) y 2110: *Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.*

³⁷ MEDINA VILLANUEVA, Jorge Eduardo, *Op. Cit.*

antijurídica, culpable y dañosa³⁸, que pudiendo ser impedida, el autor no la evita. También es entendida como un deber de diligencia³⁹. A estas conductas, el CCF⁴⁰ le equipara las que se llevan a cabo por los representantes legales, quienes ejercen la patria potestad por los actos de sus pupilos, así como de los que tengan trabajadores a su disposición, por los actos de éstos. Por otra parte, la objetiva se regula en el artículo 1913 CCF, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 1913.- Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

A diferencia de la responsabilidad subjetiva, la objetiva no requiere que se demuestre la culpa o negligencia inexcusable de la víctima, si no que por el simple uso de artefactos o sustancias que por sí se puedan catalogar como peligrosos, el deber de diligencia del operador es mayor.

La segunda clasificación atiende al daño producido. Será *patrimonial* si los efectos del perjuicio es la pérdida o menoscabo en el patrimonio por falta de cumplimiento, o por privar de cualquier ganancia lícita que se obtendría de haberse cumplido la

³⁸ *Idem*; Voto particular Magistrado Indalfer Infante Gonzales, DAÑOS Y PERJUICIOS PROVENIENTES DE ACTOS ILÍCITOS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. EL CÓMPUTO PARA LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN RELATIVA SE ENCUENTRA SUPEDITADO A LA DECLARATORIA DE NULIDAD O INVALIDEZ DE LOS ACTOS POR PARTE DE AUTORIDAD COMPETENTE. No. De Registro 20154, 2003, Disponible en: [https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=20154&Tipo=3&Tema=0#:~:text=As%C3%AD%2C%20el%20hecho%20il%C3%ADcito%20como,los%20da%C3%B1os%20\(responsabilidad%20civil\).&text=La%20antijuridicidad%20entendida%20como%20toda,por%20las%20normas%20de%20derecho.](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=20154&Tipo=3&Tema=0#:~:text=As%C3%AD%2C%20el%20hecho%20il%C3%ADcito%20como,los%20da%C3%B1os%20(responsabilidad%20civil).&text=La%20antijuridicidad%20entendida%20como%20toda,por%20las%20normas%20de%20derecho.) [Consulta 01/11/20]

³⁹ AGUILAR TORRES, Jorge I., *Op. Cit.*, p. 5

⁴⁰ Artículos 1918 a 1925 CCF.

obligación⁴¹. Por otra parte, el *daño moral* lo define el CCF en el artículo 1916 como aquél en el que la persona sufre una afectación en sus *sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás*. El principal diferenciador, por tanto, es el objeto que pretende proteger la norma, en uno es una cuestión económica y en el otro aquello que no se puede calcular en dinero.

Existe otra distinción importante en la Responsabilidad Civil: la contractual antepuesta a la extracontractual. La distinción *parte de la existencia o no de un vínculo previo entre las partes*.⁴² En primer término, como su nombre lo dice, la *contractual* es la que *procede de un determinado acto jurídico, de un acuerdo de voluntades que posicionan a los sujetos que intervienen en la situación de reclamo de los daños causados*.⁴³ La responsabilidad se genera debido a ese incumplimiento ya sea total o parcial, además de generar una insatisfacción del derecho de crédito convencional, eventualmente cause un daño o perjuicio adicional para el acreedor.⁴⁴ En segundo término, la *Responsabilidad Civil extracontractual* se define como aquella que *se materializa [cuando] el daño o la lesión sean causados por circunstancias ajenas a toda relación contractual previa entre las partes, debiéndose acreditar la acción u omisión que ha causado el daño y que este haya tenido lugar concurriendo cualquier género de culpa o negligencia por parte del sujeto activo*.⁴⁵

La importancia de estas distinciones, más allá de la función doctrinal, es el cálculo de la indemnización. En el caso de la responsabilidad con un daño patrimonial, el cálculo es una tarea sencilla, pues se habla de bienes cuyo valor es traducible en dinero.

⁴¹ Artículo 2108 *Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación* y 2109 *Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación* del CCF.

⁴² Tesis Aislada (Civil) I.So.C.55 C, Registro No. 2004315, Libro XXIII, agosto de 2013, Tomo 3, rubro: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. SU DISTINCIÓN. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2004315&Clase=DetalleTesisBL&Semana=0> [Consulta 01/11/20]

⁴³ AGUILAR TORRES, Jorge I., *Op. Cit.*, p. 4

⁴⁴ Tesis Aislada, Registro No. 2004315, *Op. Cit.*

⁴⁵ *Idem*; Tesis Aislada, Registro No. 2004315, *Op. Cit.*

Sin embargo, para el caso del daño moral, se tiene ante la presencia de bienes inconmensurables. Por lo que, para dicho cálculo, se deberá tomar en cuenta sobre la víctima: el tipo de daño o interés lesionado, la intensidad del daño y las repercusiones patrimoniales del daño. En el caso del responsable, se analizará su grado de responsabilidad y su situación económica. Será el operador jurídico el que, teniendo estos elementos, deberá llegar a la suma que considere justa indemnización.

Ahora bien, la *Responsabilidad Civil en los temas de daños al ambiente* se regulan en el artículo 203 de la LGEEPA, que establece lo siguiente:

Artículo 203.- *Sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que procedan, toda persona que contamine o deteriore el ambiente o afecte los recursos naturales o la biodiversidad, será responsable y estará obligada a reparar los daños causados, de conformidad con la legislación civil aplicable.*
[...]

(resaltado hecho por el autor)

Al analizar este precepto, se puede deducir que se trata de responsabilidad civil extracontractual subjetiva, pues la imputa a *toda persona que contamine o deteriore*, sin la exigencia una relación contractual, y hace referencia a la legislación civil.

Aún cuando esta fue la única responsabilidad regulada por casi 20 años y que sigue vigente actualmente, es la postura del autor que no es la más adecuada. Principalmente por la finalidad que persigue la Responsabilidad Civil *per sé*. Como se discutía con anterioridad, es a través de esta figura que la víctima de un daño consiga repararlo y si procede, reciba una indemnización por lo sufrido. Es decir, busca la protección de la persona, su propiedad y en todo caso su salud.⁴⁶ Si bien es cierto, esto puede involucrar de manera indirecta al medio ambiente, pero el hecho de que se haga referencia a la legislación civil y ello remita a la Responsabilidad Civil, añade el requisito de que sea un daño individualizado para hacer valer la figura (*vea supra*). Sin embargo, el medio ambiente no puede considerarse siempre un derecho del cual es titular un

⁴⁶ AHUMADA F., Paula, INFANTE M., Paloma, *Seguro y Daño Ambiental*, Chile, 2007, p. 12. Disponible: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112137/dehumada_p.pdf?Sequence=1&isAllowed=y [Consulta 04/11/20]

individuo o una colectividad definida. En esa línea de argumentación, el Congreso de la Unión optó considera que:

[...] El daño ambiental es un daño social y difuso dado a que recae sobre bienes que son objeto de interés general y colectivo, y que puede o no concretarse sobre derechos individuales. Puede considerarse como un daño público, teniendo en cuenta que muchos de los bienes con carácter ambiental cumplen una función social. En contraste, el daño civil o privado, con el que la normatividad vigente incorrectamente pretende asociar al daño ambiental, siempre ha de ser individualizado, atribuido en detrimento de una persona en lo particular, lo que resulta incompatible con la naturaleza de los bienes ambientales.⁴⁷

La autoridad legislativa correctamente expone que la rama ambiental sobrepasa la competencia de la materia ambiental. Con ello, manifiesta la justificación de crear una legislación que permita analizar tanto los casos de un daño en concreto, como aquellos que atenten al medio ambiente como universalidad.

En conclusión, de quedarse con esta legislación de 1996 atentaría contra la seguridad jurídica. En un apartado se presentará el régimen actual bajo la luz de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental de 2013 (ver infra).

3. Protección Constitucional del Derecho al Medio Ambiente adecuado

En el 2014, se reformó el artículo 4 Constitucional para darle cabida al derecho a un medio ambiente adecuado. De acuerdo con un Tribunal Colegiado, el reconocimiento de ese derecho implica la protección del medio ambiente sano, lo cual revela un

⁴⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Exposición de motivos. DECRETO por el que se expide la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, de la Ley General de Vida Silvestre, de la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, de la Ley de Aguas Nacionales, del Código Penal Federal, de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos y de la Ley General de Bienes Nacionales*, 2013, p. 3. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/prog_leg/065_DOF_07jun13.pdf [Consulta 03/11/20]

*inescindible vínculo con los derechos humanos*⁴⁸, puesto que hay un derecho reconocido, cuya existencia exige al Estado a protegerlo y disponer que sus *agentes deben garantizar su respeto y determinar consecuencias para quien provoque su deterioro*. En ese mismo sentido, esa reforma trajo consigo que la responsabilidad se extendiera también a los gobernados por medio del sistema de justicia ambiental y su legislación secundaria que reglamenta el daño al entorno.⁴⁹

Esta situación viene aparejada de retos para las autoridades. Por ejemplo, se exige la protección de un derecho que de naturaleza es de difícil valoración⁵⁰. Muchas veces los daños podrán existir, pero si no existe un poder judicial capacitado para poder determinar la responsabilidad y una sanción que sea representativa para el infractor, la contaminación se convertirá en un negocio rentable para aquellos que no sean suficientemente conscientes de cuidar su entorno.

La segunda cuestión es la verdadera exigibilidad que tiene el derecho al medio ambiente por ser un derecho humano de tercera generación. Para ello, primero se tiene que distinguir entre los derechos humanos de aplicación inmediata (primera generación) y los programáticos (segunda y tercera generación).

⁴⁸ Tesis: XXVII.3o.15 CS (10a.). Registro No. 2017254. Libro 55, junio de 2018, Tomo IV, p. 3092. Rubro: Medio ambiente sano. Principios aplicables a su protección, constitucionalmente reconocida. Disponible en:

<https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2017254&Clase=DetalleTesisBL&Semanao=0> [Consulta 05/11/20]; también puede ver lo que se resolvió en la Tesis de Jurisprudencia: XXVII.3o.15 CS (10a.), Registro No. 2022279. Rubro: IMPUESTOS ECOLÓGICOS O COSTO EFICIENTES. ENCUESTRAN SUSTENTO EN EL DEBER DE CONTRIBUIR AL GASTO PÚBLICO, ASÍ COMO EN EL DERECHO AL ACCESO A UN AMBIENTE SANO Y EN EL PRINCIPIO *QUIEN CONTAMINA PAGA*, CONSAGRADOS, RESPECTIVAMENTE, EN LOS ARTÍCULOS 31, FRACCIÓN IV Y 4o., PÁRRAFO QUINTO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Disponible en:

<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=2022279&Semanao=0> [Consulta 05/11/20]

⁴⁹ Tesis: I.7o.A.1 CS (10a.), Registro No. 2012846, Libro 35, Octubre de 2016, Tomo IV, p. 2866. Disponible en:

<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2012846&Clase=DetalleTesisBL&Semanao=0> [Consulta 05/11/20]

⁵⁰ CASTILLO OSORIO, Gloria, *et al.*, *Op. Cit.*, p. 291.

Los primeros son aquellos que los Estados deben de garantizar en todo momento, y en ninguna circunstancia se pueden condicionar⁵¹. Mientras que los programáticos son aquellos no constituyen la titularidad de un derecho subjetivo, es decir, no se puede violar el derecho con respecto de una persona en particular.⁵² En este sentido, la obligación del Estado es una de medios, *i. e.* de adoptar las medidas necesarias para protegerlo.

Es por ello por lo que la Comisión Nacional de Derechos Humanos al definir las obligaciones nacionales que derivan de los Derechos Económicos, Sociales, Económicos, Culturales y Ambientales, las limita a *adoptar las medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra naturaleza, [...] la efectividad de estos derechos [...]*.⁵³ La cuestión aquí, entonces, es determinar cómo tener acceso a ellos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se ha adjudicado la competencia en casos pasados, determinando que aun siendo programáticos sí pueden someterse a los mecanismos judiciales ordinarios⁵⁴. Pero, el problema con esta decisión, de acuerdo con Andrade Rojas⁵⁵, es que la SCJN únicamente podría conocer de estos derechos en el caso de que también se violara otro derecho de primera generación, dado que los mecanismos judiciales requieren como una prerrogativa, la existencia de un derecho subjetivo violado.

⁵¹ AGUILAR CUEVAS, Magdalena, *Las tres generaciones de los derechos humanos. Jurídicas* UNAM. México. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/download/5117/4490> [Consulta 05/11/20]

⁵² *Idem.*

⁵³ CNDH México. (s.f.) *Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales*. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/programa/39/derechos-economicos-sociales-culturales-y-ambientales> [Consulta 05/11/20]

⁵⁴ Amparo en Revisión 640/2019. Segunda Sala SCJN. Disponible en: https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/AR_640-2019_CCRS_vs_Extinci%C3%B3n_FR_S_0.pdf [Consulta 05/11/20]

⁵⁵ ANDRADE ROJAS, Juan Pablo, *Cátedra sobre Derechos Humanos en México* impartida en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara en el semestre de agosto-diciembre 2020.

Por ejemplo, en el caso del Juicio de Amparo, se incluyó la posibilidad de acceder con un interés difuso, es decir, ese que le corresponde a toda la colectividad. Lo que permite que una persona sin un interés legítimo pueda exigir derechos que no son aptos para la naturaleza ni del diseño del Amparo, e.g. los reclamos basados en Derechos Económicos Sociales y Culturales. De ser así, se retrocede a la misma lógica de la Responsabilidad Civil, pues no existe un derecho subjetivo del cual una persona determinada pueda ser titular.

Por ello, es la opinión del autor, que la Constitución es muy acertada en el texto del artículo 4, al establecer que para poder proteger el derecho al medio ambiente se necesita una regulación secundaria que permita establecer los parámetros de las acciones encaminadas en este sentido, así como aquellos necesarios para determinar la existencia de un daño. No obstante, también es necesaria la creación de los organismos constitucionales especializados para poder analizar la Constitución, Tratados Internacionales, y leyes que sean relacionadas con el medio ambiente, distinto del Poder Judicial.

Teniendo esto en mente, el Estado creó en la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental un mecanismo que permitiera perseguir a los responsables de atentar en contra de este derecho, sin entrar en la disyuntiva de la existencia o no de la titularidad de un derecho subjetivo, es decir, uno apto para reclamos en estos temas.

III] Ley Federal de Responsabilidad Ambiental

Durante el sexenio del presidente Enrique Peña Nieto, se llevaron a cabo una serie de reformas que fomentaron la protección del medio ambiente, entre las cuales se encuentra la creación de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental reglamentaria del artículo 4to Constitucional. En la exposición de motivos, la Cámara de Diputados⁵⁶ externa que la importancia de esta legislación recae en que en los últimos años se han registrado acontecimientos de contaminación de cuerpos de agua, suelo y subsuelo, daño a áreas naturales protegidas, actividad de deforestación ilegal, cambios de uso de suelos. Esto a la par con que la Responsabilidad Civil no

⁵⁶ Cámara de Diputados, *Op. Cit.*, p. 2.

cumplía plenamente con los requisitos de la materia (*vid supra*) y la obligación Constitucional de crear un mecanismo especializado (*vid supra*), se vieron en la necesidad de crear la legislación. En el presente apartado se describirá las disposiciones previstas en ella.

1. Conceptos generales

La estructura de la ley consta de dos títulos y un total de 56 artículos. En el artículo primero establece que su *objeto* es regular la responsabilidad ambiental que nace de los daños ocasionados al ambiente, así como la reparación y compensación de dichos daños cuando sea exigible a través de los procesos judiciales federales o mecanismos alternativos de solución de controversias. Por lo que procede a definir que el *daño ambiental* es: *la pérdida, cambio, deterioro, menoscabo, afectación o modificación adversos y mensurables de los hábitat, de los ecosistemas, de los elementos y recursos naturales, de sus condiciones químicas, físicas o biológicas, de las relaciones de interacción que se dan entre éstos, así como de los servicios ambientales que proporcionan.*⁵⁷ A su vez, también sanciona los *daños indirectos*, aquellos que no producen un efecto inmediato del acto u omisión que es imputado a una persona.⁵⁸ En el artículo 6 establece los casos de exclusión, que son (i) haber tenido una autorización previa de la PROFEPA.- o (ii) que se encuentre dentro de los límites previstos en las leyes ambientales o las Normas Oficiales Mexicanas (NOMS).

Para determinar y analizar la responsabilidad, las autoridades responsables serán la PROFEPA, la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (la Secretaría), y los tribunales judiciales o las autoridades encargadas de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. Ellos deberán utilizar la ley para interpretar los convenios, procedimientos y actos administrativos, los procedimientos judiciales, la ley penal en temas de delitos ambientales, en los mecanismos de solución de controversias, y en el juicio de Amparo⁵⁹.

⁵⁷ Artículo 2 fracc. III LFRA

⁵⁸ Artículo 2 fracc. IV LFRA

⁵⁹ Artículo 3 LFRA

2. Obligaciones derivadas de los daños ocasionados al ambiente

Anteriormente se abordó lo inadecuado que era usar la Responsabilidad Civil como figura general para perseguir los daños al medio ambiente (*vid supra*). Siguiendo esta línea, la LFRA establece que el nuevo régimen de Responsabilidad Ambiental, reconoce que el daño al medio ambiente es independiente del daño patrimonial sufrido por los propietarios de los elementos y recursos naturales.⁶⁰ Esto quiere decir que, para determinar la existencia de un daño al medio ambiente, no se requerirá la titularidad de un derecho subjetivo. Ello implica un avance para la independización de la materia ambiental de las demás ramas del derecho.

Con esta autonomía reconocida, en el Capítulo Segundo del Título Primero de la LFRA están provistos los elementos personales, del daño y la responsabilidad con sus sanciones correspondientes. Para mayor explicación, véase la Figura 2:

FIGURA 2.



A la izquierda de la figura se pueden observar los elementos personales. De acuerdo con la ley, toda persona física o moral puede ser sujeto de responsabilidad, siempre que estas *con su acto u omisión ocasione[n] directa o indirectamente un daño al ambiente*.⁶¹ Esto toma relevancia dado que, al momento de imponer las sanciones, éstas serán diferentes si se trata de una persona física a si se trata de una persona moral. En el caso de la primera, la sanción podrá ir de 300 a 50 mil Unidad de Medida y Actualización (UMAS), y en el caso de las morales, va de mil a 600 mil UMAS. Más adelante se abordará cómo funcionan las sanciones.

El segundo elemento se refiere al daño. Así como se definía al inicio del apartado, este se refiere a las alteraciones de los

⁶⁰ Artículo 1, ¶ 3 LFRA

⁶¹ Artículo 10 LFRA

procesos bioquímicos naturales del ambiente. Este puede ser directo o indirecto, pues puede que la acción u omisión produzca los efectos sobre el entorno, o que de su actividad consecuentemente se dañe el medio ambiente.⁶²

El siguiente elemento es la responsabilidad. La LFRA determina que existen dos tipos: la subjetiva y la objetiva. La primera es aquella que se analiza si en el acto u omisión medió dolo o no (*vid supra*). Si sí se ocasiona por un acto u omisión ilícitos dolosos, es decir, que la conducta activa u omisiva sea en contravención de las disposiciones legales, reglamentarias, a las NOMS, o a las autorizaciones, licencias, permisos o concesiones expedidas por la Secretaría u otras autoridades, se impondrá una sanción económica.⁶³ El segundo tipo es la objetiva, la cual se causa independientemente de la negligencia o dolo, por hacerse mediante instrumentos o materiales que de naturaleza son peligrosos. En el artículo 12, la ley categoriza de esta calidad a la acción u omisión relacionada con materiales o residuos peligrosos, el uso u operación de embarcaciones en arrecifes de coral, la realización de las actividades consideradas como Altamente Riesgosas, y los supuestos y conductas del artículo 1913 CCF (*vid supra*). Siendo las únicas excluyentes de responsabilidad las del artículo 6 antes mencionado y en caso fortuito o fuerza mayor.⁶⁴

Los que sean responsables, deberán cumplir ya sea con la reparación de los daños ocasionados, la compensación ambiental, y una sanción económica, cada una procedente en diferentes casos. La reparación de los daños consiste en restituir al Estado Base, es decir, a la condición a la que se habrían encontrado los *hábitat*, *ecosistemas*, *elementos y recursos naturales*, *las relaciones de interacción y los servicios ambientales*, en el momento previo inmediato al daño y de no haber sido éste producido mediante la restauración, restablecimiento, tratamiento, recuperación o remediación.⁶⁵ Se llevará a cabo en el lugar donde ocurrió el daño, y su incumplimiento acarrea responsabilidad penal.⁶⁶ Esta se asimila con el régimen de responsabilidad civil cuando se le imponen daños a un responsable.

⁶² Artículo 2 fracc. III y IV LFRA

⁶³ Artículo 11, ¶ 2 y 3 LFRA

⁶⁴ Artículos 6 y 24 ¶ 3 LFRA

⁶⁵ Artículo 13 LFRA.

⁶⁶ *Idem*.

En los casos en los que no sea posible llevar a cabo la reparación ya sea total o parcial, o que se cumplan las condiciones del artículo 14 fracc. II⁶⁷, el responsable deberá llevar a cabo la compensación ambiental, que consiste en *la inversión o las acciones que el responsable haga su cargo, que generen una mejora ambiental, sustitutiva de la reparación total o parcial del daño ocasionado al ambiente [...]*.⁶⁸ Esta podrá ser total o parcial, en proporción a lo que no se hubiera podido reparar.⁶⁹

En lo que corresponde a las dos sanciones anteriores, es importante resaltar que en caso de que existan diferentes alternativas que den el mismo resultado de reparación o compensación, se optará por la que sea menos onerosa para el responsable.⁷⁰ Asimismo, el Estado llevará a cabo las actividades necesarias en casos de urgencia o importancia, y ejercer acción de repetición en contra del responsable.⁷¹

La última pena imputable es una sanción económica. Ésta será accesoria a la reparación y la compensación y se causará en los casos de responsabilidad subjetiva que involucre dolo o ilicitud. Así como se mencionaba anteriormente, la sanción será distinta en caso de tratarse de persona física o persona moral. La ley también dispone de condonaciones a las sanciones en los artículos 21 y 22. Más adelante, se faculta al juez en la cuantificación de la sanción a tomar en consideración (i) la capacidad económica de la persona responsable para realizar el pago.- (ii) los límites constitucionales.- (iii) la gravedad del daño ocasionado.- (iv) el carácter intencional o negligente del responsable⁷². También éste deberá neutralizar los beneficios económicos obtenidos, y exigir que se garantice prioritariamente el monto de las erogaciones necesarias para acreditar la responsabilidad⁷³.

Por último, la ley establece la posibilidad de imputar responsabilidad subsidiaria y solidaria. El primer tipo es para las personas morales cuando sus subordinados realicen los actos de

⁶⁷ Los supuestos son: i) una actividad ilícita que debió ser objeto de la evaluación de la Secretaría; ii) que la Secretaría haya evaluado los daños; iii)

⁶⁸ Artículo 17 LFRA.

⁶⁹ Artículo 15 LFRA.

⁷⁰ Artículo 40 último párrafo LFRA.

⁷¹ Artículo 18 LFRA.

⁷² Artículo 23 LFRA.

⁷³ *Idem*.

contaminación.⁷⁴ En el caso de la responsabilidad solidaria, existen dos situaciones bajo las cuales se puedan dar: (i) *entre las personas físicas o morales que, siendo dos o más, hubiesen ocasionado el daño*⁷⁵, o ii) cuando era una persona que tenía el deber jurídico de evitar los daños. En el último caso, los Tribunales Colegiados de Circuito han aplicado la disposición y imputado a PEMEX responsabilidad solidaria por los casos de contaminación causados por tomas clandestinas de hidrocarburos, estableciendo que la excluyente de responsabilidad en la Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en el ramo de petróleo, no resulta aplicable⁷⁶. Las causales de excepción que sí dispone la LFRA es *si alguna de ellas ha cumplido con los programas de vigilancia y/o cuenta con un órgano contralor en materia ambiental*.⁷⁷

Procedimiento judicial y mecanismo alternativo de solución de controversias

En el apartado relativo a la obligación constitucional, se hizo referencia a la necesidad de crear un mecanismo independiente para que conociera de este tipo de responsabilidad, debido a la naturaleza programática del artículo 4to Constitucional. Atendiendo a ello, el Capítulo tercero del Primer título y el Segundo título de la LFRA, los dedican a la reglamentación de un mecanismo judicial y al conjunto de alternativos de solución de controversias.

⁷⁴ Artículo 24 LFRA

⁷⁵ Tesis I.18o.A.73 A (10a.), Registro No. 2016754, Libro 53, Abril de 2018, Tomo III, p. 2069. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2016754&Clase=DetalleTesisBL> [Consulta 03/11/20]

⁷⁶ Véase: Tesis: I.18o.A.77 A (10a.), Registro No. 2017383, Libro 56, Julio de 2018, Tomo II, p. 1597. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2017383&Clase=DetalleTesisBL> [Consulta 03/11/20]

lleTesisBL [Consulta 03/11/20]; Tesis: I.18o.A.75 A (10a.), Registro No. 2016756, Libro 53, abril de 2018, Tomo III, p. 2072. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=2016756&Semana=0> [Consulta 03/11/20]

⁷⁷ Artículo 26 LFRA; Tesis I.18o.A.73 A (10a.), Registro No. 2016754, *Op. Cit.*

En lo que se refiere al *judicial*, que está regulado en los artículos 27 a 46, es un procedimiento para *demandar la responsabilidad ambiental y el cumplimiento de las obligaciones, pagos y prestaciones*.⁷⁸ Tendrán legitimación activa las personas físicas que habiten en una comunidad colindante a donde ocurrió el daño, las personas morales sin fines de lucro cuyo objeto social sea la protección del medio ambiente, la Federación a través de la PROFEPA y las procuradurías de las entidades federativas. La prescripción de la acción será de 12 años, que son 7 años más que los que otorgaba el artículo 203 de la LGEEPA.

Con respecto a los jueces que conocerán de ello, la ley en cuestión establece que serán jueces de distrito especializados, por lo que le impuso la obligación a los Juzgados de Distrito para en el término de dos años crearan tribunales.⁷⁹ El 3 de julio de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo General 27/2015, mediante el cual le otorgaban la facultad a los Juzgados de Distrito mixtos, especializados, y semiespecializados de la República Mexicana que en ese momento conocían de los juicios administrativos para atender los asuntos ambientales⁸⁰. Los jueces tendrán la competencia para establecer las medidas cautelares que crean necesarias, determinar cuáles son los elementos de prueba que crea pertinentes, y determinar las sanciones correspondientes, teniendo como legislación supletoria el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Por otra parte, los *mecanismos alternativos de solución de controversias*, protege el derecho que tienen las personas de *resolver las controversias de carácter jurídico y social que se ocasionen por la producción de daños al ambiente, a través de vías colaborativas en las que se privilegie el diálogo y se faciliten las alternativas de solución que resulten ambiental y socialmente más*

⁷⁸ Artículo 27 LFRA

⁷⁹ Artículo Transitorio Tercero.

⁸⁰ PLENO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL, *Acuerdo General 27/2015 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que precisa la competencia de los Juzgados de Distrito mixtos, especializados y semiespecializados de la República Mexicana, que actualmente tienen competencia en juicios administrativos, para atender los asuntos ambientales señalados en la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, Diario Oficial de la Federación, 2015*, Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5399391&fecha=03/07/2015#:~:text=ACUERDO%20GENERAL%2027%2F2015%2C%20DEL,AMBIENTALES%20SE%2C%2091ALADOS%20EN%20LA%20LEY [Consulta 06/11/20]

positivas.⁸¹ Los mecanismos previstos son los de mediación, conciliación y demás que sean adecuados, y tienen acceso a ellos tanto los responsables como los que tienen legitimación activa en el procedimiento judicial.

Se podrán resolver algunas o todas las diferencias que se susciten entre los interesados, siempre u cuando no se afecte la moral, los derechos de terceros ni se contravengan las leyes ambientales, las disposiciones de orden público y los tratados internacionales de los que México sea parte.⁸² Este mecanismo puede tomar lugar en durante el procedimiento judicial y hasta antes de que se dicte sentencia⁸³. Su finalidad será llegar a un acuerdo, mismo que se podrá integrar a la sentencia, y podrá traerle beneficios al responsable, e.g. no ser sujeto a una sanción económica.

En conclusión, la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental trajo consigo el rompimiento de los paradigmas que se tenían sobre esta figura. Permitió que se le diera el entendimiento que se debe al derecho al medio ambiente adecuado, al establecer un mecanismo especializado que perseguirá a los responsables de dañarlo, y los sancionará tomando en cuenta la situación en cada caso.

IV] Conclusiones

La evolución del ser humano y sus nuevas necesidades han ocasionado una demanda mayor de los recursos naturales. Esto ha impactado en los sistemas bioquímicos de su entorno. Fue por ello que, las organizaciones internacionales llamaron la atención de los países, para poder alinear los intereses y poder encontrar una solución que permitiera el desarrollo del ser humano sin ser a costa del ambiente.

⁸¹ Artículo 47 LFRA.

⁸² Artículo 48 LFRA; deberá entenderse por Leyes ambientales: La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, la Ley General de Vida Silvestre, la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, la Ley de Aguas Nacionales, la Ley de Cambio Climático, y la Ley General de Bienes Nacionales; así como aquellos ordenamientos cuyo objeto o disposiciones se refieran a la preservación o restauración del equilibrio ecológico y la protección del ambiente o sus elementos;

⁸³ Artículo 49 LFRA.

Con esta idea planteada, México se dio a la tarea de crear legislación en temas del medio ambiente, y reestructurar la Administración Pública Federal, para darle entrada a secretarías y procuradurías encargadas de velar por la protección del entorno. Los esfuerzos comenzaron el siglo pasado, pero no fue hasta 1996 que la figura de responsabilidad quedó consagrada en la LGEEPA. En el 2012 se dio el siguiente cambio de paradigma, al agregar al artículo 4to constitucional, que se reconocía el derecho al medio ambiente adecuado, y se le imponía la obligación al Estado de adoptar las medidas necesarias para protegerlo.

No obstante estos avances, no fue hasta el 2013 con la publicación de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, que se le reconoce la autonomía que merece a la figura. Las problemáticas que se resolvieron con la publicación de esta ley fueron dos principales: respetar que el derecho al medio ambiente adecuado es programático, y por tanto, no debería requerir la titularidad de un derecho subjetivo para hacerse valer; y, la creación de mecanismos especializados para poder exigir la responsabilidad de aquellos que dañen el medio ambiente.

El trabajo concluyó dando un panorama general de las legislaciones de otros países, y se llegó a la conclusión de que México ha dado un paso adelante al reconocer la autonomía. No obstante esta evolución, queda pendiente poderle dar mayor espacio de desarrollo de esta materia, con la creación de organismos constitucionales que puedan interpretar la Constitución en estos temas, sin tener que someter la materia a la competencia de otras ramas.

Bibliografía

Acuerdos Generales:

Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, Acuerdo General 27/2015 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que precisa la competencia de los Juzgados de Distrito mixtos, especializados y semiespecializados de la República Mexicana, que actualmente tienen competencia en juicios administrativos, para atender los asuntos ambientales señalados en la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, Diario Oficial de la Federación, 2015, Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5399391&fecha=03/07/2015#:~:text=ACUERDO%20GENERAL%2027%2F2015%2C%20DEL,

AMBIENTALES%20SE%20C3%91ALADOS%20EN%20LA%20LEY [Consulta 06/11/20]

Doctrina:

AGUILAR CUEVAS, Magdalena, Las tres generaciones de los derechos humanos. Jurídicas UNAM. México. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/download/5117/4490> [Consulta 05/11/20]

AGUILAR TORRES, Jorge I., La Responsabilidad civil objetiva por daños al medio ambiente y su regulación en México, Red de Investigadores parlamentarios en línea, México, 2010, p. 4. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/redipal-02-10.pdf> [Consulta 01/11/20]

AHUMADA F., Paula, INFANTE M., Paloma, Seguro y Daño Ambiental, Chile, 2007, p. 12. Disponible: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112137/dehumada_p.pdf?Sequence=1&isAllowed=y [Consulta 04/11/20]

ANDRADE ROJAS, Juan Pablo, Cátedra sobre Derechos Humanos en México impartida en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara en el semestre de Agosto-Diciembre 2020.

CAMPOS DÍAZ BARRIGA, Mercedes, Concepto de Responsabilidad. La responsabilidad civil por daños al medio ambiente: el caso del agua en México. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000, pp. 20, 21, Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3496/5.pdf> [Consulta 01/11/20]

CASTILLO OSORIO, Gloria, et al, Responsabilidad por daño ambiental. Regulación mexicana, Perfiles de las Ciencias Sociales UJAT, México, volumen 5, Número 10, Enero-Junio, 2018, p. 272. Disponible en: <http://ri.ujat.mx/bitstream/20.500.12107/2481/1/176-1728-A.pdf> [Consulta 03/11/20]

CNDH México. (s.f.) Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/programa/39/derechos-economicos-sociales-culturales-y-ambientales> [Consulta 05/11/20]

Comisiones Unidas De Medio Ambiente, Recursos Naturales Y Pesca, Consideraciones, Dictamen de las Comisiones Unidas de Medio Ambiente, Recursos naturales y Pesca; y de estudios legislativos, segunda, a la iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, México, 2011, pp. 8-9. Disponible en: <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=CDMddE+Bke8KMN205Fd+Cu+LFdqeXUmm1PMPqzbYB/E5O/cZ1Ht7HFzNWfU190n1O8Ji7GnwiBed9jgLpolDMg==> [Consulta 01/11/20]

Documentación de la ONU: Medio Ambiente. (s.f.). Biblioteca de las Naciones Unidas. Disponible en:

<https://research.un.org/es/docs/environment/conferences> [Consulta 01/11/20]

GOROSITO, Ricardo, Los principios del Derecho ambiental, Revista De Derecho, 2da época, Año 13, no. 16, 2017, pp. 115-125, Disponible en: <https://doi.org/10.22235/rd.v2i16.1471> [Consulta 03/11/20]

CEPAL, Implementación de Río+20, Río +20, El futuro que queremos, Disponible en: <https://www.cepal.org/rio20/> [Consulta 01/11/20]

Instituto Nacional De Ecología Y Cambio Climático, Marco Jurídico e Institucional de la Regulación Ambiental de la Industria. México. Disponible en:

<http://www2.inecc.gob.mx/publicaciones2/libros/259/marcojur.html> [Consulta 03/11/20]

JACKSON, Peter, De Estocolmo a Kyoto: Breve historia del cambio climático. Crónica ONU, Organización de las Naciones Unidas, Disponible en: <https://www.un.org/es/chronicle/article/de-estocolmo-kyotobreve-historia-del-cambio-climatico> [Consulta 01/11/20]

MEDINA VILLANUEVA, Jorge Eduardo, Cátedra sobre Aspectos generales de la RCE impartida en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara, Seminario del Derecho de Daños, México, 2020.

Medioambiente. (s.f.). Lexico. Oxford. Disponible en: <https://www.lexico.com/es/definicion/medioambiente> [Consulta 03/11/20]

Organización de las Naciones Unidas. (s.f.). Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/conferences/wssd/unced.html> [Consulta 01/11/20]

ORTEGA, Ariadna. La contaminación ambiental en México deja 49,000 muertes. Expansión Política. México. 21 agosto 2019. Disponible en: <https://politica.expansion.mx/mexico/2019/08/21/contaminacion-ambiental-mexico-deja-49-mil-muertes> [Consulta 02/11/20]

PARDO, R., Nuestro futuro común: el informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Unasylva, Vol. 40, No. 159, PAFT, 1988, Disponible en: <http://www.fao.org/3/s5780s/s5780s09.htm#ambiente> [Consulta 03/11/20]

Responsabilidad, Diccionario de la Real Academia Española, Disponible en: <https://dle.rae.es/responsabilidad> [Consulta 01/11/20]

SEMARNAT. (2018). Impacto de las actividades humanas en el ambiente: huellas, costos y salud ambiental. Informe de la Situación del Medio Ambiente en México: Población y medio ambiente. México. Disponible en: https://apps1.semarnat.gob.mx:8443/dgeia/informe18/tema/pdf/Cap1_Poblacion.pdf [Consulta 02/11/20]

Universidad Politécnica de Valencia. (s.f.). Nuestro Futuro Común. Disponible en: <http://www.upv.es/contenidos/CAMUNISO/info/U0506189> [Consulta 03/11/20]

VALDÉS VALDÉS, C. Orestes, Llivina Lavigne, C. Miguel Jorge, Capítulo 6. Glosario de términos sobre la protección del medio ambiente, educación

ambiental, el cambio climático y el desarrollo sostenible, Educación y cambio climático: Adaptación y mitigación desde las escuelas y hacia las comunidades en Cuba, Educación cubana y UNESCO, Cuba, 2015, p. 103-118, Disponible en:

http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Havana/pdf/Capitulo6_02.pdf [Consulta 03/11/20]

Legislación

Cámara De Diputados, Exposición de motivos. DECRETO por el que se expide la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, de la Ley General de Vida Silvestre, de la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, de la Ley de Aguas Nacionales, del Código Penal Federal, de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos y de la Ley General de Bienes Nacionales, 2013, p. 3. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/prog_leg/065_DOF_07jun13.pdf [Consulta 03/11/20]

Código Civil Federal de México [CCF].

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM].

Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (1972) [Principios de Estocolmo] Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2005.pdf> [Consulta 03/11/20]

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) [Principios de Río]. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> [Consulta 03/11/20]

Ley 7554: Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica. Disponible en: https://www.google.com/search?q=ley+de+medio+ambiente+el+salvador&rlz=1C5CHFA_enMX875MX876&oq=ley+de+medio+ambiente+el+salvador&aqs=chrome..69i57j0l3j0i22i30l4.5973j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8 [Consulta 06/11/20]

Ley de Crímenes Ambientales Brasil. Disponible en: [riaej.com/sites/default/files/biblioteca/Ley%20N°%209.605.pdf](http://riaej.com/sites/default/files/biblioteca/Ley%20N%209.605.pdf)

Ley de Gestión Ambiental Ecuador. Disponible en: <https://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/09/LEY-DE-GESTION-AMBIENTAL.pdf> [Consulta 06/11/20]

Ley Federal de Protección al Ambiente (1982). Diario Oficial de la Federación. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4709428&fecha=11/01/1982 [Consulta 03/11/2020]

Ley Federal de Responsabilidad Ambiental [LFRA]

Tesis y jurisprudencia

Voto particular Magistrado Indalfer Infante Gonzales, DAÑOS Y PERJUICIOS PROVENIENTES DE ACTOS ILÍCITOS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. EL CÓMPUTO PARA LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

RELATIVA SE ENCUENTRA SUPEDITADO A LA DECLARATORIA DE NULIDAD O INVALIDEZ DE LOS ACTOS POR PARTE DE AUTORIDAD COMPETENTE. No. De Registro 20154, 2003, Disponible en: [https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=20154&Tipo=3&Tema=0#:~:text=As%C3%AD%2C%20el%20hecho%20il%C3%ADcito%20como,los%20da%C3%B1os%20\(responsabilidad%20civil\).&text=La%20antijuridicidad%20entendida%20como%20toda,por%20las%20normas%20de%20derecho.](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=20154&Tipo=3&Tema=0#:~:text=As%C3%AD%2C%20el%20hecho%20il%C3%ADcito%20como,los%20da%C3%B1os%20(responsabilidad%20civil).&text=La%20antijuridicidad%20entendida%20como%20toda,por%20las%20normas%20de%20derecho.) [Consulta 01/11/20]

Tesis I.18o.A.73 A (10a.), Registro No. 2016754, Libro 53, Abril de 2018, Tomo III, p. 2069. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2016754&Clase=DetalleTesisBL> [Consulta 03/11/20]

Tesis: I.18o.A.75 A (10a.), Registro No. 2016756, Libro 53, Abril de 2018, Tomo III, p. 2072. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=2016756&Semana=0> [Consulta 03/11/20]

Tesis: I.18o.A.77 A (10a.), Registro No. 2017383, Libro 56, Julio de 2018, Tomo II, p. 1597. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2017383&Clase=DetalleTesisBL> [Consulta 03/11/20]

Tesis de Jurisprudencia: XXVII.3o.15 CS (10a.), Registro No. 2022279. Rubro: IMPUESTOS ECOLÓGICOS O COSTO EFICIENTES. ENCUENTRAN SUSTENTO EN EL DEBER DE CONTRIBUIR AL GASTO PÚBLICO, ASÍ COMO EN EL DERECHO AL ACCESO A UN AMBIENTE SANO Y EN EL PRINCIPIO QUIEN CONTAMINA PAGA, CONSAGRADOS, RESPECTIVAMENTE, EN LOS ARTÍCULOS 31, FRACCIÓN IV Y 4o., PÁRRAFO QUINTO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=2022279&Semana=0> [Consulta 05/11/20]

Tesis: XXVII.3o.15 CS (10a.). Registro No. 2017254. Libro 55, Junio de 2018, Tomo IV, p. 3092. Rubro: MEDIO AMBIENTE SANO. PRINCIPIOS APLICABLES A SU PROTECCIÓN, CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDA. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2017254&Clase=DetalleTesisBL&Semana=0> [Consulta 05/11/20]

Tesis Aislada (Civil) I.5o.C.55 C, Registro No. 2004315, Libro XXIII, agosto de 2013, Tomo 3, rubro: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL. SU DISTINCIÓN. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2004315&Clase=DetalleTesisBL&Semana=0> [Consulta 01/11/20]

La suspensión de los actos impugnados en el Juicio Contencioso Administrativo en el Estado de Jalisco

JOSÉ LUIS PINTO ARRIAGA¹

*A mis padres
A Miguel Ángel García Domínguez*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La suspensión.* III. *Suspensión en el ámbito Estatal.* IV. *Propuesta de reforma para la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco.* V. *Conclusiones.*

Resumen. La decisión de hacer el presente artículo sobre la figura de la suspensión de los actos impugnados en el juicio administrativo en el Estado de Jalisco es destacar la importancia de una reforma urgente a la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco. La figura de la suspensión se encuentra deficientemente regulada, en virtud de que impide al Juzgador, por sí mismo, modificar o levantar la suspensión otorgada en el acuerdo de admisión de la demanda en un acto posterior, como sucede en el amparo y en el procedimiento contencioso administrativo federal, cuando resuelven la suspensión definitiva, lo que permite que los particulares continúen con actividades que en algunos casos contravienen el interés público y el interés social.

De ahí la necesidad de reformar la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, a fin de que se incorpore una suspensión de carácter provisional en adición a la definitiva, lo cual representaría un verdadero acceso a la tutela judicial efectiva y, le permitiría al juzgador pronunciarse lo más apegado a derecho posible; ya que a lo largo del artículo se explicará la problemática de la situación actual en el Estado de Jalisco por lo que ve a la suspensión y se propondrá una reforma a manera de solución.

Palabras clave: Suspensión, juicio administrativo, medida cautelar, justicia administrativa.

¹ Licenciado en derecho por la Universidad Panamericana, campus Guadalajara. Secretario en la Sala Superior del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco.

Abstract. *The decision to make this article on the figure of the suspension of the contested acts in the administrative trial in the State of Jalisco, is to highlight the importance of an urgent reform to the Law of Administrative Justice of the State of Jalisco, since, the figure of the suspension is poorly regulated. The actual law prevents the Judge himself from modifying or lifting the suspension granted in the agreement admitting the claim in a subsequent act such as in the amparo and in the contentious administrative federal procedure, when they resolve the definitive suspension, which allows individuals to continue with activities that in some cases contravene the public interest and the social interest. Hence the need to reform the Law of Administrative Justice of the State of Jalisco, in order to incorporate a provisional suspension in addition to the definitive one, which would represent a true access to effective judicial protection and would allow the judge to pronounce as closely as possible to the law; therefore, throughout the article, the problem of the current situation in the State of Jalisco regarding the suspension will be explained, and a reform will be proposed as a solution.*

Keywords: *Suspension, administrative judgment, caution, administrative justice.*

I] Introducción

Tanto en la Ley de Amparo como en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, se habla de una suspensión provisional seguida de la definitiva, en donde en un primer momento se concederá la suspensión provisional haciendo el examen de ponderación a la apariencia del buen derecho y peligro en la demora y, posteriormente, se correrá traslado a la autoridad demandada, para que rinda el informe correspondiente y se pronuncie acerca de la medida solicitada, atendiendo a la equidad procesal de las partes, así como para evitar dejar en estado de indefensión tanto a la autoridad,- dándole oportunidad de manifestarse respecto a la medida suspensiva otorgada por el juzgador- como a la parte actora para que la medida que pretende sea analizada congruente y exhaustivamente analizando las circunstancias particulares del caso.

Sin embargo, la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco no contempla la figura jurídica de la suspensión provisional, sino que, únicamente habla de la suspensión, entendiéndose ésta como definitiva, lo cual implica que en un primer momento cuando

el ciudadano acude a solicitar la medida cautelar en mención en el escrito inicial de demanda, el juzgador tiene que resolver sobre su procedencia, realizando un asomo superficial para verificar si le asiste el derecho al solicitante, con los únicos elementos que hasta ese momento le aporta el propio actor, con el riesgo de que no pueda modificar de oficio la medida otorgada en una etapa posterior, en donde advierta que no era procedente su otorgamiento porque cause perjuicio a terceros o incluso se contravengan disposiciones de orden público e interés social.

El asunto que nos ocupa es de verdadera relevancia, toda vez que se considera que la figura de la suspensión contemplada en la Ley de Justicia del Estado de Jalisco se encuentra deficientemente reglamentada.

Lo anterior, debido al hecho de que la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco no contemple una suspensión provisional del acto o resolución reclamada, implica que cuando al juzgador le sea solicitada dicha medida cautelar en el escrito inicial de demanda, éste debe determinar si con los datos de prueba con los que cuenta hasta ese momento, que son únicamente los aportados por el actor, se acredita que existe peligro inminente de que se ejecute el acto o resolución reclamada y que la ejecución pueda causarle daños y perjuicios; sin embargo, una vez otorgada dicha medida cautelar no podrá volver a ser objeto de análisis dado que sólo existe un solo momento para resolver sobre esta figura, lo cual implica que no obstante que su otorgamiento contravenga disposiciones de orden público e interés social, dicha medida no pueda ser levantada con posterioridad sino hasta que se resuelve de fondo el asunto.

II] La suspensión

La figura de la suspensión tiene su fundamento en nuestro sistema jurídico mexicano de la siguiente manera: En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 107, fracción X; en la Ley de Amparo se encuentra prevista en los artículos del 124 al 158; en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, se regula en los artículos 24 y del 26 al 28 Bis y; en la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, se encuentra reglamentada en los artículos del 66 al 69.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 107.- Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

X. Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones que determine la ley reglamentaria, para lo cual el órgano jurisdiccional de amparo, cuando la naturaleza del acto lo permita, deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del interés social.

Dicha suspensión deberá otorgarse respecto de las sentencias definitivas en materia penal al comunicarse la promoción del amparo, y en las materias civil, mercantil y administrativa, mediante garantía que dé el quejoso para responder de los daños y perjuicios que tal suspensión pudiere ocasionar al tercero interesado. La suspensión quedará sin efecto si este último da contragarantía para asegurar la reposición de las cosas al estado que guardaban si se concediese el amparo y a pagar los daños y perjuicios consiguientes;

XI. La demanda de amparo directo se presentará ante la autoridad responsable, la cual decidirá sobre la suspensión. En los demás casos la demanda se presentará ante los Juzgados de Distrito o los Tribunales Unitarios de Circuito los cuales resolverán sobre la suspensión, o ante los tribunales de las entidades federativas en los casos que la ley lo autorice;²

De lo que se desprende que la Constitución prevé que los actos reclamados pueden ser objeto de suspensión, conforme a las reglas de la ley reglamentaria, para lo cual el órgano jurisdiccional, podrá otorgar la suspensión de dichos actos, siempre y cuando haga una ponderación de la apariencia del buen derecho y del interés social.

Ley de Amparo (...)

Artículo 138. Promovida la suspensión del acto reclamado el órgano jurisdiccional deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho, la no afectación del interés social y la no contravención de disposiciones de orden público, en su caso, acordará lo siguiente:

I. Concederá o negará la suspensión provisional; en el primer caso, fijará los requisitos y efectos de la medida; en el segundo caso, la autoridad responsable podrá ejecutar el acto reclamado;

II. Señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia incidental que deberá efectuarse dentro del plazo de cinco días;

y

III. Solicitará informe previo a las autoridades responsables, que deberán rendirlo dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, para

² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, México, 05 de febrero de 1917, artículo 107 fracciones X y XI (texto vigente).

lo cual en la notificación correspondiente se les acompañará copia de la demanda y anexos que estime pertinentes.³ (...)

Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo

Artículo 24. Una vez iniciado el juicio contencioso administrativo, salvo en los casos en que se ocasione perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público, y con el fin de asegurar la eficacia de la sentencia, el Magistrado Instructor podrá decretar la suspensión de la ejecución del acto impugnado, a fin de mantener la situación de hecho existente en el estado en que se encuentra, así como todas las medidas cautelares positivas necesarias para evitar que el litigio quede sin materia o se cause un daño irreparable al actor⁴.

La suspensión de la ejecución del acto impugnado se tramitará y resolverá exclusivamente de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 28 de esta Ley.

Las demás medidas cautelares se tramitarán y resolverán de conformidad con el procedimiento previsto en la presente disposición jurídica y los artículos 24 Bis, 25, 26 y 27 de esta Ley. (...)

De lo anterior, podemos ver que tanto en la Ley de Amparo como en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, se habla de una suspensión provisional seguida de la definitiva, en donde en primer momento se concederá la suspensión provisional haciendo el examen de ponderación a la apariencia del buen derecho y peligro en la demora y, posteriormente, se correrá traslado a la autoridad demandada, para que rinda un informe correspondiente y se pronuncie acerca de la medida solicitada.

Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco

Artículo 66. La suspensión de la resolución o del acto administrativo, podrá concederse de oficio, en el mismo auto en que admita la demanda, cuando el acto o resolución impugnado, de llegar a consumarse, dificultaría restituir al particular en el goce de su derecho. El auto que decrete la suspensión debe notificarse sin demora a la autoridad demandada, para su cumplimiento⁵. (...)

Del artículo citado, se desprende que en el juicio administrativo en el Estado de Jalisco, se contempla la figura de la

³ Ley de Amparo, Diario Oficial de la Federación, México, 02 de abril de 2013, artículo 138.

⁴ Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, Diario Oficial de la Federación, México, 1 de diciembre de 2005, artículo 24 (texto vigente).

⁵ Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, Periódico Oficial del Estado de Jalisco, México, 18 de enero de 2000, artículo 66 (texto vigente).

suspensión en un solo momento, es decir, no se prevé la suspensión provisional ni la definitiva (como en la Ley de Amparo y la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo), por lo que debieran unificarse los criterios anteriormente expuestos, ya que en el juicio administrativo en el estado de Jalisco se impide que el juzgador por sí mismo pueda modificar o levantar la suspensión otorgada en el acuerdo de admisión de la demanda, en un acto posterior como sucede en el amparo y en el procedimiento contencioso administrativo federal, cuando resuelven la suspensión definitiva.

Una vez otorgada dicha medida cautelar no podrá volver a ser objeto de análisis dado que sólo existe un momento para resolver sobre esta figura, lo cual implica que, no obstante que su otorgamiento contravenga disposiciones de orden público e interés social, dicha medida no pueda ser levantada con posterioridad sino hasta que se resuelve de fondo el asunto.

El Diccionario de la Lengua Española, señala que la palabra suspensión es de origen latino *suspensio*, *suspensiones*, y que es la acción y efecto de suspender; a su vez, el verbo *suspender* del latín *suspendere*, en una de sus acepciones significa *detener o diferir por un tiempo una acción u obra*.⁶

La suspensión del acto reclamado es una medida cautelar contemplada ampliamente en la Ley de Amparo, que tiene como finalidad mantener viva la materia del juicio en tanto se resuelva el mismo y, también para evitar al gobernado durante la tramitación del juicio, los daños o perjuicios que pudiera ocasionar la ejecución del acto, ordenando a las autoridades señaladas como responsables que mantengan las cosas en el estado en que se encuentran en tanto se resuelva el fondo de la *litis*.

Como lo define Rodrigo Maldonado en su Ley de Justicia Administrativa del Estado de Nuevo León, comentada:

La suspensión de los actos impugnados es una de las figuras más trascendentes dentro del juicio contencioso administrativo, en virtud de que con ella se asegura la protección y el acceso a una justicia pronta y expedita.

La suspensión de los actos impugnados tiene su base en los principios de la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, los cuales permiten al juzgador asomarse de forma provisional al fondo del asunto, y sin resolver el mismo en definitiva, puede estimar la necesidad de mantener las cosas en el estado en que se encuentran, a razón de que no se debe causar

⁶ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Madrid, p. 1231

*un perjuicio en los derechos de los justiciables por la tardanza de la resolución del juicio contencioso administrativo.*⁷

Ignacio Soto Gordo y Gilberto Liévana Palma, expresan que la suspensión, como su nombre lo indica *tiene por objeto paralizar o impedir la actividad que desarrolla o está por desarrollar la autoridad responsable, y precisamente no viene a ser sino una medida precautoria que la parte quejosa solicita, con el objeto de que el daño o los perjuicios que pudieran causarle la ejecución del acto que reclama, no se realice.*⁸

La suspensión, es la acción jurisdiccional por la que se ordena paralizar la realización del acto reclamado, mientras se resuelve el fondo del asunto, es una institución jurídica en la que el Tribunal ordena detener el actuar de la autoridad en el juicio, hasta que legalmente se pueda continuar, es decir con la sentencia definitiva que decida la constitucionalidad del acto reclamado, lo cual es una figura jurídica trascendental en el ámbito jurídico-contencioso, dado que sus efectos mantienen las cosas en el estado en que se encuentran en tanto se resuelve el asunto en sentencia definitiva y, permite mantener viva la materia del juicio, evitando que se causen daños irreparables al solicitante.

Asimismo, el autor de este ensayo considera necesario presentar un ejemplo en el cual se explica de manera sencilla la figura de la suspensión, que hace el Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Genaro Góngora Pimentel, donde cita que la suspensión del acto reclamado es parecida al juego de niños de nombre *encantados* que consiste en que el encantador persigue a los demás niños y, si logra tocar a uno de ellos, dice *encantado*, con lo que queda de inmediato detenido en la posición y actitud que tenía en el momento de ser tocado y no puede hacer ningún movimiento hasta que el encantamiento se levanta; define que la suspensión tiene como objeto mantener viva la materia del amparo, lo cual se logra impidiendo que el acto se llegue a consumar irreparablemente, antes de que se haya resuelto en forma definitiva si tal acto es o no contrario a la Constitución, ya que si la consumación ocurre, no pueden volver las cosas al estado que guardaban antes de la violación; destaca que la suspensión del acto reclamado es de suma importancia porque sin ella podría

⁷ MALDONADO, Rodrigo, *Ley de Justicia Administrativa para el Estado de Nuevo León*, comentada, Editorial Porrúa, México, 2017, p. 55

⁸ SOTO, Ignacio y LIÉVANA, Gilberto, *La Suspensión del Acto Reclamado en el Juicio de Amparo*, 2da ed, Editorial Porrúa, México, 1977, p. 47

consumarse el acto de manera irreparable y de nada serviría una sentencia favorable si no repara el derecho violado.

Acorde con las definiciones anteriores, podemos concluir que la suspensión del acto reclamado es una figura jurídica que se solicita con el objeto de restituir de manera temporal en tanto se resuelve de fondo el asunto, al peticionario en el goce del derecho humano que se estima violado. Es mediante esta medida cautelar que se paraliza el acto o resolución reclamada y la autoridad o autoridades demandadas deben abstenerse de llevarlo a cabo o dejar de continuarlo en tanto se resuelve la cuestión de fondo, de si ese acto se encuentra apegado a la ley.

III] La suspensión en el ámbito estatal

El simple transcurso del tiempo, desde la entrada en vigor de la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, en el año 2000, denota una falta de actualización, debido a un sin número de cambios que nuestra sociedad ha experimentado, como la reforma en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, sin que nuestra Ley de Justicia Administrativa se haya ajustado a tales exigencias.

En materia de suspensión, antes bastaba revisar los requisitos que contempla el artículo 67⁹ de la ley de Justicia

⁹ Artículo 67.- Además de los casos a que alude el artículo anterior, la suspensión se decretará cuando concurren los siguientes requisitos:

I. Que lo solicite el particular actor;

II. Que el solicitante demuestre su interés jurídico; y

III. Que, de concederse la suspensión, no se siga perjuicio a un evidente interés social o se contravengan disposiciones de orden público. Se considerará, entre otros casos, que sí se siguen tales perjuicios o se realizan tales contravenciones cuando, de concederse la suspensión: se continúe el funcionamiento de centros de vicio, de lenocinios, la producción o el comercio de drogas enervantes; se permita la consumación o continuación de delitos o de sus efectos, o el alza de precios con relación a artículos de primera necesidad o bienes de consumo necesario; se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave, el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el estado, o la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenen a la persona.

IV. Que sean de difícil reparación los daños y perjuicios que se causen al particular con la ejecución del acto.

La Sala resolverá sobre la suspensión dentro de los tres días siguientes a que hubiere sido solicitada la medida; si concede la suspensión, procurará fijar la situación en que habrán de quedar las cosas y dictará las medidas pertinentes para conservar la materia del juicio y evitar que se causen daños irreparables para el actor o, en su caso para restituir al actor en el goce de su derecho, hasta en tanto no cause estado la sentencia definitiva.

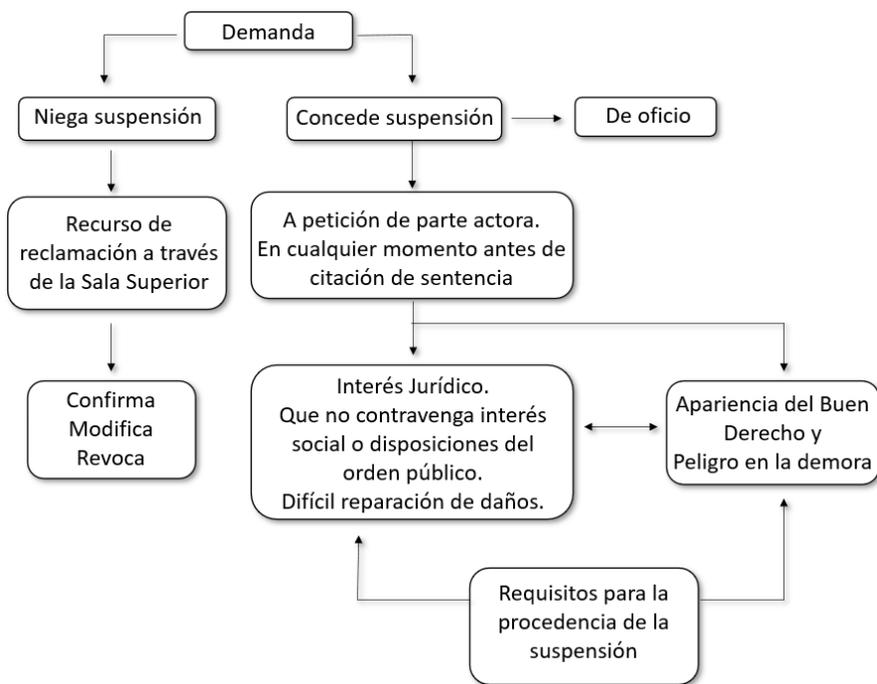
Administrativa del Estado de Jalisco para que se negara o concediera la suspensión solicitada por el particular. Hoy en día se lleva a cabo una exigencia mayor al juzgador, obligándolo a hacer un verdadero ejercicio de ponderación entre los derechos que se ponen en riesgo con las concesiones de la suspensión, como lo son los intereses generales, la apariencia del buen derecho, entre otros factores.

La actual Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, en su capítulo IX, merece comentarios desde su propio título, ya que si bien dentro de la Ley, se le denomina *Medidas Cautelares*, lo cierto es que hace referencia a tan solo una de sus modalidades la *Suspensión* de los actos reclamados.

El capítulo IX en comento no ha sufrido modificaciones por parte del poder legislativo desde la entrada en vigor de la Ley de Justicia Administrativa que data del 18 de abril del 2000, que nos revela la problemática a la que hoy se enfrenta el juzgador al momento de dictar las medidas cautelares.

Es por eso que, a través del presente artículo se pretende demostrar la urgencia de actualizar nuestra Ley de Justicia Administrativa, para efecto de que se introduzcan las medidas de la suspensión provisional y la definitiva, partiendo de las necesidades que los gobernados nos enfrentamos día con día y las exigencias que se le piden a nuestros impartidores de justicia con el fin de dotarles de herramientas necesarias para el cumplimiento de su trabajo y que éste se vea reflejado en la sociedad en la que vivimos, asegurando los derechos de las personas en tanto se resuelve el fondo de cada uno de los asuntos que se plantean ante el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco.

En el anterior orden de ideas y en forma ilustrativa, se presenta el siguiente esquema, que explica cómo se tramita la medida cautelar en el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco.



Del análisis realizado a la imagen anterior podemos advertir cómo al presentarse la demanda, la sala unitaria concede la suspensión previo análisis de los requisitos mencionados a lo largo del trabajo, sin observar lo siguiente:

Se otorga la suspensión sin la oportunidad de revisar en un segundo momento la procedencia de la suspensión, es decir, que el juzgador se allegue de mayores elementos en virtud del informe previo rendido por las autoridades demandadas, lo que le otorga la posibilidad de dictar una resolución mejor informada, de tal suerte que, si de los datos aportados por la o las autoridades demandadas se advirtiera que con la suspensión se perjudica el interés social o se contraviene el orden público, el juzgador puede modificar o revocar su resolución en la que determinó otorgar la suspensión provisional.

El artículo 66 de la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, establece que:

Artículo 66.- La suspensión de la resolución o del acto administrativo, podrá concederse de oficio, en el mismo auto en que admita la demanda, cuando el acto o resolución impugnado, de llegar a consumarse, dificultaría restituir al particular en el goce de su derecho. El auto que decrete la suspensión debe notificarse sin demora a la autoridad demandada, para su cumplimiento.

De lo anterior, se desprende una facultad discrecional del juzgador a través de la cual se le autoriza conceder una suspensión cuando a su juicio considere que el acto administrativo impugnado pueda ocasionar un daño de difícil reparación.

Es claro que el juzgador puede conceder la suspensión fundando y motivando su determinación, analizando únicamente las pruebas y argumentos de la demandante, cosa que a juicio del suscrito es insuficiente ya que transgrede el principio de igualdad procesal, donde se busca un razonable equilibrio de posibilidades en el ejercicio de cada una de las pretensiones de las partes, de modo que no se genere una posición sustancialmente desventajosa para una frente a la otra.

Es decir, lo determinante de la equidad en el procedimiento es que las partes tengan la oportunidad efectiva de presentar sus pretensiones y los elementos de prueba que los apoyan en igualdad de condiciones, por lo que no debe dejarse a la sola discrecionalidad del juez, porque ello podría generar que se otorgaran suspensiones velando por los intereses de una sola de las partes o, incluso en casos más preocupantes, propiciando beneficios personales en beneficio del juzgador, a cambio de dicha medida cautelar.

Ahora bien, de acuerdo con el último párrafo del artículo 67 de la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, el juzgador tiene 3 días para pronunciarse sobre la suspensión y cabe resaltar que solo cuenta con los argumentos de quien la solicita, por lo tanto, se trata de una resolución en donde las demás partes no tienen derecho a manifestarse, ya que el juzgador está imposibilitado legalmente para requerirles previamente al dictado de su resolución para que exhiban argumentos y pruebas para determinar si es propio o no conceder la medida solicitada.

Es por eso que se considera procedente la introducción de la medida suspensiva provisional y definitiva en la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, para que el juzgador esté en aptitud de otorgar la suspensión provisional a la justiciable, correr traslado a las demás partes para que puedan manifestar y rendir informe en el cual expresen los argumentos que crean necesarios por el cual es preciso negar la medida solicitada y, así el juzgador, al dictar la sentencia interlocutoria, resuelva la suspensión definitiva contando con los elementos necesarios para decir su otorgamiento o en su caso, negarla

Por lo que respecta a mi experiencia en el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, se han conocido asuntos en donde se pudiera malinterpretar las decisiones de los

juzgadores. En lo personal considero que dichas suspensiones contravienen lo expuesto anteriormente (orden público, interés social, apariencia del buen derecho, entre otras) argumentos que se respaldan con los casos existentes que podemos consultar en diferentes fuentes públicas de información o medios locales como hechos notorios de tal problemática.

De lo anterior, a manera de ejemplo se comenta lo publicado por el periódico El Informador y las noticias de la udgtv, de las suspensiones otorgadas por el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco.¹⁰

El director de Transporte Público de la SEMOV, señaló que la dependencia promoverá recurso de apelación en contra de una resolución que consideran que esta mal concedida por el Tribunal Administrativo del Estado de Jalisco.

Explicó que lo que concede el TAE es una "suspensión para poder cobrar como ruta empresa, cuando lo que tienen que hacer es pasar por una convocatoria, un concurso, comparecer el concurso, hacer el fallo y obtener una concesión a nombre de Ruta GDL S.A de C.V., pero que esta empresa no tiene ni permiso para operar.

Señalaron que algunos usuarios como camiones de la ruta 24 cobraron dos pesos de más, no obstante el director de transporte público señaló que esta ruta no tiene suspensiones para cobrar esa tarifa, sino que sólo cuenta con las mismas para poder operar, pero no para cobrar más de siete pesos.

Otro ejemplo es el de la Suspensión del Fraccionamiento Bosque Encantado¹¹:

La Dirección de Ecología y Medio Ambiente de Zapopan, confirmó que el Fraccionamiento Bosque encantado no cuenta con los estudios de impacto ambiental necesarios para continuar su construcción.

Luego de que el proyecto lograra ser autorizado durante la administración de Héctor Robles Peiro y que a los pocos meses fuera clausurado por faltas administrativas, la inmobiliaria logró una suspensión por parte del Tribunal de lo Administrativo del Estado de Jalisco, mismo que impide que se realicen trabajos de inspección y vigilancia.

Es por esto, que el director de Ecología de Zapopan, Alfredo Martín Hidalgo, aseguró que, por parte del Ayuntamiento, la

¹⁰ UdeG TV, *Suspensión del Fraccionamiento Bosque Encantado depende del TAE*, 4 de abril de 2016, disponible en <http://udgtv.com/noticias/jalisco/suspension-del-fraccionamiento-bosque-encantado-depende-del-tae/>, fecha de consulta 15 de enero de 2019.

¹¹ EL INFORMADOR, *Ruta 626 aumenta tarifa por suspensión del TAE*, 21 de octubre de 2018, disponible en <https://www.informador.mx/jalisco/Ruta-626-aumenta-tarifa-por-suspension-del-TAE-20181021-0054.html>, fecha de consulta 10 de enero de 2019

autorización ambiental no será renovada al desarrollo inmobiliario, aunque la detención de las obras que atenta contra el Área Natural Protegida del Bosque El Nixticuil, depende del TAE.

Lo anterior es una muestra de la trascendencia mediática que puede generar la concesión o negación de tales medidas; sin embargo, lo cierto es que parte de la problemática es que la ley actual no establece reglas claras que ayuden al Juzgador a resolver las peticiones de suspensión que le sean formuladas, tomando en consideración elementos de prueba objetivos que le proporcionen las partes en el juicio.

La tardanza de los procesos judiciales pueden ocasionar daños de difícil reparación, los ordenamientos jurídicos como lo son la Ley de Amparo y la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, prevén medidas suspensionales provisionales, que tienen la finalidad de proteger la integridad del derecho ejercido por los particulares, es por eso la importancia de la introducción de la suspensión provisional seguida de una definitiva en el ámbito estatal al igual que lo prevén los ordenamientos citados anteriormente.

Por lo expuesto, es que se apela a que a través de una reforma coherente, den al juzgador las herramientas necesarias para conceder o negar las suspensiones solicitadas, a través de la implementación de la suspensión provisional y la definitiva, lo cual permitiría una vez concedida la suspensión provisional, correr traslado a las demandadas, para que dentro de un plazo de 3 días rindan un informe en el que expliquen de manera detallada el por qué no se debe conceder la medida cautelar y, proporcionar al juzgador más elementos para hacer uso de su facultad discrecional en favor del bien común y de la sociedad.

Bajo este contexto, el juzgador debe realizar un examen de los actos que se pretenden suspender, es decir, analizar la naturaleza para ver si son susceptibles de suspenderse, aun cuando no exista tal requisito previsto expresamente en la Ley de Justicia Administrativa, las leyes en comparaciones anteriores mencionan este dato, que por su estrecha similitud, aplican por analogía a nuestra investigación.

Cobra aplicación por analogía la tesis número de registro 21005¹², sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, que señala:

¹² *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, Tomo XIV, julio 1994, p. 828

SUSPENSIÓN DEFINITIVA. EXISTENCIA DE LOS ACTOS RECLAMADOS. Para discernir acerca de la procedencia de la suspensión definitiva solicitada en términos del artículo 124 de la Ley de Amparo, es un presupuesto necesario que se demuestre la existencia de los actos reclamados cuya paralización se pide, sean éstos de la naturaleza que fuere, ya que resulta lógico que no puede suspenderse aquello que no existe.

Por otra parte, la equidad en el procedimiento es que las partes tengan la oportunidad efectiva de presentar sus pretensiones y los elementos de prueba que los apoyan en igualdad de condiciones, determinación que obedece a los imperativos del precepto 17 constitucional¹³ y responde también a los principios de certidumbre jurídica y de buena fe.

De lo anterior, en el juicio administrativo estatal conforme al marco normativo actual, no se cumple con la equidad procesal que debe tener todo procedimiento administrativo, ya que, el particular al solicitar la suspensión en su demanda o mediante escrito previo al dictado de sentencia; no se otorga la oportunidad de defensa a las autoridades señaladas como demandadas para alegar o manifestarse acerca del porqué no es procedente que se otorgue dicha medida cautelar, ya que solamente se toma en consideración lo solicitado por el particular junto con las pruebas aportadas para acreditar su pretensión.

Es por eso la importancia del presente artículo, en donde se propone la implementación de la suspensión en la vía incidental, en donde, en una primera instancia y con los elementos con que cuenta el juzgador proporcionados por el solicitante, atendiendo la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, se conceda una suspensión provisional; corriéndole traslado a la autoridad demandada para que un plazo de tres días, rinda el informe correspondiente en donde podrá negar el acto impugnado o, bien, argumentar la improcedencia de la suspensión solicitada, ofreciendo los medios de convicción que considere idóneos y, con el informe o sin él, el juzgador deberá resolver en definitiva la suspensión, tomando en consideración el caudal argumentativo y probatorio ofrecido por las partes.

Así, en el Estado de Jalisco contaríamos con un marco jurídico apropiado para regular la tramitación y concesión de la suspensión de la ejecución de cualquier acto administrativo que, se insiste, ayuda al Juzgador de primera instancia de allegarse de los elementos argumentativos y probatorios suficientes para conceder

¹³ *Op. Cit.* Artículo 17

la medida cautelar lo más apegado a la realidad y al derecho, lo que representa una evolución necesaria a tan criticada y abusada figura jurídica.

Ahora, en el estado de Jalisco, a quienes solicitan la suspensión en contra de negativas de licencias, autorizaciones y permisos, para el efecto de que se construya, se opere un establecimiento comercial, lo cual es evidentemente una cuestión de fondo que no debería ser materia de la medida cautelar (suspensión), qué es lo que sucede: se va toda la sustanciación y trámite del juicio, se dilata y, se queda sin materia el juicio, en virtud de que ya se terminó la construcción de una casa, edificio, etc.

A manera de ejemplo, los licenciados José Pablo Ramos y Guillermo Gatt ¹⁴, profesores activos de la Universidad Panamericana campus Guadalajara, hicieron comentarios respecto del tema que nos ocupa en el diario El Informador en los siguientes términos:

(...)“Hay abusos en los temas urbanísticos” José Pablo Ramos, litigante en materia administrativa:

Tenemos detectados abusos en temas urbanísticos. Lo delicado es que, en el Tribunal de lo Administrativo del Estado, si alguien concede una suspensión es definitiva y los recursos pueden llegar a durar años en resolverse. Si paraliza una obra, el constructor está en una indefensión compleja para levantar la medida cautelar.

Entre las violaciones graves, el Tribunal admite estas demandas cuando es contrario a la ley. Y conceden medidas cautelares para paralizar obras, cuando el sistema jurídico no lo permite.

Hay dos soluciones para evitar lo anterior. Hay una legislación mal diseñada, entonces urge una reforma que permita mecanismos efectivos para controvertir medidas cautelares, que sean revisadas por la Sala Superior para atacar estas anomalías. Y en el punto de vista práctico, faltan estrategias de sanción. En general, hace falta voluntad política contra esas anomalías.

A lo que mi práctica me dice, sí hay corrupción en el Poder Judicial, se están permitiendo medidas cautelares que no deberían existir. (...)

“Falta una reforma” Guillermo Gatt, presidente electo de la Barra Mexicana Colegio de Abogados Capítulo Jalisco:

En Jalisco se requiere una reforma de fondo al Poder Judicial. Hay gente valiosa, pero hay un grupo de complicidades y corrupción que se pueden intuir con enorme facilidad. Es

¹⁴ EL INFORMADOR, “Mafia” Del judicial abusa con medidas cautelares, 26 de febrero de 2019, disponible en <https://www.informador.mx/Mafia-del-Judicial-abusa-con-medidas-cautelares-12019>, fecha de consulta 8 de marzo de 2019.

sospechoso que ciertos asuntos caigan siempre a los mismos juzgados, con los mismos abogados.

El problema tiene que ver con la estructura del Poder Judicial. Tenemos supuestamente una Oficialía de Partes que turna de manera aleatoria los asuntos, pero es una práctica conocida que algunos litigantes pueden dirigir sus asuntos a juzgados específicos.

Es clave disminuir la impunidad. Debemos apoyar a los funcionarios que están combatiendo la corrupción, hay que dar todo el apoyo, como al actual Fiscal Anticorrupción, Gerardo de la Cruz. Existe el Sistema Estatal Anticorrupción, hay casos en los que se está cuestionando el trabajo de los jueces. Eso es importante.

Si logramos que se sancionen estas medidas e impulsamos a los mejores en el Poder Judicial, es el buen camino. La exigencia a todas las autoridades es que tenemos que generar certidumbre, tener un estado de Derecho.

En el Poder Judicial, los cargos han sido por dedazo, no por meritocracia. Tenemos que reconocer que, afortunadamente, Ricardo Suro (presidente) y algunos consejeros tienen esa preocupación de combatir la corrupción e impulsar la carrera judicial para que lleguen los mejores.¹⁵

Por ello se propone reformar la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, para que se otorgue la suspensión provisional cumpliendo todos los elementos explicados anteriormente, para no dejar en estado de indefensión al particular solicitante. Y para que cuando las autoridades rindan los informes correspondientes, el juzgador en caso de percatarse de que no hay licencias de construcción o que faltan los requisitos previstos en la ley para operar dicho establecimiento, pueda revocar la suspensión en la definitiva. Así se concede la oportunidad de mantener la materia del juicio al demandante y también al tribunal en su calidad de órgano jurisdiccional garantizar una debida y correcta administración de justicia, para que no se utilice la figura de la suspensión a conveniencia de los demandantes, que al final de cuentas puede ocasionar daños graves a terceros interesados o inclusive a la sociedad en general.

Este tipo de reformas tienen una efectividad muy alta para el combate a la corrupción, dado que regulan de manera transparente la actuación de las partes y del juzgador, eliminando de manera considerable la discrecionalidad de este último para resolver la suspensión, lo que no sólo se traduce en una resolución

¹⁵ *Ibidem.*

lo más apegado a la justicia, sino también en una transparencia en el actuar del juzgador, la cual es sujeta de verificarse mediante la interposición del recurso correspondiente.

IV] Propuesta de reforma de la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco

En el esquema que aparece abajo, y que por sí mismo se explica, de la reforma a la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco.



V] Conclusiones

De lo expuesto resulta por demás evidente que, por lo menos en el caso de medidas cautelares, se debe reformar la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco, para contemplar herramientas al alcance del Tribunal de Justicia Administrativa, que resuelvan las medidas cautelares, principalmente de la suspensión del acto, tomando en cuenta, como marco de referencia, los criterios desarrollados por los diversos tribunales en materia federal y en especial de los derivados de la Ley de Amparo.

Se reitera la urgencia de la reforma a la mencionada Ley, para que, siguiendo el ejemplo del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y de los tribunales de Amparo, se logren avances en

nuestro Estado, como es la introducción de la medida suspensiva provisional seguida de una suspensión definitiva.

La figura jurídica de la suspensión, sea provisional o la definitiva, tienen como objeto, mantener viva la materia del juicio, ya que al suspenderse el acto reclamado genera el efecto de que las cosas se guarden en el estado en que se encuentran, evitando acciones de la autoridad que resulten violatorias de garantías.

Del análisis anterior, se aprecia que la legislación estatal, a diferencia de la legislación federal, no prevé cuestiones de importancia para la sustanciación de la suspensión de la ejecución de los actos impugnados, es decir, se encuentra reglada en menor medida que en la legislación federal.

Como ha sido expuesto, en materia federal la suspensión permite que el juzgador analice en dos momentos la procedencia de la medida, el primero, mediante la suspensión provisional y, el segundo, en la audiencia incidental.

El objeto de la suspensión provisional es otorgar una protección temporal al solicitante para evitar que el juicio quede sin materia, en tanto el juzgador se allega de elementos para emitir una resolución informada sobre la suspensión definitiva. La oportunidad de revisar en un segundo momento la procedencia de la suspensión, permite que el juzgador se allegue de mayores elementos en virtud del informe previo rendido por la o las autoridades demandadas, lo que le otorga la posibilidad de dictar una resolución mejor informada, de tal suerte que si de los datos aportados por las autoridades demandadas se advirtiera que con la suspensión se perjudica el interés social o se contraviene el orden público, el juzgador puede modificar o revocar su resolución en la que determinó otorgar la suspensión provisional.

En el caso de la legislación estatal de Jalisco, tenemos que el juzgador no cuenta con un segundo momento para analizar la procedencia y pertinencia de la suspensión, ya que no contempla la figura de la suspensión provisional seguida de una definitiva, ni la posibilidad de que, si posterior al otorgamiento de la suspensión, advierta elementos que demuestren que se contraviene el orden público o se perjudica el interés social, pueda revocar o modificar la medida otorgada. De ahí que se considere necesario introducir la suspensión provisional y definitiva en la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Jalisco.

Con la implementación de tales figuras se sumaría al propósito de que se resuelva siempre teniendo en cuenta que la suspensión no puede lastimar la sensibilidad social y que, en las decisiones al respecto, debe privilegiarse el interés social por encima del particular, incluyendo, incluso, a la transparencia en el

actuar del juzgador, ya que es a ésta a quien se confía la impartición de justicia en uso de su discrecionalidad en función de las particularidades del caso concreto.

Bibliografía

- EL INFORMADOR, "Mafia" *Del judicial abusa con medidas cautelares*, 26 de febrero de 2019, disponible en <https://www.informador.mx/Mafia-del-Judicial-abusa-con-medidas-cautelares-l2019>
- EL INFORMADOR, *Ruta 626 aumenta tarifa por suspensión del TAE*, 21 de octubre de 2018, disponible en <https://www.informador.mx/jalisco/Ruta-626-aumenta-tarifa-por-suspension-del-TAE-20181021-0054.html>
- MALDONADO, Rodrigo, *Ley de Justicia Administrativa para el Estado de Nuevo León*, comentada, Editorial Porrúa, México, 2017
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Octava Época, Tomo XIV, julio 1994
- SOTO Ignacio y LIÉVANA Gilberto, *La Suspensión del Acto Reclamado en el Juicio de Amparo*, 2da ed, Editorial Porrúa, México, 1977
- UdeG TV, *Suspensión del Fraccionamiento Bosque Encantado depende del TAE*, 4 de abril de 2016, disponible en <http://udgtv.com/noticias/jalisco/suspension-del-fraccionamiento-bosque-encantado-depende-del-tae/>

Nuevos lineamientos de la responsabilidad del Estado. Notas

GALA RAMOS¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y su reciente pronunciamiento respecto de la responsabilidad del Estado y la Argentina. Caso Fernández Prieto y Tumbeiro.* III. *Estándar de la Corte IDH y panorama actual de la responsabilidad del Estado.* IV. *Estereotipos, arbitrariedad y Estado.* V. *La responsabilidad y el compromiso social.*
VI. *Conclusiones*

Resumen. La responsabilidad del Estado debe ser analizada, pensada y debatida desde la dinámica que caracteriza el derecho administrativo. Desde esta perspectiva la idea de esta reflexión es partir del análisis del reciente caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) Fernández Prieto y Tumbeiro y determinar, en primer término, los lineamientos que dicho Tribunal estableció respecto de la responsabilidad del Estado. Luego, y sobre los parámetros allí establecidos avanzaremos con el estudio de algunas decisiones judiciales locales en donde también se vieron involucrados los derechos a la igualdad y a la no discriminación; y reflexionaremos acerca de la aplicación de estos estándares fijados por el Sistema Interamericano a estas decisiones locales.

Palabras clave: Responsabilidad del Estado, Sistema Interamericano, igualdad, no discriminación.

Abstract. *The responsibility of the State must be analyzed, thought and debated from the dynamics that characterize administrative law. From this viewpoint, the idea of this work is to analyze the recent case of the Interamerican Court of Human Rights (IACH Court) Fernández Prieto and Tumbeiro and to determine, first, the guidelines that the Court established with respect to the responsibility of the State. Then, and based on the parameters established therein, we will advance with the study of some local judicial decisions in which the rights to equality and non-*

¹ Docente de Derecho Administrativo, Universidad de Buenos Aires.

discrimination were also discussed; and we will reflect on the application of these standards set by the Inter-American System to these local decisions.

Keywords: *Responsibility of the State, Inter-American System, equality, no discrimination*

I] Introducción

La responsabilidad del Estado como instituto del derecho administrativo es una arista del derecho público que en los últimos años ha ido evolucionando y que debe ser analizada, pensada y debatida desde la dinámica que caracteriza el derecho administrativo. Su campo de estudio, con el paso del tiempo se fue ampliando y desde hace unos años, con el dictado de nuevas normas y de diversas decisiones judiciales, se fue construyendo una teoría de la responsabilidad desde un Estado más comprometido con la función pública y con las obligaciones que lo conminan a responder frente a faltas que lesionan derechos tales como el plazo razonable u omisiones a deberes que inequívocamente sobre él reposan.

Desde esta perspectiva la idea de esta reflexión es partir del análisis del reciente caso de la Corte IDH *Fernández Prieto y Tumbeiro*² y determinar, en primer término, los lineamientos que dicho tribunal estableció respecto de la responsabilidad del Estado. Novedades. Divergencias.

Luego, y sobre los parámetros allí establecidos avanzaremos con el estudio de algunas decisiones judiciales locales en donde también se vieron involucrados los derechos a la igualdad y a la no discriminación; y reflexionaremos acerca de la aplicación de estos estándares fijados por el Sistema Interamericano a estas decisiones locales.

Para finalmente, cerrar el trabajo con una reflexión que involucre las observaciones parciales de cada uno de estos estadios e identificar, e identificar el estado actual de la cuestión.

² Corte IDH caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, sentencia del 1/9/20, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf.

II J Corte Interamericana de Derechos Humanos y su reciente pronunciamiento respecto de la responsabilidad del Estado y la Argentina. Caso Fernández Prieto y Tumbeiro.³

En noviembre de 2018 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sometió la Corte IDH un caso vinculado a dos detenciones ilegales, la del Sr. Prieto y la del Sr. Tumbeiro. La CIDH sostuvo que las detenciones se realizaron sin una orden judicial y sin estado de flagrancia. Y manifestó que en el caso del Sr. Tumbeiro las explicaciones brindadas por los agentes a los fines de la detención podían revelar cierto contenido discriminatorio.

En fecha 1/9/20, la Corte IDH se pronunció acerca de la responsabilidad del Estado que le correspondía a la República Argentina en cada una de estas situaciones. Los hechos pueden resumirse de la siguiente manera.

El 26/5/1992 en el marco de una recorrida de jurisdicción detienen al Sr. Prieto y dos personas que estaban en un auto *pues se encontraban en actitud sospechosa*. Al efectuar la requisa del automotor encontraron un arma calibre 32 con diez proyectiles y un ladrillo envuelto con papel plateado, que por el aroma podía ser marihuana.

El 16/6/1992 el juez a cargo dictó orden de prisión preventiva contra Prieto. Luego de distintos avatares judiciales, el 19/7/1996 el Juez Federal condenó al Sr. Fernández a cinco años de prisión y una multa por el delito de transporte de estupefacientes. Luego de varios recursos presentados por la defensa del Sr. Prieto, finalmente se expide la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 12/11/1998 –en el marco de una queja⁴–, y, resolvió desestimar dicha presentación. A tales fines, esencialmente sostuvo que, como regla general, en lo referente a las detenciones y requisas sin orden judicial, dicho tribunal ha dado especial relevancia a las especiales circunstancias de tiempo y lugar en que se realizó el procedimiento y a la existencia de razones

³ *Idem*.

⁴ El procedimiento recursivo en la República Argentina, permite que frente a la denegatoria de un recurso denominado “recurso extraordinario” que es un recurso que permite acceder a esta instancia de la CSJN; el actor pueda articular el denominado recurso de queja, que es una oportunidad procesal que el actor le da a la CSJN para que evalúa la viabilidad de su acceso a la dicha instancia. En caso de que la CSJN desestime la queja, la causa no llega a sus estrados; mientras que, si habilita dicha presentación, el tribunal inferior debe conceder el recurso extraordinario y remitir las actuaciones para el estudio de la cuestión por parte del máximo tribunal argentino. La CSJN.

urgentes para corroborarlo. Por ello, considerando que los oficiales estaban habilitados para realizar ese tipo de funciones y frente a la conducta sospechosa de los detenidos; efectuaron la requisa, obteniendo como resultado efectos vinculados al tráfico de estupefacientes; desestimaron los argumentos desarrollados por la defensa de los actores, referentes a las irregularidades del procedimiento mediante el cual fueron detenidos.

Por tales motivos, el Sr. Prieto estuvo privado de su libertad por dos años, ocho meses y cinco días.

Con relación al Sr. Tumbeiro, de los hechos del caso surge que el 15/1/1998 fue interceptado en las calles de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por agentes de la policía federal que le preguntaron qué estaba haciendo en la zona y le pidieron documentos. Frente a respuestas nerviosas del Sr. Tumbeiro y previo palpado de sus prendas le pidieron que suba al patrullero mientras corroboraban su identidad. En ese momento, advirtieron que en medio de un diario el Sr. Tumbeiro portaba una sustancia blanca similar al clorhidrato de cocaína a raíz de lo cual procedieron a su detención.

El 26/8/1998 se lo condenó al Sr. Tumbeiro a un (1) año y seis (6) meses de prisión en suspenso y una multa de ciento cincuenta pesos (\$150) por el delito de tenencia de estupefacientes. El condenado recurrió la decisión por entender que su detención había sido ilegítima.

La Cámara de Casación Penal (Sala I) absolvió al imputado por entender que en la detención no habían mediado circunstancias debidamente fundadas que hicieran presumir que alguien hubiere cometido un hecho delictivo. Y agregó que el *estado de nerviosismo* es una circunstancia equívoca e insuficiente para una intercepción.

Dicha decisión fue recurrida, y finalmente se expidió la CSJN quien revocó la decisión de Casación por entender que la actitud sospechosa del Sr. Tumbeiro luego fue corroborada por el hallazgo de estupefacientes. Y, en consecuencia, ordenó dictar un nuevo pronunciamiento.

Más adelante, se le solicitó al Sr. Tumbeiro que presentara un plan de trabajo comunitario para dar cumplimiento a la sentencia condenatoria. Que, por inconvenientes atribuibles a las autoridades de supervisión de ejecución de la pena, el encartado nunca realizó los servicios aludidos.

Análisis de la Corte IDH

Respecto del caso del Sr. Tumbeiro la Corte sostuvo que su detención se debió a que: i) se mostró nervioso ante la presencia policial; ii) no estaba vestido conforme al modo de vestir percibido por los agentes como propio de la zona por la que transitaba; y iii) contestó que estaba buscando material extraño a lo que podía obtenerse en los comercios aledaños. En ese entendimiento, el Tribunal entendió que ninguna de esas razones podía considerarse suficiente para inferir que se había cometido o que se estaba por cometer un hecho delictivo o contravencional. Por el contrario, la detención pareció *responder a preconceptos sobre cómo debe verse una persona que transita en determinado lugar, como debe comportarse ante la presencia policial, y que actividades debe realizar en ese lugar*⁵.

En el mismo orden indicó que los estereotipos consisten en preconcepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado. Y su uso, por parte de las fuerzas de seguridad puede dar lugar a actuaciones discriminatorias y, en consecuencia, arbitrarias.

En ese marco, la conducta adoptada por los agentes de la fuerza importó una detención arbitraria y vulneró la garantía prevista en el art. 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).⁶ El Tribunal destacó que la conducta de los agentes que detuvieron al Sr. Tumbeiro fue basada en perjuicios. Y que los tribunales internos convalidaron el criterio adoptado por los agentes estatales. De tal manera, la detención fue ilegítima y se vulneraron las garantías previstas en el artículo 7.1; 7.2 y 24 de la CADH.⁷

En tal sentido recordó que la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público no era ilimitado pues debía aplicar en todo momento los procedimientos conformes a derecho.

Asimismo, con relación a la detención del Sr. Fernández Prieto consideró que en momento alguno durante el procedimiento seguido contra su persona, los agentes hayan

⁵ Conf. párr. 79.

⁶ CADH art. 7.3. *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario.*

⁷ CADH art. 7.1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales/ Art. 7.2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas./ Art. 24 Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.*

manifestado o justificado la intercepción del automóvil; sino que se limitaron a señalar que los sujetos que se encontraban dentro del automotor estaban en una "actitud sospechosa". El Tribunal entendió que dicha consideración no configuraba un supuesto que, de acuerdo a la normativa aplicable, podía asimilarse a la flagrancia o a un posible indicio de culpabilidad.

Desde ese lugar la Corte IDH entendió que la omisión de justificar la detención la tornaba ilegítima, en virtud de que implicó una restricción a la libertad personal, y actuaron más allá de las facultades habilitantes del Código de Procedimientos para realizar dichos actos sin autorización judicial. Conducta que fue validada posteriormente por los Tribunales internos.

Por tales motivos, entendió que la intercepción del automóvil, que derivó en su posterior registro y detención implicó una violación al artículo 7.1 y 7.2 de la CADH.

Resulta útil traer a este análisis, que la Corte IDH al analizar la normativa local aplicable al caso, identificó que la regulación habilitaba un espacio amplio de discrecionalidad (en cuanto a la falta de determinación de parámetros objetivos) y que ello derivó en una aplicación arbitraria de las facultades en cabeza de las autoridades policiales.

Por último, el Tribunal encontró responsables al Estado parte por la vulneración a lo previsto en el artículo 11 de la CADH⁸, pues las requisas no fueron debidamente justificadas.

III] Estándar de la Corte IDH y panorama actual de la responsabilidad del Estado

De las consideraciones efectuadas podemos identificar que la Corte IDH vuelve a definir que la restricción al derecho a la libertad debe ser bajo la legalidad de los procedimientos que regulen dichas limitaciones dentro de cada Estado parte.

La Corte IDH estableció hace muchos años ya que el derecho a la libertad personal solo puede ser limitado de acuerdo con extremas circunstancias. En más de una oportunidad, tal como lo hemos indicado al comienzo de esta reflexión, el Tribunal determinó las implicancias del derecho a la libertad. Definió, en su momento, que el mismo significaba el derecho de toda persona a

⁸ CADH art. 11 1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. Desde esta perspectiva el artículo 7 de la Convención protege exclusivamente el derecho a la libertad física del titular del derecho. Y desde allí que la CADH regula los límites y restricciones que el Estado puede realizar. En ese marco, el artículo 7.1 consagra en términos generales el derecho a la libertad y la seguridad y el resto de los numerales se encargan de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. Siendo la libertad la regla y la limitación siempre la excepción.⁹

En este sentido, el Tribunal ha indicado que las detenciones, como limitación al derecho a la libertad, tienen un aspecto material y otro formal. Respecto del primero de ellos, se lo definió como que nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley; mientras que su aspecto formal implica la estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la norma.¹⁰ En ese mismo precedente destacó que nadie puede ser detenido por causas o métodos que puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos individuales del individuo, por ser irrazonables, imprevisibles o desproporcionados.

Es que justamente, la restricción a los derechos humanos debe establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma y condiciones de fondo que representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones pretenden alcanzarse.¹¹

En otro precedente en donde se analizó, entre otras cuestiones, la detención de una persona que había sido detenida e incomunicada por un poco más de un mes¹²; la Corte IDH sostuvo que en este caso el actor no había sido aprehendido en virtud de un delito fragante, de manera que su detención debió haberse realizado en virtud de una orden emitida por autoridad judicial competente. Y, sobre esta cuestión, consideró que en el caso se había vulnerado el artículo 7.1 y el artículo 7.2. pues la detención fue arbitraria.

⁹ Corte IDH caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia del 21/11/2007, disponible en

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf.

¹⁰ Corte IDH caso “Gangaram Panday vs. Surinam”, sentencia del 21/1/1994, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf.

¹¹ TOLEDO, Pablo R., *El proceso judicial según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Ad.Hoc, 2017, p. 181.

¹² Corte IDH caso Suarez Rosero vs. Ecuador, sentencia del 12/11/1997, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf.

En otro antecedente¹³ la Corte IDH al analizar el caso presentado por los hechos acontecidos en la República de Colombia sostuvo que las detenciones habían sido ilegales y arbitrarias y se había impedido que se operara a su respecto las salvaguardas de la libertad personal consagrada en el artículo 7 de la CADH.

En sentido similar, en otro precedente¹⁴, la Corte analizó la detención de cuatro jóvenes y manifestó que no se respetaron los presupuestos formales y materiales para efectuar la detención de una persona. Y desde esa perspectiva entendió que el Estado demandado era responsable por la violación del artículo 7 de la CADH. Para fundar su decisión también se apoyó en doctrina de la Corte Europea de Derechos Humanos, quien había expresado que se encontraban en juego tanto la protección de la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal.

Bajo este razonamiento, en otro antecedente¹⁵ el Tribunal recordó que los incisos 2 y 3 del artículo 7 expresamente prohíben las detenciones ilegales y arbitrarias y efectuó un detalle de todos los motivos por los cuales en ese caso el Estado debía ser responsable de vulnerar las garantías previstas en el artículo 7. En ese aspecto, recordó que si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y de mantener el orden público, su poder no es ilimitado. Y debe realizar sus acciones dentro de los límites y procedimientos que permitan preservar la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana.

Es que cuando se plantea la detención de una persona, se sostiene que dicha restricción debe estar fundada en sospechas razonables de que el individuo ha tenido participación de un delito y que corresponderá a la ley así establecerlo y determinar, además, cuales ofensas criminales pueden justificar un arresto y cuales no lo justifican¹⁶.

¹³ Corte IDH caso 19 comerciantes vs. Colombia, sentencia del 5/7/2004, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf.

¹⁴ Corte IDH caso Niños de la calle (Villagrán Morales y otro) vs. Guatemala, sentencia del 19/11/1999, disponible en https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf.

¹⁵ Corte IDH caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, sentencia del 7/6/2003, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_99_esp.pdf.

¹⁶ TOLEDO Pablo R., *op. cit.*, p. 184.

En tal sentido, la Corte IDH ha manifestado que la aprehensión de una persona que no hubiera sido sorprendida *in fraganti* en la comisión de un delito o que estuviese vigente en ese momento un estado de emergencia; circunstancias que –de acuerdo a la regulación específica de ese Estado parte– hubiesen podido justificar la detención de la víctima por agentes policiales; transformaba la detención en ilegítima y en consecuencia, arbitraria.

Hasta acá entonces los lineamientos de la Corte IDH respecto de los requisitos que debe reunir una detención para ser legítima. En los diversos precedentes el Tribunal fue identificando diversos recaudos que deben reunirse para justificar la aprehensión de una persona, y en igual sentido, cuando aquellas detenciones van a configurarse en ilegítimas y arbitrarias.

Las decisiones del Tribunal, aunque si bien analizaban en cada caso la normativa en particular que regía al respecto en cada Estado parte; lo cierto es que las detenciones se evaluaban bajo los mismos estándares fijados por el artículo 7, en cuanto protege la libertad de las personas y desde allí establecen requisitos materiales y formales para el ejercicio de dicha restricción.

Y es entonces, sobre estos parámetros que la Corte IDH analizó el caso de Prieto y de Tumbeiro.

IV] Estereotipos, arbitrariedad y estado

En este estadio de la reflexión, corresponde avanzar un escalón más en nuestro análisis de los lineamientos en materia de responsabilidad del Estado y detenernos acerca de la conformación de los estereotipos y su vinculación con nuestra rama de estudio. En otros términos, de que hablamos cuando hablamos de preconceptos y como ello puede confluir en conductas discriminatorias, arbitrarias; cuando quien aplica este prejuicio es el propio Estado.

A tales fines, corresponde identificar en primer lugar que se entiende por conducta discriminatoria en nuestro ámbito de análisis. Y para ello debemos volver a la conceptualización de la igualdad como garantía constitucional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado en reiteradas oportunidades que la igualdad de todas las personas ante la ley no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan

excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias.¹⁷

En la Constitución de la República Argentina el derecho a la igualdad se encuentra regulado en el artículo 16 y expresamente prevé:

La Nación no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

En su interpretación, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte se ha sostenido que es igualdad en igualdad de circunstancias. Y desde esa perspectiva, es que se examina la categoría normativa hacia adentro, para evaluar si alguno de los integrantes de aquella se los excluye del goce de los derechos que se reconocen a los otros.¹⁸

Bajo esta lógica entonces, el derecho a la igualdad entonces implica igualdad en igualdad de circunstancias. Ahora bien, a raíz de los hechos relatados en el caso Prieto de la Corte IDH, resulta pertinente efectuar algunas precisiones respecto a la forma de entender la aplicación del derecho a la igualdad.

Comencemos por indicar que discriminar es hacer distinciones. Es trazar una línea que permite distinguir grupos de personas a las que se las tratará de un modo diferente en función de algún criterio. Dicho criterio, por donde va a atravesar la línea clasificadora, puede ser una conducta; una capacidad; una habilidad; o un rasgo de la personalidad¹⁹.

La Corte IDH refiriéndose en general al principio de igualdad ante la ley ha dicho que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos

¹⁷ CACAyT Sala I Voto del Dr. Carlos F. Balbín *in re*. BARRAL, Anibal Eduardo y otros c/GCBA y otros, sentencia del 28/3/2014.

¹⁸ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Editorial La Ley, Tomo I, p. 233.

¹⁹ SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, 1ra ed., Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2006, pp. 94/95.

que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad.²⁰

Desde este lugar deberíamos analizar la conducta que se le reprochó a los agentes estatales en las detenciones de los Sres. Prieto y Tumbeiro; específicamente la situación del Sr. Tumbeiro.

La Corte IDH consideró que la detención del Sr. Tumbeiro se debió a una interpretación que realizaron los agentes de la fuerza de seguridad. Tal como fuera reseñado más arriba, la detención respondió a otros motivos, que dicho Tribunal entendió que convirtió la aprehensión en arbitraria.

Ahora bien, resulta útil traer a este apartado la consideración de que los agentes de la ley usan las definiciones de perfiles de muchas maneras cuando persiguen criminales, por ejemplo, usan perfiles del *modus operandi* de un asesino serial para reducir el segmento de la población en el que la policía emprenderá su búsqueda. Este tipo de perfil es inobjetable, porque parte de un crimen cometido y opera hacia atrás. Mucho más preocupante es un tipo de perfil que precede al crimen, utilizando ciertos rasgos como indicativos de una (supuesta) intención o actividad criminal. Es que cuando los perfiles siguen lineamientos de estigmas sociales existentes, se plantea una grave cuestión de equidad.²¹

Desde esta perspectiva, podemos reflexionar acerca de los reproches que la Corte IDH efectuó a los agentes del Estado que realizaron las detenciones. Y si bien, tal como fuera señalado más arriba, el Estado parte reconoció la responsabilidad de los hechos y las alegadas violaciones a los derechos humanos en los términos planteados en el informe de la CIDH²²; lo cierto es que el Tribunal resolvió expedirse al respecto y efectuar sus consideraciones vinculadas a las detenciones basadas en estereotipos y sospechas. La Corte IDH sostuvo que –en el caso del Sr. Tumbeiro– las razones de su detención fueron: la forma de vestir del Sr. Tumbeiro; su alegada actitud sospechosa y su presunto nerviosismo; y que las mismas, de acuerdo a la propia normativa local, no constituyeron motivo suficiente para justificar una requisita personal.

Es que los estereotipos en sí, como definición -tal como fuera identificado– se consideran papeles, conductas poseídas por

²⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19/1/84, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf.

²¹ NUSSBAUM, Martha C, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Editorial Katz, Buenos Aires, 2006, pp. 331,332.

²² Ver en este sentidos parr. 19 a 22 del caso Prieto (...), *op. cit.*

personas que pertenecen a un grupo identificado²³. Y su aplicación podría ocasionar un obrar discriminatorio y en consecuencia, arbitrario.

En este sentido la Corte IDH ha sostenido que la sola utilización de estos razonamientos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuraron una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación, también, al artículo 1.1. de la CADH²⁴.

Todo ello, orienta la reflexión en el marco de la responsabilidad del Estado desde una perspectiva de inclusión y de avance en desarmar categorías de análisis que atentan contra el derecho a la igualdad y obstaculizan una aplicación de la ley basada en la equidad. Es que la responsabilidad del Estado, también es un mecanismo de redistribución de recursos y solidaridad social²⁵. Y debe considerarse como un modo de controlar y exigir al Estado el cumplimiento de sus obligaciones y deberes con mayor estrictez según el ordenamiento jurídico y las demandas sociales, es una guía de cómo debe funcionar el Estado.²⁶

V] La responsabilidad y el compromiso social

Sobre la base expuesta en los apartados que anteceden, podemos avanzar un escalón más en nuestra reflexión y detenernos acerca de estos nuevos lineamientos que identificamos en la decisión de la Corte IDH en relación a la aplicación de estereotipos y de conductas que pueden considerarse como discriminatorias.

Bajo esta lógica, y teniendo en cuenta el fundamento de la responsabilidad del Estado que fue apuntado en el apartado anterior, resulta propicio debatir acerca de qué manera decisiones como la reseñada, -teniendo en miras el objeto de esta reflexión-, continúa definiendo la responsabilidad del Estado desde una perspectiva más inclusiva e imponiendo, en consecuencia, un refuerzo a los Estados parte, acerca de la manera en que ejecutan sus acciones; la forma en la que llevan adelante sus procedimientos, entre otras previsiones. Asimismo, en igual sentido orientan el

²³ Corte IDH en caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile), sentencia del 29/5/2014, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_279_esp.pdf.

²⁴ Corte IDH en caso Norín Catrimán (...), *op. cit.*

²⁵ BALBÍN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2015, tomo IV, p. 211.

²⁶ BALBÍN, Carlos F., *ibidem*, p. 212.

análisis de nuestra rama de estudio de derecho público; pues desde el apuntalamiento de la inclusión y de derribar conductas que solo impliquen una prestación defectuosa del servicio de la función pública, nos obliga a redefinir nuestros institutos del derecho administrativo.

Ahora bien, desde esta perspectiva me parece relevante traer a este estudio distintas decisiones judiciales, en las cuales el poder judicial resolvió, frente a las omisiones y/o denegatorias por parte del Estado, elaborar soluciones jurídicas plausibles a los fines de lograr la efectiva protección de los derechos que se denunciaron vulnerados.

Estos precedentes son *Defensor del Pueblo*²⁷ⁱ; *Díaz Antonia*²⁸ⁱ; y *Álvarez*²⁹ⁱ. En estos precedentes la justicia de la Ciudad de Buenos Aires, tal como lo veremos más adelante- resolvió sobre el efectivo acceso a derechos esenciales; como ser el derecho a la paternidad; de acceso a la vivienda digna y el derecho a la salud.

Analicemos los hechos de cada uno de estos casos, las decisiones judiciales.

1. Caso *Defensor del Pueblo*

En este precedente iniciado, entre otros, por el Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se presentó un amparo colectivo ante la justicia en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad a los fines de que, se ordene al Gobierno de la Ciudad a que inscribiera a los niños y niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad realizada en el país, denominada gestión solidaria, conforme el consentimiento previo, libre e informado expresado por el/la; los/las comitente/s con voluntad procreacional SIN emplazar como progenitor/a a la gestante sin voluntad procreacional y declarar la inconstitucionalidad de toda norma que impida o vulnere el derecho a la identidad de niños, niñas pertenecientes a dicho universo colectivo.

Asimismo, la pretensión tenía un objeto individual respecto de los menores D y T, cuyos padres solicitaron se los inscriba en el registro del Estado civil y capacidad de las personas de la capital federal. Los menores habían sido concebidos mediante el método

²⁷ CAyT Sala I *in re* “Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c/ GCBA s/amparo .otros”, sentencia del 10/10/2017.

²⁸ CAyT Sala *in re* “D.A.L c/GCBA y otros s/amparo”, sentencia del 4/9/2019.

²⁹ CAyT Juzg. N° 24, *in re* “Álvarez Ignacio y otros c/GCBA s/amparo-otros”, sentencia del 21/5/2020.

de gestación solidaria. Solicitaron que se garantice la copaternidad registral igualitaria de Diego y Gabriel, de acuerdo a lo que prescribe el Código Civil y Comercial de la Nación y demás normas aplicables al caso.

La acción fue desestimada de manera *in limine* en la instancia de origen y frente al recurso de apelación presentado por los actores, se expidió la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA. Quien, resolvió hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y revocó la decisión de primera instancia.

A los fines de esta reflexión, entiendo pertinente destacar los siguientes argumentos de dicha decisión.³⁰

Con relación a la vía escogida, se recordó que los actores manifestaron que la existencia de un fuerte estado de incertidumbre por la falta de regulación de un método en el ordenamiento civil; sin perjuicio de no estar prohibido por la ley. Ello, de acuerdo con el principio previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional, debía ser interpretado como que no estaba prohibido.³¹

Sin embargo, se destacó- que la falta de regulación sobre como registrarlo causa un estado de inseguridad jurídica por ausencia de reglas que impedía la inmediata inscripción del nacimiento teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el derecho a la identidad de los menores.

Desde este punto de vista, se entendió que contrariamente a lo sostenido por la juez de grado, el caso no era un control abstracto de legalidad. Y sobre tales motivos, consideró que resultaba prematura la decisión de desestimar de forma *in limine* la acción.

Ello así, pues existía un vacío normativo respecto de las formas en que corresponde inscribir los nacimientos producidos por el método de gestación solidaria a partir de los derechos involucrados y el interés superior del niño; tales como: derecho a la identidad, el derecho a la familia, el derecho a la seguridad jurídica, el derecho a la verdad, el derecho a la no discriminación, y todos aquellos derechos conexos y derivados de modo razonado de ellos.

Superado dicho escollo procesal, el magistrado indicó que la cuestión afectaba desde su aspecto colectivo a todos los

³⁰ La exposición de argumentos detallados, fueron extraídos del voto del Dr. Balbín.

³¹ El art. 19 de la Constitución Argentina prescribe: *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*

menores que nacieran por medio de dicha técnica y los progenitores con voluntad procreacional. Y desde el aspecto individual, afectaba a los menores D y T, que habían nacido mediante dicho procedimiento y a los actores Román y San Martín que reclamaban la copaternidad registral igualitaria de los niños.

De manera que el derecho que se encontraba afectado era el derecho a la igualdad no discriminación pues no se podía efectuar la inscripción en el registro de forma que refleje adecuadamente el grupo familiar. Y al analizar la legitimidad de los actores, recordó que propender a la no discriminación trasciende el beneficio propio de los miembros de la agrupación que persigue ese objetivo, pues se conecta con el interés del conjunto social como objetivo esencial y razón de ser del Estado de cimentar una sociedad democrática.³²

Asimismo, respecto de la medida cautelar solicitada entendió que el nuevo concepto de familia debía juzgarse desde la voluntad y el compromiso entre las partes y en especial del mejor resguardo de los derechos de los menores. En virtud de la normativa vigente en el país, indicó que si no existían impedimentos para reconocer la filiación en caso de parejas conformadas por dos mujeres, cabía inferir que tampoco las hay cuando se trate de parejas de hombres. El interés del niño debe primar en ambos casos y desde esa perspectiva, no correspondía hacer distinciones sobre la base del género de los cónyuges. Y en tal sentido, ordenó al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que inscriba a los niños.

2. Caso Díaz Antonia

Este caso fue iniciado por la actora en representación de sus hijos menores de edad a los fines de obtener una solución a su problemática habitacional. En este contexto y frente al incumplimiento de la demandada de la sentencia definitiva dictada en dichos autos, en donde se había condenado al gobierno a que le garantizara al grupo familiar el contenido mínimo del derecho a la vivienda digna, el magistrado resolvió que se le otorgue a la actora y su grupo familiar una vivienda adecuada, bajo la figura del comodato. Decisión que fue apelada por la contraria y en consecuencia debió intervenir la Cámara de Apelaciones.

En dicha decisión judicial, por mayoría, se confirmó la sentencia apelada y se confirmó la manda dictada por el *a-quo*.

³² En este apartado el voto del Dr. Balbín cita un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación identificado como Fallos: 329:5266.

De los votos que conformaron la mayoría de dicho precedente se pueden destacar los siguientes argumentos: i) el Estado debe garantizar a los sectores más vulnerables el derecho a la vivienda y dicha protección debe ser permanente en el tiempo y en suficiencia; ii) la orden dictada por el juez no es ilegítima *per se*, es una orden de que se destinen bienes o recursos a un grupo familiar que se encuentra en situación de vulnerabilidad y ve frustrado el ejercicio de sus derechos fundamentales; iii) la sentencias judiciales implica también la adopción de medidas ulteriores que en un marco de razonabilidad tiendan a hacer efectos los derechos constitucionales reconocidos en tales fallos; iv) el concepto de “alojamiento” importa un concepto jurídico indeterminado y que dentro de un marco de razonabilidad, los jueces están convocados a darle contenido; v) no puede desentenderse del caso la nota de estabilidad que propiciaría un mejor desenvolvimiento de la dinámica familiar e incluso lo favorecería.

Y sobre tales argumentos se confirmó la sentencia apelada.

3. Caso Álvarez

Este caso, iniciado durante la pandemia generada por el Covid-19, fue planteado por vecinos de barrios vulnerables de la Ciudad de Buenos Aires a los fines de que el Gobierno les informe cuales eran los protocolos específicos que debían aplicarse en sus barrios y asentamientos; y para el caso de que dichas pautas no existieran, subsidiariamente solicitaron que se ordenara a la demandada que se elaborara un protocolo de actuación y prevención específico de aplicación para el barrio vulnerable que representaban.

Luego de que el magistrado entendiera –en virtud de lo informado por la contraria- que no existía, al momento del inicio de la acción de amparo, un protocolo específico de actuación para la prevención del virus para los barrios y asentamientos vulnerables de la Ciudad de Buenos Aires, dispuso como medida cautelar que se ordenara la creación del mismo; y hasta tanto ello sucediera, dispuso la asistencia inmediata a tales barrios para que sus habitantes pudieran contar con todos los elementos necesarios para contener y evitar la propagación del virus. En el mismo decisorio, el juez a cargo del proceso, dispuso la creación de mesas de trabajo a los fines de revisar la implementación y elaboración del protocolo de manera conjunta entre las partes.

Los argumentos esenciales sobre los cuales se apoyó a los fines de dictar las decisiones cautelares fueron: i.- la importancia y

relevancia de los derechos involucrados en el caso, como ser el derecho a la salud; a la vida; el derecho de acceso a la información; a la igualdad; y ii.- la omisión de la demandada de brindar la asistencia debida a grupos vulnerables que robustecen las obligaciones del Estado, pues en el marco de una pandemia, aquellos que no pueden acceder a la satisfacción de sus derechos elementales, se encuentran en una situación de mayor exposición frente al virus y requieren de toda la asistencia del Estado posible.

Como consecuencia de esta y otras medidas preventivas que dictó el magistrado y fueron apeladas por el Gobierno, se pronunció la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero, quien esencialmente confirmó la decisión dictada por el juez de grado, aunque con matices.

De acuerdo a la reseña efectuada y de conformidad con la reflexión que nos convoca en este trabajo, vinculada a la responsabilidad del Estado; los estereotipos y la inclusión; entiendo que los tres precedentes, cada uno por diversos motivos evidencia la adopción de medidas que tienen a resguardar y proteger las garantías reclamadas, desde un perspectiva de buscar la concreción de los derechos sociales y de búsqueda de soluciones que coadyuven a construir redes de asistencia reales y de inclusión social. Modificando así, el orden natural y conocido de decisiones judiciales que reposan en estudios teóricos y finalizan en declaraciones de derechos sin posibilidades reales de ejecución.

Y ¿desde qué perspectiva se vincula con el objeto de este trabajo?, justamente desde allí, desde el reconocimiento de la carga que pesa sobre el Estado de arbitrar las medidas necesarias para lograr la máxima efectividad de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico, y ello implica también replantear en el poder judicial alternativas que permitan la efectiva concreción de los derechos vulnerados.

Sucintamente, algunas precisiones de los precedentes reseñados. En el primer caso, la vulneración al derecho a la igualdad y la no discriminación fue el análisis que permitió al Tribunal sostener la decisión de que la definición de familia no puede depender de las omisiones de reglamentación por parte de los otros poderes del Estado. La manda que obliga al Registro de las Capacidad de las personas a inscribir a los menores de acuerdo a la forma en la que fueron realmente concebidos, implicó no solo proteger el interés superior del niño; sino procurar la exigibilidad del derecho a la igualdad y colaboró a derribar estereotipos y exclusión.

Por su parte, la adopción de medidas –aunque no regulares– para garantizar el acceso a una vivienda digna de un grupo que

atraviesa una situación de vulnerabilidad; convierte la tutela judicial en una obligación para el Estado de responder con más efectividad la demanda de los derechos fundamentales exigidos por los particulares. Pues cuando la cuestión versa acerca de protección a grupos vulnerables, el Estado debe redoblar esfuerzos para satisfacerlos.

Y por último, las medidas adoptadas en la causa colectiva que procuraba la igualdad al acceso a la salud obligan a efectuar cuanto menos dos observaciones esenciales. La primera, similar a la comentada respecto del fallo anterior, que tiene que ver con la obligación del Estado de asistencia a los grupos vulnerables y más cuando la cuestión, como en el caso, involucraba una inmediatez de magnitud tal, que la demora de horas podría haber ocasionado perjuicios irreparables para ese grupo de personas. Y la segunda, referente a la inclusión de las mesas de trabajo como alternativa de resolución de conflictos.

Resulta oportuno indicar que las mesas de trabajo, implican decisiones dialogadas, pautas de trabajo que se van evaluando y avanzando en cada una de las reuniones y que permiten, encontrar soluciones prácticas y efectivas a conflictos estructurales que requieren, para maximizar su efectiva ejecución, la colaboración de todas las partes involucradas en el proceso. Y las consideraciones efectuadas en el marco de estos espacios de trabajo, colaboran a la real solución del conflicto.

En otras palabras, decisiones que colaboran con la obligación de inclusión; la demanda de una igualdad real y permiten acercarse a este concepto que analizamos al comienzo de esta reflexión, referente, en palabras de *Balbín*, a la búsqueda de un derecho administrativo para la inclusión social.³³

Desde este lugar, la confluencia de estas consideraciones referentes a una conformación del derecho administrativo con una visión más cercana a las realidades y un poco más alejado de soluciones meramente declarativas; aunado a la reflexión que identificamos al comienzo de ese trabajo, referente a los lineamientos de la Corte IDH en su reciente pronunciamiento acerca de la responsabilidad del Estado; nos orientan en una dirección del derecho público, del derecho administrativo, con nuevas pautas para pensarlo y para definirlo.

³³ BALBÍN, Carlos F., "Un derecho administrativo para la inclusión social", publicado en la Ley 28/05/2014, 28/05/2014, 1 - LA LEY2014-C, 864, disponible en aulavirtual4.unl.edu.ar.

VI] Conclusiones

De las consideraciones expuestas a lo largo de este trabajo podemos efectuar las siguientes observaciones.

Por un lado, a partir de lo resuelto por la Corte IDH en el caso *Prieto*³⁴, se puede advertir que las conductas de los agentes estatales que finalizaron –en ambos casos– en la detención de las personas involucradas, fueron reputadas como arbitrarias por la Corte IDH con motivo, en parte, de haber sido decisiones basadas en estereotipos, y conductas que podrían sostenerse como discriminatorias. Y desde allí, nos orienta a que las funciones que desempeñan los agentes del Estado deben realizarse desde el extremo de no incurrir en arbitrariedades frente a la intención de salvaguardar otras garantías, como ser en este caso, la seguridad pública.

Desde esta perspectiva, las decisiones locales que analizamos, también nos delinear un contorno de entendimiento de un derecho público más cercano a la realidad y con fallos que proponen soluciones plausibles a demandas sociales insatisfechas.

Es que para lograr un Buen Gobierno que gobierne con justicia, se requiere contar con servidores públicos que posean virtudes: integridad, prudencia, sabiduría, templanza.³⁵

Así también, las decisiones dictadas en este contexto de emergencia, como también aquellas que fueron previas, pero poseen rasgos similares, también denotan una puesta en práctica de un derecho administrativo que prioriza la protección real y efectiva de los derechos sociales; y sobre esos ejes plantean soluciones que procuren la construcción de principios más justos. La decisión de inclusión de un registro de copaternidad implica poner en primer término el interés superior del niño y procurar un derecho a la igualdad real, sin discriminación. En el mismo sentido, la asistencia a los grupos vulnerables en los términos que fueron analizados, también evidencian la presencia de un derecho que da respuestas, aunque implique crear nuevas maneras de resolverlos, idear sistemas de resolución de conflictos que aunque novedosos-puedan finalizar en la efectiva protección de los derechos vulnerados.

³⁴ Debe recordarse que, en este caso, las autoridades del Estado argentino reconocieron la responsabilidad que les correspondía por la conducta de sus agentes estatales (v. parr. 16 y siguientes del caso *Prieto*).

³⁵ BAUTISTA, Oscar Diego, “Máximas Clásicas para interiorizar la ética”, *Colección Cuadernos de ética para los servidores públicos*, Universidad Autónoma del Estado de México, Poder Legislativo de México, núm. 20.

En otros términos, en momentos en donde las desigualdades estructurales se hacen más evidentes, y los derechos cuya protección se requieren involucran cuestiones tan esenciales como ser la salud, la vida, la dignidad, la vivienda, deviene imperioso desde todos el colectivo que conforma el Estado- idear soluciones que permitan el ejercicio efectivo del derecho; y propiciar desde el mismo lugar también, una responsabilidad del Estado que continúe advirtiendo sobre estas conductas; pues, es desde esta perspectiva del derecho que podremos coadyuvar a la elaboración de un sistema más cercanos a los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Y esto puede ser ideado de esta manera, debido a que finalmente a lo que orienta, a lo que todo esto nos empuja, es a la configuración de un derecho administrativo más efectivo, realmente dinámico; un derecho, más público.

Referencias

Obras de consulta:

- BALBÍN, Carlos F., "Un derecho administrativo para la inclusión social", publicado en *la Ley* 28/05/2014, 28/05/2014, 1 - LA LEY2014-C, 864, disponible en aulavirtual4.unl.edu.ar
- BALBÍN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo.*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2015, tomo IV.
- BAUTISTA, Oscar Diego, "Máximas Clásicas para interiorizar la ética", *Colección Cuadernos de ética para los servidores públicos*, Universidad Autónoma del Estado de México, Poder Legislativo de México, núm. 20. Publicada el 1 de diciembre de 2015.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Editorial La Ley, Tomo I
- NUSSBAUM, Martha C, *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Editorial Katz, Buenos Aires, 2006
- SABA, Roberto, *Mas allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, 1ra ed., Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2006
- TOLEDO, Pablo R., *El proceso judicial según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Ad.Hoc, 2017

Resoluciones:

- CACyT Sala I Voto del Dr. Carlos F. Balbín *in re*. BARRAL, Anibal Eduardo y otros c/GCBA y otros, sentencia del 28/3/2014.
- CAYT Juzg. N° 24, *in re* "Alvarez Ignacio y otros c/GCBA s/amparo-otros", sentencia del 21/5/2020

CAyT Sala I *in re* "Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c/ GCBA s/amparo .otros", sentencia del 10/10/2017
 CAyT Sala in re "D.A.L c/GCBA y otros s/amparo", sentencia del 4/9/2019
 Constitución Argentina
 Corte IDH caso "Gangaram Panday vs. Surinam", sentencia del 21/1/1994, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf
 Corte IDH caso 19 comerciantes vs. Colombia, sentencia del 5/7/2004, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf
 Corte IDH caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia del 21/11/2007, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf
 Corte IDH caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina, sentencia del 1/9/20, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf
 Corte IDH caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, sentencia del 7/6/2003, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_99_esp.pdf
 Corte IDH caso Niños de la calle (Villagrán Morales y otro) vs. Guatemala, sentencia del 19/11/1999, disponible en https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf
 Corte IDH caso Suarez Rosero vs. Ecuador, sentencia del 12/11/1997, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf
 Corte IDH en caso Norín Catrیمان y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile), sentencia del 29/5/2014
 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19/1/84, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf

Normatividad:

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, San José Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

El posesionario agrario: un caso de desigualdad jurídica

ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ¹
DIANA LAURA MARTÍNEZ GUERRA²

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Régimen de la propiedad social en México*. III. *Sujetos agrarios individuales: los poseionarios*. IV. *Antecedentes de los poseionarios*. V. *Vías de adquisición de la calidad de poseionario*. VI. *Tipos de poseionarios*. VII. *Derechos parcelarios*. VIII. *Reglamentación, pronunciamientos y criterios*. IX. *Conclusiones*.

Resumen. El sujeto agrario denominado poseionario, es un carácter novedoso establecido para el régimen de la propiedad social con la reforma constitucional de 1992 al artículo 27, que permitió la incorporación de terceros a la capacidad productiva de los ejidos, pero sin tener injerencia en su vida interna. No obstante, la Ley Agraria que los instituye, terminó siendo omisa en definición y en la regulación de los derechos sobre las parcelas de las que son titulares, desencadenándose una condición legal de incertidumbre, que ha implicado la negación de diversos alcances legales, generando una violación a sus derechos y un desaliento a su importante aportación al desarrollo económico de los núcleos agrarios.

Palabras clave: Poseionario, derechos parcelarios, omisión, desigualdad.

Abstract: *The agricultural subject called possessor, is a new character established for the social property regime trough the constitutional reform of 1992 to article 27, which allowed the incorporation of third parties to the productive capacity of the ejidos, but without having interference in its internal life. However,*

¹ Abogado por la Universidad de Guadalajara; Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, con Mención Honorífica. Ex Procurador Agrario de la República. Ex director de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara. Conferencista y autor en materia agraria; Profesor en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

² Licenciada en Derecho por la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

the Agrarian Law that establishes them, ended up being omissive in definition and in the regulation of the rights over the parcels of which they are holders, generating a legal condition of uncertainty, which has implied the denial of various legal scopes, leading to a violation of their rights and a discouragement of their important contribution to the economic development of the agrarian nucleus.

Keywords: *Possessor, parcel rights, uncertainty, inequality.*

I | Introducción

Nos encontramos ante una encrucijada legal compleja por decir lo mínimo, pero en todo caso injusta para los sujetos agrarios denominados poseionarios; por una parte, el texto de la Ley Agraria³, tanto omisa como deficiente, en una gran mayoría de su contenido, si bien crea la figura del poseionario, al mismo tiempo, lo ignora o al menos simplemente lo deja de lado; en efecto, el texto legal identifica al carácter de los poseionarios cuando refiere su regularización por la asamblea del núcleo agrario (artículos 23, VIII, 56 y 57), sin que aporte mayor especificación ni señale los alcances de sus derechos, aun cuando se debería entender que al ser titulares, gozan de todos los inherentes a la parcela ejidal.

Más grave aún, el legislador prefirió identificar a los vecindados (Título Tercero, Capítulo I, sección segunda, artículo 15 y otros), como condición previa a la del *poseionario* que, sin menoscabo de tenerlos también como sujetos agrarios, los coloca en una posición de mera expectativa para adquirir los correspondientes a una parcela o, cuando más, ser simples poseedores irregulares de tierras, con posible transición a la calidad de poseionario en los supuestos de la ley.

Por otro lado, el Reglamento de la Ley Agraria en Materia de Certificación de Derechos Ejidales y Titulación de Solares,⁴ señala que la asamblea ejidal podrá regularizar la tenencia de los poseionarios (artículos 19, fracción IV, y 30), en concordancia con la ley (artículo 56), que también podrá asignar parcelas a otros individuos distintos de los ejidatarios (artículo 32) y que se entenderá que sólo se confieren los derechos de uso y usufructo sobre la parcela, a menos que decida otorgar derechos sobre otras tierras o bienes (artículo 34); y esto puede interpretarse como una

³ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de febrero de 1992.

⁴ Emitido mediante decreto publico en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1993.

limitación que se constriñe a los derechos de uso y usufructo, sin más. Estimamos incorrecta dicha apreciación, ya que tendría que entenderse que dicha titularidad se refiere justamente a tierras o bienes distintos a la parcela, es decir, a las tierras de otras parcelas, del uso común o del asentamiento humano; y todavía más, el último párrafo del mismo numeral indica que a quienes se les haya aceptado como ejidatarios, tendrán además los derechos de voz y voto en la asamblea, con lo que dicho adverbio indica que esos derechos se añaden a los expresados o concedidos con anterioridad, lo que nos lleva a la conclusión de que debe entenderse que incluye todos los alcances que conlleva la titularidad del uso y usufructo.

Sin embargo, estamos en un entorno jurídico difuso, impreciso, pues la interpretación de los alcances del texto legal y reglamentario es ambigua; en efecto, la ley no es clara y el reglamento de aquélla no es suficiente, por lo que nos deja ante la necesidad de deducir si el uso y usufructo parcelario del posesionario es simple y llano o implica la adición de otros derechos inherentes a éstos, como es la facultad de enajenación, sucesión o dominio pleno, entre otros.

Enseguida tenemos que el Reglamento Interior del Registro Agrario Nacional,⁵ que textualmente establece que los poseionarios podrán formular la sucesión de sus derechos parcelarios, aunque únicamente refiere a aquellos cuya calidad fue conferida por la asamblea o por resolución judicial (artículo 80), aparentemente no incluyendo a quienes adquieren derechos parcelarios por la vía de la cesión interna; pero más adelante, el mismo reglamento señala que los poseionarios que fuesen regularizados por la asamblea ejidal adquirirán sobre su parcela los mismos derechos que cualquier ejidatario (artículo 85) y remata de manera general y sin distinciones, que quienes adquirieran derechos parcelarios y sobre tierras de uso común, fuese por enajenación o por sucesión, conllevan la adquisición de los mismos derechos que cualquier ejidatario sobre la misma (artículo 86).

Luego entonces, tanto en los casos del origen del poseionario por sucesión como por sentencia, enajenación o regularización, el Reglamento en cita es claro que suple la omisión de la Ley y la imprecisión de su Reglamento en Materia de Certificación de Derechos Ejidales.

Adicionalmente, con la intención de dar mayor claridad en este tema, el mismo Registro Agrario Nacional expidió diversas la

⁵ Emitido mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de octubre de 2012.

circulares, en las que ratifica que la titularidad parcelaria de los poseionarios comprende todos los derechos que le corresponden a los ejidatarios, con lo que le vendría a generar un equilibrio y plano de igualdad, ya sin distinguir su origen, sea asamblea, sentencia, sucesión o cesión de derechos. Transcribimos:

RECONOCIMIENTO DE POSESIONARIOS. Otros medios para adquirir la calidad de poseionario y sus derechos. Circular DGRAJ/1.3.1.7/1 1.

El carácter de poseionario no sólo se adquiere por el reconocimiento de la asamblea de ejidatarios, según lo dispuesto por la fracción VIII del artículo 23 de la ley Agraria, sino también por resolución judicial que declare procedente la acción de prescripción en favor de un poseedor (art. 48 de la ley Agraria) o por el hecho de adquirir derechos parcelarios. En todos estos supuestos, al poseionario se le deberá expedir el certificado parcelario de poseionario a que se refiere la circular DGRAJ/1.3.1.11/1., siempre que se haya realizado la asamblea de delimitación, destino y asignación de derechos a que se refiere el artículo 56 de la Ley. Si en el ámbito del derecho agrario, el poseionario es titular de los mismos derechos que el ejidatario sobre su parcela, tiene por lo tanto, los siguientes: Derechos a. De uso y disfrute sobre sus parcelas (arts. 14,45, 62, 76, 77 y 79 Ley Agraria); b. De dar en garantía el usufructo de sus parcelas (art. 46 Ley Agraria); c. De recibir la indemnización por causa de expropiación de su parcela (art. 96 Ley Agraria); d. De suceder sus derechos parcelarios (art. 17 Ley Agraria); e. De enajenar sus derechos parcelarios (art. 80 Ley Agraria); f. De asumir el dominio pleno, una vez que la asamblea de ejidatarios hubiere autorizado a los ejidatarios a adoptar dicho dominio, y g. Los demás que le confieran la ley y el reglamento interno del ejido. Obligaciones a. De enajenar los excedentes de su parcela (art. 47 Ley Agraria); b. De notificar el derecho del tanto (art. 80 Ley Agraria), y c. Los demás que establezcan la ley y el reglamento interno del ejido II. En el supuesto de que la Asamblea al regularizar la tenencia de la tierra de poseionarios sólo les reconozca derechos de uso y disfrute sobre la parcela, así como derechos adicionales sobre las demás tierras o bienes del ejido que no irñp1iquen la calidad de ejidatario, esta situación deberá quedar precisada en el acta de asamblea, atento a lo dispuesto en los artículos 56 de la Ley Agraria; 34, 38 y 40 del Reglamento de la Ley Agraria en Materia de Certificación de Derechos Ejidales y Titulación de Solares.

Sustituye a la circular: RECONOCIMIENTO DE POSESIONARIOS. Otros medios para adquirir la calidad de poseionario y sus derechos. DGRAJ/1.3.1.7/1

POSESIONARIOS. Regularización de tenencia de poseionarios CIRCULAR DJ/RAN/III-5 (ESTA CIRCULAR TENÍA LA

NOMENCLATURA DJ/RAN/III-6) I. La calidad de poseionario se adquiere por resolución judicial que declare procedente la acción de prescripción a favor de un poseedor conforme al artículo 48 de la Ley Agraria. II. La fracción VIII del Artículo 23 de la misma legislación anterior, faculta a los ejidos para llevar a cabo la regularización de la tenencia de la tierra de los poseedores por acuerdo de asamblea de formalidades especiales. En este supuesto, al poseionario se le deberá expedir el certificado parcelario de poseionario, a que se refiere la circular DJ/RAN/III-8 denominada "CERTIFICADOS PARCELARIOS", siempre que se haya realizado la asamblea de delimitación, destino y asignación de derechos a que se refiere el artículo 56 de la Ley Agraria. Derivado de lo anterior, el poseionario es titular de los mismos derechos que un ejidatario sobre su parcela, de conformidad con la Ley Agraria. III. En el supuesto de que la Asamblea al regularizar la tenencia de la tierra de los poseedores sólo les reconozca derechos de uso y disfrute sobre la parcela que no impliquen la calidad de ejidatario, esta situación deberá quedar precisada en el acta de asamblea, atento a lo dispuesto en los artículos 56 de la Ley Agraria; 34, 38 y 40 del Reglamento de la Ley Agraria en Materia de Certificación de Derechos Ejidales y titulación de Solares. La presente circular entrará en vigor a partir del 22 de marzo de 2006. Dado en la Ciudad de México, D.F. a 14 de marzo de 2006. EL DIRECTOR EN JEFE DEL REGISTRO AGRARIO NACIONAL.

Substituye a la circular: CERTIFICADOS PARCELARIOS.-
DGRAJ/1.3.1.11/1

CERTIFICADOS PARCELARIOS CIRCULAR DJ/RAN/III-6 (ESTA CIRCULAR TENÍA LA NOMENCLATURA DJ/RAN/III-7) Conforme a lo dispuesto por el artículo 56 de la Ley Agraria, el R.A.N. certificará el plano interno del ejido, y con base en éste expedirá los certificados parcelarios a los ejidatarios y poseedores de que se trate. Estos certificados acreditarán los derechos que sobre sus parcelas tienen los ejidatarios y los poseedores (artículo 23 fracc. VIII de la Ley Agraria). En tal virtud, la expedición original de certificados parcelarios presupone la realización previa de la asamblea de delimitación, destino y asignación de derechos parcelarios. Para la expedición de los certificados se observará lo siguiente: 1. Se deberá expedir un certificado para cada una de las unidades parcelarias de que sea titular el ejidatario o poseedor, según el acta de asamblea y el plano interno del ejido, como se establece en el artículo 91 del Reglamento Interior del R.A.N. 2. Los certificados expedidos a los poseedores, sólo acreditan la calidad de poseedor, según lo dispone el artículo 93 del citado reglamento por lo que deberán ostentar la siguiente leyenda: "el presente certificado sólo acredita la calidad de poseedor". La presente circular entrará en vigor a partir del 22

de marzo de 2006. Dado en la Ciudad de México, D.F. a 14 de marzo de 2006.

A su vez, el Reglamento Interior de la Procuraduría Agraria,⁶ identifica como sujetos agrarios, entre otros, a los ejidatarios, comuneros y posesionarios y sus sucesores (artículo 1º), con lo que este dispositivo interno se suma al criterio de la existencia del derecho sucesorio para los sujetos de nuestro interés.

Pero luego, nos encontramos con la Ley del Impuesto Sobre la Renta, la cual especifica que en el caso de la primera enajenación de parcelas con dominio pleno previsto en la Ley Agraria (artículo 84), la exención del Impuesto Sobre la Renta sólo les corresponde a los ejidatarios (artículo 93, XXVIII), tornando nugatorio al reglamento y demás disposiciones en este derecho específico, sobre la base de que la ley no incluye textualmente a los posesionarios.

Por si esto fuera poco, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la siguiente contradicción de tesis 159/2005 el 25 de noviembre del 2005, generando la jurisprudencia aprobada el 7 de diciembre del mismo año:

SUCESIÓN EN MATERIA AGRARIA. SÓLO COMPRENDE LOS DERECHOS AGRARIOS DE LOS EJIDATARIOS Y NO LA POSESIÓN QUE EJERCEN QUIENES NO TIENEN ESE CARÁCTER. De los artículos 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 17, 18 y 19 de la Ley Agraria, se advierte que el legislador ordinario instituyó la sucesión en materia agraria únicamente respecto de los ejidatarios, a quienes confirió la potestad de designar a la persona que debe sucederlos y lo único que pueden transmitirles son los derechos agrarios que les asisten, los cuales no sólo comprenden el derecho de uso y disfrute sobre sus parcelas, sino también los que el reglamento interno del ejido les otorgue sobre las demás tierras ejidales y los que legalmente les correspondan por tener esa calidad; de ahí que los derechos distintos de los agrarios que adquiere un ejidatario, dentro o fuera del ejido, son transmisibles conforme a las reglas del derecho común. Ahora bien, los derechos posesorios sobre tierras asignadas a quienes no tienen la calidad de ejidatarios como resultado de un parcelamiento económico o de hecho, legalmente no son susceptibles de transmitirse por herencia en términos de las disposiciones de la ley de la materia que regulan dicha institución. Luego, si un avecindado que no ha obtenido la calidad de ejidatario es poseedor de una fracción de

⁶ Emitido mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de septiembre de 2020.

*terreno dentro del ejido, es claro que los derechos derivados de esa posesión no están comprendidos dentro de la sucesión en materia agraria, siendo similar la situación de quien es reconocido por la asamblea como poseionario de tierras ejidales.*⁷

Dicha jurisprudencia resuelve contundentemente que conforme al legislador ordinario, el derecho a designar la sucesión de sus derechos parcelarios únicamente le corresponde a los ejidatarios, y, por ende, concluye que la ley excluye a quienes no tienen esa calidad cuando se trate de un parcelamiento económico o de hecho, como es el caso de los avecindados, para posteriormente colocar en la misma situación a los poseionarios; como podemos apreciar, el argumento central también es que el legislador ordinario no los incluyó en el texto legal. Por ello señalamos que la jurisprudencia anotada parte de un supuesto específico y limitado, que sienta un precedente erróneo, pues hace referencia a la literalidad de la ley de la materia, aparentemente sin entender la intención del legislador ni interpretar el conjunto de disposiciones.

Luego, atendiendo a la obligatoriedad de acatar la jurisprudencia, al resolver controversias sobre la sucesión agraria, en algunos casos, los tribunales agrarios y federales han aplicado dicho criterio jurisprudencial, sin más, negando la procedencia de este derecho a los poseionarios, pero sin entender sus verdaderos alcances.

Como señalamos, de su redacción se desprende un elemento central, que se refiere a la posesión derivada de parcelamientos económicos o de hecho, y por lo tanto, que no generan el derecho sucesorio, cuestión en la que estamos absolutamente de acuerdo, pues es claro que no existe una parcela formal o de derecho, por lo que no importará que se trate de avecindados o incluso de poseionarios reconocidos por la asamblea, dado que únicamente el reconocimiento formal da lugar al derecho a suceder.

Así las cosas, nos encontramos ante omisiones en la ley, imprecisiones en su reglamento, y luego, medianamente resueltas en el Reglamento Interior del Registro Agrario Nacional, supuestamente clarificadas en sus circulares, para luego quedar

⁷ SUCESIÓN EN MATERIA AGRARIA. SÓLO COMPRENDE LOS DERECHOS AGRARIOS DE LOS EJIDATARIOS Y NO LA POSESIÓN QUE EJERCEN QUIENES NO TIENEN ESE CARÁCTER. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXIII, enero 2006, p. 1200.

parcialmente sin aplicación por una ley conexas y una jurisprudencia; si bien debemos atender a la jerarquía de las leyes y dispositivos complementarios, es claro que nos encontramos ante un nudo gordiano legal, que es preciso solventar, siendo que no sólo se involucra el derecho de la sucesión y exención del Impuesto Sobre la Renta mencionados, sino que alcanza a los demás derechos inherentes a la titularidad parcelaria.

II] Régimen de la propiedad social en México

El régimen agrario en México sigue revistiendo una especial importancia; las características endémicas de la propiedad de la tierra, identificada como propiedad social o agraria, de comunidades y ejidos, fue consolidada y constituida respectivamente, a lo largo de la etapa de la reforma agraria, remontando sus antecedentes desde la época prehispánica y colonial; en el caso de las comunidades, sustentadas en los títulos virreinales (restitución), por una parte, y en la posesión colectiva prevaleciente desde tiempos inmemoriales, por otra (reconocimiento o confirmación); y en el caso de los ejidos, mediante la afectación y posterior reparto de tierras de propiedad privada que incurrían en violaciones a su función social y económica, por excedencias a los límites de extensión o su desaprovechamiento injustificado.

Concentrándonos en los ejidos, motivo de nuestro estudio, en este proceso de la reforma agraria, sólo se reconocieron como sujetos agrarios individuales a los beneficiarios de las dotaciones de tierras, ahora ejidatarios, como titulares de los derechos de uso y usufructo de sus parcelas o de las tierras de uso común, e integrantes del núcleo agrario. Con la reforma constitucional al artículo 27 del 6 de enero de 1992, tuvieron lugar cambios significativos, como consecuencia de la situación del orden económico y social existente, lo cual evidenció la necesidad de renovar a dicho régimen y desamortizar la tenencia de la tierra.

Así, nace el derecho agrario contemporáneo, que tiene como sello distintivo el respeto a las formas de la propiedad social, y al mismo tiempo, liberaliza sus características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, teniendo presente la importancia de ampliar su participación económica en la sociedad globalizada. Entre otros aspectos trascendentes, a los sujetos agrarios colectivos, se les permite la toma de todo tipo de decisiones que afecten al régimen en común, al mismo tiempo que se fortalece la titularidad individual de sus integrantes, y se abre la puerta para la inclusión de terceros a los que se les otorga el

carácter de sujetos agrarios, bajo el concepto de posesionarios, y aunque éstos no forman formalmente parte del ejido, sí cuentan con una estrecha vinculación con éste.

III] Sujetos agrarios individuales: los posesionarios

En consecuencia, dejando por ahora de lado a la comunidad, que guarda algunas características distintas, en el ejido tenemos como sujetos agrarios individuales a los ejidatarios, integrantes de esa persona moral, a los que se suman los avecindados, posesionarios y sucesores. Como señalamos, sólo los primeros son integrantes del núcleo agrario; los avecindados son los sujetos que simplemente radican en éste, pero que ésta condición únicamente les genera la expectativa de poder adquirir derechos parcelarios (artículo 80), o ser reconocidos como ejidatarios o como posesionarios por la asamblea (aunque también participan en la Junta de Pobladores, artículo 41); en el caso de los sucesores, su expectativa se limita a ser favorecidos al fallecimiento del ejidatario, por voluntad de éste al incluirlos en la lista sucesoria o testamento, y a falta de alguno de éstos, puede encontrarse en la línea preferencial que establece la ley.

Si bien la ley no los define y hasta casi los ignora, como ya mencionamos, podemos desprender de su texto y reglamento que los posesionarios son personas titulares de los derechos de uso y usufructo de parcelas, a los que consideramos que deben tener los mismos derechos que los ejidatarios respecto de sus parcelas; para tener esa titularidad deberán cumplir con los requisitos de un ejidatario: contar con nacionalidad mexicana, mayoría de edad, ser avecindado y cumplir los requisitos del reglamento interno; por lo que hace a las excepciones de la mayoría de edad, referente a tener familia a su cargo, estimamos que quedará en la voluntad de la asamblea con el reconocimiento de avecindado o del tribunal agrario, y el caso de ser heredero de un posesionario, es precisamente esa una de las cuestiones en controversia.

Se ha recalcado anteriormente que la figura del posesionario es fundamental en el nuevo entorno agrario; según estadísticas del Instituto Nacional de Geografía y Estadística, actualmente existen 715,296 posesionarios en el país, lo que implica una fuerza productiva muy significativa. Si bien, en la iniciativa de reforma constitucional y en el Diario de Debates de la Cámara de Diputados de la LV legislatura no aparece ninguna mención específica, sí se desprende que, aunado a la necesidad de desamortización de la propiedad ejidal, la cual hasta ese entonces era inalienable, imprescriptible e inembargable, se previó la

necesidad de la incorporación de terceros, lo que se tradujo en la inclusión de los poseionarios en la ley reglamentaria.

IV] Antecedentes de los poseionarios

Para entender el concepto de estos sujetos agrarios, podemos encontrar su origen en antecedentes históricos, sociales y económicos; consideramos que el antecedente histórico se remonta, como mínimo, a las *encomiendas*⁸ de la colonia, régimen en las que se asignaba mano de obra indígena en la titulación de tierras a los conquistadores, para luego convertirse en los *peones acasillados*⁹ ¹⁰ de las grandes *haciendas*,¹¹ secuela de aquellas formas de propiedad, que fueron concentrando grandes extensiones de tierra desde finales de la colonia, y, mayormente, en la etapa independiente hasta el porfirismo, para ser luego combatidas durante el reparto agrario del siglo pasado.

El antecedente social tiene que ver con el sustento campesino que se aportó a la revolución mexicana de 1910, casi específicamente para el reclamo de tierras, lo cual precisamente motivó el proceso de la reforma agraria por medio del reparto de tierras para lograr la justicia social, pero dentro de éstas quedaron fuera muchos campesinos que, o no reunían los requisitos de capacidad agraria para solicitar tierras, (por su estado desavecindado o por no ser el campo su ocupación habitual, entre otros), o no fueron considerados para ser beneficiados en las dotaciones de tierra por cualquier otra razón (desarraigo, simpatía, etcétera), o simplemente, que fueron incorporándose a los núcleos agrarios después de dichas dotaciones (sea porque alcanzaron la mayoría de edad, por ser hijos de ejidatarios, otros avecindados, etcétera).

El antecedente económico, fue claramente expresado en la exposición de motivos de la reforma de 1992¹² y en la de la ley reglamentaria;¹³ en ésta última, se señaló: *El núcleo de población ejidal (...) requiere abrir la posibilidad de libre asociación, tanto*

⁸ RIVERA RODRÍGUEZ, Isaías, *El nuevo Derecho Agrario en México*, segunda edición, McGraw Hill Interamericana, México, 1994, p. 30.

⁹ Artículo 45 del Código Agrario de 1934 publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de abril de 1934.

¹⁰ DE IBARROLA, Antonio, *Derecho Agrario, el Campo, Base de la Patria*, México, Editorial Porrúa, 1983, p. 244.

¹¹ RIVERA RODRÍGUEZ, *Op. Cit.*, p. 34.

¹² Enviada a la Cámara de Diputados el 7 de noviembre de 1991.

¹³ Enviada a la Cámara de Diputados el 7 de febrero de 1992.

*hacia su interior, como con terceros (...) que los ejidatarios adopten las formas de organización que ellos consideren más adecuados en las tareas de regularización (...) el núcleo de población, adquiere el papel preponderante;*¹⁴ así pues, de acuerdo con lo constatado, implicó que sumado a la indispensable desamortización de la propiedad ejidal, resultaba necesaria la incorporación de terceros que estuvieran interesados en trabajar, colaborar e invertir en lo ejidos, sin interferir en su vida interna, aportando capacidades económicas y productivas, permitiendo que su trabajo, capital, conocimiento y mentalidad, ayudaran a despertar e impulsar el potencial productivo de esos núcleos.

Sin embargo, dichos antecedentes históricos, sociales y económicos no se vieron reflejados en el proceso legislativo, cuyo resultado fue sumamente pobre; por ello, afirmamos que si bien hubo una inicial claridad meridiana cuando el legislador concibió una figura paralela a los ejidatarios, que contribuirían al desarrollo de los núcleos ejidales sin interferir en su vida interna, fue el caso que luego el legislador también fue omiso en establecerla dentro de la propia ley, con claridad en sus alcances legales, esta omisión terminó una situación de desigualdad legal, la cual se ha estado planteando en este artículo.

V J Vías de adquisición de la calidad de poseionario

Conforme se infiere expresamente del texto legal, el carácter de poseionario se adquiere por reconocimiento de la asamblea de ejidatarios, sea de forma simple y llana, o por su regularización; el caso de simple y llano reconocimiento es cuando la asamblea, como órgano supremo (artículo 22) ejerce su atribución en la toma de decisiones que afectan al régimen interior, ejemplo de esto es el caso de las tierras de uso común (artículo 23, fracción X), o bien, lo que implica la simple asignación de una parcela vacante (artículo 56, fracción II, y 57, fracción I); y será por regularización cuando se atienda el caso de poseedores irregulares de superficies del ejido, sin que previamente haya existido acuerdo alguno de la asamblea (artículos 23, fracción VIII, y 56). En ambos casos, por reconocimiento o regularización, es claro que se desprende de la voluntad del sujeto agrario colectivo, en voz de su máxima autoridad interna, la asamblea.

Asimismo, se obtiene el reconocimiento del carácter por sentencia, lo cual puede tener lugar en el caso de que un poseedor (avecindado o no) acuda al tribunal agrario a deducir sus derechos

¹⁴ RIVERA RODRÍGUEZ, *Op. Cit.*, p. 120.

y calidad, ante la negativa u omisión de la asamblea en los casos antes mencionados. También estamos en el supuesto por la vía de sentencia, en tratándose de la prescripción adquisitiva de parcelas, cuando se han reunido los requisitos legales de posesión pacífica, continúa y pública, a título de ejidatario, por cinco o diez años, si fuera de buena o mala fe, ya sea en la vía de jurisdicción voluntaria o en juicio agrario, pues *adquirirá sobre dichas tierras los mismos derechos que cualquier ejidatario sobre su parcela* (artículo 48). En nuestro concepto, del texto legal se aprecia que en este caso se involucra a la totalidad de los derechos parcelarios, sin distinguir o dejar de lado alguno de éstos, lo que debe considerar la cesión, sucesión, dominio pleno, titularidad de uso común y demás.

Luego, si bien la ley no lo especifica, esta calidad también es generada por la transición que genera la adquisición de derechos parcelarios por parte de los avecindados, en virtud del proceso interno de enajenación que los ejidatarios pueden hacer en favor de estos sujetos agrarios, o de otros ejidatarios (artículo 80); en estos casos, el carácter de avecindado se torna en posesionario, puesto que el Registro Agrario Nacional deberá cancelar el certificado parcelario anterior y expedir el nuevo certificado mediante el cual se reconoce la nueva titularidad de los derechos parcelarios y, por ende, la calidad de posesionario.

En el mismo sentido, estamos frente al caso de la adquisición de derechos sobre tierras de uso común, pues la ley establece que su titularidad puede ser materia de cesión por parte de los ejidatarios (artículo 20, fracción I), lo que nos lleva a la posibilidad de que sea en favor de avecindados y que, por ello, asuman la calidad de poseedores.

En consecuencia, nos encontramos ante supuestos en que no existe intervención de la voluntad de la asamblea, precisamente porque la cesión de derechos es una prerrogativa del ejidatario en lo individual, la cual, en el caso de los avecindados, los convierte en titulares de derechos parcelarios o de uso común y, por lo tanto, en poseedores; aquí tiene lugar una desigualdad más en la ley, puesto que en su aplicación estricta, los avecindados convertidos en poseedores por virtud de sentencia o de la cesión de derechos, no quedarían incluidos en la asignación parcelaria que haga la asamblea, pues conforme al sentido literal de la ley quedan fuera del orden de preferencia y, por el contrario, los poseedores que contaron con la voluntad de la asamblea por virtud de su reconocimiento o regularización, sí gozan de un primer lugar en la preferencia (artículo 57, fracción I).

Ahora bien, en contra de nuestra opinión, pareciera que la sucesión no queda comprendida como una vía para convertirse en

poseionario, justamente por el argumento antes mencionado de que, al no estar señalada en la ley, no les corresponde y, por consecuencia, se deja de lado tanto el Reglamento Interno del Registro Agrario Nacional (artículo 85) como las circulares que ya mencionamos. Tampoco perdamos de vista que el Reglamento Interno de la Procuraduría Agraria, identifica como sujetos agrarios, entre otros, a los ejidatarios, comuneros y poseionarios y sus sucesores (artículo 1°).

VI] Tipos de poseionarios

En primer término, debemos señalar que el carácter de poseionario es el de un sujeto agrario, formal y legalmente reconocido, y por ello, la ley y reglamentos le confieren derechos de esta naturaleza; desafortunadamente, la Ley Agraria hace uso indiscriminado del término poseionario lo que constituye una grave falla legislativa, dado que en nuestra materia no debiera confundirse el concepto de poseionario con el de poseedor.

Dicho lo anterior, es importante distinguir a los diversos tipos de poseionarios, sean así mencionados por la ley o como consecuencia de la interpretación a ésta; primeramente reiteramos que la ley es omisa en la definición del poseionario así como de sus derechos y obligaciones. Ante ello, y sumado a la errónea mención de poseionarios no regularizados a que aludimos con anterioridad, es el caso que el Poder Judicial Federal ha tenido que identificarlos en diversos pronunciamientos jurisprudenciales como poseionarios irregulares y regulares; y esto es así puesto que la norma especial señala que la asamblea podrá regularizar la tenencia de los poseionarios (*sic*) (artículos 23, fracción VIII y 56), cuando en realidad se trata de simples poseedores que detentan superficies ejidales de manera irregular, al no contar con una autorización o título formal para ello, lo que deviene en un poseionario irregular; y luego, el texto legal se refiere a los poseionarios reconocidos por la asamblea, es decir, quienes ya fueron regularizados, o sea, que son poseionarios regulares, según hayan sido reconocidos por la máxima autoridad interna, convalidando su posesión o por asignación directa de una parcela (artículo 57), debiendo ser éstos realmente poseionarios.

Luego, encontramos lo que, en nuestro concepto, implica un tratamiento desigual entre los poseionarios que ya mencionamos, quienes bajo el criterio anterior serían regulares; según su origen, señalamos que del texto legal se desprende que existen los poseionarios que adquirieron ese carácter por acuerdo de asamblea, sean regulares o regularizados (artículo 57, fracción

l), y por ello les corresponde derechos preferentes, por encima de los poseedores que llegaron a esta calidad por medio de sentencia, de cesión de derechos parcelarios, e incluso por sucesión, en los casos en que ya se haya aplicado efectivamente.

En efecto, los poseedores reconocidos por la asamblea, es decir, con la voluntad del núcleo agrario, tienen derecho preferente a que les asignen parcelas cuando la asamblea acuerde nuevos parcelamientos (artículo 57, fracción I); y en el caso de los poseedores que arribaron a esa calidad por las otras vías, sin contar con dicha voluntad colectiva, la ley es omisa por completo, lo que nos llevaría a tener que ubicarlos en la última categoría del dispositivo mencionado, que corresponde a otros individuos a juicio de la asamblea (artículo 57, fracción IV).

Al mismo tiempo, esta situación nos lleva a señalar que antes que este tipo de poseedores, tendrán preferencia los ejidatarios y vecindados (artículo 57, fracción II), y los hijos de ejidatarios y vecindados que hayan trabajado la tierra por dos años mínimo (artículo 57, fracción III); y aún más, quedará la decisión al libre albedrío de la asamblea, con lo que en realidad no existe ningún derecho real, sino sólo una expectativa.

Claro que los poseedores así relegados, podrán ubicarse en la posición de vecindados, cuando sea el caso de la condición previa a su ascensión a poseedores, con excepción de los que lleguen a ella por la vía de sentencia o sucesión.

VII] Derechos parcelarios

Debemos distinguir la esfera jurídica de los derechos parcelarios correspondientes a los sujetos agrarios individuales del ejido; en el caso de los ejidatarios, conforme a la Ley Agraria y reglamentos, específicamente respecto de las parcelas, consisten en los siguientes:¹⁵

Los ejidatarios gozarán del derecho de uso y disfrute de sus parcelas, de los derechos que el reglamento interno les otorgue sobre las otras tierras ejidales y los demás que legalmente les corresponda (artículo 14). También están facultados para establecer sucesión legal de sus derechos sobre su parcela y demás inherentes a la calidad de ejidatario, mediante lista depositada ante el Registro Agrario Nacional o testamento otorgado ante notario público (artículo 17). Las tierras parceladas pueden ser objeto de cualquier tipo de contrato de asociación o aprovechamiento, sin

¹⁵ RIVERA RODRÍGUEZ, Isaías, "Catálogo de Derechos Agrarios", *Revista Estudios Agrarios de la Procuraduría Agraria*, N° 20, año 2002, México.

necesidad de la autorización de la asamblea o de cualquier autoridad (artículos 45, 77 y 79); pueden otorgar el usufructo de sus parcelas en garantía, a favor de instituciones de crédito o de personas con las que tengan relaciones de asociación o comerciales (artículo 46).

Tienen derecho a que se les expida el certificado parcelario por el Registro Agrario Nacional, con los cuales acreditarán la titularidad de la parcela (artículo 56, 74 y 78); tendrán derecho a recibir la asignación de tierras de las cuales no se hubiesen parcelado formalmente, ubicándose en el segundo lugar de preferencia (artículo 57, fracción II). También cuentan con el derecho a que la asamblea y el comisariado ejidal respeten invariablemente sus derechos parcelarios, por lo que no podrán usar, disponer o determinar la explotación colectiva de éstos sin el previo consentimiento por escrito de los referidos titulares. Asimismo, pueden otorgar el derecho de usufructo de sus parcelas a sociedades civiles y mercantiles (artículo 79).

Adicionalmente, a los ejidatarios les corresponde el derecho a enajenar sus derechos parcelarios a otros ejidatarios o vecindados del mismo núcleo de población, respetando las formalidades y el derecho del tanto (artículos 60 y 80); a solicitar a la asamblea autorización para la adquisición del dominio pleno sobre sus parcelas (artículo 81), y el derecho de formalizar su desincorporación del régimen ejidal (artículo 82). Los ejidatarios tienen derecho a conservar la calidad de ejidatario aun cuando hubiesen adoptado el dominio pleno en sus parcelas, siempre que conserven derechos sobre otra parcela ejidal o sobre tierras de uso común (artículo 83); y tienen el derecho del tanto en la primera enajenación de parcelas sobre las que se hubiere adoptado el dominio pleno, ocupando el tercer lugar en el orden (artículo 84). De las parcelas sobre las que hubiesen adoptado el dominio pleno, tienen derecho a exentar el pago de impuestos o derechos federales generados por la primera enajenación a favor de personas ajenas al ejido (artículo 86).

Los ejidatarios tienen el derecho de beneficiarse con la urbanización de sus parcelas, cuando éstas se encuentren ubicadas en el área de crecimiento de un centro de población (artículo 87); tienen derecho a recibir la indemnización consecuencia los actos expropiatorios de sus parcelas, la cual deberá atender al valor comercial de los bienes expropiados y en su caso al del valor de la regularización (artículos 94 y 96); de la misma forma, tienen el derecho de autorizar la ocupación previa de sus parcelas (artículos 94 y 95); tienen derecho de acudir a los tribunales agrarios con el objeto de iniciar la acción jurisdiccional mediante juicio agrario que

resuelva las controversias derivadas de la Ley (artículo 163), y el derecho de que los tribunales suplan las deficiencias de sus planteamientos de derecho y a que provean las diligencias precautorias necesarias para proteger sus intereses (artículo 164).

Es el caso de que en ninguno de éstos derechos, el texto legal hace referencia a los posesionarios, ni, al menos, en algún punto señala que a éstos sujetos agrarios les aplicará lo correspondiente (como sí sucede con los comuneros, en lo que no se contravenga la ley, artículo 107); en tal virtud, justamente es que debemos acudir a la interpretación de la ley y la suplencia en su caso; con el ánimo de sintetizar, revisamos sucintamente cada apartado; como a los posesionarios les corresponde la titularidad del uso y usufructo de sus parcelas, pues efectivamente se les expide el certificado parcelario, está claro que podrán celebrar todo tipo de contratos sobre éstos derechos, aportarlos a sociedades y otorgar el usufructo en garantía.

Por lo que concierne al derecho de designar sucesión, ya hemos hecho referencia a la confronta existente entre la ley, el Reglamento Interior del Registro Agrario Nacional y sus circulares, y que también que existen diversos planteamientos jurisprudenciales que sustentan que como el texto legal sólo señala a los ejidatarios, sin incluir expresamente a los posesionarios, es por lo que éstos quedan fuera del alcance.

Luego, en el caso de la asignación de tierras que no se hubiesen parcelado formalmente, es cuando sí aparece la figura del posesionario, como posible beneficiario en primer término, pero únicamente cuando se trate de éstos sujetos reconocidos por la asamblea, excluyendo de ese primer lugar a quienes son adquirentes de parcelas o por la vía de sentencia.

Si bien el dispositivo que ordena el respeto a los derechos parcelarios de los ejidatarios sin incluir a los posesionarios, por equidad no podría interpretarse en sentido contrario a éstos, amén del respeto a los derechos humanos previstos constitucionalmente. En cuanto a la enajenación interna de los derechos parcelarios de los posesionarios, estimamos que igualmente no debe existir impedimento legal puesto que esa misma vía está considerada para su adquisición.

Sin embargo, como tampoco queda previsto que deba otorgarse el derecho del tanto a los familiares del posesionario enajenante, en nuestra opinión estimamos que debe subsistir la misma condición y principio que la de los ejidatarios; igualmente, estimamos que la calidad de posesionario se conservará en tanto se mantenga en calidad de titular de los derechos parcelarios dentro del mismo ejido.

Respecto al derecho del tanto en la primera enajenación de parcelas con dominio pleno, nuevamente la ley no incluye textualmente a los poseionarios pero, además, en un alarde de minusvalía, sí incluye a quienes hayan trabajado dichas parcelas por más de un año, categoría en las que incluso podemos encontrar a sujetos ajenos al mismo núcleo agrario; desde luego, podemos señalar que nos encontramos ante otro caso de desigualdad y que requiere una interpretación amplia, acudiendo a los reglamentos. No dejamos de señalar que los poseionarios sólo podrían quedar encuadrados en el supuesto de quien hubiera tenido origen con la figura del *avecindado*, sea porque adquirieron derechos parcelarios, por reconocimiento de la *asamblea* o por sentencia.

El derecho a beneficiarse con la urbanización de parcelas comprende a las tierras *ejidales*, sin distingos de los sujetos titulares, de suerte tal que estimamos que desde luego comprende a los poseionarios (artículos 87 a 89). La indemnización por expropiación, presenta nuevamente una situación omisa y luego resuelta; la ley señala expresamente que en tratándose de parcelas, la indemnización le corresponderá al *ejidatario*, sin más, lo que bajo el criterio de que la ley no incluye al poseionario, podría llevarnos a entender que los deja fuera de ese derecho; pero, a su vez, el Reglamento de la Ley Agraria en Materia de Ordenamiento de la Propiedad Rural,¹⁶ indica que cuando la expropiación afecte tierras formalmente parceladas, la indemnización corresponderá a los titulares, sin hacer más distinciones, por lo que se entiende que incluye a los poseionarios (artículo 77, segundo párrafo), para luego complementar señalando que la indemnización por los bienes distintos a la tierra deberá ser cubierta a los afectados, nuevamente sin hacer distinciones (artículo 78). Por consecuencia, en este caso específico, la omisión de la ley es resuelta por el texto del reglamento, con lo que bien podríamos encontrar en una misma situación que en el caso de la sucesión.

El derecho a acudir a los tribunales agrarios para resolver las controversias sobre sus derechos agrarios y en su caso, a la suplencia de las deficiencias de los planteamientos de derecho y al proveimiento de diligencias precautorias es inherente a todo justiciable, en virtud de tener la calidad de sujeto agrario.

Posteriormente, el artículo 23, fracción IX de la ley, únicamente señala la posibilidad de adquirir el dominio pleno de parcelas por acuerdo de la *asamblea ejidal* a los *ejidatarios*, y al no prescribirlo expresamente la ley, en duda podría estar la capacidad

¹⁶ Emitido mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de noviembre de 2012.

del posesionario para adoptar dicho dominio pleno; no obstante, estimamos que esa decisión queda encuadrada dentro de las facultades de la asamblea como máximo órgano interno, para resolver sobre el destino de sus tierras y, por consiguiente, el de la *nuda* propiedad que le corresponde sobre las parcelas; en consecuencia, será suya la decisión de conceder esa autorización para que la ejerza el posesionario,

Ahora bien, en el caso de la exención del Impuesto Sobre la Renta en la primera enajenación, la Ley del Impuesto Sobre la Renta¹⁷ especifica que únicamente los ejidatarios podrían tener este beneficio, excluyendo directamente a los poseedores (artículo 93, fracción XXVIII), señalando que deberán acreditar ser titulares de dichos derechos parcelarios, así como su calidad de ejidatario mediante los certificados o los títulos correspondientes a que se refiere la Ley Agraria. Es este uno de los temas de mayor controversia sobre la desigualdad legal interna; aunque se entienda que extender el beneficio puede ser motivo de abusos, consideramos indispensable regularlo fundadamente y no bajo el argumento de que la ley no lo señala expresamente, para no confundir dicho soporte legal.

Cabe el espacio para referir algunos de los derechos que no les corresponde a los poseedores, precisamente por no ser integrantes del ejido, como es el caso de la participación en la asamblea general de ejidatarios, cuando no se trate de sus derechos parcelarios, y por ende, tampoco a firmar el acta correspondiente o firmarla bajo protesta en caso de desacuerdo (artículos 22 y 31); sujeto a lo anterior, no podrán solicitar al comisariado ejidal o al consejo de vigilancia la convocatoria a asamblea (artículo 24), así como votar y ser votados (artículos 37 y 38); tampoco podrán reclamar un solar urbano al constituirse la zona de urbanización en tierras del núcleo (artículo 68).

VIII] Reglamentación, pronunciamientos y criterios

Como se desprende del anterior análisis, encontramos que, salvo la titularidad de uso y usufructo parcelario, la ley es casi totalmente omisa en señalar los derechos de los poseedores, y que es este el argumento central interpretativo para negarles el derecho a la sucesión y a la exención del Impuesto Sobre la Renta, dejando en el aire el resto de los derechos, no podemos más que considerarlo como una interpretación fallida, con consecuencias

¹⁷ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de diciembre de 2013.

funestas para la seguridad jurídica de estos sujetos agrarios; y luego, en esta razón, si se acata sin más el pronunciamiento jurisprudencial sustentado en la simple omisión de la ley, tendríamos que concluir que los posesionarios prácticamente tendrían cercenadas todas las facultades parcelarias, por no aparecer en la redacción legal.

Primeramente, debemos acudir a la función de un reglamento; se especifica que es una norma que complementa y amplía el contenido de una ley que, por supuesto es de menor jerarquía y si bien no la debe contravenir ni desbordar, por ser la ley abstracta y genérica, el reglamento debe detallar los supuestos previstos para que su individualización y aplicación sean claras y precisas.¹⁸

En efecto, la ley estableció una figura jurídica denominada posesionario, pero no la desarrolló suficientemente e incluso, fue deficiente, como ya lo hemos apuntado, lo que obliga a acudir a la función de una norma reglamentaria, como es el caso, y luego, a la supletoriedad; además, esa omisión ha generado controversias e incertidumbres jurídicas que hace necesaria su solución, atendiendo a la supletoriedad reglamentaria, misma que justamente no sólo no contraría el ordenamiento legal a suplir, la Ley Agraria, sino que se sustenta en los principios y bases que sirvieron para constituir la figura de los posesionarios; y, todavía más, afirmamos que los efectos del texto legal, que no su letra, y los reglamentos, fueron los que le confirieron al posesionario el estatus de sujeto agrario.

El Reglamento Interno del Registro Agrario Nacional, resuelve el punto indicando que los posesionarios reconocidos por la asamblea ejidal, adquirirán los mismos derechos que cualquier ejidatario respecto de su parcela (artículo 85), aunque no podemos omitir mencionar que, por otro lado, contribuye al régimen ventajoso de quienes consideramos como posesionarios de primera, privilegiados, siendo que se limita a referirse a quienes sean reconocidos o regularizados por la asamblea, conforme a lo artículos 23 y 56 de la ley; no obstante, es evocable, pues no estamos ante una contradicción de criterios, sino que en realidad implica una regulación congruente que suple a la omisión del texto legal.

Además, la realidad es que, en algunos casos, en la práctica, no se aplica esa interpretación, con lo que los posesionarios, siendo titulares de sus derechos parcelarios de uso, usufructo y

¹⁸ [s.a.] *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo VI, México, Editorial Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, p. 168.

aprovechamiento, por una parte, se puede llegar a una dualidad de situaciones: que tienen derecho a celebrar contratos con terceros, pero también queda la duda y hasta franca negación en los casos de cesión, aportación a sociedades, sucesión, usufructo en garantía y adquisición del dominio pleno.

Y luego, podemos acudir a los principios de la supletoriedad, pues los requisitos que deben satisfacerse para estimar procedente la aplicación supletoria de las normas, son i.- que el ordenamiento legal a suplir establezca expresamente esa posibilidad, indicando la ley o normas que pueden aplicarse supletoriamente; ii.- que la ley a suplir no contemple la institución o las cuestiones jurídicas que se pretende aplicar supletoriamente, o aun estableciéndolas, no las desarrolle o bien las regule de manera deficiente; iii.- que esa omisión o vacío legislativo haga necesaria la aplicación supletoria de normas para solucionar la controversia o el problema jurídico planteado, sin que sea válido atender a cuestiones jurídicas que el legislador no tuvo intención de establecer en la ley a suplir; y iv.- que las normas aplicables supletoriamente no contraríen el ordenamiento legal a suplir, sino que sean congruentes con sus principios y con las bases que rigen de manera específica la institución o cuestión jurídica de que se trate, también justamente aplicable.

Así las cosas, podemos señalar que la supletoriedad natural de la ley está contenida en su reglamentos, resulta implícito que sean éstos los que se apliquen, sin que deba de ser textual el llamamiento a su aplicación; que es el caso de que la Ley Agraria estableció una figura jurídica, los posesionarios, pero no la desarrolló y sí la reguló de manera deficiente; la omisión o vacío legislativo hace necesario acudir a la aplicación supletoria de normas reglamentarias para solucionar el problema jurídico de omisiones y falta de regulación; no es el supuesto de atender cuestiones jurídicas que el legislador no tuvo intención de establecer en la ley, sino por el contrario, sí estableció la figura del posesionario pero no lo dotó de las especificaciones; y que las disposiciones reglamentarias aplicables supletoriamente no contrarían a la Ley Agraria, sino que son congruentes con los principios y bases que rigen específicamente al sujeto agrario posesionario.

En consecuencia, la supletoriedad se encuentra en las disposiciones reglamentarias de la Ley Agraria.

IX] Conclusiones

Primeramente, señalamos que en los casos en que a los posesionarios se les han negado algunos de los derechos parcelarios enunciados, bajo el argumento de la omisión en el texto legal, aun siendo las mismas condiciones, es donde surge el cuestionamiento: ¿estamos ante sujetos agrarios de segunda?

Sostenemos que fue un gran avance en el régimen de la propiedad social o agraria, la incorporación de la figura de los posesionarios, atendiendo a los antecedentes históricos, sociales y económicos; y, sin embargo, su regulación en la ley reglamentaria no estuvo a la altura de esas miras.

Existe una deficiente regulación en la ley sobre los posesionarios, en la que hay serias omisiones y deficiencias sobre la figura; no se define el carácter ni los derechos inherentes a éste, por lo que hemos estado obligados a interpretarlos sacando el contexto de la ley y no siempre, acudiendo a sus reglamentos. Adicionalmente, la propia ley y reglamento categorizan un nivel preferente de los posesionarios, en detrimento de otro, no menos importante, contribuyendo a la confusión y a la desigualdad jurídica de sujetos iguales, tornando inconstitucional en ese aspecto a la ley.

En un principio, los alcances de los derechos de los posesionarios fueron suplidas por los reglamentos, en congruencia con el sentido y origen de los posesionarios. Sin embargo, en leyes complementarias y en pronunciamientos interpretativos del Poder Judicial Federal, en varios casos se ha señalado que, por no estar textualmente señalado en la ley, los posesionarios quedan fuera de algunos derechos, y en otros casos, simplemente queda en el aire esa posibilidad.

Las implicaciones de considerar excluidos a los posesionarios de los mismos derechos de los ejidatarios son enormes, pues genera inseguridad jurídica patrimonial, nueva amortización de capitales, y desincentivos para acudir a esa figura. Es evidente que existe desigualdad en el trato de los posesionarios en la ley, que no responde a la intención del legislador originario para su creación. No obstante, el deficiente texto de la ley, y contradictorio en los reglamentos, el posesionario es indispensable y debe ser tratado con condiciones iguales al ejidatario, para que cumpla con su expectativa.

Existe una minusvaloración al carácter agrario de los posesionarios, lo que en el estado actual hace inviable el futuro promisorio de la figura jurídica, sin dejar de mencionar la violación

a los derechos humanos y derecho de convencionalidad implicados y, por lo tanto, la inconstitucionalidad de la ley en sus omisiones.

Por todo lo anterior, la ley y reglamentos deben ser reformados para definir con claridad al sujeto agrario posesionario, sus derechos y obligaciones, y armonizarlos, evitando la diferenciación injusta, con lo que los criterios de los juzgadores podrán dejar de interpretar y poder emitir sentencias justas, al mismo tiempo que generar la ansiada certeza jurídica para todos los actuantes, dentro o fuera, del régimen social agrario en nuestro país.

Bibliografía

Legislación:

Código Agrario de 1934

Exposición de motivos de la reforma al artículo 27 constitucional, 7 de noviembre de 1992

Ley Agraria

Ley del Impuesto Sobre la Renta

Reglamento de la Ley Agraria en Materia de Certificación de Derechos Ejidales y Titulación de Solares

Reglamento de la Ley Agraria en Materia de Ordenamiento de la Propiedad Rural

Reglamento Interior de la Procuraduría Agraria

Reglamento Interno del Registro Agrario Nacional

Doctrina:

DE IBARROLA, Antonio, *Derecho Agrario, el Campo, Base de la Patria*, México, Editorial Porrúa, 1983

[s.a.] *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo VI, México, Editorial Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1984

RIVERA RODRÍGUEZ, Isaías, *El Nuevo Derecho Agrario en México*, 2ª Edición, México, McGraw Hill Interamericana, 1994

RIVERA RODRÍGUEZ, Isaías, "Catálogo de Derechos Agrarios", *Revista Estudios Agrarios de la Procuraduría Agraria*, N° 20, año 2002, México

Jurisprudencia:

SUCESIÓN EN MATERIA AGRARIA. SÓLO COMPRENDE LOS DERECHOS AGRARIOS DE LOS EJIDATARIOS Y NO LA POSESIÓN QUE EJERCEN QUIENES NO TIENEN ESE CARÁCTER. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXIII, enero 2006, p. 1200

Entropía y Derecho

DIEGO ROBLES FARÍAS¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Ciencias humanas y ciencias empíricas.* III. *La Ilustración y el cientificismo.* IV. *El derecho como ciencia empírica (positivismo).* V. *La entropía, segunda ley de la termodinámica.* VI. *Entropía y derecho.*

Resumen. Fue a partir del descubrimiento del método científico por René Descartes en el siglo XVII, que el conocimiento humano se dividió en dos grandes ramas: las ciencias empíricas o de la naturaleza, por un lado y las ciencias sociales o humanas, por el otro. Ambas con postulados y métodos diametralmente opuestos. En la actualidad han surgido voces que pugnan por la reunificación del saber humano, pues consideran un problema la división del conocimiento como se plantea en los dos compartimentos mencionados. Se trata de considerar al saber humano como patrimonio universal y único, y a las distintas ciencias como formas complementarias de mirar y explicar la realidad, que incluso pueden prestarse recíprocamente conceptos para explicar fenómenos pertenecientes al otro campo del saber. En el presente ensayo exploraremos un aspecto de dicha reunificación, tomando en préstamo el concepto de *entropía* que proviene de la física, para aplicarlo a una ciencia social o humana: el derecho.

Palabras clave: Entropía y derecho, ciencias empíricas y ciencias sociales.

Abstract. *Since the discovery of the scientific method by René Descartes in the 17th century, human knowledge was divided into two main branches: the empirical or natural sciences, on one side, and the social or human sciences, on the other. Both with diametrically opposite principles and methods. Today, some voices have arisen for the reunification of human knowledge because they consider this division as a problem. It is about considering human knowledge as a universal and unique heritage, and the different sciences as complementary ways of explaining the same reality, sciences can even lend concepts to explain phenomena belonging to other fields of knowledge. In this essay we will explore one*

¹ Profesor investigador de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara. Editor de la revista *Perspectiva Jurídica UP*.

aspect of this reunification, borrowing the concept of entropy that comes from physics, to apply it to a social or human science: law.

Keywords: *Entropy and law, empiric sciences and human sciences*

I | Introducción

Uno de los eventos que señalan el comienzo de la época moderna es el descubrimiento del *método científico*² por René Descartes en su *Discurso del Método* publicado en 1637, obra que marca el fin de la edad media (para muchos la edad de la oscuridad) y sienta las bases para el surgimiento de una etapa en la evolución del conocimiento humano que llegará a su cúspide con la *Ilustración* del siglo XVIII, el denominado *siglo de las luces*. Desde el punto de vista filosófico, el *Discurso del Método* señala el inicio de la separación del saber humano: de un lado quedan las *ciencias empíricas* o de la naturaleza, aquellas que pueden llegar a resultados comprobables por la experiencia, cuyo idioma son las matemáticas y únicamente consideran verdadero al conocimiento que puede ser demostrado empíricamente. Pertenecen a este género la física, la química, la biología, la geología, etc. En el extremo opuesto se colocan las *ciencias sociales*, también llamadas humanas, aquellas cuyos postulados no pueden ser comprobados bajo los criterios científicos antes señalados. Forman parte de las ciencias sociales la filosofía, la psicología, la sociología, la historia y el derecho, entre otras muchas.

Fue tal el éxito de las ciencias empíricas –gracias a los descubrimientos científicos impulsados por el método cartesiano– que se llegó a la convicción generalizada de que solo el conocimiento que pudiera ser comprobado bajo los parámetros científicos era verdadero y digno de tomarse en cuenta (*Episteme*), mientras que los resultados y conclusiones de las ciencias sociales se consideraban menores, inseguros, subjetivos y variables (*Doxa*) y, por tanto, carentes del rigor y certeza de los que producían las ciencias empíricas. Con ello quedó completamente dividido el conocimiento humano: por un lado, el que resultaba de las ciencias

² El método científico es: «un método o procedimiento que ha caracterizado a la ciencia natural desde el siglo XVII, que consiste en la observación sistemática, medición, experimentación, la formulación, análisis y modificación de las hipótesis» *Vid: Oxford English Dictionary.*

de la naturaleza y por el otro el de las ciencias humanas, con métodos y conclusiones radicalmente distintos.

Muy pronto, los eruditos de las ciencias sociales se apresuraron a copiar los métodos científicos y se produjo una especie de simbiosis o asociación íntima entre las dos especies científicas. Así, por ejemplo, la historia pretendió regirse por normas empíricas o científicas y surgieron las utopías, como el fascismo y sobre todo el comunismo de Marx y Engels, denominado también socialismo científico. El derecho siguió el mismo camino; como veremos adelante, con fundamento en la filosofía de Augusto Comte, los juristas adoptaron los criterios de las ciencias empíricas, consolidándose el *positivismo jurídico*, como antítesis del *ius naturalismo*. Como se aprecia, las ciencias empíricas avasallaron a las sociales y estas últimas se sometieron mansamente.

En la época actual han surgido voces que pugnan por la reunificación del saber humano y consideran como un problema la división de las ciencias empíricas y las ciencias humanas.³ No se trata ya de la superioridad de una ciencia sobre otra, sino de considerarlas como dos formas complementarias de mirar y explicar la realidad, que incluso pueden prestarse recíprocamente conceptos para explicar fenómenos pertenecientes al otro campo del saber. En el presente ensayo exploraremos esa reunificación, tomando en préstamo el concepto de *entropía* que proviene de la física, para aplicarlo a una ciencia social o humana: el derecho.

II] Ciencias humanas y ciencias empíricas

Como lo anticipamos, en la actualidad existe una marcada separación entre las ciencias empíricas (llamadas también físicas, prácticas o de la naturaleza), por un lado y las ciencias sociales (humanas o formales) por el otro. Las primeras son las que estudian la naturaleza, como la biología, la física o la química. Su objeto es la descripción del mundo físico, su idioma son las matemáticas y solo consideran real lo demostrable en el ámbito de la experiencia. En cambio, el objeto de las ciencias sociales no es el mundo físico, sino los hechos humanos y sus relaciones. Aquí caben la filosofía – incluyendo la ética y la lógica– el derecho, la sociología, la psicología, la historia, etc. Su finalidad es sistematizar esos campos del saber.

³ MORÍN, Edgar, *Enseñar a vivir, Manifiesto para cambiar la educación*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2004, p.20

Durante la época clásica -la de los filósofos griegos- y aún durante la Edad Media de los grandes teólogos, no existía la distinción de saberes. Los filósofos presocráticos se preguntaban sobre la naturaleza y el funcionamiento del mundo y del cosmos; posteriormente, Sócrates, Platón y Aristóteles, comienzan la indagación de la naturaleza humana y del pensamiento, su preocupación es el ser y sus causas (metafísica), la ética, la antropología y la política, pero sin olvidar la naturaleza (filosofía natural).⁴

El método científico desarrollado por el filósofo y matemático René Descartes, constituye un giro copernicano del pensamiento. Con él inicia la separación de las ciencias *empíricas* de las *sociales o humanas*. Comúnmente la distinción se basa en el grado de precisión que tienen los resultados y en el uso del idioma con el que se comunican; se distinguen también por la naturaleza de las operaciones mentales que implican o por las condiciones de la observación. Sin embargo, existe otra forma de distinguirlas que tiene que ver con la materia estudiada; se trata de examinar la relación del estudioso con el objeto de su estudio, si ésta tiene que ver o no con lo humano. Dice Tzvetan Todorov que hay muchas cosas que separan al geólogo con los minerales que estudia; en cambio son muy pocas las que distinguen al historiador o al psicólogo de su objeto: los otros seres humanos.⁵ De este modo, serán ciencias empíricas las que estudian la naturaleza y sociales aquellas cuyo objeto son las relaciones y demás cuestiones humanas.

Las ciencias empíricas y las sociales difieren también en su origen. Las primeras son independientes de la voluntad humana – por ello se les ha otorgado distintos orígenes: Dios, las leyes de la naturaleza, el *Big Bang*, etc.– mientras que las ciencias sociales han sido creadas o desarrolladas por el hombre. Los científicos defienden la superioridad de las primeras, derivada de su carácter inexorable y altamente imprevisible.

La separación a que hemos aludido ha provocado que los científicos duden de los humanistas y viceversa. Los primeros, ya lo dijimos, consideran que el único saber verdadero es el que puede comprobarse por métodos empíricos y en su mayoría desconfían

⁴ Todavía en los inicios de la edad moderna, Isaac Newton (1643-1727) describe la Ley de la Gravitación Universal y establece las bases de la mecánica clásica en un libro que lleva por título *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*.

⁵ TODOROV, Tzvetan, *Nosotros y los Otros*, Siglo XXI editores, México, Primera edición en español 1991, octava reimpresión 2016, prefacio, p.12

de los demás saberes. Los representantes de las ciencias humanas también han sido renuentes con sus contrapartes.

Uno de los ejemplos más conocidos del conflicto entre la ciencia y las humanidades lo constituye la relación que, sobre todo en el pasado, tuvo la religión con la ciencia. Casi todos los descubrimientos científicos importantes fueron condenados por las distintas iglesias. Por ejemplo, en la Edad media y el Renacimiento el conflicto principal se enfocaba en la medicina. Se debatía si debía curarse a los enfermos: se creía que la enfermedad era un castigo divino y por tanto se cuestionaba si había derecho a corregir la voluntad de Dios. Si éste había creado el mundo con epidemias y enfermedades, no era lícito rectificar sus planes, pues el sufrimiento es el precio que debía pagarse por nuestros pecados. Por ello, hasta bien entrado el siglo XIX la Iglesia Católica se oponía a la vacunación: *Dios protege a quien quiere* era el argumento teológico. Incluso el papa Gregorio VI declaró que *nunca desconfiaremos lo suficiente de la ciencia*.⁶ Aun ahora, en medio de la pandemia por el COVID 19, algunas religiones continúan cuestionando la vacunación.

El juicio a Galileo es otro ejemplo del conflicto. En 1633 la Inquisición lo juzgó por hereje. Se atrevió a afirmar –siguiendo a Copérnico– que la tierra no era el centro del universo y que giraba alrededor del sol, lo cual contradecía la visión aristotélica y ptolemaica de la tierra inmóvil como centro del universo que la Iglesia Católica consideraba como cierta. De poco le sirvió a Galileo –cansado, viejo y enfermo– abjurar de sus ideas. A pesar de ello fue condenado a prisión, aunque la pena fue conmutada y se le confinó en su residencia de Florencia.⁷ Muchos años después, Karol Wojtyła –el Papa Juan Pablo II– polaco como Copérnico, creó una comisión para revisar la condena. En 1992 la Iglesia Católica otorgó la absolución a Galileo, 359 años después de la sentencia.

En la época en que vivimos se sabe que las tesis de las ciencias empíricas siempre están sujetas al escrutinio de los demás científicos y al surgimiento de nuevos descubrimientos que las contradigan o desechen. Prueba de ello es que casi todas las

⁶ FRAIJÓ, Manuel, *Semblanzas de grandes Pensadores*, Editorial Trotta, Barcelona, 2020, p. 97

⁷ El juicio contra Galileo (1564-1642) se llevó en 1633 ante el Santo Oficio, la Inquisición romana, por un libro publicado un año antes, el *Diálogo sobre los máximos sistemas del mundo*, en el que Galileo planteaba que la tierra giraba alrededor del sol. Para un excelente estudio del tema puede consultarse: SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Sentencia de la Inquisición contra Galileo Galilei: el dogma contra la razón*, Revista Heurística, No. 7(3), agosto-diciembre 2013, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México, pp 84 y ss.

teorías científicas del siglo XIX, con excepción de la Termodinámica y la Teoría de la evolución, se encuentran hoy obsoletas.⁸ La visión del universo de Isaac Newton fue modificada por la Teoría de la Relatividad de Albert Einstein y ésta, a su vez, por la Teoría de la Mecánica Cuántica de Max Planck. Por ello, las teorías de las ciencias empíricas nunca se consideran definitivas, siempre estarán sujetas a posteriores descubrimientos. En esto se diferencian de las verdades asumidas por las religiones, que por lo general son consideradas como universales e incontrovertibles.

Volviendo a la compartimentación de los postulados de las ciencias naturales y los de las ciencias sociales, consideramos que esta división del conocimiento humano debe superarse. Debemos recuperar el valor del conocimiento como un todo, reconociendo la importancia complementaria de los distintos saberes. Así, las *matemáticas* nos servirán para calcular y razonar de manera lógica; la *física*, la *química* y la *biología*, para ubicarnos como parte del universo físico y biológico; la *historia* para conocer el pasado y tratar de entender el porvenir; la *geografía* para ubicarnos en el mundo y observar su desarrollo físico, la deriva de los continentes, la formación de las montañas y valles; la *literatura* y el *arte* para desarrollar nuestro sentido estético y apreciar la complejidad humana; el *derecho*, para comprender las relaciones sociales y económicas entre las personas, así como sus derechos y deberes; la *economía*, para mirar el funcionamiento de los mercados y el comercio; la *filosofía*, para entender cómo nos relacionamos con el conocimiento e interrogarnos sobre el mundo, la realidad, la vida, la verdad, la sociedad, el ser, el espíritu humano y en general todas las dimensiones fundamentales de nuestra existencia; al igual que otros muchos saberes que sería imposible enumerar. Un conocimiento universal nos proporcionará las herramientas para pensar de modo creativo y encontrar soluciones que nos ayuden a adaptarnos a las circunstancias cambiantes y a resolver los desafíos que nos impone la vida.

En el siguiente apartado haremos un repaso de la época de la Ilustración, cuyos postulados consolidaron el avance de las ciencias empíricas. Su éxito produjo una tendencia mundial hacia el cientificismo, corriente que influyó decisivamente en las ciencias sociales, incluyendo el derecho, con una fuerte deriva hacia el positivismo jurídico durante todo el siglo XIX y la mitad del siglo XX.

⁸ MORÍN, Edgar, *Enseñar a Vivir, Manifiesto para Cambiar la Educación*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2014, p. 34

III J La ilustración y el cientificismo

En el siglo XVIII, denominado *Siglo de las Luces*, tiene lugar un gran cambio, un cambio de paradigma. Un grupo considerable de intelectuales, todos ellos del continente europeo,⁹ tomaron la decisión de desatarse de los dogmas provenientes de las instituciones sagradas y políticas y controlar su propio destino. Exigían tener la valentía de servirse de su intelecto sin la guía de las autoridades del pasado, ya fueran estas de carácter religioso o político. Decidieron también convertir a la humanidad en el objetivo primordial de sus actos y luchar contra la ignorancia, la intolerancia, el fanatismo, la superstición y el dogmatismo. Por ello la ilustración ha sido considerada como lo opuesto a la barbarie y el oscurantismo. A estos intelectuales se les denominó *ilustrados*, *iluminados* o *libres pensadores*.

Uno de sus principales postulados consistía en privilegiar las decisiones personales en detrimento de lo que proviene de una autoridad externa. Kant, uno de los principales filósofos iluminados, instauraría el lema de la ilustración: *sapere aude*, ¡atrévete a pensar!¹⁰ Debía imperar una total libertad para analizar, cuestionar, criticar y poner en duda cualquier dogma, especialmente los impuestos por las instituciones sagradas. Los filósofos ilustrados hicieron de su tiempo un mundo *desencantado*, en donde imperaban solo la razón, las leyes físicas y las normas que se impusieran a sí mismas, como reglas de comportamiento, las sociedades humanas.

⁹ Se consideran pensadores Ilustrados (entre otros): John Locke (1632-1704), Charles Luis Montesquieu (1689-1755), Voltaire (1694-1778), Emile du Châtelet (1706-1749), Benjamín Franklin (1706-1776), Julien Offray de la Mettrie (1709-1751), David Hume (1711-1776), Jean Jacques Rousseau (1712-1778), Denis Diderot (1713-1784), Etienne Bonnot de Condillac (1714-1780), Claude-Adrien Helvétius (1715-1771), Jean le Rond d'Alembert (1717-1783), Adam Smith (1723-1784), Paul Henri Thiry d'Holbach (1723-1789), Immanuel Kant (1724-1804), Nicolás Condorcet (1743-1794), Thomas Jefferson (1743-1826). Se denomina Siglo de las Luces al transcurrido de 1688 a 1800.

¹⁰ Kant, al contestar la pregunta ¿Qué es la ilustración? Señalaba: "*Ilustración significa el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo*. Esta minoría de edad significa la incapacidad de servirse de su entendimiento sin verse guiado por algún otro. Uno mismo es culpable de dicha minoría de edad, cuando su causa no reside en la falta de entendimiento, sino en la falta de resolución y valor para servirse del suyo propio sin la guía de algún otro. *Sapere aude* ¡Ten valor para servirte de tu propio entendimiento! Tal es el lema de la Ilustración." KANT, Immanuel, *Contestación a la Pregunta ¿Qué es la Ilustración?*, incluido en *Obras completas*, Gredos, Biblioteca de Grandes Pensadores, Tomo II, p.3.

La tutela a la que estaban sometidos los seres humanos antes de la época de la ilustración era de dos tipos, por un lado, religiosa y por el otro civil (monarquía). Los ilustrados criticaban a la religión y al mismo tiempo rechazaban la autoridad que provenía de los monarcas, pues, como decíamos, buscaban que la humanidad pudiera tomar las riendas de su propio destino y se liberara de la sumisión a preceptos cuya legitimidad proviniera de cualquier autoridad del pasado, así fuera de la tradición, la costumbre o cualquier otra norma proveniente de sus ancestros. La vida –decían los libres pensadores– no debía guiarse por la autoridad del pasado, sino el proyecto futuro que cada ser humano se forjara.¹¹

La Ilustración criticaba la estructura de la sociedad, no el contenido de sus creencias. Perseguían que la religión quedara fuera del Estado, pero no a la religión misma. Aunque algunos de los ilustrados eran ateos, la mayoría eran deístas, creían en Dios al que identificaban con la naturaleza, pero se oponían al dogmatismo de la iglesia.

Una vez liberados de los dogmas impuestos por la tradición, los ilustrados se concentraron en la búsqueda del conocimiento, cuyas únicas fuentes eran la razón (racionalismo)¹² y la experiencia (empirismo)¹³. Volteaban al pasado y observaban maravillados los grandes descubrimientos logrados por la humanidad. Copérnico, Galileo, Kepler y finalmente Newton habían hecho avanzar el conocimiento de la naturaleza utilizando solo la observación y la razón. Por otro lado, René Descartes estructuraría el método científico y con él las ciencias empíricas avanzarían de forma espectacular.

Convencidos de la importancia del conocimiento como poder liberador que iluminaría con la razón el camino de la civilización occidental, los impulsores del pensamiento ilustrado quisieron difundirlo. Para ello se embarcarían en el proyecto de la *Enciclopedia (L'Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers)*, la obra en la que pretendieron concentrar todo el conocimiento alcanzado hasta el siglo XVIII. Sus

¹¹ TODOROV, Tzvetan, *El espíritu de la Ilustración*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, México, 2014, p. 11

¹² El *racionalismo* se desarrolla principalmente en Francia y Alemania. Sus principales representantes son René Descartes (1596-1650), Nicolas Malabranche (1638-1715), Baruch Espinoza (1632-1677), Wilhelm Leibniz (1646-1716).

¹³ El *empirismo* es un movimiento filosófico esencialmente británico. Sus exponentes fueron: Francis Bacon (1561-1626), Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), George Berkeley (1681-1753) y David Hume (1711-1776).

treinta y cinco volúmenes –doce de ellos de ilustraciones– constituirían la obra más representativa de la Ilustración.¹⁴

El derecho también fue alcanzado por esta forma de pensar. Los juristas ilustrados influenciados por el éxito de la enciclopedia, buscando distanciarse del *ius commune*, que había regido en Europa desde el siglo XII y al que consideraban un derecho obsoleto e ineficaz por el paso del tiempo, intentarían concentrar en un solo cuerpo editorial todo el conocimiento jurídico alcanzado hasta la época, promulgando las grandes codificaciones del siglo XIX, que mencionaremos adelante.

Al mismo tiempo, en concordancia con el mundo desencantado que habían creado, los pensadores ilustrados llegaron a la conclusión de que todos los seres humanos, por el hecho de serlo, poseían derechos inalienables, comunes a todos los habitantes del planeta; derechos naturales desvinculados de todo origen divino, pero no por ello menos eficaces. Como el derecho era universal y abarcaba a todos sin distinción, podían defenderse principios universales, como el derecho a la vida con la correspondiente abolición de la pena de muerte, el derecho a la integridad física y la prohibición de la tortura, la igualdad ante la ley de hombres y mujeres, la abolición de la esclavitud, etc. Esos derechos humanos se materializarían a la postre en las distintas declaraciones de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.¹⁵

Los avances tecnológicos generados por el pensamiento ilustrado y por la aplicación del método científico derivaron en el *cientificismo*. Esta corriente del pensamiento, partiendo de los avances científicos de la época, pretendió erigirse en una explicación total del hombre y su circunstancia. Se basaba en la creencia de que los avances tecnológicos traerían un progreso irremediable e irremisible a la humanidad, progreso que se traduciría en un futuro feliz y justo conforme se fuera generalizando por todos los confines del planeta. Pueden resumirse los principales postulados de la ilustración y del *cientificismo* en dos ideas centrales: la razón científica, es decir, los hechos comprobables

¹⁴ La Enciclopedia fue editada entre los años 1751 y 1772, participaron cerca de 150 colaboradores, siendo los más destacados Voltaire, Diderot, D'Alembert, Montesquieu, Rousseau, Helvétius, Condillac, D'Hollbach, Daubenton, Marmontel, Durmasais, Quesnay, Turgot y el caballero de Jaucourt.

¹⁵ Ejemplos de ello son la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa en 1789 (uno de los documentos fundamentales de la Revolución francesa) y la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, que recoge en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos.

empíricamente, como único medio válido de llegar a la verdad y el progreso material como fin último de la humanidad.¹⁶

No cabe duda de que la revolución tecnológica ocurrida durante la época que acabamos de narrar (siglos XVIII y XIX) constituye un cambio de paradigma. Los inventos, los nuevos aparatos y mecanismos, la universalización de la cultura y otras muchas innovaciones¹⁷ cambiaron radicalmente el modo de vida y fortalecieron el optimismo en un progreso continuo que muy pronto habría de convertirse en desilusión con la llegada de la Primera Guerra Mundial. Debemos mucho a la ilustración: el avance del conocimiento científico, el humanismo, la democracia, los derechos humanos. Sin embargo, la idea del progreso y la consecuente paz y felicidad de la humanidad que traería consigo, caería estrepitosamente con las dos guerras mundiales, los regímenes totalitarios y el uso de los avances tecnológicos con mortíferas consecuencias en Hiroshima y Nagasaki.

En el próximo apartado veremos cómo ese pensamiento científicista influiría en la conformación del derecho del siglo XIX y la mitad del XX, un derecho caracterizado por la filosofía positivista de Augusto Comte que perduraría sin cambio y con una gran influencia universal hasta el término de la Segunda Guerra Mundial y los subsecuentes juicios de Núremberg.

¹⁶ FAZIO FERNANDEZ, Mariano, *Historia de las Ideas Contemporáneas, Una lectura del proceso de secularización*, Rialp, 4ª edición, Madrid, 2015, p. 257

¹⁷ Fue una época de grandes inventos, entre ellos: 1858, máquina de coser (Singer); 1859, combustión de petróleo, hélice propulsora (Ericsson); 1862, convertidor (Siemens); 1864, máquina de escribir (Scheller, Remington), bicicleta (Lallement, Meyer); 1865, refrigeración artificial, frigorífico (Linde, Tellier); 1866, dinamita (Nobel); 1867, cemento y hormigón armado (Monier); 1869, motor eléctrico (Gramme, Jacobi); 1870, horno eléctrico (Siemens), plásticos (Hyatt); 1871, ascensor (Otis); 1873, dínamo (Siemens), 1876, teléfono (Graham Bell); 1879, lámpara eléctrica (Edison); 1880, ascensor eléctrico (Siemens), fonógrafo (Edison); 1881, tranvía (Siemens), bicicleta de transmisión con cadena; 1884, turbina (Parsons), linotipia (Mergenthaler); 1886, motor de explosión (Daimler), fotografía con película (Eastman); 1887, alternador (Tesla); 1889, seda artificial (Chardonnet); 1890, dirigible (Zeppelin); 1892, Motor de combustión interna (Diesel); 1895, telegrafía sin hilos (Marconi), rayos X (Röntgen); 1896 cinematógrafo (Lumiere) radioactividad (Becquerel); 1897, automóvil a gasolina; 1898, radio (Curie); 1900, torno, fresa (Taylor); 1902, avión (Wright), 1906, telefonía sin hilos, radio difusión (Marconi). *Vid.* COMELLAS, J.L., *El último cambio de siglo*, Ariel, Barcelona, 2000, pp 84, 85

IV] El derecho como ciencia empírica (positivismo)

Fue tal el éxito de las ciencias empíricas que las ciencias sociales –entre ellas el derecho– comenzaron a imitar sus métodos y prácticas. Se pensaba que el progreso del saber científico se debía, primordialmente, al haberse desatado de las ataduras religiosas y políticas del pasado. Por ello, las ciencias humanas debían buscar la objetividad y tomar una posición basada en la neutralidad ética que prescindiera de los juicios de valor.¹⁸ Ocurrió entonces que el saber jurídico se identificó con el saber científico y se dirigió principalmente a clarificar y reconstruir sistemáticamente el derecho positivo al estilo de las ciencias empíricas o de la naturaleza.¹⁹

En medio de ese ambiente eufórico de éxitos de las ciencias empíricas o de la naturaleza que imperaba en la época, se redactan los Códigos del siglo XIX. Sus creadores pensaban que podían concentrar en un único ordenamiento todo el derecho descubierto y conformado por los grandes juristas del pasado. Para ellos, el derecho debía seguir el camino de las ciencias empíricas, debía sistematizarse y codificarse para así contenerse en un solo cuerpo, tal como otros ilustrados habían intentado concentrar todo el conocimiento científico en la Enciclopedia.

Los juristas ilustrados pretendían poner fin a la confusión e incertidumbre jurídicas provocada por la degeneración del *ius commune*. Estaban convencidos de la necesidad de un nuevo orden jurídico que eliminara las oscuridades y contradicciones de los tiempos no iluminados, que acabara asimismo con las instituciones y normas creadas por las fortuitas circunstancias de la historia, reino de lo irracional; que diera efectividad, de una vez para siempre a los dictámenes universales y eternos de la razón, traduciéndolos en normas positivas y ciertas.²⁰ Para ello voltearon los ojos al derecho romano en la búsqueda del derecho por excelencia, dotado de esa perfección racional cuyo ideal coincidía con el derecho natural,

¹⁸ Vid. BOBBIO, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, México, 12 edición, 2012

¹⁹ Los juristas ilustrados concebían al derecho como un sistema único, completo, jerárquico, coherente y económico. Con base en ello Savigny compone su obra *Sistema de Derecho Romano Actual*, pues estaba convencido de que sólo el sistema garantizaba la ciencia. Con ello funda la ciencia jurídica moderna. Vid. VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Porrúa, 3ª edición, México, 2012, p.176

²⁰ FASSÓ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, tomo 3, siglos XIX y XX, traducción de José F. Lorca Navarrete, Ediciones Pirámide, Madrid, 1996, p.17

deducido de la razón y que tenía el mismo rigor con el que son deducidas las verdades matemáticas.

Para los juristas iluminados el derecho romano era la *ratio scripta*²¹ y por ello buscaban adecuar el derecho a ese modelo perfecto para poner remedio a la confusión e incertidumbre jurídica que reinaba en la época. Fue así como surgieron las grandes codificaciones del siglo XIX.²² La influencia de las ideas científicas, hicieron que los Códigos se consideraran perfectos, completos, sin lagunas, coherentes y que comprendían todo el derecho. Los gobernantes soberanos exigían que sólo se considerara derecho el creado por el poder legislativo y contenido en los códigos. Esta identificación del derecho con la ley daría lugar, en un primer momento, a que en las universidades comenzara a estudiarse leyes y no derecho y poco después a la consolidación del pensamiento *ius* positivista, representado principalmente por Rudolf von Jhering y Hans Kelsen. Durante toda la primera mitad del siglo XX el positivismo jurídico, sobre todo en la forma presentada por la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen,²³ dominaría casi sin oposición el escenario jurídico europeo. Los juristas que suscribían esta ideología consideraban que el derecho natural era un residuo de actitudes no científicas por lo que debía ser descartado dondequiera que apareciera.²⁴

El positivismo jurídico del siglo XIX es una manifestación del cientificismo, basado fundamentalmente en el pensamiento del filósofo francés Augusto Comte (1798-1857).²⁵ Para Comte el pensamiento positivo es un conocimiento basado en la observación de los hechos (fenómenos) y de las leyes que describen su funcionamiento. El conocimiento debe restringir su campo de acción a los hechos empíricamente verificables. Por ello, las ciencias físicas o de la naturaleza son las únicas que constituyen el conocimiento, mientras que las ciencias humanas, como la filosofía y la teología, no gozan de ninguna base científica. Para Comte, la

²¹ *Idem*. p. 18

²² Las grandes codificaciones del siglo XIX fueron: Prusia 1794, Francia 1804 (Código Napoleón), Austria 1811, Serbia 1844, Italia 1865, Rumania 1865, Portugal 1867, España 1888-1889, Alemania 1896 (BGB en vigor a partir de 1900). Los códigos mexicanos de 1870 y 1884 se inscriben en este período.

²³ KELSEN, Hans, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Traducción y prólogo de Emilio O. Rabasa, Ediciones Coyoacán, México, 2009

²⁴ *Vid.* BOBBIO, Norberto, *El problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, 12 edición, México, 2012

²⁵ Sus ideas pueden consultarse en: COMTE, Augusto, *La filosofía positiva*, Editorial Porrúa, colección Sepan Cuantos, México, 2011; *Discurso sobre el espíritu positivo*, Alianza Editorial, México 2011.

historia de la humanidad se encaminaba hacia un estadio positivo, reino de la mentalidad científica. En este estadio no caben voluntades divinas misteriosas ni abstracciones metafísicas pues estas no pueden dar respuesta a las causas últimas de los hechos. Para nuestro filósofo, el conocimiento positivo es el único real, cierto y útil. En la actualidad la mente humana no indaga sobre las esencias o las finalidades, sino que se dirige a los fenómenos explicados a través de leyes generales basadas exclusivamente en la experimentación. Este pensamiento llevó a Comte a afirmar que, descubriendo las leyes de la naturaleza, el hombre puede conocer el futuro y controlar el universo. De igual forma, una sociedad industrial, gobernada por científicos, impondría sistemas y esquemas racionales para la convivencia humana, garantizando con ello el orden y el progreso.

Tomando en cuenta este modo de pensar, se llegó a la convicción de que el derecho debía fundarse sobre bases positivas (científicas). Se debía convertir en una especie de ciencia empírica y objetivizar sus postulados a través de la experimentación, de modo que sus resultados pudieran traducirse en normas de conducta social. Siguiendo el camino de las ciencias físicas, los juristas aplicarían a los fenómenos sociales, los mismos métodos de observación y experimentación utilizados por químicos o astrónomos y de ese modo obtendrían resultados confiables. Por esa vía, se llegaba a la conclusión de que solo el conocimiento científico de la naturaleza humana podría establecer normas morales y jurídicas apegadas a la justicia.

Como lo mencionamos, ese optimismo en un porvenir feliz promovido por el progreso de las ciencias y la universalización de la cultura se vino abajo en 1914 con el estallamiento de la Primera Guerra Mundial, que tiempo después remataría la segunda gran guerra.

Hemos visto en los párrafos que anteceden, como se dio primero la división entre las ciencias naturales y las humanas, para que, con el tiempo, estas últimas trataran de imitar a las primeras. En el presente ensayo nos propusimos llamar la atención acerca de la necesidad de terminar en lo posible con la división entre ambas ciencias y buscar que el conocimiento humano abarque las distintas dimensiones de la existencia. En un esfuerzo dirigido a ese fin y sin pretender demostrar la superioridad de una ciencia sobre otra sino su complementariedad, en los siguientes apartados utilizaremos el concepto de entropía perteneciente a la física, para aplicar la descripción de la realidad que se desprende de sus reglas al derecho.

V] La entropía, segunda ley de la termodinámica

La *Termodinámica* forma parte de la física. Es la rama que estudia las transformaciones de la energía a través de cuatro leyes.²⁶ La segunda ley -que es la que nos interesa para este trabajo- es la *entropía*. El concepto de entropía puede identificarse con el de *desorden*; es la medida del desorden en un sistema. Por ejemplo, en el mundo de la física, si la materia y la energía están distribuidas de manera desordenada, como en un gas, se afirma que la entropía es alta. Por el contrario, si la energía y la materia se almacenan ordenadamente, como en un cristal, se concluye que la entropía es baja.

En términos generales, la segunda ley de la termodinámica establece que, en todo sistema cerrado, la entropía -el desorden- tiende siempre a incrementarse. Visto a *contrario sensu* puede establecerse que la energía disponible para mantener el orden en un sistema tiende siempre a disminuir. La entropía nos permite entender por qué se ensucia una casa, se pudre una fruta o envejecemos.

En el universo físico, la entropía se incrementa con cualquier cambio espontáneo. Sin embargo, ese cambio será mayor o menor dependiendo del tipo de sistema de que se trate. Un ejemplo ayudará a entender lo anterior. Una biblioteca es la metáfora de un sistema con muy poco desorden. Los libros se encuentran ordenados y todos los usuarios están leyendo en silencio. En ese sistema, un simple estornudo produce un incremento considerable de desorden o entropía. Lo contrario ocurre en una avenida muy transitada a la hora de mayor tráfico de personas y vehículos. En este entorno, equivalente a un sistema de gran desorden, el mismo estornudo incrementaría muy poco el desorden -pocos lo notarían- y por tanto produciría una modificación casi imperceptible en la entropía del sistema.

A primera vista la entropía nos presenta un panorama desolador, un futuro deprimente para la humanidad. Todo tiende hacia el desorden, el deterioro y la extinción. Ese parece ser el destino del universo, incluyendo nuestra galaxia, el sistema solar, la tierra y nosotros mismos. Sin embargo, constatamos que, a pesar

²⁶ La Termodinámica describe cuatro leyes que rigen al universo desde el punto de vista físico: la *cero* se refiere al concepto de temperatura; la *primera*, establece el principio de conservación de la energía; la *segunda* introduce el concepto de entropía y la *tercera* se refiere a la imposibilidad de que se alcance la temperatura de cero absoluto. *Vid.* ATKINS, Peter, *Four laws that drive the universe*, Oxford University Press, Great Britain, 2007, pp 23 y ss

de la entropía, el universo, la tierra y nuestra vida están llenos de cosas interesantes. ¿Cómo es esto posible? La respuesta está en un conjunto de procesos que los científicos han denominado *auto organización*, que posibilita el surgimiento de zonas de orden circunscritas. Cuando se aporta energía a un sistema y este la disipa en su deslizamiento hacia la entropía, la energía puede equilibrarse en una configuración ordenada.²⁷ Surgen entonces cosas bellas, como las galaxias, las estrellas, los sistemas solares, los océanos y bosques y, desde luego, los seres vivos.

Para mantener el orden y contrarrestar -en lo posible- los efectos nocivos de la entropía, hay que aportar continuamente energía al sistema. La *energía* es otro concepto de difícil entendimiento. Desde el punto de vista científico, es la capacidad de un sistema de producir *trabajo*, y el trabajo es el impulso o movimiento contra una fuerza opuesta. Por ejemplo, se produce trabajo cuando levantas un objeto pesado en contra de la fuerza de la gravedad.²⁸ En el mundo físico existen diversos tipos de energía: gravitacional, cinética (*kinetic*), de calor, elástica, eléctrica, magnética, electromagnética, química, radiactiva, nuclear, eólica, solar, etc.²⁹ Por su parte, en el campo de las cosas humanas, la energía estará representada por el esfuerzo físico e intelectual que se aporta para crear y mantener todo aquello que el hombre erige. Cualquier tipo de energía aplicada a un sistema para buscar el equilibrio entre el caos y el cosmos ayudará a controlar el avance de la entropía y a crear esas zonas de configuración ordenada.

Como vemos, el conocimiento de la entropía tiene gran relevancia para las ciencias sociales o humanas. Sirve para entender no solo el funcionamiento de nuestro ser individual -tanto físico como psíquico- sino el funcionamiento de la sociedad misma y de las instituciones que la conforman. En ambos aspectos -individual y colectivo- a los seres humanos nos impacta la entropía.

Todo ser humano -para los efectos de la termodinámica- puede equipararse a una máquina de combustión. El combustible que le permite funcionar es la comida; los alimentos son procesados por nuestro metabolismo y se transforman en energía que se materializa como residuo en nuestro entorno físico, incrementando la entropía. Sin embargo, el proceso biológico de ingesta y digestión produce la energía eléctrica necesaria para

²⁷ PINKER, Steven, *En defensa de la ilustración*, Paidós, Barcelona, 2018, p. 40

²⁸ ATKINS, Peter, *Four laws that drive the universe*, Oxford University Press, Great Britain, 2007, pp 24 y 25

²⁹ FEYNMAN, Richard P., *Six easy pieces. Essentials of physics*. Helix books, USA, 1995, p. 69

mantener en funcionamiento nuestras neuronas cerebrales. Por ello, conforme comemos creamos obras de arte, obras de literatura, instituciones sociales, normas jurídicas, etc. Necesitamos aportar continuamente a nuestro cuerpo energía –a través de la alimentación– para retrasar el proceso de deterioro al que irremediablemente estamos sujetos por la ley de la entropía.

Lo mismo ocurre con las instituciones sociales creadas y organizadas por los seres humanos. Se requiere aportar continuamente energía en la forma de esfuerzo físico e intelectual para su creación y funcionamiento.

En el próximo apartado veremos la forma en que se relaciona la entropía con el derecho.

VI | Entropía y derecho

Las leyes que rigen el mundo físico y las normas jurídicas son de naturaleza muy diferente, tanto en su origen como en sus efectos. Sin embargo, ambos tipos de normas tienen un denominador común: pertenecen al campo de la realidad. Por ello, muchos de los principios que rigen al mundo físico pueden ser utilizados para explicar la organización y el funcionamiento de las sociedades humanas, dado que las leyes de la naturaleza y las que rigen a las sociedades están estrechamente entrelazadas y con frecuencia constituyen un reflejo recíproco.

Hay que destacar que la imprevisibilidad de las relaciones sociales, jurídicas y económicas es muy parecida a la que observamos en los fenómenos naturales. Sismólogos, meteorólogos y economistas, trabajan con un entramado gigantesco de variables, lo que hace que sus predicciones sean, la mayoría de las veces, poco acertadas. Esa dificultad para anticipar los resultados la notamos también en las organizaciones sociales las que, por estar compuestas por un número enorme de voluntades independientes, se dificulta la predicción de su comportamiento y, sobre todo, es casi imposible modelarlas con base en principios y en normas jurídicas o económicas que pretendan ser comunes a todos sus miembros. Revoluciones sociales y crisis económicas han demostrado la ineficacia relativa de dichas normas comunes.

La semejanza que existe en cuanto a la dificultad de obtener *a priori* resultados previsibles en el campo de las relaciones sociales, al igual que con los fenómenos de la naturaleza, permite que leyes o conceptos desarrollados inicialmente para explicar los fenómenos naturales, puedan aplicarse razonablemente para describir fenómenos sociales y económicos. Es el caso, por ejemplo, del término tóxico que refiere una cualidad de las

sustancias físicas y que también se utiliza para señalar las características de ciertos activos financieros productores de disfunciones económicas. Del mismo modo –y aquí es donde entramos al tema que nos interesa– el principio de la *entropía*, desarrollado para explicar la tendencia al desorden de los sistemas naturales estudiados por las ciencias empíricas, puede ser aplicado *mutatis mutandis* para explicar fenómenos que atañen a las ciencias humanas,³⁰ tanto al funcionamiento de la sociedad en general como a las instituciones sociales en lo particular, como el derecho y la economía.³¹

Hemos dicho que la entropía es la medida del desorden que se produce por la pérdida de energía que tiene lugar durante el funcionamiento de un determinado sistema. Por su parte, un *sistema* es un conjunto de elementos relacionados entre sí, lo que permite describir no solo su funcionamiento o comportamiento, sino también su desarrollo histórico. En el ámbito de las ciencias sociales, un sistema debe entenderse como un conjunto de reglas y principios sobre una materia, racionalmente enlazados entre sí.³²

Pues bien, para los efectos del presente trabajo, un *sistema jurídico* es ese conjunto organizado de principios y normas estructuradas con la finalidad de organizar las relaciones entre los seres humanos. Dichos sistemas jurídicos son organizados y estructurados jerárquicamente por los *ordenamientos jurídicos*, incorporando las normas y principios que una determinada comunidad humana –nacional o internacional– considera adecuados para regir las relaciones entre sus miembros.

De forma genérica, a los principios y normas que conforman un sistema jurídico se le denomina *derecho* y es precisamente este último el que aporta la energía necesaria para mantener a raya a la entropía social, como veremos a continuación.

Existen infinidad de definiciones de derecho, la mayoría de ellas atañen a una determinada corriente filosófica. En ese sentido,

³⁰ JIMENEZ CLAR, Antonio J. *La entropía como propiedad jurídica y su relación con los sistemas de información registral inmobiliaria*, Teoría y Derecho (Teorder), No. 10, pp. 188-212. <https://teoriayderecho.tirant.com/index-php/teoria-y-derecho/article/view/206>

³¹ Existen diversos estudios en relación a la entropía aplicada a las ciencias sociales. En materia económica puede consultarse: HELLER, Michael, *The tragedy of the anti-commons; property in the transition from Marx to markets*, Harvard Law Review, Volume 11, 1997 y en materia jurídica: PARISI, Francesco, *Freedom of contract and the law of entropy*, Supreme Court Economic Review, Annual, 2002, pp. 65-90 (http://ssrn.com/abstract_id=300281)

³² Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española

parece necesario establecer las características esenciales de la naturaleza humana para intentar una definición plausible de derecho. Los seres humanos tenemos una doble naturaleza, por un lado, social o sociable (Aristóteles decía que un hombre solo, o es un Dios o un demente) y por el otro individual y autónoma (la autonomía es uno de los postulados principales de la filosofía de la Ilustración).³³ Esta autonomía otorga la libertad absoluta para establecer un proyecto de vida y encontrar y perseguir los medios para lograrlo.

Otra característica incuestionable de los seres humanos es su racionalidad. La racionalidad es esa facultad innata que nos permite establecer metas y encontrar y ejecutar los medios para llegar a ellas. Es lo que nos distingue de los demás seres irracionales, como los animales, quienes solo viven para el aquí y ahora, y que, a diferencia de los seres humanos, no pueden fijarse metas distintas a su condicionamiento instintivo, por lo menos, no en el sentido de la variedad y profundidad con que los humanos podemos realizarnos.

No debe confundirse la racionalidad con la razonabilidad. Racionales somos todos los seres humanos, es una característica unida a nuestra naturaleza esencial. En cambio, la razonabilidad es una facultad adquirida, que debe aprenderse en el camino de la vida y que implica la posibilidad de tener ideas y opiniones propias, y a pesar de ello, tomar en cuenta las de los demás y tomar decisiones prudentiales que consideren los distintos puntos de vista. La razonabilidad es una cualidad que se estima sobremanera y que debe estar presente en el actuar de los abogados.

De acuerdo con esa naturaleza de los seres humanos y con las características de racionalidad y razonabilidad apuntadas, puede ensayarse la siguiente definición de Derecho:

Derecho es el conjunto de principios y normas destinados a regular las relaciones entre los seres humanos y entre las instituciones creadas por ellos; así como de éstos –personas e instituciones– con su entorno físico. Además, dichas normas y principios protegen y promueven la autonomía privada, entendida como una consecuencia de la libertad esencial de los seres humanos, que les permite auto-regular sus relaciones con los demás y crear normas de conducta obligatorias. Todas estas normas y principios deben estar dirigidos al bien común y al logro

³³ Vid. TODOROV, Tzvetan, *El espíritu de la Ilustración*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, México, 2014, p. 41 y ss

de las expectativas personales que merezcan protección jurídica y guiada por la razón y la justicia.

Una sociedad sin derecho, sin normas y principios que la rijan, tiende necesariamente al caos. Aquí es donde se relaciona la entropía con el derecho. El derecho tiene una importancia fundamental para que una sociedad se mantenga y progrese funcionalmente. El Derecho es el impulso o insumo de energía que contrarresta la entropía social y mantiene la estabilidad entre las distintas fuerzas sociales que interactúan en una comunidad, entendida en sus diversos niveles: interpersonales, locales, nacionales e internacionales.

Desde el punto de vista de las ciencias físicas o de la naturaleza, la entropía establece que la energía disponible para cualquier tarea física tiende siempre a disminuir. Lo mismo ocurre con las organizaciones sociales creadas por el hombre e incluso con las relaciones interpersonales. La energía que mantiene su cohesión y funcionamiento también tiende a descender, por ello debe aportarse continuamente energía para su mantenimiento; energía que consiste en acciones humanas concretas, las cuales deben tener la guía y concierto que aporta el derecho como regulador de las relaciones humanas.

Existen infinidad de ejemplos de la actuación de la entropía en los sistemas sociales y de la forma en que el derecho la contrarresta y produce esas *zonas de orden circunscritas* que permiten el funcionamiento de la sociedad. A continuación, presentaremos solo algunos de ellos.

Derecho internacional. La cantidad de países que interactúan en el plano mundial, todos ellos con marcadas diferencias en cuanto a su régimen político, su desarrollo cultural o económico, el tamaño de su territorio, el número de personas que conforman su población, sus distintos intereses regionales y mundiales, etc. constituyen un sistema con un alto grado de entropía. Las relaciones internacionales son complicadas y naturalmente tienden hacia el caos. Para contrarrestar la entropía, se han creado distintas instituciones que pretenden establecer principios y normas comunes para alentar la sana convivencia entre las naciones. La principal es la *Organización de las Naciones Unidas* (ONU, www.un.org) que cuenta en la actualidad con más de 190 países miembros. Las distintas instituciones que forman parte de la ONU aportan continuamente energía para contrarrestar la tendencia hacia el desorden mundial. Procura acuerdos internacionales a través de tratados de los más diversos temas y trata de resolver, como mediadora, los conflictos que continuamente surgen entre los países. La ONU constituye un claro

ejemplo de un ente corrector de la entropía que ha logrado, no sin arduos trabajos y con grandes excepciones, mantener cierto orden en el caos mundial.

Comercio internacional. En la actualidad, el comercio internacional se ha convertido en el principal motor de la economía mundial. Sin embargo, constituye también un sistema caótico por los obstáculos que se le presentan. Desde el punto de vista jurídico, son dos los principales obstáculos que enfrentan los operadores del comercio internacional: los distintos sistemas jurídicos que interactúan en el mundo, representados por las dos principales familias jurídicas: el *common law*, cuyos principales exponentes son Reino Unido y los Estados Unidos de América y el *civil law* o derecho de corte latino representado principalmente por Alemania y Francia. El segundo obstáculo es la necesidad de colocar los productos y servicios en todo el mundo y como consecuencia, celebrar cientos o miles de contratos todos los días.

Esos dos obstáculos producen un alto grado de entropía que afecta al sistema del comercio mundial. Para contrarrestar al primero, se ha iniciado desde hace varias décadas un proceso para uniformar el derecho comercial internacional,³⁴ ya sea unificando algunos de sus aspectos a través de la celebración de tratados internacionales, como la *Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías* (CISG), o desarrollando instrumentos de derecho uniforme cuya vocación pretende regular los contratos internacionales, con un derecho armónico que pueda ser utilizado por todos los operadores del comercio internacional, independientemente de su nacionalidad o del sistema jurídico al pertenezcan. Entre ellos tenemos los *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, los *Principios de Derecho Contractual Europeo* y el *Draft Common Frame of Reference*. El otro obstáculo, es decir, la necesidad de celebrar cientos o miles de contratos todos los días, se ha resuelto a través de la posibilidad de celebrar contratos a través de medios electrónicos, separándose de los dos compañeros milenarios de la contratación: el papel y la firma manuscrita. El proceso mundial de uniformidad del derecho y la regulación de la

³⁴ Muchas instituciones internacionales trabajan para lograr dicha uniformidad jurídica, entre ellas: la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya (www.hcch.net), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (www.unidroit.org) con sede en Roma, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (www.uncitral.org) con sede en Viena, la Cámara de Comercio Internacional de París (www.icc.org) y en el ámbito del continente americano, la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (www.oas.org).

contratación por medios electrónicos son las dos aportaciones de energía intelectual y material que contrarrestan la entropía producida por los obstáculos al comercio internacional antes señalados.³⁵

Derechos reales. El sistema jurídico que rige al derecho de propiedad en los países de economía abierta y liberalismo económico, es también caótico en muchos sentidos. La principal fuente de desorden consiste en el fraccionamiento del derecho de propiedad sobre bienes materiales o inmateriales. La copropiedad implica, como su nombre lo dice, que varias personas seas titulares del derecho de propiedad de una misma cosa. Los distintos intereses de los copropietarios anticipan una relación complicada, por no decir caótica. Para contrarrestarla, el derecho establece diversos derechos, principalmente el derecho al tanto y el de preferencia. Estos derechos están concebidos para restaurar el orden, pues en ambos casos otorgan el derecho preferente a los mismos copropietarios para adquirir lo que alguno de ellos quiere enajenar y por el otro lado obstaculiza la entrada de terceros distintos a los dueños originales, lo que incrementaría la entropía del sistema. Derecho al tanto, de preferencia y otros similares, constituyen los antídotos en contra del desorden que provoca el fraccionamiento jurídico de la propiedad.

Derecho societario. Es conocida la visión Kelseniana de que las personas morales son entes ideales o abstractos de imputación de derechos y obligaciones. En efecto, las sociedades civiles o mercantiles son abstracciones creadas por el intelecto humano que resuelven una necesidad social, la de reunirse y coordinar los distintos intereses de sus miembros con un objetivo común de carácter económico, social, intelectual, altruista, etc. Las sociedades, por el solo hecho de contar con múltiples socios, representan un sistema caótico. Las normas jurídicas que reglamentan su funcionamiento están concebidas para resolver los problemas que puedan surgir por los distintos intereses y expectativas de los socios. Las reglas para el funcionamiento de la asamblea de socios como órgano supremo de la sociedad y el encargo de su administración a un órgano colectivo (consejo) o unitario (administrador), con reglas precisas para la toma de decisiones a través del acuerdo de las mayorías, constituyen el medio ideal para contrarrestar la entropía a la que naturalmente tiende ese sistema.

³⁵ Para una visión del proceso de uniformidad del derecho en el mundo y de la regulación internacional de la contratación por medios electrónicos *Vid.* ROBLES FARÍAS, Diego, *Derecho Contractual Internacional*, Tirant lo Blanch, México, 2021, p. 51 y ss

Derecho contractual. Los contratos constituyen la principal fuente de relaciones jurídicas obligatorias. Por definición, todo contrato implica un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. A pesar de ello, la realidad nos enseña que la relación contractual –sobre todo en los contratos de larga duración– es problemática, por no decir caótica, en virtud de los distintos intereses personales en juego. Los principios que rigen la contratación, como *pacta sunt servanda*, *rebus sic stantibus*, *res inter alios acta*, al igual que las reglas sobre diversos temas, como la validez e invalidez del acuerdo, la capacidad, la representación, la eficacia del contrato y su interpretación, intentan resolver dichos problemas. Son principios y normas cuya función es prever y, en su caso, resolver los conflictos que naturalmente surgen en una relación interpersonal y que por tanto reestablecen el orden jurídico afectado por la entropía del desacuerdo.

Derecho de daños. Un sistema jurídico particularmente entrópico (el nivel de entropía es muy alto) es el derecho de daños o derecho de la responsabilidad civil, como se denomina en la mayoría de los sistemas latinos o de *civil law*. Su regulación se basa en la fórmula *Aquiliana (lex Aquilia)*: *aquel que cause daño a otro debe repararlo*. Aquí nos encontramos ante un verdadero conflicto de intereses en presencia entre la víctima y el causante del daño (conflicto que representa la injerencia de la entropía en el sistema social). Sus reglas jurídicas resuelven –o al menos tratan de resolver– dicho conflicto, introduciendo orden en el caos producido por el daño. La víctima merece la reparación del daño causado: ¿quién debe pagarla? ¿Qué debe pagarse? ¿Cómo incide la culpa del causante del daño y de la víctima en la calificación del ilícito? Son algunas de las preguntas que el derecho trata de resolver y con ello recuperar el orden roto por el hecho ilícito.

Podríamos continuar con los ejemplos en cada una de las ramas del derecho, sin embargo, ese camino excedería en mucho el propósito de este ensayo. Consideramos que ha quedado claro que puede explicarse la función y el objetivo del derecho como la energía que contrarresta la entropía a la que naturalmente tienden los sistemas sociales, pero, sobre todo, que pueden utilizarse los conceptos de las ciencias físicas o empíricas para explicar el funcionamiento de los entes regulados por las ciencias humanas. Con ello, pretendemos señalar la posibilidad de que ambas ciencias (físicas y humanas) colaboren en aras de un conocimiento unificado, universal y holístico, y mitigar la división del saber humano promovida en épocas pasadas.

Una reflexión final: hemos afirmado que el derecho es la energía que aporta orden a la sociedad, por tanto, los abogados tenemos la obligación de introducir orden en el caos. Somos un elemento esencial en la lucha contra la entropía social. Para mantenerla a raya, bastaría que todas las personas, pero principalmente los abogados, cumpliéramos los tres principios propuestos por el gran jurista romano Ulpiano: *vivir honestamente, no dañar a nadie, dar a cada quien lo suyo* (su *lus*).³⁶

Bibliografía

- ATKINS, Peter, *Four laws that drive the universe*, Oxford University Press, Great Britain, 2007
- BOBBIO, Norberto, *El Problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, México, 12 edición, 2012
- COMELLAS, J.L., *El último cambio de siglo*, Ariel, Barcelona, 2000
- COMELLAS, J.L., *El último cambio de siglo*, Ariel, Barcelona, 2000
- COMTE, Augusto, *La filosofía positiva*, Editorial Porrúa, colección Sepan Cuantos, México, 2011
- COMTE, Augusto, *Discurso sobre el espíritu positivo*, Alianza Editorial, México 2011
- FASSÓ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*, 3 tomos, traducción de José F. Lorca Navarrete, Ediciones Pirámide, Madrid, 1996
- FAZIO FERNANDEZ, Mariano, *Historia de las Ideas Contemporáneas, Una lectura del proceso de secularización*, Rialp, 4ª edición, Madrid, 2015
- FRAIJÓ, Manuel, *Semblanzas de grandes Pensadores*, Editorial Trotta, Barcelona, 2020
- HELLER, Michael, *The tragedy of the anti-commons; property in the transition from Marx to markets*, Harvard Law Review, Volume 11, 1997
- JIMENEZ CLAR, Antonio J. *La entropía como propiedad jurídica y su relación con los sistemas de información registral inmobiliaria*, Teoría y Derecho (Teorder), No. 10, pp. 188-212. <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/206>
- KANT, Immanuel, *Contestación a la Pregunta ¿Qué es la Ilustración?* Obras completas, Gredos, Biblioteca de Grandes Pensadores, Tomo II
- KELSEN, Hans, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Traducción y prólogo de Emilio O. Rabasa, Ediciones Coyoacán, México, 2009
- MORÍN, Edgar, *Enseñar a vivir, Manifiesto para cambiar la educación*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2004
- PARISI, Francesco, *Freedom of contract and the law of entropy*, Supreme Court Economic Review, Annual, 2002, pp. 65-90 (http://ssrn.com/abstract_id=300281)

³⁶ ULPIANO: tres primeros principios: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*; *Digesto*, D.1.1.10.1

- PINKER, Steven, *En defensa de la ilustración*, Paidós, Barcelona, 2018
- ROBLES FARÍAS, Diego, *Derecho Contractual Internacional*, Tirant lo Blanch, México, 2021
- SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Sentencia de la Inquisición contra Galileo Galilei: el dogma contra la razón*, Revista Heurística, No. 7(3), agosto-diciembre 2013, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México
- TODOROV, Tzvetan, *Nosotros y los Otros*, Siglo XXI editores, México, Primera edición en español 1991, octava reimpresión 2016, prefacio
- TODOROV, Tzvetan, *El espíritu de la Ilustración*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, México, 2014
- VIGO, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, Porrúa, 3ª edición, México, 2012

Situación actual del Derecho a la Alimentación en los Estados Unidos Mexicanos

LAURA SABLJAK¹

SUMARIO: I. *Antecedentes históricos*; II. *Conceptos básicos*; III. *Artículo cuarto de la Constitución Federal*; IV. *Los mayores problemas encontrados en relación con el tema*; V. *Conclusiones*; VI. *Propuestas*.

Resumen. Durante varias épocas se desarrollaron en México muchas enfermedades relacionadas con una deficiente alimentación, ya sea por un consumo desmesurado de productos energéticamente densos pero carentes de nutrientes, o por una ingesta calórica insuficiente para hacer frente a los requerimientos nutricionales diarios de cada individuo. Los problemas que se suscitan a partir de esto repercuten gravemente en la salud pública de toda la población y conllevan a graves afectaciones para el gobierno mexicano, dado que debe lidiar al mismo tiempo con problemas alimentarios esencialmente opuestos.

Palabras clave: Salud pública, Derecho a la alimentación, diabetes *mellitus* tipo 2, desnutrición, canasta básica alimentaria.

Abstract. *During many decades, several diseases related to a poor diet developed in Mexico, either due to an excessive consumption of energy-dense products but lacking in nutrients, or due to an insufficient caloric intake to meet the daily nutritional requirements of each individual. The problems that arise from this have a serious impact on the public health of the entire population*

¹ Alumna de Doctorado en Derecho en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara y del Máster en Derecho Público impartido por la Universidad Abat Oliba de España. Auxiliar de Investigación Jurídica de la Dra. Roxana Paola Miranda Torres, quien es Profesora Investigadora de la Universidad Panamericana campus Guadalajara en la línea de investigación de Derecho Constitucional y pueblos indígenas, y miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

El presente artículo es una adaptación de los Capítulos I y II de la tesis para obtener el grado de Licenciado en Derecho titulada "El Derecho a la alimentación en los Estados Unidos Mexicanos".

and lead to serious consequences for the Mexican government, since it must deal at the same time with two essentially opposite alimentary problems.

Keywords: *Public health, right to food, diabetes mellitus type 2, malnutrition, basic food basket.*

El 13 de octubre de 2011 en México, el Ejecutivo Federal expide un decreto por medio del cual se reforma la Constitución, adicionando un tercer párrafo al artículo cuarto, reconociendo el derecho a la alimentación y obligándose internacionalmente, de acuerdo con los tratados internacionales en materia de derechos humanos que fueron suscritos por México e integrados al bloque de constitucionalidad en virtud de los artículos 1° y 133 constitucionales, quedando de la siguiente forma: *Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.* Lo anterior significó un paso hacia adelante en materia de alimentación adecuada pero también un sinfín de retos que deberán ser resueltos para garantizar lo constatado por aquél numeral de la Carta Magna.

En el presente artículo se buscará dar un breve panorama de los antecedentes sobre la materia, presentando al lector los principales hechos que se han reflejado en el deterioro de la alimentación de la población mexicana, ocasionando graves problemas de salud que, en su conjunto, además de empeorar el estándar de vida de toda una nación, retrasan su desarrollo, puesto que impiden el correcto desarrollo del individuo, causando secuelas en su salud que les imposibilitan vivir y desenvolverse normalmente.

Asimismo, se proporcionarán conceptos básicos indispensables para comprender el contenido del Derecho a la alimentación y aspectos nutricionales correlacionados; una explicación proporcionada por la ciencia nutricional con el fin explicar el contenido del artículo cuarto, párrafo tercero de nuestra Constitución; así como los problemas fundamentales vinculados con el tema hoy en día.

I] Antecedentes históricos

Los inicios de esta grave problemática se remontan a la época colonial, donde se implementaban políticas sociales para mejorar la alimentación de la población, principalmente gracias a

aportaciones de la Iglesia e instituciones de beneficencia subsidiadas por el gobierno.²

Si bien en la primera mitad del siglo pasado los estudios que se realizaban en México demostraban una prevalencia hacia la desnutrición por defecto, especialmente entre la población infantil, la cual padecía de desnutrición clínica,³ este fenómeno comienza a revertirse alrededor de los años '60 del siglo pasado, cuando por primera vez empiezan a notarse las deficiencias nutricias que existían, entre éstas destacan: dieta demasiado alta en carbohidratos (maíz, frijol, tortillas, pan y pasta) y un elevado consumo de refrescos, por lo tanto, monótona, sin aportar otros macronutrientes indispensables para el desarrollo y buen funcionamiento del cuerpo humano, omitiendo por completo los micronutrientes que se encuentran en frutas y verduras. Las poblaciones rurales eran las que más problemas nutricionales tenían, porque se verificaba una alternancia de zonas con déficit de peso remarcable y otras zonas con prevalencia de sobrepeso.⁴

Los problemas empiezan a agudizarse en 1999, cuando se revela la fatídica información que la obesidad en mujeres adultas era equiparable a una *epidemia*, ya que se estaba verificando un incremento comparable a los mayores registrados en el mundo.⁵ Un estudio elaborado entre los años 1988 y 2006 indicó que:

La población mexicana ha experimentado un aumento sin precedente en la prevalencia de sobrepeso y especialmente de obesidad (...) En tan sólo 11 años, de 1988 a 1999, la obesidad en mujeres de 20 a 40 años aumentó de 9.5 a 24.9% y el sobrepeso pasó de 25 a 36.1% (...) En 2006 la obesidad alcanzó una prevalencia de 32.4%, mientras que el sobrepeso se estabilizó durante este segundo periodo. La prevalencia actual de sobrepeso u obesidad o ambas en mujeres de 20 a 49 años es de casi 70%.⁶

² SORIA SÁNCHEZ, Graciela y PALACIO MUÑOZ, Víctor Herminio, "El Escenario Actual de la Alimentación en México", Brasil, Textos & Contextos (Porto Alegre), Vol. 13, N° 1, enero-junio, 2014, Consultado en <http://www.redalyc.org/pdf/3215/321531779011.pdf> el 25 de septiembre de 2019, p. 138.

³ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, "Informe de evolución histórica de la situación nutricional de la población y los programas de alimentación, nutrición y abasto en México", México, 2009, Consultado en https://www.coneval.org.mx/Informes/Evaluacion/Estrategicas/Evol_historica_de_la_sit_nutricional_de_la_poblacion.pdf el 25 de septiembre de 2019, p. 5-7, 38.

⁴ *Ibidem*, p 9-10.

⁵ SORIA SÁNCHEZ, Graciela y PALACIO MUÑOZ, Víctor Herminio, *op. cit.*, p. 135.

En esos tiempos México se estaba enfrentando con dos situaciones completamente diferentes: había estudios donde se destacaba que *la desnutrición crónica era muy alta en la población indígena y en la población de la región sur del país, así como la presencia de anemia en niños, mujeres y personas de la tercera edad; por otro lado, la obesidad continuaba en ascenso en todas las edades, regiones y grupos socioeconómicos*⁷, resultando que el 65% de la población mexicana presentaba sobrepeso u obesidad, el 71.4% de las mujeres y el 66.7% de los hombres, respectivamente, padecía de esta condición.⁸

Una década más adelante, el porcentaje de población que no tuvo acceso a los alimentos en 2010 fue del 24.9%; lo anterior se debe en gran parte a la reducción del poder adquisitivo del ingreso debido a la crisis económico-financiera de 2009.⁹ Asimismo, durante el 2010, los programas alimentarios en funciones representaban un gasto de 39,198 millones de pesos para el Gobierno Federal.¹⁰

De acuerdo con el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) se calcula que el 18.2% de la población – 19.5 millones de personas – vivían en pobreza alimentaria en 2008 y que 28 millones de personas – 24.9% (de la población) – tenían acceso insuficiente a los alimentos en 2010.¹¹

Aunado a lo anteriormente citado, estas cifras han empeorado durante el periodo comprendido entre 2008 y 2018, donde en los estudios más recientes realizados en 2020, se ha evidenciado que la carencia por acceso a la alimentación ha tenido

⁶ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, “Informe de evolución histórica de la situación nutricional de la población y los programas de alimentación, nutrición y abasto en México”, Ciudad de México, 2009, *op. cit.*, p. 22.

⁷ SORIA SÁNCHEZ, Graciela y PALACIO MUÑOZ, Víctor Herminio, *vid. infra.*, p. 135.

⁸ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, “Informe de evolución histórica de la situación nutricional de la población y los programas de alimentación, nutrición y abasto en México”, Ciudad de México, 2009, *op. cit.*, p. 22.

⁹ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, “Informe de Evaluación de la Política de Desarrollo Social en México”, México, 2011, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰ *Ibidem*, p. 80.

¹¹ Comisión de Derechos Humanos, “Derecho a la alimentación adecuada”, Ciudad de México: Defensor – Revista de Derechos Humanos, N° 9, septiembre 2012, Consultado en https://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/05/dfensor_09_2012.pdf el 25 de septiembre de 2019, p.8.

un retroceso igual a menos uno punto tres puntos porcentuales respecto al periodo precedente.¹²

En 2006 se realiza la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (ENIGH) revelando que el 42.6% de mexicanos (44.7 millones de personas) vivían en pobreza de patrimonio,¹³ esto es, casi la mitad de la población de hace 15 años, no podía solventar ningún gasto básico e indispensable para el ser humano. Es imprescindible precisar que las zonas donde se encontraban más personas en pobreza eran zonas montañosas o de difícil acceso, los cuales también implicaban mayores costos para ser socorridos en caso de necesitarlo.¹⁴

En 2010 el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (SNDIF) suscribió el *Acuerdo Nacional para la Salud Alimentaria: estrategia contra la obesidad y sobrepeso*, conocido también como ANSA, con el propósito de: *integrar y orientar la política pública del Gobierno Federal y de los gobiernos estatales, así como las acciones de todos los demás sectores, para prevenir y atender la problemática de obesidad y sobrepeso de la población mexicana y las consecuencias que de ella se derivan.*¹⁵

En 2013 se pone en marcha la Estrategia Nacional para la Prevención y el Control del Sobrepeso, la Obesidad y la Diabetes, la cual estaba compuesta por diferentes políticas públicas encaminadas a diversos sectores y suponía la colaboración de varias dependencias del gobierno para prevenir y controlar, como lo dice su propio nombre, las consecuencias del sobrepeso, la obesidad y la diabetes, donde la tarea principal recaía en el sector salud, sin embargo, también se involucraba a la industria alimentaria para encontrar mecanismos de coordinación y ofrecer de mejores productos alimenticios a los mexicanos.

En 2016, *el porcentaje de personas en el país con inseguridad alimentaria severa y moderada fue de 20.1%, lo que*

¹² Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, “Informe de Evaluación de la Política de Desarrollo Social 2020”, México, 2020, consultado en https://www.coneval.org.mx/Evaluacion/IEPSM/IEPSM/Documents/IEPDS-2020/LA_POBREZA_EN_MEXICO_2008_2018.pdf el 11 de abril de 2021.

¹³ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, “Informe de Evaluación de la Política de Desarrollo Social en México”, México, 2008, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴ *Ibidem*, p. 47.

¹⁵ Secretaría de Salud, “Lineamientos de la Estrategia Integral de Asistencia Social Alimentaria - 2012”, México, Consultado en <http://201.167.124.226:8080/normateca/imagenes/1.pdf> el 28 de septiembre de 2019, p. 6.

equivale a 24.6 millones de personas.¹⁶ La seguridad alimentaria es definida por la *Food and Agriculture Organization* (FAO) como: *la posibilidad de acceso que tiene toda población en cualquier momento a los alimentos para tener una vida sana (...) la seguridad alimentaria se consigue en el momento que se garantiza la disponibilidad de alimentos, que el suministro sea estable y todas las personas lo tengan a su alcance*¹⁷ en México, la seguridad alimentaria es medida por la Escala Mexicana de Seguridad Alimentaria (EMSA), y se encarga de investigar la percepción respecto a la valoración del nivel de acceso a alimentos variados, nutritivos y suficientes, experiencias de hambre por insuficiencia de la ingesta calórica, y conocer si los alimentos son de calidad o no.

De la misma forma, la FAO establece que los criterios para cubrir la seguridad alimentaria son a) la *disponibilidad*, refiriéndose al aseguramiento físico de los productos alimenticios; b) la *accesibilidad*, la cual involucra los recursos económicos que garantizan el poder adquirir los alimentos; y c) la *estabilidad o utilización*, que implica una dieta regular de calidad y que tiene efectos beneficiosos en la salud, educación y bienestar social.¹⁸

Durante estos años, el 72.5% de los mexicanos en edad adulta sufrían sobrepeso u obesidad, donde entre los principales obstáculos para alimentarse de forma saludable fueron identificados los siguientes: el 50.4% no contaba con suficiente dinero para comprar frutas y verduras, el 38.4% decía no tener conocimiento acerca de la alimentación saludable, el 34.4% no tenía tiempo para cocinar de forma saludable, el 32.4% confirmaba que en su familia no acostumbraban comer de esa manera, el 31.6% disfrutaba de comer comida chatarra, el 28.3% no encontraba ninguna motivación para cambiar sus hábitos alimenticios y al 23% le desagradaba el sabor de las frutas y verduras.¹⁹

¹⁶ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, "Estudio diagnóstico del derecho a la alimentación nutritiva y de calidad 2018", Ciudad de México, 2018, Consultado en https://www.coneval.org.mx/Evaluacion/IEPSM/Documents/Derechos_Sociales/Estudio_Diag_Aliment_2018.pdf el 25 de septiembre de 2019, p. 59.

¹⁷ TORRES TORRES, Felipe y GASCA ZAMORA, José, *Ingreso y alimentación de la población en el México del siglo XX*, México, Porrúa, 2001, p. 82.

¹⁸ TORRES TORRES, Felipe, *Canasta básica y calidad de la alimentación en México*, México, Editorial Ariel, 2014, p. 28.

¹⁹ Secretaría de Salud, "Encuesta Nacional de Salud y Nutrición de Medio Camino 2016", México, 2016, Consultado en <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/209093/ENSANUT.pdf> el 3 de octubre de 2019, pp. 10-11.

En los niños, la prevalencia en el consumo diario de bebidas azucaradas no lácteas (por ejemplo: jugos de fruta, refrescos, entre otros) es del 81.5%, el 61.9% comía botanas, dulces y postres y el 53.4% cereales dulces, mientras que el 83.9% del total de adolescentes declaraba consumir diariamente bebidas azucaradas no lácteas, el 59.4% comía botanas, dulces y postres y el 50.3% cereales dulces. Con los indicadores antes expuestos, es muy difícil no percibir el porqué de los problemas alimenticios en México.

De igual manera la obesidad representa costos médicos muy altos, estimando que 151,894 millones de pesos fueron gastados en 2014, lo cual correspondía en ese entonces al 34% del gasto público destinado al sector salud,²⁰ para atender las graves consecuencias que causa la obesidad, con un especial énfasis las siguientes: enfermedades cardiovasculares, cerebrovasculares, hipertensión, diabetes *mellitus* tipo 2 y algunos tipos de cáncer.²¹

Dando a entender que el padecimiento de sobrepeso u obesidad puede conllevar a situaciones más trascendentales que causan una discapacidad o inclusive mortalidad, disminuyendo la expectativa de vida de los individuos e incrementando significativamente el gasto público que será invertido en curar las enfermedades derivadas de estos trastornos alimenticios.

En 2018 se empieza a estudiar la situación de la alimentación desde un punto de vista diferente: la publicidad. En la segunda década del siglo XXI, una de las principales amenazas para los mexicanos, en especial los niños, es la publicidad hecha a través de diferentes medios de comunicación, donde se promueven productos de baja o nula calidad nutricional, por estar muy elevados en grasa saturadas, sodio y azúcares, entre los cuales resaltan: cereales de caja azucarados, bebidas azucaradas, botanas dulces, botanas saladas y comida rápida.²²

En la percepción cotidiana de las personas, tanto adultos como niños, que no son expertos en nutrición, el ver repetidamente la promoción de un producto mediante anuncios que además declaran una supuesta calidad saludable de dichos alimentos, la

²⁰ Instituto Nacional de Salud Pública, “La obesidad en México. Estado de la política pública y recomendaciones para su control y prevención”, México, 2018, Consultado en https://www.insp.mx/images/stories/2019/Docs/190607_978-607-511-179-7.pdf el 7 de octubre de 2019, p. 15.

²¹ DÁVILA-TORRES, J., *et al*, “Panorama de la obesidad en México”, México, Revista Médica del Instituto Mexicano del Seguro Social, 2014, Consultado en http://revistamedica.imss.gob.mx/editorial/index.php/revista_medica/article/viewFile/21/54 el 7 de octubre de 2019, p. 245.

²² Secretaría de Salud, “Encuesta Nacional de Salud y Nutrición de Medio Camino 2016”, México, 2016, *op. cit.*, p. 69.

mayoría de las veces estimula el pensamiento, erróneo, que aquellos productos son buenos para el consumo humano, o porque todos los consumen, no tendrán ningún efecto adverso en uno mismo, cuando la realidad de las cosas es muy diferente.

Otro factor que influye en las preferencias alimentarias y de consumo es la incorporación de obsequios en la comida chatarra, mediante los cuales se les enseña a los niños sobre todo, que es vinculable este tipo de comida poco saludable a un regalo o premio por el simple hecho de consumirla,²³ propiciando de esta forma los nocivos patrones alimenticios que se verificaban en el país desde hace muchas décadas en materia de obesidad y sobrepeso.

En este sentido, hubo una propuesta de iniciativa de reforma a la Ley General de Salud²⁴ en el año 2018 para prohibir que se incluyeran juguetes u otros regalos que influyeran en la decisión de compra de alimentos con altos índices de grasas, azúcares o sal, y que tampoco se pudieran incluir figuras infantiles o dibujos animados que atrajeran el interés de menores de 14 años de edad; al igual se propuso que el etiquetado en donde se contiene la información nutricional de un determinado alimento contenga información más clara de leer para el público en general, dado que el 30.5% de la población reporta que el etiquetado *nutricional es algo incomprensible*²⁵; dicha iniciativa fue adicionada recientemente a la Ley General de Salud²⁶ y su respectivo decreto dispone la modificación de las leyes reglamentarias aplicables a la materia, haciendo un particular hincapié en la famosa NOM-051-SCFI/SSA1-2010,²⁷ a pesar de que había una imperante necesidad de regular más este aspecto desde mucho tiempo antes.

Las publicidades y demás factores que concurren a la par de ellas son consideradas como elementos que propician un ambiente obesogénico,²⁸ el cual tiene una repercusión inmediata en los hábitos alimenticios, propiciando el consumo de alimentos que

²³ *Ibidem*, p. 70.

²⁴ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de febrero de 1984.

²⁵ Secretaría de Salud, "Encuesta Nacional de Salud y Nutrición de Medio Camino 2016", México, 2016, *op. cit.*, p. 11.

²⁶ Decreto publicado en el DOF el 8 de noviembre de 2019, Consultado en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5578283&fecha=08/11/2019 el 10 de agosto de 2020.

²⁷ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 5 de abril de 2010.

²⁸ MARTÍNEZ *vid. apud*. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, 2018, p. 72.

influyen directamente en la acumulación de grasa en el cuerpo, estos factores se derivan de los diferentes contextos en los que viven las personas, por ejemplo: el físico, cultural, social, económico, laboral, entre otros.

Otras circunstancias que han alentado el sobrepeso y la obesidad en el país, de forma concurrente a la publicidad, han sido el aumento en la disponibilidad de alimentos procesados de bajos costos, adicionados con altas cantidades de grasa, azúcares y sal, el consumo de comida rápida, falta de tiempo para preparar los alimentos, aumento en la oferta de productos industrializados en general y disminución en la cantidad de horas invertidas en realizar ejercicio físico.²⁹

II] Conceptos básicos

1. Alimentación

La alimentación se define como *la ingestión de alimento para proveer de nutrientes necesarios para la vida*³⁰, en consecuencia, la falta de uno o más nutrientes significaría que la alimentación es deficiente, clasificándose a su vez dichas deficiencias en primarias y secundarias: las primeras son provocadas por una ingesta dietética inadecuada y las segundas se deben a causas ajenas a la dieta, teniendo ambas como consecuencia la malnutrición, ésta a su vez es causada por sobrenutrición o desnutrición, ligándose ambas directamente a la cantidad de alimentos ingeridos, ya sea de forma excesiva o deficiente.³¹ *Una alimentación saludable es aquella que permite: a) el crecimiento y el desarrollo del niño; b) el mantenimiento de la salud, la actividad y la creatividad del adulto, y c) la supervivencia y la comodidad en el anciano. Además, el término saludable se relaciona con una alimentación que favorece y posibilita el buen estado de salud y que disminuye el riesgo de enfermedades crónicas relacionadas con la alimentación.*³²

²⁹ Secretaría de Salud, “Estrategia Nacional para la Prevención y el Control del Sobrepeso, la Obesidad y la Diabetes”, 2013, México, Consultado en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/276108/estrategia_sobrepeso_diabetes_obesidad.pdf el 12 de octubre de 2019.

³⁰ Definición proporcionada por el Lic. en Nutrición Valter Rainier Torres Loya.

³¹ ROTH, Ruth A., *Nutrición y dietoterapia*, 9ª Edición, México, McGraw Hill, 2009, pp. 6-7.

³² DE LUIS ROMÁN, Daniel Antonio *et al*, *Dietoterapia, nutrición clínica y metabolismo*, 3ª Edición, España, Aula Médica, 2017, p. 4.

La alimentación también puede ser vista como la elección, preparación e ingesta de alimentos, con el objetivo de formar energía que el cuerpo pueda utilizar para sus actividades diarias o como materiales para el crecimiento y reparación de los tejidos.³³

2. Nutrición

La nutrición ha de entenderse de dos formas: i.- como *la ciencia que estudia las relaciones entre los humanos y la comida*³⁴ y ii.- *el conjunto de procesos fisiológicos mediante los cuales el organismo se aprovecha de las sustancias contenidas en los alimentos, para incorporarlas a sus propios órganos y tejidos.*³⁵

De lo anterior se desprenden dos conclusiones importantes, la primera es que es el eje principal de la alimentación al ser que define y estudia la interacción de todos los alimentos y el cuerpo humano, buscando el bienestar total de este último; mientras que la segunda sugiere que es un conjunto de procesos involuntarios del cuerpo humano tendientes a la absorción de nutrientes para que éstos sean aprovechados posteriormente para cumplir con las distintas necesidades fisiológicas.

*Una buena nutrición es esencial para una buena salud y es importante para el crecimiento y desarrollo físico, una buena composición corporal y para el desarrollo mental. El estado nutricional³⁶ de una persona puede protegerla de enfermedades crónicas o predisponerla a las mismas.*³⁷

3. Canasta básica

La canasta básica alimentaria, de ahora en adelante será abreviada con las siglas (CBA), puede ser entendida como el conjunto de productos alimenticios que son necesarios para que una familia satisfaga su consumo en un período establecido, de acuerdo con los requerimientos energéticos que permitan cumplir con las necesidades nutricionales mínimas para la supervivencia física; el costo total de ésta es el resultado de la suma de los

³³ ARASA GIL, Manuel, *Manual de nutrición deportiva*, España, Editorial Paidotribo, 2005, p. 9.

³⁴ LUTZ, Carroll y PRZYTULSKI, Karen, *Nutrición y dietoterapia*, 5ª Edición, México, McGraw Hill, 2018, p. 3.

³⁵ ARASA GIL, Manuel, *op. cit.*, p. 11.

³⁶ El estado nutricional es la condición física propia de una persona, determinada por la dieta. ROTH, Ruth A., *op. cit.*, 2009, p. 5.

³⁷ *Ibidem*, p. 5.

productos que la integran determinado por el precio real de cada bien seleccionado y no por las cantidades de consumo efectivo, con la cual se pretende evidenciar un patrón alimentario dominante.³⁸

La CBA debe considerarse como la base de un conjunto más grande de bienes y servicios necesarios para alcanzar el desarrollo humano, y aunque tome en cuenta principalmente a alimentos, también debe verse como parte de ella la vivienda, el vestido, los productos y elementos destinados para un uso en el hogar, así como servicios sociales esenciales, entre los cuales destacan el agua potable, electricidad, servicios de salud y de educación, entre otros;³⁹ la satisfacción de las necesidades fisiológicas es el punto de partida y una condición necesaria para el desarrollo de un conglomerado mayor de capacidades.⁴⁰

Con el paso de los años se ha convertido en el medidor de los grados de pobreza, de la desigualdad social o nivel general de vida de la población, evidenciando que la CBA no es capaz de cubrir todas las necesidades de la población por la poca calidad y cantidad de alimentos que la integran, cuando en realidad debería establecer parámetros adecuados de alimentos a consumir accesibles a todos, en opinión de la autora de este trabajo.

En la actualidad, en México no existe un sitio o base de datos oficial que se dedique a la recolección de información acerca de los componentes que conforman la CBA, sin embargo, existe un sitio de carácter extraoficial que se encarga de publicar dichos datos y actualizarlos de forma periódica, con sus respectivos precios y sus fluctuaciones. La CBA sufre cambios debido a que aparecen o desaparecen ciertos alimentos, básicamente porque en sí es un promedio de lo que la población mexicana consume más, por tanto, los cambios pueden deberse a muchos factores, como: diferencias entre los ingresos percibidos, hábitos y preferencias de adquisición de los compradores.

Lo relevante al analizar este tema resulta ser que el CONEVAL, el cual establece los criterios para la formación de la CBA y se encarga de actualizar datos de composición y recomendaciones nutrimentales, *presenta limitaciones metodológicas, y varios de los supuestos en los que se basa son cuestionables; sobre todo en el establecimiento de criterios pragmáticos para la selección de alimentos basados en el patrón de consumo observado en una población que presenta una grave*

³⁸ TORRES TORRES, Felipe, *op. cit.*, p. 37 y ss.

³⁹ *Ibidem*, p. 42-51.

⁴⁰ BOLTVINIK *apud*. TORRES TORRES, Felipe, *op. cit.*, p. 51.

y creciente epidemia de obesidad y enfermedades crónicas producto precisamente de tal patrón alimentario.⁴¹

Para efectos del presente artículo, será analizada únicamente esa parte de la canasta básica que hace referencia a los alimentos, excluyendo productos de limpieza del hogar, vestimenta, vivienda, transporte, educación, esparcimiento, que no tienen propiamente una correlación directa con el aspecto nutricional.

De la información recabada se pudo deducir que la canasta básica hoy en día contiene los siguientes alimentos:

Tabla 1.*

CANASTA BÁSICA ALIMENTARIA 2021 ⁴²	
CEREALES	Arroz, avena en hojuelas, galletas "Marías", harinas de maíz y de trigo, hojuelas de maíz "Corn Flakes", pan de caja, papas, pasta, tortilla de maíz.
PROTEÍNAS	Atún, carne de pollo, carne de res, carne de puerco, huevos, jamón, leche, queso panela, sardina, salchichas, tilapia, yogurt.
GRASAS	Aceite vegetal para cocina, aguacate, chorizo, crema agria, mantequilla.
LEGUMINOSAS	Frijol, garbanzo, haba, lenteja.
FRUTAS	Durazno, fresa, guayaba, mango, manzana, melón, naranja, papaya, piña, plátano, sandía, toronja, uva.
VERDURAS	Brócoli, calabacita, cebolla, chayote, chícharo, chile poblano, chile serrano, cilantro, coliflor, ejote, espinaca, jícama, jitomate, lechuga romana, nopal, pepino, perejil, tomate verde, zanahoria.
AZÚCARES	Azúcar de caña, pan dulce (tipo conchas), cajeta, chocolate en polvo, gelatina en polvo, leche condensada, leche evaporada, mermelada "McCormick", miel, refrescos varios.
OTROS	Ajo, café, canela, chiles jalapeños, consomé de pollo "Knorr", limón, mostaza, pimienta, puré de tomate, sal de mesa, té.

⁴¹ ÁVILA CUIRIEL, Abelardo, "Construcción de una Canasta Normativa Alimentaria para el DF", mayo 2012, México, Consultado en https://evalua.cdmx.gob.mx/storage/app/media/uploaded-files/files/Atribuciones/medicion-de-la-pobreza/3_cna_construccion.pdf el 18 de noviembre de 2019, p. 15-16.

⁴² Grupo Consultor de Mercados Agrícolas, "Arranca 2021 con incremento de 6.1% en los productos agropecuarios de la canasta básica", 2021, Consultado en <https://gcma.com.mx/indicador-de-precios-canasta-basica/> el 8 de marzo de 2021.

* Elaboración propia.

La elaboración de la tabla anterior se puede considerar como innovadora hasta cierto punto respecto de la clasificación que usualmente se hace de la canasta básica, la cual es catalogada, en la mayoría de los casos, de la siguiente forma: pan y cereales, aves y cárnicos, pescados, salchichería y lácteos, granos y semillas, frutas, verduras; en el presente caso, se realizó de forma diferente, tomando en cuenta los macronutrientes y la clasificación de los alimentos desde la perspectiva nutricional para hacer la subdivisión respectiva.

Al mismo tiempo la clasificación propuesta permite destacar los alimentos saludables de aquellos menos saludables, que son los contenidos en la categoría de *azúcares*, cuyo consumo debería ser exhaustivamente limitado y desincentivado en toda la población, debido a que presentan un enorme riesgo para la salud, a la luz de los motivos expuestos con anterioridad y que se debe descartar una vez por todas su inclusión en la CBA para que ésta pueda cumplir con los parámetros de alimentación establecidos por la Constitución Federal.

En la categoría de *otros*, se pueden identificar alimentos cuyo aporte calórico no afecta significativamente la dieta diaria, entendida ésta como *la cantidad total de alimentos sólidos y líquidos que el ser humano consume*.⁴³ Su consumo no debe ser categóricamente desincentivado, pero sí restringido, como es en los casos de las salsas, enlatados, consomés y sal, los cuales pueden llegar a contener cantidades excesivas de sodio, por consiguiente, inducir a una ingesta de sodio demasiado elevada, que se traduciría posteriormente en un *factor de riesgo para desarrollar hipertensión arterial, problemas en el corazón como insuficiencia cardíaca e infartos, accidente cerebrovascular (hemorragia), daño en riñones que lleva a insuficiencia renal e incluso la posibilidad de presentar cáncer gástrico o colorrectal*,⁴⁴ entre otras enfermedades y padecimientos.

En cuanto al café (también el descafeinado), ha sido probado que tiene un efecto hipercolesterolemizante (incremento en niveles de colesterol total y colesterol de lipoproteína de baja densidad), hiperhomocisteinémico (nivel elevado del aminoácido

⁴³ LÓPEZ MERINO, Josefina, *Nutrición y salud efectiva*, 3ª Edición, México, Trillas, 2008, p. 61.

⁴⁴ Instituto Mexicano del Seguro Social, "Consumo excesivo de sodio, factor de riesgo para el desarrollo de hipertensión, problemas en el corazón, cerebro y riñones: IMMS", N° 486/2019, Noviembre 2019, Consultado en <http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/201911/486> el 8 de marzo de 2021.

homocisteína en el plasma sanguíneo), que puede tener un impacto adverso en la tensión arterial tanto sistólica como diastólica, riesgos de trastornos coronarios, accidentes cerebrovasculares y fracaso renal, entre otros riesgos para la salud.⁴⁵

4. Obesidad

Uno de los temas principales de este artículo y que merece ser estudiado junto con las enfermedades que se originan a partir de éste es la obesidad, es decir: *una enfermedad metabólica producida por un cúmulo excesivo o anómalo de grasa en el organismo que supone un riesgo para la salud*,⁴⁶ dicho exceso trae como consecuencia un estado patológico caracterizado por una gran acumulación de grasa (triglicéridos) en el cuerpo⁴⁷, por ende, la acumulación de grasa induce a un aumento del peso corporal, tomando en cuenta los parámetros normales de peso que debería tener una persona por su talla, edad y género.⁴⁸

La causa de la obesidad es sumamente sencilla de entender: la persona ingiere más kilocalorías⁴⁹ (traducidas en alimentos o bebidas) de la que debería ingerir en su día a día, y con el paso del tiempo, las kilocalorías que no han tenido la oportunidad de utilizarse se convertirán eventualmente en depósitos de grasa almacenada en diferentes partes del cuerpo como consecuencia del desequilibrio de la ingesta calórica, pero especialmente en el área abdominal, cubriendo de esta forma los órganos vitales.

Con la información recabada de las diferentes lecturas, se pudo concluir que el cúmulo excesivo de grasa corporal puede causar: diabetes, enfermedades cardiovasculares y algunos tipos de cáncer, entre muchas otras, y cada una de éstas conlleva, a su

⁴⁵ GIL ROALES NIETO, Jesús et al., “Efectos del consumo del café para la salud cardiovascular, la diabetes y el desarrollo de cáncer”, *Psicothema*, Vol. 16, Nº 4, España, 2004, pp. 531-547, Consultado en <https://www.redalyc.org/pdf/727/72716401.pdf> el 8 de marzo de 2021.

⁴⁶ DE LUIS ROMÁN, Daniel Antonio et al., *op. cit.*, p. 119.

⁴⁷ LÓPEZ MERINO, Josefina, *op. cit.* p. 203.

⁴⁸ GIL HÉRNANDEZ, Ángel, *Tratado de nutrición*, Tomo IV, 2ª Edición, España, Editorial Médica Panamericana, 2010, p. 421.

⁴⁹ Una kilocaloría (abreviado kcaloría o kcal), es la cantidad de calor que se necesita para elevar en 1 °C la temperatura de 1 kg de agua. El gasto de energía, que varía a diario, se mide por el número de kilocalorías empleado para satisfacer las necesidades de combustible del organismo. El cuerpo humano requiere energía para cubrir sus necesidades de gasto energético en estado de reposo, para satisfacer sus requisitos durante la actividad física y para procesar los nutrientes. LUTZ, Carrol y PRZYTULSKI, Karen, *Nutrición y dietoterapia*, 5ª Edición, México, McGraw Hill, 2018, p. 78-79.

manera, a la inevitable reducción significativa de la calidad y esperanza de vida, además de representar un conglomerado de enfermedades de imposible o muy difícil curación.

Las enfermedades que se derivan de la obesidad serán explicadas *grosso modo*, haciendo un especial énfasis de la diabetes:

- a. *Algunos tipos de cáncer:*⁵⁰ resulta imposible establecer una correlación directa entre algún alimento en específico y el riesgo de padecer cáncer, sin embargo, una dieta inadecuada y la malnutrición pueden predisponer a los tejidos del cuerpo a diversos agentes o mecanismos de cancerización.⁵¹
- b. *Cardiovasculares*
 - i. *Arteriosclerosis: es la degeneración de las arterias como resultado del engrosamiento y mal desarrollo de la pared arterial, en las cuales se deposita colesterol y triglicéridos, que junto a otros compuestos se endurecen gradualmente, dificultando el paso de la sangre.*⁵²
 - ii. *Cardiopatía coronaria: enfermedad de los vasos sanguíneos que irrigan el músculo cardíaco (miocardio).*⁵³
 - iii. *Enfermedades cerebrovasculares: enfermedades de los vasos sanguíneos que irrigan el cerebro.*⁵⁴
 - iv. *Dislipidemia: es el aumento de lípidos en la sangre.*⁵⁵
 - v. *Hipercolesterolemia: alteración del metabolismo lipoproteico.*⁵⁶
 - vi. *Hiper glucemia: cantidades excesivas de azúcar en la sangre.*⁵⁷

⁵⁰ El cáncer es una enfermedad caracterizada por cambios producidos a nivel cromosómico. Los principales factores que han demostrado ser causantes de estos cambios son la edad, el consumo de tabaco, el alcohol, la actividad física y el patrón alimentario. DE LUIS ROMÁN, Daniel Antonio *et al*, *op. cit.*, p. 6.

⁵¹ LÓPEZ MERINO, Josefina, *op. cit.*, p. 215.

⁵² *Ibidem*, p. 210.

⁵³ GIL HÉRNANDEZ, Ángel, *Tratado de nutrición*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 494.

⁵⁴ *Ídem*.

⁵⁵ ROTH, Ruth A., *op. cit.*, p. 295.

⁵⁶ GIL HÉRNANDEZ, Ángel, *Tratado de nutrición*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 502

⁵⁷ ROTH, Ruth A., *op. cit.*, p. 293.

- vii. Hipertensión: *presión sanguínea mayor a la normal*.⁵⁸
- viii. Insuficiencia venosa periférica: *enfermedad de los vasos sanguíneos que irrigan los miembros superiores e inferiores (brazos y piernas)*.⁵⁹

c. *Diabetes*

Existen varios tipos de diabetes, siendo estos: prediabetes, diabetes *mellitus* tipos 1 y 2, y la diabetes gestacional. El tipo de diabetes cuyo entendimiento es esencial para poder proseguir con el presente trabajo, es la diabetes *mellitus* tipo 2 (abreviada comúnmente como *diabetes tipo 2*), dado que está relacionada de una forma directa con la obesidad.⁶⁰

La obesidad es el factor de riesgo más importante para la aparición de esta categoría de diabetes, debido a que el 80% de los pacientes afectados presentan sobrepeso u obesidad y el 60% de los obesos presentan intolerancia a las carbohidratos o hidratos de carbono,⁶¹ este último punto resulta importante, ya que la diabetes es propiamente la incapacidad del cuerpo para metabolizar los hidratos de carbono (dentro de los cuales están comprendidas las azúcares) por la disminución de la secreción pancreática de insulina, una hormona producida por el páncreas, que permite el paso de la glucosa sanguínea a las células, y cuando se ingieren carbohidratos el páncreas las libera al torrente sanguíneo; si no hay suficiente insulina, se ocasionan niveles elevados de glucosa en la sangre.⁶²

Para asegurar la total comprensión de la materia, es fundamental destacar en este apartado que la Organización Mundial de la Salud emitió diversas recomendaciones acerca de la dosis sugerida de azúcares al día, la cual debe encontrarse por debajo del 5% del total de kilocalorías ingeridas diariamente.⁶³

⁵⁸ ROTH, Ruth A., *op. cit.*, p. 273.

⁵⁹ GIL HÉRNANDEZ, Ángel, Tomo IV, *op. cit.*, p. 494.

⁶⁰ ROTH, Ruth A., *op. cit.*, p. 294.

⁶¹ GIL HÉRNANDEZ, Ángel, Tomo IV, *op. cit.*, p. 427.

⁶² ARASA GIL, Manuel, *Manual de nutrición deportiva*, España, Editorial Paidotribo, 2005, p. 33.

⁶³ "Recommendations and remarks: (...) WHO suggests a further reduction of the intake of free sugars to below 5% of total energy intake. (...) Free sugars include monosaccharides and disaccharides added to foods and beverages by the manufacturer, cook or consumer, and sugars naturally present in honey, syrups, fruit juices and fruit juice concentrates. (...) No evidence for harm associated with reducing the intake of free sugars to less than 5% of total energy intake was identified." Organización Mundial de la Salud, "Sugar intake for adults and children", 2015,

Los requerimientos energéticos varían de persona a persona tomando en cuenta diversos aspectos, pero a manera de ejemplo, y considerando una dieta que aporte 2000 *kcal*s diarias, el consumo máximo por día sería de 25 gramos, que se encuentran de forma natural en los alimentos, por ejemplo, en frutas, jugos de frutas, jarabes, miel, entre otros, o son añadidos por los productores de alimentos en el proceso de confección de los mismos.

Por lo tanto, cualquier cifra excedente de eso implicaría un consumo de azúcar más alto del que el organismo necesita, en cuanto a este aspecto, es relevante destacar que de igual forma no se asocia ningún efecto negativo al hecho de disminuir la ingesta de azúcar al 5% o por debajo de este, al contrario, favorece a que no se creen picos de azúcar en la sangre, previniendo el desarrollo de enfermedades como la diabetes explicada previamente.

Cuando se emplea el término *azúcar*, se hace referencia a los carbohidratos sencillos que son los monosacáridos y disacáridos, extendiendo de esta forma el término a la sacarosa purificada, que es conocida como el azúcar refinado y el azúcar añadido; los azúcares naturales contenidos en los alimentos y los que son añadidos en su proceso de industrialización son químicamente idénticos⁶⁴, por tanto, tienen el mismo efecto en el cuerpo: elevan el índice glucémico⁶⁵. Las dietas que se basan en alimentos con menor índice glucémico tienen ventajas en el mantenimiento de la salud, apoyan el descenso del riesgo de desarrollar diabetes *mellitus*, enfermedades cardiovasculares y cáncer.⁶⁶

d. *Otras enfermedades:*

- Enfermedades osteoarticulares.
- Esteatohepatitis no alcohólica.
- Hiperuricemia.
- Hipoventilación pulmonar.
- Infertilidad.
- Litiasis biliar.

Consultado en https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/149782/9789241549028_eng.pdf;jsessionid=43EAD752DF637E1523FAE01521EFD5BA?sequence=1 el 7 de noviembre de 2019, pp. 16-17.

⁶⁴ GIL HÉRNANDEZ, Ángel, *Tratado de nutrición*, Tomo III, 2ª Edición, España, Editorial Médica Panamericana, 2010, p. 304.

⁶⁵ El índice glucémico es el área bajo la curva de la respuesta glucémica a la ingesta de una porción de 50 gramos de hidratos de carbono de un alimento estándar. GIL HÉRNANDEZ, Ángel, *Tratado de nutrición*, Tomo III, 2ª Edición, España, Editorial Médica Panamericana, 2010, p. 304.

⁶⁶ *Ídem*.

- Muerte prematura.
- Reflujo gastroesofágico.
- Retinopatía diabética.
- Síndrome de apnea del sueño.

III] Artículo cuarto de la Constitución Federal

El artículo cuarto constitucional en su tercer párrafo menciona lo siguiente: *Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.*

A través de los dos enunciados anteriores se estableció mediante la reforma del precepto el 13 de octubre de 2011, uno de los derechos imprescindibles para el ser humano: el derecho a alimentarse adecuadamente.

Para entender mejor esta disposición constitucional, será indispensable diseccionarla para comprender los conceptos que concurren en ella y que caracterizan a este derecho. Haber definido la alimentación en páginas anteriores, se proseguirá con las características que deberá tener dicha alimentación según la Constitución mexicana.

1. Nutritiva

El término nutritivo hace referencia a los nutrientes,⁶⁷ que son *principios inmediatos que suministran energía, micronutrientes y oligoelementos, que cumplen importantes funciones fisiológicas*⁶⁸, de lo cual se advierte que son sustancias químicas contenidas en los alimentos, que necesita el organismo para realizar las funciones vitales y para mantener su salud. Las funciones de los nutrientes son proveer materiales para el crecimiento y restauración de tejidos, suministrar al cuerpo la energía requerida

⁶⁷ Los nutrientes son las sustancias químicas provistas por la comida que el cuerpo requiere para su crecimiento, mantenimiento y reparación; éstos se dividen en cinco clases: 1. Carbohidratos; 2. Grasas (lípidos); 3. Proteínas; 4. Minerales; 5. Vitaminas. Los primeros tres son catalogados como macronutrientes y los dos subsecuentes como micronutrientes. El agua no es catalogada como nutriente, pero es imprescindible para la vida. LUTZ, Carrol y PRZYTULSKI, Karen, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁸ GIL HÉRNANDEZ, Ángel, *Tratado de nutrición*, Tomo II, 2ª Edición, España, Editorial Médica Panamericana, 2010, p. 4.

para efectuar las actividades externas e internas y controlar los procesos en el cuerpo.⁶⁹

Por tanto, se puede deducir que el hecho que la alimentación sea nutritiva significa que contenga todos los macro y micronutrientes esenciales para el óptimo funcionamiento del organismo.

Relacionando esto con el contenido del párrafo constitucional, se determina que la alimentación nutritiva envuelve comidas y bebidas que tienen cantidades sustanciales de nutrientes esenciales en aras a un buen estado nutricional general, de no cumplir con este criterio, ya sea defectuosa o excesivamente, se puede caer dentro del supuesto de desnutrición señalado con anterioridad.

2. Suficiente

Este concepto no está comprendido literalmente dentro de los conceptos básicos que se encuentran en los libros de nutrición, sin embargo, el hecho que la alimentación tenga que ser *suficiente*,⁷⁰ hace referencia a los requerimientos nutricionales, los cuales son propios de cada persona y sugieren *un conjunto de valores de referencia de ingesta de energía y de los diferentes nutrientes, considerados como óptimos para mantener un buen estado de salud y prevenir la aparición de enfermedades tanto por exceso como por defecto*,⁷¹ éstos valores como se mencionó, deberán ser adaptados a cada persona con sus características y circunstancias particulares, dado que la necesidad energética de cada individuo varía según diversos factores, tales como: edad, género, tamaño y composición del cuerpo, actividad física realizada al día, fundamentalmente, pero también pueden concurrir elementos tales como el clima y otros propios del ambiente en donde se habita.⁷²

Los requerimientos o necesidades nutricionales a los que se hace referencia tienen como objetivo que *el individuo ingiera en*

⁶⁹ FOX, Brian y CAMERON, Allan, *Ciencia de los alimentos, nutrición y salud*, México, Editorial Limusa, 2008, p. 12.

⁷⁰ El metabolismo basal es la cantidad de energía mínima necesaria para mantener las funciones vitales del organismo en reposo, tanto físico como mental, con el objetivo que no se paralizen procesos necesarios para la vida, como el funcionamiento del corazón, la respiración, el funcionamiento hepático, renal, nervioso, entre otros. ARASA GIL, Manuel, *op. cit.*, 2005, p. 110.

⁷¹ DE LUIS ROMÁN, Daniel Antonio *et al*, *op. cit.*, p. 35.

⁷² LÓPEZ MERINO, Josefina, *op. cit.*, p. 11.

*cantidades adecuadas todos y cada uno de los nutrientes que necesita una persona para evitar la enfermedad, mantener un estado nutricional óptimo y desarrollarse correctamente.*⁷³

3. De calidad

La calidad de los alimentos desde el punto de vista nutricional implica la calidad nutritiva, la cual se determina por la cantidad y por la calidad de los nutrientes contenidos en los alimentos. A su vez, ésta se divide en dos categorías: 1) *calidad nutritiva teórica*, que hace referencia al aporte de nutrientes de un determinado alimento, y se define por su composición química y 2) la *calidad nutritiva real*, que es la proporción de los alimentos que puede ser aprovechada por el organismo.⁷⁴

Se relaciona directamente con el beneficio que un alimento en específico le proporciona al consumidor una vez que se ingiere, y la capacidad de éste para ser digerido, absorbido y utilizado para fines energéticos, estructurales o reguladores en el organismo; al mismo tiempo se actualiza gracias a los nutrientes que contiene.⁷⁵

De manera simultánea a lo previo, debería considerarse también la calidad saludable, que se relaciona con los beneficios derivados de la ingestión de un alimento, considerando los dos siguientes factores: 1) prevención de algunas enfermedades crónicas y 2) el estímulo del estado de bienestar del individuo.⁷⁶

Por último, es necesario reflexionar en la calidad sanitaria, que se relaciona al grado de contaminación de los alimentos por microorganismos patógenos o varias sustancias químicas tóxicas, por supuesto, esta calidad debería ser un objetivo prioritario de la industria alimentaria⁷⁷ y para los consumidores. Cerciorarse de que sus alimentos estén libres de estos agentes para evitar daños a la salud causados por su ingesta, puesto que *el interés de los productores de organismos modificados genéticamente (OGMs) es que no se avance en el conocimiento de los riesgos sanitarios*⁷⁸, en virtud de que, en un primer momento, se creía que la única forma de abastecer de alimento a la población creciente en el plano global, era la del cultivo de OGMs, sin embargo, se ha demostrado

⁷³ GIL HÉRNANDEZ, Ángel, *Tratado de nutrición*, Tomo III, *op. cit.*, p. 33.

⁷⁴ GIL HÉRNANDEZ, Ángel, *Tratado de nutrición*, Tomo II, *op. cit.*, p. 565.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 566.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 53.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 46 y 565.

⁷⁸ LEPAGE *apud* MORALES, Albert Ronald y GONZÁLEZ, Jeanette Jaime, *Alimentación sana vs. Transgénicos, aditivos, nanotecnología*, Colombia, Ecoe Ediciones, 2014, p. 42.

exactamente lo opuesto, dado que la agricultura tradicional no daña la salud humana ni de los demás seres vivos, se cuida el medio ambiente y no se contaminan las tierras de los campesinos a causa de los organismos transgénicos.

Muchos científicos piensan que los *transgénicos* son un riesgo inminente para la salud, por ahora el peligro consiste en no saber con exactitud qué sucede cuando se introduce un gen invasor en un organismo formado por una enorme cantidad de genes que han ido evolucionando juntos durante miles de años.

Aunque no ha sido posible comprobar del todo las consecuencias que tienen éstos en el organismo humano, debido a las contradicciones arrojadas por estudios, en su mayoría manipulados por transnacionales involucradas en este negocio, sí está comprobado que tienen 20 veces menos nutrientes que las plantas no-transgénicas, o sea las naturales, conocidas en estos días también como *orgánicas*.

También cabe destacar que los casos de cáncer y otras enfermedades autoinmunes han aumentado en este último siglo de forma desmesurada, lo cual ha sido atribuido a la enorme cantidad de productos químicos que se encuentran en el ambiente.⁷⁹ Si se relaciona este apartado con lo estudiado previamente, acerca de las enfermedades que pueden ser propiciadas por una mala alimentación, surge la paradoja de que lo que se supone debería nutrir al cuerpo humano, termina predisponiendo procesos de cancerización necesariamente dañinos para la salud.

De la misma forma, *la demanda creciente de productos de calidad por parte de los consumidores obliga a la industria agroalimentaria a producir alimentos que, además de cubrir las necesidades nutrimentales, sean seguros, apetitosos y saludables; esto ha provocado que la empresas, a fin de mantener su competitividad, deban prestar atención a las exigencias de los consumidores, enfocándose en la calidad y seguridad final del alimento*⁸⁰, el reflejo cotidiano de esto son los supermercados, donde cada vez más se nota que las empresas ponen a disposición de los consumidores productos dietéticos, *light*, ya sea reducidos en azúcar o en grasa, una tendencia que ha sido recientemente puesta en funcionamiento.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 33-39.

⁸⁰ PRIETO *et al apud.* TORRES TORRES, Felipe, *op. cit.*, p. 96.

IV] Los mayores problemas encontrados en relación con el tema

1. Poca orientación educativa nutricional

La educación nutricional tiene por objetivo *la promoción de la salud mediante el aprendizaje, adecuación y aceptación de hábitos alimentarios saludables, de acuerdo con la propia cultura alimentaria y los conocimientos científicos en materia de nutrición*,⁸¹ es trascendental fomentarla en todas las fases de la vida, pero es aún más importante enseñar acerca de la nutrición durante la infancia y la adolescencia.⁸²

La educación en materia de alimentación es fundamental para que los niños y adolescentes puedan entender porqué es necesario alimentarse sanamente a través de las enseñanzas impartidas por profesionales capacitados que incentiven un cambio en el patrón alimentario de los infantes, en caso de que no fuera el adecuado, y que los conocimientos que asimilen sean transmitidos en sus propios hogares, para posteriormente crear hábitos que perduren en el tiempo.

La Cámara de Senadores de la República exhortó a la Secretaría de Educación Pública, en especial a su titular, para preocuparse en diseñar e implementar *planes y programas enfocados a la educación nutricional para todo el sistema de educación básica, para erradicar la epidemia de obesidad y desnutrición que afecta al país. Asimismo, a que, de acuerdo con la disponibilidad de recursos presupuestales, realice campañas de comunicación en las que difunda los efectos de la obesidad y la desnutrición en la salud de niñas, niños y adolescentes, así como las bases de una alimentación sana*.⁸³

No cabe duda de la urgencia en la puesta en marcha de programas educativos enfocados a la alimentación adecuada para concientizar sobre los alimentos aconsejables y de calidad para el desarrollo del individuo, así como los posibles problemas que se pueden derivar de su no acato y las consecuencias ulteriores, al ser que:

⁸¹ GIL HÉRNANDEZ, Ángel, *Tratado de nutrición*, Tomo III, *op. cit.*, p. 465.

⁸² *Ídem*.

⁸³ Senado de la República, Exhortan a la SEP para diseñar programas de educación nutricional contra obesidad y desnutrición, 23 de abril de 2019, Consultado en <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/44618-exhortan-a-la-sep-para-disenar-programas-de-educacion-nutricional-contra-obesidad-y-desnutricion.html> el 28 de octubre de 2019.

El interés por el estudio de la nutrición no es sólo científico, sino también social y cultural, puesto que está directamente relacionado con el desarrollo de comportamientos saludables, esenciales para todo ciudadano. Por ello, su discusión desde edades tempranas toma significado si consideramos que las concepciones científicas construidas durante el nivel primario de educación tienen efectos sobre el pensamiento de las personas y su desarrollo posterior. Para que los alumnos logren comprender cada vez mejor la función de la nutrición en su organismo y puedan explicar por qué necesitan alimentarse, por qué deben consumir cierto tipo de alimentos, qué características debe tener su dieta diaria, por qué crece su cuerpo, (...) no son suficientes los conocimientos de "sentido común"; es necesario recurrir tanto a los modelos y teorías generados por la ciencia, como por la mediación de la escuela (ciencia escolar), para promover en los alumnos la construcción de modelos explicativos o representaciones coherentes y más cercanas al conocimiento científico, que en muchas ocasiones no son capaces de generar en la vida colectiva.⁸⁴

Implementar una nutrición saludable en el día a día es muy sencillo, simplemente debe de estar muy bien sustentado, con información verídica e impartida por profesionistas en el ámbito de la nutrición: de esta forma el entendimiento de la alimentación formaría parte de una buena política educativa, además de abarcar las diferentes materias estudiadas de acuerdo con el grado académico, permitiría a los estudiantes de primaria y secundaria entender aspectos básicos de su cuerpo, al ser la alimentación igual de importante que otras ciencias impartidas en las aulas, la base para la construcción de la vida y el camino para llevar a cabo una existencia sana en la etapa adulta.

Al haberse definido la complejidad de la problemática en cuanto a obesidad, ésta *debe contemplarse como un problema cuyo abordaje pasa por la instauración de medidas educativas de carácter preventivo desde la infancia*⁸⁵, esto aplica a todas las enfermedades que tienen su origen en una mala alimentación, pero en especial a ésta, dada su importante presencia en las cuestiones sanitarias de México.

⁸⁴ BONILLA PEDROZA, María Xóchitl *et al*, *Cómplices en el proceso de la nutrición*, México, Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, 2015, p. 59.

⁸⁵ GIL HÉRNANDEZ, Ángel, *Tratado de nutrición*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 421.

2. Deficiencias en las políticas públicas implementadas

Las políticas públicas que han sido empleadas no han sido lo suficientemente concisas para acabar con la multitud de problemas alimenticios que inciden en la población mexicana, especialmente porque han sido deficientes en cuanto a la medición de grupos-objetivo, así como el origen de las adversidades que se han presentado con los años y la vía idónea para acabar con ellos.

Por ejemplo, algunas de las políticas públicas en materia de salud definían las relaciones causa-efecto del problema general, ni especificaban su incidencia, prevalencia o gravedad, ni la población potencial o la población objetivo, contrariando las características esenciales de una buena política pública.⁸⁶

Por otro lado, en la Estrategia Nacional para la Prevención y el Control del Sobrepeso, la Obesidad y la Diabetes se remarcaron diversos defectos, entre los cuales destacan los siguientes:⁸⁷

- a) Las regulaciones clave contenidas en dicha estrategia fueron planteadas por la industria que pretende ser regulada y no por un grupo de expertos objetivo y libre de interés.
- b) No se han podido establecer efectivos mecanismos de seguimiento ni la implementación de las regulaciones que preveía la Estrategia.
- c) No hubo asignación de recursos para la ejecución de la Estrategia, por tanto, tampoco se pudo cumplir con algunos de sus objetivos.
- d) Las medidas fiscales que fueron empleadas permitieron la recaudación de los recursos suficientes para reinvertir en las acciones de la estrategia, sin embargo, hoy en día no se conoce el paradero de dichos recursos y la Auditoría Superior de la Federación no dio respuesta alguna a la Cámara de Senadores que solicitó información al respecto.
- e) La regulación sobre la publicidad engañosa es sumamente limitada y no contribuye a la atenuación de los problemas planteados.

⁸⁶ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, “Informe de evolución histórica de la situación nutricional de la población y los programas de alimentación, nutrición y abasto en México”, México, 2009, *op. cit.*, p. 99.

⁸⁷ El poder el consumidor, “A 3 años de la Estrategia Nacional para prevenir el Sobrepeso, la Obesidad y la Diabetes debe ser revisada para lograr sus objetivos”, México, 31 de octubre de 2016, Consultado en <https://elpoderdelconsumidor.org/wp-content/uploads/2016/10/b-3aniv-estrategia-obesidad.pdf> el 18 de noviembre de 2019.

Con lo expuesto, se da un panorama general sobre la problemática de las políticas públicas, debido a que fueron muchas las implementadas, sin que ninguna erradicara de fondo el obstáculo que son todas aquellas enfermedades causadas por la desnutrición.

No se necesita que organismos como el CONEVAL realicen estudios para concluir lo anterior, dado que a partir de la información obtenida en páginas anteriores, se da a entender que los programas alimentarios, los cuales empezaron a ponerse en marcha desde los años '50 del siglo pasado hasta estos días, no han podido mejorar la situación, sino que la realidad alimentaria ha empeorado drásticamente, haciendo aún más difícil la labor de revertir los efectos de enfermedades que se han acumulado por casi 70 años y dejando la duda de si a estas alturas realmente existan acciones o programas que sean capaces, razonables o suficientes para deshacer los pronósticos aberrantes que se aguardan a la población mexicana.

3. Condiciones de pobreza

La pobreza debe ser entendida como *una situación de carencia de recursos económicos o de condiciones de vida que la sociedad considera básicos, según normas sociales de referencias que reflejan derechos sociales mínimos y objetivos públicos*.⁸⁸

Lo relevante al analizar este tema es que, con el paso del tiempo, la CBA se convirtió en el indicador principal para medir los grados de pobreza, la desigualdad social o nivel de vida de la población, dado que para la elaboración de ésta se toma en consideración el poder adquisitivo para hacerse de los productos en ella contenidos.⁸⁹

*La línea de pobreza se basa en los montos requeridos para acceder a la ingesta mínima y adecuada de alimentos para satisfacer la eficiencia física de los individuos*⁹⁰ y el método de calificación de la pobreza se obtiene mediante la identificación de si el hogar cuenta con la capacidad de satisfacer las necesidades mínimas en función de su ingreso, comparándose el ingreso corriente de los hogares contra una línea de pobreza⁹¹.

Asimismo, hay una línea de pobreza alimentaria, la cual reconoce a los sectores de la población que se encuentran en una

⁸⁸ Comisión Económica para América Latina *apud*. TORRES TORRES, Felipe, *op. cit.*, p. 43.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 37.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 40.

⁹¹ *Ídem*.

situación crítica, reprimiendo las capacidades y potencialidades que tiene el individuo al no poder acceder al elemento básico que sostiene la vida: la alimentación.⁹²

Cabe destacar nuevamente que en la actualidad hay millones de personas viviendo en pobreza alimentaria y que no tienen acceso a los alimentos, lo cual repercute desmesuradamente en el acceso a la dieta básica por el deterioro del poder adquisitivo y empobrece su calidad drásticamente.⁹³ Confirmando que la pobreza es en realidad un problema multidimensional que afecta muchos ámbitos entre los cuales destaca por excelencia el económico, pero sobre todo trasciende a la insuficiencia y escasa calidad de la alimentación de todas las personas que viven de esa manera, generando una situación muy compleja de resolver debido a la multitud de perspectivas desde las cuales debe ser afrontada.

V] Conclusiones

A partir de los apartados anteriores, se ha podido llegar a algunas conclusiones:

PRIMERA. Los problemas alimentarios siempre estuvieron presentes en México, pero se agudizaron a mediados del siglo pasado, lo que da a entender que estos se han ido acumulando y desarrollando a través del tiempo, llegando a crear una situación poco favorable para una gran cantidad de individuos, volviéndose difícil de abordar por la complejidad y magnitud de ésta.

SEGUNDA. Entre los dos tipos de desnutrición, se puede apreciar que la está causando más repercusiones negativas en el sistema de salud es la desnutrición por exceso, resaltando por excelencia el sobrepeso y la obesidad, junto con las enfermedades que acarrear, siendo la más frecuente la diabetes *mellitus* tipo 2 debido a la poca calidad de la alimentación en México, la cual incluye en su dieta diaria una gran cantidad de azúcares refinadas.

TERCERA. La canasta básica alimentaria de México está conformada por alimentos no básicos y algunos de ellos también son dañinos, por haber sido identificados con altos niveles de azúcares, grasas saturadas y sodio, insinuando que lejos de ser una canasta básica, simplemente conforma un listado de los productos más consumidos a nivel nacional. La contradicción entre su denominación y la inclusión de alimentos no básicos es la indudable muestra que ésta se encuentra distante de aproximarse a los

⁹² *Ibidem*, p. 52.

⁹³ TORRES TORRES, Felipe, *op. cit.*, p. 13.

requisitos establecidos por el párrafo tercero del artículo cuarto constitucional.

CUARTA. El tema del sobrepeso y obesidad es sumamente serio porque es una enfermedad en sí misma, y sus efectos son tan devastadores en el cuerpo humano que propicia la aparición de otras enfermedades y patologías graves. Es un problema de salud muy grave, que afecta la esfera social y económica desde hace muchas décadas y que se ha vuelto un problema de tal complejidad, que actualmente parece un callejón sin salida, o al menos, no pronta, enfatizando la necesidad de aportar una solución pronta e idónea.

QUINTA. La publicidad engañosa es uno de los temas principales que afectan la percepción del público infantil y adulto sobre cuáles alimentos consumir, si bien la legislación en materia de salud es extensa, y nuevas formas de etiquetar a los alimentos han surgido (por ejemplo, el 31 de julio de 2020 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-051-SCFI/SSA1-2010), la balanza parece estar más inclinada hacia el lado contrario de la salud pública, pues se permite la desenfrenada promoción e incentivo de productos densos en calorías, pero escasos en nutrientes, o productos milagro que de nada sirven.

SEXTA. Al haber examinado cada una de las características que la Carta Magna indica debe tener la alimentación en México (nutritiva, suficiente y de calidad), se considera que dichas especificaciones cumplen con los requerimientos de ésta desde un punto de vista científico, sin embargo, desde el punto de vista jurídico es necesario que este Derecho pueda ser accedido por la población que carece de él, es por ende que la creación de una normatividad secundaria puede coadyuvar en esta finalidad y además, regular todos los aspectos relacionados, entre ellos, la canasta básica alimentaria.

VI] Propuestas

En este sentido, se crearon varias propuestas para atender la problemática planteada en secciones anteriores, las cuales involucran:

1. *Modificación de la canasta básica alimentaria*

Puesto que, en la actualidad, ésta contiene alimentos poco saludables que precisamente han contribuido a lo largo de varias décadas a la creación y desarrollo de los problemas y hábitos

alimentarios nocivos que llevaron a la inevitable aparición de diversas enfermedades y padecimientos graves que afectan una gran porción de la población.

Para que la nueva canasta básica alimentaria sea considerada adecuada, ésta debe ser formulada por un grupo de expertos en materia de nutrición para que con su conocimiento científico, puedan determinar la eliminación definitiva de los alimentos nocivos para la salud debido a su excesiva industrialización y alto contenido de azúcares, grasas saturadas y/o sodio; viendo si hay necesidad de reemplazar ciertos productos o si con los alimentos ya incluidos en ella se podría considerar balanceada la dieta de una persona.

Debe dejar de ser un instrumento medidor de la pobreza y empezar a ser un punto de referencia fundamental para consultar qué alimentos son considerados saludables y que la población pueda acudir a éste para informarse sobre los alimentos y que lo incluido en ella sea accesible a sus necesidades económicas, pero también alimentarias, porque el estudio científico que la respalda habrá identificado los mejores productos por su calidad nutritiva.

2. Estudio de la alimentación adecuada en las instituciones educativas

La educación juega un rol primordial en este ámbito, y es importante que sea inculcada desde edades tempranas para que tanto niños como adolescentes, sepan discernir qué alimentos es recomendado su consumo habitual y cuáles pudieran evitar ser consumidor de manera recurrente. El conocimiento adquirido servirá en las etapas subsiguientes de la vida.

Dicho conocimiento deberá ser impartido por profesionistas en el área de nutrición, se debe de involucrar a los padres de familia en este proceso de aprendizaje, para que, junto con sus hijos, tomen cursos sobre los aspectos básicos de la nutrición y talleres de cocina saludable, imponiendo la obligatoriedad de esto. Porque no es factible pensar que el peso deba recaer sobre los hombros de los niños y adolescentes, pues por más que se les enseñen estas materias en las instituciones educativas, en el hogar es donde debe de haber entendimiento y respaldo, porque finalmente, y realizando una asunción generalizada (con el entendimiento que no todos los casos son iguales) de que son los padres de familia los que compran la despensa y cocinan la comida; por ello, deberían estar directamente interesados en la salud, bienestar y educación de sus hijos.

3. Regulación de publicidades

La regulación de las publicidades está presente pero no es la adecuada dadas las circunstancias. La población infantil es considerada más vulnerable porque todavía no es capaz de llevar a cabo un raciocinio objetivo sobre la veracidad y calidad real de los productos ofertados, pero la opinión de la autora de este trabajo difiere tajantemente, ya que la población adulta también es vulnerable. Esto se pudiera asumir si la población adulta desde un inicio supiera que determinados productos son nocivos para la salud o son el resultado de una gran mercadotecnia que induce a creencias falsas, pero la realidad de México dista de eso.

El escenario es diferente porque no ha habido y todavía no hay una educación alimentaria pertinente, y la población adulta también es crédula, si no lo fuera, no habría tantas personas lucrando con su credulidad. Por lo tanto, no se puede partir del hecho que los adultos no son vulnerables porque tienen una capacidad de pensamiento y están menos propensos a ser influidos por las publicidades engañosas, dado que no hay en la actualidad una adecuada cultura sobre la alimentación ni conocimiento sobre qué es bueno y qué es malo para alimentar a su propio cuerpo. Concluyendo que antes de excluir al público adulto, debe primero de haber una concientización general acerca de la materia; mientras tanto deberá de implementarse una legislación más estricta y controles adecuados para impedir la difusión de publicidad engañosa.

4. Creación de legislación tendiente a la consecución del Derecho a la alimentación

Si bien en muchas ocasiones se considera que la creación de normatividad adicional en el ámbito federal solamente tiende a sobresaturar un sistema legislativo de por sí complejo, se considera importante crear una legislación que realmente atienda las necesidades de la población en materia de alimentación y que sea reglamentaria del artículo cuarto constitucional para el párrafo tercero.

Esta debe ser una ley con un estudio previo relevante y trascendente para los temas de los que sufre México, que no sea de nueva cuenta *letra muerta*, o una ley que habla de un escenario utópico y que es ciega ante los problemas que acechan a ese gran porcentaje de la población que sufre de desnutrición por exceso o por defecto, que ofrezca soluciones acertadas a las problemáticas que incumben y persiguen al país en el tema alimentario y por

supuesto, que tome en cuenta la reglamentación de la canasta básica alimentaria y el efectivo acceso a este Derecho para la población que necesita de él.

Bibliografía

Libros:

- ARASA GIL, Manuel, *Manual de nutrición deportiva*, España, Editorial Paidotribo, 2005
- BONILLA PEDROZA, María Xóchitl et al, *Cómplices en el proceso de la nutrición*, México, Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, 2015
- DE LUIS ROMÁN, Daniel Antonio et al, *Dietoterapia, nutrición clínica y metabolismo*, 3ª Edición, España, Aula Médica, 2017
- FOX, Brian y CAMERON, Allan, *Ciencia de los alimentos, nutrición y salud*, México, Editorial Limusa, 2008
- GIL HÉRNANDEZ, Ángel, *Tratado de nutrición*, Tomo II, 2ª Edición, España, Editorial Médica Panamericana, 2010
- GIL HÉRNANDEZ, Ángel, *Tratado de nutrición*, Tomo III, 2ª Edición, España, Editorial Médica Panamericana, 2010
- GIL HÉRNANDEZ, Ángel, *Tratado de nutrición*, Tomo IV, 2ª Edición, España, Editorial Médica Panamericana, 2010
- LÓPEZ MERINO, Josefina, *Nutrición y salud efectiva*, 3ª Edición, México, Trillas, 2008
- LUTZ, Carroll y PRZYTULSKI, Karen, *Nutrición y dietoterapia*, 5ª Edición, México, McGraw Hill, 2018
- MORALES, Albert Ronald y GONZÁLEZ, Jeanette Jaime, *Alimentación sana vs. Transgénicos, aditivos, nanotecnología*, Colombia, Ecoe Ediciones, 2014
- ROTH, Ruth A., *Nutrición y dietoterapia*, 9ª Edición, México, McGraw Hill, 2009
- TORRES TORRES, Felipe y GASCA ZAMORA, José, *Ingreso y alimentación de la población en el México del siglo XX*, México, Porrúa, 2001
- TORRES TORRES, Felipe, *Canasta básica y calidad de la alimentación en México*, México, Editorial Ariel, 2014

Artículos:

- ÁVILA CURIEL, Abelardo, "Construcción de una Canasta Normativa Alimentaria para el DF", mayo 2012, México, Consultado en https://evalua.cdmx.gob.mx/storage/app/media/uploaded-files/files/Atribuciones/medicion-de-la-pobreza/3_cna_construccion.pdf
- DÁVILA-TORRES J., et al, "Panorama de la obesidad en México", *Revista Médica del Instituto Mexicano del Seguro Social*, México, 2014
- GIL ROALES NIETO, Jesús et al., "Efectos del consumo del café para la salud cardiovascular, la diabetes y el desarrollo de cáncer", *Psicothema*,

Vol. 16, N° 4, España, 2004, Consultado en <https://www.redalyc.org/pdf/727/72716401.pdf>

El poder el consumidor, "A 3 años de la Estrategia Nacional para prevenir el Sobrepeso, la Obesidad y la Diabetes debe ser revisada para lograr sus objetivos", México, 31 de octubre de 2016, Consultado en <https://elpoderdelconsumidor.org/wp-content/uploads/2016/10/b-3aniv-estrategia-obesidad.pdf>

SORIA SÁNCHEZ, Graciela y PALACIO MUÑOZ, Víctor Herminio, "El Escenario Actual de la Alimentación en México", Brasil, Textos & Contextos (Porto Alegre), Vol. 13, N° 1, enero-junio 2014, Consultado en <http://www.redalyc.org/pdf/3215/321531779011.pdf>

Sitios web:

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, "Informe de Evaluación de la Política de Desarrollo Social en México", México, 2008, Consultado en <https://www.coneval.org.mx/rw/resource/coneval/EVALUACIONES/2532.pdf>

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, "Informe de evolución histórica de la situación nutricional de la población y los programas de alimentación, nutrición y abasto en México", México, 2009, Consultado en https://www.coneval.org.mx/Informes/Evaluacion/Estrategicas/Evol_hist_olica_de_la_sit_nutricional_de_la_poblacion.pdf

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, "Informe de Evaluación de la Política de Desarrollo Social en México", México, 2011, Consultado en <https://www.coneval.org.mx/Informes/Coordinacion/INFORMES Y PUBLICACIONES PDF/INFORME DE EVALUACION DE LA POLITICA DESARROLLO SOCIA 2011.pdf>

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, "Estudio diagnóstico del derecho a la alimentación nutritiva y de calidad 2018", México, 2018, Consultado en https://www.coneval.org.mx/Evaluacion/IEPSM/Documents/Derechos_Sociales/Estudio_Diag_Alím_2018.pdf

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, "Informe de Evaluación de la Política de Desarrollo Social 2020", México, 2020, consultado en https://www.coneval.org.mx/Evaluacion/IEPSM/IEPSM/Documents/IEPDS-2020/LA_POBREZA_EN_MEXICO_2008_2018.pdf

Comisión de Derechos Humanos, "Derecho a la alimentación adecuada", Ciudad de México: *Defensor – Revista de Derechos Humanos*, N° 9, septiembre 2012, Consultado en https://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/05/dfensor_09_2012.pdf

Decreto publicado en el DOF el 8 de noviembre de 2019, Consultado en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5578283&fecha=08/11/2019

9

Instituto Nacional de Salud Pública, "La obesidad en México. Estado de la política pública y recomendaciones para su control y prevención", México, 2018, Consultado en

https://www.insp.mx/images/stories/2019/Docs/190607_978-607-511-179-7.pdf

Instituto Mexicano del Seguro Social, "Consumo excesivo de sodio, factor de riesgo para el desarrollo de hipertensión, problemas en el corazón, cerebro y riñones: IMMS", N° 486/2019, Noviembre 2019, Consultado en <http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/201911/486>

Grupo Consultor de Mercados Agrícolas, "Arranca 2021 con incremento de 6.1% en los productos agropecuarios de la canasta básica", 2021, Consultado en <https://gcma.com.mx/indicador-de-precios-canasta-basica/>

Organización Mundial de la Salud, "Sugar intake for adults and children", 2015, Consultado en https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/149782/9789241549028_eng.pdf;jsessionid=43EAD752DF637E1523FAE01521EFD5BA?sequence=1

Secretaría de Salud, "Encuesta Nacional de Salud y Nutrición de Medio Camino 2016". México, 2016, Consultado en <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/209093/ENSANUT.pdf>

Secretaría de Salud, "Estrategia Nacional para la Prevención y el Control del Sobrepeso, la Obesidad y la Diabetes", 2013, México, Consultado en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/276108/estrategia_sobrepeso_diabetes_obesidad.pdf

Secretaría de Salud, "Lineamientos de la Estrategia Integral de Asistencia Social Alimentaria - 2012", México, 2012, Consultado en <http://201.167.124.226:8080/normateca/imagenes/1.pdf>

Senado de la República, Exhortan a la SEP para diseñar programas de educación nutricional contra obesidad y desnutrición, 23 de abril de 2019, Consultado en <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/44618-exhortan-a-la-sep-para-disenar-programas-de-educacion-nutricional-contr-obesidad-y-desnutricion.html>

Otros:

Definición proporcionada por el Lic. en Nutrición Valter Rainier Torres Loya.

Arbitraje Civil en Jalisco: Respuestas a una deficiente legislación

BERNARDO ZATARAIN PALFFY¹

*A los Lic. René Morales y Mariann Sahagún,
en agradecimiento a la oportunidad
de trabajar con ustedes.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Precisión de conceptos.* III. *Solución al caso hipotético.* IV. *Propuesta de adecuación legislativa.*

Resumen. El Código de Procedimientos Civiles de Jalisco (CPCJ), regula escasamente al Arbitraje en Materia Civil. Sin embargo, cuando aborda el tema, lo hace de una forma deficiente. A fin de destacar cómo la falta de técnica legislativa puede crear problemas en la práctica judicial, el presente artículo ofrece un caso hipotético. Para resolverlo, se ofrecen dos respuestas. La primera resuelve el caso hipotético de manera justa, recurriendo a la hermenéutica jurídica. La segunda es una propuesta de adecuación legislativa para evitar que surjan cuestiones de esta índole.

Palabras clave: Arbitraje civil, excepciones, interpretación de la ley, analogía, adecuación legislativa.

Abstract: *The Code of Civil Procedures of Jalisco (CPCJ) does not regulate arbitration in civil matters very extensively. However, when it does address the subject, it does so in a deficient manner. In order to highlight how the lack of legislative technique can create problems in judicial practice, this article offers a hypothetical case. To solve this problem, two answers are offered. The first one solves the hypothetical case in a fair manner, resorting to commercial legislation. The second is a proposal for legislative adaptation to prevent issues of this nature from arising.*

Keywords: *Civil Arbitration, demurrer, interpretation of the law, analogy, legislative adequation.*

¹ Alumno de licenciatura en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

I] Introducción

Arrendus S.A. de C.V. y Constructus S.A. de C.V. celebran un contrato de arrendamiento, el cual contiene una cláusula compromisoria, por un inmueble localizado en Guadalajara, Jalisco. Siendo aplicable el código de Procedimientos Civiles de Jalisco (CPCJ), Arrendus S.A. de C.V. demanda por la vía civil ordinaria. Como excepción, Constructus S.A. de C.V. opone la excepción dilatoria de compromiso arbitral conforme al Art. 33, fracc. VII del CPCJ. Dicha excepción no es de previo y especial pronunciamiento, por lo que según el Art. 38 del CPCJ, no se resuelve sino hasta el dictado de sentencia definitiva. ¿El juez solamente podrá remitir a las partes a arbitraje únicamente después de desahogar todas las instancias previas a la sentencia? El juez está ligado al texto de la ley, por lo tanto, no puede remitir las partes a arbitraje directamente tal como establece el Código de Comercio (CC) en su Art. 1424. ¿Cierto?

A *prima facie*, es evidente que existe un problema. En el presente artículo, se presentarán dos soluciones a este problema: la primera resolverá el Caso Hipotético planteado y la segunda propone una adecuación legislativa para evitar que surjan problemas de esa índole. Previo a ofrecer la solución, a fin de lograr una comprensión íntegra del problema, es necesario precisar los conceptos involucrados.

II] Precisión de conceptos

El Caso Hipotético se puede resumir de la siguiente manera: Arrendus quiere litigar ante juzgados del Estado; Constructus opone la excepción de compromiso arbitral puesto que quiere litigar ante un tribunal arbitral. A fin de entender a fondo la disputa, en el presente capítulo se precisarán las diferencias entre arbitraje y juicio (1), y se hará un breve resumen sobre la naturaleza de la Excepción (2).

1. Arbitraje y juicio

Para poder distinguir, primero es necesario determinar en qué son iguales. Tanto el arbitraje como el juicio son un medio de solución de conflicto heterocompositivo, es decir, la solución al conflicto es dada por un tercero ajeno al litigio.² La diferencia reside en que el primero requiere del consentimiento de las partes para

² OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, 7a ed., Oxford University Press, México, 2016, p. 22.

existir, mientras que el segundo no.³ De hecho, el consentimiento de las partes, plasmada en el acuerdo de arbitraje es la piedra angular del arbitraje.⁴ Adelantándonos un tanto, es justamente su naturaleza consensual, la que le permitirá al Juez remitir las partes a arbitraje de forma inmediata.

Como se comentó, el arbitraje se fundamenta en un acuerdo de arbitraje. Dicho acuerdo se puede definir como el contrato en virtud del cual dos o más personas llamadas compromitentes se obligan a sujetar sus actuales o futuras diferencias jurídicas de un asunto determinado, a la decisión de un árbitro.⁵ Cuando las partes someten una disputa presente, su acuerdo se denomina compromiso arbitral, y cuando prevén un conflicto futuro, se denomina cláusula compromisoria.⁶ Análogamente, el Código Civil del Estado de Jalisco (CCEJ), define el compromiso arbitral en su Art. 2592 y la cláusula compromisoria en el Art. 2692. En su contrato, *Arrendus* y *Contractus* consintieron referir sus disputas futuras a un árbitro, por lo tanto, acordaron una cláusula compromisoria.

2. Excepciones

A fin de revertir la contienda de Juicio a Arbitraje, *Contractus* opuso la excepción dilatoria de compromiso arbitral que no es de previo y especial pronunciamiento. Para poder entender de manera total lo que significa esta expresión, en el presente capítulo se distinguirá entre lo que es la Excepción en Sentido Abstracto y en Sentido Estricto (a), la Excepción y la Defensa (b) y se explicara como la doctrina clasifica las excepciones (c).

a. *Excepción en Sentido Abstracto y en Sentido Estricto.*- El Art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) reconoce el Derecho a la Tutela Jurisdiccional de la siguiente forma: *Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditados para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes.* De este derecho genérico

³ OVALLE FAVELA, *ibidem.*, p. 29.

⁴ BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, 3a ed., Kluwer Law International, 2021, p. 251; BLACKABY, *et al.*, *Redfern & Hunter on International Arbitration*, 6a ed., Oxford University Press, 2015, p. 71.

⁵ PÉREZ GONZALES, Carlos, Comentarios Sobre el Arbitraje en México, en Gómez Fröde, Carina y García Carillo, Marco Ernesto Briseño (coords.), *Nuevos Paradigmas del Derecho Procesal*, 1a ed., Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 892;

⁶ OVALLE FAVELA, *Op. Cit.*, p. 26.

se deriva tanto el derecho de acción como el derecho de defensa.⁷ En otras palabras, la Excepción y la Acción son las dos caras de la moneda llamada Derecho a la Tutela Jurisdiccional.⁸

De esta forma, si la acción es el derecho de atacar, la excepción es el derecho de defenderse.⁹ Ante una demanda, se puede elegir defenderse o no, por lo tanto, la excepción es un derecho subjetivo consistente en la facultad del demandado de contradecir la demanda.¹⁰ Excepción en sentido abstracto es, pues, *el poder jurídico del demandado, de oponerse a la pretensión que el actor ha aducido ante los órganos de la jurisdicción.*¹¹ La Excepción en sentido estricto en cambio, son las cuestiones concretas planteadas por el demandado.¹²

Un ejemplo sirve para ilustrar esta diferencia. La Excepción en sentido abstracto, entendida como un derecho subjetivo, es como un vaso. Este vaso se puede llenar con cualquier líquido imaginable sin alterar su esencia. El líquido, entonces, sería la Excepción en sentido estricto. De esta forma, la Excepción en sentido estricto es la pretensión concreta que se hace valer a través de la Excepción en sentido abstracto.¹³ Como sugiere el maestro Ovalle Favela, utilizaremos el termino Excepción cuando hablamos en sentido abstracto, y excepción o excepciones cuando sea en sentido estricto.¹⁴

b. Excepciones y defensas.- A fin de ser precisos con el lenguaje y como suele decir cierto profesor de la facultad, hay que distinguir. Hay autores que niegan la existencia de una diferencia real entre estos términos mientras que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) hace una distinción, que, en opinión nuestra, es incorrecta. De este modo, primero se hará la distinción considerada como correspondiente y después se refutarán estas dos ideas.

⁷ OVALLE FAVELA, José, *Garantías Constitucionales del Proceso*, 3a ed., Oxford University Press, México, 2010, p. 152.

⁸ GÓMEZ LARA, CIPRIANO, *Derecho Procesal Civil*, 6a ed., Oxford University Press, México, 1998, p. 60.

⁹ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3a ed., Roque Depalma, Argentina, 1958, p. 90.

¹⁰ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría General del Proceso*, 8a ed., Porrúa, México, 1999, p. 303

¹¹ COUTURE, Eduardo J., *Op. Cit.*, p. 96

¹² OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, 9a ed., Oxford University Press, México, 2003, p. 79

¹³ *Ibidem.*, p. 80.

¹⁴ *Ibidem.*, p. 81

La distinción considerada correcta es la propuesta por el maestro Gómez Lara. Según este autor, las defensas son la simple negación de una afirmación que entraña la pretensión del actor, mientras que las excepciones son hechos o argumentos nuevos ofrecidos por el demandado.¹⁵ Por ejemplo, si yo digo que es falso que todavía no te he pagado, estamos ante una defensa, y si digo que no te debo puesto que la obligación caducó, estamos ante una excepción.

En plano opuesto, para el reconocido jurista Arellano García, no hay diferencia alguna, puesto que ambas son una forma de denominar el derecho de contradicción (o de Tutela Jurisdiccional).¹⁶ Es decir, es irrelevante la distinción puesto que no es nada más que un problema de denominación. Aunque coincidimos con el citado jurista en cuanto a la *Excepción* podría ser considerada sinónimo de *Defensa*, ciertamente existe una diferencia entre *excepciones* y *defensas*. Lo anterior es debido a dos argumentos.

El primero se argumenta desde el Derecho Romano. La fórmula procesal romana, se dividía en una parte ordinaria y otra extraordinaria; la *exceptio* se ubicaba en la segunda.¹⁷ Si el demandado únicamente negaba la pretensión del actor, la fórmula no incluía la *exceptio*.¹⁸ Por lo tanto, desde el derecho romano, la excepción siempre fue caracterizada como un aditamento y no como una simple negación. El segundo se argumenta desde la jurisprudencia mexicana. En el Amparo Directo 764/92, se reconoció que la *Defensa Sine Actione Agis* no es una excepción puesto que *no es otra cosa que la simple negación del derecho ejercitado, cuyo efecto jurídico en juicio, solamente puede consistir en el que generalmente produce la negación de la demanda*.¹⁹ De la jurisprudencia citada se desprende que la defensa es negar mientras que la excepción es aportar algo nuevo. Por las razones aducidas, consideramos necesario hacer la distinción.

En una Tesis de la SCJN, la distinción se basa en la participación del juez en el proceso. Las excepciones *por sí mismos no excluyen la acción, pero dan al demandado la facultad de*

¹⁵ GÓMEZ LARA, *Op. Cit.*, pp. 60-61.

¹⁶ ARELLANO GARCÍA, *Op. Cit.*, p. 303.

¹⁷ IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano: Historia e Instituciones*, 11a ed., Editorial Ariel, España, 1993, pp. 181-182.

¹⁸ *Ibidem.*, pp. 184-185.

¹⁹ Tesis: VI. 2o. J/203, registro digital 219050, Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, núm. 54, junio de 1992, p. 62, tipo: Jurisprudencia.

destruirla mediante la oportuna alegación y demostración de tales hechos.²⁰ Mientras que las defensas una vez comprobadas por cualquier medio, el Juez está en el deber de estimarlas de oficio.²¹ Dicha postura debe de ser desestimada. Según el Art. 87 del CPCJ, los jueces deben de analizar de oficio los presupuestos procesales y los elementos de la acción. Los presupuestos procesales son requisitos de orden público y analizados de oficio, necesarios para tener un proceso valido y eficaz.²² La competencia, la capacidad procesal de las partes, ausencia de litispendencia y la cosa juzgada tienen en común que son presupuestos procesales.²³ También tienen en común que son excepciones según el CPCJ. Por lo tanto, como son analizados de oficio, no se puede utilizar este criterio de la SCJN, y se debe de sostener el ofrecido por el maestro Gómez Lara.

C. *Clasificación de las Excepciones.*- Autores como Eduardo Pallares, Ovalle Favela y Gómez Lara han clasificado las excepciones como Procesales o Substantivas y Dilatorias o Perentorias. Las excepciones Procesales se refieren a irregularidades o vicios del proceso y las Substantivas se refieren a los derechos y obligaciones materia del juicio.²⁴ Es decir, las Procesales alegan que la relación procesal entre juez y partes no se consolidó de forma legal, mientras que las Substantivas se refieren únicamente a la relación jurídica subyacente entre las partes. Las excepciones Dilatorias pretenden obstaculizar o retrasar el desarrollo del proceso y la Perentorias tienen como fin la destrucción de la acción.²⁵

Existe una confusión sobre estos dos criterios de clasificación, puesto que se piensa que todas las excepciones Dilatorias son Procesales y todas las Perentorias son Substantivas, sin embargo, son distintas.²⁶ La clasificación entre dilatorias y perentorias toma en cuenta el efecto de la excepción sobre la acción, mientras que la clasificación entre procesales y substantivas toma en cuenta el objeto cuestionado por la excepción.²⁷ Por

²⁰ Registro digital 272823, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, vol. VII, cuarta parte, p.193, tipo: Aislada.

²¹ *Ídem.*

²² PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Contradicción de Tesis 18/2012, 31.

²³ OVALLE FAVELA, *Op. Cit.*, p. 199.

²⁴ PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 25a ed., Porrúa, México, 1999, p. 356.

²⁵ *Ídem.*, pp. 356-358.

²⁶ GÓMEZ LARA, *Op. Cit.*, pp. 65-66.

²⁷ OVALLE FAVELA, *Op. Cit.*, p. 101.

ejemplo, la excepción de división, orden y excusión es dilatoria según el Art. 33 fracc. VI del CPCJ, puesto que su efecto no es destruir la acción sino retrasar su efecto. Sin embargo, no combate la correcta integración del proceso, tiene como *objeto* la relación jurídica obligatoria entre las partes.

Las excepciones Dilatorias, se clasifican en simples y en aquellas que son de previo y especial pronunciamiento.²⁸ Las de previo y especial pronunciamiento se resuelven de manera inmediata mientras que las simples se resuelven al momento del dictado de sentencia.²⁹ La excepción de compromiso arbitral, promovida por Constructus, es simple y por lo tanto no se resuelve hasta el dictado de sentencia. Existe la posibilidad de que las partes sean remitidos a arbitraje después de haber litigado arduamente en juzgados. *Prima facie*, esto es ilógico y hasta injusto. Supongamos que el juez del Caso Hipotético piensa de forma similar. No obstante, la ley es clara. ¿Acaso estará obligado a proceder de esta forma?

III J Solución al Caso Hipotético

En el proemio del presente artículo, se prometió resolver el Caso Hipotético. La conclusión será que el juez podrá remitir a las partes a arbitraje de manera inmediata. No obstante, es necesario reconocer que esta solución no es apegada al texto de la ley. Una interpretación literal obliga al juez a esperar hasta sentencia. Para poder llegar a la conclusión deseada, en el presente capítulo se argumentará que la interpretación literal o gramatical no es suficiente (1). Es conveniente optar por una interpretación teleológica (2). El juez, recurriendo a la analogía (3), podrá aplicar las disposiciones relevantes del Código de Comercio (4).

1. Interpretación Gramatical

Interpretar es desentrañar el sentido de la ley.³⁰ De los diversos métodos de interpretación disponibles, el intérprete debe

²⁸ GÓMEZ LARA, Derecho Procesal Civil, *Op. Cit.*, p. 65.

²⁹ *Idem*.

³⁰ Tesis 1a. XIV/2004, registro digital: 181861, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIX, marzo de 2004, página 312, tipo: Aislada; GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 65a ed., Porrúa, México, 2017, p. 320.

de recurrir en primer lugar al gramatical o literal.³¹ En el presente apartado se explicará en que consiste este método (a), por qué el principio *In claris non fit interpretatio* no es aplicable (b) y por qué el juez puede recurrir a distintos métodos de interpretación (c).

a. **Concepto.** La interpretación gramatical, literal o exegética,³² da mayor importancia al texto de la ley, por lo tanto, si el texto de la ley es claro, el intérprete se debe atender al sentido literal de la ley.³³ Este método encuentra su fundamento en el artículo 14 de la CPEUM, el cual expresa que, en los juicios civiles, *la sentencia definitiva debe de ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley.*

b. *El principio in claris non fit interpretatio no es aplicable.-* Es preciso añadir un nuevo hecho al caso. Arrendus es una empresa multimillonaria. Constructo es una pequeña empresa familiar. Arrendus, confiado en su poderío económico, no tiene problema en dilatar el proceso. ¿Cómo le argumentaría al juez que se apegue a una interpretación literal?

Lo hará exigiendo una interpretación literal conforme al principio *in claris non fit interpretatio*. El aforismo latino significa que cuando el texto de la ley es claro, no se interpreta, sino que se aplica el precepto en su literal dicción.³⁴ Un Colegiado ha dictado que el intérprete agota su función interpretativa, cuando advierte la correspondencia del texto normativo con los hechos del caso, sin necesidad de desentrañar el sentido interno de la norma.³⁵ De manera similar, otro Colegiado determino que dicha operación es un imperativo constitucional,³⁶ de conformidad con el Art. 14 de la CPEUM. Haciendo valer estos criterios en concordancia con el

³¹ Tesis I.6o.C.357, registro digital: 177274, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, página 1482, tipo: Aislada.

³² ANCHONADO PAREDES, Victor Emilio, *Métodos de interpretación jurídica*, Quid Iuris, Año 6, Vol. 16, 2012, pp. 47-48.

³³ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 21a ed., Porrúa, México, 2009, pp. 32-33.

³⁴ GUÍAS JURÍDICAS, *In Claris Non Fit Interpretatio*, Wolters Kluwer, disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEEAMtMSbF1jTAAAUmJjS0MDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapU-ckhIQaptWmJJOcSoAWI9OkDUAAAA=WKE.

³⁵ Registro digital: 220568, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. IX, febrero de 1992, p. 209, tipo: Aislada.

³⁶ Tesis: I.6o.C.357 C, registro digital: 177274, Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena, t. XXII, septiembre de 2005, p. 1482, tipo: Aislada.

artículo constitucional antes citado, Arrendus podrá crear un sólido argumento.

A pesar de lo anterior, el principio *in claris non fit interpretatio* no es tan contundente por dos razones. La primera es que es falso. Se le ha criticado puesto que encierra una petición de principio, para determinar si el texto es claro, primero se interpreta.³⁷ De hecho, es imposible aplicar el derecho, sin hacer una previa interpretación.³⁸ En conjunción, tribunales han expresado que la claridad es un fruto de la interpretación, no al revés.³⁹ Por lo tanto, el citado principio, en su acepción literal, es falso.

Sin embargo, no se puede desechar tan fácilmente. Su sentido verdadero, en nuestra opinión, es que la ley siempre se interpreta, pero si el texto no causa confusión, no es necesario continuar el ejercicio hermenéutico, (Irónico, pero para entender este principio, es necesario interpretarlo). Por lo tanto, el juez siempre debe de aplicar la letra de la ley, ¿cierto? No del todo. Aquí es donde entra en juego la segunda razón aludida. El principio en cuestión no es obligatorio, sino como se demostrará, es una herramienta entre muchas a disposición del juzgador.

c. *El juez puede recurrir a distintos métodos de interpretación.*- El juez no está ligado inexorablemente al texto de la ley y es libre de utilizar otros métodos de interpretación.⁴⁰ En ciertos casos, el juez no puede atender únicamente la letra del precepto y debe de servirse de todos los métodos a su disposición si le sirven en su tarea.⁴¹ Incluso puede combinarlos entre sí.⁴² En resumen, el juez tiene a su disposición cualquier criterio que le ayude a encontrar una solución justa.

De hecho, según García Máynez, el juez está ligado a la literalidad de la ley, si esta le brinda la solución que busca.⁴³ Incluso algunos autores de la Escuela Exegética, reconocen que el intérprete se puede apartar del texto de la ley, si aquella lo lleva a

³⁷ ANCHONADO PAREDES, *Op. Cit.*, p. 36.

³⁸ GARCIA MAYNEZ, *Op. Cit.*, p. 352.

³⁹ SALA SUPERIOR DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Juicio De Revisión Constitucional Electoral, 29/03/2005, expediente: SUP-JRC-87/2005.

⁴⁰ Tesis P./J. 46/91, registro digital: 205755, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. VIII, noviembre de 1991, p. 39, tipo: Jurisprudencia; ANCHONADO PAREDES, *Op. Cit.*, p. 37

⁴¹ Registro digital: 223218, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. VII, abril de 1991, p. 192, tipo: Aislada.

⁴² PALLARES, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 401, para. 21.

⁴³ GARCIA MAYNEZ, *Op. Cit.*, p. 375.

una injusticia o una inconsecuencia.⁴⁴ En apoyo a esta idea, se puede citar la Contradicción de Tesis 23/2016.⁴⁵ La problemática consistía en determinar si procedía la adjudicación directa del bien hipotecado en el procedimiento de ejecución de la hipoteca.⁴⁶ Según una interpretación literal, no procedía, puesto que la ley claramente hablaba de bienes embargados y no de bienes hipotecados. No obstante, el Tribunal determinó que no se debía atenderse a su significado literal, sino a una interpretación teleológica.⁴⁷ En el siguiente capítulo se demostrara que, si se analiza la naturaleza del arbitraje y la Excepción, el Art. 33, fracc. VII del CPCJ consagra una injusticia y una inconsecuencia, y, por lo tanto, se debe de descartar.

2. Interpretación Teleológica

Después de entender el concepto de la interpretación teleológica (a), y de analizar la naturaleza del arbitraje (b) y de la Excepción (c), se podrá concluir que el Art. 33, fracc. VII del CPCJ es ilógico e injusto y se debe de desechar.

a. *Concepto.*- La interpretación teleológica consiste en buscar el propósito perseguido por la norma.⁴⁸ Esta interpretación penetra en lo más esencial de la norma⁴⁹ para encontrar el auténtico significado de ella.⁵⁰

b. *Naturaleza del Arbitraje.*- El pasado 26 de marzo de 2021, un Pleno de Circuito establece un Tesis⁵¹ sobre los principios pilares del arbitraje. Esta Tesis recoge lo que ya se había establecido en el derecho internacional, concretamente, que el arbitraje se rige por los principios de autonomía de la voluntad, así como el de intervención judicial mínima.

El principio de *autonomía de la voluntad o libertad de contratación*, establece que las personas son libres para celebrar

⁴⁴ BORJA SORIANO, *Op. Cit.*, p. 34.

⁴⁵ PLENO DE CIRCUITO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Contradicción de Tesis 18/2012

⁴⁶ *Ibidem.*, p. 1

⁴⁷ *Ibidem.*, p. 25

⁴⁸ ANCHONADO PAREDES, *Op. Cit.*, p. 49.

⁴⁹ PALLARES, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 402, para. 36.

⁵⁰ Tesis 1a./J. 63/2010, registro digital: 164023, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 329, tipo: Jurisprudencia.

⁵¹ Tesis PC.I.C.2 C (10a.), registro digital: 2022901, Plenos de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 84, t. III, p. 2549, tipo: Aislada.

contratos, determinar su contenido, forma y efectos.⁵² Cabe mencionar que este principio no es de derecho civil sino de rango constitucional.⁵³ En atención a la citada Tesis, y en otra diversa, el arbitraje se sustenta en el ejercicio de la autonomía de la voluntad.⁵⁴ El contenido de este acto de Autonomía de la voluntad es que *las partes toman la decisión de sustraerse del sistema de justicia tradicional para someter la solución de sus conflictos a la justicia arbitral*.⁵⁵ No se puede subestimar la importancia de este principio. Las partes efectivamente, renuncian a la jurisdicción de los tribunales estatales.⁵⁶ Claramente, mantenerlos en sede judicial, sería una transgresión de su voluntad declarada en la cláusula de arbitraje.

El principio de intervención judicial mínima establece que las partes son libres de elegir a los árbitros, las reglas del proceso, el lugar y la ley aplicable.⁵⁷ La mínima intervención judicial es causa de los numerosos beneficios que tiene el arbitraje, lo cuales son la razón por la que el arbitraje es frecuentemente elegido para resolver disputas. El arbitraje tiene como ventajas la velocidad y la pericia que tienen los árbitros elegidos por las partes.⁵⁸ El arbitraje, por naturaleza, es definitivo, lo que evita un procedimiento repleto de apelaciones.⁵⁹ Otra ventaja es la confidencialidad del procedimiento.⁶⁰ De la misma forma, mantener las partes en sede judicial implicaría que todos estos beneficios, que los llevaron a comprometerse al arbitraje, sean arrumbados.

En conclusión, esperar hasta sentencia para remitir a arbitraje es en contra de su naturaleza. Sin embargo, se podría argumentar que, en este caso, la ley permite esta acotación. Este argumento debe de ser desechado. Como ya se demostró, por

⁵² ROBLES FARIAS, Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, 1a ed., Oxford University Press, p.130.

⁵³ Tesis: 1a. CDXXV/2014 (10a.), registro digital: 2008086, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 13, t. I, diciembre de 2014, p. 219, tipo: Aislada.

⁵⁴ Tesis I.3o.C.941 C, registro digital: 162200, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1048, tipo: Aislada.

⁵⁵ Tesis: PC.I.C.2 C (10a.), *Op. Cit.*

⁵⁶ BLACKABY, *et al.*, *Op. Cit.*, p. 75, par. 2.13.

⁵⁷ Tesis: PC.I.C.2 C (10a.), *Op. Cit.*

⁵⁸ BORN, *Op. Cit.*, p. 73.

⁵⁹ *Tjong Very Sumito and Others v Antig Investments Pte Ltd*, 26 agosto 2009, Tribunal de Apelación de Singapur, disponible en: <https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2009-sgca-41.pdf>.

⁶⁰ BLACKABY, *et al.*, *Op. Cit.*, p. 124.

medio del acuerdo de arbitraje, las partes deciden sustraerse de la justicia estatal, motivados por la prontitud, eficacia y confidencialidad del arbitraje. Lo anterior no puede ser ignorado por el juzgador en virtud del principio *Pacta Sunt Servanda*.⁶¹ El principio *Pacta Sunt Servanda* significa que, una vez manifestada la voluntad, estamos vinculados a cumplir con la palabra dada.⁶² Los pactos son para cumplirse, y si las partes establecieron que litigaran en arbitraje y no en juicio, están ligados a esa promesa.

En conclusión, a través de un análisis teleológico del arbitraje, si el juzgador aplica el Art. 33 fracc. VII del CPCJ, estará violentando los principios de autonomía de la voluntad, mínima intervención judicial y *Pacta Sunt Servanda*.

c. *Naturaleza de las Excepciones*. - En el Art. 17 de la CPEUM se establece que Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales ... emitiendo sus resoluciones de manera *pronta*, completa e imparcial. A su vez, el principio de economía procesal significa que *el proceso debe de desarrollarse con la mayor economía de tiempo*.⁶³ Las excepciones reguladas en el CPCJ al ser normas procesales, tienen como objeto lograr que los particulares obtengan justicia pronta y eficaz.⁶⁴ El Art. 34 fracc. VII del CPCJ implica una dilatación del proceso que puede llegar a ser inútil. Por lo tanto, su aplicación violara tanto a la Constitución como al principio de economía procesal, frustrando uno de los fines perseguidos por ese mismo artículo.

3. Aplicación Analógica

En virtud del Art. 14 de la CPEUM, incluso ante la ausencia de la ley, el juez civil está obligado a resolver un caso.⁶⁵ La solución ofrecida en este caso es la analogía. Por lo tanto, en este apartado, se explicará el concepto de la analogía (a), porque existe una laguna (b) y porque el juez puede recurrir a la analogía (c).

a. *Concepto*. - Analogía es *atribuir a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en la ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso*

⁶¹Tesis: PC.I.C.1 C (10a.), registro digital: 2022900, Plenos de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 84, marzo de 2021, t. III, p. 2547, tipo: Aislada.

⁶²RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *Teoría General de las Obligaciones*, 1a ed., Editorial Porrúa, México, 2005, p. 186; ROBLES FARÍAS, Diego, *Op. Cit.*, p. 324.

⁶³PALLARES, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 629.

⁶⁴*Ibidem.*, p. 402.

⁶⁵GARCÍA MÁYNEZ, *Op. Cit.*, p. 377.

previsto.⁶⁶ Se puede resumir en la máxima *Ubi eadem ratio, eadem dispositio*⁶⁷ (A igual razón, igual disposición). La analogía, según García Máynez, no es una forma de interpretar la ley sino de colmar una laguna, puesto que no se indaga la voluntad del legislador.⁶⁸

b. *Existencia de una laguna.*- El presupuesto de la analogía, es la existencia de una laguna jurídica. Por laguna jurídica se entiende la ausencia de reglamentación legislativa en una materia en concreto.⁶⁹ Hay dos tipos de laguna jurídica. El tipo más común, denominado laguna normativa, sucede cuando en un sistema normativo, un caso de un universo de casos, no se correlaciona con ninguna solución en un universo de soluciones.⁷⁰ Simplificando la definición filosófica, existe una laguna normativa, cuando un caso que surge en un determinado ordenamiento normativo, no recibe ninguna solución por parte de dicho ordenamiento. El segundo tipo, denominado laguna axiológica, sucede cuando pese a que un determinado ordenamiento jurídico ofrece una solución para cierto caso, tal solución es considerada axiológicamente inadecuada, y, por lo tanto, no es aplicada al caso.⁷¹ Dicho de otro modo, aun cuando el sistema jurídico ofrece una solución, se desecha por considerarla inadecuada.

En el caso hipotético, existe una laguna axiológica. Existe una solución al problema (Art. 34 fracc. VII CPCJ), sin embargo, se considera que es inadecuada puesto que va en contra de la naturaleza del arbitraje y de la excepción. Por lo tanto, el juez decide no aplicar dicha norma. Como la disposición aplicable fue desechada por ser inadecuada, se está ante una laguna axiológica.

c. *El juez puede recurrir a la analogía.*- Antes de realizar la aplicación analógica, es necesario hacer una aclaración. Arrendus podrá argumentar que el juez no puede recurrir a la analogía, ya que el Art. 14 establece que, *En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o la interpretación jurídica de la ley, y a la falta de esta, se fundará en*

⁶⁶ *Ibidem.*, p. 364.

⁶⁷ PALLARES, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 83.

⁶⁸ GARCÍA MÁYNEZ, *Op. Cit.*, p. 336; Aunque coincidimos con el gran maestro en cuanto a que la aplicación de la norma al caso no previsto, en si no es interpretación, pensamos que antes de aplicarla se debe de interpretar. Véase la discusión sobre el principio *In Claris Non Fit Interpretatio*.

⁶⁹ Tesis: XI.Io.A.T.11 K (10a.), registro digital: 2005156, Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 1, t. III, diciembre de 2013, p.1189, tipo: Aislada

⁷⁰ RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Lagunas Axiológicas y Relevancia Normativa*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Vol. 22, 1999, p. 349.

⁷¹ *Ídem.*

los principios generales del derecho. La conclusión sería que la constitución ordena recurrir a los principios generales del derecho para llenar una laguna, no a la analogía. Hay dos razones para rechazar este argumento.

La primera es equiparando la aplicación analógica a un principio general del derecho. Se podría formular de la siguiente forma: *La justicia exige que dos casos iguales sean tratados igualmente.*⁷² La segunda es una solución proveniente del derecho comparado, específicamente, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG por sus siglas en inglés). En dicho ordenamiento, se ha considerado que la aplicación por analogía puede rendir mejores resultados que recurrir a principios generales.⁷³ En forma similar han dictado los Tribunales nacionales, *ordenando* al juzgador a acudir a la analogía, antes de acudir a los principios generales.⁷⁴

4. Aplicación Analógica del Código de Comercio

Concluyendo este ejercicio hermenéutico, el juez podrá acudir al Código de Comercio (a), y remitir las partes al arbitraje en cuanto se presenta la excepción (b).

a. *El Código de Comercio es aplicable.*- Para que una disposición normativa pueda ser aplicada de manera análoga, se requiere de 2 condiciones según los tribunales mexicanos.⁷⁵ i.) La falta expresa de la norma aplicable al supuesto concreto; y, ii.) Igualdad esencial de los hechos.

i. *Falta expresa de norma.*- Como se demostró, existe una laguna axiológica puesto que el juez decide no aplicar la norma que debía regir el caso.

ii. *Igualdad esencial de los hechos.*- El CC regula la figura del arbitraje en sus Arts. 1415-1480. La naturaleza del arbitraje, como medio de solución de conflictos heterocompositivo en el que la autonomía de la voluntad es principio rector, no cambia

⁷² GARCÍA MÁYNEZ, *Op. Cit.*, p. 377.

⁷³ Spoldzielnia Pracy "A" in N. v. GmbH & Co. KG in B., Corte Suprema de Polonia, 11 mayo 2007, *Docket number*: V CSK 456/06, disponible en: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/poland-may-11-2007-supreme-court-trial-court-spoldzielnia-pracy-n-v-gmbh-co-kg-b>; SCHWENZER, Ingeborg y HACHEM, Pascal, Article 7, en SCHWENZER, Ingeborg (edr.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, 4a ed.*, Oxford University Press, 2016, p. 134, para. 31;

⁷⁴ Tesis: XI.1o.A.T.11 K (10a.), *Op. Cit.*

⁷⁵ *Ídem.*; Registro digital: 240634, Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vol. 151-156, cuarta parte, p. 218, tipo: Aislada.

por ser civil o mercantil. Asimismo, el CC contempla el supuesto en el que una de las partes pide al juez la remisión al arbitraje debido a la existencia de una cláusula arbitral. Por lo tanto, existe igualdad esencial de los hechos entre el caso de *Arrendus y Constructus* y el supuesto regulado por el CC.

b. El Juez puede remitir las partes al arbitraje en cuanto se presenta la excepción .- El CC en su Art. 1424 establece que:

El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo anterior, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el juez.

En el caso hipotético, aplicando de manera analógica este artículo, el juez podrá citar a las partes para que se manifiesten sobre si el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. Incluso, podrá utilizar el mismo plazo de tres días establecido por el CPCJ para las excepciones de litispendencia (Art. 36), conexidad de causa (Art. 178) falta de personalidad o capacidad procesal (Art. 37). Si el acuerdo no está viciado, el juez podrá remitir las partes a arbitraje de manera inmediata. A nuestro parecer, esta es la mejor forma de proceder. En conclusión, no obstante que el texto de la ley propone una diferente solución, para respetar la esencia del arbitraje y de las excepciones, el juez debe de aplicar analógicamente el CC y, en caso de proceder, remitir las partes a arbitraje inmediatamente.

IV J Propuesta de adecuación legislativa

Aunque confiamos en que el presente artículo ofrece una solución justa a los problemas que se puedan suscitar en la práctica, no pueden ser un sustituto a legislación adecuada. En este último apartado, se preguntará si existe remedio posible para el CPCJ (1), y cuál podría ser la solución definitiva al problema (2).

1. *Código de Procedimientos Civiles de Jalisco.*- Remediar la deficiente regulación en el CPCJ parece ser obvio. Se trata simplemente de legislar. Sin embargo, hay un obstáculo insuperable. El 15 de septiembre de 2017 se publicó en el Diario

Oficial de la Federación (DOF),⁷⁶ una reforma constitucional en la que se reformó el Art. 73 de la CPEUM, la cual facultó al Congreso de la Unión para expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar. Como se puede ver, el Congreso de la Unión tiene competencia exclusiva para legislar en materia procesal familiar y civil. Esto quiere decir que el Congreso de Jalisco está vedado de legislar y modificar el CPCJ. Si Jalisco no puede enmendar sus problemas legislativos en esta materia, ¿podrá el Congreso de la Unión?

2. Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.-

La respuesta a la incógnita parece ser negativa por dos razones. La primera es que existe una omisión legislativa absoluta y continua.⁷⁷ El artículo transitorio cuarto señalaba que el Congreso de la Unión tenía un plazo de 180 días para expedir esa legislación única y tendría que haber sido aprobado hacia la mitad del mes de marzo de 2018.⁷⁸ Sabiendo que el clima político cada día se ve más nublado, se ve complicado que un rayo de sol irrumpa la niebla e ilumine a nuestro Congreso.

La segunda es que el único proyecto propuesto es la Iniciativa con Proyecto de Decreto por la que se Expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares,⁷⁹ propuesto por las diputadas Ma. del Pilar Ortega Martínez y Janet Melanie Murillo Chávez el 3 de junio del 2020.⁸⁰ Este proyecto tampoco resuelve la problemática, aunque lo podrá hacer con una simple adición. En su Art. 111 establece que son excepciones procesales:

I. La incompetencia del juez o jueza;

II. La litispendencia;

III. La conexidad de la causa;

IV. La falta de personalidad del acto o del demandado; o la falta de capacidad del actor;

⁷⁶ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 15 de septiembre 2017,

https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5497456&fecha=15/09/2017.

⁷⁷ CARBONELL, Miguel, "¿Por qué es urgente aprobar el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares?", *Nexos: El Juego de la Suprema Corte*, 28 de abril 2020, en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/por-que-es-urgente-aprobar-el-codigo-nacional-de-procedimientos-civiles-y-familiares/>.

⁷⁸ *Ídem*.

⁷⁹ ORTEGA MARTÍNEZ, Pilar, et al., *Iniciativa con Proyecto de Decreto por la que se Expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares*, Sistema de Información Legislativa, http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2020/06/asun_4043806_20200603_1591214357.pdf.

⁸⁰ Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2020/jun/INIS-03-JUN/Ini-0603-39.pdf>.

V. *La falta de cumplimiento del plazo a que esté sujeta la obligación;*

VI. *La improcedencia de la vía;*

VII. *Las demás a las que les den ese carácter las leyes.*⁸¹

Conforme a el Art. 112, todas las excepciones serán resultas en audiencia preliminar, previa citación a la contraparte con un término de 3 días. Es decir, las excepciones procesales son de previo y especial pronunciamiento. Aunque la excepción de clausula compromisoria no está expresamente incluida, parece ser que la fracción VII ofrece una solución al problema discutido en el artículo. Sin embargo, no es así. En el Tercer Transitorio se establece que el Código Federal de Procedimientos Civiles y los de las respectivas entidades federativas vigentes a la entrada en vigor del presente Decreto, quedarán abrogados.⁸² Es decir, no existirán otras leyes que le puedan dar el carácter de excepción procesal a la excepción de clausula compromisoria. Como fácilmente se podrá advertir, la solución es simplemente añadir una nueva fracción en la que se incluya la excepción de clausula compromisoria.

Referencias

- ANCHONADO PAREDES, Víctor Emilio, *Métodos de interpretación jurídica*, Quid Iuris, Año 6, Vol. 16, 2012
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría General del Proceso*, 8a ed., Porrúa, México, 1999
- BLACKABY, et al, *Redfern & Hunter on International Arbitration*, 6a ed., Oxford University Press, 2015
- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 21a ed., Porrúa, México, 2009
- BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, 3a ed., Kluwer Law International, 2021
- CARBONELL, Miguel, "¿Por qué es urgente aprobar el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares?", El Juego de la Corte, Nexos, abril 28, 2020, en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/por-que-es-urgente-aprobar-el-codigo-nacional-de-procedimientos-civiles-y-familiares/>
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3a ed., Roque Depalma, Argentina, 1958
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 65a ed., Porrúa, México, 2017
- GÓMEZ LARA, CIPRIANO, *Derecho Procesal Civil*, 6a ed., Oxford University Press, México, 1998

⁸¹ ORTEGA MARTÍNEZ, Pilar, et al., *Op. Cit.*, p. 55

⁸² *Ibid*, p. 353

GUÍAS JURÍDICAS, *In Claris Non Fit Interpretatio*, Wolters Kluwer, disponible en:
https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjS0MDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQOGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAWI9OkDUAAAA=WKE
 IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano: Historia e Instituciones*, 11a ed., Editorial Ariel, España, 1993
 OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, 9a ed., Oxford University Press, México, 2003
 OVALLE FAVELA, José, *Garantías Constitucionales del Proceso*, 3a ed., Oxford University Press, México, 2010
 OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, 7a ed., Oxford University Press, México, 2016
 PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 25a ed., Porrúa, México, 1999
 PÉREZ GONZALES, Carlos, *Comentarios Sobre el Arbitraje en México*, en Gómez Fröde, Carina y García Carillo, Marco Ernesto Briseño (coords.), *Nuevos Paradigmas del Derecho Procesal*, 1a ed., Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016
 RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *Teoría General de las Obligaciones*, 1a ed., Editorial Porrúa, México, 2005
 ROBLES FARÍAS, Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, 1a ed., Oxford University Press, México, 2009.
 RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Lagunas Axiológicas y Relevancia Normativa*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Vol. 22, 1999
 SCHWENZER, Ingeborg y HACHEM, Pascal, *Article 7*, en Schwenzler, Ingeborg (edr.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 4a ed., Oxford University Press, 2016

Casos y jurisprudencias:

PLENO DE CIRCUITO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO,
 Contradicción de Tesis 18/2012
 PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN,
 Contradicción de Tesis 18/2012
 Registro digital 272823, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, vol. VII, cuarta parte, p.193, tipo: Aislada
 Registro digital: 220568, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. IX, febrero de 1992, p. 209, tipo: Aislada
 Registro digital: 223218, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. VII, abril de 1991, p. 192, tipo: Aislada
 Registro digital: 240634, Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vol. 151-156, cuarta parte, p. 218, tipo: Aislada
 SALA SUPERIOR DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Juicio De Revisión Constitucional Electoral, 29/03/2005, expediente: SUP-JRC-87/2005.

Spoldzielnia Pracy "A" in N. v. GmbH & Co. KG in B., Corte Suprema de Polonia, 11 mayo 2007, *Docket number*: V CSK 456/06, disponible en: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/poland-may-11-2007-supreme-court-trial-court-spoldzielnia-pracy-n-v-gmbh-co-kg-b>

Tesis 1a. XIV/2004, registro digital: 181861, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIX, marzo de 2004, página 312, tipo: Aislada

Tesis 1a./J. 63/2010, registro digital: 164023, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 329, tipo: Jurisprudencia

Tesis I.3o.C.941 C, registro digital: 162200, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1048, tipo: Aislada

Tesis I.6o.C.357, registro digital: 177274, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, página 1482, tipo: Aislada

Tesis P./J. 46/91, registro digital: 205755, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, t. VIII, noviembre de 1991, p. 39, tipo: Jurisprudencia

Tesis PC.I.C.2 C (10a.), registro digital: 2022901, Plenos de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 84, t. III, p. 2549, tipo: Aislada

Tesis: 1a. CDXXV/2014 (10a.), registro digital: 2008086, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 13, t. I, diciembre de 2014, p. 219, tipo: Aislada

Tesis: I.6o.C.357 C, registro digital: 177274, Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena, t. XXII, septiembre de 2005, p. 1482, tipo: Aislada.

Tesis: PC.I.C.1 C (10a.), registro digital: 2022900, Plenos de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 84, marzo de 2021, t. III, p. 2547, tipo: Aislada

Tesis: VI. 2o. J/203, registro digital 219050, Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, núm. 54, junio de 1992, p. 62, tipo: Jurisprudencia

Tesis: XI.1o.A.T.11 K (10a.), registro digital: 2005156, Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 1, t. III, diciembre de 2013, p.1189, tipo: Aislada

Tjong Very Sumito and Others v Antig Investments Pte Ltd, 26 agosto 2009, Tribunal de Apelación de Singapur, disponible en: <https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2009-sgca-41.pdf>

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA