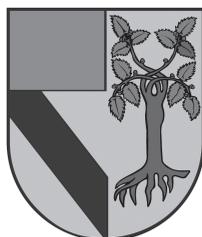


Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA®**
CAMPUS GUADALAJARA

NÚMERO
18 SEMESTRE I
2022

ISSN - 2395-9541

PERSPECTIVA JURÍDICA UP, año 9, número 18, semestre I, enero-junio de 2022, 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 31 de enero de 2023 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 marzo de 2023. Se resolverá sobre su aceptación el 30 de abril de 2023.

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

2022-2023

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

VALERIA BARRIOS SAGLIMBENI

LAURA SABLJAK

Mensaje de la directora

Estimada Comunidad Académica,

Desde su creación la revista Perspectiva Jurídica UP fue concebida como un espacio para la difusión de la investigación de toda la comunidad jurídica, incluyendo a los alumnos de nuestra Facultad, ya que buscábamos inculcar en ellos la pasión por la investigación; por ello es motivo de gran orgullo que en esta edición participen con sus artículos nuestros alumnos: Rodrigo Carrillo Ruiz, Jesús Tlacaelel Covarrubias Miranda, José Centeotl Covarrubias Miranda, Alicia Montserrat Pacheco Peña, Isabella Fernández Miller, Alondra Elizabeth González Ramírez, Gretel Montserrat Pérez Nuñez, Diego Alejandro Ruiz Martín, Javier Santiago Ramírez Coronado, Oscar Alejandro Arenas Plascencia, Miguel Herrera, Sebastián Iñaki Lizárraga García y María José Martínez Villalobos.

Además de nuestros alumnos en esta edición número dieciocho nos comparten sus ensayos jurídicos: Diego Robles Farías, Eduardo Moel, Hector Herrera Ordóñez, Soila Juárez Dávila, Luis Omar Vázquez Garía y Maria Elena Miranda Delgado.

Cerramos este número con las palabras de Diego Robles Farías en el evento de Reconocimiento a la trayectoria jurídica de uno de nuestros profesores fundadores, el Dr. Luis Manuel C. Meján, por el Capítulo Jalisco de la Barra Mexicana Colegio de Abogados.

La Facultad de Derecho, por conducto de su revista Perspectiva Jurídica UP, agradece a los autores la generosidad de sus publicaciones y a ustedes por hacer de este medio de difusión una fuente de consulta.

Zapopan, Jalisco, enero de 2023

Dra. Isabel Álvarez Peña
Directora de la Facultad de Derecho

Editorial

El equipo editorial de la revista *Perspectiva Jurídica UP*, nos sentimos orgullosos, porque este ejemplar refleja uno de los objetivos que nos fijamos desde la fundación de este esfuerzo editorial. Desde su inicio, la revista se concibió como un instrumento de divulgación de los trabajos, no solo de los académicos, sino también de los alumnos, de manera que contribuyera a su formación y constituyera un mecanismo para fomentar la investigación y la publicación de los trabajos resultantes.

En este ejemplar se ve materializado ese objetivo, ya que publicamos seis artículos elaborados por alumnos del último año de la carrera de derecho de la UP, campus Guadalajara. Tres de ellos producto del seminario de Derecho de Daños que dirige el Dr. Jorge Eduardo Medina Villanueva y otros tres que provienen del seminario de Derecho Fiscal, que imparte y dirige la profesora Gloria A. Castro Corona. Los autores de los trabajos señalados son:

Rodrigo Carrillo Ruiz
Jesús Tlacaelel Covarrubias Miranda
José Centeotl Covarrubias Miranda
Alicia Montserrat Pacheco Peña
Isabella Fernández Miller
Alondra Elizabeth González Ramírez
Gretel Montserrat Pérez Núñez
Diego Alejandro Ruiz Martín
Javier Santiago Ramírez Coronado
Oscar Alejandro Arenas Plascencia
Miguel Ángel Herrera Salas
Sebastián Iñaki Lizárraga García.
María José Martínez Villalobos

Estamos seguros que la experiencia vivida por esos alumnos dejará su huella y será semilla fructífera para formar futuros investigadores.

Por otro lado, se publican en esta revista otros artículos de gran relevancia, como el del Héctor Herrera Ordóñez y Soila Juárez Dávila sobre *Aspectos relevantes del marco jurídico aplicable en México en materia de especies amenazadas de fauna y flora silvestres*; el de María Elena Miranda Delgado, sobre *La nacionalidad como elemento esencial del derecho humano a la identidad*; el de Eduardo Moel Modiano, sobre *La actividad judicial en la interpretación y valoración del dictamen en el que consta la manifestación de impacto ambiental*; el de Diego Robles Farías, intitulado *¿Pacta sunt servanda?...sí, siempre que Rebus sic stantibus*; y el de Omar Vázquez García sobre el *Litisconsorcio pasivo necesario en materia laboral*.

Especial mención merece la reseña del reconocimiento a la trayectoria jurídica que fue otorgado por el capítulo Jalisco de la Barra Mexicana Colegio de Abogados al Dr. Luis Manuel C. Méjan. Un merecido homenaje a uno de los juristas mexicanos más importantes de nuestra época, con una trayectoria académica de más de 50 años como profesor universitario, conferencista internacional y autor de diversos libros y artículos jurídicos, además de un reconocido trabajo en la iniciativa privada y en el servicio público.

Seguiremos trabajando con mucho entusiasmo para continuar la consolidación de este proyecto universitario. Estamos seguros de que los artículos de este número, serán de mucho interés para la comunidad jurídica.

Zapopan, Jalisco diciembre 2022
Dr. Diego Robles Farías
Editor General

Contenido

Mensaje de la directora.....	p. 5
Editorial.....	p. 7

Estudios Jurídicos

Aspectos relevantes del marco jurídico aplicable en México en materia de especies amenazadas de fauna y flora silvestres por HÉCTOR HERRERA ORDÓÑEZ y SOILA JUÁREZ DÁVILA.....	p. 13
La nacionalidad como elemento esencial del derecho humano a la identidad por MARÍA ELENA MIRANDA DELGADO	p. 21
La actividad judicial en la interpretación y valoración del dictamen en el que consta la manifestación de impacto ambiental por EDUARDO MOEL	p. 53
¿PACTA SUNT SERVANDA?... sí, siempre que REBUS SIC STANTIBUS (<i>El desarrollo moderno de la cláusula Rebus sic stantibus</i>) por DIEGO ROBLES FARÍAS	p. 71
Litisconsorcio pasivo necesario en Materia Laboral por LUIS OMAR VÁZQUEZ GARCÍA.....	p. 109

Ensayos preparados por alumnos

El traslado del Impuesto al Valor Agregado en el caso de prestación de servicios de construcción destinados a casa habitación por RODRIGO CARRILLO RUIZ JESÚS TLACAELEL COVARRUBIAS MIRANDA JOSÉ CENTEOTL COVARRUBIAS MIRANDA.....	p. 125
--	--------

La Responsabilidad Civil de los abogados en Jalisco: Reflexiones para implementar la práctica de la contratación de una póliza de seguro

por **MIGUEL ÁNGEL HERRERA SALAS** p. 147

Responsabilidad por *fake news* y su regulación en México

por **SEBASTIAN IÑAKI LIZÁRRAGA GARCÍA** p. 169

El derecho a la verdad como elemento esencial del derecho fundamental a la reparación integral

por **MARÍA JOSÉ MARTÍNEZ VILLALOBOS** p. 189

El impacto fiscal de las operaciones que se realizan a través de la Web3

por **ALICIA MONTSERRAT PACHECO PEÑA**

ISABELLA FERNÁNDEZ MILLER

ALONDRA ELIZABETH GONZÁLEZ RAMÍREZ

GRETEL MONTSERRAT PÉREZ NÚÑEZ p. 211

Régimen Simplificado de Confianza. Análisis fiscal para la incorporación de economías informales

por **DIEGO ALEJANDRO RUIZ MARTÍN**

JAVIER SANTIAGO RAMÍREZ CORONADO

OSCAR ALEJANDRO ARENAS PLASCENCIA p. 237

Reseñas

Reconocimiento a la trayectoria jurídica del Dr. Luis Manuel C. Méjan. Barra Mexicana de Abogados, Capítulo Jalisco

por **DR. DIEGO ROBLES FARÍAS** p. 261

Estudios jurídicos

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
18 SEMESTRE I
2022

Aspectos relevantes del marco jurídico aplicable en México en materia de especies amenazadas de fauna y flora silvestres

HÉCTOR HERRERA ORDÓÑEZ¹
SOILA JUÁREZ DÁVILA²

SUMARIO: *I. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES). II. Especies en apéndices CITES. III. Implementación de la CITES en México. IV. NOM-059-SMARNAT-2010. V. Principales problemas y propuesta de solución.*

Resumen: La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), tiene por finalidad velar por que el comercio internacional de especímenes de animales y plantas silvestres no constituya una amenaza para la supervivencia de las especies. Fortalecer nuestras autoridades CITES, debe tener como consecuencia mejorar nuestra participación y colaboración internacional para el combate del comercio ilegal de especies de fauna y flora silvestres.

Palabras clave: Derecho Ambiental, vida silvestre, flora y fauna silvestres, CITES.

Abstract: *The Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES), is aim to ensure that international trade in specimens of wild animals and plants does not threaten the survival of the species. Strengthening CITES authorities our must have as a consequence to improve our participation and international collaboration to fight against the illegal trade of endangered species of wild fauna and flora.*

Keywords: *Environmental law, wildlife, wild flora and fauna, CITES.*

¹ Abogado postulante en materia ambiental egresado de la Escuela Libre de Derecho. Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana. Miembro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados y Expresidente de ésta (febrero 2019-febrero 2021).

² Abogada postulante en materia ambiental egresada de la U.N.A.M.

I] Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)

Por resolución de la Asamblea General de las Naciones aprobada el 20 de diciembre de 2013³, se proclamó el 3 de marzo como Día Mundial de la Vida Silvestre, fecha en que se aprobó la CITES. Pero, fue el 3 de marzo de 1973, cuando la CITES se adoptó en la ciudad de Washington, D.C. y entró en vigor a nivel internacional el 1 de julio de 1975. Sin embargo, fue aprobada por el Senado mexicano el 18 de junio de 1991,⁴ y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo de 1992.

La CITES ha sido enmendada en dos ocasiones: la primera, el 22 de junio de 1979 en Bonn, Alemania;⁵ y la segunda, el 30 de abril de 1983 en Gaborone, Botsuana.⁶ Tiene por finalidad velar por que el comercio internacional de especímenes de animales y plantas silvestres no constituya una amenaza para la supervivencia de las especies.

La reglamentación del comercio de animales y plantas silvestres requiere la cooperación internacional a fin de proteger ciertas especies de la explotación excesiva. La CITES se concibió en el marco de ese espíritu de cooperación. Hoy en día, ofrece diversos grados de protección a más de 37,000 especies de animales y plantas, bien se comercialicen como especímenes vivos, como abrigos de piel o hierbas disecadas.⁷

Se estima que anualmente el comercio internacional de vida silvestre se eleva a miles de millones de dólares y afecta a cientos de millones de especímenes de animales y plantas. El comercio es muy diverso, desde los animales y plantas vivas hasta una vasta

³ Naciones Unidas. *Resolución aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2013*. A/RES/68/205. Asamblea General. Sexagésimo octavo período de sesiones. Tema 19 del Programa. <https://undocs.org/es/A/RES/68/205>

⁴ Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de junio de 1991.

⁵ <https://cites.org/esp/disc/text.php>

⁶ *Decreto por el que se aprueba la Enmienda de la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, adoptada en Gaborone, Botsuana, el treinta y uno de abril de mil novecientos ochenta y tres*, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 26 de febrero de 2009. Decreto Promulgatorio de la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, adoptada en Gaborone, Botsuana, el treinta y uno de abril de mil novecientos ochenta y tres, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de abril de 2014.

⁷ CITES, Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres. *El texto de la Convención*. <https://cites.org/esp/disc/what.php>

gama de productos de vida silvestre derivados de los mismos, como los productos alimentarios, los artículos de cuero de animales exóticos, los instrumentos musicales fabricados con madera, los artículos de recuerdo para los turistas y las medicinas. Los niveles de explotación de algunos animales y plantas son elevados y su comercio, junto con otros factores, como la destrucción del hábitat, es capaz de mermar considerablemente sus poblaciones e incluso hacer que algunas especies estén al borde de la extinción. Muchas de las especies objeto de comercio no están en peligro, pero la existencia de un acuerdo encaminado a garantizar la sustentabilidad del comercio es esencial con miras a preservar esos recursos para las generaciones venideras.⁸

Especies en Apéndices Cites

Alrededor de 5,000 especies de animales y 28,000 especies de plantas están reguladas por la CITES contra la explotación excesiva de sus poblaciones para el comercio internacional. Las especies se agrupan en tres Apéndices de la CITES según el grado de amenaza debido al comercio internacional:⁹

Apéndice I: 134 especies en México. Incluye especies en peligro de extinción. En términos generales, el intercambio con fines comerciales está restringido.

Apéndice II: 2,994 especies en México. Incluye especies no necesariamente amenazadas de extinción, pero cuyo comercio debe controlarse para evitar que así sea. También incluye especies que necesitan regularse por su similitud con otras. El comercio internacional se permite, pero bajo ciertos requisitos.

Apéndice III: 20 especies en México. Incluye la población de la especie correspondiente a una Parte que solicita el apoyo de otras Partes para su protección. El comercio internacional se permite pero se regula en el país en cuestión.

II] Implementación de la CITES en México

México forma parte de la Región CITES de Norteamérica, conformada por tres partes: México, Canadá y Estados Unidos. En 1996, las agencias de conservación de vida silvestre de estos países

⁸ CITES, Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres. *¿Qué es la CITES?* <https://cites.org/esp/disc/what.php>

⁹ CONABIO, Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad. *Especies en Apéndices CITES*. <https://www.biodiversidad.gob.mx/planeta/cites/especies>

firmaron un Memorando de Entendimiento mediante el cual se estableció el Comité Trilateral para la Conservación y Manejo de Vida Silvestre y Ecosistemas¹⁰. Este acuerdo unió por primera vez a las tres naciones de la región en materia de vida silvestre, consolidando un esfuerzo subcontinental, que entre otras cuestiones, da seguimiento a los temas CITES de interés para los tres países.¹¹

En México existen tres autoridades CITES:

i.- La *Autoridad Administrativa*, que es la Dirección General de Vida Silvestre de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT)¹². Misma que se encarga de aplicar CITES en el país, y es la responsable de emitir permisos o certificados para el comercio internacional para exportar o importar a ese país.

ii.- La *Autoridad Científica*, que es la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (CONABIO)¹³. La cual se

¹⁰ *Memorandum de Entendimiento para Establecer el Comité Trilateral Canadá / México / Estados Unidos para la Conservación y Manejo de la Vida Silvestre y Ecosistemas*. No se publicó en el Diario Oficial de la Federación. https://paot.org.mx/leyes/Biblioteca/22_Memorandum_Entendimiento.pdf

¹¹ CONABIO, Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad. *Implementación de la CITES en México*. https://www.biodiversidad.gob.mx/planeta/cites/estructura_mexico.html

¹² La Dirección General de Vida Silvestre de la SEMARNAT tiene las siguientes funciones: (i) Emitir y revisar permisos y certificados con candados de seguridad [Resolución Conf. 12.3 (Rev. CoP18)]; (ii) Registrar y dar seguimiento a las Unidades de Manejo para la Conservación de Vida Silvestre (UMA), colecciones científicas, circos, importadores y exportadores, incluyendo aquellos que manejan especies CITES; (iii) Certificar criaderos y viveros con especies CITES [Resolución Conf. 12.10 (Rev. CoP15) y Conf. 9.19 (Rev. CoP15)]; (iv) Operar los centros de rescate y rehabilitación de especies silvestres; (v) Elaborar y analizar las estadísticas de importación, exportación y reexportación de especies CITES de interés para México; (vi) Legalizar especímenes de especies preconvencción (Resolución Conf. 13.6 Rev. CoP18); (vii) Establecer los mecanismos y realizar las gestiones necesarias para que sean repatriados los ejemplares, productos y subproductos decomisados fuera del país; (viii) Preparar los lineamientos de participación de México y atender los foros CITES. https://www.biodiversidad.gob.mx/planeta/cites/autoridad_administrativa_ley

¹³ CONABIO tiene las siguientes funciones: (i) rar desde el punto de vista técnico-científico a la Autoridad Administrativa CITES de México para la toma de decisiones; (ii) Emitir dictámenes de extracción no perjudicial para las solicitudes de exportación, importación e introducción procedente del mar para las especies contenidas en los Apéndices de la CITES; (iii) Colaborar con autoridades ambientales estatales y federales para la emisión de Opiniones técnicas sobre el aprovechamiento sustentable de especies CITES, previo a su autorización; (iv) Promover y coordinar estudios poblacionales y buscar fuentes de financiamiento, entre otras cosas, para generar información útil para los Dictámenes de Extracción No Perjudicial (NDF), revisión periódica de los apéndices, propuestas de

encarga de proporcionar asesoramiento técnico y científico a la Autoridad Administrativa, incluyendo la emisión de dictámenes de extracción no perjudicial; y

iii.- La *Autoridad que Aplica la Ley* en el ámbito del Derecho Administrativo, que es la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA)¹⁴. Misma que se encarga de verificar la validez de permisos y certificados que amparan especies CITES en tránsito nacional y en puertos, aeropuertos y fronteras.

En el ámbito del Derecho Penal, corresponde a la Fiscalía General de la República (FGR) la persecución de los delitos federales contra el ambiente, por conducto de la Unidad Especializada en Investigación de Delitos Contra el Ambiente y Previstos en Leyes Especiales, a través de sus Agentes del Ministerio Público de la Federación.

Los delitos contra el ambiente y la gestión ambiental se regulan en el Título Vigésimo Quinto del Código Penal Federal (Artículos 414 a 423)¹⁵.

enmienda y examen de comercio significativo; (v) Dar seguimiento a la Convención mediante la participación en reuniones y Grupos de Trabajo; (vi) Elaborar los lineamientos de participación de la Delegación Mexicana para las reuniones de los Comités Científicos (Flora y Fauna) y para la Conferencia de las Partes en coordinación con el Comité Intersecretarial de Seguimiento de la CITES en México; (vii) Elaborar y revisar documentos de trabajo, Resoluciones y Decisiones relacionadas con aspectos técnicos y científicos, así como contribuir con los informes regionales; (viii) Elaborar y revisar propuestas de enmienda para que se regulen las especies que tienen comercio internacional y están amenazadas o podrían llegar a estarlo, así como revisiones periódicas: proceso técnico en la CITES para evaluar a las especies cada 10 años para determinar si están ubicadas en el Apéndice adecuado, según su estado de conservación y comercio internacional; (ix) Atender solicitudes del público en general; (x) Sistematizar la información sobre especies CITES; (xi) Promover y organizar reuniones, talleres y cursos de capacitación, programas de difusión y manuales de identificación; (xii) Buscar la colaboración con Autoridades Científicas de otras Partes que compartan especies con México o que presenten problemáticas similares (Latinoamérica, países megadiversos) y la sinergia con otros organismos (e.g. CBD, FAO, NABCI). https://www.biodiversidad.gob.mx/planeta/cites/autoridad_cientifica

¹⁴ PROFEPA tiene las siguientes funciones: Actividades de inspección y vigilancia [Resolución Conf. 11.3 (Rev. CoP15)], incluyendo. (i) Vigilar el adecuado cumplimiento de la legislación establecida por la CITES en materia de vida silvestre mediante la supervisión de aeropuertos, puertos y fronteras, centros de comercio y redes de tráfico ilegal identificadas; (ii) Inspeccionar centros de comercialización, centros de reproducción controlada de flora y fauna silvestre y centros de exhibición; (iii) Inspeccionar y vigilar la actividad cinegética (cacería deportiva). https://www.biodiversidad.gob.mx/planeta/cites/autoridad_aplicacion_ley

¹⁵ Código Penal Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931. Última reforma publicada en ese Diario el 12 de noviembre de 2021.

Cifras del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, indican que, en el fuero común, en el 2019 con corte a septiembre, se abrieron 1,541 carpetas de investigación (CI) en las 32 entidades federativas. De éstas, las cinco entidades con mayor número de CI concentraron el 81.8% de las CI iniciadas. La lista es encabezada por la Ciudad de México con 650, el Estado de México con 356, San Luis Potosí con 97, Veracruz con 86, y Michoacán con 72¹⁶.

En contraste, en el ámbito federal, la distribución de los delitos cometidos contra el ambiente y la gestión ambiental es menos drástica. Durante el mismo periodo de 2019 se han iniciado 1,144 CI en el fuero federal, donde los primeros cinco estados con mayor número de CI concentran el 36.8% siendo las entidades el Estado de México (95), Michoacán (89), Chiapas (87), Jalisco (77) y Oaxaca (73).¹⁷

III] NOM-059-SMARNAT-2010

La Norma Oficial Mexicana NOM-059-SEMARNAT-2010, *Protección ambiental-Especies nativas de México de flora y fauna silvestres-Categorías de riesgo y especificaciones para su inclusión, exclusión o cambio-Lista de especies en riesgo*¹⁸, tiene por objeto¹⁹:

...identificar las especies o poblaciones de flora y fauna silvestres en riesgo en la República Mexicana, mediante la integración de las listas correspondientes, así como establecer los criterios de inclusión, exclusión o cambio de categoría de riesgo para las especies o poblaciones, mediante un método de evaluación de su riesgo de extinción y es de observancia obligatoria en todo el Territorio Nacional, para las personas físicas o morales que promuevan la inclusión, exclusión o cambio de las especies o poblaciones silvestres en alguna de las categorías de riesgo, establecidas por esta Norma.

¹⁶EL UNIVERSAL. *Delitos ambientales, cifra negra e impunidad*. Observatorio Nacional Ciudadano. 30 de noviembre de 2019. <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/observatorio-nacional-ciudadano/delitos-ambientales-cifra-negra-e-impunidad>

¹⁷ *Idem*.

¹⁸NORMA Oficial Mexicana NOM-059-SEMARNAT-2010, *Protección ambiental-Especies nativas de México de flora y fauna silvestres-Categorías de riesgo y especificaciones para su inclusión, exclusión o cambio-Lista de especies en riesgo*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 2010.

¹⁹ *Ibidem* numeral 1.

El Anexo III de la NOM de referencia contiene la lista de especies en riesgo. Actualmente dicha NOM contempla un listado de 2,678 especies, de las cuales²⁰: 48 especies en México son consideradas como *probablemente extintas*, 535 especies en México son consideradas *en peligro de extinción*, 912 especies en México tienen la calidad de *amenazadas* y 1,183 especies en México están *sujetas a protección especial*.

IV] Principales problemas y propuestas de solución

La problemática principal de las autoridades CITES en México, es decir de la Dirección General de Vida Silvestre de la SEMARNAT, de la CONABIO, de la PROFEPA y de la FGR, se puede resumir básicamente en la ineficacia de los nomas aplicables como consecuencia de la falta de fortaleza institucional, derivada de: i.- presupuestos inadecuados para atender sus funciones en lo general; ii.- el lamentable debilitamiento de las áreas encargadas de los aspectos científicos en todo el sector ambiental gubernamental; y iii.- la falta de políticas públicas que fortalezcan la protección progresiva de los derechos humanos en México, incluyendo el derecho a un medio ambiente sano y al desarrollo sustentable. Consecuentemente, las propuestas de solución son las siguientes: i.- que el Congreso de la Unión otorgue presupuestos realistas para que las autoridades mencionadas puedan desempeñar sus funciones como mayor eficacia; ii.- fortalecer, con carácter de urgente, las áreas encargadas de los aspectos científicos en todo el sector ambiental gubernamental; e iii.- implementar políticas públicas que fortalezcan la protección progresiva de los derechos humanos en México, particularmente el derecho a un medio ambiente sano y al desarrollo sustentable, lo que implica un cambio de timón en las actuales políticas públicas que tristemente son regresivas en materia de ese derecho humano.

En virtud de que el comercio internacional de especies y cualquier otro delito ambiental traspasa las fronteras por la derrama económica que genera, existen organismos internacionales que en colaboración con sus países participantes suman apoyo en operaciones e investigaciones en la lucha para combatir dichos delitos. Fortalecer nuestras autoridades CITES, debe tener como consecuencia mejorar nuestra participación y colaboración internacional para el combate del comercio ilegal de especies de fauna y flora silvestres.

²⁰ CONABIO, Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad, *Categorías de riesgo en México*. <https://www.biodiversidad.gob.mx/especies/catRiesMexico>

La nacionalidad como elemento esencial del derecho humano a la identidad

MARÍA ELENA MIRANDA DELGADO¹

SUMARIO: I. *Nombre y nacionalidad son los elementos esenciales de la identidad.* II. *La nacionalidad en la Constitución Mexicana.* III. *Protección Constitucional a la Nacionalidad Mexicana.* IV. *La Constitución crea categorías o clases de mexicanos.* V. *Los extranjeros en México.*

Resumen. El presente ensayo tiene como objetivo el análisis de la nacionalidad, elemento que, junto al nombre, es esencial de la identidad de la persona. Pretende estudiar la nacionalidad mexicana desde su dimensión de derecho fundamental, así como su protección constitucional, para comprender el alcance del Derecho Humano a la Identidad.

Palabras clave: Nacionalidad mexicana, identidad personal, derechos humanos, apátrida.

Abstract. *The purpose of this essay is to analyze the nationality, which along with the name, conforms an essential element of personal identity. We seek to understand its dimension as a fundamental right and how Mexican nationality is protected under the Constitution. This study aims for a better understanding of the Human Right to Identity.*

Keywords: *Mexican nationality, personal identity, human rights, statelessness.*

I] Nombre y nacionalidad son los elementos esenciales de la identidad

El Derecho a la Identidad quedó definido en dos instrumentos internacionales que sentaron las bases en materia de Derechos Fundamentales para todas las regiones del mundo. Nos referimos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Declaración o

¹Catedrática de Derecho Internacional en la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara (México).

DUDH) y a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (Convención o CDN); ambos documentos contienen artículos que definen los elementos legales de la identidad de las personas.

La Declaración DUDH es el primer y más importante instrumento internacional en la materia y en su artículo 6° establece la base del *Derecho a la Identidad: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*². Corresponde al artículo 15 establecer el *Derecho a la nacionalidad*,³ estos preceptos protegen como elementos de la identidad: tanto el reconocimiento a la personalidad jurídica y como la nacionalidad.

Por su parte la Convención⁴ (CDN) consagra las bases de la identidad en su artículo 7.1: *El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad*.⁵ Queda establecido en ella que *nombre y nacionalidad* son los elementos fundamentales del *Derecho a la Identidad*. Como se desprende de estos instrumentos internacionales la comprensión del Derecho Humano a la Identidad debe incluir el estudio de ambos elementos: el nombre y la nacionalidad.

En el número 17 de esta Revista *Perspectiva Jurídica UP*⁶ se analizó al *nombre como elemento esencial de la identidad*, su integración y funciones como signo relevante de la individualidad y de la personalidad, así como su protección legal y su naturaleza jurídica. Esta segunda entrega tiene por objeto establecer que,

² La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948, y fue firmada y ratificada por México, el 23 de noviembre del 2016. El texto vigente se puede consultar en la página www.un.org/es/documents/udhr/ consultada en octubre del 2022.

³ Artículo 15.1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 15.2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad, ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

⁴ La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño fue Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, del 20 de noviembre 1989. Ratificada por el Ejecutivo Federal el 21 de septiembre de 1990. Publicado en el DOF el 25 de enero de 1991. El texto vigente se puede consultar en la página: <https://www.unicef.es/publicacion/convencion-sobre-los-derechos-del-nino>

⁵ Texto completo del Artículo 7.1 El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 7.2. Los Estados parte velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

⁶ MIRANDA DELGADO, María Elena. (2021). El nombre como elemento esencial del derecho a la identidad. *Perspectiva Jurídica UP, Volumen (17), año (9)*, p.191.

para un ejercicio pleno de derechos de la persona, es necesario, contar con una nacionalidad que la vincule con un Estado donde esos derechos sean reconocidos y protegidos. Por ello nuestro estudio sobre el Derecho a la Identidad pasa por el análisis de los artículos constitucionales relacionados con el reconocimiento de la *nacionalidad mexicana*.

II] La nacionalidad en la Constitución Mexicana

Antes de revisar de manera más profunda los preceptos directamente relacionados con la nacionalidad, es necesario establecer algunas conclusiones que se desprenden del breve análisis sobre los artículos 1, 4, 29, 103 y 133, de la Carta Magna, reflexiones que nos servirán de base:

i.- En respeto al principio de universalidad, dentro del territorio mexicano, y bajo la jurisdicción de las leyes nacionales, quedan protegidos los derechos humanos de *todas las personas* y no sólo de quienes tienen la calidad de mexicanos.

ii.- Queda prohibida toda discriminación motivada por *origen étnico o nacional* y cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades tutelados. Conceptos directamente relacionados con la *identidad* de los individuos y que pudieran dar pie a actos discriminatorios de parte de las autoridades contra los extranjeros.

iii.- El Ejecutivo Federal tiene facultades exclusivas para restringir o suspender el ejercicio de los derechos y las garantías. Este precepto únicamente permite la actuación del presidente ante *situaciones extremas*, y por lo tanto, no se trata de una facultad ilimitada, sólo podrán restringirse los derechos y garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación y se deberán observar los criterios establecidos. El precepto contiene una restricción expresa a esta facultad y excluye ciertos derechos que deberán ser respetados en todo momento, dentro de la lista se encuentran el derecho al *nombre* y a la *nacionalidad*, así como el reconocimiento de la *personalidad jurídica*.

iv.- En virtud del bloque constitucional y en base a los principios *pro-persona* y de *interpretación conforme* el alcance e interpretación de los derechos humanos y su protección en México no queda limitado al texto constitucional, deberán tomarse en cuenta también los *tratados* internacionales y las *decisiones* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

v.- Las autoridades mexicanas están obligadas a *promover, respetar, proteger y garantizar* la aplicación de los derechos

fundamentales de toda persona, así como también a *prevenir, sancionar y reparar* todas las violaciones que se cometan en su contra.

Establecimos que el objeto de este artículo es el análisis de la Identidad Individual, sin embargo, no podemos dejar de mencionar, aunque sea muy brevemente, a la *identidad colectiva o comunitaria*, porque es un aspecto definitorio en un país como el nuestro con una gran diversidad cultural. Identidad mestiza forjada en la doble influencia de las culturas española y autóctona, heredada como cultura conjugada:

*Vivir la historia como un rito es nuestra manera de asumirla; si para los españoles la Conquista fue una hazaña, para los indios fue un rito, la representación humana de una catástrofe cósmica. Entre estos dos extremos, la hazaña y el rito han oscilado siempre la sensibilidad y la imaginación de los mexicanos.*⁷

Es en el artículo 2º constitucional donde se regulan aspectos relacionados a los llamados Pueblos Originarios, asentados históricamente en el territorio mexicano. La vida en comunidad tiene un fuerte impacto en el desarrollo de la personalidad, porque se basa en la tendencia natural de las personas a coexistir, a formar parte de un grupo para satisfacer necesidades y poder hacerle frente a los problemas individuales y colectivos. En ese camino de intereses compartidos, se van creando *valores culturales* que confieren a todos sus miembros una *identidad*:

Costumbres, usos, prácticas, cultura, religión, lengua, normas y demás aspectos que los interrelacionan en común, es la creación de lo individual a lo colectivo de elementos afines que identifican a grupos humanos por diversas cuestiones como raza, lengua, territorio, historia, normas y demás características hasta llegar a un alma colectiva.⁸

Diversos aspectos de la *identidad colectiva mexicana* están presentes en expresiones culturales, artísticas y gastronómicas, sin embargo, han estado ausentes en la definición de normas y legislaciones, porque de acuerdo con los expertos, los criterios constitucionales bajo los que se pretende *proteger usos y costumbres de los pueblos autóctonos no cumplen con esa misión*,

⁷ PAZ, Octavio, *Posdata*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p.291

⁸ HEGEL, Georg Wilhelm, *Elementos de Filosofía del Derecho*, 1807, [s.p.i] citado por, FISCHL, Johann, *Manual de Historia de la Filosofía*, Barcelona, Herder, 1994, pp.328 a 332, citado por MIRANDA TORRES, Roxana Paola, *Análisis del pluralismo jurídico en México desde una perspectiva constitucional (el caso de 40 comunidades autóctonas)* tesis doctoral, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, 2017, p.14

y a pesar de que compartimos una misma nacionalidad oficial, los pueblos originarios han sido *ignorados en la construcción de una identidad común mexicana*⁹ situación que contradice acuerdos internacionales en derechos humanos, así como la letra y espíritu de la Constitución mexicana en sus artículos 1º y 4º.¹⁰

1. *La Nacionalidad mexicana por nacimiento*. Empezamos nuestro estudio con el artículo 30 constitucional, titulado precisamente *De los Mexicanos*, donde encontramos los parámetros que nuestra Carta Magna reconoce de las formas en que la nacionalidad mexicana puede adquirirse, por nacimiento o por naturalización:

A) Son mexicanos por nacimiento: I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres. II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional; III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.¹¹

B) Son mexicanos por naturalización: I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización. II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás

⁹ *En el caso de nuestro maravilloso país, en donde hubo una imposición normativa, un sincretismo jurídico forzado, con puntos de vista antagónicos, es claro que se deben armonizar las posturas en aras de la construcción de nuestra identidad, nación y Estado de Derecho con interrelación a las demás culturas y esquemas jurídicos planetarios con pluralidad, apertura y tolerancia*. DE VITORIA, Francisco, *Relecciones*, 1539, puntos 7 a 24, colección Sepan Cuantos, México, Editorial Porrúa, 1985, citado por Miranda Torres, Roxana Paola, *Análisis del Pluralismo Jurídico en México ...*, *op-cit*, p.33 y ss.

¹⁰ El texto del artículo 1 contiene el principio de universalidad de los derechos humanos, así como el de no discriminación; además prevé expresamente la obligación de las autoridades mexicanas de respetar los derechos fundamentales de todas las personas que se encuentran dentro del territorio nacional. Mediante reforma publicada en el DOF 06 de junio del 2019 al artículo 4º se estableció el principio de *igualdad ante la ley entre la mujer y el hombre* y la protección de la familia. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917. Consultado en diciembre del 2019.

¹¹ Fracción II reformada conforme a publicación en el DOF 26 de diciembre 1969. Fracciones I - IV modificadas conforme a publicación en el DOF 20 de marzo 1997.

requisitos que al efecto señale la ley.¹²

El reconocimiento de la nacionalidad mexicana se establece en base a los criterios internacionales:

i) *Derecho de Suelo o jus soli* que marca la tendencia de atribuir al individuo la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació. Históricamente este criterio requiere que la sociedad tenga una vida sedentaria que implica la adhesión del grupo social a la tierra. Es la fórmula que permite absorber a la población de origen extranjero que, de otra forma, por su número o por su apego al país de origen disgregarían el elemento humano del Estado. El *jus soli* se aplica en los países con abundante inmigración porque facilita su absorción dentro de la población general.¹³

ii) *Derecho de Sangre o jus sanguinis: De conformidad con el jus sanguinis se atribuye al individuo, desde su nacimiento, la nacionalidad de sus padres, o sea, la nacionalidad deriva del parentesco consanguíneo. Son los vínculos de sangre los que imprimen al individuo la cualidad de nacional de un Estado.*¹⁴

En el apartado A del precepto mencionado se dan como supuestos de *jus soli* las fracciones I y IV, a las personas nacidas en territorio nacional o a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas; en el mismo apartado se prevén como supuestos del principio de *jus sanguinis*, las fracciones II, *personas nacidas en el extranjero siempre que al menos uno de sus progenitores, sea a su vez mexicano nacido en Territorio Nacional. Así quien transmite la nacionalidad a la siguiente generación lo hace en virtud de haberla adquirido por jus soli.*

Vemos que el texto establece un *candado constitucional* por el que la nacionalidad mexicana *sólo podrá ser el legado de una generación. En otras palabras, los mexicanos por nacimiento, nacidos dentro del territorio nacional gracias a jus soli, podrán heredar su nacionalidad mexicana a sus hijos nacidos en el extranjero, pero este candado limita al principio de jus sanguinis excluyendo a los nietos. No obstante, la tercera generación tiene una ventaja para adquirir la nacionalidad por naturalización de acuerdo con la Ley de Nacionalidad:*

Artículo 20.- El extranjero que pretenda naturalizarse mexicano deberá acreditar que ha residido en territorio nacional cuando

¹² Fracción reformada conforme a publicación en el DOF 31 de diciembre 1974 y 20 de marzo 1997.

¹³ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, México, Porrúa, 2001 p. 199 y 200.

¹⁴ *Ibidem*, p.198

menos durante los últimos cinco años inmediatos anteriores a la fecha de su solicitud, salvo lo dispuesto en las fracciones siguientes: I. Bastará una residencia de dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud cuando el interesado: a) Sea descendiente en línea recta de un mexicano por nacimiento; [...] Quedarán exentos de comprobar la residencia que establece la fracción I, aquellos descendientes en línea recta en segundo grado de un mexicano por nacimiento, siempre que no cuente con otra nacionalidad al momento de la solicitud; o bien no le sean reconocidos los derechos adquiridos a partir de su nacimiento.¹⁵

La modificación del año 2011 otorga el beneficio de quedar exentos de comprobar residencia, siempre y cuando *no posean otra nacionalidad al momento de la solicitud la adición de la fracción IV tiene como finalidad que los nietos de mexicanos por nacimiento en territorio nacional puedan acceder y obtener su nacionalidad mexicana, quedando exentos de la comprobación mínima de dos años de residencia previos a la solicitud.*¹⁶ Con ello se ampara a los descendientes de mexicanos que nacieron en el extranjero y quedaron a merced de leyes domésticas limitativas.

Queda para comentar la Fracción III sobre el derecho de *transmitir y recibir* la nacionalidad en los casos de mexicanos por elección: *Las personas nacidas en el extranjero, que sean hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización.*¹⁷

La importancia de esta modificación radica en que se establece a nivel constitucional el *derecho de heredar la nacionalidad* también para los mexicanos por elección, derecho que antes de la modificación era *exclusivo de los mexicanos por nacimiento*, con esta medida se evita hacer una distinción entre mexicanos.

Como se desprende del apartado analizado el constituyente estableció *criterios muy generosos de reconocimiento de nacionalidad*, al permitir la aplicación de ambos principios, sin imponer más limitaciones ni exigir requisitos adicionales: *parece, el mexicano, ser un sistema ecléctico que subsume criterios tanto de ius soli, como de ius sanguini, a fin de poder reconocer un amplio*

¹⁵ Ley de Nacionalidad, párrafo adicionado conforme a publicación en el DOF 23 de abril 2012, consultado en diciembre del 2019.

¹⁶ Cámara de origen: diputados, Ley de Nacionalidad, exposición de motivos, México, lunes 11 de julio 2011. Gaceta No. 3301.

¹⁷ Fracción adicionada conforme a publicación en el DOF 20 de marzo 1997.

*espectro como mexicanos por nacimiento.*¹⁸ Cuando desde la norma no se establecen trabas para la obtención de la nacionalidad se cierran las posibilidades a casos de apatridia y se está protegiendo el Derecho a la Identidad, tal y como la Declaración Internacional de los Derechos Humanos lo pide a los países signatarios.¹⁹

2. *La nacionalidad mexicana por naturalización.* Por su parte el apartado B del numeral 30 nos da las pautas constitucionales para quienes quieren ser mexicanos por naturalización:

*Fracción I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización; y Fracción II. Quienes contraigan matrimonio con mexicanos, siempre que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que señale la ley.*²⁰

Es la Ley de Nacionalidad la que establece los requisitos legales y el procedimiento a seguir para obtener la carta de naturalización, en ella se amplían los casos en los que aplica una reducción del tiempo de residencia legal en México para poder adquirir la nacionalidad. Conviene resaltar que el trato a los mexicanos por elección no es idéntico al que se da a los mexicanos por nacimiento:

No es aquí el lugar para detallar con precisión la deuda histórica que tenemos con los mexicanos por naturalización. Baste con decir que la regulación jurídica que hoy tenemos en nuestra Constitución parece estar basada hacia ellos en una desconfianza injustificada, más propia del Siglo XIX que del XXI.

Y efectivamente, como se verá más adelante, hay de parte de la norma algunos supuestos que constituyen un *trato diferente* a

¹⁸ Si todos los países del orbe asumieran una postura semejante, se evitaría con claridad el problema de los apátridas o heimatlose. GATT CORONA, Guillermo Alejandro, ¿Soy un buen mexicano? (Nacionalidad, Ciudadanía y Extranjería) en Colegio Nacional del Notariado Mexicano, Centenario de la Constitución Mexicana de 1917, Ensayos del Notariado Mexicano, México, 2017, pp. 143 – 156. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4602/19.pdf>

¹⁹ Artículo 15.1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 15.2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad, ni del derecho a cambiar de nacionalidad. Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

²⁰ Fracción reformada conforme a publicación en el DOF 31 de diciembre 1974, 20 de marzo 1997.

quienes en principio tienen la misma categoría de *nacionales*.

3. *Doble o múltiple nacionalidad*. En el mundo globalizado en que vivimos el tema de la doble o múltiple nacionalidad reviste la mayor importancia en la vida de los individuos y de los Estados. Su análisis resulta pertinente por estar directamente relacionado con los asuntos migratorios que tanto afectan a las sociedades contemporáneas, problemas de Derecho Internacional Privado generados a raíz del tráfico transfronterizo de personas.

Las reformas que entraron en vigor en el año 1998 son particularmente trascendentes para este precepto, ya que con ellas el constituyente abrió la puerta a lo que denominó *la Doble Nacionalidad*, condición que hasta ese momento había estado prohibida para los mexicanos. De conformidad con lo comentado párrafos atrás, esta reforma afectó también al artículo 30 en su Apartado A, fracción II, instituyendo limitaciones a la transmisión de la nacionalidad mexicana por nacimiento. Esto lo hace a través del *candado constitucional* que aplica cuando ésta se obtuvo vía *jus sanguinis*.

De tal forma que los mexicanos nacidos en el extranjero no podrán transmitir su nacionalidad a la siguiente generación. Esto porque ya *no cumplen* con el segundo extremo establecido en el precepto constitucional: *haber nacido dentro de territorio mexicano*. Así el Constituyente quiso evitar que la nacionalidad mexicana fuera transmitida sin limitación a descendientes cuya *identidad mexicana* se ha ido *diluyendo*. Pues lógicamente, con el paso del tiempo, se irá *perdiendo la identificación con las costumbres y tradiciones* de los ascendientes, abuelos o bisabuelos mexicanos que se sienten cada vez más lejanos.

Otro punto importante para tener en consideración es que probablemente las personas que adquieren la nacionalidad mexicana vía *jus sanguinis* pudieran, por ley del país de nacimiento, tener acceso a *otra nacionalidad*, la reconocida vía *jus soli* a toda persona nacida en el territorio, independientemente de la nacionalidad de los progenitores. Recordemos que las normas de Derecho Internacional Privado emanan dentro de cada uno de los Estados y obedecen a criterios de soberanía nacional. Siendo así que cada país establecerá libremente las vías legales que considera más apropiadas para el reconocimiento y transmisión de su nacionalidad, esto lo trataremos en el siguiente apartado.

Revisemos el texto actual del artículo 32:

La Ley regulará el ejercicio de los derechos que la legislación mexicana otorga a los mexicanos que posean otra nacionalidad

y establecerá normas para evitar conflictos por Doble Nacionalidad. El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión. En tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública. Para pertenecer al activo del Ejército en tiempo de paz y al de la Armada o al de la Fuerza Aérea en todo momento, o desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos, se requiere ser mexicano por nacimiento. Esta misma calidad será indispensable en capitanes, pilotos, patronos, maquinistas, mecánicos y, de una manera general, para todo el personal que tripule cualquier embarcación o aeronave que se ampare con la bandera o insignia mercante mexicana. Será también necesaria para desempeñar los cargos de capitán de puerto y todos los servicios de practica y comandante de aeródromo. Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano.²¹

Con las modificaciones del año 1997 se inserta un párrafo inicial al artículo 32 y de su lectura y análisis se extrae lo siguiente:

i.- Los mexicanos y la Múltiple Nacionalidad. El párrafo remite a la legislación secundaria la regulación del ejercicio de derechos que tienen los mexicanos que posean otra nacionalidad, es la fuente de la Ley de Nacionalidad²², cierra diciendo que en ella se establecerán las normas necesarias para evitar conflictos por Doble Nacionalidad. Pareciera que el vocabulario utilizado no abre la posibilidad legal en México para poseer múltiples nacionalidades, porque reconoce los derechos de los mexicanos con otra nacionalidad y reitera el uso del vocablo *doble*. En una interpretación literal del precepto encontramos que si el legislador hubiera querido abrir la puerta a la múltiple nacionalidad podría haber utilizado la frase en plural (otras nacionalidades) o directamente insertar la frase *múltiples nacionalidades*, pero al parecer lo cerró a otra nacionalidad.

No obstante, sabemos que las vías de obtención y transmisión

²¹ Artículo reformado conforme a publicación en el DOF 15 de diciembre 1934, 10 de febrero 1944, 20 de marzo 1997.

²² Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 1998.

de la nacionalidad reconocidas por cada país son consideradas un asunto de orden público interno, un tema soberano del Estado y por lo tanto se define de manera unilateral en el marco jurídico doméstico; sea la prohibición de poseer, o en su caso, el reconocimiento de adquirir y mantener, más de una o varias nacionalidades, por lo que en realidad habrá que consultar las leyes internas de cada país para saber cuándo los nacionales tienen permitido contar con otra nacionalidad²³ o las condiciones en las que se debe optar sólo por una.

Un ejemplo de esto se da en la legislación japonesa, que no permite mantener una doble nacionalidad toda la vida y llegada la mayoría de edad se debe elegir entre las nacionalidades a las que se tiene derecho para mantener solo una.²⁴ Debe entenderse entonces que, cuando un mexicano adquiere otra nacionalidad, y en la legislación interna de ese país, se le reconoce la *posibilidad legal de mantener múltiples nacionalidades*, en realidad no hay nada que nuestras autoridades o la legislación mexicana puedan hacer al respecto. Más adelante volveremos a este tema en relación con la pérdida de la nacionalidad en los casos de renuncia.

ii.- *Reserva en el ejercicio de cargos o funciones para mexicanos.* El numeral 32 establece que cuando la propia Constitución dispone la condición de *ser mexicano por nacimiento* para poder ejercer ciertos cargos, estos quedarán reservados a quienes teniendo esa calidad *no adquieran otra nacionalidad*, es decir, no podrán ser ocupados por quienes tienen *más de una nacionalidad*. La misma reserva será aplicable a los casos que así lo

²³ Por ejemplo, al igual que en México antes de las reformas constitucionales del 1997, la legislación en Alemania prevé que *la obtención de otra nacionalidad implica la pérdida de la calidad de nacional alemán: La nacionalidad alemana obtenida por nacimiento se perdía y aún se pierde cuando se obtenía o se obtiene otra nacionalidad por solicitud voluntaria. Aviso importante para las personas nacidas fuera de Alemania partir del 01/01/2000: Si los alemanes nacidos fuera de Alemania después del 01/01/2000 no registran a sus hijos en un registro civil alemán a tiempo, estos hijos no adquirirán la nacionalidad alemana.* Página oficial del Ministerio Alemán <https://mexiko.diplo.de/mx-es/servicios/nacionalidad/1035680> consultado octubre del 2022.

²⁴ Plazos en que se debe optar por una nacionalidad: (1) japoneses que han adquirido la Doble Nacionalidad a partir del 1 de enero de 1985, antes de cumplir 20 años: tienen de plazo para elegir la nacionalidad hasta los 22 años. (2) japoneses que han adquirido la Doble Nacionalidad a partir del 1 de enero de 1985, después de cumplir 20 años: tienen como plazo para elegir la nacionalidad los 2 años siguientes a la fecha de obtención de la doble nacionalidad. (3) japoneses que han obtenido la Doble Nacionalidad antes del 1 de enero de 1985: el incumplimiento del trámite de elección de nacionalidad se entenderá como una declaración de opción por su nacionalidad japonesa. El texto vigente se puede consultar en la página: <http://embajadas.ossiris.net/japon/nacionalidad-japonesa.htm> consultado en octubre del 2022.

señalen otras leyes del Congreso de la Unión. Es evidente que medidas como éstas se justifican únicamente en aquellos puestos y encargos *directamente relacionados a temas de seguridad nacional* y cuyo ejercicio tenga *implícita la lealtad a la nación*, aquellos en los que la tenencia de *otra nacionalidad* impondría una *duda razonable* sobre el desempeño en caso de *conflicto de intereses*.

A decir de Gatt Corona la lista legal es exagerada e injustificada, y debería limitarse a unos cuantos puestos clave:

*Si bien es cierto que la mayor parte de los países establece en sus distintos ordenamientos, restricciones en torno a los cargos a los que podría acceder no sólo un extranjero o incluso un naturalizado, ésta ha de ser razonable para garantizar la seguridad nacional. [...] En mi opinión, esa prohibición debería estar dispuesta solamente para el Presidente de la República y por extensión (al ser factible que lleguen a ser titulares del Poder Ejecutivo), al Secretario de Gobernación y al Presidente del Senado.*²⁵

El autor señala que la exageración de la norma podría deberse a la actitud histórica de *desconfianza hacia el extranjero*. Así lo entiende Yankelevich:

*El extranjero en México constituye un motivo de permanente intranquilidad. Su presencia ha sido valorada como una amenaza al bienestar real o imaginado de una nación que convirtió la resistencia a la ambición foránea en uno de sus pilares identitarios.*²⁶

Y propone mejor promover entre los mexicanos por elección el amor a la Patria:

No encuentro justificación razonable para evitar que mexicanos por naturalización (que, con frecuencia, como buenos conversos, tienen mayor cariño y orgullo, así como conocimiento de nuestro

²⁵ Esta larga lista de cargos públicos y privados para los que se requiere necesariamente ser mexicano por nacimiento y no por naturalización llega al extremo cuando en el artículo 32 constitucional lo amplía de manera exponencial, [...] para todo el personal que tripule cualquier embarcación o aeronave que se ampare con la bandera o insignia mercante mexicana [...] ¿De verdad se pondrá en peligro la seguridad nacional si es mexicano por naturalización el mecánico de un barco atunero...? GATT CORONA, Guillermo Alejandro, ¿Soy un buen mexicano?..., Op. Cit., p. 145.

²⁶ YANKELEVICH Pablo, *Naturalización y Ciudadanía en el México Posrevolucionario*, en *Estudios de Historia Moderna y Contemporánea de México*, No 48, UNAM, 2015, p. 116 citado por Gatt Corona, Guillermo Alejandro, ¿Soy un buen mexicano?..., Op. Cit., p. 145.

*país, que los que lo somos por nacimiento) puedan llegar a ser diputados, senadores, presidentes municipales y aún gobernadores de alguna entidad federativa.*²⁷

Sin duda estas reservas crean *categorías de mexicanos* y son *fuentes de discriminación*, porque nos les permiten el acceso al desempeño de ciertas labores que quedan reservados a *mexicanos por nacimiento*, cuando un naturalizado precisamente dejó de ser extranjero al adoptar la nacionalidad mexicana, a este tema volveremos con más detalle después, porque va en contra de un principio de justicia hacia los mexicanos naturalizados.

III J Protección Constitucional a la Nacionalidad Mexicana

Hasta el momento nuestro análisis había respetado el orden en el que aparecen numéricamente los preceptos constitucionales, pero para concluir con la nacionalidad mexicana creemos más conveniente revisar ahora lo relativo a la *garantía constitucional* establecida en el artículo 37. Empezando por el primer texto que se refería a la pérdida de la ciudadanía mexicana:

*Art. 37.- La calidad de ciudadano mexicano se pierde: I.- Por naturalización en país extranjero; II.- Por servir oficialmente al gobierno de otro país, o admitir de él condecoraciones, títulos o funciones, sin previa licencia del Congreso Federal, exceptuando los títulos literarios, científicos y humanísticos que pueden aceptarse libremente; y III.- Por comprometerse en cualquiera forma ante ministros de algún culto o ante cualquiera otra persona, a no observar la presente Constitución o las leyes que de ella emanen.*²⁸

En el texto original de 1917 se establecían las razones para *perder la ciudadanía mexicana*, circunstancias en que la lealtad a la Patria, quedaba comprometida, y contemplaba en primer lugar la *adquisición de otra nacionalidad*. Los conceptos de ciudadanía y nacionalidad parecían quedar equiparados y dejaba en claro que la *adquisición de otra nacionalidad implicaba la pérdida, automática, de la ciudadanía mexicana*, aunque no la mencionaba expresamente, pero debe entenderse que se refería a la

²⁷ *Ibidem.* p.146

²⁸ COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Historia de la Constitución Política de México (Siglos XX y XXI)*, México, Editorial Porrúa, 2010, p. 144.

nacionalidad.

El texto modificado en 1934²⁹ introdujo la palabra *nacionalidad* e incluyó una fracción IV y todo un apartado A sobre la *pérdida de la ciudadanía*. Destaca en estas reformas que expresamente hablaban de la *pérdida de la nacionalidad por adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera*.

Respecto de la fracción II, mantuvo como causal de pérdida: *aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero*. Vale la pena hacer notar que al incluir la palabra *sumisión* no deja lugar a dudas sobre la razón subyacente de una sanción tan grave: que *la lealtad a la Patria se vea comprometida en virtud de la aceptación del título*, porque se genera un conflicto de intereses.

La fracción III sancionaba a los mexicanos por naturalización por residir *cinco años consecutivos en el país de origen*. La última fracción IV castigaba la simulación frente a autoridades, según estos supuestos: por hacerse pasar como extranjero, por obtener o usar pasaporte extranjero.

Pasemos a la revisión del actual precepto 37, mismo que pasó por dos importantes reformas en los años 1997 y 2013³⁰:

Artículo 37. A) Ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. B) La nacionalidad mexicana por naturalización se perderá en los siguientes casos: I. Por adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera, por hacerse pasar en cualquier instrumento público como extranjero, por usar un pasaporte extranjero, o por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero, y II. Por residir durante cinco años continuos en el extranjero. C) La ciudadanía mexicana se pierde: I. Por aceptar o usar títulos nobiliarios de gobiernos extranjeros; II. Por prestar voluntariamente servicios o funciones oficiales a un gobierno extranjero, sin permiso del Ejecutivo Federal; III. Por aceptar o usar condecoraciones extranjeras sin permiso del Ejecutivo Federal. El Presidente de la República, los senadores y diputados al Congreso de la Unión y los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrán libremente aceptar y usar condecoraciones extranjeras; IV. Por admitir del gobierno de otro país títulos o funciones sin previo permiso del Ejecutivo Federal, exceptuando los títulos literarios, científicos o

²⁹ Artículo reformado conforme a publicación en el DOF 18 de enero 1934.

³⁰ Artículo reformado conforme a publicación en el DOF 20 de marzo 1997.

*humanitarios que pueden aceptarse libremente;*³¹ V. *Por ayudar, en contra de la Nación, a un extranjero, o a un gobierno extranjero, en cualquier reclamación diplomática o ante un tribunal internacional, y VI. En los demás casos que fijan las leyes.*³²

Del estudio de estas modificaciones vemos que hubo un cambio en la disposición estructural, así como en su redacción, que ahora presenta tres apartados. Dentro de los dos últimos incluye los listados con las causales de *pérdida de la nacionalidad* y de la *ciudadanía mexicana*, respectivamente.

1. *La nacionalidad mexicana por nacimiento no se pierde.* Una de las modificaciones estructurales del sistema de reconocimiento de la nacionalidad se encuentra en el apartado A, del que se retiran las causales de pérdida de nacionalidad para establecer en su lugar la garantía Constitucional de *protección a la nacionalidad mexicana por nacimiento*: A) *Ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad*; ello refleja congruencia legislativa con la inclusión de la *Doble Nacionalidad*.

Al retirar la premisa de que *la adquisición de una nacionalidad extranjera implicaba perder la nacionalidad mexicana* se abre la puerta para mantener otra nacionalidad, que puede darse de manera originaria, vía *jus soli* o *jus sanguinis*, pero ahora también por *la vía de la naturalización*, sin que ello implique la pérdida de la calidad de ser mexicano. Sin embargo, esto queda autorizado *exclusivamente para los mexicanos por nacimiento* nuevamente creemos desafortunado el que se mantengan limitaciones para los mexicanos por naturalización.

2. *Causales de pérdida de nacionalidad de los mexicanos por naturalización.* Dentro de las fracciones previstas en el apartado B se contempla que esta sanción de la pérdida de la nacionalidad es aplicable *exclusivamente a los mexicanos por naturalización*:

B) La nacionalidad mexicana por naturalización se perderá ... I. Por adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera, por hacerse pasar en cualquier instrumento público como extranjero, por usar un pasaporte extranjero, o por aceptar o usar títulos

³¹ Inciso C, Fracciones II, III y IV reformadas conforme a publicación en el DOF 30 de septiembre 2013.

³² Reforma conforme a publicación en el DOF 30 de septiembre 2013: Derogó de este Apartado C el entonces último párrafo, Fe de erratas al artículo conforme a publicación en el DOF 06 de febrero 1917.

nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero, y II. Por residir durante cinco años continuos en el extranjero.

Este apartado establece los actos que serán sancionados con la pérdida de la nacionalidad, por el desacato al juramento de renunciar a su nacionalidad originaria una vez adquirida la mexicana.³³ Por lo tanto, una vez naturalizado como mexicano no podrá adquirir otra nacionalidad, ni hacerse pasar como extranjero usando un pasaporte distinto al mexicano o por el uso de títulos.

Aún si estas medidas constitucionales buscan preservar la lealtad a la Patria mexicana, parece injusto que esta sanción se aplique solamente a los mexicanos por elección, no solo porque vuelve a hacer una distinción entre *supuestos iguales*; sino muy particularmente, porque durante el procedimiento de obtención de la nacionalidad mexicana se les obligó a renunciar a su nacionalidad originaria, misma que quizás, y eso depende de la ley del Estado de origen, no podrá recuperarse nuevamente, lo que en su caso dejaría a esa persona en el estado vulnerable de *apatridia*.³⁴

3. *Pérdida de la ciudadanía mexicana.* El último apartado del artículo 37 contempla las razones por las cuales se pierde la ciudadanía, por ahora solo interesa destacar que se marca expresamente una diferencia entre los conceptos de *ciudadanía* y *nacionalidad*, es así que la nacionalidad por nacimiento queda protegida en el apartado A y ésta se mantiene aún si se perdiera la calidad de ciudadano. En el texto original de 1917 la ciudadanía era adquirida con la mayoría de edad establecida entonces a los 21 años, o a los 18 si se estaba casado y abría la puerta a las prerrogativas contempladas en el Artículo 35.³⁵

Fueron reformados para reflejar los cambios sociales y políticos de una sociedad contemporánea y más igualitaria, que reconocen a las mujeres mexicanas en la categoría de ciudadanas

³³ Conforme a los artículos 17 y 19 de la Ley de nacionalidad para la obtención de la Carta de naturalización es necesario que la persona renuncie a la nacionalidad originaria.

³⁴ ... la múltiple nacionalidad en México es un fenómeno perfectamente válido, pero exclusivamente para los mexicanos que lo son por naturalización. ¿Es eso lo justo? No lo sé, pero valdría la pena reflexionar sobre ello, especialmente si el naturalizado mexicano renunció a su nacionalidad anterior, siendo dicha renuncia reconocida por el Estado referido y quedaría en caso de pérdida de nacionalidad mexicana, en estado de *apatridia*. El mecanismo referido para pérdida de nacionalidad está regulado por la Ley de nacionalidad en sus artículos 27 a 32, así como en el Reglamento de dicha ley. GATT CORONA, Guillermo Alejandro Gatt Corona, Guillermo Alejandro, ¿Soy un buen mexicano?... Op. Cit., p. 149 y 150.

³⁵ *Idem*.

con todos los derechos. Con las modificaciones de 1969 se reduce la mayoría de edad a los 18 años³⁶ vigente hasta nuestros días:

Artículo 34. Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos: I. Haber cumplido 18 años, y II. Tener un modo honesto de vivir.

Los derechos políticos se prevén en el siguiente artículo, cuya fracción III fue modificada en 1990 y nuevamente en 1996 para cambiar la frase *Asociarse para tratar los asuntos políticos del país* por *Asociarse libre y pacíficamente* y en reforma posterior por *Asociarse individual y libremente para tomar parte de forma pacífica en los asuntos políticos del país*.

Este precepto sufrió importantes modificaciones en los años 2012, 2014, y las más recientes del año 2019³⁷ en las que se adicionan el *derecho ciudadano a promover Iniciativas, Consultas Populares y Revocación de Mandato*:

Artículo 35. Son derechos de la ciudadanía:
I. Votar en las elecciones populares;
II. Poder ser votada en condiciones de paridad para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos y candidatas ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos, así como a los ciudadanos y las ciudadanas que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación;³⁸ III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país;³⁹ IV. Tomar las armas en la Fuerza Armada permanente o en los cuerpos de reserva, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes;⁴⁰ V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición. VI. Poder ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público, teniendo las calidades que establezca la ley;⁴¹ VII. Iniciar leyes, en los términos y con los requisitos que señalen esta Constitución y la Ley del Congreso. El Instituto Nacional Electoral tendrá las facultades que en esta materia le otorgue la

³⁶ Artículo 34 reformado, publicación del DOF 17 de octubre 1953, 22 de diciembre 1969.

³⁷ Artículo 35 Párrafo reformado, publicación del DOF 09 de agosto 2012 y 06 de julio 2019.

³⁸ Fracción reformada, publicación del DOF 09 de agosto 2012 y 06 de julio 2019.

³⁹ Fracción reformada, publicación del DOF 06 de abril 1990 y 22 agosto 1996.

⁴⁰ Fracción reformada en publicación del DOF 09 de agosto 2012 y 26 de marzo 2019.

⁴¹ Fracción adicionada en publicación del DOF 09 de agosto 2012.

ley, y ⁴² VIII. Votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional o regional⁴³ IX. Participar en los procesos de revocación de mandato.

En virtud de que se trata de *Derechos de participación política* sólo los ciudadanos mexicanos podrán ejercerlos, se excluye tanto a menores de edad⁴⁴ como a los extranjeros. Derechos que a su vez se correlacionan con las obligaciones que la Constitución impone a los ciudadanos mexicanos.

Es necesario señalar que, a diferencia de los derechos y garantías previstos en la parte dogmática, que tienen un carácter universal y son reconocidos en favor de cualquier persona que se encuentre en el territorio nacional, los *derechos del ciudadano* se vinculan con las personas que tienen la calidad de mexicanos y, en segundo término, que han alcanzado la mayoría de edad y con ella la ciudadanía que le permite su ejercicio.

Las anteriores normas parten de la lógica de que solo a las personas que se encuentran vinculadas por su carácter de nacionales con el Estado mexicano, les corresponde el desempeño de ciertas funciones o la defensa de la nación, y no así a los extranjeros, quienes por su condición propia se encuentran sujetos a otras leyes.

En la redacción original de la Constitución de 1917 en el artículo 36, se incluía un listado de obligaciones del ciudadano de la República.⁴⁵ Con la reforma del año 1990 se introduce como obligación el inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos y en el año 1996 se reforma la fracción tercera. Se necesitaron otras modificaciones al precepto en los años 2012, 2016 y 2019 para quedar con el texto que tiene actualmente:

Artículo 36. Son obligaciones del ciudadano de la República: I.

⁴²Fracción adicionada en publicación del DOF 09 de agosto 2012. Reformada en publicación del DOF 10 de febrero 2014.

⁴³Párrafo reformado conforme a publicación en el DOF 20 de diciembre 2019.

⁴⁴ *En México un menor no es un ciudadano [...] Henry Batiffol definió la nacionalidad como: "la pertenencia jurídica de una persona a la población constitutiva de un Estado"[...] Sin embargo, ligó el concepto de "ciudadanía" a los derechos políticos y por tanto, sólo los adultos pueden ser ciudadanos. [como expresamente] lo establece el artículo 34 de la Constitución...* Traducción propia. GATT CORONA, Guillermo Alejandro, *Political Rights of Mexicans by Choice* en GALLARDO Yurixhi & DEL DUCA Patrick (Editores), *Mexico and Its Legal System*, American Bar Association Section of International Law, Carolina Academic Press, Durham, NC, 2018, p.18.

⁴⁵ COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Historia de la Constitución Política...*, Op. Cit., p. 22

Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo de que subsista; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en los términos que determinen las leyes. La organización y el funcionamiento permanente del Registro Nacional de Ciudadanos y la expedición del documento que acredite la ciudadanía mexicana son servicios de interés público, y por tanto, responsabilidad que corresponde al Estado y a los ciudadanos en los términos que establezca la ley II. Formar parte de los cuerpos de reserva en términos de ley; III. Votar en las elecciones y en las consultas populares, en los términos que señale la ley; IV. Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de las entidades federativas, que en ningún caso serán gratuitos; y V. Desempeñar los cargos concejiles del municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado.⁴⁶

Sobre las obligaciones de los ciudadanos se debe resaltar su relación con lo previsto en los numerales 37C y 38, pues en ellos se establecen las sanciones de pérdida o suspensión de la ciudadanía precisamente como consecuencia de su incumplimiento. Destaca también que a pesar de las recientes reformas se han mantenido una serie de anacronismos que saltan de la simple lectura del precepto.⁴⁷

El apartado C del Artículo 37 prevé las causales de *pérdida de la ciudadanía*, las fracciones II, III y IV reformadas en 2013 establecen que *Cuando una persona con nacionalidad mexicana:*

II. Preste voluntariamente servicios o funciones oficiales; III. Acepte condecoraciones, o IV. Admita de cualquier gobierno de otro país títulos o funciones, sin antes haber obtenido el permiso del Ejecutivo Federal, será sancionada con la pérdida de la ciudadanía; lo mismo ocurrirá V. cuando ayude, en contra de la Nación, a un extranjero, o a un gobierno extranjero, en cualquier reclamación diplomática o ante un tribunal internacional.

Para Gatt Corona la pérdida de la ciudadanía con fundamento

⁴⁶ Fracción I reformada en publicación del DOF 06 abril 1990. Fracción II reformada en publicación del DOF 26 de marzo 2019. Fracción III reformada en publicación del DOF 22 de agosto 1996, 09 de agosto 2012. Fracción IV reformada conforme a publicación en el DOF 29 de enero del 2016. Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917. Consultado en diciembre del 2019.

⁴⁷ GATT CORONA, Guillermo Alejandro, *¿Soy un buen mexicano?...*, Op. Cit., p. 147 y 148

en la fracción V es *injusta e irrazonable*.⁴⁸ Ahí mismo se establece dos excepciones a esta sanción y por lo tanto no operará la pérdida de la ciudadanía cuando se trate de: *III...El Presidente de la República, los senadores y diputados al Congreso de la Unión y los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* quienes podrán libremente aceptar y usar condecoraciones extranjeras; y *IV. Por causa de títulos literarios, científicos o humanitarios que pueden aceptarse libremente*.⁴⁹ Finalmente, la fracción VI dicta que la ciudadanía se perderá *en los demás casos que fijan las leyes*.

Habrá que referirse al artículo 38 para conocer la suspensión de derechos y prerrogativas de los ciudadanos. Curiosamente es de los pocos artículos de la Carta Magna que no ha sufrido modificación desde su publicación en 1917, manteniendo su texto original.⁵⁰ La suspensión o pérdida de derechos aplica únicamente a quienes teniendo la calidad de *ciudadanos mexicanos* se sitúan en alguno de los supuestos previstos, es una medida temporal, por lo que podrá recuperarse la calidad de ciudadano⁵¹

IV] La Constitución crea categorías de mexicanos

En el estudio del artículo 30 se señaló que, gracias a las modificaciones del 1997, se reconoció a los *mexicanos por naturalización* el derecho a *transmitir la nacionalidad vía jus sanguinis*, derecho que antes era exclusivo de los *mexicanos por nacimiento*. Las reformas equipararon los derechos de transmisión de nacionalidad y *eliminaron el trato diferente y discriminatorio entre mexicanos*. Ahora independientemente de la vía por la que adquiera la nacionalidad, tanto mexicanos por nacimiento como los

⁴⁸ Algunos de estos preceptos deberían revisarse y modificarse (conforme a lo previsto en el art 135 constitucional) pues implican la posibilidad de (causar una) injusticia. Por ejemplo, una de las razones por las cuales una persona puede ser privada de su ciudadanía (y por tanto de sus derechos políticos, más no de su nacionalidad) es que forme parte del equipo legal que otorga asistencia legal a otro país ante un tribunal internacional en contra de México. Esto es absolutamente irrazonable. Traducción propia. GATT CORONA, Guillermo Alejandro, *Political Rights of Mexicans by Choice...*, Op. Cit., p. 20 y 21. Nota 556

⁴⁹ Artículo 37 reformado conforme a publicación en el DOF 20 de marzo 1997. Inciso C, Fracciones II, III y IV reformadas conforme a publicación en el DOF 30 de septiembre 2013.

⁵⁰ COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Historia de la Constitución Política...*, Op. Cit., p. 22.

⁵¹ El artículo 38 (uno de los poquísimos que no han sido reformados del texto original que entrara en vigor el 1º de mayo de 1917) le impone a quien no ha acatado esta responsabilidad, una sanción en los términos de su fracción I primera, para suspenderle los derechos ciudadanos por un término de un año. GATT CORONA, Guillermo Alejandro, *¿Soy un buen mexicano?...*, Op. Cit., p.148.

naturalizados pueden transmitir su nacionalidad a sus hijos. No obstante, subsisten para los mexicanos por naturalización otros supuestos en los que se marcan diferencias y los señalamos puntualmente:

1. *Los mexicanos por naturalización pueden perder la nacionalidad y tienen limitaciones respecto a la residencia fuera de territorio nacional.* Conforme al artículo 37 apartado A los mexicanos por nacimiento tienen la garantía constitucional de mantener su nacionalidad, pero en el apartado B, se contemplan los supuestos por lo que los mexicanos por naturalización pueden perder la nacionalidad mexicana. Además, los mexicanos por nacimiento podrán adquirir otra nacionalidad, sea al momento de nacer o en cualquier etapa de su vida, pero esto no es posible para los mexicanos por elección; se les penaliza también con la *pérdida de nacionalidad mexicana* si se hacen pasar en cualquier instrumento público como extranjeros, por usar un pasaporte extranjero o aceptar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero para los mexicanos por nacimiento estos actos se castigan con la pérdida de ciudadanía.

Otra diferencia para los mexicanos por naturalización está en la fracción II del apartado B recordemos que se prevén los actos que los mexicanos naturalizados *no deben realizar so pena de perder la nacionalidad mexicana*, entre ellos está el *residir durante cinco años continuos en el extranjero*, antes se preveía que debía ser en el país de la nacionalidad originaria, ahora se amplía a cualquier residencia fuera de territorio nacional, siempre que sea por 5 años continuos, destaca que *los mexicanos por nacimiento no tienen esta restricción*.

2. *Los mexicanos por naturalización no mantienen la doble nacionalidad.* Antes de la reforma de 1997 la nacionalidad mexicana se perdía con la adquisición de una nacionalidad extranjera, con la introducción de la *Doble Nacionalidad* se reconoció el derecho a dos nacionalidades originarias, en los casos en que se adquiere una por vía *jus soli* y otra por vía *jus sanguinis*, *herencia de alguno o ambos progenitores*. También se abrió la puerta para que los mexicanos por nacimiento puedan obtener otra nacionalidad por vía de naturalización *sin perder su nacionalidad mexicana*, la que quedó blindada conforme a la garantía constitucional del artículo 37.

Ahora bien, esta posibilidad de mantener otra nacionalidad e incluso *múltiples nacionalidades*, es *exclusiva de quien tiene la calidad de mexicano por nacimiento*, porque quienes pasan por el

proceso de naturalización tienen la obligación de renunciar a su nacionalidad originaria para adquirir la mexicana. Así quedó previsto en la fracción II del artículo 19 de la Ley de Nacionalidad.⁵² Segundo párrafo artículo 17 Ley de Nacionalidad:

...formularán renuncia expresa a la nacionalidad que les sea atribuida, a toda sumisión, obediencia y fidelidad a cualquier Estado extranjero, especialmente de aquél que le atribuya la otra nacionalidad, a toda protección extraña a las leyes y autoridades mexicanas, y a todo derecho que los tratados o convenciones internacionales concedan a los extranjeros. Asimismo, protestarán adhesión, obediencia y sumisión a las leyes y autoridades mexicanas y se abstendrán de realizar cualquier conducta que implique sumisión a un Estado extranjero.⁵³

Para entender las razones detrás de esta renuncia es necesario revisar los casos en los que aplica:

i.- Extranjeros que desean naturalizarse como mexicanos. En la Ley de Nacionalidad el artículo 17 establece el procedimiento administrativo de naturalización que inicia con la presentación de la solicitud en la que se manifiesta la *voluntad de adquirir la nacionalidad mexicana*. Posteriormente ante la autoridad deberá hacerse la renuncia, pero el mismo precepto aclara que la autoridad *no podrá exigir que se formulen tales renunciaciones y protestas sino*

⁵² CAPÍTULO III DE LA NACIONALIDAD MEXICANA POR NATURALIZACIÓN
Artículo 19. El extranjero que pretenda naturalizarse mexicano deberá: I. Presentar solicitud a la Secretaría en la que manifieste su voluntad de adquirir la nacionalidad mexicana; II. Formular las renunciaciones y protesta a que se refiere el artículo 17 de este ordenamiento; III. Probar que sabe hablar español, conoce la historia del país y está integrado a la cultura nacional; y IV. Acreditar que ha residido en territorio nacional por el plazo que corresponda conforme al artículo 20 de esta Ley. Para el correcto cumplimiento de los requisitos a que se refiere este artículo, se estará a lo dispuesto en el reglamento de esta Ley. Ley de Nacionalidad, 1998, consultado en diciembre del 2019.

⁵³ Artículo 17. Los mexicanos por nacimiento a los que otro Estado considere como sus nacionales, podrán solicitar a la Secretaría el certificado de nacionalidad mexicana, únicamente para los efectos del artículo anterior. Para ello, formularán renuncia expresa a la nacionalidad que les sea atribuida, a toda sumisión, obediencia y fidelidad a cualquier Estado extranjero, especialmente de aquél que le atribuya la otra nacionalidad, a toda protección extraña a las leyes y autoridades mexicanas, y a todo derecho que los tratados o convenciones internacionales concedan a los extranjeros. Asimismo, protestarán adhesión, obediencia y sumisión a las leyes y autoridades mexicanas y se abstendrán de realizar cualquier conducta que implique sumisión a un Estado extranjero. El certificado de nacionalidad mexicana se expedirá una vez que el interesado haya cumplido con los requisitos de esta Ley y su reglamento. Ley de Nacionalidad, 1998.

hasta que se haya tomado la decisión de otorgar la nacionalidad al solicitante evitando que haya un periodo en el que se ponga en riesgo de *apatridia* si le es negada la solicitud de naturalización.

Una vez tomada la decisión de otorgar la nacionalidad mexicana por naturalización, deberán llevarse a cabo tanto la *renuncia a la nacionalidad originaria*, como las *declaraciones de lealtad a México*, sus autoridades y leyes, para poder emitir la correspondiente Carta de naturalización. Carta que, conforme al artículo 3 de la Ley de Nacionalidad⁵⁴, se constituye como el *documento oficial de reconocimiento de la nacionalidad* en substitución del acta de nacimiento del país de origen. La misma deberá ser presentada para obtener cualquier otro documento de identidad como la Credencial de Elector o el pasaporte mexicano, es así como la Carta de naturalización es el *documento indispensable de identidad* para los naturalizados mexicanos.

ii.- *Reserva constitucional del ejercicio de cargos y funciones exclusivos para mexicanos por nacimiento*. Recordemos que en el artículo 32 se mantuvo la reserva del ejercicio de ciertos cargos y funciones exclusivos para *mexicanos por nacimiento*, lo que implica que está cerrada esta posibilidad para los mexicanos naturalizados. Este es otro acto de discriminación que ya ha sido criticado por excesivo e injustificado, por la SCJN en la sentencia dictada por el Tribunal Pleno en la Acción de Inconstitucionalidad 20/2011, promovida por la Procuradora General de la República, argumentando la invalidez de diversos artículos por considerar que la exigencia de *la calidad de mexicano por nacimiento para el desempeño de esas funciones no es razonable*, y por tanto violenta las garantías contenidas en los artículos 1º, párrafo quinto, 16 párrafo primero, 32, párrafo primero y segundo, y 133, de la Constitución.⁵⁵

⁵⁴ Artículo 3, Son documentos probatorios de la nacionalidad mexicana, cualquiera de los siguientes: I. El acta de nacimiento expedida conforme a lo establecido en las disposiciones aplicables; II. El certificado de nacionalidad mexicana, el cual se expedirá a petición de parte, exclusivamente para los efectos de los artículos 16 y 17 de esta Ley; III. La carta de naturalización... Ley de Nacionalidad, 1998.

⁵⁵ SENTENCIA dictada por el Tribunal Pleno en la Acción de Inconstitucionalidad 20/2011, promovida por la Procuradora General de la República, así como los votos particular y concurrente, formulados por los ministros José Fernando Franco González Salas y Sergio A. Valls Hernández, respectivamente. [...] OCTAVO.- En virtud de las consideraciones antes plasmadas, este Tribunal declara que la invalidez de los artículos 36, fracción I; 37, fracción I; y, 39, fracción I, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en las porciones normativas que indican: "por nacimiento".

iii.- Reserva constitucional del ejercicio de cargos y funciones exclusivos para mexicanos por nacimiento que no posean otra nacionalidad. Cuando la Norma Rectora establece que ciertos cargos y funciones deben ser desempeñados *exclusivamente por mexicanos por nacimiento que no sean considerados como nacionales de otro Estado*, abre una categoría entre mexicanos por nacimiento, distinguiendo entre quienes poseen solamente la nacionalidad mexicana y quienes poseen otra nacionalidad. Claramente el constituyente consideró que el ejercicio de estos puestos y funciones implica *la más profunda lealtad a la nación* y la posesión de otra nacionalidad representa un *conflicto de intereses que pone en duda esa lealtad*, por ello en el artículo 16 de la Ley de Nacionalidad establece:

Los mexicanos por nacimiento a los que otro Estado considere como sus nacionales, deberán presentar el certificado de nacionalidad mexicana, cuando pretendan acceder al ejercicio de algún cargo o función para el que se requiera ser mexicano por nacimiento y que no adquieran otra nacionalidad. Al efecto, las autoridades correspondientes deberán exigir a los interesados la presentación de dicho certificado. En el caso de que durante el desempeño del cargo o función adquieran otra nacionalidad, cesarán inmediatamente en sus funciones.

Es comprensible que se proteja la soberanía nacional, sin embargo, con ello se *da un trato diferente* a los mexicanos por nacimiento que poseen otras nacionalidades, quienes para poder acceder a estos puestos requieren la emisión de un *certificado de nacionalidad mexicana* que se expedirá conforme a la norma secundaria y su reglamento, es decir, *una vez que se haya renunciado a la otra nacionalidad*, lo que sin duda afecta a estos mexicanos.⁵⁶

http://dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5235266. Consultado en diciembre del 2019.

⁵⁶ Reglamento. Acuerdo único- Se dan a conocer los siguientes procedimientos de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores: a) Obtención de la Declaratoria de Nacionalidad Mexicana por Nacimiento en Oficinas Centrales (PR-DGAJ-15); b) Obtención de la Declaratoria de Nacionalidad Mexicana por Nacimiento a través de las Representaciones de México en el Exterior, así como de las Delegaciones Foráneas de la SRE. (PR-DGAJ-16), y c) Obtención de la Carta de Naturalización en Delegaciones Foráneas (PR-DGAJ-17). Transitorio único. - El presente Acuerdo entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la

Interesa llamar la atención sobre el papel que juegan las legislaciones domesticas de aquellos países que reconocen a estos mexicanos como sus nacionales: debido a que el tema de la nacionalidad presenta aspectos de Derecho Internacional Privado cuando se le analiza desde la perspectiva de los *particulares*, pero es considerado un asunto de *interés público* cuando es visto desde la perspectiva del Estado. Y en este sentido es válido preguntarse ¿qué pasaría si en dicho país existe una garantía constitucional similar a la prevista en el artículo 37 de nuestra Carta Magna? Si se invirtieran los papeles y un mexicano por nacimiento, en posesión legal de otra nacionalidad, se viera obligado a *renunciar a su nacionalidad mexicana* frente a las autoridades de otro país, tal y como nuestras leyes lo exigen ¿Cuál sería el estatus de esta persona respecto de su calidad de mexicano una vez hecha la renuncia? El texto constitucional es categórico: *Ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad*. ¿Cómo debemos interpretar esta frase?

En el Diccionario de la Real Academia Española el vocablo *privar* tiene estos significados: 1. *Despojar a alguien de algo que poseía*. 2. *Destituir a alguien de un empleo, ministerio, dignidad, etc.* 3. *Prohibir o vedarle a alguien algo*. 4. *Dejar voluntariamente algo de gusto, interés o conveniencia*.⁵⁷

El vocablo *privar* aplica como sinónimo de *despojo* o *destitución*, pero también como *abandono voluntario*. Sin duda el legislador buscó honrar el compromiso de México con los múltiples instrumentos internacionales y proteger el Derecho Humano a la nacionalidad blindando este derecho para los mexicanos, quienes no podrán ser privados de ella por mandato de autoridad, pero habría que determinar si también se buscó protegerla en caso de renuncia voluntaria.⁵⁸

Federación. Dado en México, Distrito Federal a los veintiún días del mes de noviembre de dos mil doce. - La Secretaria de Relaciones Exteriores, Patricia Espinosa Cantellano. - Rúbrica. Reglamento De La Ley De Nacionalidad. Publicado en el DOF el 17 de junio de 2009. Última reforma publicada conforme a publicación en el DOF 25 de noviembre 2013. El texto vigente se puede consultar en la página: https://dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5279481 consultado en diciembre del 2019.

⁵⁷ Diccionario de la RAE en línea: <https://dle.rae.es/privar?m=form> consultado enero 2020.

⁵⁸ Personalmente conozco el caso de una mexicana nacida en el año 1969 en el estado de Florida, Estados Unidos, hija de mexicanos con residencia legal, quien, conforme a las leyes prevaletentes en el año 1992 se vio forzada a renunciar a la nacionalidad americana frente al Oficial del Registro Civil en Guadalajara, Jalisco, para poder firmar su acta de matrimonio. En su momento me explicó que *no era su voluntad renunciar a su nacionalidad americana*, pero,

Conforme a la definición del diccionario esta posibilidad es factible, además, tendría que darse su lugar al principio de interpretación *pro-persona* que debe prevalecer cuando de derechos humanos se trata. De tal forma que aún ante los casos de renuncia, la persona mantiene su nacionalidad mexicana si fue adquirida por nacimiento, porque así lo prevé la Constitución y es en su mejor beneficio.

Sin embargo, cuando la legislación del país de la otra nacionalidad *acepta la renuncia y la hace efectiva*, como es el caso de Alemania, *esa persona quedará despojada de los derechos de la nacionalidad original*, lo que pudiera acarrear consecuencias inconmensurables tal y como la historia del siglo XX nos enseñó en todos los casos de despojo de la nacionalidad.

En resumen, tal y como se encuentra redactada actualmente la Constitución mexicana, efectivamente se establecen categorías entre quienes tienen la calidad de mexicanos, porque reconoce *privilegios exclusivos para los mexicanos por nacimiento*:

i.- La garantía de no perder su nacionalidad mexicana.- ii.- Adquirir de origen, o solicitar vía naturalización otra nacionalidad y mantener ambas.- iii.- Postularse a los cargos o funciones que están reservados de manera exclusiva para ellos, siempre que no tengan otra nacionalidad o renuncien a ella.- iv.- No se les imponen limitaciones respecto del tiempo máximo que pueden residir en otro país.

Es común que los Estados establezcan distinciones entre nacionales y extranjeros, y en base al interés y la seguridad nacional suelen limitar el acceso de los naturalizados a los más altos encargos o funciones gubernamentales, y en ciertos casos estos criterios son razonables, pero como quedó asentado, en el caso de nuestra Constitución, los preceptos estudiados demuestran ser

en virtud de que *se le exigía renunciar a alguna de las dos nacionalidades para poder casarse*, prefirió de mantener su nacionalidad mexicana porque las circunstancias de contraer matrimonio con un mexicano y sus planes de vivir en Jalisco lo hacían más lógico, no veía razón para vivir en México como extranjera. Años después, cuando realizaba el trámite de obtención de la *visa americana*, el Cónsul la mandó llamar para que le explicara la razón de solicitar una *visa de turista* y no tramitar un *Pasaporte americano*, que era lo que por ley le correspondía al ser *americana de nacimiento* por haber nacido en Florida. Explicó que la ley mexicana en vigor le exigió escoger entre una y otra nacionalidad, así como las razones que tomó en cuenta para *renunciar a la nacionalidad americana*, no obstante, el Cónsul interpretó que se trató de una *renuncia forzada, en todo caso involuntaria*, además de que dicha renuncia *no se había efectuado frente a las autoridades americanas, sino frente a las mexicanas*, y dado que ya había entrado en vigor las reformas constitucionales de 1997 para permitir a los mexicanos la *"Doble Nacionalidad"* (respetando los términos textuales) esta persona *pudo recuperar la nacionalidad americana* y actualmente mantiene ambas.

anacrónicos y en muchos casos excesivos.⁵⁹

No hay duda de que los derechos exclusivos de quienes son mexicanos por nacimiento y no poseen otra nacionalidad, *inciden negativamente* en los otros mexicanos, todo lo que implica un trato diferente y discriminatorio, especialmente hacia los *mexicanos por naturalización* que se ven sujetos a estas desventajas: *i.*- No tiene reconocido el derecho a Doble Nacionalidad, debieron renunciar a su nacionalidad original para obtener la Carta de naturalización.- *ii.*- Pueden perder la nacionalidad mexicana por naturalización.- *iii.*- No son candidatos para los puestos o funciones reservados para los mexicanos por nacimiento.

Gatt Corona llama a la necesidad de modificar la normativa para adecuarla a los tiempos que vivimos y especialmente para evitar tener categorías de mexicanos:

*Concretamente sobre los temas de nacionalidad, ciudadanía y extranjería se requiere una revisión adecuada para determinar temas que quizás deberían ser regulados por leyes secundarias, (ii) adecuar a la realidad y a la cosmovisión contemporánea, (iii) pagar la deuda histórica que México tiene con los mexicanos por naturalización a los que constitucionalmente se trata como mexicanos de segunda y (vi) revitalizar así el sentido de lo que significa ser mexicano y en el caso de los ciudadanos, el ejercicio responsable y prudente de los derechos políticos.*⁶⁰

V] Los extranjeros en México

Una vez hecho el análisis de los artículos constitucionales sobre la nacionalidad y la ciudadanía, regresamos al Capítulo III constitucional titulado *De los Extranjeros* compuesto por un único precepto. El texto original publicado en el año 1917; decía:

Art. 33.- Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías

⁵⁹ Por supuesto que el argumento detrás de esta política es el garantizar, tanto como sea posible, que la persona que asume las más altas responsabilidades gubernamentales tiene un firme sentido de pertenencia, responsabilidad y amor a la Patria. [...] Sin embargo, en el caso de México, esta posición restrictiva es radical al negar el acceso a los mexicanos por elección a casi todo puesto público. ¿Es esto razonable? No lo parece [...] No encuentro razones para prohibir a los mexicanos naturalizados, que han adoptado a México como su país, el participar de manera activa, positiva, creativa y energética en la política de México. Traducción propia. GATT CORONA, Guillermo Alejandro, *Political Rights of Mexicans by Choice...*, Op. Cit., p.41 y 45.

⁶⁰ GATT CORONA, Guillermo Alejandro, *¿Soy un buen mexicano?...*, Op. Cit., p.155. Nota 114.

*que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente. Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.*⁶¹

Como se lee originalmente contemplaba que los extranjeros tenían derecho a las *garantías otorgadas* en los primeros artículos constitucionales, pero establecía la *prohibición expresa de inmiscuirse en los asuntos políticos del país*. Otorgaba al Ejecutivo de la Unión la *facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional* a cualquier extranjero cuya permanencia juzgue *inconveniente*, esta facultad de expulsión presentaba las siguientes características: i. Discrecional y exclusiva del presidente; ii. Dirigida a extranjeros; iii. Exigía su salida inmediata del país; iv. sin necesidad de juicio previo.

Evidentemente que con las reformas sobre derechos humanos del año 2011 debía enmendarse para quedar de la siguiente manera:

*Artículo 33. Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución.*⁶² *El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención.*⁶³ *Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.*

De su lectura se desprenden estas conclusiones:

1. *Calidad de extranjero y la protección de sus derechos humanos.* El precepto reformado mantiene la primera frase por la que determina que son extranjeros *quienes no posean la calidad de mexicanos* conforme a lo previsto en el artículo 30, es decir, no se proporciona una definición del término, determina que a *contrario sensu* es extranjero quien no posee la calidad de

⁶¹ COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Historia de la Constitución Política...*, Op. Cit., p. 21. Nota 49.

⁶² Párrafo reformado en publicación del DOF 10 de julio 2011.

⁶³ Párrafo adicionado en publicación del DOF 10 de julio 2011.

mexicano, aunque bien podría tratarse de una persona *sin nacionalidad reconocida por algún estado* y poseer la calidad de *apátrida*.

En el año 2011 se reforma la segunda frase y se introduce una fórmula de protección más moderna y adecuada: *gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución*, ya en el análisis del artículo primero se señaló que *toda persona* por el sólo hecho de *estar en el territorio nacional* goza de los derechos humanos, lo cual por supuesto incluye a los extranjeros y aún a los apátridas. La protección debe ser *entendida en respeto a los principios de igualdad y no discriminación por origen étnico o nacional*.

2. Prohibición de participar en asuntos políticos nacionales.

Mantiene la prohibición a los extranjeros de inmiscuirse en los asuntos políticos del país, pero conforme a las reformas del año 2011 se sentaron las bases para el respeto de los derechos humanos de todas las personas, considerando el derecho de audiencia, se modifican los términos de la facultad exclusiva del Ejecutivo de la Unión respecto de la expulsión de extranjeros del territorio nacional, la cual ahora exige se observen estos extremos: i.- Que se lleve a cabo una audiencia donde el extranjero pueda expresar alegatos o presentar pruebas en su defensa; ii.- Se retira la discrecionalidad al primer mandatario, por lo que la expulsión debe estar fundamentada en la ley, iii.- Debe llevarse a cabo conforme a *procedimiento administrativo* que determine el *lugar y tiempo que dure la detención*, previa a la expulsión o en su caso que exima al extranjero.

Reiterando el compromiso con el respeto de los derechos humanos, muy especialmente los derechos a la no discriminación por motivos de origen nacional, de audiencia y del debido proceso.

En el artículo anterior (Revista Perspectiva Jurídica UP N°17), dedicado al nombre como primer elemento del Derecho Humano a la Identidad, establecimos que su naturaleza jurídica pasó de ser considerado como elemento de la personalidad, para constituirse como *derecho humano reconocido en nuestra Constitución* y dentro de instrumentos internacionales. Es así como varios autores reconocen al nombre dentro de los derechos de la personalidad con las mismas características de derechos esenciales⁶⁴. Ynchausti

⁶⁴Muchas veces se habla de derechos fundamentales, libertades públicas o derechos humanos, para referirse a los derechos de la personalidad; o se emplean simplemente como sinónimos. [...] La universalidad implica que el derecho pertenece a todo aquel que goce de la cualidad de ser humano como condición necesaria y suficiente para gozar de este derecho. YNCHAUSTI PÉREZ, Celia, GARCÍA MARTÍNEZ, Dolys, *Los derechos Inherentes a la personalidad. El Derecho a la*

Pérez nos dice que *Los derechos inherentes a la personalidad son aquellos poderes o facultades que la norma otorga a la persona solo por ser tal y sobre bienes relacionados con su propia naturaleza y que le son intrínsecos, como la vida, el honor, la propia imagen, el nombre.*⁶⁵ Para Ferrara son los derechos supremos del hombre, aquellos que le garantizan el goce de sus bienes personales.⁶⁶ Y Mendoza Martínez directamente le asigna las cualidades de ser *erga omnes, innato, inherente, esencial, intransmisible, irrenunciable e inembargable.*⁶⁷

Concluimos estas reflexiones estableciendo que la nacionalidad es tan fundamental en la conformación de la Identidad Oficial personal como lo es el nombre: El Acta de nacimiento que sirve para la identificación del individuo contiene, además del nombre propio con apellidos, el lugar de nacimiento, así como los nombres y nacionalidades de los progenitores y de los abuelos; de estos se desprende la nacionalidad o nacionalidades de la persona registrada. Es además el documento originario de cualquier otra identificación oficial, incluido el pasaporte que es el documento de identificación internacional.

Si bien es cierto que el nombre es reconocido como elemento esencial del Derecho Humano a la Identidad, sin una nacionalidad reconocida es prácticamente imposible hacer valer la mayoría de los derechos fundamentales. Aun cuando, los Estados signatarios de los acuerdos internacionales que protegen los derechos humanos, están obligados a respetarlos para *cualquier persona sin discriminación en base al origen nacional*, en la realidad sabemos

identidad personal, Derecho y Cambio Social Revista Digital de investigación jurídica, Perú, 01 de julio del 2012, p. 7 y 19

⁶⁵ *persona es el ser humano y personalidad es la naturaleza jurídica como valor superior fundamental, titular de derechos innatos. La personalidad es la condición de la persona* *Ibidem*, p. 3 y ss.

⁶⁶ *los derechos de la personalidad nos garantizan el goce de nosotros mismos, asegurando en particular el señorío de su persona, la actuación de su propias fuerzas físicas y espirituales.* LETE DEL RÍO, José Manuel, *Derecho de la personalidad*, Madrid, Editorial Tecnos, 1986.

⁶⁷ *Los derechos de la personalidad se consideran innatos en cuanto emergen de la propia naturaleza del ser humano [...]; son inherentes, porque las personas no pueden despojarse de ellos y resultan esenciales debido a la misma fuente de la cual derivan, pues permiten el amplio desarrollo de las capacidades personales. [Hablamos de una intransmisibilidad total de estos bienes, que] resultan irrenunciables, porque el individuo se encuentra impedido para declinar sus atributos; son inembargables, porque [...] la persona misma es quien les da vida, fuerza e identidad, y sin [sujetos de derecho] estos atributos carecen de significado.*” MENDOZA MARTÍNEZ, Lucía Alejandra, *La acción civil del daño moral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 46 y ss. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3636/10.pdf>

que la posición de los extranjeros es muy distinta a la que mantienen los nacionales, de tal suerte que no hay ejercicio pleno de derechos sin una nacionalidad que vincule a la persona con el Estado donde esos derechos son reconocidos y protegidos.

Bibliografía

- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, México, Porrúa, 2001
- COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Historia de la Constitución Política de México (Siglos XX y XXI)*, México, Editorial Porrúa, 2010
- GATT CORONA, Guillermo Alejandro, *¿Soy un buen mexicano? (Nacionalidad, Ciudadanía y Extranjería)* en Colegio Nacional del Notariado Mexicano, Centenario de la Constitución Mexicana de 1917, Ensayos del Notariado Mexicano, México, 2017
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4602/19.pdf>
- GATT CORONA, Guillermo Alejandro, *Political Rights of Mexicans by Choice* en GALLARDO Yurixhi & DEL DUCA Patrick (Editores), *Mexico and Its Legal System*, American Bar Association Section of International Law, Carolina Academic Press, Durham, NC, 2018
- MENDOZA MARTÍNEZ, Lucía Alejandra, *La acción civil del daño moral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014
- MIRANDA DELGADO, María Elena. (2021). El nombre como elemento esencial del derecho a la identidad. *Perspectiva Jurídica UP, Volumen (17), año (9)*, p.191 – 2020.
- MIRANDA TORRES, Roxana Paola, *Análisis del pluralismo jurídico en México desde una perspectiva constitucional (el caso de 40 comunidades autóctonas)* tesis doctoral, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, 2017
- PAZ, Octavio, *Posdata*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004
- ROBLES MONTOYA, Benjamín, MARTÍNEZ RUIZ, Maribel, *Iniciativa que reforma el artículo 38 de la constitución política de los estados unidos mexicanos*. Suscrita por los integrantes del Grupo Parlamentario del Partido del Trabajo de la LXIV Legislatura del honorable Congreso de la Unión. Presentada el 29 de abril 2019. http://sil.gobnacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2019/04/asun_3871486_20190429_1554235023.pdf
- YNCHAUSTI PÉREZ, Celia; GARCÍA MARTÍNEZ, Dolys, *Los derechos Inherentes a la personalidad. El Derecho a la identidad personal*, *Revista Digital de investigación jurídica Derecho y Cambio Social*, Perú, publicado el 01 de Julio del 2012

La actividad judicial en la interpretación y valoración del dictamen en el que consta la manifestación de impacto ambiental

EDUARDO MOEL¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La Evaluación Ambiental de Proyectos de Desarrollo.* III. *La actividad judicial en los conflictos en materia ambiental.* IV. *El uso de los precedentes judiciales a los hechos, la extorsión ambiental.* V. *La debilidad del precedente judicial ante el Decreto del 22 de noviembre de 2021.* VI. *Conclusiones.*

Resumen. El documento que emana del procedimiento de evaluación de impacto ambiental es una prueba de compleja valoración en un proceso contencioso, ya sea administrativo o judicial. La actividad judicial en particular, está en etapa incipiente y desafortunadamente el tiempo corre en contra de la protección al derecho humano a un medio ambiente sano. El presente trabajo busca expandir el conocimiento en el tema y buscar soluciones a los problemas que aquí se plantean, incluyendo el decreto publicado el 22 de noviembre de 2021 en el que se pretende acelerar las autorizaciones de ciertos proyectos.

Palabras clave: Medio ambiente sano, impacto ambiental, evaluación ambiental, extorsión ambiental.

Abstract. *The document resulting from the environmental impact assessment procedure is a piece of evidence of complex evaluation in a contentious process, whether administrative or judicial. Judicial activity, in particular, is in an initial stage and, unfortunately, time is running against the protection of the human right to a healthy environment. This paper seeks to expand knowledge on the subject and seek solutions to the problems raised here, including the decree published on November 22, 2021 in which it is intended to accelerate the authorization of certain projects.*

¹ Catedrático de las asignaturas Teoría General del Acto Administrativo y Derecho Procesal Administrativo en la Universidad Panamericana campus Guadalupe.

Keywords. *Healthy environment, environmental impact, environmental assessment, environmental extortion.*

I] Introducción

Uno de los derechos humanos más complejos de entender y de llevar a la práctica, es el de la protección a un medio ambiente sano. Este derecho humano está previsto en el artículo 4 de la CPEUM², así como en una serie de tratados³ firmados por México que lo comprometen a que el desarrollo de las personas no altere el medio ambiente. La protección al medio ambiente sano muchas veces incide en la restricción al libre ejercicio del comercio y con ello el desarrollo económico y social de las personas. Esta constante batalla entre el derecho a la libertad de comercio y que éste solo sea ejercido evitando en lo posible el deterioro del medio ambiente, tiene su principal tensión en el hecho de que estamos en planos distintos, mientras el ejercicio del comercio se refiere a un momento específico en el presente, la protección del medio ambiente se refiere a las consecuencias futuras de los actos de hoy; para muchas personas les es complicado que se vean restringidos sus derechos a ejercer libremente el comercio, por lo que pueda pasar en el futuro.

El medio ambiente tiene una doble característica, es un derecho humano para el presente y un derecho humano que debe garantizarse para las generaciones futuras, ya que el deterioro del mismo puede ser irreparable. Esta dualidad hace que las decisiones que se toman respecto al medio ambiente son fundadas en teorías o presunciones no demostradas que pueden ser probables, no cuentan con certeza de que lo ejecutado vaya a suceder. La defensa del medio ambiente vive en la dificultad de resolver el futuro. Para efectos de las garantías de seguridad jurídica, la protección del

² Artículo 4...

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano 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.

³ México tiene celebrado varios tratados en materia ambiental. Se puede consultar la lista en las siguientes páginas: https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/reformas_amparo_dh/tratados.html#MEDIO%20AMBIENTE
<https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/402771/IX-MEDIO-AMBIENTE.pdf>
http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/Cesop/Eje_tematico/9_mambiente.htm

medio ambiente asume un reto muy interesante: establecer que las restricciones que se le imponen a las personas por la protección al derecho humano están fundadas en la certeza científica, la ciencia es su fundamento, no los principios generales del derecho. Inclusive, en muchos casos, las normas ambientales son tan amplias y abiertas que tampoco lo podemos incluir como un elemento de seguridad jurídica.

En un estado de derecho como en el que pretendemos vivir, es importante que las restricciones a las libertades de las personas, entre las que se encuentra la del comercio, sean necesarias, adecuadas y que sean lo menos restrictivas posibles. Cuando la restricción es apoyada en lo incierto del futuro, pero a la vez como algo reconocido constitucionalmente como derecho humano, el estado de derecho parece que no encuentra una fácil respuesta. Este ensayo tiene como propósito poder conocer cómo el Estado mexicano ha enfrentado este tema.

El trabajo que se presenta está muy lejos de agotar las diversas variables que impone una controversia judicial en materia ambiental. Gran parte de estas dudas y consideraciones que se establecen y se desprenden del presente, provienen de experiencias personales en distintos tribunales e instancias administrativas, en el municipio, estado y federal, en las que, en distintas proporciones, nos hemos encontrado con los problemas que aquí se plantean. En una resolución administrativa, las autoridades pueden ponderar la protección al medio ambiente como el eje rector de la actividad humana, en otro similar, el interés público en general, y aún en un tercero similar, la motivación es la protección al libre ejercicio de comercio, como puede ser, la ejecución de un desarrollo inmobiliario. El otro lado de la hoja, en años de litigios, encontramos la misma variedad de resoluciones en las distintas instancias contenciosas. La reflexión de esos años me llevó a una conclusión de la que aún no hay una respuesta que satisfaga las necesidades de la sociedad. El costo de no encontrar una pronta decisión al tema aquí propuesto, seguirá dejando en la incertidumbre a todos los interesados, que en este caso en particular somos todos.

II] La evaluación ambiental de proyectos de desarrollo

Se define la evaluación ambiental como un instrumento de política ambiental, cuyo objetivo es prevenir, mitigar y restaurar los daños al ambiente, así como la regulación de obras o actividades para evitar o reducir sus efectos negativos en el ambiente. La

evaluación ambiental incluye un informe preventivo y la manifestación de impacto ambiental correspondiente. La Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente define la evaluación de impacto ambiental, no como un documento, sino como un procedimiento.⁴ Este procedimiento es administrativo. Los procedimientos administrativos concluyen con la emisión de un acto administrativo, en este caso el dictamen o resolución de la aprobación o negativa de la autorización del acto que se evalúa. Como todo procedimiento administrativo se tienen dos partes: i.- las formalidades del procedimiento, tales como derecho de audiencia, defensa, aportar pruebas, debidas notificaciones entre otras; y ii.- que es el análisis del fondo del asunto, es decir sustentar, en este caso de manera científica, la resolución. En el presente trabajo no profundizaremos en el tema de la forma, existe ya cantidad de doctrina, precedentes judiciales y legislación que señala los límites de las violaciones formales y no tiene caso detenernos en las mismas.

El acto administrativo que se emite derivado de la evaluación de impacto ambiental es la manifestación de impacto ambiental. La manifestación de impacto ambiental es el reconocimiento de que toda actividad humana modifica el medio ambiente, eso es inevitable. La conclusión del procedimiento de evaluación ambiental es determinar si los cambios en el medio ambiente que van a suceder por la actividad humana, se deben ponderar con los beneficios sociales, los derechos de los solicitantes y el uso eficiente de los recursos, con el único fin de llegar a una conclusión que autorice o no, la actividad humana solicitada.

La Evaluación Ambiental se refiere a los daños ambientales que pueden resultar de la actividad humana, se refiere, no a la valoración de hechos pasados sino a la valoración y posible resultado de hechos futuros. Este criterio ya fue sustentado por la

⁴ La Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al ambiente dice: *ARTÍCULO 28.- La evaluación del impacto ambiental es el procedimiento a través del cual la Secretaría establece las condiciones a que se sujetará la realización de obras y actividades que puedan causar desequilibrio ecológico o rebasar los límites y condiciones establecidas en las disposiciones aplicables para proteger el ambiente y preservar y restaurar los ecosistemas, a fin de evitar o reducir al mínimo sus efectos negativos sobre el medio ambiente. Para ello, en los casos en que determine el Reglamento que al efecto se expida, quienes pretendan llevar a cabo alguna de las siguientes obras o actividades, requerirán previamente la autorización en materia de impacto ambiental de la Secretaría: ...*

Suprema Corte de Justicia⁵ al comentar sobre el artículo 60 Ter de la Ley General de Vida Salvaje que establece que la norma de referencia opera hacia el futuro, no sobre hechos pasados que pueden ser valorados. Esta interpretación la hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación mientras analizaba el tema de la irretroactividad de las leyes ambientales, concluyendo que éstas, en temas de evaluaciones ambientales, resuelven sobre hechos futuros y que, por lo tanto, hasta en tanto la actividad humana no haya concluido o sea inminente su conclusión, no existe la irretroactividad de las normas ambientales.

La evaluación ambiental busca, con evidencias actuales, las consecuencias futuras de la actividad humana y poder resolver si es conveniente autorizar o no dicha actividad en particular. Predecir el futuro, mientras no sea inminente, es una actividad que jurídicamente esta fuera de la concepción tradicional del pensamiento procesal jurídico, sin embargo, en la materia ambiental es la única forma de asegurar que se respete el derecho humano a un medio ambiente sano, poder, de la mejor manera posible, con las pruebas científicas de hoy, saber que pasará en el futuro.

En materia ambiental, la actividad humana que esta sujeta a un escrutinio de lo que puede pasar en el futuro, este escrutinio de incertidumbre es una limitante al ejercicio de las libertades

⁵ Época: Décima Época Registro: 2005819 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I Materia(s): Constitucional, Administrativa Tesis: 1a. LXXVI/2014 (10a.) Página: 563 *VIDA SILVESTRE. EL ARTÍCULO 60 TER DE LA LEY GENERAL RELATIVA Y LA NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-022-SEMARNAT-2003, QUE ESTABLECE LAS ESPECIFICACIONES PARA LA PRESERVACIÓN, CONSERVACIÓN, APROVECHAMIENTO SUSTENTABLE Y RESTAURACIÓN DE LOS HUMEDALES COSTEROS EN ZONAS DE MANGLAR, NO VULNERAN EL DERECHO A LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.* no vulneran el derecho a la irretroactividad de la ley, reconocido en el artículo 14, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues de su formulación gramatical no se advierte un ámbito temporal de validez en el que se afecten derechos adquiridos o situaciones jurídicas acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor, sino que son aplicables y de observancia general para situaciones posteriores a su vigencia. Amparo en revisión 410/2013. Elda Beatriz Villamil Solís. 23 de octubre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Dolores Rueda Aguilar y Raúl Manuel Mejía Garza.

Esta tesis se publicó el viernes 07 de marzo de 2014 a las 10:18 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

humanas que esta en manos de las autoridades administrativas, en específico en las ambientales. Las autoridades administrativas (ambientales) tienen en su criterio decisiones tan importantes, que de ellas depende ponderar en algunos casos el futuro ecológico de una región o del país o aún fuera de él y las limitaciones a las libertades humanas del comercio y de la propiedad, ya que, como veremos más adelante, se dificulta al garante del Estado de derecho (el poder judicial) tomar una decisión en la que se encuentra la valoración de hechos presentes con hechos futuros. Al ser la naturaleza de dicha decisión de índole científica, pone al poder judicial en la difícil situación de asumir como verdad la misma. La única manera que tendrá la autoridad judicial para desestimar la información científica es con otra evidencia científica que señale lo contrario, y ahí, en esa decisión, el juzgador tendrá que definir, no sobre los hechos sobre los que se elaboró el estudio científico, sino sobre las consecuencias futuras del mismo, esa difícil tarea no se encuentra en las actividades que un juez tradicional debe resolver. Las resoluciones de los juzgadores no deciden lo que no ha pasado, juzgan los hechos que ya sucedieron.

Las autoridades administrativo-ambientales tienen en su actividad esa carga económica/social respecto a las resoluciones de las evaluaciones ambientales. Las autoridades ambientales se convierten en un ente con muy pocas restricciones y sujeto a un escrutinio formal y no de contenido por parte de terceros, tales como el poder judicial o los tribunales administrativos. Con esas facultades de poder, es importante preguntarse si la autoridad ambiental no debería ser una autoridad autónoma, que no este bajo la subordinación de la presidencia o de los gobernadores estatales en su caso. Entre los ejemplos de subordinación ambiental se encuentran los proyectos como Santa Lucía, Dos Bocas⁶ y el Tren Maya⁷, en los cuales no existe una verdadera evaluación ambiental, pero, al decir de las autoridades federales, estos proyectos cuentan con las autorizaciones en materia

⁶ Greenpeace, Aprueban Dos Bocas en tiempo récord, disponible en: <https://www.greenpeace.org/mexico/noticia/3049/aprueban-dos-bocas-en-tiempo-record/>. ... *Es obvio que el gobierno federal es juez y parte, y la ASEA le está facilitando las cosas a Pemex en vez de velar por el patrimonio natural de los mexicanos...*

⁷ <https://www.greenpeace.org/mexico/blog/4419/tren-maya-como-afectara-el-medio-ambiente-y-los-derechos-de-las-comunidades/> ... *Las dependencias a cargo del proyecto del Tren Maya han declarado que no habrá daños ambientales, pues se construirá sobre vías férreas ya construidas; sin embargo, se niegan a realizar estudios técnicos e informar a la sociedad con más detalles y datos sobre este punto ...*

ambiental para que se lleven a cabo. Tal subordinación levanta innecesarias suspicacias en cuanto a la legitimidad de su autorización. Estas cuestiones se hubieran superado si no hubiera un conflicto de intereses entre la autoridad ambiental y la autoridad promotora de estos proyectos, ya que la segunda (el Presidente de la República) es el jefe directo de la primera.

III] La actividad judicial en los conflictos en materia ambiental

La actividad central del poder judicial es, buscando la verdad de los hechos, dirimir conflictos que se dan entre dos o mas partes. Uno de estos conflictos se puede dar entre los particulares y el Estado en el ejercicio de sus facultades. Los procedimientos ambientales son una actividad que el estado realiza, que puede estar sujeta a un procedimiento contencioso administrativo o judicial. Podemos ubicar o clasificar estos procedimientos contenciosos ambientales en dos categorías: i.- aquellos que se refieren a hechos pasados y que el procedimiento contencioso tendrá como objetivo determinar la responsabilidad de alguna de las partes por los daños ocasionados; y ii.- aquellos procedimientos en los que la autoridad hace una ponderación o interpretación de las evidencias presentes y resuelve sobre una situación futura en la mejor de sus habilidades, capacidades, conocimiento y viendo por el mejor interés de todos los posibles involucrados. El presente trabajo versa solo sobre el segundo de los supuestos señalados, ya que el primero tiene todos los elementos de un procedimiento tradicional en el que las partes aportan elementos de prueba sobre hechos pasados y quien resuelve la controversia solo se apoya en dichas pruebas. En cambio, el segundo de los supuestos trastoca los procedimientos judiciales tradicionales en los que se busca conocer la verdad, porque el futuro siempre será incierto y la verdad de lo que vaya a pasar depende de una serie de factores que, de manera ordinaria, los jueces no pueden valorar o llegar a la certeza de los mismos. Haciendo alusión a la dificultad de la prueba en los procesos actuales y complejos, como son los ambientales, el maestro Michelle Taruffo en su libro *La Prueba de los Hechos* señala lo siguiente:

...Naturalmente, siguen siendo posibles y legítimos los análisis jurídicos del derecho de las pruebas: sin embargo, estos son definiciones parciales, ya que están referidos a una sola dimensión, aunque importante, del fenómeno de la prueba. Esto supone que hay que recurrir necesariamente, también, a

métodos provenientes de otros campos del pensamiento, en la medida en que remite necesariamente a problemas de orden general, que precisamente por ello, no pueden ser sensatamente capturados por un conjunto de reglas jurídicas ni comprendidas mediante el recurso exclusivo a las nociones y técnicas de la interpretación jurídica. El tema de la prueba tiene la peculiar característica de remitir inmediata e inevitablemente fuera del proceso, e incluso fuera del derecho, a quien quiera tener una visión del mismo no reducida a unos pocos y no muy significativos fragmentos. No se quiere decir con esto que el análisis jurídico de la prueba carezca de sentido, sino que éste puede tener un significado no marginal solo en la medida en que sea integrado en un análisis adecuado de los aspectos extra-jurídicos del problema de la determinación del hecho.⁸

Lo que nos indica el mencionado autor es justamente la dificultad que se tiene en la valoración de la prueba desde solo un aspecto (el jurídico). Esta aseveración es por demás cierta en materia ambiental, en la que una evidencia central es el dictamen de impacto ambiental obtenido mediante el proceso de evaluación ambiental. Documento que no se puede solo leer, se debe entender y conocer desde la óptica científica y metodológica en la que se realizó.

Esta encrucijada en la que se encuentran los juzgadores en materia ambiental es novedosa y no existe aún una forma exacta de cómo enfrentarla. En México, existe ya una cantidad de precedentes en materia ambiental que han ido dando forma a la importancia de la defensa de dicho derecho humano. Entre los temas interesantes que el poder judicial federal se ha pronunciado y que buscan la protección del derecho humano a un ambiente sano se encuentran: i.- la legitimación de los actores, desde niños, grupos de interés, es decir superan el concepto tradicional del interés jurídico⁹; ii.- la posibilidad de lograr suspensiones sin tener

⁸ TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Editorial Trotta. Tercera Edición 2009. Madrid. p. 23

⁹ Época: Décima Época Registro: 2022208 Instancia: Plenos de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación Publicación: viernes 09 de octubre de 2020 10:19 h Materia(s): (Común) Tesis: PC.IIA. J/18 A (10a.). *LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL. EN LA DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN AMPLIA DE AQUÉLLA, A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA E INICIATIVA PÚBLICA. PLENO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO. Contradicción de tesis 3/2019. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en*

que garantizar los daños y perjuicios;¹⁰ iii.- la corresponsabilidad de los particulares en la protección del medio ambiente¹¹; y iv.- reparaciones de daños en materia ambiental.

Los avances son significativos, sin embargo en el tema de la evaluación ambiental los tribunales se encuentran en una posición complicada, prueba de ello es el precedente respecto a la

Materia Administrativa del Segundo Circuito, así como el Primer Tribunal Colegiado de circuito del Centro auxiliar de la Décima Región, con residencia en Saltillo, Coahuila de Zaragoza. 5 de noviembre de 2019. Unanimidad de cinco votos de los Magistrados Tito Contreras Pastrana (presidente), Julia María del Carmen García González, David Cortés Martínez, Bernardino Carmona León y José Manuel Torres Ángel. Ponente: Julia María del Carmen García González. Secretario: Édgar Salgado Peláez.

¹⁰ ÉPOCA: Décima Época Registro: 2013959 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 40, Marzo de 2017, Tomo II Materia(s): Común, Administrativa Tesis: 2a./J. 19/2017 (10a.)

Página: 1199. *MEDIO AMBIENTE SANO. PARÁMETRO QUE DEBERÁN ATENDER LOS JUZGADORES DE AMPARO, PARA DETERMINAR SI ES DABLE EXIMIR AL QUEJOSO DE OTORGAR GARANTÍA PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN DE ACTOS QUE INVOLUCREN VIOLACIÓN A AQUEL DERECHO HUMANO. [...] Ahora, para determinar si debe eximirse al quejoso de otorgar la caución, los juzgadores de amparo deberán atender a lo siguiente: (I) la violación a dicho derecho debe constituir un aspecto medular del juicio de amparo; (II) el planteamiento deberá encontrarse dirigido a combatir una verdadera afectación al medio ambiente; (III) la afectación aducida deberá ser actual o inminente, y no meramente hipotética o posible; (IV) la vulneración al medio ambiente debe ser una consecuencia directa e inmediata del acto reclamado; y (V) no deberá eximirse del otorgamiento de la garantía cuando el acto reclamado genere un beneficio de carácter social, como en el caso de obra de infraestructura pública, o cuando responda a un esquema de aprovechamiento sustentable; cuestión que corresponderá acreditar a la autoridad responsable al rendir su informe previo.*

¹¹ Época: Décima Época Registro: 2016009 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 50, Enero de 2018, Tomo I Materia(s): Constitucional Tesis: 2a. III/2018 (10a.) Página: 532. *DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. EL ESTADO TIENE LA OBLIGACIÓN DE TOMAR LAS MEDIDAS POSITIVAS TENDIENTES A PROTEGERLO CONTRA ACTOS DE AGENTES NO ESTATALES. El derecho humano referido no se agota con el simple mandato de que las autoridades estatales se abstengan de afectar indebidamente el ambiente -deber de respetar-, sino que conlleva también la diversa obligación de tomar todas las medidas positivas tendientes a protegerlo contra los actos de agentes no estatales que lo pongan en peligro -deber de proteger-. [...] Amparo en revisión 641/2017. Abel Núñez Ramírez y otros. 18 de octubre de 2017. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas y Margarita Beatriz Luna Ramos; votó en contra de consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Disidente: Eduardo Median Mora I. ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Isidro Emmanuel Muñoz Acevedo.*

precaución ambiental¹² que en síntesis señala que, la prevención del daño ambiental libera del análisis probatorio ordinario que el juzgador utiliza generalmente y lo obliga a tomar una postura que en caso de duda en las pruebas, asuma éstas en pro del ambiente, lo que se conoce como el principio *in dubio pro natura* que los tribunales mexicanos deben observar. Entre las ventajas que tiene este principio en materia de protección al ambiente se incluye que una evaluación ambiental, aún cuando analiza y resuelve cuestiones futuras e inciertas, tiene una presunción de validez superior a la de cualquier acto administrativo en general. Los tribunales, al fijar la postura en la que se reconoce la validez de la evaluación de impacto ambiental aún cuando no se especifique el daño que se cause o al reconocer que la incertidumbre científica (que abarca una infinidad de premisas y por ende la posibilidad de una cantidad importante de conclusiones) como una forma de justificar la evaluación ambiental, dejan al solicitante de una evaluación ambiental, pequeño margen para demostrar la viabilidad de la actividad económica que se pretende realizar. En la controversia sobre lo que puede suceder, ésta corre a favor de la no realización de la perturbación (aunque el daño sea medible) del medio ambiente. El razonamiento para esta postura es que un daño ambiental muchas veces es irreversible, mientras que los proyectos comerciales, de la índole que sean, son actividades humanas que siempre pueden mejorarse o proponerse de una forma que procure la menor vulneración al medio ambiente.

En lo que respecta a la controversia de evaluación de impacto ambiental, los tribunales han ido construyendo el tema procesal desde varios frentes, como ya vimos estos incluyen quiénes pueden demandar, qué pueden demandar, pero los precedentes han ido hasta el punto de determinar las cargas procesales de las pruebas. En una resolución por contradicción de tesis¹³, los tribunales federales determinaron que, en materia

¹² ÉPOCA: Décima Época Registro: 2022038 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 77, Agosto de 2020, Tomo VI Materia(s): Administrativa Tesis: III.6o.A.25 A (10a.)
Página: 6206.

PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN EN MATERIA AMBIENTAL. SU NATURALEZA JURÍDICA Y ASPECTOS A CONSIDERAR EN SU APLICACIÓN.

¹³ ÉPOCA: Décima Época Registro: 2022207 Instancia: Plenos de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación Publicación: viernes 09 de octubre de 2020 10:19 h Materia(s): (Común) Tesis: PC.II.A.J/17 A (10a.)

JUICIO DE AMPARO EN MATERIA AMBIENTAL. ANTE LA INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA O TÉCNICA DE LOS RIESGOS O DAÑOS AMBIENTALES QUE

ambiental, la carga de la prueba se revierte contra quien afirma que no hay posible daño ambiental, es decir obliga a la parte que niega que acredite la negación. Esta carga de la prueba es extremadamente difícil de superar, ya que no solo se trata de probar un hecho negativo, sino que además se trata de un hecho futuro negativo. La evaluación de impacto ambiental, al ser una prueba técnica (pericial), de inicio, esta sujeta a que el juzgador la valore a su prudente arbitrio¹⁴, pero esta prueba pericial en particular esta limitada a su valoración tomando en cuenta el principio *pro natura* y los precedentes que hemos comentado.

IV] El uso de los precedentes judiciales a los hechos, la extorsión ambiental

Esta moneda de dos caras, en la que los principios *pro natura* y el razonamiento de *mejor detener que permitir* porque el daño ambiental es irreversible (el principio precautorio), son vistos como una forma de proteger los derechos humanos de cuarta generación, como es el del medio ambiente sano. Es decir, la legislación y en especial los tribunales, han desarrollado un sistema en el que la protección al medio ambiente es accesible, precautorio, con la intención de buscar el rigor científico y que la actividad humana sea sustentable con el futuro mismo de la humanidad y de la posibilidad de seguir contando con los recursos naturales necesarios para las siguientes generaciones. La carga que se le impone a los proyectos de inversión, generalmente inmobiliarios, que pueden afectar el medio ambiente, es consistente con los derechos humanos en general. No tenemos preciso, no hay datos o estadísticas al respecto, de la cantidad de procedimientos contenciosos que tienen una honesta búsqueda de la protección del ambiente, pero son éstos por los que los principios aquí comentados fueron diseñados y su aplicación, por difícil y costosa que pueda ser para desarrollo económico del país o una región, es muy importante observarlos.

El otro lado, con el cumulo de principios y cargas sobre la que pesa la evaluación de impacto ambiental, aunado a la ya de por si complicada labor de poder analizar y juzgar actos presentes

PUDIERAN CAUSARSE, Y ACORDE AL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN, EL JUZGADOR ESTÁ FACULTADO PARA REVERTIR LA CARGA DE LA PRUEBA AL AGENTE POTENCIALMENTE RESPONSABLE

¹⁴ Artículo 211 del Código Federal del Procedimientos Civiles: *El valor de la prueba pericial quedará a la prudente apreciación del tribunal.*

en consecuencias futuras, la función judicial sobre el contenido de una evaluación de impacto ambiental esta muy restringida y limita la actividad judicial a cuestiones de forma y presupuestos procesales. El que, para decidir el fondo de una controversia, encuentre tantas dificultades en un sistema judicial, hace que exista un poder desproporcionado en la sociedad, que muchas veces encuentra intereses perversos en quien se dedica a *defender* este tipo de procedimientos. En la practica profesional no es extraño encontrar *defensores* de un medio ambiente sano cuyo único propósito es extorsionar a personas que realizan actividades económicas¹⁵. Estos extorsionadores encuentran, en el ultimo lugar donde debían encontrar su justificación, en el sistema judicial, que se ve muy limitado para entrar al fondo del asunto y durante el proceso usualmente impiden el desarrollo de la actividad sujeta a escrutinio, en la mayoría de las ocasiones, inclusive, sin que la parte demandante garantice los posibles daños y perjuicios, según el propio criterio que ha adoptado la Suprema Corte de Justicia de la

¹⁵ Acciones colectivas: paraíso de extorsionadores, el mundo del abogado, disponible en: <https://www.voyvengo.mx/revista/opinion/item/acciones-colectivas-paraíso-de-extorsionadores>. ... *Pero aun los más expertos, sin excepción, se dejan deslumbrar por los veredictos millonarios de las acciones colectivas en Estados Unidos y creen que eso se replicará en nuestro país. Creen que mediante una acción colectiva se obligará a determinada compañía a pagar sumas millonarias por el daño que haya hecho al ecosistema o por los defectos en alguno de sus productos o por el daño que el uso de esos productos haya ocasionado a quien, sin deberla ni temerla, resiente sus efectos.*

Esto sólo ha generado las acciones más absurdas y ha servido de incentivo para que abogados que ven su cédula como patente de corso pretendan extorsionar a las grandes empresas. Las asociaciones civiles han brotado como hongos en regadera de baño público. Detrás de ellas no están los defensores de derechos colectivos, ni los protectores de consumidores o del medio ambiente o de la libre competencia. No. Detrás de ellas están abogados que no representan a nadie pero que pretenden lucrar con la contingencia que una acción colectiva le representa a diversos demandados.

... Un ejemplo de esto es una famosa asociación civil de Sinaloa que se ha convertido en todo un actor serial.

A julio de 2016, esta asociación civil había promovido 24 acciones colectivas por distintas causas y en contra de demandados tan diversos como la Comisión Federal de Electricidad; la Junta Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Mazatlán, Sinaloa; el Instituto Mexicano del Seguro Social; la Sociedad Cooperativa de Servicio de Transporte Popular de Mazatlán; la empresa Minera Dos Señores, sociedad anónima de capital variable; la empresa Bachoco, sociedad anónima de capital variable; la empresa Radiomóvil Dipsa, sociedad anónima de capital variable; el Ayuntamiento de Mazatlán; la empresa Grupo México, sociedad anónima bursátil de capital variable; el Acuario de Mazatlán, la empresa Teléfonos de México, sociedad anónima bursátil de capital variable, y Petróleos Mexicanos. Todas estas, más las que se acumulen esta semana.

Es evidente que ésta y las otras asociaciones civiles como ella no se dedican a la promoción y defensa de los intereses y derechos de los consumidores, sino a iniciar acciones colectivas...

Nación en estos casos. Esta deleznable actividad que realizan grupos *protectores* del ambiente, en muchos casos obligan al afectado a llegar a un arreglo económico, que misteriosamente hace que los procesos terminen y la actividad se pueda seguir desarrollando.

V] La debilidad del precedente judicial ante el decreto del 22 de noviembre de 2021

El 22 de noviembre de 2021 se publicó en el Diario Oficial de la Federación¹⁶ un decreto mediante el cual las autoridades ambientales están obligadas a emitir su dictamen dentro de los cinco días siguientes a los que se presente la solicitud correspondiente cuando el proyecto a evaluar sea considerado de interés público y seguridad jurídica. Con este decreto, toda esta construcción por parte del Poder Judicial Federal está a prueba, ya que tendrá que decidir si sostiene sus precedentes o al momento de resolver las controversias (que seguro habrá muchas) deba evaluar distintos proyectos de inversión de gran envergadura, tales como el Aeropuerto de Santa Lucía¹⁷, el Tren Maya y la Refinería de Dos Bocas, utilizando razonamientos de interés público y seguridad nacional, dejando de lado los principios *pro natura* y *precautorio* en materia ambiental para permitir su ejecución. Este gran reto que tiene ante sí el Poder Judicial Federal, en el que deberá optar por las excepciones, recién emitidas, o la aplicación de los principios rectores y protectores de un medio ambiente sano. Si el sistema judicial permite que con usar las palabras *seguridad nacional*, sin tener la obligación de asumir la carga de la

¹⁶ Diario Oficial de la Federación, ACUERDO por el que se instruye a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal a realizar las acciones que se indican, en relación con los proyectos y obras del Gobierno de México considerados de interés público y seguridad nacional, así como prioritarios y estratégicos para el desarrollo nacional. 22 de noviembre de 2021, disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5635985&fecha=22/11/2021&print=true

¹⁷ Ortega, Octavio, Yañez, Brenda, Revocan última suspensión que frenaba Santa Lucía; AMLO alista banderazo, expansión política, disponible en: <https://politica.expansion.mx/mexico/2019/10/16/revocan-ultima-suspension-que-frenaba-santa-lucia-amlo-alista-banderazo> Este miércoles, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa ordenó revocar la última suspensión que detenía la construcción del nuevo aeropuerto para la Ciudad de México en la base militar de Santa Lucía...

... En su conferencia matutina, López Obrador dijo que se toma la decisión de hacer el aeropuerto de Santa Lucía con el argumento de que se trata de un asunto de seguridad nacional, por que hay un sabotaje legal evidente.

prueba, todo el andamiaje jurídico y científico para la protección de un derecho de cuarta generación¹⁸, se desploma y queda a la buena suerte de las futuras generaciones que el proyecto o desarrollo que se realice bajo la premisa de *seguridad nacional* no cause daños irreversibles al medio ambiente.

Los argumentos en contra y a favor de permitir esta postura tan laxa por parte de los tribunales y en especial en quien propone el proyecto o desarrollo a realizar son parte de lo complejo que es poder realizar una correcta interpretación de las evaluaciones de impacto ambiental. Cuando se habla de seguridad nacional, pone un freno al impacto ambiental, ya que de nada sirve aplicar todas las leyes ambientales si vamos a poner la seguridad nacional en juego. Una vez que un proyecto es de seguridad nacional, un tribunal no puede anteponer ningún derecho si la protección del mismo pone en riesgo a quien va a velar por su protección. Entendiendo que, si un proyecto se considera de *seguridad nacional*, indica que el mismo es esencial para la misma existencia de la nación, por lo que el hecho de que el mismo deba de seguir todo el proceso de protección al ambiente, o que sea objeto de escrutinio como cualquier otro proyecto, pasa a segundo plano ya que el mismo permite la existencia de la nación, en palabras muy nacionalistas, sin la nación no hay nada, inclusive medio ambiente que proteger.

Ese nacionalismo exacerbado nos lleva a poner en jaque el estado de derecho y los años que el poder judicial federal lleva desarrollando las distintas teorías para proteger el medio ambiente. Tenemos la facilidad con la que cuenta el Estado para saltar las obligaciones ambientales, y poner en riesgo de la continuidad humana y de la nación, con solo señalar dos palabras: *seguridad nacional*, sin la obligación de la carga probatoria mínima o menor que permita suponer que el riesgo ambiental esta observado y sus consecuencias medidas. La facultad que tiene el Estado de establecer, sin grandes cargas probatorias, el etiquetar un proyecto o desarrollo como de *seguridad nacional* para poder hacer a un lado los principios rectores en materia ambiental. Esto

¹⁸ ALTAMIRANO Dimas Gonzalo. *Los Derechos Humanos de Cuarta Generación Un Acercamiento*. Centro de Estudios Sociales y de Opinion Publica. Mexico, Agosto 2017. Consultado página de interenet https://r.search.yahoo.com/_ylt=AwrCwPSRmb5fGHwAESvv8wt.;_ylu=Y29sbwNiZjEEcG9zAzIEdnRpZAMEc2VjA3Ny/RV=2/RE=1606355473/RO=10/RU=http%3a%2f%2fwww5.diputados.gob.mx%2findex.php%2fesl%2fcontent%2fdownload%2f91160%2f457185%2ffile%2fCESOP-IL-72-14-DerHumaCuartaGeneracion-310817.pdf/RK=2/RS=Zd1v2W7HJptRYOMMoBb7sFzW_6o-

no quiere decir que al Estado se le exima de realizar las gestiones necesarias para evaluar el impacto ambiental, simplemente que dicha evaluación, aún cuando determine que puede existir daño al ambiente, la forma en que se va a enfrentar ese daño o el nivel de daño, no se encuentran sujetos a los principios de medio ambiente estudiados, ya que no hay forma de prevenir judicialmente que estos proyectos se desarrollen. Siempre existirán métodos políticos o de presión social que pueden lograr el mismo cometido que una detención judicial, pero eso no es materia de este trabajo.

Contra el decreto estudiado se presentaron acciones de inconstitucionalidad y amparos por diferentes colectivos de la sociedad civil. Los argumentos los podemos poner en dos grandes rubros, uno es el tema de la transparencia, consistente en que, no se puede impedir entregar información de las autoridades señalando de manera genérica que una obra sea de interés público o seguridad nacional, no es suficiente y que debe ser medida caso por caso, para este tema en particular tanto la Suprema Corte de Justicia como una juez en Quintana Roo otorgaron la suspensión contra los efectos del decreto.

El segundo tema en litigio es respecto a la afirmativa ficta que se concede a las obras de gobierno federal en caso de que no haya respuesta de las autoridades ambientales. La evaluación en materia ambiental se debe realizar de manera previa a cualquier inicio de un proyecto, caso contrario se estaría hablando de la reparación del daño ambiental. Al día que se escribe este pequeño estudio, se otorgaron seis suspensiones provisionales contra el tramo 5 del Tren Maya, todas fueron negadas en la suspensión definitiva. Las ordenes provisionales de suspensión del tramo 5 del Tren Maya fue por no contar con las evaluaciones de impacto ambiental correspondientes¹⁹. La negativa de las suspensiones fue porque supuestamente las autoridades habían cumplido con los requisitos que les faltaban para el tema de la manifestación de impacto ambiental y también respecto al cambio de uso de suelo.²⁰

¹⁹ HIRIART, Pedro, Tren Maya: Juez federal ordena suspensión definitiva de obras en tramo 5, El Financiero, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/2022/05/30/tren-maya-juez-federal-ordena-suspension-definitiva-de-obras-en-tramo-5/>

²⁰ Duro Golpe A Opositores Del Tren Maya; Juez Revoca Suspensiones, Polemón, <https://polemon.mx/duro-golpe-a-opositores-del-tren-maya-juez-revoca-suspensiones/>

En el proyecto denominado Dos Bocas o la Refinería Olmeca, la autoridad dio el visto bueno a la manifestación de impacto ambiental presentada.²¹

El Poder Judicial Federal se encuentra en una importante batalla jurídica en la que debe de una vez por todas decidir si el trabajo hecho hasta el día de hoy en materia ambiental aplica para todos los casos, o si una obra que se le denomina de *seguridad nacional* elimina todos esos precedentes. Hasta el momento es la última de las posiciones la que adoptó el Poder Judicial Federal, por lo que ahora la discusión se deberá centrar en que es *seguridad nacional* para efecto de saber que obras gozan de las ventajas a las que hemos hecho referencia.

VI] Conclusiones

La evaluación del impacto ambiental de la actividad humana es un tema de suma importancia para el desarrollo económico, político y de continuidad de la sociedad. A medida que la ciencia avance y permita una mejor predicción de lo que pueda suceder con la actividad humana, el papel que guardan los tribunales para resolver las controversias en materia ambiental aumentará. Hoy, el Poder Judicial sostiene la mayoría de sus resoluciones en materia de evaluaciones de impacto ambiental, con el tema de las formalidades procesales (legitimación, tanto activa como pasivas, cauciones, suspensiones, quién debe presentar la evaluación), pero respecto al fondo de la materia, es decir, en resolver y valorar el contenido del peritaje o evaluación que se realiza sobre la actividad humana, no hay precedentes relevantes.

El poder judicial encuentra una gran dificultad para resolver temas futuros con elementos probatorios presentes, ya que la certeza del daño ambiental futuro encuentra siempre una dosis de incertidumbre no probada. Esta duda real contrasta con la actividad central de la autoridad judicial, esa que es dirimir controversias exclusivamente de hechos probados o presunciones solidas que permitan inferir un grado importante de certeza de lo sucedido. Esta ultima parte, en el pasado es donde usualmente trabajan las autoridades judiciales, eso no quiere decir que no vean al futuro, pero este lo forjan siempre a partir de hechos pasados y debidamente acreditados.

²¹ Manifestación De Impacto Ambiental Modalidad Regional, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/474074/RESUMEN__11-06-2019_.pdf

Con lo anterior, y como quedó en este establecido trabajo, la actividad judicial no ha encontrado la formula de poder resolver el fondo de los asuntos en materia de evaluaciones ambientales, dejando un enorme hueco de incertidumbre para los inversionistas, un nicho de corrupción en las autoridades y un desmedido oportunismo a quienes ven en esto como una forma desmedida en la cuestión económica (en palabras llanas mediante la extorsión).

El panorama no debe ser negro, hay una importante cantidad de asuntos honestos a los que el poder judicial abre posibilidades para evitar males mayores. Con las resoluciones judiciales actuales también se consiguió que quienes realicen actividades humanas que puedan afectar el medio ambiente sean consientes de las consecuencias y se adapten a la sustentabilidad de un futuro que puede que no veamos.

Como sociedad debemos buscar soluciones para contrarrestar el mal uso que le han dado algunos actores, bajo la bandera de la protección de un medio ambiente sano. Se enlistan algunas formulas jurídicas que pueden disminuir el mal uso del litigio ambiental, en específico cuando se controvierte la evaluación de impacto ambiental:

a) Se debe sancionar económica/penalmente a quien inicie un procedimiento y se desista de él sin haber sentencia o un convenio entre las partes en el litigio. El convenio debe centrarse en la solucionar del problema ambiental, misma que no debe ser solo una compensación económica;

b) Se debe sancionar a las autoridades/particulares que emitan/obtengan una evaluación de impacto ambiental favorable en la que de manera inequívoca se este poniendo en riesgo el medio ambiente sano. En esté punto no se pretende sancionar a quien de buena fe y tomando la mayor información posible emite un dictamen que posteriormente y por elementos novedosos o de distinta interpretación, resulta que debía ser improcedente.

c) Las demandas deben ser claras y precisas en cuanto al daño ambiental que pueden ocasionar y que sería irreversible. Demandas que solamente utilizan las palabras *protección del medio ambiente sano, deterioro de la calidad de vida, daño ecológico* entre otras, sin que haya claridad en el mismo escrito inicial de demanda, donde no se puede conocer cuál sería el efecto que pueda provocar una sentencia para restaurar esos derechos, son demandas que, sin juzgar sobre su procedencia, no deben gozar de los beneficios de precaución o liberación de la caución. En esto, lo que se busca es que el juzgador vea desde un inicio la seriedad de la demanda, en que la parte actora haya estudiado u obtenido la información mínima necesaria para tomar la difícil

decisión de demandar. Con esta precaución evitamos oportunistas que al primer ladrillo que se levanta solicitan la suspensión de las obras, sin tener certeza de que se esta haciendo y porque se está haciendo.

d) Es indispensable definirlos principios generales que deben regir la interpretación de las evaluaciones de impacto ambiental. Esto con el fin de que el juez pueda dictar sobre el fondo del asunto y no solamente en la forma o legitimación de las partes en el juicio. En este caso particular se debe normar la valoración de la prueba con un rigor científico y no al prudente arbitrio del juez. El juez deberá confiar en la ciencia y a los avances tecnológicos que sean el sustento del dictamen de evaluación de impacto ambiental, usando los mismos como su fundamento y motivación y no la valoración clásica de la prueba pericial que es el prudente arbitrio.

Existe un inmenso mundo jurídico por descubrir en materia ambiental. La ruta que México y el poder judicial en particular han emprendido es la correcta, esto no quiere decir que sea perfecta. Debemos trabajar en corregir los errores y abusos que se dan en nombre de la protección al medio ambiente sano. La protección del derecho humano no debe ser impedimento para el desarrollo, crecimiento y enriquecimiento de la sociedad y sus miembros, al contrario, su protección debe ser el motivo por el cual la sociedad realiza todas esas actividades. El aprovecharse de la bondad del derecho humano del medio ambiente sano para obtener un beneficio personal, debe ser castigado severamente por el sistema jurídico existente, pero para ello es importante que el mismo sistema permita reconocer cuando se da ese abuso y cuando el litigio es real.

Al reto anterior hay que agregar la novedad con la que nos estamos enfrentando en estos momentos: la seguridad nacional. El Poder Judicial Federal tomo el derrotero de no aplicar y hacer valer los precedentes judiciales en materia ambiental, que son el fruto de muchos años de trabajo, cuando una obra es designada como de *seguridad nacional*. Entramos a otro escenario en el que será necesario que el Poder Judicial Federal determine qué es *seguridad nacional* para que de ahí establezca qué obras pueden beneficiarse de las ventajas que otorga el decreto y que obras deben observar el largo camino de cumplir a cabalidad y estar sujeto al estricto escrutinio judicial que se ha desarrollado por el mismo poder judicial. Lo que si se debe concluir, es sea cual sea la respuesta del Poder Judicial Federal, el haber renunciado a que todas las obras observen los principios ambientales desarrollados es un gran retroceso en el derecho a un medio ambiente sano, principio constitucional que es difícil de entender, pero por lo visto, mucho más difícil de llevar a la realidad.

¿PACTA SUNT SERVANDA?... sí, siempre que REBUS SIC STANTIBUS (El desarrollo moderno de la cláusula *Rebus sic stantibus*)

DIEGO ROBLES FARÍAS¹

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *Origen de la cláusula Rebus sic stantibus*; III. *Evolución en el derecho europeo y norteamericano (Civil law y Common law)*; IV. *Instrumentos de derecho uniforme que regulan el moderno derecho contractual internacional (Hardship)* V. *Elementos comunes de la regulación de la excesiva onerosidad (Hardship)*

Resumen. El artículo da cuenta del desarrollo que ha tenido la cláusula *Rebus sic stantibus* desde su concepción originaria en el derecho canónico medieval, hasta su moderna configuración en los distintos derechos nacionales y en los instrumentos de derecho uniforme que regulan la contratación internacional. La cláusula *Rebus sic stantibus* atempera el rígido principio de *Pacta sunt servanda* –que constituye la piedra fundamental del derecho contractual– y recupera la equidad y la justicia conmutativa que debe prevalecer en las relaciones contractuales. Se analiza su evolución a través de los distintos derechos nacionales, como el derecho francés (*Teoría de la Imprevisión*), el italiano (*Excesiva onerosidad sobrevenida*), el alemán (*Pérdida de la base del negocio*), el inglés (*Frustración del contrato*) y el norteamericano (*Impracticabilidad comercial*); hasta llegar a su moderna configuración en los instrumentos de derecho uniforme que regulan los contratos internacionales (*Hardship*), como la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT), los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) y los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLACL).

¹ Profesor investigador de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara. Editor de la revista *Perspectiva Jurídica UP*

Palabras clave: *Rebus sic stantibus*, *pacta sunt servanda*, derecho contractual, teoría de la imprevisión.

Abstract. *The article describes the development of the Rebus sic stantibus clause from its original idea in medieval canon law, to its modern interpretation in the different national laws and in the uniform law instruments that regulate international contracts. The Rebus sic stantibus clause tempers the rigid principle of Pacta sunt servanda - which is the cornerstone of contract law - and recovers the equity and commutative justice that must prevail in contractual relations. Its evolution is analyzed through the different national laws, such as French law (Theory of unforeseeability), Italian law (Hardship), German law (Loss of the basis of the business), English law (Frustration of the contract) and North American law (Commercial impracticability); up to its modern interpretation in the uniform law instruments regulating international contracts (Hardship), such as the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT Principles), the Principles of European Contract Law (PECL), the Draft Common Frame of Reference (DCFR) and the Latin American Principles of Contract Law (PLACL).*

Keywords: *Rebus sic stantibus*, *pacta sunt servanda*, Contract law, Hardship.

I | Introducción

El derecho de las obligaciones y de los contratos ha tenido un desarrollo extraordinario. Una muestra de ello la encontramos en la evolución que ha tenido la cláusula *Rebus sic stantibus*, concebida por los canonistas de la edad media. Aunque las codificaciones del siglo diecinueve la rechazaron, en la actualidad ha sido recuperada por los principales códigos europeos y americanos pertenecientes al *civil law*, por el derecho anglosajón o del *common law* y, sobre todo, por los modernos instrumentos de derecho uniforme que han aparecido para regular los contratos internacionales.

La cláusula *Rebus sic stantibus* atempera, por así decirlo, al rígido principio de *Pacta sunt servanda*, que constituye la piedra fundamental del derecho contractual. Este último aforismo obliga a las partes a someterse a lo establecido en el contrato. *Pacta sunt servanda* coloca a los contratantes en una posición inamovible: el

contrato debe cumplirse en sus términos, a pesar de que las circunstancias existentes al celebrarlo cambien radicalmente de manera imprevisible, provocando que la carga que corresponde al deudor se torne excesivamente onerosa y se rompa la justicia conmutativa que debe imperar en las transacciones entre particulares. Igual resultado encontramos cuando el cambio extraordinario de circunstancias ocasiona que la prestación debida deje de tener utilidad para la parte acreedora.

La cláusula *Rebus sic stantibus*, permite recuperar la equidad contractual ajustando las prestaciones para reestablecer su equivalencia o, en su caso, extinguir el contrato y liberar a las partes. El título del presente artículo: *Pacta sunt servanda... sí, siempre que Rebus sic stantibus*, pretende resaltar el sentido correlacionado de ambos aforismos. Por regla general, el contrato debe cumplirse en sus términos, a menos que las circunstancias prevalecientes al crearlo cambien sustancialmente y de manera imprevisible y además hagan excesivamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, o bien, que dicho cambio en las circunstancias frustre totalmente el propósito por el que alguna de las partes celebró el contrato.

Haremos un recorrido por la evolución que ha tenido la cláusula *Rebus sic stantibus*, desde su origen hasta su moderna configuración. Veremos que dicha cláusula refleja los cambios que se han producido en la concepción del derecho contractual, un derecho más justo y equitativo, con enfoque social, que se distancia de su configuración originaria: un mecanismo ideado para que el acreedor pudiera ejercer su derecho de crédito a toda costa; que veía al deudor sometido a la voluntad omnímoda del acreedor. Ahora, en la moderna teoría de las relaciones jurídicas obligatorias, acreedor y deudor se encuentran en un mismo plano, con derechos y obligaciones recíprocos, encaminados a que ambos —no solo el acreedor— logren la realización de los objetivos que los impulsaron a contratar. La cláusula *Rebus sic stantibus* ayuda a lograr ese objetivo, recuperando la justicia conmutativa que debe prevalecer en las relaciones contractuales.

Para entender el tema que nos ocupa, es preciso distinguir entre tres circunstancias provocadas por acontecimientos extraordinarios supervinientes, que pueden incidir en el cumplimiento de un contrato: i) la imposibilidad del cumplimiento, ii) la distorsión o rompimiento del equilibrio entre las prestaciones y iii) la frustración del propósito del contrato.² Para ello utilizaremos

² ZWEIGERT, Konrad & KOTZ, Hein, *Introduction to comparative law*, 30. revised edition, Translated from German by Tony Weir, Clarendon Press, Oxford, 1998, p.516 y ss

el ejemplo del *Glifosato*,³ el herbicida más utilizado en el mundo patentado por la empresa Monsanto, el cual paulatinamente ha sido prohibido en muchos países.

El Glifosato, como hemos dicho, es el herbicida más utilizado por los agricultores en todo el mundo, al acabar con las malas hierbas, ha incrementado la producción agrícola en el mundo; fomentado las exportaciones de productos alimenticios, lo que redundaba en una utilidad evidente para la alimentación mundial. Sin embargo, el herbicida acaba también con las abejas, provocando un daño ecológico importantísimo, por lo que muchos países han optado por prohibir su utilización. México prohibió la producción, fabricación y utilización del Glifosato por decreto del 31 de diciembre de 2020.

i). *Imposibilidad*. Supongamos que Monsanto tiene una planta en México que produce exclusivamente Glifosato y ha celebrado contratos con agricultores nacionales para proveer el herbicida producido en esa instalación. La prohibición hará que el cumplimiento de los contratos por parte de Monsanto sea imposible. En consecuencia, las partes quedarán liberadas sin responsabilidad alguna, en virtud del principio que reza: *ad impossibilia nemo tenetur* (a lo imposible nadie está obligado).

ii). *Distorsión o rompimiento del equilibrio entre las prestaciones*. Supongamos que otro país no prohíbe la utilización del Glifosato, pero impone altísimos aranceles a su importación con la finalidad de desmotivar su uso. Un distribuidor de Monsanto domiciliado en ese país, había celebrado contratos de suministro a largo plazo y precio fijo con agricultores nacionales. No obstante que los contratos pueden cumplirse, la prestación a cargo del distribuidor se vuelve excesivamente onerosa, pues además del costo del herbicida, debe cubrir el alto arancel de importación.

iii). *Frustración del propósito del contrato*. Monsanto y un distribuidor internacional de productos para la agricultura, celebran un contrato que señala que el único propósito es exportar el herbicida a México. La prohibición decretada por el gobierno mexicano frustra totalmente el propósito para el cual se celebró el contrato, pues a pesar de la prohibición, el productor (Monsanto) puede seguir fabricándolo en sus distintas plantas, el distribuidor puede recibirlo y pagarlo, pero no podrá venderlo en México.

Es claro que, en el caso de la imposibilidad superviniente, las partes quedan liberadas sin ninguna responsabilidad, dado el principio *ad impossibilia nemo tenetur*. Pero en los otros dos

³ El Glifosato es un herbicida patentado en 1974 por la empresa transnacional Monsanto. La patente venció en el año 2000.

supuestos —la distorsión o rompimiento del equilibrio entre las prestaciones y la frustración del propósito del contrato—no parece justo que el contrato deba cumplirse forzosamente conforme al principio de *Pacta sunt servanda*. La equidad invita más bien a que se recupere el equilibrio entre las prestaciones y se reestablezca la conmutatividad del contrato, o bien, que se libere a las partes, dada la injusticia evidente causada por el cambio de circunstancias. En la distorsión o rompimiento del equilibrio entre las prestaciones y en la frustración del propósito del contrato, es donde cobra relevancia la cláusula *Rebus sic stantibus*, así como las teorías que le siguieron en una evolución continuada, como veremos en el desarrollo del presente trabajo.

II] Origen de la cláusula *Rebus sic stantibus*

La configuración de la cláusula *Rebus sic stantibus* corresponde al derecho canónico. Los canonistas de la edad media se dieron cuenta que el principio *Pacta sunt servanda* frecuentemente generaba una evidente injusticia cuando por variaciones de las circunstancias originales, se rompía la equidad del contrato. Por ser contrario a la moral cristiana, condenaban el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas de otro y por ello consideraban que no debía tenerse en cuenta exclusivamente la inequidad existente al momento de la celebración del contrato, sino también la que resultaba de las variaciones posteriores de las circunstancias. Ambas eran consideradas como usura. Para resolverlo, establecieron que en todo contrato debía tenerse como sobreentendida la cláusula *Rebus sic stantibus*, según la cual las partes sujetaban de manera implícita sus respectivas obligaciones a que las condiciones existentes al celebrarse el contrato no variaran substancialmente.⁴

Los canonistas justificaron la cláusula mencionada en ideas propias de la filosofía moral, principalmente en Seneca, Cicerón, Agustín de Hipona y Tomás de Aquino. El razonamiento inicial lo encontramos en Seneca: *Todas las circunstancias deben ser las mismas que fueron cuando hice la promesa para que pueda obligar*

⁴ PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, *Tratado práctico de derecho francés*, tomo IV, Primera parte, De las Obligaciones, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México.

mi fidelidad.⁵ Le siguieron Cicerón⁶ y Agustín de Hipona⁷ con el famoso argumento de la devolución de la espada. Cicerón y San Agustín afirmaban que no siempre se está obligado a cumplir las promesas, sobre todo cuando han cambiado las circunstancias, como el deber de devolver una espada a quien nos la ha prestado en su sano juicio. Si este último se ha vuelto loco y viene enfurecido a solicitarla, es evidente que no hay que entregársela, pues podría causarse daño o dañar a otro.

El razonamiento se incorporó al *Decreto de Graciano*,⁸ como parte del *Corpus Iuris Canonici*. Precisamente fueron los canonistas, al comentar el canon en cuestión, los que extrajeron consecuencias jurídicas, al señalar que la regla *Pacta sunt servanda* está sujeta a la condición de que las circunstancias no cambien significativamente. Tomás de Aquino secundó la doctrina de los canonistas estableciendo que el incumplimiento de una promesa no puede calificarse como pecado, cuando han cambiado las circunstancias personales o reales del caso, pues para estar obligado a cumplir una promesa, ninguna circunstancia debe haber cambiado.⁹ Acursio, Bartolo de Saxoferrato y Baldo de Ubaldis, juristas del *mos italicus*, introdujeron la cláusula *Rebus sic stantibus* al derecho civil. Hugo Grocio (1583-1645) y Samuel Puffendorf

⁵ SENECA (65 dC), *De beneficiis*, Lib. IV, XXXV, 3

⁶ *Resulta pues, que no siempre estamos obligados a dar cumplimiento a las promesas, como tampoco a restituir los depósitos. Porque si alguno en su sano juicio te entregare una espada y viniere enloquecido a reclamártela, devolverla sería un delito y no hacerlo, cumplir con el deber.* CICERÓN, Marco Tulio (106-43 aC), *De officiis*, 3, XXV, 95,

⁷ *Lo que tiene doble sentido tampoco ha de decirse que es mentira, como por ejemplo, si a alguno le ha sido entregada una espada y promete que ha de devolverla cuando se la pida el que se la entregó; mas si éste, trastornado, reclamase su espada, es evidente que entonces no debe devolversela, para que no se mate o mate a otros, hasta en tanto no recobre el juicio. Aquí no existe la doblez del corazón porque aquel a quien se entregó la espada cuando prometía que había de entregarla al peticionario no pensaba que pudiera exigirla estando trastornado.* AGUSTÍN DE HIPONA (354-430 dC), *Enarrationes in psalmos* (V, 7).

⁸ El Decreto de Graciano es una obra del siglo XII perteneciente al Derecho canónico que trata de conciliar la totalidad de las normas canónicas existentes desde siglos anteriores, muchas de ellas opuestas entre sí. Su autor fue el monje jurista Graciano que lo redactó entre los años 1140 y 1142.

⁹ *El que prometió algo, si tiene intención de cumplirlo, no mintió, porque no habla en contra de lo que piensa. Si, en cambio, no lo cumple despues, parece que falta a la fidelidad al cambiar su intención. Sin embargo, puede excusarse de esta infidelidad por dos razones: la una, porque se prometió algo pecaminoso y entonces hace bien en cambiar de intención. O tambien porque han cambiado las condiciones personales o reales del caso, porque según Seneca, para estar obligado a cumplir una promesa, ninguna circunstancia debe cambiar.* TOMÁS DE AQUINO (1225-1274) *Summa Theologica, Secunda Secundae*, q. 110, art. 3, ad5.

(1632-1694) consideraron adecuada la cláusula *Rebus sic stantibus*, a pesar de que era contraria al principio *Pacta sunt servanda*, pero la circunscribieron a que el cambio de las circunstancias volviera imposible la única razón por la que las partes habían negociado o bien su motivo determinante. Finalmente, correspondió al jurista Agustín Leyser (1683-1752) redactarla en la forma en que es conocida hasta nuestra época, sujetando su eficacia a la imprevisibilidad del cambio y que el deudor no la haya provocado.¹⁰

La doctrina que gira en torno a la cláusula *Rebus sic stantibus* fue rechazada por las codificaciones del siglo XIX pues la consideraron contraria al liberalismo e individualismo imperante en la época y, sobre todo, por ser opuesta a la autonomía privada y a la certeza jurídica.¹¹

III] Evolución en el derecho europeo y norteamericano (*civil law y common law*)

En el presente apartado veremos la forma en que la cláusula *Rebus sic stantibus* se ha venido integrado a las legislaciones europeas. Decíamos que las codificaciones del siglo XIX no la habían tomado en cuenta, pues los códigos fueron producto de la filosofía de la Ilustración, que enarbolaba los principios de liberalismo e igualdad emanados de la Revolución Francesa. El hecho de que la cláusula *Rebus sic stantibus* se considerara sobreentendida o implícita en los contratos, era contrario a los principios de autonomía privada y libertad de contratación, piedras fundamentales del liberalismo jurídico y provocaban inseguridad jurídica.

Sin embargo, la Primera Guerra Mundial y la crisis económica que le siguió, provocaron un cambio en la percepción del principio de *Pacta sunt servanda*. La fidelidad incondicional a la letra del contrato, que postulaba dicho principio, comenzó a considerarse evidentemente injusta, sobre todo para aquel cuya prestación se volvía excesivamente onerosa. Los tribunales en Inglaterra, Francia, Alemania y España entre otros, empezaron a considerar dichas inequidades provocadas por el cambio en las

¹⁰ "Debemos entender, como claramente lo explica Seneca, en el libro 4 de Los Deberes, que todo pacto y toda promesa deben cumplirse siempre y cuando todas las circunstancias permanezcan sin alteración." LEYSER, Agustín (1683-1752) *Meditationes ad Pandectas*, spec. XL, IV.

¹¹ Para un estudio de la evolución de la cláusula *Rebus sic stantibus*, consultar: RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *Teoría General de las Obligaciones*, editorial Porrúa, México, 2005, pp 188 y ss.

circunstancias del contrato y a liberar a las partes o ajustar las prestaciones contractuales.¹² A continuación veremos cómo ha evolucionado la cláusula *Rebus sic stantibus* en la doctrina y la legislación de los distintos países europeos.

3.1. *Doctrina de la cláusula Rebus sic stantibus*. La doctrina clásica que enarbó la cláusula *Rebus sic stantibus*, tiene su origen, como hemos dicho, en el derecho canónico y es producto del pensamiento jurídico medieval. Sin embargo, a pesar de todos los autores que durante siglos la respaldaron e intentaron modernizarla, ahora se tiene la convicción de que dicha doctrina clásica no es satisfactoria. En efecto, la sustitución de la voluntad real de las partes, contenida en el acuerdo de voluntades, por una voluntad implícita o sobreentendida que la modifica, se considera una solución ficticia y artificial. Es ficticia porque los efectos jurídicos que se producen en la relación obligatoria por la modificación de las circunstancias, no tienen su origen en la voluntad real o presunta de las partes, sino en esa supuesta sustitución de la voluntad real por la voluntad implícita.

Por otro lado, se afirma que la doctrina es artificial por ser demasiado vaga, pues se limita a establecer que las obligaciones emanadas de un contrato se mantienen en tanto las cosas continúen en el mismo estado, pero no puntualiza qué cosas son las que deben mantenerse inalteradas, tampoco cuáles son los efectos de la modificación de tal estado de cosas.¹³

3.2. *Teoría de la Imprevisión (Francia)*. Tratando de complementar la cláusula *Rebus sic stantibus*, los autores franceses y la jurisprudencia de aquel país, formularon la *Teoría de la imprevisión*. Para los autores franceses no bastaba que las circunstancias hubieran cambiado, como lo establecía la cláusula anterior, sino que era preciso que el cambio fuera de carácter extraordinario y sobre todo imprevisible, de ahí el nombre de su teoría. De ese modo, las obligaciones contenidas en un contrato, que habían sido efectivamente pactadas por las partes tomando en cuenta la situación existente al momento de su perfeccionamiento,

¹² Los casos de la Coronación en Inglaterra, la Diligencia París-Rouen en Francia, la Base del negocio y cumplimiento del contrato en Alemania y el caso Mas contra Carsi en España son ejemplos de resoluciones que toman en cuenta el cambio de circunstancias. Vid. DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, *Las Relaciones Obligatorias*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 887

¹³ DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, *Las Relaciones Obligatorias*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 889

se consideraban modificadas cuando sobrevenían circunstancias extraordinarias e imprevisibles, lo que ocasionaba que las partes quedaran sujetas a una reglamentación distinta –que no había sido pensada ni querida por los contratantes– provocada por el cambio de las circunstancias.

Como puede apreciarse, la teoría de la imprevisión tampoco resultaba satisfactoria, pues, en primer lugar, iba en contra de la autonomía privada al otorgar efectos jurídicos a situaciones imprevisibles que no habían sido queridas ni acordadas por las partes. Se consideraba que las partes habían podido expresar libremente su autonomía privada y, si no lo hicieron, debían afrontar su propio riesgo. En segundo lugar, no bastaba que los acontecimientos que modificaron la relación obligatoria originaria hubieran sido imprevisibles, además, era preciso que la prestación se volviera excesivamente onerosa, se rompieran las bases originales del negocio o se frustrara el fin perseguido por los contratantes, como veremos más adelante en las teorías italiana y alemana.

La Teoría de la imprevisión no se había regulado en el Código civil francés. Fue una teoría desarrollada por la doctrina y por la jurisprudencia de aquel país restringida al derecho administrativo y sin aplicación al derecho civil. Tuvo que venir la reforma de 2016 al *Code Civil*,¹⁴ –la más importante desde su promulgación en 1804, en la que se modificó integralmente el derecho de las obligaciones y contratos– para que el cambio imprevisible de circunstancias, que hace excesivamente oneroso el cumplimiento, quedara finalmente regulado en el *Code*. Dicho cambio de circunstancias imprevisibles permite a las partes renegociar el contrato para recuperar su equilibrio. En caso de rechazo o fracaso en la renegociación, pueden las partes acordar la terminación o resolución del contrato, o bien, de común acuerdo, solicitar al tribunal su adaptación. Si no hay acuerdo, cualquiera de las partes podrá pedir al juez la adaptación o terminación del contrato.

La disposición agregada al *Code Civil* en 2016 –con influencia evidente del derecho contractual internacional, como veremos adelante– quedó redactada en los siguientes términos:

¹⁴ La reforma al Código Civil francés de 2016 se promulgó mediante Ordenanza 2016-131, presentada al Congreso de Ministros el 10 de febrero de 2016 y publicada en el Diario oficial al día siguiente, para entrar en vigor el 1º de octubre del mismo año. Vid. MÉJAN, Luis Manuel C., *Reforma al Régimen Civil de las Obligaciones en el Código Civil Francés*, Revista Perspectiva Jurídica UP, No. 12, semestre 1, 2019, enero a junio de 2019.

ARTÍCULO 1195. Si un cambio imprevisto en las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato hace que el cumplimiento sea excesivamente oneroso para una parte que no había aceptado asumir el riesgo, dicha parte puede solicitar a la otra la renegociación del contrato. Las obligaciones deben seguirse cumpliendo durante la renegociación.

Si la renegociación se rechaza o fracasa, las partes pueden acordar rescindir el contrato en la fecha y condiciones que determinen, o solicitar al tribunal, de mutuo acuerdo, la adaptación del contrato.

Si no se llega a un acuerdo en un plazo razonable, el juez puede, a petición de una de las partes, revisar el contrato o rescindirlo, en la fecha y condiciones que determine.

3.3. *Teoría de la excesiva onerosidad de la prestación o Excessiva Onerosità Sopravvenuta (Italia).* La doctrina italiana consideró que no bastaba el cambio imprevisible de las circunstancias para modificar la relación contractual, sino que además era preciso que los eventos supervenientes provocaran la *excesiva onerosidad* de una de las prestaciones recíprocas. Como se aprecia, la italiana supera a las dos teorías anteriores, al complementar el proceso evolutivo de la figura. La *Rebus sic stantibus* se refería solo a los cambios extraordinarios; la de la de la imprevisión (Francia) establece que los acontecimientos que provocan dichos cambios deben ser imprevisibles y la italiana señala que además deben provocar una excesiva onerosidad sobrevenida en la prestación a cargo de uno de los contratantes.

La Teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida (*Excessiva Onerosità Sopravvenuta*) de la prestación se encuentra regulada por el Código Civil italiano de 1943 en los siguientes términos:

Artículo 1467. En los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución aplazada y en el caso de que la obligación de una de las partes se haya hecho excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que esté obligada a dicho cumplimiento podrá exigir la resolución del contrato con los efectos previstos en el art. 1458. La resolución no puede exigirse si la onerosidad sobrevenida forma parte del riesgo normal del contrato. La parte contra la que se pide la resolución puede impedirlo ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.

Como se aprecia, los efectos de la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación consisten en la posibilidad de que la parte afectada exija la resolución del contrato. No obstante, la

contraparte puede evitar la resolución ofreciendo una modificación equitativa, es decir, la adaptación del contrato.

En la regulación italiana, la excesiva onerosidad se contempla no solo en los contratos onerosos, sino también en los gratuitos. En los primeros, la excesiva onerosidad consistirá en la desproporción entre el valor de las prestaciones, de manera que se pierda la equivalencia entre ellas. En los contratos gratuitos consistirá en una desproporción sobrevenida entre el valor originario de la prestación y su valor sucesivo. Como puede verse, en Italia se exige que, en los contratos onerosos al igual que en los gratuitos, el *alea* de la parte obligada se mantenga dentro de los límites de la normalidad y ello justifica la reducción equitativa de la prestación a cargo del obligado.¹⁵

Sin embargo, la Teoría de la excesiva onerosidad, aunque mejor que sus antecesoras, se considera incompleta, porque solamente resuelve los supuestos en que los acontecimientos supervenientes entrañan una desproporción o desequilibrio en las prestaciones recíprocas, haciendo que una de ellas sea excesivamente onerosa, pero nada resuelve respecto de aquellos casos en que los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles ocasionen que se pierda la finalidad objetiva del contrato, es decir, que para alguna de las partes, la prestación que le corresponde pierda totalmente su utilidad y por lo tanto, para ella el contrato carezca de sentido, a pesar de que se mantenga el equilibrio económico entre las prestaciones. Lo anterior fue remediado por la doctrina alemana de la pérdida de la base del negocio, como veremos en el siguiente apartado.

3.4. *Teoría de la pérdida de la base del negocio o Wegfall der Geschäftsgrundlage (Alemania)*. Corresponde a la doctrina alemana, a través de Karl Larenz,¹⁶ el desarrollo más acabado de la doctrina que nos ocupa. Para el autor alemán, el cambio en las circunstancias existentes al celebrar el contrato, solo es relevante cuando se pierde o desaparece la base del negocio (*Wegfall der*

¹⁵ ORDUÑA MORENO, Francisco Javier y MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María, *La Moderna Configuración de la Cláusula Rebus sic stantibus, Desarrollo de la Nueva Doctrina Jurisprudencial Aplicable y Derecho Comparado*, Civitas/Thomson Reuters, Segunda edición, España, 2017, pp. 37-38

¹⁶ LARENZ, Karl, *Base del Negocio y Cumplimiento de los Contratos*, Ediciones jurídicas Olejnik, Colección Biblioteca de derecho privado, Santiago de Chile, 2018.

Geschäftsgrundlage).¹⁷ Larenz distingue entre la base del negocio subjetiva y la base del negocio objetiva.

Desaparece la *base del negocio subjetiva*, cuando ambas partes han celebrado el contrato tomando en cuenta determinadas circunstancias cuya persistencia era subjetivamente esperada por ellas y que fueron determinantes para su celebración. En cambio, desaparece la *base del negocio objetiva*, cuando la subsistencia de las condiciones existentes al momento de celebrar el contrato era una condición objetivamente necesaria para que el acuerdo pudiera seguir subsistiendo como una reglamentación de intereses dotada de sentido.

En ese tenor, la *base del negocio subjetiva* está constituida por esas expectativas comunes a ambos contratantes que fueron tomadas en cuenta para entrar en la relación contractual. Dichas expectativas deben ser comunes a ambas partes, pues no basta que correspondan a lo que espera una sola de ellas, aunque sea conocida por la otra parte y no haya sido rechazada expresamente. Por otra parte, la *base del negocio objetiva* es ese conjunto de circunstancias de hecho, presentes al momento de celebrar el contrato, cuya subsistencia es absoluta y objetivamente necesaria para dotar al contrato de sentido y que pueda seguir subsistiendo.

Para la doctrina alemana, la *base del negocio objetiva* desaparece cuando en virtud del cambio superveniente de las circunstancias, se pierde la relación de equivalencia o conmutatividad entre las prestaciones recíprocas. También se pierde, cuando el cambio en las circunstancias frustra la finalidad objetiva del contrato, es decir, cuando dicha finalidad, expresada en el contenido del contrato, resulta inalcanzable para alguno de los contratantes, a pesar de que el cumplimiento de las prestaciones recíprocas sea posible.

La doctrina de Larenz fue acogida por la legislación alemana mediante la Ley de Reforma del Derecho de las Obligaciones que entró en vigor en enero de 2002¹⁸ y que introdujo al Código Civil

¹⁷ El término *Geschäftsgrundlage* (Base del negocio) procede de una obra de OERTMAN, publicado en 1921. El autor define la base del negocio como aquellas representaciones comunes a ambas partes o propias de una de ellas, pero conocida por la otra y a la que no formula ninguna objeción, que se refieren a la existencia o a la supervivencia de determinadas circunstancias que constituyen el fundamento de la voluntad negocial. Vid. ORDUÑA MORENO, Francisco Javier y MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María, *La Moderna Configuración de la Cláusula Rebus sic stantibus, Desarrollo de la Nueva Doctrina Jurisprudencial Aplicable y Derecho Comparado*, opus cit. p.38

¹⁸ Vid. ZIMMERMANN, Reinhard, *El Nuevo Derecho Alemán de Obligaciones, Un Análisis desde la Historia y el Derecho Comparado*, Traducción de Esther Arroyo i Amayuelas, Editorial Bosch, Barcelona, 2008.

Alemán (BGB) el párrafo 313, que expresamente regula la pérdida de la base del negocio en los siguientes términos:

*Parágrafo 313. Modificación de las bases del contrato*¹⁹

(1) Si con posterioridad a la celebración del contrato se han modificado de modo substancial las circunstancias que han devenido la base del contrato y, de haber previsto esta modificación, las partes no hubieran celebrado el contrato o lo hubieran celebrado con otro contenido, puede exigirse la adaptación del contrato en la medida en que no pueda exigirse a una parte el mantenimiento del contrato no modificado, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, especialmente la distribución legal o contractual del riesgo.

(2) Se equipara a una modificación de las circunstancias el hecho que presupuestos esenciales, que han devenido la base del contrato, resulten falsos.

(3) Si no es posible o no es exigible a una parte una adaptación del contrato, la parte perjudicada puede resolver el contrato. Para las relaciones obligatorias continuadas, en lugar del derecho de resolución rige el derecho de denuncia.

Como se aprecia, el cambio en las bases del contrato, en los términos de la legislación alemana, tiene como consecuencia la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo para adaptar el contrato y en caso de que no puedan lograrlo, la parte afectada por cambio de circunstancias puede solicitar judicialmente la resolución del mismo.

3.5. *La Frustración del fin del contrato o Frustration of contract (Inglaterra).* El caso *Krell v. Henry*, resuelto por sentencia del 11 de agosto de 1903 de la *Court of Appeal of England and Wales (Civil Division)*, es considerado como el caso del Derecho inglés que dio origen a la doctrina de la *Frustración del fin del contrato*. Los hechos ocurrieron así: el 20 de junio de 1902, las partes celebraron un contrato mediante el cual, Paul Krell como arrendador, había rentado a Henry, un departamento en Pall Mall los días 26 y 27 de junio de ese mismo año. Se había anunciado que en esa fecha se realizaría el desfile de coronación del Rey de Inglaterra, no obstante, el contrato no contenía ninguna mención expresa a dichos desfiles. Como el evento se suspendió debido a una grave enfermedad del rey, la demandada se negó a pagar el monto del arrendamiento y, en consecuencia, Paul Krell demandó

¹⁹ LAMARCA Marqués, Albert (traductor), *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008

el cumplimiento del contrato, conforme al principio *Pacta sunt servanda*; a su vez, Henry reconvino por la devolución del depósito realizado para reservar el departamento.

Henry, en su reconvención, argumentó que, al no llevarse a cabo el desfile, la causa determinante del acto (*consideration*) había desaparecido. El juez de primera instancia sostuvo que en el contrato había una condición implícita, conforme a la cual, el pacto estaba subordinado a la realización del desfile de coronación. El juez falló a favor del demandado y contra dicha sentencia, Krell apeló. La *Civil Division de la Court of Appeal*, resolvió que el contrato se debía considerar subordinado a una condición implícita conforme a la cual, al momento del cumplimiento, dicha situación debía continuar existiendo (*rebus sic stantibus*). A pesar de que el contrato nada decía acerca del evento de coronación, se consideró probada dicha circunstancia porque el anuncio de la oferta de alquiler del departamento decía que el desfile de coronación pasaría frente a su ventana.²⁰

Esa sentencia es importante porque cambió el sistema de responsabilidad contractual del *common law*, un sistema de responsabilidad estricta (*strict liability*) en el que se exige la responsabilidad del deudor incluso en el caso de que no exista culpa o negligencia como causa de su incumplimiento. En efecto, en el *common law*, como regla general, se considera que la imposibilidad no libera al deudor del cumplimiento, es decir, que éste es responsable por el incumplimiento sin importar que el mismo sea imposible o se dé por caso fortuito o fuerza mayor.

Lo anterior se explica por las características del sistema anglosajón de la responsabilidad contractual basado, como lo mencionamos, en la responsabilidad estricta (*strict liability*) y su diferencia con el sistema latino basado en la *culpa*. En el *common law*, por regla general, el contratante debe garantizar el cumplimiento a cualquier costa. Por ello, el incumplimiento siempre se traduce en la obligación de pagar una suma de dinero por concepto de indemnización de daños y perjuicios (*damages*). Así las cosas, el cumplimiento de una obligación contractual no puede ser considerado imposible. En cambio, el *civil law*, en caso de incumplimiento, si no hay *culpa*, el obligado queda liberado; en caso contrario, es posible exigir al deudor el cumplimiento específico (la misma cosa debida) o una indemnización económica,

²⁰ GARAVENTA, Carlos Adrián y MANIN, María Soledad, Sobre los Orígenes de la Doctrina de la Frustración del fin del Contrato: Comentario al fallo *Krell v. Henry*, <http://www.derecho.uba.ar > lye > garaventa-manin>.

en ambos casos adicionando los correspondientes daños y perjuicios.²¹

Como se aprecia, el *common law* inglés originalmente adoptó una posición muy estricta en el sentido de que no podía excusarse de la responsabilidad por el incumplimiento, a pesar de que el mismo fuera causado por circunstancias que estuvieran fuera del control de la parte que incumpliera el contrato. Sin embargo, esa posición extrema fue suavisándose hasta considerar resueltos los contratos en caso de imposibilidad o frustración del contrato.

A partir del caso *Krell vs. Henry*, el derecho inglés admite la liberación del deudor en los siguientes casos: i). cuando el cumplimiento del contrato sea imposible; ii). Cuando, como consecuencia del cambio de circunstancias, se haya frustrado el propósito o fin principal de una de las partes y, iii). cuando el cumplimiento no sea imposible, pero sea mucho más oneroso que lo previsto en un principio. Siempre que el deudor se coloque en alguna de las situaciones mencionadas, quedará desligado del contrato y tampoco deberá pagar daños y perjuicios.

La frustración del fin del contrato libera a ambas partes de sus obligaciones pendientes de manera automática (*ipso facto*). En caso de que alguna de las partes ya hubiera cumplido parcialmente, tiene derecho a recuperar lo que hubiera entregado en virtud de la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* promulgada en 1943,²² que evita el enriquecimiento injusto de una de las partes en perjuicio de la otra.

Como se aprecia, el derecho inglés solo prevé la liberación en caso de *frustration* y no el ajuste o adaptación del contrato. Lo anterior en virtud de que la adecuación se considera indeseable pues provoca inseguridad jurídica y además supondría habilitar a los tribunales para crear obligaciones contractuales a nombre de las partes.

3.6. *Teoría de la Impracticabilidad comercial o Commercial impracticability (Estados Unidos)*. Pese a su origen en el derecho inglés, la doctrina de la frustración se reconoce de igual forma en el derecho norteamericano, en donde también se desarrolló una teoría paralela: la de la *commercial impracticability*.

²¹ Vid. SCHWENZER, Ingeborg & MUÑOZ, Edgardo, *Global Sales and Contract law*, Oxford University Press, second edition, United Kingdom, 2022, p. 697, par. 45.07

²² *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* promulgada en 1943 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/section/1> (revisado el 20 de septiembre 2022)

La regulación de la doctrina de la *frustration*, la encontramos en los *Restatements (second) of Contracts*²³ como sigue:

§ 265. *Discharge by Supervening Frustration*

Where, after a contract is made, a party's principal purpose is substantially frustrated without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his remaining duties to render performance are discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.

La principal diferencia con el derecho inglés, es que la *frustration* como es entendida en los Estados Unidos no nulifica o invalida el contrato de manera automática (*ipso facto*), sino que protege a la parte que invoca la frustración del contrato contra el pago de daños y otorga al co-contratante el derecho de resolver el contrato si así lo desea.²⁴

Por su parte, la doctrina de la *commercial impracticability*, surge en el derecho norteamericano con el caso *Mineral Park v. Howard* de 1916, como una extensión de la doctrina de la imposibilidad. El tribunal estableció la regla siguiente: *A thing is impossible in legal contemplation when it is not practicable; and a thing is impracticable when it can only be done at an excessive and unreasonable cost.*²⁵ Hasta la emisión de esta sentencia, ningún deudor había sido liberado del cumplimiento por un tribunal por la dificultad en la ejecución o cuando el contrato hubiera dejado de ser rentable. Por primera vez el tribunal consideró que obligar a un deudor a cumplir con una prestación a un costo irrazonablemente excesivo –en el citado caso, la prestación del deudor se había

²³ Los *Restatements of the Law* o simplemente *Restatements* son una recopilación jurídica y propuesta de reestructuración (*re-state*) del derecho de los distintos estados de la Unión Americana en diversas materias, elaborados por el *American Law Institute* (ALI), una institución privada e independiente formada principalmente por académicos (*scholars*) del más alto nivel y por tanto líderes en cada una de las materias, la cual ha tenido una influencia formidable en la conformación del derecho norteamericano. Los *restatements* tratan diversas materias, entre las cuales se encuentran los *Restatement of the law second, contracts*. Vid. GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Common Law: Especial Referencia a los Restatement of the Law en Estados Unidos*, Publicado en Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, p. 394

²⁴ Vid. SCHWENZER, Ingeborg & MUÑOZ, Edgardo, *Global Sales and Contract law*, op.cit. p. 703, par. 45.30

²⁵ Una cosa es imposible en términos legales cuando no es practicable; una cosa es impracticable cuando solo puede hacerse a un costo excesivo e irrazonable.

encarecido doce veces— no era distinto a cumplir con una obligación cuyo objeto se hubiera destruido.²⁶

Esta teoría también se consagra en dos instrumentos *soft law* del derecho norteamericano, El *Uniform Commercial Code* y los *Restatements (second) of Contracts*, en los siguientes términos:

Uniform Commercial Code:

§ 2-615. Excuse by Failure of Presupposed Conditions.

Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance:

(a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.

(b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contract as well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable.

(c) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer.

Restatements (second) of Contracts:

§ 261. Discharge by Supervening Impracticability

Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.

De ese modo, las doctrinas de la frustración y de la impracticabilidad de los contratos, por la aparición de circunstancias

²⁶ GARCÍA CARACUEL, Manuel, *La Alteración Sobvenida de las Circunstancias Contractuales*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 119.

supervinientes e imprevisibles, se abrieron paso en la legislación de los Estados Unidos. Ahora, en el derecho norteamericano se distingue entre *impossibility*, *frustration of contract* y *commercial impracticability*, como sigue:

Impossibility: la imposibilidad en el cumplimiento de la prestación debida libera a las partes en virtud de que el evento sobrevenido hace imposible la entrega de la cosa o la prestación del servicio. *Frustration of contract*: con la Frustración del fin del contrato, quien tiene derecho a recibir la cosa o el servicio, es quien invoca su liberación del contrato, ya que la prestación que le corresponde ha dejado de tener utilidad para él, sin que su propia obligación, que normalmente es el pago de dinero, sea imposible. *Commercial impracticability*: en la impracticabilidad comercial no existe imposibilidad. El deudor puede alegar que el costo de cumplir con la entrega de la cosa o la prestación del servicio se ha incrementado excesivamente, por lo que debe ponerse fin al contrato.²⁷

IV] Instrumentos de derecho uniforme que regulan el moderno derecho contractual internacional (*Hardship*)

En los apartados anteriores analizamos la evolución que ha tenido la cláusula *Rebus sic stantibus* a lo largo del tiempo y la manera en que ha ido modificando su estructura y su regulación. Ahora, corresponde tratar la forma en que aterrizó en los instrumentos de derecho uniforme que regulan o pretenden regular la contratación internacional, como la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT), los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) y los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLACL). En todos ellos la denominación que se utiliza es la de *Hardship*, traducida al español como excesiva onerosidad, cuyo significado veremos adelante.

²⁷ Otros países europeos han adoptado en sus códigos la regulación del cambio de circunstancias y la frustración del contrato, entre ellos: el Código Civil de Austria (Art. 936, 1052 y 1170), el Código Civil de Portugal (Art. 437), el Código Civil de los Países Bajos (Art. 6:258), Código Civil de Azerbaijón (Art. 422), Croacia Civil Obligations Act, (Art. 369), Código Civil de Grecia (Art. 388), Código de Obligaciones de Eslovenia (Art. 112). De igual modo se regula esta figura en el Código Civil de China (Art. 227-2), el de Rusia (Art. 451), el de Egipto (Art. 147), entre otros.

Hemos dicho que la gran mayoría de los sistemas jurídicos pertenecientes al *civil law*, así como el derecho de los Estados Unidos, hacen una clara distinción entre aquellas situaciones en las que el cumplimiento del contrato es imposible y aquellas en que un cambio sustancial e imprevisible en las circunstancias hace excesivamente oneroso (*Hardship*) el cumplimiento para alguna de las partes. Sin embargo, aquellas jurisdicciones del *common law* que siguen el modelo inglés –al igual que la CISG– no reconocen los conceptos de imposibilidad o de *Hardship* como principios legales independientes, sino que adoptan una perspectiva unitaria que incluye ambas figuras bajo la doctrina de la frustración del fin del contrato.²⁸

Como lo señalábamos, la mayoría de los instrumentos de derecho uniforme que regulan la contratación internacional, adoptan la denominación de *Hardship*, para tratar la figura materia del presente estudio. El término *Hardship* concentra y refleja las distintas denominaciones y teorías conforme se ha desarrollado esta figura a lo largo del tiempo, entre ellas, las de cláusula *Rebus sic stantibus*, teoría de la imprevisión, excesiva onerosidad, pérdida de la base del negocio, frustración del fin del contrato, impracticabilidad comercial, cambio de circunstancias, etc.²⁹ Por otro lado, una de las características de los instrumentos de derecho uniforme antes mencionados, es la utilización de un idioma neutro –*lingua franca*– pensado para los operadores del comercio internacional, quienes no necesariamente son juristas, jueces o árbitros. El término *Hardship* es producto de ese estilo de redacción y por lo tanto no tiene conexión con la terminología de ningún derecho doméstico. Es ampliamente utilizado en la

²⁸ Vid. SCHWENZER, Ingeborg & MUÑOZ, Edgardo, *Global Sales and Contract law*, op.cit. p. 699, par. 45.13

²⁹ Existe también una variedad de denominaciones que se refieren a la misma figura: Cambio esencial de las circunstancias: Rusia Art. 451 CC; Eslovenia Art. 112 CO; Países Bajos Art. 6:258 CC; cambio significativo de las circunstancias: Alemania Sec. 313, Azerbaiyán Art. 422 CC; Ucrania Art. 652 CC; cambio sustancial de las circunstancias: Armenia Art. 467 CC; cambio anormal de las circunstancias: Portugal Art. 437 CC; desequilibrio fundamental de las prestaciones: Lituania Art. 5.204 CC; la prestación se hace demasiado gravosa: Irak Art. 146 CC; Montenegro Art. 128 CO; la prestación es manifiestamente injusta: China Art. 26 PRC y 227-2 CC; Taiwán Art. 227-2 CC; impracticabilidad de las prestaciones: Estados Unidos Sección 2-615 UCC, Sección 261 Restatement (second) of contracts. Vid. CISG-AC Opinión No. 20, *Excesiva Onerosidad (Hardship) conforme a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Ponente: Prof. Dr. Edgardo MUÑOZ, Universidad Panamericana, Guadalajara, México. Adoptada por el Consejo Consultivo de la CISG en su 27ª reunión en Puerto Vallarta, México del 2 al 5 de febrero de 2020.

redacción de contratos internacionales y está universalmente difundido entre los instrumentos de derecho uniforme y, de manera relevante, por la cláusula modelo de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) que comentaremos a continuación.

4.1. La cláusula modelo *Hardship 2020* de la Cámara de Comercio Internacional (ICC *Hardship clause 2020*). La misión de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) es promover el comercio internacional, el comportamiento comercial responsable – *responsible business conduct*– y el acercamiento global a la regulación del comercio. Entre muchas otras funciones, la ICC elabora cláusulas modelo respecto de diversos aspectos del derecho contractual internacional. En el 2020 publicó una nueva versión de las cláusulas modelo de *fuerza mayor* y *Hardship*, que sustituyen y mejoran las versiones anteriores.³⁰

La ICC reconoce que muchas legislaciones nacionales regulan las figuras de *fuerza mayor* y *Hardship*, sin embargo, las teorías desarrolladas como la *imprevisión* del derecho francés, la *excesiva onerosidad* del derecho italiano, la *pérdida de la base del negocio* del derecho alemán, la *frustración* en el derecho inglés o la *impracticabilidad* del derecho norteamericano, importan diferencias sustanciales, ocasionando que una misma situación produzca diferentes resultados, ya que en algunos sistemas legales producen la liberación total de alguno de los contratantes, mientras que en otros ordenamientos nacionales solo lo liberan del pago de daños. Del mismo modo, algunas legislaciones optan por la adaptación del contrato y otras por su resolución (terminación).

Ha sido práctica común en los contratos internacionales incluir cláusulas estandar de fuerza mayor y *Hardship*, las cuales, frecuentemente no satisfacen las necesidades concretas de las partes. Por ello, el propósito de la ICC es proveer a los contratantes con un modelo balanceado y efectivo de cláusulas, que puedan ser incluidas en los contratos o utilizadas como modelo en la elaboración de cláusulas acordes a las necesidades específicas de las partes contratantes.

La *ICC Hardship Clause 2020*, se ha convertido en una de las cláusulas modelo más reconocidas. Cuando las partes no pueden llegar a un acuerdo negociado, uno de los aspectos más discutidos es si es procedente la adaptación del contrato por un

³⁰ La publicación puede consultarse en: <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-Hardship-clauses/#:~:text=The%20ICC%20Force%20Majeure%20Clause,fall%20outside%20the%20listed%20events>.

tercero, que puede ser un juez o un árbitro. La *ICC Hardship Clause 2020* proporciona dos opciones entre las cuales las partes deben elegir: la adaptación o la resolución.

Su redacción inicia con el reconocimiento del principio *Pacta sunt servanda*, es decir, que las partes se encuentran obligadas a cumplir sus obligaciones aun cuando dichas obligaciones se tornen más onerosas de lo previsto. En el segundo párrafo establece una excepción a ese principio, cuando el cumplimiento se vuelve excesivamente oneroso. Finalmente, frente al escenario de la excesiva onerosidad, las partes son conminadas a renegociar el contrato y en caso de que no lo logren, el tercer párrafo de la cláusula modelo permite a las partes elegir entre tres opciones: a) declarar resuelto el contrato; b) solicitar al juez o al árbitro la adaptación del contrato con el objeto de restaurar el equilibrio o, en su caso, terminar el contrato y c) solicitar al juez o árbitro que declare la terminación del contrato.

El texto de la cláusula modelo es el siguiente:

CLÁUSULA DE ONEROSIDAD EXCESIVA (HARDSHIP) DE LA ICC

1. *Las partes de un contrato deben cumplir sus obligaciones contractuales, aun cuando las circunstancias hayan convertido su cumplimiento en más gravoso de lo que razonablemente podrían haber previsto al tiempo de la celebración del contrato.*
2. *No obstante lo dispuesto en el apartado 1 de esta Cláusula, cuando una parte del contrato pruebe que:*
 - a) *continuar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales ha devenido excesivamente gravoso debido a un hecho fuera de su control razonable, que no era razonablemente previsible que se hubiera tenido en cuenta al tiempo de la celebración del contrato; y que*
 - b) *razonablemente no podría haber evitado o superado el hecho en cuestión o sus consecuencias, las partes estarán obligadas, dentro de un plazo razonable desde que esta Cláusula sea invocada, a negociar condiciones contractuales alternativas que permitan razonablemente superar las consecuencias del hecho.*

(Elegir una de las tres opciones)

3A.- *Resolución de parte: Cuando resulte de aplicación el apartado 2 de esta Cláusula, pero las partes no puedan llegar a acordar condiciones contractuales alternativas según lo dispuesto en ese apartado, la parte que invoque esta Cláusula*

tendrá derecho a resolver el contrato, pero no podrá solicitar a un juez o árbitro su adaptación sin el acuerdo de la otra parte.

3B.- *Adaptación o resolución por juez:* Cuando resulte de aplicación el apartado 2 de esta Cláusula, pero las partes no puedan llegar a acordar condiciones contractuales alternativas según lo dispuesto en ese apartado, cualquiera de las partes tendrá derecho a solicitar al juez o árbitro que adapte el contrato con el fin de restablecer su equilibrio o para resolverlo, según corresponda.

3C.- *Resolución por juez:* Cuando resulte de aplicación el apartado 2 de esta Cláusula, pero las partes no puedan llegar a acordar condiciones contractuales alternativas según lo dispuesto en ese apartado, cualquiera de las partes tendrá derecho a solicitar al juez o árbitro que declare la resolución del contrato.

Como hemos dicho, el término *Hardship* ha sido ampliamente aceptado por los instrumentos de derecho uniforme que regulan los contratos internacionales en la forma que veremos a continuación.

4.2. *La Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Intenacional de Mercaderías (CISG) de 1980 y la Opinión No. 20 del Consejo Consultivo de la CISG de 2020 (Hard law).* La Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG por sus siglas en inglés), es un tratado internacional impulsado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Sin duda se trata de una de las convenciones internacionales más exitosas, lo que puede constatarse por el número de países que la han suscrito y ratificado,³¹ entre los que se encuentran los principales actores internacionales del comercio internacional,³² por lo que se estima que regula –al menos potencialmente– más del 80% de las transacciones de compraventa internacionales.

³¹ Hasta 2022 la Convención estaba en vigor en 95 países. Las ausencias más significativas son Reino Unido, India, Irlanda y Portugal. El éxito de la Convención de Viena solo ha sido superado por la *New York Convention on the Enforcement of Arbitral Awards*, con 170 países en más de 60 años de vigencia. www.uncitral.org

³² Forman parte de la Convención de Viena seis de los siete países más industrializados que conforman el denominado G7 (excepto Reino Unido). Es parte también Rusia que completa el G8 y catorce de los diecinueve países más la Unión Europea que conforman el denominado G20 (excepto Reino Unido, India, Indonesia, Arabia Saudita y Sudáfrica). Son parte veintidós de los veintiocho Estados que conforman la Unión Europea.

Independientemente de lo anterior, la Convención destaca por su novedosa regulación de los contratos internacionales de compraventa, lo que le ha permitido influir sobre muchos derechos nacionales, así como otros instrumentos internacionales de derecho uniforme y constituirse en referencia indiscutible para el mundo académico en relación al derecho contractual.³³

Sin embargo, la CISG no contiene una disposición específica sobre las situaciones de excesiva onerosidad (*Hardship*). El artículo 79 regula la imposibilidad del cumplimiento y exime del pago de daños y perjuicios a la parte que incumple, solo si el incumplimiento del contrato se debe a un impedimento ajeno a su control.

Por esa razón, el Consejo Consultivo de la CISG³⁴ emitió la opinión número 20³⁵ con el objeto de proporcionar una solución aceptable a las necesidades de la comunidad comercial internacional en relación a la excesiva onerosidad (*Hardship*). La opinión número 20 establece principalmente que la excesiva onerosidad es una especie de imposibilidad y por ello cae dentro de la regulación del artículo 79 de la CISG. Enuncia las directrices necesarias para determinar la existencia de una situación de excesiva onerosidad (*Hardship*) en los términos del artículo 79 de la CISG.

³³ Su éxito raramente se ha puesto en duda. Algunos autores señalan que es *el resultado más importante de los esfuerzos encaminados a la armonización del derecho comercial* y que se trata de *un éxito nunca antes alcanzado por ningún otro instrumento legal internacional*. Vid. LOOKOFISKY, Joseph M. *Loose ends and contorts in international sales, Problems in the harmonization of private law rules*, American Journal of Comparative Law, 1991, p. 403 y SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario Sobre la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Ingeborg Schwensler, Edgardo Muñoz, Directores, Aranzandi-Thomson Reuters, España, 2011, Tomo I, p.9. Otros como Franco Ferrari califican como exageradas las menciones del éxito de la CISG. Vid. FERRARI, Franco, *The CISG and its Impact on National Contract Law – General Report*. www.juridicas.unam.mx

³⁴ El Consejo Consultivo de la CISG (CISG-AC) es una iniciativa privada respaldada por el Instituto de Derecho Comercial Internacional de la Escuela de Derecho en la Universidad Pace (Institute of International Commercial Law at Pace University School of Law) y el Centro de Estudios de Derecho Comercial, Queen Mary, de la Universidad de Londres (Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary, University of London). El Consejo Consultivo de la CISG fue constituido con la finalidad de contribuir a la comprensión de la CISG, promover y colaborar en su interpretación uniforme.

³⁵ CISG-AC Opinión No. 20, Excesiva Onerosidad (*Hardship*) conforme a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Ponente: Prof. Dr. Edgardo MUÑOZ, Universidad Panamericana, Guadalajara, México. Adoptada por el Consejo Consultivo de la CISG en su 27° reunión en Puerto Vallarta, México del 2 al 5 de febrero de 2020.

Además establece las obligaciones de las partes y los derechos y acciones disponibles para las situaciones de excesiva onerosidad, de conformidad con el objetivo de la Convención de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional.³⁶ En particular, aclara que las partes no tienen el deber de renegociar el contrato y que la corte o tribunal arbitral tampoco tienen la facultad de adaptar el contrato o terminarlo en caso de excesiva onerosidad con arreglo a la CISG.

La Opinión Número 20 establece las siguientes reglas sobre excesiva onerosidad (*Hardship*):

1. Las siguientes reglas sobre excesiva onerosidad (*Hardship*) aplican, a menos que el contrato disponga lo contrario:
2. La CISG rige las situaciones de excesiva onerosidad (*Hardship*).
3. Una parte está obligada a cumplir sus obligaciones aunque su cumplimiento se haya tornado más oneroso, a menos que exista excesiva onerosidad (*Hardship*).
4. Hay excesiva onerosidad cuando un cambio de circunstancias ajeno a la voluntad de una parte hace que su cumplimiento sea excesivamente oneroso (*Hardship*), si no cabía razonablemente esperar que dicha parte tuviese en cuenta el cambio, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias.
5. Tal excesiva onerosidad (*Hardship*) puede ocurrir bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido.
6. Tal excesiva onerosidad (*Hardship*) también puede originarse de eventos suscitados antes de la celebración del contrato si las partes no los conocían o no podían estar conscientes de ellos.
7. Para determinar si existe excesiva onerosidad (*Hardship*), los siguientes factores, enunciativos más no limitativos, deberían de tomarse en cuenta:
 - a) si alguna de las partes asumió el riesgo de un cambio de circunstancias;
 - b) si el contrato tiene una naturaleza especulativa;
 - c) sí, y en qué medida, existieron fluctuaciones previas en el mercado;
 - d) la duración del contrato;
 - e) si el vendedor ha obtenido las mercaderías de su propio proveedor;

³⁶ Así lo determina el artículo 7 de la CISG.

- f) si alguna de las partes se ha protegido contra los cambios de mercado.
8. La parte afectada por excesiva onerosidad (*Hardship*) deberá comunicar a la otra parte del cambio de circunstancias y sus efectos sobre su capacidad para cumplir sus obligaciones. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte afectada tuviera o debiera haber tenido conocimiento de la situación de excesiva onerosidad (*Hardship*), esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.
 9. En caso de excesiva onerosidad (*Hardship*), nada impedirá a cualquiera de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios y requerir el cumplimiento específico de la obligación afectada por excesiva onerosidad (*Hardship*).
 10. La exoneración por causa de excesiva onerosidad (*Hardship*) surtirá efecto mientras dure la excesiva onerosidad (*Hardship*).
 11. Conforme a la CISG, las partes no están obligadas a renegociar el contrato en caso de excesiva onerosidad (*Hardship*).
 12. Conforme a la CISG, un tribunal judicial o arbitral no tiene la facultad de adaptar el contrato en caso de excesiva onerosidad (*Hardship*).
 13. Conforme a la CISG, un tribunal judicial o arbitral no tiene la facultad de declarar la terminación del contrato en caso de excesiva onerosidad (*Hardship*).

En el texto de la opinión número 20 se explican de manera detallada cada uno de los incisos anteriores, destacando que el cambio de circunstancias que provoca la excesiva onerosidad (*Hardship*) y por tanto la imposibilidad para cumplir, debe corresponder a un impedimento ajeno a la voluntad de la parte que la invoca, que no pudo evitarse o superarse. Además, no existe un estándar fijo que de lugar a la excusa del cumplimiento. La CISG tampoco establece el deber de renegociar el contrato ni consecuencia alguna por no negociar en caso de *Hardship*. Por otro lado, establece como acción (*remedy*) prioritaria el pago de daños y perjuicios (*damages*) y en segundo lugar, la liberación o exención de cumplimiento por el juzgador, pero solo en caso de que el incumplimiento pueda calificarse como esencial.

4.3. *Los instrumentos de derecho uniforme elaborados para regular la contratación internacional (Soft law)*. En este apartado

analizaremos la forma en que los Principios UNIDROIT, los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), el Draft Common Frame of Reference (DCFR) y los Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos abordan el tema de la excesiva onerosidad (*Hardship*). A diferencia de la CISG, que es una convención internacional y por tanto obligatoria para los países que la han firmado y ratificado (*hard law*), los instrumentos de derecho uniforme que repasaremos en este apartado son del tipo *soft law*, es decir, no son vinculantes y por tanto las partes de un contrato deben someterse a ellos, ya expresamente o en los casos en que el mismo instrumento lo establece. Como veremos, ninguno de estos proporciona un umbral fijo sobre excesiva onerosidad o sobre el desequilibrio en las prestaciones (aunque en la edición de 1994 de los Principios UNIDROIT se sugería una alteración de valor del 50%). Los cuatro instrumentos imponen la obligación de renegociar el contrato. No obstante, sólo los PECL establecen expresamente el derecho a reclamar daños y perjuicios a la parte que se niegue a renegociar o que rompa las negociaciones de mala fe. Todos ellos otorgan la acción de adaptación o terminación del contrato por un tribunal judicial o arbitral, siempre y cuando las partes no lleguen a un acuerdo mediante la negociación. La acción de exoneración de daños y perjuicios se infiere independientemente de la terminación o adaptación obtenida por la parte afectada por la excesiva onerosidad (*Hardship*).³⁷

a). *Los Principios UNIDROIT (2004, 2014, 2010 y 2016)*. Los Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT)³⁸ constituyen un cuerpo de normas y principios comunes a los principales sistemas jurídicos existentes, elaborados para regular los contratos internacionales. Se trata de un instrumento de derecho uniforme del tipo *soft law* y por tanto sus normas no son vinculantes. Las partes deben someterse expresamente a los Principios UNIDROIT y se recomienda utilizar para ello las Cláusulas Modelo para el uso de los Principios UNIDROIT (*UPICC Model Clauses*)³⁹

³⁷ Anexo 3 de la AC CISG Opinión Núm. 20

³⁸ Los Principios UNIDROIT se formularon en 1994, le siguieron ediciones de 2004, 2010 y 2016.

³⁹ En mayo de 2013 el Consejo de Dirección del UNIDROIT aprobó un conjunto de Cláusulas Modelo –acompañadas de comentarios– para la utilización de los Principios UNIDROIT. La versión oficial puede encontrarse en: www.unidroit.org/.../commercial-contracts/upicc-model-clauses. El UNIDROIT autorizó a la Universidad Externado de

Los Principios UNIDROIT sí establecen disposiciones expresas en relación a la excesiva onerosidad o *Hardship*.

ARTÍCULO 6.2.2 (Definición de la "excesiva onerosidad" (Hardship))

Hay "excesiva onerosidad" (Hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;*
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;*
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y*
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.*

ARTÍCULO 6.2.3 [Efectos de la "excesiva onerosidad" (Hardship)]

- (1) En caso de "excesiva onerosidad" (Hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.*
- (2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.*
- (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.*
- (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de "excesiva onerosidad" (Hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:*
 - (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o*
 - (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.*

b). *Los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) de 2000.* Los Principios del Derecho Contractual Europeo (PECL)⁴⁰ elaborados por la *Commission on European Contract Law* y subvencionados por la Unión Europea, fueron publicados en tres etapas. La primera parte en inglés en 1995 y en francés (como una mera traducción) en 1997, la segunda en 1999 y la parte final a

Colombia para realizar la traducción oficial al español. Puede encontrarse en la misma página o en libro impreso: *Cláusulas Modelo para el uso de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, ISBN: 9789587720938

⁴⁰ *Principles of European Contract Law.*

mediados del año 2000⁴¹. Los PECL constituyen, en palabras de dos de sus principales promotores, los profesores Ole Lando y Hugh Beale⁴², un primer paso para la armonización o unificación del Derecho Europeo de contratos. Es un esfuerzo para conseguir la uniformidad jurídica, tan necesaria en un mercado europeo integrado. Los PECL también regulan la excesiva onerosidad (*Hardship*), denominándola *Cambio de circunstancias*, en los siguientes términos:

Artículo 6:111: Cambio de circunstancias

(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

(2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:

(a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.

(b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.

(c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.

(3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:

(a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.

(b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.

En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura.

c). *Draft Common Frame of Reference de 2008*. Este trabajo elaborado conjuntamente por el *Study Group on a European Civil*

⁴¹ La primera publicación de lo PECL se realizó a mediados de 2000 por la editorial *Kluwer Law International* y fue presentada por los profesores Ole Lando y Hugh Bale.

⁴² LANDO, Ole y BEALE, Hugh (editores), *Principios del Derecho Contractual Europeo*, Partes I, II y III traducción y edición de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

Code y del Research Group on EU Private Law (Acquis Group) se origina en una iniciativa de académicos europeos, que responden al encargo de la Comisión Europea para construir un marco común de referencia de todo el derecho privado europeo, incluyendo, desde luego, el derecho contractual. El *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)⁴³ contiene *principios, definiciones y leyes modelo* cuyo objetivo es, en primer lugar, servir de proyecto o modelo (*draft*) para un trabajo definitivo, que sea adoptado *políticamente*, es decir, con fuerza vinculante, por la Unión Europea. Por ahora se trata de un esfuerzo académico o profesoral⁴⁴ que no contiene un solo principio, definición o norma que haya sido aprobada o promulgada por ninguna autoridad política de la Unión Europea o de cualquiera de los Estados miembros.

La parte principal del DCFR está contenida en las Leyes modelo. Se inscriben en la clase de normas *soft law*, del mismo tipo que las contenidas en los PECL o en los Principios UNIDROIT. En relación al derecho contractual, el DCFR se basa en los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL). Al igual que éstos últimos, el DCFR sí regula la excesiva onerosidad o *Hardship*, bajo la denominación de *Cambio de circunstancias*, como sigue:

Libro III.-1:110: Modificación o extinción por el juez a causa de un cambio en las circunstancias

(1) *Toda obligación debe cumplirse aun cuando el cumplimiento de la misma resulte más oneroso como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.*

(2) *Sin embargo, si debido a un cambio excepcional en las circunstancias el cumplimiento de una obligación contractual o de una obligación derivada de un acto jurídico unilateral resulta tan oneroso que sería manifiestamente injusto seguir exigiendo su cumplimiento al deudor, el juez podrá:*

(a) *Modificar la obligación a fin de hacerla más razonable y equitativa en las nuevas circunstancias; o*

⁴³ *Draft Common Frame of Reference (DCFR) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Outline Edition, prepared by the Study Group on European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) based in part on a revised versión of the Principles of European Contract Law. Edited by: Christian VON BAR, Eric CLIVE and Hans SCHULTE-NÖLKE and Hugh BEALE, Johnny HERRE, Jérôme HUET, Matthias STORME, Stephen SWANN, Paul VARUL, Anna VENEZIANO and Fryderyk ZOLL.*

⁴⁴ MICKLITZ Hans-W., CAFAGGI Fabrizio (Ed.), *European Private Law After the Common Frame of Reference*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, Northampton, Ma, USA, 2010, introduction, p. viii

(b) Extinguir la obligación en una fecha y en unas condiciones que determinará el juez.

(3) El apartado (2) se aplicará únicamente si:

(a) El cambio en las circunstancias se produjo después de contraerse la obligación;

(b) El deudor no tuvo en cuenta en ese momento, y cabe razonablemente esperar que no tuviese en cuenta, la posibilidad de que se produjese dicho cambio en las circunstancias o la magnitud del mismo;

(c) El deudor no asumió, y no puede razonablemente darse por asumido, el riesgo de dicho cambio en las circunstancias; y

(d) El deudor ha intentado, razonablemente y de buena fe, negociar una modificación razonable y equitativa de los términos que regulan la obligación.

d). Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLACL) de 2018

Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, es un trabajo académico realizado por un grupo de profesores de distintos países de Latinoamérica: Argentina, Brasil, Uruguay, Chile, Colombia, Paraguay, Guatemala y Venezuela. Se trata de un trabajo profesoral apoyado por distintas universidades y por la *Fondation pour le Droit Continental* (Francia). El resultado es un instrumento de derecho uniforme conformado por 123 artículos que abarcan todo el espectro del derecho de los contratos. Su objetivo es proponer un modelo de reglas que permitan inspirar a los distintos países latinoamericanos para reformar y armonizar sus distintos derechos internos sobre contratos. Además, que pueda servir como un conjunto de normas a las que las partes puedan someterse voluntariamente y resolver los conflictos que se puedan suscitar en contratos transfronterizos celebrados entre los países que forman la región latinoamericana.⁴⁵

Los PLACL regulan la excesiva onerosidad o *hardlaw*, bajo la denominación de *Cambio de circunstancias*, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 84. Cambio de circunstancias

(1) Si, después de su celebración, la ejecución del contrato deviene excesivamente onerosa o su utilidad disminuye significativamente, por cambio de circunstancias cuyo

⁴⁵ PIZARRO WILSON, Carlos, *Un vistazo general a los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia. <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5539/6994>

acaecimiento o magnitud no pudo razonablemente haberse previsto y cuyo riesgo no fue asumido por la parte afectada, ésta puede solicitar a la otra la renegociación del contrato.

(2) La renegociación no suspende la ejecución del contrato, salvo cuando ésta cause perjuicios irreparables para la parte afectada.

(3) Si después de un plazo razonable las mismas partes no han adaptado el contrato, cualquiera de ellas puede solicitar al juez que lo adapte o resuelva, quien para hacerlo debe tener en cuenta la distribución de riesgos y costos que habían asumido las partes.

V.- Elementos comunes de la regulación de la excesiva onerosidad (*Hardship*). Una vez repasados los distintos códigos e instrumentos de derecho uniforme que regulan los contratos y que tratan de la excesiva onerosidad (*Hardship*), en el presente apartado analizaremos los rasgos comunes de su regulación.

5.1. *Por regla general debe respetarse el principio Pacta sunt servanda*. La cláusula de excesiva onerosidad (*Hardship*) se aplica por excepción. Por regla general debe respetarse el principio *Pacta sunt servanda* y, por lo tanto, las partes deben cumplir sus obligaciones en los términos pactados originalmente, sin importar la carga que ello implique, incluso cuando el cambio de circunstancias haya hecho su cumplimiento más gravoso de lo previsto al tiempo de su celebración.

5.2. *Cambio imprevisible de las circunstancias*. La mayor parte de los códigos e instrumentos de derecho uniforme tanto nacionales como internacionales, que regulan la excesiva onerosidad (*Hardship*) con cualquiera de sus denominaciones (*rebus sic stantibus*, imprevisión, excesiva onerosidad sobrevenida, pérdida de la base del negocio, frustración, impracticabilidad comercial, cambio de circunstancias, etc.), señalan la necesidad de un cambio imprevisible de las circunstancias. Este cambio en las circunstancias debe producirse por acontecimientos extraordinarios, es decir, aquellos que no forman parte del riesgo normal del contrato, por lo que la parte afectada no hubiera podido razonablemente haberlos tomado en cuenta.

Por regla general, ese cambio imprevisible debe surgir con posterioridad al perfeccionamiento del contrato, pues precisamente se trata de una alteración subsecuente en las condiciones que existían al celebrarlo, lo que permite la aplicación de la cláusula de *Hardship*. Así se regula en la mayoría de los códigos y de los instrumentos de derecho uniforme que hemos mencionado, con excepción de los Principios UNIDROIT⁴⁶ y la

⁴⁶ Principios UNIDROIT, Art. 6.2.2.

CISG,⁴⁷ que establecen la posibilidad de aplicarla cuando los eventos que producen el desequilibrio del contrato ya existían a su celebración, pero fueron conocidos posteriormente por la parte en desventaja.

Hay que diferenciar la *imprevisibilidad* de la *imprevisión*. La primera, como hemos dicho, trata de acontecimientos imprevisibles para cualquier persona razonable, mientras que la *imprevisión* es una falta de previsión de acontecimientos que sí pudieron haber sido previstos razonablemente. La cláusula *Hardship* se aplica solo en caso de imprevisibilidad. Finalmente, los cambios imprevisibles deben ser totalmente ajenos al control de las partes, es decir, que no hayan sido provocados por su culpa, es sus dos vertientes, la negligencia o la imprudencia.

5.3. *Rompimiento de la equidad o balance del contrato.* Debe ocurrir un verdadero desequilibrio en las prestaciones recíprocas que provoque una excesiva onerosidad (*Hardship*) para alguna de las partes. Esta excesiva onerosidad se da cuando aumenta sustancialmente el costo de la prestación para alguna de las partes o cuando disminuye de manera importante el valor de la prestación que espera recibir la contraria.

En el primer caso, el aumento puede darse por diversas razones, como un incremento drástico en el costo de las materias primas o los insumos que se requieren para la producción de mercancías o para la prestación de servicios, la promulgación de nuevas medidas reglamentarias o el desarrollo de nuevas tecnologías que hagan más costosos los procedimientos de producción. El desequilibrio también puede consistir en una disminución sustancial del valor de la prestación que espera recibir alguna de las partes, incluido el caso de que la prestación pierda todo valor para la parte que la recibe (frustración del fin del contrato).⁴⁸

⁴⁷ La Opinión No. 20 del Consejo Consultivo de la CISG, señala: 6.- *Tal excesiva onerosidad (Hardship) también puede originarse de eventos suscitados antes de la celebración del contrato si las partes no los conocían o no podían estar conscientes de ellos.*

⁴⁸ La Opinión No. 20 del Consejo Consultivo de la CISG señala algunos ejemplos de eventos que pueden constituir un cambio drástico de circunstancias: *los cambios políticos y de directrices económicas, el descontento social y los fenómenos naturales son algunos de los eventos que podrían afectar considerablemente la base sobre la cual las partes negociaron su contrato. Podría acontecer una pandemia global o regional, un terremoto, una inundación, un ataque terrorista, un aumento repentino de los aranceles de importación en uno de los países donde se producen los bienes, obligando al productor a recurrir a países con costos de producción mucho más elevados; las prohibiciones a la importación o exportación pueden obstaculizar la circulación de mercaderías; o las fluctuaciones en el precio que no eran previsibles en el momento de celebración del contrato*

Sin embargo, surge la pregunta de cómo determinar el umbral del desequilibrio en las prestaciones para pasar de un simple encarecimiento de la prestación sin posibilidad de eximirse de su cumplimiento, a una excesiva onerosidad (*Hardship*). Es claro que la simple situación de desventaja económica de una de las partes no es la única característica a tomar en cuenta para calificarla. La forma en que se determina la excesiva onerosidad (*Hardship*) puede ser objetiva o subjetiva. Es *objetiva* cuando se cuantifica el incremento del costo o la disminución del valor de la prestación en más de un determinado porcentaje que se considera como una alteración sustancial. Así ocurría, por ejemplo, en los Principios UNIDROIT en su primera edición de 1994, que señalaba una variación de 50 por ciento o más.⁴⁹ Por otro lado, en otros sistemas jurídicos como el norteamericano o el inglés, se sugiere un desequilibrio de al menos el 100 por ciento, mientras que en Alemania el 110 por ciento. Otros comentaristas señalan que esos porcentajes son demasiado bajos y proponen una variación del 150 a 200 por ciento.⁵⁰

En la determinación *subjetiva* el desequilibrio de las prestaciones no se vincula con una cantidad o un porcentaje predeterminado, sino que su calificación se deja al tribunal judicial o arbitral. Este último sistema es el que adoptan la mayoría de las legislaciones e instrumentos de derecho uniforme que regulan la excesiva onerosidad en la actualidad.

5.4. *Consecuencias: renegociación, adaptación por un tribunal judicial o arbitral, o terminación del contrato (resolución).* A continuación se exponen las opciones previstas por los distintos sistemas jurídicos en casos de excesiva onerosidad (*Hardship*).

a. *Deber de renegociación.* Ante un escenario de excesiva onerosidad (*Hardship*), la solución más práctica parece ser la renegociación del contrato para recuperar la equidad o equivalencia de las prestaciones, principalmente porque las partes continúan ejerciendo su autonomía privada y por tanto conservan el control de la adaptación y también porque a través de la negociación, se privilegia el principio de conservación del contrato.

pueden hacer que el cumplimiento por parte del vendedor sea demasiado gravoso o que disminuya el valor de la prestación para el comprador. (Comentarios, párrafo 0.1.).

⁴⁹ Principios UNIDROIT 1994, comentarios al art. 6.2.2.a. Las posteriores ediciones de 2004, 2010 y 2016 no contemplan porcentaje alguno.

⁵⁰ Vid. SCHWENZER, Ingeborg & MUÑOZ, Edgardo, *Global Sales and Contract law*, op.cit. p. 719, par. 45.105

El deber de renegociación lo establece expresamente el Código Civil Francés (2016), así como la mayoría de los instrumentos de derecho uniforme.⁵¹

b. *Adaptación del contrato por un tribunal judicial o arbitral.* La posibilidad de recurrir a un tribunal con el objeto de que adapte el contrato para hacerlo más razonable y equitativo, se contempla en la mayoría de los instrumentos de derecho uniforme, como una opción procedente cuando los esfuerzos de renegociación han fracasado,⁵² al igual que la cláusula modelo de la Cámara Internacional de Comercio (*ICC Hardship clause 2020*).

La adaptación del contrato por un juez también se regula en el Código Civil Francés (2016), con la particularidad de que inicialmente debe solicitarse de mutuo acuerdo por las partes y solo si no se logra el acuerdo dentro de un plazo razonable, el juez podrá revisar y adaptar el contrato a solicitud de cualquiera de las partes (Art. 1195). El Código civil alemán también autoriza que el juez adapte el contrato cuando las circunstancias que se convirtieron en la base del contrato han cambiado significativamente desde su celebración (Art. 313-1).

c. *Terminación del contrato.* La solución más extrema en caso de excesiva onerosidad (*Hardship*) es la terminación o resolución del contrato. El Código civil Italiano (Art. 1497) y los *Restatements of law (contracts)* de los Estados Unidos (Sec. 261) solo contemplan esta posibilidad, al igual que aquellas jurisdicciones que siguen la tradición inglesa de la *frustration*. Por otra parte, el Código civil francés (Art. 1195) al igual la mayoría de los instrumentos de derecho uniforme (excepto la CISG) y la cláusula de la ICC sobre Excesiva Onerosidad, dan preferencia a la renegociación, pero si fracasa, otorgan al juez la posibilidad de adaptar o decretar la terminación o resolución del contrato. No parece que alguna de las dos opciones antes señaladas tenga preferencia sobre la otra.

A manera de conclusión podemos afirmar que el derrotero por el que ha transitado la cláusula *Rebus sic stantibus* a través del

⁵¹ El deber de renegociación lo establece expresamente el Código civil francés (2016) en su art. 1195, así como la mayoría de los instrumentos de derecho uniforme, como los Principios UNIDROIT (Art. 6.2.3.(1)), los PECL (Art. 6:111 (2)), el DCFR (Art. III-1.110 (3) (d)) y los Principios Latinoamericanos de Contratos (Art. 84 (1)).

⁵² Así se regula en los Principios UNIDROIT (Art. 6.2.3.(3)(4)), los PECL (Art. 6:111 (3)), el DCFR (Art. III-1.110 (2) (a)) y los Principios Latinoamericanos de Contratos (Art. 84 (3)).

tiempo, coincide con la concepción filosófica del derecho en cada una de sus etapas. Cuando fue concebida por los canonistas de la Alta Edad Media, se buscó atemperar el rígido principio romano de *Pacta sunt servanda*, para reestablecer la equidad que según el derecho canónico debía regir en los contratos. Las codificaciones del siglo XIX, basadas en la filosofía de la Ilustración y en las ideas de Augusto Comte, ayudaron a consolidar el positivismo jurídico. Esa filosofía fomentaba la igualdad y el individualismo emanados de la Revolución francesa y hacían incompatible e inaceptable una norma como la *Rebus sic stantibus*, porque atentaba contra la autonomía privada y la libertad de contratación. Por ello ninguno de los códigos decimonónicos la reguló. Las guerras mundiales y sobre todo los Juicios de Núremberg constituyeron un cambio paradigmático en la visión del derecho y recuperaron el *ius naturalismo*. A Partir de los Juicios de Nuremberg, todo mundo comenzó a hablar de derechos humanos, derecho natural, valores, ética, etc.⁵³ y ello explica, en gran medida, la nueva corriente de aceptación y regulación de la cláusula *Rebus sic stantibus*, denominada de muchas formas, pero todas ellas con la única finalidad: la de restaurar la equidad y la justicia conmutativa que debe prevalecer en los contratos, valores que corresponden, en definitiva, al *ius naturalismo*.

Bibliografía

- AGUSTÍN DE HIPONA (354-430 dC), *Enarrationes in psalmos* (V, 7).
 CICERÓN, Marco Tulio (106-43 aC), *De officiis*, 3, XXV, 95.
 DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, *Las Relaciones Obligatorias*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
 FERRARI, Franco, *The CISG and its Impact on National Contract Law – General Report*. www.juridicas.unam.mx
 GARAVENTA, Carlos Adrián y MANIN, María Soledad, Sobre los Orígenes de la Doctrina de la Frustración del fin del Contrato: Comentario al fallo Krell v. Henry, <http://www.derecho.uba.ar> > lye > [garaventa-manin](http://www.derecho.uba.ar).
 GARCÍA CARACUEL, Manuel, *La alteración Sobvenida de las Circunstancias Contractuales*, Dykinson, Madrid, 2014.
 GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Common Law: Especial Referencia a los Restatement of the Law en Estados Unidos*, Publicado en Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.

⁵³ Para una visión de la evolución del derecho contractual hasta la Postmodernidad, consultar: ROBLES FARÍAS, Diego, *Derecho Contractual Internacional*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2021, pp. 23 y ss.

LAMARCA Marqués, Albert (traductor), *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008.

LANDO, Ole y BEALE, Hugh (editores), *Principios del Derecho Contractual Europeo*, Partes I, II y III traducción y edición de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.

LARENZ, Karl, *Base del Negocio y Cumplimiento de los Contratos*, Ediciones jurídicas Olejnik, Colección Biblioteca de derecho privado, Santiago de Chile, 2018.

LOOKOFSKY, Joseph M. *Loose ends and contorts in international sales, Problems in the harmonization of private law rules*, American Journal of Comparative Law, 1991.

MÉJAN, Luis Manuel C., *Reforma al Régimen Civil de las Obligaciones en el Código Civil Francés*, Revista Perspectiva Jurídica UP, No. 12, semestre 1, 2019, enero a junio de 2019.

MICKLITZ Hans-W., CAFAGGI Fabrizio (Ed.), *European Private Law After the Common Frame of Reference*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, Northampton, Ma, USA, 2010.

MUÑOZ, Edgardo (Ponente): CISG-AC Opinión No. 20, Excesiva Onerosidad (Hardship) conforme a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Ponente: Prof. Dr. Edgardo MUÑOZ, Universidad Panamericana, Guadalajara, México. Adoptada por el Consejo Consultivo de la CISG en su 27ª reunión en Puerto Vallarta, México del 2 al 5 de febrero de 2020.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier y MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María, *La Moderna Configuración de la Cláusula Rebus sic stantibus, Desarrollo de la Nueva Doctrina Jurisprudencial Aplicable y Derecho Comparado*, Civitas/Thomson Reuters, Segunda edición, España, 2017

PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, *Tratado práctico de derecho francés*, tomo IV, Primera parte, De las Obligaciones, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México.

PIZARRO WILSON, Carlos, *Un vistazo general a los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5539/6994>

RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *Teoría General de las Obligaciones*, editorial Porrúa, México, 2005.

ROBLES FARÍAS, Diego, *Derecho Contractual Internacional*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2021.

SENECA (65 dC), *De beneficiis*, Lib. IV, XXXV, 3.

SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario Sobre la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Ingeborg SCHWENSER, Edgardo MUÑOZ, Directores, Aranzandi-Thomson Reuters, España, 2011, Tomo I.

SCHWENZER, Ingeborg & MUÑOZ, Edgardo, *Global Sales and Contract law*, Oxford University Press, second edition, United Kingdom, 2022.

TOMÁS DE AQUINO (1225-1274) *Summa Theologica, Secunda Secundae*.

ZIMMERMANN, Reinhard, *El Nuevo Derecho Alemán de Obligaciones, Un Análisis desde la Historia y el Derecho Comparado*, Traducción de Esther Arroyo i Amayuelas, Editorial Bosch, Barcelona, 2008.

ZWEIGERT, Konrad & KOTZ, Hein, *Introduction to comparative law*, 3o. revised edition, Translated from German by Tony Weir, Clarendon Press, Oxford, 1998.

Litisconsorcio pasivo necesario en Materia Laboral

LUIS OMAR VÁZQUEZ GARCÍA¹

SUMARIO: I. *Introducción* II. *Estudio general de la Institución* III. *Litisconsorcio y Tercerías* IV. *Litisconsorcio pasivo necesario en Materia Laboral* V. *Un ejemplo real* VI. *Conclusiones*

Resumen. El Litisconsorcio pasivo necesario es una institución procesal poco común, que se configura cuando existe un nexo homogéneo en lo esencial y por tanto indivisible entre los codemandados y que provoca que éstos corran conjuntamente la misma suerte, lo que representa una enorme ventaja para los codemandados y un riesgo no soslayable para la parte actora.

Palabras clave: Litisconsorcio, codemandados, pluralidad de partes.

Abstract. *Necessary Passive Litis Consortium is an odd procedural institution, existing between two or more defendants linked by a non-divisible substantive relationship, causing all the defendants to be affected in the same way by the sentence; representing a considerable advantage for the defendants and a significant risk for the claimant.*

Keywords: *Litis consortium, joint defendants, multiple litigators.*

I | Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo dilucidar la naturaleza jurídica de la Institución conocida como Litisconsorcio pasivo necesario (en lo sucesivo LPN) en el derecho procesal laboral para así conocer sus requisitos, efectos, ventajas y desventajas.

¹ Estudiante de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Panamericana.

II] Estudio general de la institución

La palabra Litisconsorcio proviene de las locuciones latinas *litis consortium*. Litis significa conflicto, pleito contienda y consortium asociación, participación o comunidad²

Para poder estudiar una Institución tan particularizada, debemos empezar explicando lo general. El *Litisconsorcio* es la *Pluralidad de partes caracterizado por la presencia en el proceso de varias personas que litigan conjuntamente en defensa de un interés común derivado de la existencia de un derecho de esta índole o de derechos distintos, pero entre los cuales existe una determinada relación, siendo susceptibles de correr la misma suerte*³.

El Profesor Ovalle Favela explica la Institución dependiendo de la forma, ya sea activa (múltiples partes actoras), pasiva (multiplicidad de demandados), voluntaria (por decisión de los propios intervinientes en el proceso) o necesaria (por la naturaleza del objeto controvertido). Esta institución tiene como finalidad práctica que se dicte una sola resolución para todas las partes, evitando que se llegasen a dictar sentencias contradictorias entre una misma causa⁴. Aunado a ello, es mucho más sencillo tanto para las partes y para el sistema de impartición de justicia el dictar una sola sentencia, abonando así a la sencillez en el proceso.

Entonces, los requisitos que debe de tener todo litisconsorcio son los siguientes: i.- Pluralidad de partes. ii.- Relación de derechos que corran la misma suerte.

Nos referimos entonces a la relación de derechos y no a un solo derecho en común ya que se puede configurar un litisconsorcio con múltiples derechos o títulos, siempre y cuando éstos se encuentren ligados y la sentencia los afecte; es decir que haga correr la misma suerte a esta relación de derechos.

Además de la clasificación contenida en líneas anteriores, la doctrina ha explicado las clases del litisconsorcio conforme a su origen: dependiendo de la etapa en el proceso en el que sea advertido.⁵ Así, el litisconsorcio puede apreciarse desde la integración de la litis (litisconsorcio originario), o bien de manera posterior (derivativo) distinción que es cierta en el derecho procesal

² Larousse Editorial y Real Academia Española, 2017

³ VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Ciudad de México, 1998

⁴ FAVELA, Ovalle, *Teoría General del Proceso* (Séptima ed.), Ciudad de México, Harla, 1994, p. 293.

⁵ ROMERO SEGUEL, Alejandro, *El Litisconsorcio necesario en el Derecho procesal chileno. Doctrina y jurisprudencia*, Revista Chilena de Derecho, 25 387-422, 1998, p. 389.

laboral mexicano ya que como se verá más adelante, efectivamente el litisconsorcio puede hacerse valer tanto al contestar la demanda, previo a la celebración de la primera audiencia de conciliación, demanda y excepciones o la audiencia preliminar⁶ o bien en actuaciones posteriores como antes del dictado del Laudo o incluso por su carácter de orden público que estudiaremos a continuación, pudiera ser que el Tribunal Colegiado en vía de estudio de una demanda de Amparo Directo advierta su existencia.

El Litisconsorcio necesario⁷ es un presupuesto procesal con trascendencia sustantiva⁸, absoluto e insubsanable, de orden público, considerado por la Jurisprudencia mexicana como una *condición necesaria para la regularidad del desarrollo del proceso*.⁹ Lo anterior implica que el Litisconsorcio necesario puede ser invocado por una de las partes o bien estudiado de oficio por el juzgador que conozca de la controversia.

La razón de ser del Litisconsorcio necesario es que se debe de llamar a todas las personas cuya esfera pudiera verse afectada directamente por el resultado del juicio, cuando sea imposible jurídicamente *desvincular su actuación de la acción principal* por conformar una unidad jurídica que se vería afectada por la sentencia que se dicte¹⁰.

Existen ejemplos clásicos, que se dan indistintamente en varias materias, de cuándo se debe configurar el litisconsorcio pasivo necesario. El ejemplo por excelencia, que se enseña en las cátedras de Derecho, es el de los copropietarios de bienes inmuebles. Así, si cualquier persona intentase una acción real en contra de quien resulte ser el propietario de un inmueble, debe de llamar forzosamente a todos los copropietarios, ya que todos en la

⁶ Nos referimos a la primera audiencia, que dependiendo del procedimiento que se esté aplicando al caso concreto. Ello deriva de que al momento de la redacción de este trabajo existen en el derecho mexicano tres legislaciones procesales que coexisten en su aplicación: anterior al año 2012, anterior a marzo del 2019 y posterior a marzo del 2019 una vez entrada en vigor.

⁷ Omitimos entrar al estudio pormenorizado del Litisconsorcio voluntario pues no es materia del presente trabajo.

⁸ La Jurisprudencia 2a./J. 169/2012 (10a.) de Registro digital: 2002568 publicada en el Libro XVI, enero de 2013, Tomo 2, página 1230 Décima Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta emitida por la H. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece: *que no solo trasciende a aspectos procesales, sino que se extiende a la relación sustancial*

⁹ El sustento de ello es el Criterio 2020987 sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, p. 2427, Libro 72, nov 2019, T III., Décima Época.

¹⁰ Criterio Laboral 2019148 sustentado por el Decimosexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, p. 2644, Libro 62, enero 2019, T IV., Décima Época.

misma medida, aunque en diferente proporción, se verán afectados con el dictado de una sentencia.

Otros ejemplos comunes a varias materias abordados por la doctrina¹¹ son los siguientes: Coposesión de inmuebles, Comunidad del objeto de la demanda, Créditos comunes.¹²

III] Liticonsorcio y tercerías

Bajo otro orden de ideas, es importante diferenciar la naturaleza del Liticonsorcio de otras instituciones procesales que parecieran ser similares como las tercerías. Los terceristas son personas que siendo terceros acreditan el interés jurídico y comparecen a juicio a coadyuvar a una de las partes pues tienen un interés en el resultado del mismo. Las tercerías pueden ser espontáneas o provocadas, coadyuvantes o excluyentes¹³.

La tercería se daría por ejemplo si el propietario de un terreno X demanda se detengan las obras del propietario Y alegando que se está construyendo sobre un parque común y que el interés de la colonia pesa más que su interés particular. Cualquiera vecino de la colonia en cuestión, Z pudiera válidamente comparecer a juicio a robustecer los argumentos de X e incluso a ofrecer pruebas coadyuvando al interés de que se detenga la construcción y permanezca el parque. Otro ejemplo común de la tercería coadyuvante se da cuando ante la insolvencia de un deudor, su acreedor busque y comparezca a subastas de otros juicios haciendo valer su interés preferente en el cobro del activo liquidado del insolvente¹⁴.

Las diferencias que tiene el Liticonsorcio con las Tercerías y con los terceros llamados a juicio obtenidas de la doctrina como de la Jurisprudencia son:

i.- Mientras que un tercero no tiene el carácter de parte en un proceso, un liticonsorte sí tiene la categoría de parte. El liticonsorte siempre tiene un interés en el resultado del juicio, pues

¹¹ BRODERMANN FERRER, Luis Alfredo, *La unidad de la relación jurídico-procesal*, p. 271, 2016. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4250/16.pdf>, fecha consulta de 29 de noviembre de 2022.

¹² Contratos comunes entendidos cuando varias instituciones de crédito otorgan distintos montos para un solo acreditado.

¹³ Por no ser el motivo del presente trabajo se omitirá dar una explicación detallada del significado de estas clasificaciones. Cfr. OVALLE FAVELA p. 254.

¹⁴ Este supuesto se daría ante la ausencia de un procedimiento concursal, ya que, si existiese un procedimiento concursal, no sería necesaria la intervención del acreedor reconocido pues éste cobraría, según su graduación y prelación, en la etapa de liquidación.

su esfera se verá directamente afectada por el sentido de la sentencia.

ii.- Mientras que el Litisconsorcio necesario es un presupuesto procesal que debe de estudiarse de oficio, la tercería es una simple situación jurídica; la tercería nace por el interés de un tercero que puede o no coincidir con el de alguna de las partes y sin que el tercero tenga que ser necesariamente actor o demandado, mientras que el Litisconsorcio necesario nace por la situación jurídica indivisible imposible de separar entre los litisconsortes y por la necesidad del dictado de una sola sentencia que afecte necesariamente a los intervinientes.

Por ello es factible concluir que, aunque parecieran ser similares, las figuras del litisconsorcio y las tercerías y terceros llamados a juicio son técnicamente diferentes¹⁵. Siendo el litisconsorcio un presupuesto procesal y la tercería una situación de hecho, y teniendo a su vez consecuencias diferentes.

IV] Litisconsorcio pasivo necesario en la Materia Laboral

Una vez abordadas las generalidades de la Institución, se analizará la institución en el contexto de la materia laboral. El presente capítulo se dividirá en 4 subcapítulos: supuestos de actualización del LPN en materia laboral, en favor de quién opera y las consecuencias que acarrea, un consejo procesalmente práctico del autor a los abogados de parte que van tanto por partes actoras como por partes demandadas y la demanda de prestaciones particulares con distintas causas.

1. Supuestos de actualización del LPN en materia laboral.

Las relaciones contractuales entre patrones y trabajadores no siempre son unipersonales, ya que es muy común la subcontratación, *joint Ventures*, e incluso los grupos empresariales en los que las sociedades controladoras se ven beneficiadas directamente de los servicios que le presta un trabajador a una sociedad controlada.

El Litisconsorcio pasivo necesario es una institución procesal con trascendencia sustantiva que se puede advertir desde el momento en el que se integra la litis¹⁶ con la pura narración de los

¹⁵ Criterio Civil 2004025 sustentado por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, p. 1450, Libro XII, julio del 2013, T. II., Décima Época.

¹⁶ La litis se integra no solamente con la demanda y su contestación, sino también con sus aclaraciones, modificaciones, enderezamientos y con la réplica y contrarréplica.

hechos tanto en la demanda como en la contestación que incluso se puede hacer valer a través de un incidente¹⁷.

Si bien la Ley y la Jurisprudencia mexicana ha establecido claramente la solidaridad de responsabilidades patronales¹⁸ también es cierto que no toda responsabilidad compartida implica que nos encontremos ante el Liticonsorcio pasivo necesario. Sobre este sentido el Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Decimosexto Circuito¹⁹ ha sostenido su postura en delimitar claramente cuándo aplica el LPN y cuándo no. Un extracto sustancial del razonamiento del juzgador en el referido caso es el siguiente:

El liticonsorcio pasivo necesario se produce por un nexo jurídico previo entre los demandados (...) este tribunal considera que no cualquier vínculo jurídico entre patronos dará lugar a esa figura procesal, pues éste puede obedecer a variados motivos, tales como una relación de matrimonio, de comprador-vendedor, acreedor-deudor o de sociedad comercial, con la gama de matices que puede presentarse; así, la relación jurídica que produciría el liticonsorcio pasivo necesario en los conflictos laborales, implicaría que las obligaciones derivadas de un laudo condenatorio no pudieran afectar a uno desligado de la suerte del otro, con derecho propio y autónomo que defender.

La ejecutoria más relevante para el presente trabajo es la que resolvió la Contradicción de Tesis 414/2009 sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia (SCJN) publicada en la página 133, Tomo XXXI, Novena Época, febrero de 2010 en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, ya que sostuvo las siguientes premisas sobre el LPN:

El LPN se caracteriza porque para el dictado válido de una sentencia es necesaria la presencia de los liticonsortes en el proceso, y que entre los Liticonsortes exista una idéntica relación jurídica causal. Ello quiere decir que un primer efecto del LPN es

¹⁷ Si bien es cierto su tramitación no está expresamente regulada por la Ley Federal del Trabajo, también es cierto que la jurisprudencia sí ha aceptado su tramitación en vía incidental. Cfr. Jurisprudencia 2a./J. 169/2012 (10a.) de Registro digital: 2002568 publicada en el Libro XVI, enero de 2013, Tomo 2, página 1230 Décima Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta emitida por la H. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁸ Criterio 2013990 sostenido por el Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Decimosexto Circuito p. 2762, Libro 40, marzo del 2017, T. IV., Décima Época.

¹⁹ *Ídem*.

evitar el dictado de una sentencia si no se encuentran llamados a juicio todos los litisconsortes.

La calidad de litisconsorte voluntario o necesario depende del hecho que le da origen al litigio, en la *legitimatío ad causam* que vincule o no a los litisconsortes; el interés común por sí solo no configura el LPN, ya que este interés común debe de tener la calidad de indivisible, tal y como lo explica el Juzgador en la ejecutoria que se analiza en estos párrafos:

En ese tenor, el litisconsorcio pasivo necesario tiene su razón de ser en la existencia de juicios en los que debe haber una sola sentencia para todos los litisconsortes, por encontrarse en un estado de comunidad jurídica con respecto al objeto litigioso o tengan un derecho o se encuentren obligados por una misma causa de hecho o jurídica, siendo tales causas, homogéneas en lo esencial...

Así, la determinación del juzgador tendrá validez únicamente cuando se les dio la oportunidad a todos los litisconsortes de ser oídos y vencidos en juicio. Ello porque es imposible condenar o absolver a una parte sin que alcance directamente a las demás. En esta misma ejecutoria de la Contradicción de tesis 414/2019 se estableció:

Desde esa óptica, el litisconsorcio pasivo necesario se halla o está ligado con la relación causal, material o sustantiva que en el juicio se controvierte, sea única o indivisible, por lo que, como se vio, se ubica en una norma sustantiva, aunque no se soslaya que produce efectos hacia el proceso en tanto que de no demandarse a todos los litisconsortes se constituirá defectuosamente la relación procesal.

La Segunda Sala de la SCJN fue sistemática al momento de describir pormenorizadamente las características *sine qua non* para que se puede considerar que existe un LPN enumerándolas en cuanto a la causa que une a los litisconsortes:

i.- Es material o sustantiva; ii.- Se convierte en única o indivisible; iii.- Nace previamente al juicio; iv.- Se ubica en una norma sustantiva; y, v.- Puede apreciarse o descubrirse desde que se plantea la demanda, o bien, del propio material probatorio que llegue a ofrecerse en el juicio²⁰.

²⁰ Tal y como ya lo habíamos señalado anteriormente, desde que se integra la relación procesal. Es poco preciso el sostener que se pueda advertir del material probatorio ya que las pruebas deben de estar relacionadas con la litis, de lo que se sigue que si no existe

Entonces, el litisorcicio necesario es una institución generada a partir de hechos sustantivos que tiene trascendencias procesales en cuanto a las formalidades esenciales que debe tener un procedimiento para el dictado válido de una sentencia. En la misma ejecutoria analizada en el párrafo anterior se establece:

Referente a lo primero, si se parte del hecho de que con el litisorcicio de mérito se constituye una sola causa que deberá ser resuelta mediante un único procedimiento y por lo mismo se crea una unión procesal entre los litisorciores, entonces la decisión contenida en la sentencia deberá ser siempre igual para todos y no podrá dictarse para el caso en que no estén presentes todas las personas consideradas como necesarias.

Así, los requisitos simplificados para la configuración del litisorcicio pasivo necesario entre los codemandados son: Que exista un nexo previo entre los demandados, y que este nexo implique que los litisorciores corran la misma suerte

Que los litisorciores corran la misma suerte implica que uno no puede ser condenado y el otro absuelto, sino que la condena o la absolución de uno se extiende al otro. De ahí deriva la *necesidad* en el litisorcicio, que forzosamente uno se verá afectado en el mismo sentido que el otro.

Como parte relevante para entender cuándo opera el litisorcicio pasivo necesario en materia laboral, es importante señalar de manera clara sus diferencias con la solidaridad, pues la solidaridad y el litisorcicio pudieran confundirse en la práctica al tener rasgos similares, al ubicarse ambas instituciones dentro del género próximo de relaciones procesales con intereses múltiples. Pese a ello, como se verán en párrafos siguientes, tienen diferencias específicas que permiten diferenciarlas.

El Juzgador mexicano a lo largo del considerando de la sentencia antes transcrita, diferencia de manera bastante clara la solidaridad de la multiplicidad de patrones responsables de una relación laboral y el litisorcicio pasivo necesario de la siguiente manera: mientras que en la solidaridad se le puede exigir la totalidad de lo debido a cualquiera de los deudores solidarios sin la necesidad de llamar a todos a juicio, en el LPN es imperativo llamar a la totalidad de las partes necesariamente afectadas por el sentido de la sentencia. *Ergo*, la multiplicidad de patrones no necesariamente acarrea la configuración del LPN.

controversia al respecto, ni siquiera se deberían de admitir pruebas dirigidas a probar hechos no controvertidos.

El primer supuesto de esta diferencia implica que, ante la solidaridad en una responsabilidad, el trabajador podría demandar únicamente a uno de los responsables y exigirle a ese único demandado la totalidad de las prestaciones reclamadas, es decir, el demandar a la totalidad de responsables solidarios queda a elección del actor.

El segundo supuesto explica los efectos del litisconsorcio en la sentencia: la existencia de un litisconsorcio necesario imposibilita el dictado del Laudo.

Ahora bien, respecto de esta relación entre solidaridad y litisconsorcio necesario existe una posibilidad de que los litisconsortes necesarios se encuentren efectivamente en la posición adicional de responsables solidarios; ello quiere decir que pueden subsistir entre dos codemandados la dual calidad de responsables solidarios y litisconsortes, mas ello no implica que la solidaridad sea igual a un litisconsorcio pasivo necesario, pues éstas son instituciones diferenciables.

Específicamente en materia laboral es común que las Juntas de Conciliación estimen que se configura el litisconsorcio pasivo necesario cuando se demanda a varios codemandados argumentando que estos son *unidad económica de producción* o bien cuando los hechos que le son atribuidos a los codemandados, les son atribuidos conjuntamente. Ello se debe que los trabajadores tienen la facilidad procesal, según el artículo 712 de la Ley Federal del Trabajo, de demandar a *quien resulte responsable de la fuente de trabajo* ubicada en el último domicilio que prestó sus servicios, si es que no conociere de manera precisa el nombre correcto de su patrón.

El demandar a varias entidades jurídicas representa una gran comodidad para los demandantes, pues no requieren realizar gastos económicos o de tiempo en investigar la denominación exacta del patrón que les pagaba su sueldo, y en consecuencia terminan demandando como unidades económicas de producción a varias empresas ubicadas en una sola fuente de trabajo, para evitar errores de dedo o de régimen societario²¹. Asimismo, atribuir hechos conjuntamente a los codemandados representa una ventaja procesal para el demandante, ya que es sumamente complicado que el demandante tenga información certera, ante la multiplicidad de patrones posibles, de ante quién se encontraba registrado el trabajador al que le atribuye hechos en la demanda. Estas dos ventajas procesales, no obstante, provocan la configuración del

²¹ Es decir, para evitar que el patrón sea Patito S.A. de C.V. en vez de Patito S.A. de C.V. SFP o Patito México S.A.P.I. de C.V.

LPN ya que cuando se narran hechos conjuntos o bien se argumenta la unidad económica de producción el demandante está provocando, con su propio dicho sin necesidad de pruebas, un nexo sustantivo indivisible entre los demandados que provocará en su caso que corran conjuntamente la misma suerte.

2. *En favor de quién opera y consecuencias de su actualización.* La actualización en un caso concreto de un Liticonsorcio pasivo necesario puede beneficiar a cualquiera de las partes, dependiendo del sentido del Laudo.

Así, si la Junta de Conciliación estimó que se configuraba el LPN con el solo dicho de la parte actora, el beneficio procesal ante la absolución de un codemandado se extiende así a todos los codemandados. Esta absolución se puede dar, genéricamente, por 3 caminos.

El primer camino implica una absolución en el fondo, es decir, en el mérito de la controversia, las acciones sustantivas de la parte actora no procedieron por razones de fondo, beneficiando positivamente a todos los litisconsortes; el segundo supuesto implica que ante la imposibilidad de emplazar a uno de los litisconsortes, el demandante para evitar retrasos en el procedimiento se termine desistiendo de uno de ellos, lo cual provocará que el desistimiento se extienda evidentemente a los demás litisconsortes, sin importar que ya estén emplazados o que incluso ya hayan contestado la demanda; el tercer supuesto es una variación del segundo que se actualiza cuando la Junta de Conciliación, al advertir la certificación del Actuario Notificador de la imposibilidad de emplazar a uno de los codemandados, apercibe a la parte actora de no tenerle por presentada la demanda en contra de tal litisconsorte, y al no desahogar la parte actora tal prevención con un domicilio correcto, la consecuencia de *tener por no presentada la demanda* se extiende a los demás litisconsortes al hacer la Junta de Conciliación efectivo el apercibimiento.

Por otro lado, cuando opere el LPN en favor del trabajador ya sea por que sea advertido en su demanda, en las pruebas que aporten las partes al proceso o bien porque lo advierta de oficio la Junta o el Tribunal Colegiado, tendrá la enorme ventaja procesal de que las acciones intentadas en contra de un litisconsorte serán eficaces y ejecutables en contra de todos, debiendo solamente de haber aportado prueba de la procedencia de sus acciones en contra de un litisconsorte.

3. *Estrategia procesal.* La estrategia procesal sugerida es no demandar como unidad económica de producción a menos que

sea estrictamente necesario y en caso de subcontratación señalar quién es el prestador y quién el beneficiario; en caso de grupos empresariales señalar qué sociedad es la responsable y quiénes serían las responsables subsidiarias en caso de insolvencia de la responsable original; es decir, evitar en la medida de lo razonable realizar una argumentación genérica de que los codemandados se configuran como una unidad económica de producción.

Por otro lado, la estrategia para los patrones demandados sugerida por el autor es ser cuidadosos cuando se les demande indistintamente como unidad económica de producción. Ante tal circunstancia podrían hacer valer en su favor el LPN, circunstancia que si bien es cierto representa un riesgo de ser condenado junto con un litisconsorte, también es cierto que una absolución en el fondo, un desistimiento o un apercibimiento efectivo de tenerle a la parte actora por no presentada su demanda en contra del litisconsorte representa una estrategia que si es exitosamente ejecutada podría darle una enorme ventaja procesal al codemandado que resulte en su total absolución.

4.- *Prestaciones independientes y particularizadas.* Bajo otra tesitura, también es relevante resaltar que Las obligaciones contractuales y las cargas procesales en el mundo moderno son sumamente complejas²² situación que imposibilita la realización de una fórmula absoluta que abarque a la perfección todas las hipótesis en las que se configura el Litisconsorcio pasivo necesario; no obstante, es posible afirmar que el LPN no excluye la configuración de una relación procesal en la que una parte pretenda diversas prestaciones que nazcan de diversas causas.

Si bien es cierto que para que se consolide un LPN tiene que existir un nexo sustantivo indivisible entre los litisconsortes, no por ello es que todas y cada una de las prestaciones que se reclamen deberán de ser intentadas contra ambos litisconsortes. Verbigracia, un trabajador puede intentar contra demandado P y Q una indemnización mientras que intente únicamente contra Q la devolución de la devolución de su fondo de ahorro. En este supuesto las prestaciones independientes que se reclamen de cada uno de los demandados subsisten de manera autónoma, es decir, si se desiste de P, la indemnización constitucional será improcedente también respecto de Q, mas, al solamente haberse desistido de P, la prestación que se reclamó de manera autónoma

²² ROBLES FARÍAS, Diego, *Teoría General de las Obligaciones (Segunda ed.)*, Ciudad de México, Oxford University Press, 2015.

a Q, el fondo de ahorro, no será afectada por el desistimiento en favor de P.

En consecuencia, sería recomendable a los demandantes que, si requieren ejercer acciones contra litisconsortes necesarios, en la medida de lo que el caso concreto lo permita, identifiquen y señalen las causas diferentes que podrían intentar individualmente contra cada uno de los demandados.

V] Un ejemplo real

En el expediente 378/2014 seguido ante la Junta Especial número 18 de la Federal de Conciliación y Arbitraje, la parte actora demandó de la siguiente manera:

Pretensiones: indemnización constitucional por despido injustificado, salarios vencidos, vacaciones, prima vacacional, aguinaldo y prima de antigüedad. Prestaciones que intentó indistintamente en contra de las demandadas A, B y C.

Inicialmente la parte actora solo demandó a la sociedad A. después de ampliar la demanda en la etapa de Conciliación, Demanda y Excepciones contra de las demandadas B y C, la parte actora narró que las nuevas sociedades demandadas tenían el mismo giro y la misma actividad económica preponderante que la demandada A.

Hechos: la parte actora les atribuyó a todos los demandados, indistintamente, el hecho de la contratación y el hecho del despido, sin hacer distinción específica de cuál de todos lo había contratado o despedido. La parte actora narró que las 3 sociedades demandadas tenían el mismo domicilio y que eran la misma fuente de trabajo.

En la primera audiencia el actuario notificador señaló en las actas de emplazamiento que no le fue posible emplazar a las codemandadas B y C por lo que la parte actora solicitó un término de 3 días para proporcionar el domicilio correcto de éstas, lo cual le concedieron bajo el apercibimiento de tenerle por no presentada la demanda en contra de las codemandadas B y C si no proporcionaba domicilio o el que proporcionase resultare inexacto. Transcurrido el término la parte actora no dio cumplimiento a la prevención y se le hizo efectivo el apercibimiento, teniéndolo por no demandando a B y C.

Adicionalmente, en la etapa de conciliación, demanda y excepciones la demandada A no compareció a contestar la demanda.

En la etapa de ofrecimiento y admisión de pruebas, ni la parte actora ni la demandada A ofrecieron prueba alguna.

Laudo: la Autoridad comenzó el Laudo sosteniendo que si bien no existía litis alguna en el expediente²³, no por ello *ipso iure* procedían las acciones de la parte actora, de lo que entró al análisis de la procedencia de las acciones de la parte actora de la siguiente manera:

*A verdad sabida y buena fe guardada y apreciando los hechos en conciencia, observa que la parte actora en tanto en su escrito inicial de demanda como en la ampliación de la misma señaló que ingresó a prestar sus servicios para las demandadas A, B, y C.*²⁴

Después, la Junta analizó que como a las 3 codemandadas se les señaló como la única fuente de trabajo de manera indistinta, procedió en el cuarto punto considerando de la sentencia a analizar si se configuraba el Litisconsorcio pasivo necesario.

En su razonamiento, la Junta expresó lo siguiente, con el solo escrito inicial de demanda y su ampliación:

No se está en el supuesto de que alguno o algunos de ellos, puedan ser absueltos y otros condenados, sino que el fallo debe contener igual resultado para todos, porque al conformar una unidad y formar parte del mismo grupo de empresas, máxime que se observa que el fallo debe de ser idéntico para todos como si fueran uno solo la que el actor prestó sus servicios anterior al despido para todas y cada una de las demandadas en el mismo domicilio e incluso que fue despedido por las mismas, ... por lo que se está ante la figura del Litisconsorcio pasivo necesario.

La conclusión de la Junta y el sentido del fallo fue el siguiente:

Al no haber quedado interpuesta la demanda en contra de demandadas B y C, luego entonces beneficia a la demandada A en consecuencia se absuelve a demandadas A, B y C de todas y cada una de las prestaciones que les fueron reclamadas por el actor.

Como se puede apreciar el caso anteriormente descrito sustenta que existen varios supuestos en los que el LPN puede acarrear consecuencias negativas para la parte actora pues no solamente opera ante el desistimiento de una de las

²³ Pues la demandada A no había contestado la demanda ni ofreció prueba en contrario.

²⁴ Los nombres reales de las demandadas naturalmente fueron remplazados por letras.

codemandadas sino también cuando se le tiene por no demandando a una codemandada.

Adicionalmente, se puede apreciar cómo la existencia del LPN puede ser decretada y advertida desde el puro escrito inicial de demanda sin que necesariamente tenga que ser probado en la etapa probatoria del juicio, sino que basta con que la parte actora narre que las codemandadas son una unidad económica de producción y que les atribuya los hechos indistintamente.

VI] Conclusiones

En virtud de lo expuesto a lo largo del presente artículo, podemos a manera sintética establecer que el LPN es el presupuesto procesal insubsanable caracterizado por varias personas integradas en unión procesal que tienen entre sí un vínculo sustantivo o causal, *de facto* o *de iure*, indivisible.

Concretamente el LPN trasciende en materia laboral 1. Previniendo el dictado de un laudo si no se encuentran llamados todos los liticonsortes al juicio y 2. Provocando el archivo definitivo y por tanto la cosa juzgada de las prestaciones no independientes del expediente en el que el demandante se desista o le tengan por no presentada en contra de uno de los liticonsortes.

La multiplicidad de demandados, o la posible responsabilidad solidaria entre ellos no configura, por sí misma, el LPN.

Bibliografía

BRODERMANN FERRER, Luis Alfredo, *La unidad de la relación jurídico-procesal* en R. Márquez Romero & W. V. Rocha Cacho (Eds.), *Nuevos paradigmas del Derecho Procesal*, recuperado de Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Ciudad de México, Porrúa, 1998.

OVALLE FAVELA, Jorge, *Teoría General del Proceso*, 2da ed., Ciudad de México, Harla.

Larousse Editorial y Real Academia Española, *Diccionario VOX Latino - Español* (Vigésimo novena ed.) Barcelona, España: Larousse Editorial, 2017.

ROBLES FARÍAS, Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, 2da ed., Ciudad de México, Oxford University Press, 2015.

ROMERO SEGUEL, Alejandro (1998). El Liticonsorcio necesario en el Derecho procesal chileno. *Doctrina y jurisprudencia*. *Revista Chilena de Derecho*, 25, 387-422.

Ensayos preparados por alumnos

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
18 SEMESTRE I
2022

El traslado del Impuesto al Valor Agregado en el caso de prestación de servicios de construcción destinados a casa habitación

RODRIGO CARRILLO RUIZ
JESÚS TLACAELEL COVARRUBIAS MIRANDA
JOSÉ CENTEOTL COVARRUBIAS MIRANDA¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Metodología*. III. *Antecedentes del Impuesto al Valor Agregado*. IV. *Análisis jurídico de la exención del IVA prevista en la Ley de Impuesto al Valor Agregado*. V. *Análisis de criterios jurídicos*. VI. *Consecuencias de la jurisprudencia y las afectaciones al consumidor final de la casa habitación*. VII. *Incertidumbre jurídica derivada de criterios del Pleno de la Suprema Corte*. VIII. *Conclusiones*.

Resumen. El presente trabajo tiene como objetivo analizar el Impuesto al Valor Agregado mexicano en el sentido de que los servicios de construcción destinados a la casa habitación están exentos de causar este último impuesto; asimismo, se examina el criterio de los tribunales mexicanos respecto de este tema. Además, se establece una propuesta para cumplir con la teleología de la norma.

Palabras clave: Impuesto al Valor Agregado, IVA casa habitación, IVA servicios de construcción.

Abstract. *The Present work has the objective to analyze the Mexican Value Added Tax from the scope that the construction services for residential homes are exempt to cause such tax. Also, this article examines the criteria of the Mexican courts regarding this issue. Furthermore, a proposal to comply with the teleology of the norm is established.*

¹ Los tres autores son alumnos de noveno semestre de la carrera de Derecho en la Universidad Panamericana Guadalajara y cursaron el Seminario de Derecho Fiscal en el semestre de invierno de 2022.

Keywords: *Value Added Tax, residential homes, tax construction services, tax criteria.*

I] Introducción

El Impuesto al Valor Agregado tuvo su origen en la segunda mitad del siglo XX en Francia, cuando Maurice Lauré lo propuso como una alternativa para unificar los diversos impuestos comerciales que había y que hacían que el proceso mercantil fuese más gravoso. Más adelante, esta idea se traslada a otros países de Europa, para después llegar a Latinoamérica y en consecuencia a México. En este último se estableció un marco legal para regular el impuesto al valor agregado que entró en vigor hasta 1980, durante el sexenio de José López Portillo, por lo que la Ley al Impuesto al Valor Agregado implicó la supresión de 17 impuestos especiales (Sección III).

El presente trabajo aborda los supuestos de enajenación de bienes exentos del Impuesto al Valor Agregado, enfocándolo en el contexto de la prestación de servicios de construcción destinados a la casa habitación que incluyan mano de obra y materiales, en lo sucesivo (*servicios de construcción*). Primero, se expone cómo está prevista en la Ley del Impuesto al Valor Agregado y en su respectivo reglamento, señalando que hay una exención para el consumidor que compre, construya o amplíe un inmueble destinado a la casa habitación, de esta manera, se expone la teleología y el valor protegido de la norma (Sección IV).

Segundo, se analizan tres criterios fundamentales que han estado cambiando: i) tesis aislada de Tribunales Colegiados en Materia Administrativa, la cual dispone que el espíritu de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, al momento de declarar la enajenación de la casa habitación como un supuesto exento del impuesto en mención, era crear un sistema para evitar el efecto acumulativo que tiene dicho impuesto con el fin de que el consumidor final no se viera perjudicado al tener que enterar el Impuesto al Valor Agregado, por lo que considera que no solo la casa habitación tiene que estar exenta del tributo, sino que también todas aquellas construcciones adheridas al suelo cuyo destino sea la casa habitación, así como también todos aquellos servicios de construcción prestados por intermediarios encaminados a la construcción de la casa habitación; ii) la jurisprudencia del Pleno de la SCJN del 2016, que modifica el criterio anterior de los Tribunales Colegiados en Materia Administrativa, señalando que para la aplicación del supuesto de exención, la persona física o moral que preste los servicios de construcción los deberá presentar de forma integral *i.e.* debe ser la misma persona quien proporcione la mano de obra y los materiales

necesarios para la construcción de la casa habitación, esto con el objeto de evitar que aquellos que opten por la subcontratación de servicios queden exentos de enterar el Impuesto al Valor Agregado; iii) la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 2022, que surge de una contradicción de tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito, dicho criterio vuelve a cambiar la interpretación previa al establecer que no puede considerarse a una inmobiliaria como el sujeto beneficiario de la exención del Impuesto al Valor Agregado por enajenación de casa habitación, puesto que para que dichas actividades puedan estar exentas del IVA deben realizarse directamente por el consumidor final, en otras palabras, quien adquiera la casa habitación con el objetivo de establecer en ella una vivienda y no con motivos comerciales (Sección V).

De lo anterior, se advierte que paulatinamente se ha limitado más la exención del Impuesto al Valor Agregado en este supuesto. Además, que el criterio vigente del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación está causando el efecto contrario a aquel que buscaba el legislador al momento de emitir la norma, donde se prevé una exención al Impuesto al Valor Agregado en casa habitación *i.e.* beneficiar al consumidor final al pagar por una vivienda menos costosa (Sección VI). En este sentido, se señala que es paradójico que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el principal órgano jurisdiccional que debe asegurar la protección efectiva de los derechos humanos es quien evita que se aplique una norma que contiene un beneficio legal (Sección VII).

Finalmente, se concluye que el actual criterio del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se debe de modificar. Por tanto, se solicita a los Diputados de LXIV Legislatura del Congreso de la Unión que modifiquen el Artículo 9 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, para que los servicios de construcción estén exentos de este impuesto, sin limitarlo a que el consumidor final realice todas las actividades para la construcción del inmueble, es decir, que se amplíe para que todos los prestatarios puedan estar también exentos del Impuesto al Valor Agregado, en este sentido, se podría tener como criterio orientador lo señalado por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (Sección VIII).

II] Metodología

El presente trabajo fue realizado aplicando el método inductivo.² Primero se analizó brevemente el origen del Impuesto al

² El método inductivo atiende al estudio de hechos o eventos aislados, para después compararlos, encontrando similitudes y diferencias, con el fin de realizar un razonamiento

Valor Agregado, y su desarrollo en México. Después, se examinó lo previsto en la Ley del Impuesto al Valor Agregado y el Reglamento de dicha ley, en relación al contexto de la enajenación de casa habitación y la prestación de servicios para su construcción. Posteriormente, se tomó en consideración lo determinado por los Tribunales del Poder Judicial de la Federación respecto al tema, para finalmente establecer la conclusión y realizar una propuesta.

III] Antecedentes del Impuesto al Valor Agregado

1. *El Impuesto al Valor Agregado en Francia.* El Impuesto al Valor Agregado (IVA) fue implementado por primera vez en Francia. En 1917 se fijó un impuesto proporcional sobre los pagos y se empezaron a gravar las ventas al menudeo, además, en este año también se determinó un impuesto sobre la cifra de los negocios, por lo que se gravaban todas las operaciones industriales y comerciales, sin embargo, al fijarse en todas las fases comerciales, y al ser dicho impuesto acumulativo, provocaba que el costo final se inflara de forma desproporcionada. Más adelante se implementaría un impuesto a la producción y también a la prestación de servicios. Así, convivieron diversos tipos de impuesto durante cierto tiempo, los destinados a la producción, los relacionados con la prestación de servicios, los relativos a las ventas al menudeo y el impuesto sobre las transacciones.³

En 1954 Maurice Lauré⁴ propuso sustituir determinados impuestos por uno único *i.e.* el IVA, que supliría al impuesto sobre la

lógico y precisar conclusiones generales. MIRANDA TORRES, Roxana Paola, *¿Por qué hacer investigación jurídica?*, Revista Perspectiva Jurídica UP, No. 09, 2017, p.150. Disponible en: http://www.edkpublicaciones.com/up/pdf/Perspectiva_Juridica_09.pdf Consultado el 7 de noviembre de 2022.

³ RESÉNDEZ MUÑOZ, Eduardo, *El Impuesto al Valor Agregado en Francia y su Implementación en México*, s.f., págs 8-11. Disponible en: <http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1020081368/1020081368.PDF>. Consultado el 7 de noviembre de 2022.

⁴ Fue un ingeniero francés nacido en 1917 en Marruecos, laboró en diversos órganos del gobierno francés relacionados con la tributación e igualmente se desempeñó como Director General y Presidente del Banco *Société Générale*. Actualmente hay un premio que otorga la Asociación Fiscal Internacional en su nombre, ya que se le considera como el precursor del IVA, que actualmente se implementa en más de 160 jurisdicciones. LAURÉ, Maurice (traducido por Rubén Vasco Martínez), *Breve historia del nacimiento del IVA*, Revista Gratis N° 567, septiembre 2001, Disponible en: https://cijuf.org.co/sites/cijuf.org.co/files/documentos_interes/Breve%20Historia%20del%20Nacimiento%20del%20IVA%2C%20inventor%20Maurice%20Lauré%20Traductor%20Rubén%20Vasco%20M%20%281%29_0.pdf Consultado el 7 noviembre 2022; LAURÉ

producción y al impuesto sobre las transacciones; paulatinamente dicho impuesto se generalizaría también erradicando el impuesto local sobre ventas al menudeo, el impuesto de prestación de servicios y el impuesto sobre los transportes de mercancías. Después este impuesto se establecería en otros países europeos para posteriormente implementarse en Latinoamérica.⁵

2. *Origen del Impuesto al Valor Agregado en México.* Durante la Colonia en la Nueva España se aplicó un impuesto sobre las ventas denominado *alcabala*, el cual representaba una tasa del 6%, sin embargo, fue erradicado en 1810. Por otra parte, en el mismo periodo existió el impuesto de *avería*, aplicable también a las ventas, dicho impuesto significaba una tasa del 4%. Asimismo, es importante precisar que en 1869 se estableció la primera ley del timbre, entrando en vigor hasta 1875, puesto que para la realización de las operaciones mercantiles era necesario contar con estampillas fiscales que se adhirieran al documento para dar certeza al hecho que se plasmaba, entonces se gravaba el uso de este tipo de papel, considerado como oficial.⁶

Posteriormente, en 1931 surgiría el *impuesto a las transacciones*.⁷ Además, en 1948 entró en vigor la Ley Federal del Impuesto sobre Ingresos Mercantiles (*ISIM*), estableciendo una tasa de 18 al millar *i.e.* 1.8% en el territorio nacional, por lo que se derogó lo respectivo al impuesto sobre el timbre y en consecuencia se estableció una coordinación entre los sistemas tributarios locales y el federal, obteniendo un sistema tributario centralista. Uno de los objetivos de este impuesto era habituar a los consumidores finales al impuesto sobre ventas al consumo.⁸ Asimismo, como se precisó anteriormente, el IVA como se conoce hoy en día fue implementado por primera vez en Francia, durante la segunda mitad del siglo XX.

En 1980, durante la presidencia de José López Portillo es que entra en vigor la Ley del Impuesto al Valor Agregado⁹ (*LIVA*)

PRIZE, Maurice, Disponible en: <https://www.ifa.nl/research-awards/maurice-laur%C3%A9-prize> Consultado el 7 noviembre 2022.

⁵ RESÉNDEZ MUÑOZ, Eduardo, *Op. Cit.*, págs. 12-14.

⁶ CÓRDOVA FARCIERT, Pedro, *Impuesto al Valor Agregado*, Instituto Mexicano de Corredores Públicos, México, 2017, págs. 20-21.

⁷ *Ibidem*.

⁸ MOLINA ARMENTA, María del Ángel, *La coordinación tributaria del comercio y la industria en México: el atropellado camino para el establecimiento del Impuesto Sobre Ingresos Mercantiles (isim)*, Economía Informa, 2017, págs. 32 y 43. Disponible en: <http://www.economia.unam.mx/assets/pdfs/econinfo/406/03MolinaArmenta.pdf> Consultado el 6 de noviembre 2022.

⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1978.

suprimiendo 17 impuestos especiales con el objetivo de mejorar la recaudación tributaria y el control de su administración.¹⁰ Este impuesto sustituye al ISIM, y se diferenció sustancialmente del último al no considerar el ingreso del causante como la base para calcular el impuesto, sino que tomaba en consideración el valor agregado en las diversas etapas del proceso mercantil, por lo que el oferente pagaría la diferencia entre el impuesto que se le trasladó cuando compró sus insumos y el impuesto que él trasladó cuando realizó sus ventas¹¹; de esta forma se precisa que el IVA es un impuesto indirecto, cuya tasa general en un principio era del 10%¹² y ha incrementado hasta contar con una tasa del 16% en la actualidad.

IV] Análisis jurídico de la exención del IVA prevista en la Ley de Impuesto al Valor Agregado

Como se estableció, actualmente conforme la LIVA, la tasa del Impuesto al Valor Agregado es del 16%; sin embargo, de acuerdo al artículo noveno de este mismo ordenamiento¹³, en la enajenación de

¹⁰ TORRES SANDOVAL, Elías Salvador (*et al.*), *Antecedentes a la implementación del estímulo fiscal del impuesto al valor agregado a la tasa del 8% en la región fronteriza norte*, Diseminación de conocimientos, descubrimientos y reflexiones-Oaxaca, 2020, págs. 529 y 530. Disponible en: <https://n9.cl/tpqp5> Consultado el 8 de noviembre de 2022.

¹¹ MOLINA, María del Ángel, *El establecimiento del IVA en México: un problema político-económico, 1968-1980*, América Latina en la Historia Económica, 27 (1), e987, 2020, págs. 14 y 15. Disponible en: <https://www.scielo.org.mx/pdf/alhe/v27n1/2007-3496-alhe-27-01-987.pdf> Consultado el 8 de noviembre de 2022.

¹² GARCÍA-ALBA IDUÑATE, Pascual, *La estructura del IVA en México*, Análisis Económico, No. 48, Vol. XXI, Tercer cuatrimestre 2006, págs. 124 y 133. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/413/41304807.pdf> Consultado el 8 de noviembre de 2022.

¹³ Ley del IVA Artículo 9o.- *No se pagará el impuesto en la enajenación de los siguientes bienes: I.- El suelo. II.- Construcciones adheridas al suelo, destinadas o utilizadas para casa habitación. Cuando sólo parte de las construcciones se utilicen o destinen a casa habitación, no se pagará el impuesto por dicha parte. Los hoteles no quedan comprendidos en esta fracción. III.- Libros, periódicos y revistas, así como el derecho para usar o explotar una obra, que realice su autor. IV.- Bienes muebles usados, a excepción de los enajenados por empresas. V.- Billetes y demás comprobantes que permitan participar en loterías, rifas, sorteos o juegos con apuestas y concursos de toda clase, así como los premios respectivos, a que se refiere la Ley del Impuesto sobre la Renta. VI.- Moneda nacional y moneda extranjera, así como las piezas de oro o de plata que hubieran tenido tal carácter y las piezas denominadas onza troy. VII.- Partes sociales, documentos pendientes de cobro y títulos de crédito, con excepción de certificados de depósito de bienes cuando por la enajenación de dichos bienes se esté obligado a pagar este impuesto y de certificados de participación inmobiliaria no amortizables u otros títulos que otorguen a su titular derechos sobre inmuebles distintos a casa habitación o suelo. En la enajenación de documentos pendientes de cobro, no queda comprendida la enajenación del bien que ampare el documento. Tampoco se pagará el impuesto en la enajenación de los certificados de*

ciertos bienes el pago de este impuesto se encuentra exento; en este sentido, cabe recordar que la exención tributaria es una figura jurídica establecida en una norma con jerarquía de ley, en donde se libera el pago del impuesto para los contribuyentes que encuadren en el supuesto, debido a razones de equidad tributaria y/o política.¹⁴ De manera que, conforme a la LIVA, en la enajenación del suelo, construcciones adheridas al suelo destinadas a casa habitación, libros, periódicos y revistas, entre otros, no se pagará la tasa del Impuesto al Valor Agregado. En consecuencia, la norma protege aquella enajenación de bienes que considera parte de la equidad tributaria.

De la misma forma, el Reglamento¹⁵ de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, en su artículo 29¹⁶, en sintonía con el artículo 9, fracción II de la LIVA, establece que los servicios de construcción de

participación inmobiliarios no amortizables, cuando se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y su enajenación se realice en bolsa de valores concesionada en los términos de la Ley del Mercado de Valores o en mercados reconocidos de acuerdo a tratados internacionales que México tenga en vigor. VIII.- Lingotes de oro con un contenido mínimo de 99% de dicho material, siempre que su enajenación se efectúe en ventas al menudeo con el público en general. IX. La de bienes efectuada entre residentes en el extranjero, siempre que los bienes se hayan exportado o introducido al territorio nacional al amparo de un programa autorizado conforme al Decreto para el fomento de la industria manufacturera, maquiladora y de servicios de exportación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1 de noviembre de 2006 o de un régimen similar en los términos de la legislación aduanera o se trate de las empresas de la industria automotriz terminal o manufacturera de vehículos de autotransporte o de autopartes para su introducción a depósito fiscal, y los bienes se mantengan en el régimen de importación temporal, en un régimen similar de conformidad con la Ley Aduanera o en depósito fiscal. X. La de bienes que realicen las personas morales autorizadas para recibir donativos deducibles para los efectos del impuesto sobre la renta. (Énfasis añadido). Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIVA.pdf> Consultado el 6 de noviembre de 2022.

¹⁴ ISIDORO CUEVAS, Guadalupe Lorena, *La exención tributaria*. Revista *alegatos*, núm. 87, México, mayo/agosto de 2014. Universidad Autónoma Metropolitana, 2014, pág. 437. Disponible en: <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/viewFile/214/193#:~:text=La%20figura%20de%20la%20exenci%C3%B3n,como%20instrumento%20para%20incentivar%20ciertas> Consultado el 8 de noviembre de 2022

¹⁵ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2006.

¹⁶ Reglamento de la Ley del IVA. Artículo 29. *Para los efectos del artículo 9o., fracción II de la Ley, la prestación de los servicios de construcción de inmuebles destinados a casa habitación, ampliación de ésta, así como la instalación de casas prefabricadas que sean utilizadas para este fin, se consideran comprendidos dentro de lo dispuesto por dicha fracción, siempre y cuando el prestador del servicio proporcione la mano de obra y materiales. (...).* Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LIVA_250914.pdf Consultado el 6 de noviembre de 2022.

inmuebles destinados a casa habitación se encontrarán exentos, siempre y cuando el prestador del servicio brinde los materiales y la mano de obra. Por lo tanto, es claro que la teleología de la norma es ayudar al consumidor final a adquirir una vivienda a un precio menor exento de impuesto; y por lo tanto, garantizar el derecho humano a la vivienda, consagrado en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.¹⁷ No obstante, actualmente no se ha conseguido la finalidad de la norma debido a diversos criterios poco atinados del Poder Judicial de la Federación, como se demostrará a continuación.

V] Análisis de criterios jurídicos

1. *Análisis de tesis aislada del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito de 2008.* El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito hace un análisis de la exposición de motivos de la LIVA¹⁸, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1978, mediante el cual se advierte que el espíritu de la ley, al momento de declarar la enajenación de la casa habitación como un supuesto exento del impuesto en mención, es precisamente crear un sistema por medio del cual se evite el efecto acumulativo que tiene el impuesto, de forma que el consumidor final no se viera perjudicado al tener que enterar el IVA que se le fue añadiendo al precio del producto final, por no permitirse el traslado de dicho impuesto. De esta manera, el legislador buscaba como efecto causar un beneficio a las personas que adquirieron un inmueble en calidad de casa habitación, fortaleciendo así su poder adquisitivo.

Es en virtud del espíritu de ley en mención, que el Tribunal Colegiado en materia Administrativa considera que no solo la casa habitación como tal tiene que estar exenta del tributo, sino que también lo deben estar todas aquellas construcciones adheridas al

¹⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Art. 25: 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (...) (Énfasis añadido). ONU. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

¹⁸ Tribunales Colegiados de Circuito, abril de 2008, VALORAGREGADO. LA INSTALACIÓN DEL SISTEMA DE CALEFACCIÓN HIDRÓNICA EN INMUEBLES DESTINADOS A CASA HABITACIÓN ESTÁ EXENTA DEL IMPUESTO RELATIVO, AL ESTAR ADHERIDA A LA CONSTRUCCIÓN, Tesis Aislada en materia Administrativa, Registro digital: 169770, Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/169770>

suelo cuyo destino sea la casa habitación. Lo anterior quiere decir que la interpretación de dicho Colegiado amplía el supuesto exento del IVA, pues construcciones como lo pueden ser: cocinas integrales, servicios de aluminería, mármoles, acabados, entre otras, estaban comprendidos como supuestos exentos de IVA por tratarse de bienes adheridos al suelo o en su caso a la casa habitación, y en virtud de estar destinados a dicho fin gozaban de esta prerrogativa. Además, no fueron únicamente los bienes adheridos a la casa habitación aquellos que gozaban de la exención del impuesto, ya que también los servicios de construcción de inmuebles destinados a ese fin o incluso a su ampliación estaban considerados dentro del supuesto de exención previsto por el artículo 9, fracción II, LIVA (énfasis añadido).

La interpretación que se hace mediante esta tesis únicamente determinó como requisito para estar dentro del supuesto de exención que el servicio realizado fuera destinado a la casa habitación, o que el bien que se enajenara tuviera por finalidad estar adherido a la casa habitación, para que en su conjunto se formara un solo bien inmueble.

Este criterio fue aplicado por distintos tribunales durante muchos años. Aquellas personas que adquirirían casa habitación se veían beneficiados al poder comprarla por un precio significativamente menor al que les hubiera costado en caso de que hubieran tenido que pagar el IVA acumulado generado por los proveedores y añadido al precio del producto final.

2. Análisis de tesis emitida por el Pleno de la Corte en 2016. Fue hasta junio de 2016 que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitió una jurisprudencia¹⁹ por medio de la cual se modificó la interpretación del artículo 9, fracción II de la LIVA, haciendo más restrictiva la aplicación de la exención del IVA para casa habitación, es decir, a través de una nueva interpretación la SCJN agregó un requisito para que se pudiera estar dentro del supuesto

¹⁹ Pleno SCJN, agosto de 2016, VALOR AGREGADO. LA EXENCIÓN PREVISTA EN LOS ARTÍCULOS 9o., FRACCIÓN II, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO Y 29 DE SU REGLAMENTO (21-A DEL VIGENTE HASTA EL 4 DE DICIEMBRE DE 2006), OPERA, INDISTINTAMENTE, RESPECTO DE QUIENES ENAJENEN CONSTRUCCIONES ADHERIDAS AL SUELO DESTINADAS A CASA HABITACIÓN O, INCLUSO, PARA QUIENES PRESTEN EL SERVICIO DE CONSTRUCCIÓN DE INMUEBLES DESTINADOS A ESE FIN O SU AMPLIACIÓN, SIEMPRE Y CUANDO ÉSTOS PROPORCIONEN LA MANO DE OBRA Y LOS MATERIALES RESPECTIVOS, Jurisprudencia en materia Administrativa, Registro digital: 2012229, Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012229>

de exención, disminuyendo radicalmente la cantidad de personas que podían gozar de la prerrogativa.

En la jurisprudencia que se analiza, los Ministros del Pleno de la SCJN nuevamente proceden a realizar un análisis a la exposición de motivos de la LIVA con el objetivo de discernir la voluntad del legislador. Lo que concluyen respecto del espíritu de la ley en la que se concede un supuesto de exención del IVA para casas habitación es similar a lo previsto por los Tribunales Colegiados en Materia Administrativa, mencionada en el apartado anterior, pues nuevamente se considera que el objetivo de la exención en casos de casa habitación atiende a la problemática de escasez de vivienda por considerarse un artículo de primera necesidad y de consumo popular y que por lo mismo, la ley debe apoyar y facilitar la adquisición de este tipo de inmuebles, pues es de esta manera en la que se puede fortalecer el poder adquisitivo de la población mexicana, además de garantizarles una vivienda, por ser ésta un derecho humano garantizado por la misma Constitución Mexicana.²⁰

No obstante, aunque existe una similitud entre el análisis hecho por los Tribunales Colegiados Administrativos del Primer Circuito y el Pleno de la SCJN respecto del espíritu del artículo que prevé la exención a la casa habitación, sus interpretaciones tienen consecuencias prácticas totalmente distintas.

Como se dijo anteriormente, el Pleno de la SCJN no se limita a hacer un análisis del espíritu de la norma, sino que además genera una nueva interpretación respecto de su aplicación, agregando un nuevo requisito para que proceda la exención. Tras un análisis del supuesto de exención y de su aplicación práctica en concreto, el Pleno observa que en el mercado existen muchas personas involucradas en la construcción de la casa habitación y que todos ellos estaban enajenando sus bienes o prestando sus servicios sin enterar el IVA pues se encontraban dentro del supuesto de exención, sin embargo, se observa de igual manera que gran parte de las personas morales o físicas que llevaban a cabo dichas actividades se apoyaban de la figura de la subcontratación para brindar el servicio de construcción o para la elaboración del producto final. Es por lo anterior que el Pleno determina que las personas físicas o morales que subcontraten servicios no pueden considerarse dentro del supuesto de la exención, pues al existir una subcontratación quien realmente está recibiendo el servicio es el comerciante que

²⁰ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 2017. Artículo 4 CPEUM: [...] *Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo* [...].

eventualmente enajenará la casa habitación, y no la propia persona que adquiere la casa habitación.

Volviendo al origen del supuesto de exención para la casa habitación, el motivo consiste en generar un beneficio al adquirente de la casa habitación, para efectos de que la vivienda sea más asequible, sin embargo, el Pleno de la SCJN considera que en los casos donde existe una subcontratación de servicios, el beneficiario directo no está siendo el consumidor final, siendo este el adquirente de la casa habitación, sino que quien realmente está recibiendo el beneficio es el comerciante que recibe los servicios de construcción y compra los materiales y bienes que comprende el inmueble para posteriormente transmitir dicho inmueble por medio de la enajenación al consumidor final.

Teniendo esto en consideración, el Pleno establece como nuevo requisito para la aplicación del supuesto de exención que las persona física o moral que preste servicios de construcción los preste de manera integral, es decir, que sea esta misma persona quien proporcione la mano de obra y los materiales necesarios para la construcción de la casa habitación, lo anterior a efectos de evitar que aquellos que opten por la subcontratación de servicios queden exentos de enterar el IVA.

Tras dicha interpretación del Pleno de la Suprema Corte de Justicia limitó mucho a las personas que se dedicaban al sector de construcción de casas habitación para solicitar la exención del tributo, pues a partir de dicho criterio únicamente las personas físicas o morales que elaboraban por sí solos los bienes que serían incorporados a la casa habitación, así como aquellas que realizaban por cuenta propia la prestación de servicios de construcción, eran candidatas para solicitar la exención del IVA.

3. Análisis de la jurisprudencia del pleno de circuito de 2022.

Una vez más, la interpretación del artículo en análisis cambió tras publicarse el nuevo criterio del Pleno de la SCJN²¹, y es que nuevamente la interpretación genera un nuevo requisito para la aplicación del supuesto de exención de IVA en la prestación de servicios de construcción, limitando radicalmente su aplicación, e

²¹ Pleno SCJN, julio de 2022, *IMPUESTO AL VALOR AGREGADO. NO PROCEDE SU DEVOLUCIÓN CUANDO UNA INMOBILIARIA, CUYO OBJETO ES LA ENAJENACIÓN DE VIVIENDAS, CONTRATA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CONSTRUCCIÓN CON UNA DIVERSA PERSONA, FÍSICA O MORAL, PUES EL BENEFICIO DE EXENCIÓN OPERA ÚNICAMENTE RESPECTO DEL CONSUMIDOR FINAL*, Jurisprudencia en materia administrativa, Registro Digital: 2024999, Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024999>

incluso, podría decirse que implica un obstáculo para la aplicación del artículo 9, fracción II, de la LIVA.

La jurisprudencia en mención surge de una contradicción de tesis, a raíz de que los Tribunales Colegiados de Circuito resolvieran de forma distinta, al interpretar de manera diferente el artículo 9, fracción II, de la LIVA y de su artículo 29 del Reglamento de dicha ley. Por una parte, un Tribunal Colegiado manifestó que cuando una persona moral, en esta caso una inmobiliaria, contrate la prestación de servicios de construcción de manera integral no se considera dentro del supuesto de exención del IVA por casa habitación, por ser el beneficiario de dicha exención la inmobiliaria y no el consumidor final, y en consecuencia dicha inmobiliaria no puede solicitar la devolución del impuesto alegando un pago de lo indebido, pues al no estar considerado dentro del supuesto de exención, la inmobiliaria sí está obligada a enterar el tributo. Por otra parte, otro Tribunal Colegiado determinó que las inmobiliarias que contraten servicios de construcción integral de bienes inmuebles destinados a casa habitación sí se encuentran dentro del supuesto de exención, y por lo mismo dicha inmobiliaria goza del beneficio fiscal otorgado por el artículo anteriormente mencionado. Cabe recalcar que ambos Tribunales Colegiados se basaron en la jurisprudencia del Pleno publicada en 2016, misma que se analizó anteriormente.

El Pleno de la SCJN al resolver la contradicción de tesis alegó que no puede considerarse a la inmobiliaria como el sujeto beneficiario de la exención del IVA por prestación de servicios de construcción, ya que determina que para que dichas actividades puedan estar exentas del IVA deben realizarse directamente con el consumidor final, es decir, con quien adquiera la casa habitación con el objetivo de establecer en ella una vivienda y que no adquiera ésta con motivos comerciales.

La nueva interpretación tiene por consecuencia el agregar un nuevo requisito para poder estar dentro del supuesto de exención del IVA. Como se había mencionado, la jurisprudencia de 2016 ya establecía como requisito que para poder aspirar a no tener que enterar el tributo era necesario que la persona física o moral que producía el bien o prestara los servicios de construcción lo hiciera por cuenta propia sin poder usar la figura de subcontratación. Ahora con esta nueva interpretación no sólo no se puede usar la figura de la subcontratación, sino que la persona que realice absolutamente todos los servicios de construcción y producción de bienes que serán adheridos al bien inmueble tiene que ser la persona que enajene la vivienda construida al consumidor final.

Esta interpretación impide a inmobiliarias que contratan a personas físicas o morales para que realicen los servicios de

construcción integral con sus propios medios a que puedan aspirar a exentar el IVA, pues según el nuevo criterio el beneficiario de la prerrogativa fiscal no es el consumidor final, sino la inmobiliaria, quien gestiona la construcción de la casa habitación por intereses lucrativos y mercantiles. Atendiendo a que el beneficio fiscal sólo debe de ser recibido por aquella persona que esté aspirando a adquirir una casa habitación para satisfacer su derecho humano a la vivienda, el Pleno determina que la inmobiliaria no puede estar dentro de dicho supuesto de exención por no buscar satisfacer una necesidad de vivienda, sino que realmente busca un fin lucrativo.

De esta manera, queda limitado radicalmente el supuesto de exención, de tal forma que únicamente la persona moral o física que realice absolutamente toda construcción integral del inmueble destinado a casa habitación y que enajene directamente al consumidor final la misma, y no a través de una inmobiliaria, puede solicitar una exención al IVA.

VI] Consecuencias de la jurisprudencia y las afectaciones al consumidor final de la casa habitación

Para entender cómo repercute el nuevo criterio del Pleno de la SCJN, primero es necesario saber cómo funciona el mercado en materia inmobiliaria. En este sentido, el proceso para que un producto pueda ser destinado a su consumidor final tiene que pasar por una serie de etapas en las que intervienen distintas personas morales y físicas que modifican o añaden elementos al producto para su destino final. Para efectos prácticos, pondremos de referencia a una persona moral cuyo giro es la venta de cocinas integrales destinadas para casa habitación. Naturalmente esta persona moral que vende cocinas integrales no es la responsable de la producción íntegra del producto final, esto es debido a que para poder tener una cocina integral se necesitan diferentes elementos, materia prima y una particular especialización. Es difícil encontrar en el mercado a un productor que se encargue tanto de la carpintería de los muebles de la cocina, del aluminio que se instala en la cocina, de los artefactos electrónicos como hornos, lavavajillas, estufas, entre otras, de las que está compuesta la cocina e incluso de la instalación de todos los elementos anteriormente mencionados. Esto se debe a que usualmente existe una empresa o persona física detrás de cada uno de los elementos que conforman la cocina, pues al enfocarse en la producción de solo un producto, aseguran una especialización en el mismo, misma especialización y experiencia que ofrecen al mercado como un valor agregado a fin de ser más competitivos.

El profesor en Estrategias de Negocios, Alejandro Ruelas-Gossi²² habla sobre un concepto llamado la *estrategia de orquestación*, se trata de una estrategia que es aplicada a nivel mundial por corporaciones de todo tipo de tamaño a efecto de eficientar sus procesos de producción y mejorar la calidad de su producto. La estrategia de orquestación permite que las empresas se enfoquen en aquello que saben hacer bien, sin necesidad de abarcar la producción de todos los elementos necesarios para la obtención del producto final. En lugar de intentar comprender la producción de varios productos para poder vender el producto final de forma integral, la estrategia propone enfocarse en la producción únicamente de aquello de lo que se es especialista y que el resto de los productos se adquieran de otros productores. De esta manera, a través de una labor de congregación de diferentes productores y estableciendo una relación de *networking* se puede tener como resultado un producto final, mismo que en cada una de sus partes que lo conforman en lo individual y adheridas al producto final fueron elaborado por especialistas, garantizando un producto final de mayor calidad en todos sus aspectos.

Esta estrategia es utilizada por gran parte del sector inmobiliario encargado de desarrollar la casa habitación, pues permite establecer una relación de *networking* con distintos productores o proveedores enfocados en distintos giros y por medio de la subcontratación o por medio de la colaboración se logra realizar la construcción de la casa habitación de manera más eficiente, con mayor calidad e incluso a un menor precio, beneficiando así al mercado inmobiliario, especialmente a aquellos que buscan adquirir una casa habitación.

Volviendo al ejemplo anterior de las cocinas integrales, la persona física o moral que su giro es vender las cocinas integrales no se encarga de la producción de cada uno de sus elementos, sino que para poder garantizar un producto de mayor calidad subcontrata a otros proveedores que le hagan la carpintería, la aluminera, que le venda los productos electrónicos e.g. el horno, microondas, lavavajillas, etc., para que al final, dicha empresa o persona física ofrezca sus servicios para unir cada uno de los elementos y poder vender como producto final al adquirente de la casa habitación una cocina integral.

²² RUELAS-GOSSI, Alejandro; y SULL, Donald N., *Orquestación estratégica: la clave para la agilidad en el escenario global*, Harvard Business Review America Latina, 2006, págs. 3- 6. Disponible en: http://desquer.ens.uabc.mx/afi/articulos/Orquestacion_estrategica_Ruelas_Gossi.pdf
Consultado el 5 de noviembre de 2022.

Ahora bien, entendiendo cómo funciona la mayor parte de las personas físicas o morales dedicadas a la construcción de casa habitación podemos determinar las consecuencias jurídicas que tiene la nueva interpretación del Pleno de la SCJN. Bajo el mismo supuesto de las cocinas integrales, inicialmente cuando el criterio de aplicación del supuesto de exención al IVA por prestación de servicios de construcción era el determinado en la tesis mencionada anteriormente, emitida por el Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, tanto la empresa o persona física dedicada a la venta de carpintería, venta de electrodomésticos, venta de servicios de aluminería, como la empresa dedicada a prestar sus servicios a efectos de unir cada uno de los elementos anteriormente mencionados para la construcción de la cocina integral podían solicitar una exención del IVA, de tal manera que al momento de la enajenación de la casa habitación al consumidor final, dicho sujeto no tendría que pagar un sobreprecio en el producto final derivado de la acumulación del IVA causado por las distintas personas involucradas en el proceso de producción.

Posteriormente, con la interpretación del Pleno de la Suprema Corte publicada en 2016 se restringe más la aplicación del supuesto de exención del IVA por prestación de servicios de construcción. Con el nuevo criterio, tanto los productores que brindaban sus servicios de carpintería, aluminio, etc., como las empresas o personas físicas que su giro era subcontratar dichos servicios y comprar los productos de distintos proveedores para finalmente prestar su propio servicio al unir todos los elementos para formar la cocina integral y venderla a la inmobiliaria que vendería todo el inmueble al consumidor final, ya no podrían ser sujetos del supuesto de exención del IVA, es decir, estarían obligados a enterar el IVA causado. Se termina teniendo por consecuencia el encarecimiento de la vivienda para el consumidor final.

Bajo el criterio del Pleno de la SCJN del 2016, las únicas personas físicas o morales que podían ser sujetos de la exención del impuesto eran aquellos que su giro fuera la producción integral del producto final por cuenta propia, es decir, aquella persona que con su propia mano de obra realice la carpintería de su cocina, la compra o producción por cuenta propia del equipo eléctrico, los servicios de aluminio, así como la inmobiliaria que vendía todo el inmueble destinado a casa habitación al consumidor final. En otras palabras, el beneficio fiscal en comento únicamente podía ser aprovechado por un sector muy pequeño del mercado inmobiliario dedicado a la casa habitación, afectando en consecuencia al consumidor final al encarecer la vivienda en México.

Finalmente, con el criterio del Pleno más reciente, del presente año, todavía limita más a los sujetos que pueden solicitar una exención del IVA por prestación de servicios de construcción. Si bien, con el criterio anterior gozaban de dicha prerrogativa fiscal la inmobiliaria que enajena el inmueble al consumidor final así como el productor de la cocina integral, quien la realizó con sus propios medios y mano de obra en su totalidad, ahora con el nuevo criterio ninguno de los giros anteriormente mencionado se encuentran exentos del IVA.

Entonces, la única persona que puede obtener una exención del IVA por enajenación de casa habitación es aquella que por sus propios medios realice la construcción integral de todo el inmueble y que además enajene el mismo directamente al consumidor final, es decir, sin agencia inmobiliaria. Esto reduce radicalmente la cantidad de sujetos que pueden aspirar a dicha exención, incluso implica que la exención no suceda en casi ningún supuesto. Entonces, si inicialmente ya era sumamente difícil contar con un proveedor que realizará la cocina integral sin subcontrataciones y con su propia mano de obra, ahora imaginen lo difícil, si no es que imposible, que es encontrar a un proveedor que se encargue de la construcción de toda una casa habitación con su mano de obra propia y sin subcontratar y que además sea esta misma persona la encargada de la venta al consumidor final de la casa habitación.

Objetivamente, el supuesto donde una sola persona física o moral realiza toda la construcción de la casa habitación por sus propios medios es casi nulo. Es en virtud de lo anterior que los proveedores que intervienen en la construcción de la casa habitación en sus distintas etapas, como los carpinteros, los que venden las cocinas integrales, las constructoras, etc., se ven obligados a pagar el IVA que causa la venta de sus productos, y como los mismos no van a sacrificar su utilidad por enterar debidamente el IVA, los mismos agregarán el costo de su IVA en su precio final, y así se irá acumulando en cada uno de los procesos. Se trata de un IVA que no puede ser trasladado, pues este viene incluido dentro del precio y no como impuesto como tal, por lo que al final el consumidor final, aquel que busca adquirir una vivienda, tendrá que pagar el IVA acumulado de todos los proveedores involucrados en la construcción de la casa habitación, elevando significativamente el precio de la vivienda.

Al analizar las implicaciones que tiene el nuevo criterio del Pleno de la SCJN podemos ver que de manera irónica se está causando el efecto contrario a aquel que buscaba el legislador al momento de emitir la norma donde se prevé una exención al IVA en casa habitación. El propio Pleno de la SCJN fundamenta su criterio al establecer que se debe buscar un beneficio para el consumidor final

con la exención del IVA, sin embargo, determina que al otorgarle la exención a los proveedores que subcontratan o a aquellas personas que no enajenan el bien al consumidor final quien se está viendo beneficiado realmente son dichas personas y no quien va a adquirir la vivienda, y atendiendo a que el espíritu de esa norma va encaminada a generar un beneficio únicamente al consumidor final, no debe considerarse a otras personas diversas al consumidor final dentro del supuesto de exención.

Se considera que dicha interpretación del Pleno es desafortunada, pues la misma no atiende a las consecuencias jurídicas que su criterio tendrá en el mercado inmobiliario. En un afán de querer proteger únicamente al consumidor final, realmente lo terminan perjudicando, pues como se señaló anteriormente, los proveedores y desarrolladores de la casa habitación no van a sacrificar su utilidad para enterar el IVA, por lo que incrementarán el precio de los productos, afectando final y únicamente al consumidor final. El criterio del Pleno de la SCJN no toma en cuenta que aunque pudiera parecer que son otras personas distintas al adquirente de la vivienda quienes reciben el beneficio fiscal, realmente se tendrá por consecuencia que los precios del mercado no crezcan exponencialmente, y que el producto pueda llegar al consumidor final sin tener que pagarse el IVA agregado al precio por los servicios prestados por los que intervinieron en el desarrollo del inmueble.

Esto representa un grave problema en la actualidad considerando que desde septiembre de 2021 a septiembre del presente año (2022) el precio de los materiales de construcción ha aumentado en más del 13.68% de su valor,²³ además, la mayoría de los materiales más utilizados como el cemento y la cal son de los que sufrieron mayores incrementos.²⁴ En consecuencia, la inmobiliaria al no poder deducir el IVA por lo expuesto previamente, debe de aumentar el costo del inmueble, y al final el perjudicado es el consumidor final, dado que será aún más complicado para este adquirir una vivienda.

²³INEGI, *Índice Nacional de Precios Productor*, septiembre 2022, Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/temas/inpp/> Consultado el 7 noviembre 2022.

²⁴HERNÁNDEZ, Nayelli, *Inflación en materiales para la construcción no cede: hila 18 meses con alzas de doble dígito*, *El Economista*, 9 de agosto de 2022, Disponible en: <https://www.economista.com.mx/econohabitat/Inflacion-en-materiales-para-la-construccion-no-cede-hila-18-meses-con-alzas-de-doble-digito-20220809-0055.html> Consultado el 6 de noviembre 2022.

VII] Incertidumbre jurídica derivada de criterios del pleno de la Suprema Corte

Resulta paradójico el hecho de que la SCJN, principal órgano jurisdiccional que debería de velar por la protección efectiva de los derechos humanos es, en este caso en particular, el órgano que evita que se aplique debidamente una norma que contiene un beneficio legal que permite garantizar a la población mexicana obtener una vivienda digna a un precio menor.

Mediante su interpretación restrictiva al artículo 9 de la LIVA, así como al artículo 29 de su Reglamento, la Suprema Corte de Justicia, a través de su Pleno, evita la correcta aplicación de dicho beneficio legal previsto en las normas en mención, demostrando de esta manera que es prioridad para el órgano jurisdiccional la recaudación tributaria sobre la protección a un derecho humano fundamental como lo es la vivienda, situación que es indignante, pues la protección al individuo en su esfera de derechos fundamentales debería ser su primordial objetivo, de tal manera que debería propiciar criterios que apoyaran a que se garanticen dichos derechos y no generar interpretaciones que únicamente obstruyan la aplicación de la norma, como lo ha hecho últimamente.

Los criterios jurisprudenciales emitidos por el Pleno de la SCJN no han hecho nada más que afectar al sector inmobiliario, así como a la población mexicana que deseaba adquirir una vivienda propia. Además, se ha causado una incertidumbre jurídica en los contribuyentes, pues sin que la norma se haya modificado en lo absoluto desde su emisión, la SCJN ha emitido criterio tras criterio que van complicando la aplicación del beneficio legal y disminuyendo cada vez más la cantidad de personas físicas o morales que pueden aspirar a aplicar dicha exención. Por lo anterior, el contribuyente no tiene certeza jurídica de sí le es aplicable la exención prevista en el artículo 9 de la Ley del Impuesto al Valor agregado, aun cuando cumpla con los requisitos señalados en la misma ley, pues con los criterios del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, solo se le demuestra al contribuyente que aunque exista una norma que busque otorgar un beneficio fiscal, el órgano jurisdiccional está empeñado en *inventarse* criterios mal fundamentados encaminados a frustrar la norma, con la finalidad de que no exista persona alguna le pueda hacer aplicable la exención del IVA por prestación de servicios de construcción.

VIII] Conclusión y propuesta

En un principio la exención del IVA respecto a la casa habitación tenía el objetivo de beneficiar al particular, para que este la adquiriera sin un costo tan elevado. Sin embargo, la regulación actual en vez de beneficiar al particular al momento de adquirir un inmueble, le perjudica porque el constructor no puede aplicar la exención del IVA que se le ha trasladado, puesto que el criterio vigente del Pleno de la SCJN hace que sea casi imposible configurar la situación en el que se puede actualizar este supuesto, es decir, que el consumidor final realice todas las labores tendientes a la construcción del inmueble y los servicios. Por tanto, el constructor debe de actualizar el precio final del inmueble tomando en cuenta dicho impuesto, como resultado, el inmueble se vuelve mucho más costoso para el consumidor final.

Los autores de este trabajo proponen que se modifique el criterio actual del Pleno de la SCJN. Para lograr este objetivo se solicita a los Diputados de LXIV Legislatura del Congreso de la Unión que modifiquen el Artículo 9 de la LIVA, para que los servicios de construcción estén exentos de este impuesto, sin limitarlo a que el proveedor de los servicios tenga que realizar todas las actividades para la construcción del inmueble y enajenarla directamente al consumidor final, es decir, que se amplíe para que todos los prestadores de servicios de construcción puedan estar también exentos del pago del IVA, en este sentido, se podría tener como criterio orientador lo señalado por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Por consiguiente, se cumplirían dos objetivos fundamentales: i) el costo del inmueble se disminuiría considerablemente, y como resultado ii) se efectuaría la teleología de la norma.

Bibliografía

Artículos periodísticos

HERNÁNDEZ, Nayelli, Inflación en materiales para la construcción no cede: hila 18 meses con alzas de doble dígito, *El Economista*, 9 de agosto de 2022, Disponible en: <https://www.economista.com.mx/econohabitat/Inflacion-en-materiales-para-la-construccion-no-cede-hila-18-meses-con-alzas-de-doble-digito-20220809-0055.html> (6 de noviembre 2022, último acceso).

Doctrina

CÓRDOVA FARCIERT, Pedro, *Impuesto al Valor Agregado*, Instituto Mexicano de Corredores Públicos, México, 2017.

GARCÍA-ALBA IDUÑATE, Pascual, La estructura del IVA en México, Análisis Económico, No. 48, Vol. XXI, Tercer cuatrimestre 2006, Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/413/41304807.pdf>.

ISIDORO CUEVAS, Guadalupe Lorena, *La exención tributaria*, Revista alegatos, núm. 87, México, mayo/agosto de 2014. Universidad Autónoma Metropolitana. Disponible en:

LAURÉ, Maurice (traducido por Rubén Vasco Martínez), Breve historia del nacimiento del IVA, Revista Gratis N ° 567, septiembre 2001, Disponible en: https://cijuf.org.co/sites/cijuf.org.co/files/documentos_interes/Breve%20Historia%20del%20Nacimiento%20del%20IVA%2C%20inventor%20Maurice%20Lauré%20Traductor%20Rubén%20Vasco%20M%20%281%29_0.pdf (7 noviembre 2022, último acceso).

MIRANDA TORRES, Roxana Paola, *¿Por qué hacer investigación jurídica?*, , Revista Perspectiva Jurídica UP, No. 09, 2017, Disponible en: http://www.edkpublicaciones.com/up/pdf/Perspectiva_Juridica_09.pdf.

MOLINA, María del Ángel, El establecimiento del IVA en México: un problema político-económico, 1968-1980, *América Latina en la Historia Económica*, 27(1), e987, 2020 Disponible en: <https://www.scielo.org.mx/pdf/alhe/v27n1/2007-3496-alhe-27-01-987.pdf>.

MOLINA ARMENTA, María del Ángel, *La coordinación tributaria del comercio y la industria en México: el atropellado camino para el establecimiento del Impuesto Sobre Ingresos Mercantiles (isim)*, *Economía Informa*, 2017, Disponible en: <http://www.economia.unam.mx/assets/pdfs/econinfo/406/03MolinaArmenta.pdf> (última consulta 6 de noviembre 2022).

RESÉNDEZ MUÑOZ, Eduardo, *El Impuesto al Valor Agregado en Francia y su Implementación en México*, s.f., Disponible en: <http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1020081368/1020081368.PDF>.

RUELAS-GOSSI, Alejandro y Sull, Donald N., Orquestación estratégica: la clave para la agilidad en el escenario global, *Harvard Business Review América Latina*, 2006, Disponible en: http://desquer.ens.uabc.mx/afi/articulos/Orquestacion_estrategica_Ruelas_Gossi.pdf (5 de noviembre de 2022, última consulta)

TORRES SANDOVAL, Elías Salvador (et al.), *Antecedentes a la implementación del estímulo fiscal del impuesto al valor agregado a la tasa del 8% en la región fronteriza norte*, *Diseminación de conocimientos, descubrimientos y reflexiones-Oaxaca*, 2020, Disponible en: <https://n9.cl/tpqp5>.

Criterios jurídicos

Tribunales Colegiados de Circuito, abril de 2008, VALOR AGREGADO. LA INSTALACIÓN DEL SISTEMA DE CALEFACCIÓN HIDRÓNICA EN INMUEBLES DESTINADOS A CASA HABITACIÓN ESTÁ EXENTA DEL IMPUESTO RELATIVO, AL ESTAR ADHERIDA A LA CONSTRUCCIÓN, Tesis

Aislada en materia Administrativa, Registro digital: 169770, Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/169770>.

Pleno SCJN, agosto de 2016, VALOR AGREGADO. LA EXENCIÓN PREVISTA EN LOS ARTÍCULOS 9o., FRACCIÓN II, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO Y 29 DE SU REGLAMENTO (21-A DEL VIGENTE HASTA EL 4 DE DICIEMBRE DE 2006), OPERA, INDISTINTAMENTE, RESPECTO DE QUIENES ENAJENEN CONSTRUCCIONES ADHERIDAS AL SUELO DESTINADAS A CASA HABITACIÓN O, INCLUSO, PARA QUIENES PRESTEN EL SERVICIO DE CONSTRUCCIÓN DE INMUEBLES DESTINADOS A ESE FIN O SU AMPLIACIÓN, SIEMPRE Y CUANDO ÉSTOS PROPORCIONEN LA MANO DE OBRA Y LOS MATERIALES RESPECTIVOS, Jurisprudencia en materia Administrativa, Registro digital: 2012229, Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012229>.

Pleno SCJN, julio de 2022, IMPUESTO AL VALOR AGREGADO. NO PROCEDE SU DEVOLUCIÓN CUANDO UNA INMOBILIARIA, CUYO OBJETO ES LA ENAJENACIÓN DE VIVIENDAS, CONTRATA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CONSTRUCCIÓN CON UNA DIVERSA PERSONA, FÍSICA O MORAL, PUES EL BENEFICIO DE EXENCIÓN OPERA ÚNICAMENTE RESPECTO DEL CONSUMIDOR FINAL, Jurisprudencia en materia administrativa, Registro Digital: 2024999, Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024999>.

Convenciones internacionales, leyes y reglamentos

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> (7 noviembre 2022, último acceso).

Declaración Universal de los Derechos Humanos. ONU. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Ley del Impuesto al Valor Agregado. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LIVA.pdf> (7 noviembre 2022, último acceso).

Reglamento de la Ley del Impuesto al Valor Agregado. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LIVA_250914.pdf (7 de noviembre de 2022)

Institutos gubernamentales

INEGI, septiembre 2022, Índice Nacional de Precios Productor, Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/temas/inpp/> (7 noviembre 2022, último acceso).

Páginas web

Maurice Lauré Prize, Disponible en: <https://www.ifa.nl/research-awards/maurice-laur%C3%A9-prize> (7 noviembre 2022, último acceso).

La Responsabilidad Civil de los abogados en Jalisco: Reflexiones para implementar la práctica de la contratación de una póliza de seguro

MIGUEL ÁNGEL HERRERA SALAS¹

SUMARIO: I. *Antecedentes históricos de la responsabilidad civil de los abogados: el derecho romano y el Código Napoleón.* II. *La evolución de la responsabilidad civil de los abogados en el derecho mexicano.* III. *Análisis comparativo entre la regulación del Estado de Jalisco y la regulación española en materia de responsabilidad civil de los abogados y contratación de pólizas de seguro de servicios profesionales.* IV. *Reflexiones sobre la regulación actual de la responsabilidad civil de los abogados en Jalisco y la contratación de una póliza de seguro de servicios profesionales.* V. *Conclusión.*

Resumen. La responsabilidad civil de los abogados en Jalisco, por la naturaleza de la relación jurídica de la que surge, es de tipo contractual. El abogado en Jalisco celebra con su cliente dos tipos de contratos: el contrato de mandato y el contrato de prestación de servicios profesionales. En razón del incumplimiento a las obligaciones pactadas en los contratos que el abogado celebra con su cliente, el primero está obligado a reparar los daños e indemnizar los perjuicios causados. La falta de una obligación en la ley para que los abogados contraten una póliza de seguro de servicios profesionales vuelve riesgosa la práctica de la profesión.

Palabras clave: Responsabilidad de los abogados, responsabilidad civil.

Abstract. *Civil liability of lawyers in Jalisco, due to the nature of the legal relationship from which it arises, is contractual. The lawyer in Jalisco enters two types of contracts with his client: the contract of agency and the contract for the provision of professional services. Due to the breach of the obligations agreed in the contracts that the lawyer celebrates with his client, the former*

¹ Estudiante de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara.

is compelled to repair and compensate for the damages caused. The lack of a lawyer's obligation in the law to contract a professional services insurance policy makes the practice of the profession risky.

Keywords: *Lawyers liability, contractual liability.*

I] Antecedentes históricos de la responsabilidad civil de los abogados: el Derecho Romano y el Código Napoleón

1. *Roma Antigua.* Cuando se analizan los antecedentes históricos de una institución de un sistema jurídico de tradición romano-germánica es inevitable estudiar sus orígenes en el Derecho Romano; gran parte de las instituciones creadas en la Roma Antigua siguen estando vigentes, en su esencia. Por lo anterior, en esta sección se examinará la responsabilidad civil en el derecho romano.

De un análisis de la clasificación justiniana de las fuentes de las obligaciones se desprende que éstas pueden nacer en virtud de los contratos, los cuasicontratos, los delitos y los cuasidelitos. En razón de la clasificación antes señalada se pueden distinguir, a grandes rasgos, los dos tipos de responsabilidad civil que actualmente conocemos, es decir, la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. Al respecto, el catedrático Juan Iglesias manifiesta que: *Según la doctrina oficial de los justinianos, las fuentes de las obligaciones son cuatro: aut enim (obligaciones) ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio [las obligaciones] nacen del contrato, del cuasi-contrato, del delito o del cuasi-delito). Lo primero que salta a la vista es que ni el cuasi-contrato ni el cuasi-delito se prestan a una precisa definición.*²

Por lo que se refiere a la responsabilidad civil contractual en la Roma Antigua, se puede aseverar que ésta era la que se originaba en virtud del incumplimiento ya de un contrato, ya de un cuasi-contrato. En la época clásica romana ya existe una noción pensada del concepto de contrato, Juan Iglesias explica que un contrato: *Es el acto lícito que, descansando en un acuerdo de voluntades, se endereza a la constitución de un vínculo obligatorio.*³ Por su parte, como ya se expuso, no existe una noción clara del concepto de cuasi-contrato, en términos muy generales, los cuasi-contratos son: *actos lícitos que no se fundan en el acuerdo, y crean,*

² IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, 12ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, España, 2007, p. 251.

³ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 252.

sin embargo, un vínculo obligatorio,⁴ es decir, se llega al concepto de cuasi-contrato por exclusión, cualquier acto lícito que genere obligaciones, que no sea un contrato, es decir, que no derive de un acuerdo de voluntades, será un cuasi-contrato.

En cuanto a la responsabilidad civil extracontractual en la Roma Antigua, ésta tuvo, en un primer momento, dos clasificaciones: por un lado, existía la responsabilidad delictual, cuando ésta derivaba de la comisión de delitos, es decir, actos ilícitos producto de acciones u omisiones y que traían aparejados una pena; y, por otro lado, existía la responsabilidad cuasidelictual, la cual igualmente es definida por la doctrina mediante un proceso lógico de exclusión, tal responsabilidad se actualizaba cuando ésta derivaba de hechos y actos ilícitos distintos a los tipificados como delitos.

Como puede apreciarse, la noción que en la Roma Antigua se tenía de los delitos y las consecuencias que derivaban de su comisión distan mucho de lo que actualmente dispone nuestro sistema jurídico. En razón de lo anterior, es preciso realizar precisiones sobre la noción que los romanos tenían acerca de los delitos, al respecto, Eugene Petit establece que:

*Los delitos privados consistían en hechos ilícitos que causaban un daño a la propiedad o a la persona de los particulares, pero sin turbar directamente el orden público. [...] Su acción va a dar en una condena pecuniaria cuyo importe es entregado por el demandado. Los delitos públicos eran los que atacaban directa o indirectamente al orden público, o a la organización política, o a la seguridad del Estado. Daban lugar a una persecución criminal [...] El estudio de los delitos públicos es extraño al derecho privado [...] Las Instituciones de Gayo y las de Justiniano no citan más que cuatro delitos privados: 1. El furtum o hurto. 2. El daño causado injustamente y castigado por la ley Aquilia, damnum injuria datum. 3. El robo y el daño acompañados de violencia, bona vi rapta. [y] 4. La injuria.*⁵

Por lo que se refiere a la responsabilidad cuasidelictual, Eugene Petit expone de manera puntual algunos de los supuestos citados en las Instituciones de Justiniano que se incluían dentro de dicha clasificación, a saber:

⁴ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 252.

⁵PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, traducción de José Fernández González, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1999, pp. 454 - 456.

Del caso en que un juez ha hecho el pleito suyo. Cuando un juez ha pronunciado una sentencia inicua o tachada de ilegalidad, sea por simple falta o por dolo, vuelve el pleito contra él [...] De «effusis et dejectis» Si los objetos sólidos, o materias líquidas, han sido arrojados de una habitación a un lugar en que el público tiene costumbre de pasar, y han causado un daño [...] De «positis vel suspensis» Si se han colgado objetos en el alero o en el tejado de una casa, o encima de un paso público y amenazan causar un daño con su caída [...] De la responsabilidad de los barqueros o posaderos. Cuando se ha causado un daño, o cometido un robo, sobre un navío o en una posada, en perjuicio de un pasajero o de un viajero...⁶

No obstante lo expuesto en líneas anteriores, la instauración formal de la institución de la responsabilidad civil extracontractual se da con la promulgación de la *Lex Aquilia*, la cual implantó la *actio legis aquiliae*; dicha acción, en palabras de Nuncio Natali citado por el autor Cristián Eduardo Aedo Barrena, se caracterizaba por:

...ser civil, perpetua, de derecho estricto, personal; civil, en cuanto nació de un plebiscito; perpetua, porque derivaba de la ley; derecho estricto, por cuanto no era concedida por el pretor; personal y directa contra la persona dañante, para obtener el pago de una suma de dinero; y, noxal, en algunos casos, en los que se respondía por la conducta de otro. Con la acción se sancionaba in simplum contra el que confesaba e in duplum si el autor del daño negaba su causación. Es lo que se conoce como la infitiatio. Hay una especial penalidad al sujeto que negaba la realización del perjuicio.⁷

Por otro lado, conviene precisar la evolución que en el derecho romano tuvo el contenido de la responsabilidad civil:

El Derecho Romano transitó de la responsabilidad personal a la patrimonial. Durante la época arcaica el deudor respondía del incumplimiento de sus obligaciones con su persona. Por medio de la legis actio per manus iniectioem o manus iniectio, el acreedor se apoderaba de la persona del deudor que desobedecía la sentencia dictada por el Juez [...] A finales del periodo arcaico la responsabilidad personal comenzó a ceder su lugar a la patrimonial, tanto por obra del Pretor como de la Lex

⁶ PETIT, Eugene, *op. cit.*, p. 466.

⁷ AEDO, Cristián, *La actio legis Aquiliae: concepto, características y desarrollo decretal posterior. Lecturas desde el capítulo tercero*, Revista de Derecho – Universidad Católica del Norte, 16(1), 2009, p.32.

*Poetelia Papiria. A principios del periodo Clásico la responsabilidad patrimonial se constituyó en regla general. La responsabilidad patrimonial consistió en la realización del activo del deudor para resarcir los daños y/o perjuicios causados al acreedor. Los comentadores se refirieron a los daños como *damnum emergens* y a los perjuicios como *lucrum cessans*.⁸*

Ahora bien, una vez expuestos los tipos de responsabilidad civil existentes en el derecho romano y el contenido de dicha responsabilidad, conviene precisar el tipo de relación que existía entre el abogado romano y su cliente (si bien en un principio el desempeño de la abogacía se consideraba honorífico y gratuito, ya entrada la época clásica se comienzan a remunerar los servicios del abogado romano). Por lo que ve a la práctica de la abogacía:

*El abogado romano era llamado a juicio por uno de los contendientes, para utilizar su oratoria al servicio del cliente. En roma existieron muchas normas que regularon su conducta a la luz de la ética, es decir de la moral profesional y que establecieron las relaciones del abogado con su cliente, con el tribunal, con el adversario y con otros colegas. Estas normas se aplicaban también a los juristas que con su ciencia, prudencia y pericia, se ocupaban del *respondere, cavere, scribere* y *agere*. Sólo a partir de las reformas de Diocleciano al procedimiento, se fusionaron claramente las funciones del abogado u orador y del jurista o técnico del derecho. [...] Los particulares podían designar apoderados especiales para asuntos judiciales (cognitores) o para todo tipo de problemas (procuradores). [...] El abogado celebraba un verdadero contrato con su cliente. Se trataba de un mandato que por su carácter especial se denominaba "mandato remunerado". [...] Las autoridades competentes podían sancionar a los abogados. Las principales causas de sanción eran las siguientes: a) negar la defensa que parecía justa; b) defender al cliente sin lealtad; c) dilatar el litigio en forma maliciosa y d) despojar al indefenso.⁹*

Como se puede apreciar, el ejercicio de la abogacía se encontraba estrictamente regulado en Roma. Ahora, si bien del texto transcrito no se desprende de manera expresa la responsabilidad que el abogado tenía frente a la persona que defendía en razón de una mala práctica, al crearse un vínculo

⁸ RICO, Fausto *et al*, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho de Obligaciones*, 2ª ed., Porrúa, México, 2020, pp. 691, 692.

⁹ BERNAL, Beatriz *et al*, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas desde los orígenes hasta la alta Edad Media*, Porrúa, México, 2016, pp. 189 - 193.

jurídico mediante un contrato, se puede deducir que sobre el abogado podía recaer la responsabilidad civil contractual. Respecto al contenido de dicha responsabilidad será importante tomar en consideración la época en la que se analiza la institución, pudiendo el abogado, en las primeras etapas de Roma, responder corporalmente o, con la abolición de la responsabilidad personal por deudas, responder patrimonialmente. En el mismo sentido, Juan Iglesias establece que:

Obligación del mandatario es la de llevar a cumplido término el mandato, según las instrucciones recibidas, o bien con arreglo a la naturaleza del negocio. [...] El mandatario debe dar cuenta al mandante de su gestión [...] En el Derecho clásico el mandatario responde por dolo; en el Derecho justiniano le alcanza la culpa [...] Del mandato, contrato de buena fe, nacen la actio mandati directa, ejercitable por el mandante contra el mandatario [...] La acción directa es infamante.¹⁰

2. *El Código Napoleón.* Una vez analizada la institución de la responsabilidad civil en la Roma Antigua, cuyo régimen ha sido la base para la edificación de los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica, es preciso estudiar dicha institución a la luz del Código Napoleón de 1804, ya que la redacción de nuestros códigos civiles, a su vez, tuvo como cimiento la codificación napoleónica.

Al igual que en el derecho romano, el Código Napoleón, por lo que respecta al contenido de la responsabilidad civil, contempla tanto el personal como el patrimonial:

La responsabilidad personal fue regulada por los artículos 2059 al 2070 y permitió solicitar el encarcelamiento del deudor que contravenía dolosa o culposamente su obligación. Únicamente fue procedente respecto del incumplimiento de deudas específicas y estuvo prohibido por causas distintas de las previstas. Fue suprimida por una Ley de 1867 [...] La responsabilidad patrimonial consistió, al igual que en el Derecho Romano, en la necesidad de reparar los daños y/o perjuicios derivados del incumplimiento imputable al deudor.¹¹

De un análisis del párrafo transcrito, se concluye que lo regulado hace alusión a la responsabilidad civil contractual, ya que

¹⁰ IGLESIAS, Juan, *op. cit.*, p. 271.

¹¹ RICO, Fausto *et al*, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho de Obligaciones*, 2ª ed., Porrúa, México, 2020, p. 693.

se habla de incumplimiento de obligaciones y no de la materialización de hechos y/o actos ilícitos. Igualmente, importa destacar que la forma personal de responder a la responsabilidad civil implica, naturalmente, la tipicidad y que, acertada aunque tardíamente, fue retirada transcurridas casi siete décadas después de haberse instaurado.

Por otro lado, el Código Napoleón, al igual que el sistema jurídico romano, no distingue expresamente entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual, a pesar de ello, en la estructura del Código se aborda en distintos títulos las obligaciones nacidas del contrato en contraposición de las surgidas sin acuerdo de voluntades. Bonecasse propone tres diferencias sustanciales entre ambos tipos de responsabilidad civil, a saber: 1. *La responsabilidad contractual requiere una culpa más grave que la extracontractual para surgir*; 2. *La culpa del deudor se presume en la responsabilidad contractual, mientras que debe probarla el acreedor en la extracontractual*; y 3. *Los daños y perjuicios se aprecian con mayor amplitud en la responsabilidad civil extracontractual que en la contractual*.¹²

Respecto al ejercicio de la abogacía bajo el régimen implantado por el Código Napoleón, es menester exponer que, de la misma manera que en Roma, los abogados estaban dotados de facultades de representación por la vía contractual, a través de los contratos de prestación de servicios profesionales y de mandato, respecto de este último:

*Una persona confería a otra un poder, una facultad para intervenir en su patrimonio. Desde el punto de vista legal, el mandato necesariamente debía ser representativo, ya que en todos los casos el mandatario tenía que obrar en nombre del mandante. [...] La doctrina consideró que el contrato sólo podía tener por objeto la celebración de actos jurídicos, ya que la ejecución de hechos materiales se entendía reservada al contrato de obra.*¹³

Por lo anterior, la responsabilidad que recaía sobre los abogados para con sus clientes durante la vigencia del Código Napoleón, al derivar de una relación contractual, tenía las implicaciones de la responsabilidad civil contractual, no obstante, no se encontraba dentro de los supuestos de incumplimiento de deudas específicas, por lo que se puede afirmar que los abogados

¹² BONECASSE, Julien. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Harla, México, 1997, pp. 876 – 879.

¹³ RICO, Fausto *et al*, *De los contratos civiles*, 2ª ed., Porrúa, México, 2018, pp. 232 y 233.

únicamente tenían la obligación de responder de manera patrimonial.

II] La evolución de la responsabilidad civil de los abogados en el derecho mexicano

Una vez analizados los antecedentes históricos más relevantes de la responsabilidad civil, es menester estudiar dicha institución a la luz del derecho mexicano. Para lo anterior, resulta obligatorio estudiar el sistema bajo el cual se reguló la responsabilidad civil mediante los códigos civiles de los años 1884 y 1928. Lo anterior, en virtud de que el primer Código Civil del Estado de Jalisco, fue aprobado el 6 de junio de 1933 y promulgado por el gobernador Sebastián Allende, en uso de la delegación de facultades que le transmitiera el Congreso del Estado, a través del decreto 3830, el cual entró en vigor el 01 de enero de 1936.

1. *El Código Civil de 1884.* A diferencia del sistema implementado por los romanos en la antigüedad y por los franceses en el siglo XIX, el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, en lo sucesivo el *Código Civil de 1884*, no contemplaba la responsabilidad personal, debido a que la Constitución de 1857 vigente en la época establecía la prohibición expresa de la prisión por deudas de carácter puramente civil, así lo disponía su artículo 17.

Por otro lado, el Código Civil de 1884 también es innovador al establecer una distinción clara entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. No obstante, dicho Código se quedó únicamente en la distinción, ya que la regulación que estableció en materia de responsabilidad civil se encontraba destinada principalmente a la derivada de las relaciones contractuales, como ejemplo de lo anterior, el Código Civil de 1884 establecía que el contratante que incumpliera con lo pactado sería responsable de los daños y perjuicios que por dicho incumplimiento se causaran al otro contratante, fijando como exclusiones de la responsabilidad el caso fortuito y la fuerza mayor.

De la responsabilidad civil extracontractual prácticamente no se habla en la codificación en comento: *La responsabilidad extracontractual fue regulada superficialmente por la legislación civil, ya que la mayoría de sus reglas fueron previstas por el Código Penal. Sin embargo, exceptuando la fuente y el nombre de una y otra responsabilidad, no hubo diferencias relevantes entre ambas.*

*Incluso la Doctrina reconoció que las normas civiles y las penales se complementaban recíprocamente.*¹⁴

Por lo que respecta a la responsabilidad civil extracontractual, el Código penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación, en lo sucesivo *Código Penal de 1871*, establecía, en su artículo 302, que el delito producía la responsabilidad civil y, además, instauraba la naturaleza de la obligación en virtud de dicha responsabilidad: hacer la restitución, la reparación, la indemnización y el pago de gastos judiciales. Posteriormente, dicho Código definía lo que se entendía por cada una de las obligaciones que recaían sobre el sujeto activo del delito.

Asimismo, el Código Penal de 1871, en su Título Duodécimo denominado *DELITOS DE ABOGADOS, APODERADOS Y SÍNDICOS DE CONCURSO*, establecía, entre otras cosas, que:

*Artículo 1061. El abogado que sin expresa instrucción por escrito de la parte a quien patrocine, alegue hechos falsos o se apoye en el dicho de falsos testigos; será castigado con multa de 30 a 300 pesos, si tenía conocimiento de la falsedad.- Artículo 1062. El abogado que aconseje dirija o ayude a los dos contendientes a la vez o sucesivamente, en un mismo negocio, o que patrocine, aconseje, dirija o ayude a uno de ellos, después de haberse encargado de la defensa del otro y de imponerse de sus pruebas, será castigado con la pena de suspensión de tres meses a un año y multa de 300 a 1,000 pesos.*¹⁵

Por todo lo anterior, se concluye que durante la vigencia del Código Civil de 1884, el abogado mexicano, en el supuesto en que recayera sobre él algún tipo de responsabilidad civil, ya fuera por el incumplimiento de un contrato, como puede ser el contrato de mandato o el de prestación de servicios profesionales, al no realizar lo pactado en el acuerdo de voluntades; o ya fuera por la realización de un acto ilícito tipificado como delito en el Código Penal de 1871, debía responder de manera patrimonial: en el primer supuesto, debía indemnizar a su cliente por los daños y perjuicios sufridos por éste a causa del incumplimiento de sus obligaciones; y, en el segundo supuesto, el abogado mexicano debía pagar una multa en virtud del delito cometido. Igualmente, existía la posibilidad de que el abogado cayera en ambos supuestos.

¹⁴ RICO, Fausto *et al*, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, p. 694.

¹⁵ Emitido el día 7 de diciembre de 1871.

2. *El Código Civil de 1928.* La Constitución de 1917, al igual que la de 1857, estipula en el último párrafo de su artículo 17 que nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil, en virtud de lo anterior, el sistema del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal, en lo sucesivo *Código Civil de 1928*, tampoco contempla la responsabilidad personal como medio para responder por la responsabilidad civil, únicamente considera la patrimonial.

Por otra parte, el Código Civil de 1928 no realiza una distinción precisa entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual, al respecto, Fausto Rico, Patricio Garza y Mischel Cohen manifiestan: *Desde el punto de vista legal no hay un reconocimiento claro y terminante de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, [...] La única mención que prevé el ordenamiento sobre la independencia conceptual de una y otra categoría se encuentra en la regulación del daño moral.*¹⁶

No obstante lo anterior, la autoridad jurisdiccional, mediante una labor interpretativa de la Ley, distingue la responsabilidad civil contractual de la extracontractual, abona a esto la siguiente tesis emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito:

DAÑO CONTRACTUAL Y DAÑO EXTRA CONTRACTUAL. SU DIFERENCIA.

Frecuentemente, en la práctica, suele confundirse el daño contractual con el daño extracontractual [...] Es evidente que la naturaleza de ambos daños está estrecha e íntimamente vinculada al concepto de obligación [...] En el daño extracontractual no existe obligación previa (como no sean las generales de cuidado que todo individuo debe observar), y es precisamente el hecho ilícito el que va a generar la obligación. Así, verbigracia, el delincuente que asalta a un transeúnte lo hace sin que previamente haya existido concierto alguno de voluntades, al menos no entre él y la víctima. Sin embargo, el derecho le adjudica al delincuente la obligación de indemnizar a su víctima por los daños y perjuicios que haya sufrido. En el daño contractual primero existe la obligación pactada en el contrato, y después no es atendida o, en su defecto, lo es en una forma distinta a la convenida. Así, en un caso, la obligación nace con

¹⁶ RICO, Fausto *et al*, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho de Obligaciones*, op. cit., p. 768.

motivo de la comisión de un ilícito, mientras que en el otro, el ilícito nace del incumplimiento de la obligación.¹⁷

De la tesis antes transcrita se desprende que la diferencia sustancial entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual es la relación jurídica existente entre la persona que tiene dicha responsabilidad a su favor y la persona que la tiene a su cargo: en el caso de la responsabilidad civil contractual, la relación jurídica deriva del incumplimiento al acuerdo de voluntades respecto a un mismo objeto y condiciones, es decir, existe una relación contractual previa; mientras que en la responsabilidad civil extracontractual, la relación jurídica deriva de un acto ilícito por virtud del cual nace para una de las partes la responsabilidad, sin que medie una relación previa.

A manera de complemento al planteamiento elaborado por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el jurista Manuel Borja Soriano arguye que:

La responsabilidad contractual se extiende al caso de incumplimiento de las obligaciones que tienen por fuente la declaración unilateral de la voluntad, de acuerdo con el artículo 1859 del código de 1928 [...] que establece el principio de que las disposiciones legales sobre contratos son aplicables a otros actos jurídicos, en lo que no se oponga a la naturaleza de éstos.¹⁸

No obstante, con independencia de la razón que pudiera tener la distinción derivada de la tesis antes transcrita, resulta innecesario diferenciar ambos tipos de responsabilidad civil, Fausto Rico, Patricio Garza y Mischel Cohen argumentan, de manera muy acertada, que:

La responsabilidad es la misma independientemente de que emane del incumplimiento de una norma legal o contractual. En uno y otro supuesto el legislador podrá acentuar o restringir sus alcances -por ejemplo, atendiendo a la buena o mala fe del infractor-, relevar o no al afectado de probar el dolo o la culpa del transgresor, imponer una sanción en adición a la reparación de los daños y/o perjuicios causados, etc., sin que se vea afectada su esencia.¹⁹

¹⁷ DAÑO CONTRACTUAL Y DAÑO EXTRA CONTRACTUAL. SU DIFERENCIA, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVIII, septiembre, 2008, p. 1,251.

¹⁸ BORJA, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 21ª ed., Porrúa, México, 2018, p. 457.

¹⁹ RICO, Fausto *et al*, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho de Obligaciones*, op. cit., p. 772.

Por lo que se refiere al contenido de la responsabilidad civil, como ya se expuso con anterioridad, únicamente tiene carácter patrimonial, ya que en la actualidad, el carácter personal del contenido de la responsabilidad civil es inconstitucional. Bajo esta tesis el artículo 2964 del Código Civil de 1928 establece que:

El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables.²⁰

Como se desprende del párrafo anterior, la responsabilidad civil conlleva la obligación de indemnizar, sobre esto, Gutiérrez y González refiere que indemnizar quiere decir: *poner a uno en tanto sea posible en la misma situación patrimonial en que se encontraría, si no se hubiera producido el acontecimiento que obliga a la indemnización.*²¹ Fausto Rico, Patricio Garza y Mischel Cohen continúan diciendo que: *Existen dos maneras en que puede dejarse a alguien sin daño: mediante una restitución natural o mediante una restitución en dinero: 1. Restitución natural [...] consiste en volver las cosas al estado que tendrían de no haberse suscitado el incumplimiento [...] 2. Restitución en dinero [...] consiste en la entrega al afectado de una cantidad equivalente a los daños y/o perjuicios sufridos.*²²

De todo lo anterior, es preciso destacar que la responsabilidad contractual y extracontractual tienen, con la entrada en vigor del Código Civil de 1928, su regulación en la materia civil, con independencia de las demás responsabilidades que pudieren contraerse en otras materias por el incumplimiento de una obligación o por la realización de actos ilícitos. Lo anterior, es contrastante con el método utilizado por el Código Civil de 1884 que regulaba de manera superficial a la responsabilidad civil extracontractual, la cual tenía una reglamentación más específica y detallada en el Código Penal vigente en la época.

Finalmente, por lo que ve a la responsabilidad civil de los abogados bajo el sistema del Código Civil de 1928 es preciso destacar que sobre éstos, principalmente puede recaer la

²⁰ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 25 de abril de 1928.

²¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 18ª ed., Porrúa, México, 2010, p. 521.

²² RICO, Fausto *et al*, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, pp. 724, 725 y 728.

responsabilidad civil contractual, en virtud de los contratos celebrados con su cliente para la prestación de servicios profesionales o la encomendación, general o especial, de la realización actos jurídicos. En consecuencia, el abogado responsable estaría obligado a responder con su patrimonio por los daños y perjuicios causados.

3. *El Código Civil del Estado de Jalisco de 1935.* El Código Civil del Estado Libre y Soberano de Jalisco de 1935, en lo sucesivo *Código Civil de 1935*, regula la responsabilidad civil contractual dentro de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones y establece en su artículo 2023 que:

El que estuviere obligado en prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:- I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste; y II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, [no podrá el acreedor exigirla sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un Notario o ante dos testigos (artículo 1999)].²³

De igual manera, dicho Código estipula que la responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas sus obligaciones y no es posible renunciar a ésta.

Asimismo, el Código Civil de 1935 instaaura el contenido de la responsabilidad civil contractual al disponer, en su artículo 2026 que, en todos los casos, importará: *la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios*. De esta forma, el contenido de la responsabilidad civil contractual es meramente patrimonial, en contraposición a la responsabilidad personal.

Por otro lado, el artículo 2036 del Código Civil de 1935 faculta a las partes para convenir sobre la responsabilidad civil derivada de los contratos, salvo en los supuestos en que la Ley establezca lo contrario (como es el caso de la responsabilidad procedente de dolo).

Finalmente, el Código Civil de 1935, en su artículo 2037 plantea que: *El pago de los gastos judiciales será a cargo del que faltare al cumplimiento de la obligación.*

²³ Emitido mediante Decreto publicado en el Periódico Oficial "El Estado de Jalisco" el día 14 de mayo de 1935.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad civil extracontractual, el artículo 1831 del Código Civil de 1935 establece 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 inexplicable de la víctima.*

Respecto al contenido de la responsabilidad civil extracontractual, el Código Civil de 1935 refiere que: *La reparación del daño consistirá a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior cuando sea posible o en el pago de daños y perjuicios.*

De lo anterior se desprende que, tal y como en los sistemas de los códigos civiles mexicanos precedentes, el abogado en Jalisco de la época respondía, en caso de incumplimiento a sus obligaciones, por responsabilidad civil contractual y, en algunos casos, también tenía a su cargo la responsabilidad civil extracontractual, como en el supuesto descrito en el artículo 2513, que a continuación se transcribe: *El procurador o abogado que revele a la parte contraria los secretos de su poderdante o cliente, o le suministre documentos o datos que lo perjudiquen, será responsable de todos los daños y perjuicios, quedando, además, sujeto a lo que para estos casos dispone el Código Penal.*

4. *El Código Civil de 1995 vigente.* El Código Civil del Estado de Jalisco de 1995, en lo sucesivo *Código Civil de 1995*, rige actualmente las relaciones civiles dentro del Estado de Jalisco.

En cuanto a la normatividad que establece este Código en materia de responsabilidad civil, es preciso manifestar que, con una técnica legislativa deficiente, agrupa la responsabilidad civil contractual y extracontractual dentro de las obligaciones que nacen de hechos ilícitos.²⁴ Por lo demás, el articulado del Código Civil de 1995 es una transcripción prácticamente literal del articulado del Código Civil de 1935.

Por consiguiente, la responsabilidad civil de los abogados es eminentemente contractual. Dicho lo anterior, conviene analizar los tipos de contratos mediante los cuales se establece una regulación entre abogado y cliente. A saber, existen dos contratos que en la práctica son mayormente utilizados: el contrato de mandato y el contrato de prestación de servicios profesionales.

En cuanto al contrato de mandato, éste es definido en el artículo 2197 del Código Civil de 1995 como el: *contrato por el cual*

²⁴ Se podría argumentar que el incumplimiento de un contrato es propiamente un hecho contrario a la ley.

*una persona llamada mandante otorga a otra denominada mandatario, la facultad de realizar por el otorgante un acto jurídico...*²⁵

Asimismo, en lo que respecta al ejercicio de la abogacía, el artículo 2199 del Código Civil en comento estipula que cuando el mandato implique el ejercicio de una profesión, éste se presumirá aceptado cuando sea conferido a persona que ofrezca al público el ejercicio de su profesión y el profesionista no rehúse el mandato dentro de los tres días siguientes al conocimiento de éste.

De igual manera, el artículo 2239 del Código Civil de 1995 formula que: *El mandatario judicial, abogado o procurador que revele a la parte contraria los secretos de su poderdante o cliente, o le suministre documentos o datos que lo perjudiquen, será responsable de todos los daños y perjuicios que a su mandante ocasione, quedando, además, sujeto a lo que para estos casos dispone el Código Penal.*

Por otro lado, el contrato de prestación de servicios profesionales es definido por el artículo 2254 del Código Civil de 1995 en los siguientes términos: *El contrato de prestación de servicios técnicos o profesionales es aquél por medio del cual el prestador se obliga a proporcionar en beneficio del cliente o prestatario determinados servicios que requieren de una preparación técnica o profesional [La contraprestación por la prestación de servicios técnicos o profesionales se denomina honorario, y puede ser cubierto por el receptor del servicio o por un tercero (artículo 2255)].*

En cuanto a la forma de este contrato, es preciso agregar que, tal y como declara Ramón Sánchez Medal, el contrato de prestación de servicios profesionales: *no requiere formalidad alguna para su celebración, por lo que es un contrato informal o consensual [...] Al igual que en el mandato existe la posibilidad de la aceptación tácita de este contrato por el profesionista que ofrece al público sus servicios...*²⁶

Finalmente, el primer párrafo del artículo 2261 del Código Civil de 1995 establece que: *El prestador es responsable igualmente, hacia el cliente, por negligencia, impericia o dolo de su parte o de cualquiera de las personas de él dependientes.*

Por otro lado, sobre la obligación de los abogados en Jalisco de contratar pólizas de seguro de responsabilidad civil profesional, es menester manifestar que no existe ninguna mención

²⁵ Emitido mediante Decreto publicado en el Periódico Oficial "El Estado de Jalisco" el día 25 de febrero de 1995.

²⁶ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 25ª ed., Porrúa, México, 2019, p. 343.

al respecto ni en el Código Civil de 1995 ni en la Ley para el Ejercicio de las Actividades Profesionales del Estado de Jalisco, la cual regula el ejercicio de algunas profesiones, entre ellas, la del abogado; lo más cercano es la recomendación que esta última ley realiza al respecto en la fracción trigésima primera de su artículo 37, la que se transcribe a continuación: *Artículo 37. Los colegios de profesionistas tienen los siguientes derechos y obligaciones: [...] XXXI. Promover entre sus integrantes, la contratación de seguros de responsabilidad civil profesional por daños patrimoniales o morales ocasionados a los usuarios de sus servicios profesionales...*²⁷. Sin embargo, de los códigos de ética, reglamentos internos y demás normatividad de algunos de los Colegios de Abogados con mayor número de integrantes en el Estado no se deduce una recomendación a sus miembros de contratar una póliza de seguro de responsabilidad civil profesional, mucho menos se infiere una obligación. Con independencia de lo anterior, inclusive en el supuesto en el que los Colegios de Abogados establecieran una obligación para sus integrantes que versara sobre la contratación de una póliza de seguro de servicios profesionales, esto no resolvería la problemática, en virtud de que la colegiación en el Estado de Jalisco -y prácticamente en cualquier Estado de la República- no es obligatoria, por lo que, en este supuesto ficticio existirían abogados obligados a contratar una póliza y abogados que, no perteneciendo a un Colegio, no tendrían dicha obligación.

III] Análisis comparativo entre la regulación del Estado de Jalisco y la regulación española en materia de responsabilidad civil de los abogados y contratación de pólizas de seguro de servicios profesionales

Una vez analizada la regulación mexicana en materia de responsabilidad civil de los abogados, conviene realizar una comparación entre dicho sistema y el sistema español para regular la institución antes citada, lo anterior, en virtud de que España ha establecido una regulación más amplia en la materia.

1. *El sistema en el Estado de Jalisco.* Como ya se expuso, el sistema jurídico jalisciense actual en materia de responsabilidad civil de los abogados gira en torno a la responsabilidad civil

²⁷ Emitida mediante Decreto publicado en el Periódico Oficial "El Estado de Jalisco" el día 1° de diciembre de 2015.

contractual que éstos pueden llegar a tener por el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del acuerdo de voluntades celebrado con sus clientes. En cuanto a los tipos contractuales se prevén los contratos de mandato y de prestación de servicios profesionales, de los cuales deriva, a grandes rasgos, una responsabilidad patrimonial en el supuesto de incumplimiento por parte del abogado, consistente en la reparación de daños e indemnización de perjuicios que pudiera sufrir el mandante o prestatario.

En cuanto a la contratación de pólizas de seguro de servicios profesionales no existe una regulación amplia ni en el Código Civil de 1995, en lo que respecta a los contratos referidos en el párrafo anterior, ni en la Ley para el Ejercicio de las Actividades Profesionales del Estado de Jalisco, la cual regula, entre otras, la profesión de la abogacía; de esta última ley únicamente se desprende una recomendación a los Colegios de Profesionistas (en este caso, a los Colegios de Abogados) para que éstos, a su vez, recomienden a sus integrantes la contratación de una póliza de seguro de servicios profesionales, pero nunca se establece una obligación de contratarla. Como ya se analizó, aunque los Colegios de Abogados establecieran una obligación para sus miembros de contratar una póliza de seguro, dicha medida no sería suficiente en virtud de que actualmente no existe una obligación en la Ley de afiliarse a un Colegio de Profesionistas.

2. *El sistema español.* Lo primero que hay que analizar para entender las obligaciones que derivan de la responsabilidad civil de los abogados en España es la naturaleza de la relación jurídica existente entre el abogado y el perjudicado, en este sentido, la doctora Adela Serra Rodríguez manifiesta que: *La calificación jurídica que merece la relación entablada entre el abogado y su cliente ha sido objeto de estudio por la doctrina y la jurisprudencia española que la han encajado en distintas figuras, como el arrendamiento de servicios, el contrato de obra, el mandato, los contratos mercantiles de gestión (mediación, agencia, comisión), llegando incluso a definirlo como contrato innominado o atípico.*²⁸ De lo anterior se infiere que, independientemente del tipo de contrato, la naturaleza de la relación jurídica existente entre el abogado y el sujeto perjudicado es contractual.

²⁸ SERRA, Adela, “La responsabilidad civil del abogado: algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica, el incumplimiento, la configuración del daño y su cuantificación en el derecho español”, *Revista Justicia y Derecho*, vol. 2, num. 2, 2019, p. 86.

Habiendo expuesto lo anterior, conviene atender las hipótesis en las cuales recae, sobre el abogado español, la responsabilidad civil contractual:

Según el art. 442.1 LOPJ los abogados y procuradores están sujetos en el ejercicio de su profesión a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda. El art. 78.2 EGA prevé que los abogados en su ejercicio profesional están sujetos a "responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio" [...] A diferencia de otros sectores de actividades profesionales, como la de los médicos, en la que la responsabilidad civil en determinados supuestos tiende a objetivizarse, a través de la inversión de la carga de la prueba o la doctrina del daño desproporcionado, tratándose de la actividad típica del abogado la responsabilidad civil es nítidamente subjetiva, basada en su culpa o negligencia, que opera como criterio de imputación subjetiva de responsabilidad...²⁹

Del párrafo transcrito se desprende, en primer lugar, que por la culpa o negligencia del abogado en el ejercicio de su profesión, no sólo se deriva la responsabilidad civil, sino que también puede causarse responsabilidad en otras materias, como la penal y disciplinaria. Asimismo, resulta importante sobresaltar que la responsabilidad civil de los abogados debe probarse, en virtud del criterio de imputación subjetiva de responsabilidad.

Relacionado con lo anterior, la doctora Serra Rodríguez realiza un listado de conductas típicas que los tribunales han considerado como negligentes:

A) En primer lugar, el incumplimiento imputable al profesional puede consistir en la errónea interpretación de una norma jurídica, [...] B) En segundo lugar, la mayoría de los supuestos en los que se suscita la responsabilidad del letrado traen causa en "conductas omisivas" o extemporáneas que ocasionan al cliente los daños que se pretenden indemnizar, [...] C) En tercer lugar, [...] existen otros [supuestos] en que su comportamiento se muestra erróneo para la finalidad que pretendía satisfacer, porque hay un defectuoso planteamiento técnico del asunto, revelador de la impericia y de la carencia de los especializados conocimientos que un técnico en materias jurídicas ha de poseer

²⁹ SERRA, Adela, *op. cit.*, p. 82.

[...] D) Por último, especial relevancia adquiere como generador de responsabilidad el incumplimiento del deber de fidelidad que comprende, según la jurisprudencia, el deber de información, de guardar secreto, de custodiar la documentación y de entregarla una vez terminada la relación de servicios...³⁰

Finalmente, en lo que respecta a la regulación de la responsabilidad civil de los abogados en España, ésta se traduce en el pago de una indemnización:

Una vez constatada la existencia de un perjuicio cierto, al quedar probado que el cliente tenía fundadas probabilidades de ver estimada su pretensión resta la valoración de la oportunidad perdida orden (sic) a fijar la cuantía indemnizatoria. En ella, son dos los parámetros básicos que el tribunal deberá tener en cuenta: de una parte, las efectivas probabilidades de éxito de la pretensión o el recurso frustrado, expresadas en un porcentaje, y que ya habrá calculado para tener por acreditado el daño; de otra, la cuantía litigiosa de la pretensión frustrada (y que se podría haber obtenido con cierta probabilidad), teniendo siempre presente que esta última no puede venir identificada sin más con el perjuicio ocasionado al cliente...³¹

Por otra parte, relacionado con el pago de la indemnización es necesario expresar que en España sí tiene un grado de obligatoriedad la contratación de una póliza de seguro de servicios profesionales, tal y como se dispone en el Estatuto General de la Abogacía Española, el cual, en su artículo 78, número 2., dice: *Los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio.*³²

IV] Reflexiones sobre la regulación actual de la responsabilidad civil de los abogados en Jalisco y la contratación de una póliza de seguro de servicios profesionales

³⁰ SERRA, Adela, *op. cit.*, pp. 88, 90.

³¹ SERRA, Adela, *op. cit.*, p. 96.

³² <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Estatuto-General-de-la-Abogacia-Espanola4.pdf>, consultado el día 03 de noviembre de 2022.

Tras haber realizado un análisis histórico de la institución de la responsabilidad civil se concluye que, en contraste con los sistemas implantados, en sus primeras etapas, por el derecho romano y por el Código Napoleón, nuestro sistema jurídico ha tenido grandes avances en la concepción de la responsabilidad civil. Es positiva la supresión del contenido personal de la responsabilidad civil que en épocas anteriores estuvo vigente, para dejar únicamente el contenido patrimonial de dicha responsabilidad.

Por otro lado, sería positivo que se tipificaran algunos de los supuestos en los que los abogados deberían responder en razón de una mala práctica, lo anterior, para coadyuvar a la certeza jurídica.

Por lo demás, no ha habido avances notables respecto a la regulación de esta institución, lo cual no es necesariamente negativo.

Sin embargo, existe un aspecto en el cual nuestro sistema jurídico ha quedado obsoleto en comparación con otros países (como es el caso de España): la instauración de la obligación a los abogados de contratar una póliza de seguro de servicios profesionales, lo que en nuestro sistema local sólo se contempla bajo una recomendación a instituciones de profesionistas a las cuales es opcional pertenecer.

Mediante la incorporación de esta obligación a nuestro sistema legal local no sólo se beneficiaría el cliente, sino también a los propios abogados. A primera vista puede parecer un gasto innecesario en el ejercicio de la profesión, no obstante, en el supuesto de materialización de lo que se considera un siniestro en dichos seguros, puede resultar de gran utilidad a la hora de indemnizar a una persona perjudicada, máxime en asuntos de gran cuantía, en los cuales una indemnización podría impactar considerablemente la economía de un despacho.

Finalmente, cuando se hace referencia a las recomendaciones que se hacen a los Colegios de Profesionistas (específicamente de Abogados) para incentivar a sus miembros a contratar un seguro de servicios profesionales, no se hace con la intención de criticar el medio; en mi opinión, sería funcional dicho mecanismo si la colegiación profesional fuese obligatoria. Con independencia de lo anterior, también se podría regular dicha obligación directamente en la Ley, lo que sí considero un medio más efectivo.

V] Conclusión

La responsabilidad civil de los abogados en Jalisco es, preponderantemente, de naturaleza contractual, en virtud del incumplimiento de los contratos, consensuales o por escrito, que los abogados celebran con sus clientes. A causa de la responsabilidad civil contractual que nace para el abogado jalisciense por una mala práctica, éste debe reparar los daños e indemnizar los perjuicios causados a su cliente; por ello, es necesaria la regulación de las obligaciones de los abogados sobre la contratación de pólizas de seguro de servicios profesionales, con la finalidad de garantizar la posible responsabilidad civil por una mala praxis profesional.

Bibliografía

- AEDO, Cristián, *La actio legis Aquiliae: concepto, características y desarrollo decretal posterior. Lecturas desde el capítulo tercero*, Revista de Derecho – Universidad Católica del Norte, 16(1), 2009
- BERNAL, Beatriz et al, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas desde los orígenes hasta la alta Edad Media*, Porrúa, México, 2016
- BONECASSE, Julien. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Harla, México, 1997
- BORJA, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 21ª ed., Porrúa, México, 2018
- <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Estatuto-General-de-la-Abogacia-Espanola4.pdf>, consultado el día 03 de noviembre de 2022
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 18ª ed., Porrúa, México, 2010
- IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, 12ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, España, 2007
- PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, traducción de José Fernández González, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1999
- RAMÍREZ, Benito, *Evolución histórica de los regímenes patrimoniales del matrimonio en Jalisco*, *Revista Jurídica Jalisciense*, 2017, num. 56
- RICO, Fausto et al, *De los contratos civiles*, 2ª ed., Porrúa, México, 2018
- RICO, Fausto et al, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho de Obligaciones*, 2ª ed., Porrúa, México, 2020
- SERRA, Adela, *La responsabilidad civil del abogado: algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica, el incumplimiento, la configuración del daño y su cuantificación en el derecho español*, *Revista Justicia y Derecho*, vol. 2, num. 2, 2019

Responsabilidad por *fake news* y su regulación en México

SEBASTIAN IÑAKI LIZÁRRAGA GARCÍA.¹

Se defiende como algo consabido, no sometible a matización alguna y mucho menos a crítica o a recorte, el derecho absoluto a la libertad de expresión. En virtud de tal libertad, se practican toda suerte de manipulaciones y apenas hay quien delate el peligro de que tal actividad quebrante la libertad real de la mayoría de las personas y grupos que integran al pueblo al que se dice servir.

Alfonso López Quintás²

SUMARIO: I. Introducción: reflexiones sobre la colisión entre la libre expresión y el derecho a la información. II. Antecedentes históricos sobre la responsabilidad por *fake news*. III. La posibilidad de responsabilidad por *fake news* en el derecho de daños mexicano. IV. Comparación entre el derecho mexicano y el derecho estadounidense.

Resumen. Es conveniente refutar el mito de que la libertad de expresión siempre trae como consecuencia mejor información para la sociedad. El fenómeno de las *fake news* muestra que la necesaria pluralidad de expresiones en una democracia también trae consigo el riesgo de la manipulación de la información. El presente artículo hace algunas reflexiones sobre esta tensión entre libre expresión y adecuada información para posteriormente estudiar la responsabilidad por *fake news* en el orden jurídico mexicano. Se aborda la responsabilidad civil, el derecho de réplica y la responsabilidad patrimonial del Estado. Finalmente, se hace una breve comparación en la materia con los precedentes del sistema mexicano con el de Estados Unidos de América.

Palabras clave: *Fake news*, derecho de daños, libertad de expresión, derecho a la información, desinformación.

¹ Estudiante de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

² LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso, *La manipulación al descubierto: cómo salvar nuestra creatividad y nuestros valores*, Madrid, Fundación López Quintás, 2020, p. 20, posición 377.

Abstract. *It is necessary to bust the myth that states that freedom of speech always builds a more informed society. The fake news phenomenon shows that plurality of expression brings a risk of informative manipulation. This article shares some insight about the stress between free speech and adequate information. Then, it describes the liability for fake news in the Mexican legal system. It tackles tort law, the State's liability in damages for administrative action and the right to reply. Lastly, it compares the Mexican contentious cases with American legal precedents.*

Keywords: *Fake news, legal liability, freedom of speech, right to information, fake news.*

I | Introducción: reflexiones sobre la colisión entre la libre expresión y el derecho a la información

Cuando se piensa en los conflictos de libertad de expresión, generalmente se ve contrapuesta al derecho al honor o a la intimidad. Aparece la imagen mental del periodista perspicaz que divulga al público una *información privilegiada* manchando la imagen de algún político que, furibundo, ordena a sus abogados demandar al comunicador. Así, los derechos se dividen en dos bandos. Por un lado, la libre expresión de los periodistas y la información de la sociedad; y por otro lado el honor y la intimidad de los personajes públicos.

De esa manera, se suele suponer que una mayor libertad de expresión producirá una ciudadanía informada, mientras que menos capacidad de expresarse limitará la información de los ciudadanos. Esto es una mera ilusión, que debe superarse para verdaderamente comprender la relación tan compleja entre libre expresión y adecuada información. Más capacidad de expresar no necesariamente implica mayor información y menos aún una de mejor calidad.

El fenómeno de las *fake news* es el síntoma más visible de esta fricción entre expresión e información. *Fake news* es un anglicismo que hace referencia a noticias que carecen de veracidad, ya sea por estar manipuladas intencionalmente o por una negligencia en la transmisión de los datos, y que se caracterizan

por su apariencia de verdad que las hace circular con gran rapidez entre las personas.³

En este apartado, primero se revisarán algunos argumentos sobre la libertad de expresión y su relación con el derecho a la información. Posteriormente, se explicará brevemente la teoría de la colisión de derechos y el método de ponderación que se utilizaría para resolver un conflicto entre libre expresión e información, así como las críticas al modelo ponderativo.

1. *El mito de la sociedad bien informada.* Más libre expresión no implica una sociedad más informada. El hecho de permitir todo tipo de manifestaciones sin censura y con pocas o nulas sanciones no necesariamente conlleva que los materiales intelectuales o artísticos difundidos sean de mayor calidad o más beneficiosos para la colectividad. Reconocer esta realidad no implica oponerse a la libertad de expresión, sino simplemente asumir sus riesgos y estar preparados para enfrentarlos.

Este peligro de la desinformación derivado de la permisión de gran variedad de expresiones no es algo que apenas se haya advertido. En los albores del siglo XIX, cuando la libertad de expresión y de imprenta comenzaba a hacer un ideal generalizado, adaptándose en las naciones de Europa y en Occidente entero, el filósofo y teólogo Jaime Balmes ya discurría de la siguiente manera:

Creen algunos que, con respecto a los países donde está en vigor la libertad de imprenta, no es muy difícil encontrar la verdad, porque teniendo todo linaje de intereses y opiniones, algún periódico que les sirve de órgano, los unos desvanecen los errores de los otras, brotando del cotejo la luz de la verdad. «Entre todos lo saben todo y lo dicen todo; no se necesita más que paciencia en leer, cuidado en comparar, tino en discernir y prudencia en juzgar». Así discurren algunos. Yo creo que esto es pura ilusión, y lo primero que asiento es que, ni con respecto a las personas ni a las cosas, los periódicos no lo dicen todo, ni con mucho, ni aun aquello que saben bien los redactores, hasta en los países más libres.⁴

En ocasiones la argumentación que prima en la fundamentación de la libertad de expresión es una lógica de mercado, en la cual se dice que existe una multitud de ofertas de

³ JIMÉNEZ ESCALANTE, Jessica Tatiana y GUERRA MORENO, Débora, *Fake news, libertad de expresión y derecho a la información, un nuevo reto para la responsabilidad civil*, *Saber, Ciencia Y Libertad*, vol. 17, núm. 1, p. 141.

⁴ BALMES, Jaime, *El criterio*, 9a ed., México, Porrúa, 1999, capítulo IX, sección I, p. 35.

expresiones y que si se da completa libertad política para participar en él, se encontrará la verdad. Es el argumento libertario aplicado a las ideas: deja al mercado ideológico completamente desregulado y los resultados positivos se presentarán solos. Inclusive en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha plasmado aquel economicismo. Nótese como la Primera Sala usa el argumento del mercado de ideas, inspirándose a su vez en el caso *Gertz v. Robert Welch* de la Corte Suprema estadounidense:

*No obstante, como acertadamente señaló James Madison, cierto grado de abuso es inseparable en el adecuado uso de todo; y en ninguna instancia es esto más cierto que en la prensa. Esto nos lleva a concluir que no existen las ideas falsas, aunque, para efectos de su estudio y correcta apreciación, sí pueden existir ideas valiosas para un debate público y algunas que no lo sean. Así pues, sin importar lo pernicioso que pueda parecer una opinión, su valor constitucional no depende de la conciencia de jueces y tribunales, sino de su competencia con otras ideas en lo que se ha denominado el mercado de las ideas, pues es esta competencia la que genera el debate que, a la postre, conduce a la verdad y a la plenitud de la vida democrática.*⁵

Este razonamiento está, por lo menos, sumamente forzado. Tal como apunta Giovanni Sartori, *la analogía entre mercado económico y mercado político, entre competencia de productores de bienes y competencia de partidos, es una analogía débil.*⁶ En efecto, el hecho de que múltiples informaciones se oferten públicamente no quiere decir que se adoptarán las verdaderas; ni siquiera indica que realmente se ofrecerán las ciertas.

Que un *mercado de las ideas* conduzca a la verdad es completamente utópico. Así como es irreal una concepción totalitaria, que busque imponer la verdad desde la fuerza del Estado, igualmente es fantástica la noción. Desgraciadamente, los extremistas de la libertad de expresión esgrimen la condena de Galileo para probar que los censuradores no llegaban a la verdad, pero se niegan a reconocer que en un sistema de libre expresión la

⁵ Amparo directo 28/2010 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Engrose de la sentencia de 23 de noviembre de 2011, p. 80. Consultado el 3 de noviembre de 2022 en el siguiente enlace: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=123474>.

⁶ SARTORI, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, traducción de Ana Díaz Soler, Madrid, Taurus, 1998, p. 141.

sociedad tampoco la ha conocido. Y esto no implica querer quitar la libertad de expresión, sino saber que no lo consigue todo, para poder medir nuestras expectativas.

Asimismo, constantemente la veracidad de la información se encuentra en peligro por los fenómenos de la subinformación⁷ (omitir acontecimientos importantes y sólo informar algunos), la desinformación⁸ (distorsionar o inventar las noticias) y la descontextualización⁹ (presentar imágenes aisladas de su contexto). Esto implica que una mayor cantidad de información, a la cual podemos llamarle híper-información, no produce realmente un saber asentado en la realidad, por lo que siempre ha de distinguirse entre información y conocimiento.¹⁰

Otro vicio de la asimilación entre libre expresión y adecuada información es que pierde de vista la desigualdad que existe entre los emisores de información. No se trata de un mercado verdaderamente libre ni equitativo. El desbalance en el poder político y económico vuelve la libertad de expresión una arena donde los más fuertes pueden aplastar a los más débiles, especialmente los medios de comunicación de amplia circulación y las autoridades públicas.

Los medios de comunicación social tienen en su mano mil recursos para influir poderosamente en las gentes. Sólo quienes consiguen tomar distancia frente a ellos conservan incólume su libertad. Se cuenta que Hitler y Mussolini -afanosos de hacer sentir su presencia- utilizaban a menudo la radio para ganar ante el pueblo una especie de ubicuidad que la misma facilita al permitir hacerse presente al mismo tiempo en los rincones más apartados, penetrar en los hogares, hablar a las multitudes al oído, de modo sugerente. Esta constante presencia discreta se convierte en invasión anegante si se moviliza el poderoso recurso de repetición, la insistencia, el volver una y otra vez sobre un tema desde ángulos distintos, con pretextos diversos, pero siempre con una intención de fondo: grabar a fuego una idea en las mentes, sugerir una actitud, avivar un sentimiento, provocar una decisión, suscitar una filia o una fobia...¹¹

Esto puede notarse claramente en la industria de la publicidad, que se vale de una difusión agresiva de sus mensajes que se introduce en la vida cotidiana de las personas incluso contra

⁷ *Ibidem*, p. 80.

⁸ *Idem*.

⁹ *Ibidem*, p. 102.

¹⁰ *Ibidem*, p. 79.

¹¹ LÓPEZ QUINTÁS, *op. cit.*, p. 352, posición 5982.

su voluntad: comerciales en radio, televisión o internet; anuncios en el transporte público; e incluso los anuncios espectaculares y los automóviles publicitarios, cuya contaminación audiovisual y material son una molestia impuesta para los ciudadanos.

Aquí se hace notar una clara disparidad de poder. Mientras unos actores políticos o empresariales tienen una maquinaria sistemática para diseminar información e incluso quedar en el subconsciente del público, otras personas apenas pueden levantar la voz.

Y es que la libertad de expresión corresponde a una libertad política, es decir, se trata una ausencia de interferencia del Estado¹² que se traduce en obligaciones negativas para los gobiernos. Sin embargo, no produce una libertad real de los ciudadanos comunes y sus familias para tener un poder de influencia o decisión en los asuntos públicos, ya que eso implicaría imponer obligaciones positivas al Estado para garantizar la difusión de toda expresión, lo cual es de imposible cumplimiento. Asimismo, *la desinformación es contraria a la autonomía de las personas que funciona como premisa básica de la democracia. Cuando los ciudadanos somos manipulados no somos auténticamente libres.*¹³

De esa manera, *se reclama como un derecho inalienable de toda persona la libertad para hacer toda clase de manifestaciones propagandísticas, pero se silencia el hecho nada baladí de que tal libertad sólo la poseen en realidad unos pocos privilegiados merced a su poder económico.*¹⁴

Por último, la libertad de expresión no es algo obvio, ni inherente a la naturaleza humana. De hecho, si se desvincula del prestigio tan amplio del que goza en la democracia liberal, parece algo sumamente contraintuitivo. G.K. Chesterton expresa que *no es de ningún modo evidente por sí mismo que una institución como la libertad de expresión sea justa o injusta. No es natural ni obvio que un hombre pronuncie disparates y abominaciones que pensarías dañinas para la humanidad, tal como tan poco es natural u obvio dejarle a un hombre excavar un agujero en plena vía pública o contagiar de tifoidea a medio pueblo.*¹⁵

¹²SARTORI, Giovanni, *La democracia en 30 lecciones*, traducción de Alejandro Pradera, México, Taurus, 2009, p. 68.

¹³GAXIOLA LAPPE, Federico Jorge, *Expresión, honor y derecho de las personas a estar informadas*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2019, p. 81.

¹⁴LÓPEZ QUINTÁS, *op. cit.*, p. 20, posición 377.

¹⁵CHESTERTON, Gilbert Keith, *Robert Browning*, Norwood, Massachusetts, Macmillan Company, 1909, p. 174. Traducción propia.

Por ingratitud y olvido, muchas veces se omite el grave costo que representó para las sociedades modernas la adopción del derecho a expresarse, pues no es una libertad gratuita.¹⁶ Entre el precio a pagar por ella, se encuentra el grave riesgo de desinformación y manipulación hacia un pueblo que no está preparado para enfrentar tan violentos intentos de engaño general. Entender los riesgos de desinformación, inmoralidad y polarización que puede generar la libertad de expresión sirve para comprenderla mejor y valorarla, en vez de ponerse una venda en los ojos pensando que el sistema es perfecto y no sufre de los aludidos peligros y defectos institucionales.

2. *Expresión contra información, ¿verdadera colisión de derechos?* El pensamiento de Robert Alexy resulta ya una corriente preponderante en la argumentación jurídica de los derechos fundamentales. La teoría de este filósofo alemán afirma que las normas jurídicas, o bien son mandatos de optimización que se cumplen en la medida de lo posible (principios), o bien son determinaciones que sólo pueden ser cumplidas o no (reglas).¹⁷ Estas reglas y principios pueden colisionar, de forma que los conflictos generados entre ellas se resuelven de forma distinta. En el caso de una colisión entre principios, esta se debe resolver por una ponderación que determina cuál de los principios que tienen el mismo rango en abstracto posee mayor peso en el caso concreto.¹⁸

Si se acepta que el derecho a la libre expresión y el derecho a la información tienen la calidad de principios, entonces los conflictos en los que se involucran estos derechos constituirían una colisión resuelta por la operación ya descrita. Este es el enfoque que han adoptado muchos tribunales constitucionales, incluyendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México. Por consiguiente, la Corte ha adoptado el modelo de la

¹⁶ *Free speech is an idea which has at present all the unpopularity of a truism; so that we tend to forget that it was not so very long ago that it had the more practical unpopularity which attaches to a new truth. Ingratitude is surely the chief of the intellectual sins of man. He takes his political benefits for granted, just as he takes the skies and the seasons for granted. He considers the calm of a city street a thing as inevitable as the calm of a forest clearing, whereas it is only kept in peace by a sustained stretch and effort similar to that which keeps up a battle or a fencing match. Just as we forget where we stand in relation to natural phenomena, so we forget it in relation to social phenomena. We forget that the earth is a star, and we forget that free speech is a paradox. Ibidem, p. 173.*

¹⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 67-68.

¹⁸ *Ibidem*, p. 72.

ponderación para resolver las controversias, de modo que realiza lo siguiente:

La determinación de si en un caso existe o no el acto ilícito al que la ley se refiere debe ser el resultado de una ponderación constitucional previa de derechos. Cuando el examen de los hechos del caso a la luz de los derechos fundamentales afectados no arroje una extralimitación, no existirá hecho o acto ilícito y no habrá lugar a abordar las siguientes etapas del análisis propio del derecho de daños.¹⁹

Este enfoque ha sido criticado desde varios frentes. Por un lado, se advierte que todas las normas constitucionales o infraconstitucionales son derrotables por los principios que incluso se pueden inferir implícitamente.²⁰ Esto implica que los derechos fundamentales pierden fuerza normativa y se deshacen en la posibilidad de poder chocar y ser derribados entre sí o por otros derechos. *Si en caso de colisión todas las razones pudieran aceptar el carácter de argumentos de fijación de objetivos (Zielsetzungsargument), entonces caería todo muro de fuego que con una concepción deontológica de las normas y principios del derecho, se hubiera instalado en el discurso jurídico.²¹*

Aterrizado a la ponderación del derecho a la libertad de expresión, la manera en la que se ha interpretado con el modelo argumentativo principalista ha generado que el derecho a la libertad de expresión *derrote* a aquellos otros principios a los que se enfrenta, privándolos de la eficacia normativa que deberían tener. Así, por ejemplo, dice García Amado lo siguiente sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español:

La diferencia está en que, al tratarse de una regla que se aplica en términos de todo o nada, si se dan las condiciones de aplicación (veracidad y relevancia pública) la prevalencia en la regla establecida en favor de la libertad de información se hace

¹⁹ POU GIMÉNEZ, Francisca, *La libertad de expresión y sus límites*, en CABALLERO OCHOA, José Luis, STEINER, Christian y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Konrad Adenauer Stiftung, 2013, t. I, p. 922.

²⁰ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación*, *Revista Iberoamericana sobre Argumentación*, núm. 13, 2016, p. 14.

²¹ HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, p. 312. Citado en ALEXY, Robert, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, p. 6.

efectiva, con total independencia de la intensidad del daño al derecho al honor. Es decir, siempre que el TC determine que la información es de interés público y es veraz, la libertad de información va a preponderar, sea cual sea la intensidad del menoscabo al honor.²²

Nos encontramos con un extremismo de la libertad de expresión que a primera vista vuelve complicado abrir la discusión del riesgo de la desinformación en una sociedad plural, abierta y democrática; así como obstaculiza dotar del contenido normativo necesario a los demás derechos que también son sumamente relevantes, como es la adecuada información.

II] Antecedentes históricos sobre la responsabilidad por *fake news*

Desde tiempos inmemoriales, se ha dado el fenómeno de la desinformación como elemento de manipulación. En el siglo XIII a.C., el gobierno de Ramsés II mostraba grandes murales en los que se veía una aplastante victoria de los egipcios en la Batalla de Kadesh. Asimismo, se cuenta que el Emperador Calígula disfrazó de bárbaros esclavizados a un grupo de soldados romanos, para aparentar una victoria en su regreso a Roma tras una fracasada campaña a Britania. Generalmente quien controlaba el poder político era también el operador de gran parte de la información pública, hasta que surgieron los medios masivos de comunicación y los particulares también empezaron a generar noticias falsas.

Cuando en el siglo XIX surge la libertad de prensa, se comienza a argumentar bajo una lógica de costo-beneficio. Es mayor el daño a la sociedad por la censura que por la equivocada expresión del equivocado. Dice Blackstone lo siguiente sobre la doctrina de la libertad de expresión:

Consiste en no imponer restricciones previas sobre las publicaciones, aunque sin exceptuarlas de las leyes penales después de hecha la publicación. Todo hombre libre tiene un derecho incuestionable a exponer al público los sentimientos

²² GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Tres sentencias del tribunal constitucional. O de cuán fácil es la veracidad periodística y qué liviano el honor de los particulares*, *Estudios de Derecho*, vol. 62, núm. 139, julio de 2005, pp. 110.

*que le plazcan. Pero si publica lo que es impropio, dañino o ilegal, debe sufrir las consecuencias de su propia temeridad.*²³

En 1810, durante el gobierno de José Bonaparte y contra la voluntad del pueblo hispano, se publica en España el primer decreto avalando la libertad de expresión.²⁴ Allí comienza la larga historia de la libertad de prensa, que se plasma en las nuevas constituciones de las naciones hispanoamericanas, incluyendo la de México, que adoptó dicha libertad en la Constitución de 1836, la de 1857 y la vigente de 1917. Sin embargo, siguieron persistiendo los modelos de responsabilidad civil extracontractual, que tarde que temprano entrarían en conflicto con el derecho fundamental a la libertad de expresión y tendrían que interpretarse en los tribunales civiles y posteriormente constitucionales.

III] La posibilidad de la responsabilidad por *fake news* en el derecho de daños mexicano

En el presente capítulo se repasa el ordenamiento jurídico mexicano en lo que concierne a las posibles clases de responsabilidad que pudieran darse por causa de las *fake news*, haciendo un análisis de la responsabilidad civil, el derecho de réplica y la responsabilidad patrimonial del Estado.

1. *Fake news* en la responsabilidad civil extracontractual. La legislación civil federal mexicana contempla la posibilidad de responsabilidad civil por *fake news*. Primeramente, debe decirse que la regla general de la responsabilidad civil consiste en que toda persona que al obrar ilícitamente o contra las buenas costumbres cause un daño a otra persona, está obligado a repararlo, como marca el artículo 1910 del Código Civil Federal.

Para la procedencia de la acción de daños y perjuicios se requieren tres supuestos, los cuales son: i.- la existencia de una obligación a cargo del demandado; ii.- la falta de cumplimiento de la obligación por el demandado; iii.- el menoscabo en el patrimonio (daño) o privación de una ganancia lícita (perjuicio); y iv.- el nexo

²³ BLACKSTONE, William, *Commentaries on the law of England*, t. IV, p. 151. Citado en ZANNONI, Eduardo A. y BÍSCARO, Beatriz R., *Responsabilidad de los medios de prensa*, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 5.

²⁴ *Ibidem*, p. 10.

causal entre el incumplimiento de la obligación y el daño o perjuicio.²⁵

Ahora bien, respecto del primer elemento consistente en la existencia de una obligación a cargo del demandado, la jurisprudencia de la Suprema Corte se ha construido en el sentido de que existe una obligación de veracidad y de imparcialidad de las personas *que funjan como informador*, de forma que se reconoce que apegarse a estos valores no es una mera obligación moral, sino que tiene una vertiente jurídica. En caso de que un acto particular transgrediera dichas obligaciones, colmaría el elemento de antijuridicidad. Véase la siguiente tesis:

Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CLI/2014 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 797, Tipo: Aislada.

DERECHO A LA INFORMACIÓN. LOS REQUISITOS DE SU VERACIDAD E IMPARCIALIDAD NO SÓLO SON EXIGIBLES A PERIODISTAS O PROFESIONALES DE LA COMUNICACIÓN, SINO A TODO AQUEL QUE FUNJA COMO INFORMADOR. Con base en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha distinguido entre la expresión de opiniones y la emisión de aseveraciones sobre hechos. Así, mientras que de las opiniones no puede predicarse su verdad o falsedad, de los hechos sí puede juzgarse su correspondencia con la realidad. En este sentido, la información sobre hechos cuya búsqueda, obtención y amplia difusión están constitucionalmente protegidas es aquella que es veraz e imparcial. Así, el requisito de veracidad como límite interno implica una exigencia de que la información difundida esté respaldada por un ejercicio razonable de investigación y comprobación de su asiento en la realidad, mientras que el requisito de imparcialidad constituye una barrera contra la tergiversación abierta y la difusión intencional de inexactitudes. Ahora bien, esta exigencia no sólo recae en periodistas y profesionales de la comunicación acerca de sus notas periodísticas, reportajes y entrevistas, sino en todo aquel que funja como informador. Lo anterior es así, toda vez que el elemento definitorio para exigir a una persona cierta diligencia en la comprobación de los hechos es la difusión de determinada información que considera noticiable y destinada a influir a su vez en la opinión pública, con independencia de su actividad laboral, título universitario o estatus profesional.

²⁵ DAÑOS Y PERJUICIOS, ELEMENTOS DE LA ACCION DE. Registro digital: 353591, Instancia: Tercera Sala, Quinta Época, Materia(s): Civil, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXIX, página 2827, Tipo: Aislada.

Amparo directo en revisión 3123/2013. María Eugenia Olavarría Patiño. 7 de febrero de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa.

De la anterior tesis se desprende que es factible teóricamente que se le finque responsabilidad civil a un emisor de *fake news*, al quebrantar los principios de veracidad e imparcialidad. Sin embargo, llevar a buen puerto dicha acción no sería asunto fácil. Debe aclararse que la obligación de veracidad implica que las noticias sean ciertas, sino que basta con que se sustenten en una razonable investigación que busque la verdad; y en cuanto al requisito de imparcialidad, este veda la tergiversación, la difusión intencional de inexactitudes y la difusión no profesional de información en perjuicio de terceros.²⁶ Esto es más difícil de comprobar, pues se requiere un elemento subjetivo y un estándar laxo que permita la libertad de expresión y no disuada a los periodistas de dar a conocer hechos que les vayan a traer repercusiones.

No obstante, el legislador también ha planteado en el sexto párrafo del artículo 1916 del Código Civil Federal una serie de supuestos en los que se da una presunción *iuris tantum* de la ilicitud del hecho. Entre ellos están: i.- la imputación de un hecho falso a una persona, de forma que pueda causarle deshonor o descrédito; ii.- la imputación de un delito a una persona cuando es inocente; y iii.- la presentación de denuncias o querrelas calumniosas. La dificultad con dichos supuestos es que acreditarlos necesariamente implica probar la falsedad de los dichos del demandado, lo cual puede acarrear la carga de probar hechos negativos por parte del actor.

Tampoco debe soslayarse el artículo 1916 Bis del mismo ordenamiento, que dispone que *no estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución*. Este artículo realmente no resuelve el problema jurídico, ya que el juzgador debe determinar

²⁶ LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. MODO EN QUE DEBEN SER ENTENDIDOS LOS REQUISITOS DE VERACIDAD E IMPARCIALIDAD. Registro digital: 165762, Instancia: Primera Sala, Novena Época, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CCXX/2009, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, Diciembre de 2009, página 284, Tipo: Aislada.

en el caso concreto si el emisor se adecuó o no a lo establecido en la Carta Magna que precisamente marca como límite los derechos de terceros.

Ahora bien, esto es lo aplicable cuando se trata de afectación a personas comunes, pero en numerosas ocasiones las *fake news* versan sobre una persona pública o un tema de interés general. En consecuencia, cobra una mayor relevancia lo que la jurisprudencia ha llamado el sistema dual de protección. Existe una esencial distinción que se haría judicialmente cuando las noticias falsas implican a una persona pública o se tratan de información de relevancia política. En ese caso, que sería la mayoría de las noticias, se utiliza el estándar de real malicia, que consiste en que, cuando una persona demanda responsabilidad civil a otra por la expresión de hechos falsos, se requiere demostrar que existió una *real malicia*, es decir, que se hizo a sabiendas de la falsedad de la información o con una negligencia inexcusable por parte del emisor.²⁷

Esto proviene de los estándares de libertad de expresión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que disponen que debe existir una tutela reforzada de la libertad de expresión política o la crítica de un funcionario público. La Corte Interamericana ha determinado que en esos casos se requieren estándares más altos para poder limitar la expresión, como los siguientes : i.- la limitación debe estar establecida claramente en una ley, ii.- debe haber una malicia efectiva, iii.- debe acreditarse la materialidad del daño, y iv.- el doble juego de la *exceptio veritatis*: *la persona que se expresa debe siempre poder bloquear una imputación de responsabilidad ulterior probando que los hechos a los que se refiere son ciertos y, complementariamente, no puede ser obligada a probar, como condición sine qua non para evitar esa responsabilidad, que los hechos sobre los cuales se expresó son ciertos.*²⁸

2. *Fake News en la regulación del derecho de réplica.* Otra clase de responsabilidad civil (pero de competencia estrictamente federal) consiste en el ejercicio del derecho de réplica, que está

²⁷ LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA REQUIERE NO SÓLO QUE LA INFORMACIÓN DIFUNDIDA HAYA SIDO FALSA, SINO QUE SE HAYA DIFUNDIDO A SABIENDAS DE SU FALSEDAD O CON LA INTENCIÓN DE DAÑAR (INTERPRETACIÓN DE ESTE ÚLTIMO ESTÁNDAR). Registro digital: 2020798, Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 80/2019 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 71, Octubre de 2019, Tomo I, página 874, Tipo: Jurisprudencia

²⁸ POU GIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 928-929.

consagrado en la Norma Suprema y se regula en la Ley Reglamentaria del Artículo 6o., Párrafo Primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia del Derecho de Réplica²⁹. Esta ley regula el derecho de toda persona que se publique en el mismo medio de comunicación su respuesta, cuando en dicho medio se publicaron hechos inexactos o falsos que le hayan producido un agravio. Los artículos más relevantes de dicha Ley respecto del fenómeno de las *fake news* son los que se citan a continuación:

Artículo 3. Toda persona podrá ejercer el derecho de réplica respecto de la información inexacta o falsa que emita cualquier sujeto obligado previsto en esta Ley y que le cause un agravio. (...)

Artículo 5. La crítica periodística será sujeta al derecho de réplica en los términos previstos en esta Ley, siempre y cuando esté sustentada en información falsa o inexacta cuya divulgación le cause un agravio a la persona que lo solicite, ya sea político, económico, en su honor, imagen, reputación o, vida privada.

Como se desprende de aquellos numerales, el derecho de réplica se puede hacer valer para lograr la restitución de los derechos de la persona que es agraviada por una noticia falsa, ya que se publicaría una réplica haciendo notar la inexactitud de la publicación original. Por ende, este es otro medio de defensa que tiene una persona para hacer frente a la desinformación.

3. Fake News en la responsabilidad patrimonial del Estado.

Dada la polarización partidista de nuestra patria y en vista de que altos funcionarios del Estado Mexicano han comenzado a agraviar a periodistas y oponentes políticos en los medios de comunicación oficiales del gobierno, cada vez se vuelve más común la discusión sobre la *libertad de expresión* de los servidores públicos en ejercicio de sus funciones y qué medios tienen los ciudadanos afectados para que se les repare algún daño.

La problemática reside en que, cuando se es funcionario público, las libertades y responsabilidades cambian. La función pública hace que cuando se ejecuta un acto de gobierno, no sea considerado un ciudadano común, sino una autoridad estatal. *Los gobernantes sólo actúan en nombre del Estado y en este sentido lo representan. [...] Son órganos, pero en el momento y en la medida que actúan dentro de la competencia que les corresponde.*

²⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de noviembre de 2015.

*Cuando cesan en sus funciones dejan de ser órganos para convertirse en personas privadas.*³⁰

Esto es fundamental, porque el principio de legalidad tiene un enfoque desigual con él: cuando el servidor público actúa como ciudadano común puede hacer todo lo que la ley no le prohíba, mientras que cuando ejerce sus funciones sólo puede hacer lo que la ley le permite. Aplicado a la libertad de expresión, vemos que los ciudadanos comunes pueden expresar lo que se les venga en gana, mientras no sea ilícito, lo que es una protección muy amplia.

Sin embargo, cuando ejecuta un acto de expresión como funcionario, está actuando como una autoridad política, porque es un agente del Estado. Por ello, su libertad de expresión se restringe a expresarse solamente como el orden jurídico le permite. Esto es un cambio completo de estructura: no es que la libre expresión del funcionario sea limitada, sino que en principio no tiene más que la necesaria para cumplir su función.

Por ejemplo, en el caso hipotético de que un presidente municipal se autopromocionara para su reelección a través de la propaganda institucional que tiene a su disposición, estaría violando el artículo 134 constitucional. ¿Podría invocar su libertad de expresión para justificarlo? Por supuesto que no. Porque el funcionario tiene la facultad de utilizar la propaganda para fines educativos, informativos u orientativos. No tiene derecho a la libertad de expresión, sólo la facultad de expresarse de determinada manera, porque la propaganda es una de sus actividades públicas como funcionario.

Mientras que para los particulares la regla general es libertad de expresión absoluta, con excepciones que limitan esa libertad, para las autoridades la regla general es no tener libertad de expresión, con la excepción de que, si las normas jurídicas lo facultan para expresarse o para ejecutar actividades expresivas, entonces sí tiene alguna libertad de expresión (o más bien, una discrecionalidad comunicativa en ejercicio de sus funciones).

Aunque más restringida que la actividad del particular, cada función pública conlleva cierto grado de discrecionalidad comunicativa, que por su propia naturaleza puede variar mucho. Por ejemplo, no será la misma la libertad de expresión de un juez penal en medio de una audiencia de juicio oral — cuya libertad deberá restringirse a la indispensable para llevar a cabo la audiencia según las normas procesales — a aquella que tiene el Presidente de la República al dirigir la política exterior cuya libertad será mayor, ya que dicha actividad tiene un gran margen de libertad de

³⁰ PORRÚA PÉREZ, Francisco, *Teoría del Estado*, 5ª ed., México, Porrúa, 1969, p. 285.

expresión política, siempre y cuando se sigan los principios del artículo 89, fracción X de la Constitución.

Esta libertad inherente a ciertas actividades gubernamentales es especialmente notable en aquellas de naturaleza deliberativa, como suele ocurrir en los órganos colegiados. Cuando un Consejero del Instituto Nacional Electoral argumenta en una discusión del Consejo, tiene una amplia libertad para expresar su parecer, ya que esa es su tarea. La función estatal con libertad de expresión por antonomasia es la parlamentaria, la cual incluso está investida de inviolabilidad constitucional.

Estos razonamientos son indispensables para determinar si se puede acreditar responsabilidad patrimonial cuando un servidor público difunde *fake news* a través de medios de comunicación oficiales. Para saber si existe una actividad administrativa irregular en términos del último párrafo del artículo 109 constitucional, debe determinarse si es jurídicamente válido que un funcionario público haga comentarios críticos u ofensivos sobre alguna persona a través de medios de comunicación social. Esto variará en cada caso concreto, ya que depende del nivel de discrecionalidad comunicativa de la que esté investido el funcionario, así como la pertinencia y el contenido de sus comentarios.

En el amparo directo en revisión 2931/2015, la Segunda Sala se pronunció respecto de un juicio sobre responsabilidad patrimonial del Estado iniciado por el dirigente sindical Napoleón Gómez Urrutia, que se dolía de los comentarios realizados por Javier Lozano Alarcón, entonces Secretario de Trabajo y Previsión Social en el programa Radiofórmula, donde explicó los motivos por los que negó la toma de nota y consecuentemente impidió que Gómez Urrutia fuera Secretario General de un importante sindicato minero, entre ellos, que era un *prófugo de la justicia* cuyos derechos políticos estaban suspendidos.

En el juicio de origen se había negado que hubiera actividad administrativa irregular en virtud de considerar que el funcionario Lozano Alarcón tenía libertad de expresión, por lo que debía acreditarse la real malicia para que se acreditara su responsabilidad.³¹

La Segunda Sala del Alto Tribunal resolvió que las autoridades no tienen derechos fundamentales, por lo que el derecho en juego no era la libre expresión del Secretario de

³¹ Amparo directo en revisión 2931/2015 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Eduardo Medina Mora I. Engrose de la sentencia de 13 de abril de 2016, pp. 1-20, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=182262>

Trabajo, sino el derecho a la información de la ciudadanía a conocer los motivos de la decisión gubernamental. Asimismo, estableció que para que un funcionario pudiera emitir dicha información que entraba en conflicto con el derecho al honor, bastaba que la información fuera de interés público, tuviera el carácter de veraz y fuera expresada con imparcialidad y objetividad. En el caso concreto, la información expresada por Lozano Alarcón contaba con esas características, por lo que se determinó negar el amparo.³²

Como se puede advertir de este precedente, es posible reclamarle al Estado una indemnización por responsabilidad patrimonial cuando uno de sus funcionarios emite información que no sea veraz (*fake news*) sobre una persona, causándole un daño a sus derechos de la personalidad. En ese sentido, la Suprema Corte deja abierta la posibilidad de que se den estas indemnizaciones en virtud de que los funcionarios públicos deben apegarse a la legalidad y veracidad incluso cuando se expresan públicamente.

IV] Comparación entre el derecho mexicano y el derecho estadounidense

Así como en la Constitución de 1917 tenemos los artículos 6° y 7° que consagran las libertades de expresión, información y prensa; en los Estados Unidos de América se tiene la célebre Primera Enmienda que forma parte del *Bill of Rights* adicionado a la Constitución estadounidense y que fueron redactados por James Madison. El texto de esta cláusula constitucional es corto y conciso: *El Congreso no promulgará ley alguna por la que adopte una religión de Estado, o que prohíba el libre ejercicio de la misma, o que restrinja la libertad de expresión o de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar al Gobierno la reparación de agravios.*³³

Si bien generalmente este derecho a la libre expresión es visualizado desde un individualismo liberal, para Owen Fiss se trata más de una protección de la democracia colectiva que una salvaguarda de la autonomía individual. *El principio de libertad que la Primera Enmienda encarna se deriva de la naturaleza democrática de nuestra sociedad y refleja la creencia de que un debate público vigoroso es una precondition esencial para la*

³² *Ibidem*, pp. 37-57.

³³ Traducción del *Bill of Rights* tomada de la web del Gobierno de los Estados Unidos de América. Consultado el día 4 de noviembre de 2022 en el siguiente enlace: <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/02/Spanish-translation-U.S.-Bill-of-Rights.pdf>

autodeterminación colectiva.³⁴ Esto es similar a la dimensión colectiva de la libertad de expresión de la que ha hablado la Suprema Corte de México.³⁵

Ahora bien, tanto el sistema dual de protección como el estándar de real malicia tienen su origen en Estados Unidos. El Alto Tribunal mexicano se ha inspirado en las resoluciones paradigmáticas de su homólogo estadounidense para resolver sus propios asuntos. En el caso *New York Times Co. v. Sullivan* resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, L.B. Sullivan, un oficial electo de Montgomery, Alabama, demandó al *New York Times* por haber publicado un anuncio en el cual se afirmaba que la policía local había reprimido manifestaciones de estudiantes, los cuales Sullivan alegaba que eran falsos y le causaban un agravio, pues él era el encargado del departamento de policía.³⁶

En la sentencia, la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció como precedente que un Estado no puede condenar a una persona a indemnizar a un funcionario público por haberlo difamado, salvo que se acredite una real malicia (*actual malice*) por parte del demandado. Este es el mismo criterio que adopta el Alto Tribunal mexicano en el caso de *La Jornada vs. Letras Libres*, en el cual la Primera Sala de la Suprema Corte se acoge a estos estándares para considerar una protección reforzada para las personas públicas como lo son los medios de comunicación.³⁷ De hecho, en el mismo texto de la sentencia se hace referencia a *New York Times v. Sullivan*.³⁸

Lo reseñado vuelve manifiesta la cercanía de los estándares jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil por difamación. En ambas naciones el estándar para condenar por responsabilidad civil a un emisor de información falsa es muy alto.

³⁴ FISS, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, traducción de Jorge F. Malem Seña, México, Fontamara, 1997, pp. 63-64.

³⁵ *LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU IMPORTANCIA EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL*. Registro digital: 165760, Instancia: Primera Sala, Novena Época, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CXXV/2009, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, diciembre de 2009, página 287, Tipo: Aislada

³⁶ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Consultado el 4 de noviembre de 2022 en el siguiente enlace: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>

³⁷ POU GIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 940-941.

³⁸ Amparo directo 28/2010 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Engrose de la sentencia de 23 de noviembre de 2011, p. 81. Consultado el 4 de noviembre de 2022 en el siguiente enlace: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=123474>

Esta ventana, estrecha pero existente, de la responsabilidad por *fake news*, también se pone de manifiesto en el caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.* resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos.

En este asunto, un abogado llamado Elmer Gertz, que asesora a la familia de la víctima de un asesinato a manos de un policía, es mostrado en una serie de artículos publicados por una revista perteneciente a Robert Welch, Inc. En las publicaciones se afirmaba la supuesta existencia de una conspiración comunista de la que supuestamente él era cómplice al desacreditar en las policías locales. Gertz demanda a la sociedad por difamación en su agravio.³⁹

En primera instancia, Gertz ganó el juicio y se condenó a la contraparte a pagar una indemnización de \$50,000 dólares, incluyendo daños punitivos. En segunda instancia se revirtió el fallo porque el Tribunal de Circuito argumentó que Gertz no había acreditado la real malicia según *New York v. Sullivan*. La Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que ese precedente no era aplicable, ya que Gertz no era una figura pública, sino una persona privada. No obstante, también se resolvió que los Estados no podían otorgar daños punitivos ni prever un estándar de responsabilidad objetiva en casos de difamación, sino que debía acreditarse la existencia de una culpa del emisor de la expresión.⁴⁰

Aquí puede notarse una diferencia interesante entre el sistema estadounidense y el mexicano, ya que la Corte Suprema de Estados Unidos claramente es más deferente a los Estados de la Federación y les permite regular las operaciones judiciales por las cuales se determinará la responsabilidad civil por dichos falsos o tergiversados. Mientras no se prevean estándares muy intrusivos a la libertad de expresión, como una responsabilidad objetiva de los periodistas, no se estaría violando la Primera Enmienda y el juez local, en plenitud de jurisdicción, puede determinarla con estándares probatorios distintos a los del otro Estado.

En cambio, la Suprema Corte de Justicia Mexicana no tiene esta particularidad, ya que concentra los modelos argumentativos por los cuales resuelve los conflictos de libertad de expresión y los cataloga en un escrutinio estricto cuando se trata de expresiones de protección reforzada y un escrutinio ordinario cuando no tienen

³⁹ BARNETT, Randy, *Constitutional Law. Cases in Context*, New York, Aspen, 2008, pp. 1134-1136.

⁴⁰ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974). Consultado el 4 de noviembre de 202 en el siguiente enlace: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/323/#tab-opinion-1950909>

dicha protección adicional. No obstante, como los Códigos Civiles de las entidades federativas no suelen variar de forma tan drástica, no es un tema que se haya podido ventilar en el Alto Tribunal.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio 2009, pp. 3-14.
- , *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- BALMES, Jaime, *El criterio*, 9a ed., México, Porrúa, 1999.
- BARNETT, Randy, *Constitutional Law. Cases in Context*, New York, Aspen, 2008.
- CHESTERTON, Gilbert Keith, *Robert Browning*, Norwood, Massachusetts Macmillan Company, 1909.
- , *Illustrated London News, August 14, 1915*, The
- FISS, Owen, *Libertad de expresión y estructura social*, traducción de Jorge F. Malem Seña, México, Fontamara, 1997.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación*, *Revista Iberoamericana sobre Argumentación*, núm. 13, 2016, pp. 1-22.
- , *Tres sentencias del tribunal constitucional. O de cuán fácil es la veracidad periodística y qué liviano el honor de los particulares*, *Estudios de Derecho*, vol. 62, núm. 139, julio de 2005, pp. 101-134.
- GAXIOLA LAPPE, Federico Jorge, *Expresión, honor y derecho de las personas a estar informadas*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2019.
- JIMÉNEZ ESCALANTE, Jessica Tatiana y GUERRA MORENO, Débora, *Fake news, libertad de expresión y derecho a la información, un nuevo reto para la responsabilidad civil*, *Saber, Ciencia Y Libertad*, vol. 17, núm. 1, pp. 138-174.
- LÓPEZ QUINTÁS, Alfonso, *La manipulación al descubierto: cómo salvar nuestra creatividad y nuestros valores*, Madrid, Fundación López Quintás, 2020.
- POU GIMÉNEZ, Francisca, *La libertad de expresión y sus límites en*
- CABALLERO OCHOA, José Luis, STEINER, Christian y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Konrad Adenauer Stiftung, 2013, t. I, pp. 903-948.
- PORRÚA PÉREZ, Francisco, *Teoría del Estado*, 5ª ed., México, Porrúa, 1969.
- SARTORI, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, traducción de Ana Díaz Soler, Madrid, Taurus, 1998.
- , *La democracia en 30 lecciones*, traducción de Alejandro Pradera, México, Taurus, 2009.
- ZANNONI, Eduardo A. y BÍSCARO, Beatriz R., *Responsabilidad de los medios de prensa*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

El derecho a la verdad como elemento esencial del derecho fundamental a la reparación integral

MARÍA JOSÉ MARTÍNEZ VILLALOBOS¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes del derecho fundamental a la reparación integral.* III. *El derecho fundamental a la reparación integral en la jurisprudencia internacional.* IV. *Contenido del derecho fundamental a la reparación del daño.* V. *El derecho fundamental a la reparación integral a través del derecho comparado.* VI. *Antecedentes históricos al derecho a la verdad.* VII. *Jurisprudencia en torno al derecho a la verdad.* VIII. *El derecho a la verdad en el marco normativo en México.* IX. *Conclusión.*

Resumen. Desde un enfoque de Derechos Humanos, este trabajo de investigación pretende ahondar en la integración del derecho a la verdad como elemento esencial del derecho fundamental a la reparación integral. El análisis partirá del estudio histórico y evolutivo de ambos derechos en lo particular, atendiendo a su vez, la aplicación jurisprudencial que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, diversas cortes de otros países y tribunales internacionales han desarrollado en torno a dichos derechos, realizando un ejercicio académico de derecho comparado para entender ambas figuras en su marco de aplicación. Una vez analizados los aspectos generales que permitan el entendimiento integral de ambos derechos, se propone llevar al lector a una conclusión académica y jurídica en torno a la dependencia y correlación que existe entre el derecho a la verdad como elemento esencial para la obtención de una reparación integral.

Palabras clave: Reparación Integral, Derecho a la Verdad, Sistema interamericano.

Abstract: *From a Human Rights perspective, this work intends to deepen in the integration of the right of truth as an essential element of the fundamental right of full reparation. The analysis will start from a historical and evolutionary study of both*

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

rights. In particular, attending the jurisprudential application of the Supreme Court of Justice of the Nation, various foreign courts and international courts as they have ruled on these rights. This work will be performing an academic exercise of comparative law to understand both figures in their framework of application. Once the general aspects that allow a comprehensive understanding of both rights have been analyzed, the aim of this work will be to lead the reader to an academic and legal conclusion regarding the dependence and correlation that exists between the right of truth as an essential element for obtaining full reparation.

Keywords: Full Reparation, Right of Truth, Inter-American System.

I | Introducción

Antes de desarrollar a profundidad ambos derechos, es necesario contar con un panorama general para entender a qué nos referimos cuando hablamos del derecho a la verdad y el derecho a la reparación integral.

La Real Academia Española ofrece 11 variantes para definir la acción de reparar, para este análisis citaremos la tercera, que define este concepto como: *Desagraviar, satisfacer al ofendido*. El significado literal que se le da a esta palabra parte del entendido de que existe un daño previo, de ahí el término ofendido, y que la afectación debe de satisfacerse hasta el punto en que se equipare la situación hasta antes del daño.

El derecho fundamental a la reparación integral pretende que, ante un daño causado en un aspecto material o inmaterial hacia otra persona, el responsable tenga la obligación de reparar los daños causados y en la medida de lo posible restablecer las cosas en el sentido en que estaban.

En textos recientes, Henao (2015) señala que es La manera como el responsable cumple la obligación de reparar asegurando a la víctima el retorno al status quo ante al acaecimiento del daño (pp. 286). Cortés (2009) plantea que la reparación responde a la necesidad de devolver a la víctima lo que ha perdido. Finalmente, Solarte (2009) enuncia que la obligación de reparar también se ha entendido como una sanción jurídica a la violación de un deber jurídico general o específico en cuya ejecución se ha ocasionado un daño.²

² NANCLARES MÁRQUEZ, Juliana; Gómez Gómez, Ariel Humberto, La reparación: una aproximación a su historia, presente y prospectivas, Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas,

Jurídicamente este derecho se encuentra definido dentro de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969 en el artículo 63, que a la letra señala:

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión. (El resaltado es propio).

Por otra parte, el derecho a la verdad puede ser definido conforme a lo que establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 1284/2015:

99. El derecho a la verdad, entendido como el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos a saber lo sucedido y/o a que se reconozca la forma en la que ocurrieron ciertos hechos que les resultaron lesivos, es un derecho configurado a partir de otros derechos como el de libertad de expresión, acceso a la información, garantías judiciales y protección judicial. El derecho a la verdad es, además, una forma de reparación.³

Es importante tomar en consideración que el derecho a la verdad se ha desarrollado en dos vertientes; una colectiva y una individual, así pues, la definición que utilizamos en este primer momento, se fundamenta en la resolución de un caso que se resolvió en torno a la protección del derecho de un particular. A pesar de lo anterior, resulta útil esta definición, ya que la descripción total prevalece en ambas vertientes.

Se puede resumir que el derecho a la verdad es aquel que tienen quien o quienes han sido víctimas en cualquiera de sus

vol. 17, núm. 33, julio-diciembre, 2017, pp. 59-79, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia. Consultado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100254730004>.

³ Amparo en revisión 1284/2015.

modalidades, de una violación de derechos humanos, de conocer de manera real e incondicional, los hechos que se relacionaron y que causaron dicha vulneración.

En este primer plano general, podemos entender que el derecho fundamental a la reparación integral del daño establece el derecho de la víctima que ha sufrido un daño, de obtener una satisfacción integral. Asimismo, el derecho a la verdad responde a un proceso de investigación y esclarecimiento de los sucesos en torno a la comisión de una violación a derechos humanos, en el que la víctima tiene derecho a conocer los hechos ciertos que le causaron el daño.

Partiendo de este punto de análisis es que iremos construyendo la correlación entre el derecho a la verdad como derecho correlativo del derecho fundamental a la reparación integral.

II] Antecedentes del derecho fundamental a la reparación integral

La primera figura jurídica que se asimila al Derecho Fundamental a la Reparación Integral se configura en el siglo XVII a. C. en el Código Hammurabi. Dentro de ese cuerpo normativo, pionero en la codificación del derecho, encontramos que las secciones relativas a las penas y delitos estaban inspiradas en la Ley del Talión, este punto es importante, pues a diferencia de la manera autocompositiva de resolver conflictos que se manejaba en la antigüedad, esta figura introduce el principio de que únicamente el Estado es el titular de la justicia.

Sin embargo, dentro de esta figura se fundamenta un método que reclama *ojo por ojo y diente por diente*, pues a través de su aplicación se proponía una reparación en base a prestaciones pecuniarias, y en otras se agravaba este método, pues suponía que para hacer una completa satisfacción de la reparación, exigía que la penalidad recayera en persona ajena al causante.⁴ Así pues, la literalidad de dicha norma repercutía en que incluso se podía coaccionar a la familia del responsable para considerar que el daño *quedó saldado bajo la misma vara*.

Dentro del derecho hebreo, en el libro del Éxodo, se realizó un método casuístico en el que, de acuerdo a los casos más comunes, se establecía la obligación de indemnizar mediante

⁴ GABRIEL, F., Las Leyes De Hammurabi, de la Revista De Ciencias Sociales, n.º 3, octubre 1962, pp. 331-56 Recuperado en noviembre de 2022 de <https://revistas.upr.edu/index.php/rcs/article/view/9466>.

penas corporales y pecuniarias.⁵ Por su parte, el derecho romano no tuvo gran avance, pues al tener un desarrollo y una aplicación mixta de sus acciones, existían aquellas que tenían como fin principal la reparación, y otras que su punto total era la pena, así pues, se buscaba en una misma acción, tanto la indemnización como la imposición de la pena.⁶ La mayoría de estos procedimientos se fundamentaban en la Ley del Talión, a través de la cual, la manera de *compensar* resultaba muy literal, así pues, el daño que se hacía era el que se recibía, por lo que la reparación del daño consistía más en una venganza pública.

Más tarde, en la Ley de las XII Tablas se hizo un tránsito de la composición facultativa o voluntaria a la composición obligatoria. En la *composición voluntaria*, el sujeto podía, a elección, devolver el mal sufrido o solicitar un resarcimiento monetario.⁷ La *composición obligatoria* se conoció como pena privada (*poena*) y reparación. La pena era una suma de dinero que pagaba quien ocasionaba el daño en sustitución de las acciones sobre su cuerpo.⁸

Un cuerpo normativo fundamental para nuestro estudio es la *Lex Aquilia*, los efectos de esta influencia se ven reflejados hoy en día, incluso coloquialmente se le llama responsabilidad aquiliana a la responsabilidad civil extracontractual. A través de este plebiscito, aprobado en el siglo III a.C.⁹ Se introdujo lo que la doctrina de manera generalizada ha denominado *Damnum iniuria datum*.

De acuerdo con Schipani (1969), el supuesto señalado en el párrafo anterior tenía las siguientes características: (i) En primer lugar, estaba individualizado por cuatro verbos: *occidere*, *frangere*, *urrere* y *rumpere*; que se utilizaban para tipificar la conducta; (ii) En segundo lugar, la conducta típica además estaba cualificada por la *iniuria*, este criterio se utilizaba para imputar jurídicamente al responsable, esto bajo la consideración de que si el acto era injusto, debía de ser reprochable por el derecho; (iii) En tercer lugar se

⁵ KOTEICH, M., El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento, 2006, Revista de Derecho Privado pp. 10, 161-193.

⁶ VINEY, G., Tratado de derecho civil, Introducción a la responsabilidad, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2007.

⁷ JALIL, J. E., Derecho de daños aplicado, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2013.

⁸ VELÁSQUEZ, O., Responsabilidad civil extracontractual, Bogotá D.C., Temis, 2009.

⁹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Luis Carlos, La *Lex Aquilia*: La Estructura Del *Damnum Iniuria Datum* y Su Evolución a Través de la *Interpretatio Prudentium* y la Actividad Pretoria, THEMIS, Revista De Derecho, n.º 73 julio, pp. 165-193, 2018, recuperado en noviembre de 22 de <https://doi.org/10.18800/themis.201801.015>.

señalaba que la conducta debía llevarse a cabo sobre cosa ajena, causando un daño sobre ella.¹⁰

En la evolución medieval se siguió la misma línea que los romanos, por ejemplo, en la partida séptima (libro 15) se estudia este tema a través del desarrollo de casos romanos. Por otra parte, en el derecho canónico se introduce el concepto de culpa, lo que actualmente en el Código Civil Federal mexicano se traduce como *ilícitamente o contra las buenas costumbres* (Artículo 1830 CCF).

Otro aporte importante en el desarrollo histórico del derecho fundamental a la reparación integral es el que se hizo por parte Hugo Grocio, pues dentro de su obra *Del derecho de la guerra y de la paz*, señala que, al momento de causar un daño, existe una obligación de reparar el daño.

Jean Domat, por su parte, aporta por primera vez el principio general de la responsabilidad civil, además dispuso que partiendo de la importancia de dos rubros muy fundamentales, como son; todas las clases de obligaciones particulares y el principio de no dañar a nadie, se instituyó la responsabilidad y la obligación de que quienes causaran daño estaban obligados a repararlo,¹¹ este aporte se reflejó en el artículo 1382 del Código Civil Francés, mismo que es inspiración para el Código Civil Federal de México.

Los antecedentes sobre el Derecho Fundamental de la Reparación Integral son fundamentalmente importantes, pues comúnmente se piensa que su reconocimiento de dio en el derecho internacional del Siglo XX. Sin embargo, como se ha mencionado a lo largo de este apartado, el ser humano ha ido desarrollando instrumentos jurídicos que apliquen la reparación integral del daño como respuesta a la necesidad de procurar el desarrollo de la vida comunitaria y la resolución de problemas.

III] El derecho fundamental a la reparación integral en la jurisprudencia internacional

El concepto que se utiliza en la actualidad para entender y aplicar el derecho fundamental a la reparación del daño se ha ido desarrollando en base a la jurisprudencia, tanto de tribunales nacionales e internacionales. El primer asunto en el que se delimita la reparación del daño, fue bajo la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso *Factory at Chorzów*. En este caso, el gobierno polaco fue condenado a pagar al gobierno alemán y

¹⁰ SÁNCHEZ, *op. cit.*

¹¹ VINEY, *op. cit.*

reparar los daños sufridos por Oberschlesische Stickstoffwerke A.-G. y Bayerische Stickstoffwerke A.-G., como consecuencia de la actitud adoptada por el Gobierno polaco hacia dichas Compañías, al tomar posesión de la fábrica de salitre situada en Chorzow, situación que fue declarada por el Tribunal en Sentencia No. 7 (25 de mayo de 1926), como una conducta que perjudicó a los demandantes. Sin embargo, la reparación del daño giró en torno a una valoración meramente material del daño ocasionado.

De modo similar, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹² resolvió uno de los casos en los que se aplicó la reparación integral, el de *Neumeister vs. Austria*. (App. No.1936/63). Mediante la sentencia de 1968, se condenó a la República de Austria a la reparación del daño que sufrió Neumeister, un ciudadano austriaco, al haber sufrido una detención provisional por un plazo que no se consideraba razonable, lo que contravino los artículos 5.3, 5.4 y 6.1 del Convenio Europeo. Históricamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos solo ha favorecido las reparaciones declarativas y la compensación monetaria. Por ejemplo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional exige el establecimiento de *principios relacionados con las reparaciones de, o con respecto a, las víctimas, incluyendo restitución, compensación y rehabilitación*. La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas contempla como medidas las de compensación, restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no-repetición¹³

En la Jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana, se contempla el caso *Velázquez Rodríguez Vs. Honduras de 1988*, mediante esta sentencia se comenzó a tomar consecuencia los alcances del reconocimiento del derecho fundamental a la reparación del daño y el derecho a la verdad. Este caso se desarrolló en un contexto político regional en el que muchos latinoamericanos sufrieron, una serie de violaciones graves a derechos humanos por parte de órganos del Estado. La jurisprudencia que ha marcado precedentes proviene de muchos casos de desaparición forzada, como el que nos ocupa.

El 12 de septiembre de 1981, Manfredo Velázquez, estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, fue

¹² Cfr. TEDH. *Neumeister vs. Austria*. (App. No.1936/63). 7 de mayo de 1974; TEDH. *Ringeisen vs, Austria*. (App. No. 2614/65). 16 de Julio de 1971; TEDH. *De Wilde, Ooms y Versijp v. Bélgica*. (App. No. 2832/66, 2835/66, 2899/66). 10 de marzo de 1972; TEDH. *Guzzardi v. Italia*. (App. No. 7367/76). 6 de noviembre de 1980; TEDH. *De Becker v. Bélgica*. (App. No. 214/56). 27 de marzo de 1962

¹³<https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf> p. 271

secuestrado por personas vinculadas con las fuerzas armadas. Una vez interpuestas las denuncias, los tribunales de justicia no efectuaron las investigaciones necesarias para encontrar a Manfredo Velasquez o sancionar a los responsables. El caso logró llegar hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que resolvió que se violó la obligación de respetar los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 1), el derecho a la vida (artículo 4); a la integridad personal (artículo 5), a la libertad personal (artículo 7). En la sentencia se señala que:

166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.¹⁴

La relevancia de este caso, gira en torno a que se menciona la obligación del estado de garantizar una reparación integral del daño causado, además, este reconocimiento se les extiende a las víctimas indirectas, que en este caso, son los familiares del joven desaparecido.

La línea argumentativa en torno a este tema aún carece de uniformidad y correcta aplicación. Un ejemplo es el razonamiento que hace la Comisión Interamericana de Derecho Humanos en el Informe número 124/06, Tomás Eduardo Cirio vs. Uruguay.¹⁵ En 1972, Tomás Eduardo Cirio, renunció a un centro militar y a través de la carta, además de que dimite a su puesto, denuncia una serie de violaciones a derechos humanos que se realizaron en el marco de la lucha antisubversiva por parte de las Fuerzas Armadas en el Uruguay. Como consecuencia de este último acto, fue sometido por el Comando General a un Tribunal del Honor, además de una

¹⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo).

¹⁵INFORME N° 124/06, CASO 11.500, FONDO, TOMÁS EDUARDO CIRIO, URUGUAY, 27 de octubre de 2006.

serie de sanciones en represalia por haber emitido esta denuncia. A través de este informe, la Comisión señala, entre otras cosas, que conforme al artículo 10 de la Convención Americana, su derecho a la indemnización:

124. La Comisión considera que las autoridades uruguayas privaron al Mayor Cirio de su status y beneficios como castigo por criticar las actividades de las fuerzas armadas, en violación de los derechos humanos, e inclusive reconociendo la naturaleza política e ideológica del castigo, no revocaron las resoluciones que lo sancionaron ni brindaron reparaciones completas (restitutio in integrum). Con base en estos hechos, la Comisión concluye que el Estado violó, en perjuicio del señor Tomás Eduardo Cirio, el derecho consagrado en el artículo 10 de la Convención.

Sin embargo, hace una aplicación errónea en torno a la reparación del daño, en un primer momento, al señalar la *restitutio in integrum*, pues este término, limitándose a un derecho a la indemnización, sin considerar los demás elementos que jurisprudencialmente la misma comisión ha desarrollado en torno a la reparación del daño. En las recomendaciones se formula de manera genérica que el estado responsable debe de *Adoptar todas las medidas necesarias de reparación y compensación, a fin de restablecer el honor y la reputación del señor Tomás Eduardo Cirio.*

Dentro de esta recomendación, la comisión centra la reparación del daño utilizando el derecho a la indemnización del artículo 10 de la Convención, que señala: *Artículo 10. Derecho a Indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.*

Este ejemplo es fundamental para adentrarnos al tema que nos ocupa, para poder desentrañar el contenido del Derecho Fundamental a la Reparación Integral, pues este derecho humano se puede confundir con la mera indemnización, sin considerar todos los demás elementos para garantizar una reparación integral a la víctima/víctimas o sociedad en General.

IV] Contenido del derecho fundamental a la reparación del daño

A pesar de que comúnmente se considera que este derecho es de nueva creación y su regulación es reciente, la importancia de este tema se ha presentado, tal como se señaló en los antecedentes

de este artículo, que este derecho se ha gestado y desarrollado de maneras muy distintas a lo largo de la historia. Considerando lo anterior, es necesario desglosar y entender el funcionamiento y la integración de este derecho fundamental.

La aplicación que se da en el presente apartado, al tratarse de violaciones a derechos humanos y derechos de las víctimas, se ve fundamentado en el derecho penal, sin embargo, es importante atender la naturaleza material de este derecho, pues el desarrollo de la reparación del daño es meramente civil, sin embargo, su aplicabilidad se puede desarrollar en materias distintas.

El fenómeno anterior resulta importante, pues cómo se puede deducir a través del análisis de los componentes y la aplicación del derecho fundamental a la reparación del daño, a pesar de que éste se aplica para resolver controversias que transformen esta figura en actos formalmente penales (como es nuestro caso), se conserva la naturaleza materialmente civil, tal como lo señala la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la ejecutoria del amparo directo en revisión 4646/2014:

La reparación del daño implica una sanción pública o una pena, al cumplir una función social que es exigible de oficio por el Ministerio Público; sin embargo, ello no elimina su finalidad primordial, consistente en resarcir a las víctimas u ofendidos de un delito de las afectaciones a sus bienes jurídicos. Así, la denominada responsabilidad civil ex delicto constituye una parte de la responsabilidad civil extracontractual, la cual se caracteriza porque el hecho ilícito que la genera es también constitutivo de delito.¹⁶

A pesar de la naturaleza civil, este derecho enfocado a la reparación del daño de las víctimas, se encuentra reconocido en el Artículo 20, apartado C, fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

[...]

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

[...]

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda

¹⁶ Amparo directo en revisión 4646/2014.

solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

El desarrollo de este derecho se encuentra también en los artículos 1916 y 1916 Bis del código civil federal, que definen el daño moral y la no transmisión de la acción de reparación a terceros; sin embargo, la aportación principal que hacen estos artículos, en relación directa con nuestro tema, es el de la cuantificación de la indemnización. Del análisis del artículo 63 del Pacto San José, mismo que se utilizó para definir este derecho en la introducción, se reconoce, por una parte, el derecho de la víctima para recibir una reparación integral y, por otro lado, se le impone a los estados que suscribieron el tratado, la obligación de reparar las consecuencias de la medida o situación que configuró la vulneración de los derechos, además del pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

El reconocimiento del derecho a la reparación integral abarca los daños materiales e inmateriales que se le hayan causado a la víctima. La Corte Interamericana ha señalado que existe un daño que se infringe a las víctimas y que, considerando la naturaleza humana, éste puede reflejarse a través de aspectos intangibles¹⁷. Así, los daños que se pueden causar son: Inmaterial; que incluye (i) el Daño moral y psicológico; (ii) Daño Físico; (iii) Daño al proyecto de vida y, (iv) Daños colectivos y sociales y, por otro lado, el Daño material que abarca, (i) Daño emergente (ii) Lucro cesante o Pérdida de Ingresos (iv) Daño al patrimonio de familia.

Otro aspecto que se desarrollará más adelante en el apartado dedicado al derecho a la verdad, es el reconocimiento que se le da actualmente a la víctima, pues este concepto ha extendido su campo de aplicación para garantizar una mayor protección de los derechos humanos.

A través de la jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁸ ha establecido que, en situaciones de reparación de daño, se deben otorgar las siguientes medidas:

¹⁷ En casos de desapariciones forzadas: Cfr. Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 248; Respecto de agresiones y vejámenes véase: Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 138.

¹⁸ Comisión de Derechos Humanos, El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades

i. *La investigación* de los hechos, característica indispensable para poder garantizar el derecho a la verdad; ii. *La restitución* de derechos, bienes y libertades; iii. *La rehabilitación* física, psicológica o social; iv. *La satisfacción*, mediante actos en beneficio de las víctimas; v. *Las garantías de no repetición de las violaciones, y*; vi. *La indemnización compensatoria* por daño material e inmaterial (*El resaltado es propio*).

V J El derecho fundamental a la reparación integral a través del derecho comparado

i. *Colombia*. Con base en los casos de desaparición forzada, Colombia ha reconocido a la reparación integral con condición de derecho fundamental, y como principio constitucional. En la Sentencia T-327, 2001, en el artículo 90 de su Constitución política¹⁹ y en el artículo 2341 del Código Civil²⁰, establece el derecho a la reparación a través del cual se debe buscar que la persona quede indemne como si el hecho no hubiere ocurrido, y señala:

Las autoridades competentes tienen la obligación y la responsabilidad de prestar asistencia a los desplazados internos que hayan regresado o se hayan reasentado en otra parte, para la recuperación, en la medida de lo posible, de las propiedades o posesiones que abandonaron o de las que fueron desposeídos cuando se desplazaron. Si esa recuperación es imposible, las autoridades competentes concederán a esas personas una indemnización adecuada u otra forma de reparación justa o les prestarán asistencia para que la obtengan (Sentencia T-327, 2001).

ii. *Chile*. Al igual que México, Chile tiene influencia francesa en el desarrollo de su derecho civil y, por tanto, en el derecho fundamental a la reparación del daño. Como consecuencia de esta

fundamentales, Informe final del relator especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, 18 de enero de 2000, Doc. ONU E/CN.4/2000/62.

¹⁹Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.

²⁰Artículo 2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

influencia francesa, Chile siguió los principios heredados de Pothier. Constitucionalmente, este derecho está reconocido en los artículos 19, 1° y 4°,²¹ pues dichos artículos ponen en el centro de la protección jurídica a la persona y sus derechos extrapatrimoniales más relevantes.²² Este reconocimiento, al igual que la gran mayoría de las jurisdicciones que han desarrollado este derecho, se da fundamentalmente a través de la jurisprudencia, que señaló que:

*...sobre todo no hay que olvidar que entre las orientaciones básicas que informan nuestra Carta Fundamental se halla el art. 19 n°1, a través del cual se asegura no sólo el derecho a la vida sino a la mencionada integridad física y psíquica de la persona. [...] El mismo comentario cabe hacer con referencia al n°4 del mismo artículo 19. Se complementan y reafirman dichas normas constitucionales con lo señalado en el artículo 1 de la misma Constitución...*²³

A pesar de tener un limitado tratamiento constitucional, este concepto se ha desarrollado casuísticamente en torno a la jurisprudencia. Sin embargo, en el cuerpo normativo que entrelaza leyes secundarias, al igual que Colombia, se reconoce y desarrolla en su Código Civil en los artículos 2,314 y 2, 329.²⁴

²¹ Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer. La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado. Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo. El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella; [...] 4°.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley.

²² DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2006): *El daño moral en Chile. Contornos y problemas*, Revista Anales de Derecho UC. Tema de responsabilidad civil N° 1, p. 229

²³ Corte Suprema 20 de octubre de 1994 (n. 10), p. 103

²⁴ Art. 2314. El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

Art. 2329. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1°. El que dispara imprudentemente un arma de fuego; 2°. El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche; 3°. El que, obligado a la construcción o reparación de un

VI | Antecedentes históricos del derecho a la verdad

A diferencia del Derecho Fundamental a la reparación integral, el nacimiento de este derecho se da en un contexto totalmente atípico. Se gesta en un momento histórico de América latina en el que muchos países de este continente se encontraban envueltos en dominios oligárquicos y hasta dictatoriales, como el régimen del General Juan Vicente Gómez en Venezuela (1908-1935), la de Augusto B. Leguía y la llamada *Patria Nueva* en Perú (1919-1930), o la de Anastasio Somoza y familia (1939-1979) en Nicaragua y la brutal dictadura de Rafael Leonidas Trujillo (1930-1961) en República Dominicana, el de Getulio Vargas en Brasil bajo el Estado Novo (1937-1945) y el primer régimen de Juan Domingo Perón (1944-1955) en Argentina, la de Augusto Pinochet (1973-1990) de Chile, por mencionar algunas.²⁵

No todos los males son eternos, y aunque fue un proceso que causó daños a los ciudadanos de estos países, finalmente se llegó a una situación política en América latina, en la que se buscaba, o al menos eso abanderó el discurso de los nuevos gobiernos, *democratizar a los estados*. Este proceso es conocido como Justicia Transicional.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, a través del Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff señaló que:

El informe del Secretario General sobre el estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos (S/2004/616)²⁶, al que se hace referencia en la resolución, describe la justicia de transición como una variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan

acueducto o puente que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él.

²⁵ CRESPO, María Victoria. *Dictadura en América Latina. Nuevas aproximaciones teóricas y conceptuales*, Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Estudios Regionales / Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Cuernavaca, 2017. Incluye notas. ISBN: 978-607-8519-66-8

²⁶ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos: Informe del Secretario General*, S/2004/616, 3 agosto 2004.

cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación (párr. 8).²⁷

Hasta este primer punto, la cita nos sirve para entender que este fue un proceso en el que, mediante la vía constitucional y de *legalidad*, se buscó, de alguna manera, identificar las afectaciones y las violaciones a derechos humanos, un intento de repartición de justicia, así como revertir un poco aquel resentimiento contra los órganos de los estados que habían violentado a sus ciudadanos. Asimismo, señala que dentro del Informe que cita:

(se) enumera los principales componentes de una política de justicia de transición y menciona explícitamente la justicia penal, la búsqueda de la verdad, las indemnizaciones y la investigación de antecedentes (proceso de depuración del personal). También establece que, lejos de ser medidas aisladas, estos mecanismos deben ser considerados como partes de un todo: Cuando sea necesaria una justicia de transición, las estrategias utilizadas deben ser holísticas y prestar una atención integrada a los procesos, las indemnizaciones, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes y las destituciones o a una combinación adecuada de los elementos anteriores (párr. 26).²⁸

Este último punto es esencial para este apartado, pues vemos que a través de este proceso de reconciliación y de democratización de los estados, un factor fundamental es el reconocimiento de las violaciones que se realizaron, y esto se propuso obtener a través de una búsqueda de la verdad. Este punto me parece fascinante en torno a este tema, pues en base a un proceso social y político se dio paso a la creación de un derecho que pretende una protección común, utilizando como herramienta principal el esclarecimiento de los hechos que causaron afectaciones a las víctimas, derecho que se iría adoptando y aterrizando en el derecho interno de los países que poco a poco lo adoptaron como parte de su cuerpo normativo propio.

Este derecho se ha construido directamente desde la jurisprudencia y la interpretación conjunta de otros derechos humanos. El único cuerpo normativo que hace mención de este derecho, es la Convención Internacional para la protección de

²⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, Pablo de Greiff, A/HRC/21/46, 9 de agosto de 2012, p.7.

²⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial...*, Op. Cit. p. 7., Nota 16.

todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2005, ratificada en 2008, por México, que subraya el derecho a la verdad y al acceso a la información en el preámbulo y artículos 18, 19, 20 y 24, este último hace una mención expresa del derecho a la verdad y señala que:

2. Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto.

Sin embargo, su raíz normativa se encuentra en el Derecho Internacional Humanitario, en específico los Convenios de Ginebra de 1949²⁹ y a los artículos 32 y 33 del Protocolo Adicional I de 1977 de dichos instrumentos³⁰.

Lamentablemente, el derecho a la verdad, nace de casos con situaciones muy lóbregas y que, considero importante, observarlos y tratar de entenderlos más allá de una óptica meramente académica, pues la totalidad de estos casos se han condenado como graves violaciones a los derechos humanos de las personas.

La trascendencia de este derecho supera una finalidad formalmente legalista ya que hablamos de situaciones que perjudican a la sociedad en su conjunto, pero más aún, a las víctimas que solicitan algo tan básico como es el conocimiento real de los hechos que culminaron en una violación de derechos humanos.

²⁹ Pero solo era para los conflictos armados internacionales. GUTIÉRREZ RAMÍREZ, Luis-Miguel, Estándares interamericanos sobre el derecho a la verdad y su aplicación en contextos de justicia transicional, en Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED, La seguridad un concepto amplio y dinámico: V Jornadas de Estudios de Seguridad, Madrid, mayo 2013, p. 67, citado en García Escobar, Gabriela, Derecho a la verdad y justicia ..., *Op. Cit.*

³⁰ Artículo 32: En la aplicación de la presente Sección, las actividades de las Altas Partes contratantes, de las Partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el presente Protocolo deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros. Artículo 33: Tan pronto como las circunstancias lo permitan, y a más tardar desde el fin de las hostilidades activas, cada Parte en conflicto buscará las personas cuya desaparición haya señalado una Parte adversa. A fin de facilitar tal búsqueda, esa Parte adversa comunicará todas las informaciones pertinentes sobre las personas de que se trate.

VII] Jurisprudencia en torno al derecho a la verdad

Este derecho se construyó principalmente a través de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, enlazando disposiciones de la Convención Americana, puntualmente las establecidas en los artículos 8³¹ y 25.^{32 33}

En el caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, en Sentencia del 29 de julio del 1988, explicada y desarrollada anteriormente en el presente trabajo, se cita el artículo 63.1 de la Convención americana y señala la Corte Interamericana que:

189. [...] Es evidente que en el presente caso la Corte no puede disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. En cambio, es procedente la reparación de las consecuencias de la situación que ha configurado la violación de los derechos especificados en este caso por la Corte, contexto dentro del cual cabe el pago de una justa indemnización.

Sin embargo, en la sentencia se señala que si bien, existe una obligación de pagar la indemnización, no se aportaron los elementos para poder definir el monto y la manera de pago, por lo que determinó que esto fuera resuelto entre las partes, lo que se refleja en el punto condenatorio número cinco, que a la letra señala: *por unanimidad... 5. Decide que Honduras está obligada a pagar una justa indemnización compensatoria a los familiares de la víctima.*

Este punto es sumamente trascendental para el entendimiento del punto que se ahondará más adelante, y es que a través de esta sentencia se reconoce que se debe de pagar una justa indemnización a los familiares de la víctima, reconociendo que si bien, estos no son víctimas directas, también sufren los daños ocasionados por el responsable, esto es trascendental, pues en la mayoría de los casos en los que se aplica la protección de este derecho, son en su mayoría en torno a la desaparición forzada, por lo que quienes reclaman un esclarecimiento real de los hechos son los familiares de la víctima directa.

Por otro lado, tal como lo señala la doctora Gabriela García Escobar, otro caso de la Corte Interamericana que declaró la

³¹Artículo 8 de las Garantías Judiciales.

³²Artículo 25 de la Protección judicial.

³³POVEDA, C., La verdad como derecho constitucional en Ecuador, Quito, Ecuador, Repositorio Institucional UASB, 2014. La verdad como derecho constitucional en Ecuador.

existencia y la justiciabilidad del derecho a la verdad, bajo el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos fue en *Bámaca Velásquez vs Guatemala* de 2000.³⁴

Los hechos del presente caso se enmarcan dentro de la práctica del Ejército de capturar guerrilleros y mantenerlos en reclusión clandestina a efectos de obtener, mediante torturas físicas y psicológicas, información útil. El 12 de marzo de 1992 se produjo un enfrentamiento armado entre combatientes de la guerrilla pertenecientes al Frente Luis Ixmatá y miembros del Ejército en el Municipio de Nuevo San Carlos, Departamento de Retalhuleu. En dicho enfrentamiento fue capturado Efraín Bámaca Velásquez. Los captores trasladaron a Efraín Bámaca Velásquez, quien estaba herido, a un destacamento militar. Durante su reclusión en dicho centro, permaneció atado y con los ojos vendados, y fue sometido a numerosos maltratos durante su interrogatorio. La última vez que fue visto el señor Bámaca Velásquez se encontraba en la enfermería de una base militar atado a una cama de metal. Como resultado de los hechos del presente caso, se iniciaron varios procesos judiciales. No obstante, no se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables.

En la resolución, la Corte señala que la investigación en torno a la desaparición forzada del señor Bámaca Velásquez, además de no ser efectiva, fue impedida por agentes del Estado, y que a la fecha, no ha sido posible identificar al señor Bámaca, lo que de manera incuestionable, impidió que sus familiares conocieran la suerte corrida por la víctima directa.

VIII] El derecho a la verdad en el marco normativo en México

El primer suceso fundamental para el reconocimiento de este derecho se da en la Reforma en materia penal de junio de 2008. Esta reforma transformó el sistema jurídico penal en México y lo hizo un sistema mixto de corte acusatorio. El segundo fue la reforma de 2011 que se realizó en torno a los derechos humanos.

La reforma del 2011, en colaboración de la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través del expediente varios 912/2010 y el 293/2011, se estableció lo que hoy conocemos como bloque de constitucionalidad, que le otorgó a los tratados internacionales una naturaleza constitucional, siempre que se trate de materia de derechos humanos.

³⁴ Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia del 25 de noviembre de 2000, Serie C N° 70.

Por otro lado, la reforma en torno al sistema penal acusatorio, y la condena de la Corte Interamericana hacia el estado mexicano en el caso Radilla Pacheco vs México, trajo como consecuencia la creación de una Ley General de Víctimas, a través de esta norma se le otorga el reconocimiento de Víctimas a las personas que hayan sufrido un daño, pero el punto trascendental, es que le otorga el mismo reconocimiento a quién es víctima directa como indirecta. Este último punto es indispensable para la aplicación del derecho a la verdad, pues les reconoce a las familias la calidad de víctima, aun cuando no hayan sufrido el daño de manera directa. El artículo 6, fracción XIX de esta norma define que:

*Artículo 6. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:
[...]*

XIX. Víctima: Persona física que directa o indirectamente ha sufrido daño o el menoscabo de sus derechos producto de una violación de derechos humanos o de la comisión de un delito;

Asimismo, esta ley dedica un capítulo completo al tratamiento legal del derecho a la verdad, que señala en el artículo 18 que:

Artículo 18. Las víctimas y la sociedad en general tienen el derecho de conocer los hechos constitutivos del delito y de las violaciones a derechos humanos de que fueron objeto, la identidad de los responsables, las circunstancias que hayan propiciado su comisión, así como tener acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

Entre los aspectos más importantes se encuentra que reconoce el goce de este derecho a las víctimas y a la sociedad en general; así como la imprescriptibilidad de este derecho; la obligación de las autoridades para iniciar en cuanto las labores tendientes a esclarecer el paradero de las personas desaparecidas.

Jurisprudencialmente, la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 1284/2015 también generó aportes importantes para nuestro estudio, en torno al derecho a la verdad. Los hechos de este caso, giran en torno al feminicidio de Karla del Carmen Pontigo Luciotto, mujer que se desempeñaba de edecán en un bar de San Luis Potosí y que fue asesinada al ser estrellada contra la puerta por el que era su jefe, sin embargo, el ministerio público presentó el asesinato como un delito culposo, estableciendo una investigación que no se

relacionaba con la realidad de los antecedentes en torno al caso en particular.³⁵

El amparo se interpuso por su madre y su hermano, y entre una de las violaciones que argumentaron, fue la violación de su derecho a la verdad, pues jamás pudieron participar de los momentos procesales importantes para el esclarecimiento de los hechos, ni pudieron aportar pruebas. Este punto es muy importante, pues como resultado de la transformación a un sistema penal acusatorio, las víctimas adquieren un papel fundamental en la investigación, otorgándoles plena facultad de aportar pruebas y de colaborar en la investigación.

Podemos en torno a este derecho, citando uno de los párrafos de esta sentencia que señala que:

106. La verdad es, entonces, un reconocimiento del sufrimiento de las víctimas³⁶ y no solamente una decisión de adecuación típica, basada en categorías jurídicas. La verdad consistirá, más que nada, en la entrega de un relato correspondiente con los hechos, suficientemente probado y surgido de una investigación exhaustiva y diligentemente conducida. La verdad no es cualquier versión; las explicaciones para los hechos inconsistentes con la evidencia disponible o producto de una selección o interpretación arbitraria de la misma no satisfacen el derecho a la verdad.

IX] Conclusión

El derecho fundamental a la reparación del daño, jurisprudencialmente y a través de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, han desarrollado una triada de derechos que buscan no solamente satisfacer a las víctimas por los daños que hayan sufrido, también pretende generar un impacto fuerte en contra de la impunidad, y en el sentido de la no repetición de los actos.

El derecho a la verdad y su aplicabilidad es muy complicada, pues si bien, se establece una obligación directa sobre las autoridades encargadas de realizar las investigaciones, lo cierto es que la única manera de cumplir con ese derecho es con la colaboración de estos funcionarios, así, aunque se les establezca en una sentencia, la obligación de revelar los verdaderos hechos del

³⁵ Amparo en revisión 1284/2015.

³⁶ Ver Pablo DE GREIFF, *Theorizing Transitional Justice*, en *Transitional Justice: NOMOS*, LL, Melissa S. Williams, Rosemary Nagy y Jon Elster, eds., Nueva York y Londres, NYU Press, 2012.

caso, lo cierto es que esto podría traducirse en una aceptación de otra ola de violaciones de derechos humanos, llevado a cabo por estos mismos delincuentes.

Por otra parte, la reparación integral del daño, es una figura elaborada que para que se considere realmente integral, desde mi punto de vista, requiere forzosamente de la aplicación del derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación integral del daño.

Referencias

Jurisprudencia

Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia del 25 de noviembre de 2000, Serie C N° 70.

Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, pág. 21 y *Factory at Chorzów*, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, pág. 29; *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, pág. 184.

NANCLARES MÁRQUEZ, Juliana; Gómez Gómez, Ariel Humberto, *La reparación: una aproximación a su historia, presente y prospectivas*, *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 17, núm. 33, julio-diciembre, 2017, pp. 59-79, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia. Consultado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100254730004>.

Registro digital: 2011482, Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materia(s): Civil, Penal, Tesis: 1a. CXIX/2016 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 29, Abril de 2016, Tomo II, página 1141, Tipo: Aislada.

Sentencia T-327/01 de la Corte Constitucional de la República Colombiana.

TEDH *Neumeister vs. Austria* (app. No. 1936/36).

Instrumentos de Soft Law

Comisión de Derechos Humanos, *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Informe final del relator especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, 18 de enero de 2000, Doc. ONU E/CN.4/2000/62.

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*: Informe del Secretario General, S/2004/616, 3 agosto 2004.

INFORME N° 124/06, CASO 11.500, FONDO, TOMÁS EDUARDO CIRIO, URUGUAY, 27 de octubre de 2006.

ONU. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Resolución 70/147. 16 de diciembre de 2005.

Referencias bibliográficas

CALDERÓN GAMBOA, Jorge F., en *La reparación Integral en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*, en Ferrer Mac-GREFOR POISOT; Eduardo, Caballero Ochoa, José Luis; Steiner, Christian, Coords. *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Intencionalidad, Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Autónoma de México, Fundación Konrad Adenauer, 2013.

<https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/2016-11/Dh%20en%20la%20Constitucion%20comentarios%20TOMO%201.pdf>
CHRISTIAN S., Patricia U., Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada, Ciudad de México, México, de 2014. Recuperado en noviembre de 2022, de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral en Chile. Contornos y problemas*, Revista Anales de Derecho UC. Tema de responsabilidad civil N° 1, 2006, pp. 307-328.

GABRIEL, F., *Las Leyes De Hammurabi*, de la Revista De Ciencias Sociales, n.º 3, octubre 1962, pp. 331-56 Recuperado en noviembre de 2022 de <https://revistas.upr.edu/index.php/racs/article/view/9466>.

GARCÍA ESCOBAR, Gabriela, *Derecho a la verdad y justicia Transicional en el Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos*, Perspectiva Jurídica UP, año 5, número 09, semestre II, julio- diciembre 2017.

GUERRA MORENO, Débora, Pabón Giraldo, Liliana Damaris, & Ramírez CARVAJAL, Diana María, *La Reparación Integral Como Principio Prevalente en la Responsabilidad del Estado -una Visión a Partir de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado Colombiano-*. Revista Republicana, vol. 28, pp. 59-96 recuperado en noviembre de 2022 de <https://doi.org/10.21017/rev.repub.2020.v28.a77>.

Hugo, Grocio, trad. Gómez Primitivo, Mouriño, *Del derecho de presa: del derecho de la guerra de la paz*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, ISBN: 8425907683.

JALIL, J. E., *Derecho de daños aplicado*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2013.

KOTEICH, M., *El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento*, 2006, Revista de Derecho Privado pp. 10, 161-193.

POVEDA, C., *La verdad como derecho constitucional en Ecuador*, Quito, Ecuador, Repositorio Institucional UASB, 2014.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Luis Carlos, *La Lex Aquilia: La Estructura Del Damnum Iniuria Datum y Su Evolución a Través de la Interpretatio Prudentium y la Actividad Pretoria*, THEMIS, Revista De Derecho, n.º 73 julio, pp. 165-193, 2018, recuperado en noviembre de 22 de <https://doi.org/10.18800/themis.201801.015>.

SCHIPANI, S., *Responsabilità ex lege Aquilia criteri di imputazione e problema della culpa*, Turin, Giappichelli, 1969.

VELÁSQUEZ, O., *Responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá D.C., Temis, 2009.

VINEY, G., *Tratado de derecho civil, Introducción a la responsabilidad*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2007.

El impacto fiscal de las operaciones que se realizan a través de la Web3

ALICIA MONTSERRAT PACHECO PEÑA¹
ISABELLA FERNÁNDEZ MILLER
ALONDRA ELIZABETH GONZÁLEZ RAMÍREZ
GRETEL MONTSERRAT PÉREZ NÚÑEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Conceptos*. IV. *Importancia de la Web3*. V. *Implicaciones fiscales*. VI. *Conclusiones*.

Resumen. Este ensayo jurídico abarca las implicaciones de la Web3 dentro del mundo legal, específicamente, del ámbito fiscal, además de su importancia en la actualidad, al convertirse esta en una nueva forma de comercio y a su vez una nueva manera de monetizar actividades y contribuciones de sus creadores y usuarios. Asimismo, se navega por las distintas posibilidades para su regulación en cuanto a materia tributaria, a esta encontrarse en un inadecuado ordenamiento jurídico y constante falta de regulación porque a pesar de que existe cierta regulación respecto de las criptomonedas y activos digitales similares, no son suficientes para abarcar este nuevo campo digital; esto con el objeto de darle certeza jurídica a sus usuarios.

Palabras clave: Web3, Criptomonedas, Metaverso, Impuestos, Blockchain.

Abstract. *This legal essay covers the implications of the Web3 in the legal world, specifically in the tax field, in addition to its recent importance, as it has become a new form of trade and a new way to monetize activities and contributions of its creators and users. Furthermore, this article navigates through the different possibilities for its regulation in terms of tax matters, to be found in an inadequate legal system and constant lack of regulation because although there is some regulation regarding cryptocurrencies and similar digital assets, they are not sufficient to cover this new digital field; this with the purpose of giving legal certainty to its users.*

Keywords: Web3, Cryptocurrencies, Metaverse, Taxes, Blockchain.

¹ Estudiantes de 9º Semestre de la Universidad Panamericana campus Guadalajara.

I | Introducción

La presente investigación sirve para conocer la dirección hacia la que apunta el marco legal de todas las nuevas tecnologías que se están convirtiendo en la nueva realidad. La Web3, la cual es un tipo de servicio de Internet construido utilizando cadenas de bloques descentralizadas², considerada como la democratización del Internet, va por delante de la ley y por delante de los Estados.

Por ejemplo, en las criptomonedas, que son activos digitales (recursos intangibles) cifrados, que funcionan como medio de intercambio y sistema de pago digital, utilizando métodos de criptografía para asegurar las transacciones³, cada vez más gente entra a este mercado y cada vez más Webs permiten comprar y vender utilizando criptomonedas.

El mercado se ha hecho tan grande que los Estados, en vez de invalidar estas prácticas, crearon sus propias criptomonedas, como China o el Banco Central Europeo, que creó los cripto euros, mientras que el mercado de las criptomonedas se escapa del marco normativo de todos los países porque ya ha surgido, y el control de los Estados frente a las criptomonedas es muy complicado de seguir. Aunque de momento se trabaja en su regulación, el ordenamiento está muy por detrás de lo que sucede en la actualidad.

Actualmente, la mayoría de las personas usan la Web2. En esta red el control lo tienen las entidades u organismos regidos por las leyes. Por ejemplo, el comercio electrónico, requiere de otras plataformas de pago que dependan de un banco o una entidad de crédito debidamente formado bajo los regímenes que estipulan sus respectivas leyes.

Con la Web3 esto cambia, porque el control es descentralizado, no es necesario ningún banco o entidad de crédito, se puede pagar o comprar directamente con criptomonedas. Los bancos centrales no pueden controlar estas transacciones, perdiendo así el control sobre las transacciones cuando se trate de criptomonedas, ya que éstas no están controladas ni por los Estados, ni por las empresas.

² ROOSE, Kevin, *La guía cripto para despistados*, *The New York Times*, 29/marzo/2022. Consultado en <https://www.nytimes.com/es/interactive/2022/03/29/espanol/guia-criptomonedas.html> el 4 de enero de 2023.

³ MIRANDA, David, *¿Qué son las criptomonedas y cómo funcionan?*, *National Geographic*, 2022. Consultado en https://www.nationalgeographic.com.es/mundo-ng/que-son-criptomonedas-y-como-funcionan_16981 el 4 de enero de 2023.

Es cada vez mayor el alcance que tiene la Web3, en 2021 las empresas de capital de riesgo invirtieron más de 27,000 millones de dólares estadounidenses en proyectos relacionados con criptomonedas y otros proyectos de la Web3. Algunas grandes empresas tecnológicas, como Twitter y Reddit, han comenzado a experimentar con sus propios proyectos Web3. La industria ha generado un gran interés para el talento tecnológico, muchos empleados de grandes empresas informáticas están renunciando a trabajos estables para buscar fortuna en la Web3⁴.

Las criptomonedas sólo son uno de los muchos activos digitales o *tokens* que se usan en la Web3. Para poder participar en la Web3 se tiene que ser dueño de un activo digital, como las criptomonedas, NFT, entre otros. Estos activos se compran con dinero, por medio de depósitos, transacciones electrónicas, o cualquier otro método de pago. Pero, ¿cómo se gravan estos recursos? ¿Quién tiene derecho a gravarlos y bajo qué jurisdicción?

Las personas alrededor de todo el mundo que participan en la Web3, lucran millones de dólares a través de ésta, hacen negocios con gente de todos los países, venden activos digitales obteniendo una ganancia, transfieren dinero o usan los activos como método de pago para actividades empresariales que se llevan a cabo en su día a día y en este momento la legislación es muy escasa e insuficiente para la magnitud de operaciones que se realizan en esta nueva red.

Es un desafío saber qué jurisdicciones tienen derecho a gravar las transacciones digitales y el procedimiento fiscal. Un ejemplo de esto es la gira de la cantante Ariana Grande, que se transmitió en la plataforma *Fortnite*. Fue vista por aproximadamente 78 millones de personas en todo el mundo y recaudó más de 20 millones de dólares estadounidenses por la actuación. Hasta el momento, no existe un consenso global sobre quién tiene derecho a gravar dicha actividad, ya sea la jurisdicción en la que dicha cantante actuó, o la ubicación de cada miembro de la audiencia⁵.

En el mundo existe un inadecuado ordenamiento jurídico y constante falta de regulación de la Web3. Hay ciertas leyes en cuanto a las criptomonedas y otros activos digitales, pero falta un

⁴ LENOBLE, Jean Luc, *NFT, wallet, blockchain, metaverso: ¿qué es la Web3?*, MKT Capacitación, 05/julio/2022. Consultado en: <https://www.marketingcapacitacion.com/nft-wallet-blockchain-metaverso-que-es-la-Web3/> el 4 de enero de 2023.

⁵ EY Global, *Cómo el metaverso y la Web3 están creando verdaderos problemas fiscales*, 29/abril/2022. Consultado en https://www.ey.com/es_pa/tax/how-the-metaverse-and-Web3-are-creating-real-tax-issues el 4 de enero de 2023.

largo camino por recorrer para poder equiparar las legislaciones que actualmente rigen en el tema. La Web3 está cada vez más cerca de formar parte de la vida cotidiana de todos, como lo son ahora las redes sociales. Es por eso que es de suma importancia el empezar a crear nuevos órdenes normativos para proteger los derechos, respetando los postulados de justicia y certeza jurídica.

El objetivo de la investigación es analizar y proponer la creación de nuevas regulaciones, enfocadas a la materia fiscal, que garanticen la defensa de los derechos ciudadanos y velen por el cumplimiento de estos, para así poder tener una sana convivencia social y poder resolver los conflictos de relevancia jurídica que se presentan.

Lo que se pretende lograr con esta investigación es dar a conocer la importancia en materia fiscal de regular lo que se conoce como la Web3, ya que ante una nueva era digital y con fácil acceso, se ha generado controversia en la forma en que deberían de llevarse a cabo las acciones correspondientes para la fiscalización de este tipo de servicio, además de que en este tipo de plataformas surgen lagunas fiscales, pues en las leyes actuales no se regula nada en específico, sólo se hace mención de determinados conceptos de la tecnología digital.

Por lo anterior, es importante que en la legislación fiscal de nuestro país se regulen este tipo de servicios, porque es un punto clave de la evolución tecnológica que se está dando en el mundo, y la falta de regulación deja sin protección a aquellos usuarios que utilizan y ofrecen este tipo de servicios.

Es verdad que vivimos en la sociedad de la información, en la sociedad del conocimiento, en un mundo globalizado; y es igualmente cierto que esta sociedad está inevitablemente impactada por un vector económico que, sin duda, condiciona muchas actuaciones, sobre todo las acciones de las autoridades tributarias de todo el mundo.

Por lo anterior, la Web3, al formar parte de un mundo virtual, nos cuestiona si el individuo puede trabajar, jugar, vivir y hacer negocios dentro de la misma, ya que al ser una tecnología facilitadora para las empresas, puede parecer ciencia ficción; es por eso, que en el presente artículo daremos a conocer las implicaciones que tiene el poder dar lugar a una nueva interacción dentro del mundo fiscal, ya que la Web3, es una de los muchos sistemas de Internet que ya existen y, como éste, habrá muchas nuevas tecnologías que al convertirse en una actividad cotidiana, las autoridades fiscales deberán conocerla para regularla.

El estatus de regulación de la Web3 dentro del campo fiscal, deja mucho que desear, dado que sigue sin estar claro en muchas

jurisdicciones. Su regulación es de gran complejidad para las organizaciones y gobiernos, no obstante, las autoridades tienen la obligación y el derecho de regular las transacciones digitales de estas tecnologías aumentan la incertidumbre dentro del mercado.

Otra de las principales cuestiones que abordaremos es la falta de resolución en relación con los impuestos, ya que existen posiciones fiscales divergentes, en el momento que una jurisdicción aplica medidas normativas, se clasifica a los activos de una manera distinta, dando un tratamiento fiscal diferente frente a otras legislaciones existentes, por lo cual la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (conocida por sus siglas OCDE), se ha dado la tarea de eliminar esa incertidumbre para que se pueda crear un marco jurídico común en materia de impuestos, lo cual es complejo, creando un modelo y un plan operativo práctico para resolver los desafíos fiscales que se presentan.

Como mencionamos, a lo largo del presente artículo daremos a conocer las implicaciones fiscales que conlleva la Web3, debido a que existe una laguna en la ley, la cual, de acuerdo con el avance tecnológico que estamos experimentando actualmente, es urgente que las autoridades fiscales tomen la decisión de regular de manera efectiva, ya que la Web3 llegó para quedarse.

II] Antecedentes

En la década de 1990 y principios de los 2000 surgió la primera era de la Internet, mejor conocida como la Web1, el Internet de los foros de mensajes, los blogs y de los primeros portales como AOL y CompuServe⁶.

El Internet y la Web son conceptos totalmente distintos. El Internet es la red de redes donde reside toda la información, siendo un entorno de aprendizaje abierto, más allá de las instituciones educativas formales; en cambio, la Web es un conjunto de documentos interconectados por enlaces de hipertexto, disponibles en Internet que se pueden comunicar a través de la tecnología digital, por lo que la Web es un subconjunto de Internet que contiene información a la que se puede acceder usando un navegador. En la época de la Web1, sólo se podía consumir contenido, se trataba de información a la que se podía acceder, pero sin posibilidad de interactuar⁷.

⁶ ROOSE, Kevin, *op. cit.*

⁷ LATORRE ARIÑO, Marino, *Historia de la Web, 1.0, 2.0, 3.0 y 4.0*, Blog Marino Latorre, 28/marzo/2018. Consultado en <https://marinolatorre.umch.edu.pe/historia-de-la-Web-1-0-2-0-3-0-y-4-0/> el 4 de enero de 2023.

Es hasta el año 2005 que se evolucionó y se convirtió en la Web2, la siguiente fase de Internet. En esta nueva fase se dio un gran salto, pues permitió interactuar en la red, se comenzaron a crear y publicar contenidos propios, participando de forma activa en Internet en lugar de simplemente leer de forma pasiva. Esta fase resaltó las grandes empresas de las redes sociales como *Facebook*, *Twitter* y *YouTube*. El problema que surgió de esta evolución fue que las grandes empresas, al distribuir y monetizar la actividad, se quedaron con la mayor parte del dinero y el control. Es aquí donde entra la Web3⁸.

La Web3 es el nombre que algunos tecnólogos le dieron al nuevo tipo de servicio de Internet construido utilizando cadenas de bloques descentralizadas, es decir, los sistemas de registro compartido que utilizan criptomonedas como *bitcoin* las cuales serán explicadas en el siguiente capítulo. El inversionista Packy McCormick, quien ayudó a popularizar la Web3, la define como *una Internet que es propiedad de los desarrolladores y los usuarios, coordinada con tokens*.⁹

Esta nueva fase pretende combinar la infraestructura abierta de la Web1 con la participación del público de la Web2, reemplazar estas plataformas corporativas centralizadas con protocolos abiertos y redes descentralizadas¹⁰. Su objetivo es facilitar la participación de las personas en la red para así otorgarles cierta libertad y democratizar el Internet.

III] Conceptos

A continuación, se abordará el concepto principal de este artículo, así como su funcionamiento, limitaciones y beneficios; también se expondrán otros conceptos relacionados con la Web3, los cuales son fundamentales para entender la forma operativa de este sistema digital.

1. *Web3*. La Web3 es la tercera generación de la Web que todos utilizamos diariamente. Fue popularizada por Gavin Wood, uno de los cofundadores de Ethereum, esta innovación es un nuevo tipo de servicio de Internet el cual está construido a base de sistemas de registro compartido que utilizan , entre otras, criptomonedas como Ethereum y Bitcoin. La Web3 es un facilitador

⁸ ROOSE, Kevin, *op. cit.*

⁹ MCCORMICK, Packy, *apud.*, STACKPOLE, Thomas, *What Is Web3?*, Harvard Business Review, 10 Mayo 2022, <https://hbr.org/2022/05/what-is-Web3>.

¹⁰ *Ibidem*.

de la interacción entre personas, ya que en ésta se pueden desarrollar relaciones comerciales y sociales, eliminando los servidores, las plataformas y las autorizaciones centralizadas de gestores de información¹¹.

La Web3 influye en la innovación de redes en dos grandes ámbitos en lo que se conoce como el Internet de las cosas y en los dispositivos domésticos brillantes que utilizan organizaciones distantes.

a. Funcionamiento

La Web3 se basa en la tecnología *blockchain* para crear un tipo de Internet completamente nuevo, en el que los usuarios tengan un control total sobre sus propios datos y puedan realizar transacciones sin intermediarios, es decir, facilita las interacciones entre usuarios sin pasar por plataformas centralizadas ni intermediarios.

Por lo tanto, la Web3 funciona en cadenas de bloques, redes descentralizadas. Los desarrolladores no suelen crear ni implementar aplicaciones que se ejecuten en un único servidor o que almacenen sus datos en una única base de datos¹².

b. Limitaciones

Entre las imitaciones que presenta esta tercera generación de Internet se encuentra la dificultad para la regulación y el control, lo cual puede conducir a un aumento de los abusos en línea y los delitos cibernéticos, dado que no existe una política de privacidad. Esto genera que sea demasiado sencillo obtener información sobre la vida privada y pública de los usuarios.

De acuerdo con lo anterior, los operadores de Internet antiguos se ven obligados a modernizarse y obtener CPUs más rápidos, tomando en cuenta que las aplicaciones y los sitios Web que utiliza la Web3 tienen mejores servicios digitales lo cual obliga a las empresas a mejorar su software y hardware no sólo para generar una experiencia de servicio mejorada, sino también para competir dentro del mercado.¹³

En cuanto a la materia fiscal, la Web3 se vería limitada, debido a que el usuario tiene el control descentralizado para

¹¹GARTNER. ¿Qué es la Web3? 15/febrero/2022. Consultado en <https://www.gartner.mx/es/articulos/que-es-la-Web3> el 4 de enero de 2023.

¹²DABIT, Nader, *What is Web3? The decentralized Internet of the future explained*, Freecodecamp, 08/septiembre/2021. Consultado en <https://www.freecodecamp.org/news/what-is-Web3/> el 4 de enero de 2023.

¹³KÜSTER BOLUDA, Inés y HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Asunción, *De la Web 2.0 a la Web 3.0: antecedentes y consecuencias de la actitud e intención de uso de las redes sociales en la Web semántica*, *Universia Business Review*, N° 37, año 2013, pp. 104-119. Consultado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4188026> el 4 de enero de 2023.

diseminar la información en Internet, e impedir que se quede guardada por el sistema; esto representa un desafío para todos los países que comienzan a implementar la regulación correspondiente, ya que, por su complejidad, las autoridades podrían impedir en cierta manera este tipo de actividades.

c. Beneficios

Uno de los principales beneficios de la Web3 se dirige a las empresas, debido a que, a través de esta red pueden crear nuevas aplicaciones desarrollando modelos de redes sociales, plataformas o negocios que son posibilitados por la *blockchain*, el cual explicaremos más adelante.

Además, la Web3, garantiza a los usuarios la máxima libertad de uso ya que elimina la posibilidad de que servidores y grandes tecnologías lo controlen, esto quiere decir que los consumidores siempre tendrán el control sobre los datos en línea y al existir una descentralización, se ofrece una mayor seguridad ante fallas.

Otra ventaja que ofrece esta Web es que el usuario tiene el poder de personalizar en gran medida la experiencia de navegación dentro de la Web, ya que esta reconoce las preferencias de los usuarios, lo cual ayuda a mejorar la productividad y a comprender mejor la demanda de los usuarios al explotar Internet de una manera más eficiente¹⁴.

2. *Blockchain o cadena de bloques.* La cadena de bloques es una base de datos que puede ser compartida por los usuarios, que permite almacenar información de forma ordenada e inmutable, permite llevar un registro descentralizado, distribuido, sincronizado y seguro dentro de las operaciones digitales, sin que tengan que intervenir terceros.

La *blockchain* fue creada para almacenar el historial de transacciones del *bitcoin*, pero esta fue evolucionando debido a las propiedades que ofrece, por lo que opera mediante un amplio registro de las transacciones, las cuales están enlazadas y cifradas para proteger la seguridad y privacidad de las mismas. Esto redundo en que es una base de datos segura y distribuida que puede aplicarse a toda clase de transacciones las cuales no necesariamente son económicas.

Una transacción realizada en la *blockchain* necesita que sea aprobada por los que se encuentran dentro de la Web, quedando

¹⁴ GARTNER, *op. cit.*

añadido a una cadena de bloques, teniendo como resultado un registro transparente e indeleble sobre cualquier transacción¹⁵.

3. *Activos digitales*. Un activo digital se puede definir como aquel recurso de carácter intangible que funciona como sistema de pago electrónico descentralizado. Éstos comprenden cualquier tipo de archivo que tenga un valor, ya sea para un individuo o una empresa, que se presenten de manera digital, y que puedan ser buscados a través de metadatos que contengan derechos de uso y acceso, como lo son las imágenes, documentos, videos, contenido de audio, animaciones, gráficos, entre otros¹⁶.

Entre estos podemos encontrar las criptomonedas y los NFT (en idioma original: *non-fungible tokens*, en adelante NFT), los cuales explicaremos a continuación.

a. Criptomonedas

Son archivos *bits* con datos que tiene como finalidad cumplir con las funciones como si fuera dinero, el cual es utilizado a través de la Web como un medio de transmisión, sin embargo es distinto al dinero digital, electrónico y virtual.

Son una clase de moneda virtual que tiene características muy específicas que las hacen especiales, lo que les permite ser de aplicación extendida y universal; además, estas funcionan sin intermediarios que validen las transacciones, como bancos. Las criptomonedas son emitidas y cambiadas de forma descentralizada utilizando una clase de criptografía para mantener la fidelidad a través de tecnologías de libros o registros contables que se actualizan y se mantienen para asegurarse que no existan duplicados¹⁷.

b. NFT

El objetivo de los NFT (*Non Fungible Tokens*) es demostrar la afiliación a un grupo o comunidad en particular. A mediados de 2021, los *tokens* no fungibles obtuvieron una capitalización de

¹⁵ RETAMAL DOLADER, Carlos, BEL ROIG, José, MÚÑOZ TAPIA, José Luis, *La blockchain: fundamentos, aplicaciones y relación con otras tecnologías disruptivas*, Revista Economía industrial, 2017, pp. 33-40. Consultado en <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/405/DOLADER,%20BEL%20Y%20MUÑOZ.pdf> el 4 de enero de 2023.

¹⁶ MARTÍNEZ HESSELINK, Guillermo H., *Activos digitales: una perspectiva contable* (Doctoral dissertation, Universidad de Belgrano, 2021). Consultado en <http://repositorio.ub.edu.ar/bitstream/handle/123456789/9481/Mart%C3%ADnez.pdf?sequence=1&isAllowed=y> el 4 de enero de 2023.

¹⁷ BARROILHET Díez, A. (2019). Criptomonedas, economía y derecho. *Revista chilena de derecho y tecnología*, 8(1), 29-67.

mercado de 14.000 millones de dólares estadounidenses, a partir de la cual se formó un nuevo mercado emergente diferente del mercado de criptodivisas existente¹⁸.

Los NFT, son derechos negociables que pueden registrarse en la blockchain como *tokens* de propiedad no fungibles utilizando contratos inteligentes. Esto ha comenzado a recibir la atención del mundo académico. Como resultado se comenzaron a estudiar los NFT como un activo alternativo. Dowling investigó el precio de los NFT en Decentraland, una plataforma basada en *blockchain* en la que se pueden negociar bienes inmuebles virtuales. Los resultados empíricos muestran que la serie de precios de NFT de Decentraland puede caracterizarse por la ineficiencia del mercado y un aumento constante del valor.

Originalmente, las NFT fueron diseñadas para ser indivisibles. Sin embargo, el concepto de NFT divisible ha surgido recientemente para reflejar la demanda de una característica más realista de los activos tradicionales como la propiedad compartida. El concepto de NFT divisible o NFT fraccionado NFT (los llamados F-NFT) consiste en que cada NFT único puede separarse en partes iguales y fungibles.

En otras palabras, los NFT divisibles están diseñados para la propiedad compartida de cualquier activo, como los bienes inmuebles, las artes y las imágenes digitales. Las NFT dividen la propiedad de cualquier activo en partes iguales, lo que permite que el activo funcione de forma similar a las acciones o participaciones de la empresa¹⁹. En otras palabras, los derechos de un activo pueden convertirse en un tipo de activo parcialmente invertible mediante el uso de NFT divisibles.

4. *Metaverso*. Existen numerosas definiciones respecto a lo que es un mundo virtual con una gran variedad de acepciones. Una idea popular la encontramos en que los cataloga como *entornos virtuales persistentes en los que las personas sienten que los demás están allí con ellos y donde pueden interactuar entre ellos*. Los mundos virtuales y metaversos son espacios digitales que son entendidos en tres dimensiones, con posibilidades multiplataforma y diversos niveles de inmersión, en los cuales miles

¹⁸ KO, Hyungjin et al. *The economic Value of NFT: Evidence from a Portfolio Analysis Using Mean-variance Framework*.2 *Finance research letters* 47 (2022): 102784-Web.

¹⁹ HAALAND, Aleksander Vae y THOMPSON, Marcus Meihack, *NFT Marketplace*, University of Stavanger, 2022. Consultado en <https://uis.brage.unit.no/uis-xmlui/bitstream/handle/11250/3007298/no.uis%3ainspera%3a93568650%3a50876626.pdf?sequence=1&isAllowed=y> el 4 de enero de 2023.

de individuos simultáneamente se interrelacionan telepresencialmente mediante avatares, y donde la escritura es un medio destacado de comunicación, aunque la voz, la gestualidad, las vestimentas y otros recursos del paralenguaje están disponibles como elementos al alza²⁰.

Los mundos virtuales y metaversos se caracterizan por generar una ilusión de participación en un ciberespacio, superándose el rol de simple espectador. La peculiaridad conlleva inmersión cognitiva, lo que puede acarrear que lo que se percibe, es verídico.

Habitualmente, estos relatos se diferencian del videojuego, sin embargo, las barreras entre ambos son difusas ya que integran técnicas híbridas. Recordemos que estos entretenimientos digitales pueden servir para aprender y concientizar. Pero ¿qué peculiaridades han de tener los mundos virtuales y los metaversos para que se consideren como tal? Han de portar tres características: corporeidad, interactividad y persistencia²¹.

IV] Importancia de la Web3

Como se dijo, se pretende combinar elementos de la Web1 y la Web2 para esta nueva era. La Web3 busca reemplazar las plataformas corporativas centralizadas con protocolos abiertos y redes descentralizadas y administradas por la comunidad. Esta Web trae consigo muchos beneficios para la gente en las plataformas electrónicas por lo que son varias las razones de la importancia de esta nueva era digital que a continuación mencionaremos algunas.

En primer lugar, y algo que las actuales plataformas no hacen, es que las nuevas plataformas de la Web3 introducen una nueva manera de monetizar las actividades y contribuciones de los creadores y usuarios. Como ejemplo tenemos a Facebook, la plataforma más utilizada del mundo con más de 2,900 millones de usuarios según un informe de *HootSuite*, en ésta se gana dinero a través de la concentración de datos de usuarios y la venta de anuncios, lo que se pretende con la nueva Web3 es que *Facebook* permita a sus usuarios monetizar sus propios datos con la opción

²⁰ MARTÍN RAMALLAL, Pablo, SABATER-WASALDÚA, Jesús y RUIZ MONDAZA, Mercedes, *Metaversos y mundo virtuales, una alternativa a la transferencia del conocimiento*, Fonseca, *Journal of Communication*, N° 24, año 2022, pp. 87-107. Consultado en <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/2172-9077/article/view/28287> el 4 de enero de 2023.

²¹ *Idem*.

de obtener una especie de propinas en criptomonedas de otros usuarios por publicar contenido de interés²².

En segundo lugar, y en comparación con las otras Webs, la Web3 pretende que sus plataformas sean gobernadas democráticamente. Como ejemplo utilizaremos de nueva cuenta a Facebook; ésta al ser la plataforma más utilizada a nivel global genera una autocracia en el mundo digital, esta plataforma puede apoderarse unilateralmente de los nombres de usuarios, vetar cuentas e inclusive cambiar sus reglas de manera instantánea. Con la Web3 esto está cambiando, ya que se permite delegar esas decisiones a los usuarios²³.

En tercer lugar, la privacidad de las personas se incrementó de manera significativa. La identidad es el conjunto de datos e información que definen a cada persona. Lo que se pretende buscar en la Web3 es una identidad descentralizada, la cual es un tipo de gestión que permite a las personas controlar su propia identidad digital con dependencia propia, este sistema tiene como objeto reconstruir la actual gestión de identidad centralizada mediante el uso de la tecnología *blockchain* o, cadena de bloques, para descentralizarla.

De acuerdo con Microsoft, *un enfoque de identidad descentralizado ayuda a las personas, las organizaciones y las cosas a interactuar entre sí de forma transparente y segura, en un tejido de confianza de identidad*.²⁴

Al navegar las personas por la red, proporcionan constantemente una gran cantidad de datos suyos que son almacenados en la cadena de bloques, por lo que toda esta información que caracteriza a la persona se encuentra esparcida en cientos de sitios Webs diferentes, pero, el problema es que esto se entrega de manera voluntaria, otorgándole el poder a las grandes compañías de almacenar sus datos personales quitándole a las personas parte de su privacidad.

La Web3 busca que se dependa menos de los modelos comerciales basados en publicidad que la Web2, los usuarios tendrían menos rastreadores y anuncios dirigidos y menos compañías gigantes guardando los datos personales de los usuarios²⁵.

²² ROOSE, Kevin, *op. cit.*

²³ *Idem.*

²⁴ Bitcoin en México, *Identidad descentralizada y su importancia en la Web3*, 2022. Consultado en <https://www.bitcoin.com.mx/identidad-descentralizada-y-su-importancia-en-la-Web3/> el 4 de enero de 2023.

²⁵ *Idem.*

V] Implicaciones fiscales

Se estima que el mercado mundial de *blockchain* alcanzará los 56,700 millones de dólares estadounidenses en 2026, frente a los 6,000 millones de dólares estadounidenses de 2021. La tasa de crecimiento anual compuesta prevista durante este periodo es del 56.9%. El desarrollo de una investigación acerca de la regulación fiscal de una industria de tan rápido crecimiento podría ser de interés²⁶.

Uno de los puntos a discusión con esta nueva realidad, son las implicaciones fiscales de esta nueva era digital, debido a que por medio de ello se mueve una cantidad significativa de dinero. Un artista puede acuñar su arte, exponerlo digitalmente y venderlo prácticamente a cualquiera; como *Beeple*, que vendió su NFT por 69 millones de dólares y si se ha establecido una tasa de derechos sobre esta NFT, podría ganar alrededor del 5-10% de lo que se venda la NFT la próxima vez.

Frente al cuestionamiento surgido alrededor del asunto de cómo gravar las operaciones que se realizan en la Web3 se han presentado tres posibles escenarios en los cuales podrían ingresar los Estados y las autoridades tributarias, esto según la revista de derecho fiscal que habla del impuesto al comercio electrónico, pero en este apartado fueron adaptadas a la Web3²⁷:

Aplicar los impuestos actualmente existentes.

Crear nuevos impuestos que graven las operaciones realizadas a través de la Web3.

Excluir a la Web3 del pago de impuestos

Cualquiera de las opciones resulta problemática, y ninguna puede considerarse satisfactoria por completo, lo cual es entendible por el precario estado de la cuestión y las distintas posturas que los estados han adoptado en torno al asunto.

1. *Aplicación de los actuales impuestos.* Esta debería ser la solución inicial al problema planteado en el aspecto tributario por la Web3 sobre la base de que lo que interesa a los diferentes estados es que no se disminuyan los ingresos percibidos en las distintas operaciones que se realicen, y en busca de no crear

²⁶ HAALAND, Aleksander Vae y THOMPSON, Marcus Meihack, *op. cit.*

²⁷ MARÍN ELIZALDE, Mauricio, *Impuestos al comercio electrónico (e-fiscalidad): (2004) la problemática del impuesto al valor agregado (IVA)*, *Revista de Derecho Fiscal*, N°2, julio 2004. Consultado en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/fiscal/article/view/2680> el 4 de enero de 2023.

mecanismos discriminatorios del comercio tradicional. Así lo expresa Antonio Secco²⁸ cuando advierte que:

Entre tanto, los defensores de la tributación a la Web3 argumentan que la no-tributación amenaza directamente una parte de los ingresos de los gobiernos, además de representar una concurrencia desleal con el comercio tradicional. Además de esto, quienes tienen acceso a Internet son las personas de más alta renta, representando la no-tributación un subsidio a los más ricos en detrimento de los más pobres que realizan sus operaciones económicas a través de la Web3.

Entre los impuestos federales vigentes en México, son el Impuesto sobre la Renta, el Impuesto al Valor Agregado (en adelante IVA), el Impuesto al Comercio Exterior, el Impuesto Especial sobre Producción de Servicios y el Impuesto sobre la adquisición de vehículos nuevos. Uno de los impuestos de mayor relevancia en México es el Impuesto Sobre la Renta.

Ahora bien, para saber si las operaciones que se realizan a través de esta nueva red están sujetas al Impuesto Sobre la Renta, debemos vincular la realización de cualquier actividad comercial a la existencia de un establecimiento permanente. La Ley del Impuesto sobre la Renta señala que las personas obligadas a tributar este impuesto son las físicas y morales, entre las que se destacan las residentes en el extranjero que tengan un establecimiento permanente en el país, respecto de los ingresos atribuibles a tal establecimiento permanente.

El artículo 5° del Modelo de Convenio que la OCDE considera como establecimiento permanente un lugar fijo de negocios, por medio del cual una empresa realiza toda o parte de su actividad.

Sin embargo, bajo lo que podríamos entender como establecimiento permanente dentro de las operaciones que se realizan en la Web3, y tomando en cuenta que los actos que se efectúan muchas veces no se hacen en un lugar fijo de negocios, se abre la siguiente interrogante: ¿Estarán exentas del pago de impuesto por no contar con un espacio físico?

Lo anterior deja de manifiesto que la Web3, toma por sorpresa a las distintas legislaciones, ya que muchas no ofrecen soluciones normativas a los diversos problemas que acarrea esta nueva realidad, siendo la cuestión principal, la recaudación, lo que ha dado pie a la aplicación de nuevos impuestos.

²⁸ SECO FERREIRA, Antonio, *Tributación del comercio electrónico: Perspectivas tecnológicas*, Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Integración de Programas Regional, *Revista Fiscal*, 2021. Consultado en <https://www.ciat.org/publicaciones/>

2. *Aplicación de los nuevos impuestos.* Otra idea planteada es que la Web3 y la sociedad de la información han creado una nueva realidad en donde no es posible ajustar los sistemas de tributación hoy vigentes, y que, por el contrario, es necesario diseñar un sistema tributario propio que se vincule a esta nueva realidad.

Como hemos mencionado a lo largo de este artículo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE), ha realizado un estudio, en el cual expone que es necesario un marco legislativo común de aplicación de pago de impuestos para todas las naciones que implementen este tipo de sistemas, ya que se toman posiciones fiscales divergente aplicando de manera distinta la clasificación de los nuevos activos digitales²⁹.

3. *No-aplicación de impuestos.* Los rasgos que caracterizan el comercio electrónico no permiten diseñar un marco jurídico estable que normalice las relaciones que se producen en él, y por lo tanto la propia autorregulación y la competencia entre los agentes que intervienen en el proceso de configuración de la sociedad de la información darán el resultado normativo apropiado, el cual, por si fuera poco, irá cambiando constantemente.

Como manifiesta Seco Ferreira, la no tributación de la Web3 es defendida con base en que aún es poco relevante, en la indisponibilidad de mecanismos administrativos y tecnológicos para asegurar el cumplimiento de los reglamentos, bien sobre la premisa de que este es un tipo de actividad y una industria naciente que debe ser protegida e incentivada³⁰.

En este sentido, una investigación realizada en Estados Unidos concluyó que, si se sometiera la Web a alguna tributación, se podría reducir hasta en un 24%. Otras iniciativas, más osadas, utilizan la llegada de la Web3 como base para proponer una reforma completa de los sistemas tributarios, eliminando distorsiones ya existentes y con proposiciones que buscan especialmente el cobro de tributos sobre la renta de los individuos, y no sobre las transacciones comerciales.

4. *Desafíos.* Uno de los desafíos que se enfrentan las autoridades fiscales, en cuanto a los impuestos, es llegar a un acuerdo en cuanto a que jurisdicciones tendrán derecho a las transacciones digitales fiscales. Por ejemplo, en octubre del 2021

²⁹ EY Global, *op. cit.*

³⁰ SECO FERREIRA, Antonio, *op. cit.*, p. 3.

la cantante Ariana Grande transmitió, durante varios días, diversos espectáculos en vivo a través de una plataforma llamada *Fortnite*.

Dichos espectáculos alcanzaron alrededor de 78 millones de clientes, los cuales pagan tarifas en todo el mundo, además de que la cantante informó que recaudó más de 20 millones de dólares estadounidenses por sus presentaciones, incluyendo las ventas de mercancías.

A pesar de que se percibió esta formidable cantidad de dinero, a la fecha no hay un consenso global sobre quién tiene derecho a establecer las contribuciones correspondientes, en vista de las posibilidades existentes para la determinación de a quién corresponde este poder jurídico; ya sea que se trate de la jurisdicción del lugar donde la cantante realizó sus actividades, la localización desde la que cada miembro del público vio el concierto, el domicilio fiscal de cada cliente que pagó el acceso a la función, entre otras maneras en que se podría determinar la competencia tributaria recaudatoria³¹.

Es necesario que se puntualice cuál es la jurisdicción respectiva; de igual manera se tiene que acordar cuál es el tributo correspondiente a la actividad o transacción que se esté realizando, puesto que se pueden realizar diversas clasificaciones de los impuestos como los directos, que gravan directamente de la riqueza de las personas o empresas, e indirectos, que se aplican a bienes y servicios, entre otros³².

Por ejemplo, una de las numerosas cuestiones sin resolver en relación con los impuestos en el metaverso es si, cuando se adquiere a través de una criptomoneda un gráfico de bienes raíces de los *tokens* no fungibles, dicha transacción debería estar sujeta al Impuesto Sobre la Renta o es una transacción que prohíbe la causación de un impuesto basado en ingresos a causa de que implica ganancias de capital.

Esto se hace más complejo a consecuencia de que actualmente no se ha creado, ni se ha obtenido un consenso internacional entre jurisdicciones sobre un marco común de impuestos con respecto a criptomonedas y/o cualquier otro activo digital que suponga la percepción de utilidades, ganancias, participaciones, o valores que modifiquen el patrimonio del causante y de los cuales pueda disponer sin obligación de restituir el importe³³.

³¹ EY Global, *op. cit.*

³² MONFORTE, Eugenia, *Impuestos directos e indirectos, Camerfirma*. 2022. Consultado en <https://www.camerfirma.com/impuestos-directos-e-indirectos-cuales-son-y-como-te-afectan/>

³³ EY Global, *op. cit.*

Por ello, teniendo en cuenta lo complejo y cambiante que es el metaverso, se deberá definir cómo tributará la renta o la compra/venta de bienes inmuebles virtuales, o la creación de contenidos digitales; cómo será el tratamiento en el IVA y cuál será el lugar de la prestación de los servicios, además de la determinación del nexo jurisdiccional, por ejemplo, a los fines de definir residencia fiscal, lugar de la fuente, los criterios de vinculación, la aplicación de los tratados internacionales, entre otros³⁴.

Por añadidura, habitualmente las normas tributarias se basan en conceptos definidos en otras ramas del derecho, que parten siempre de transacciones reales en contraposición a las transacciones virtuales que tienen lugar en el metaverso. Esta realidad virtual tiene un difícil encaje con la actual definición legal de bien, pues no se ajusta a las clasificaciones tradicionales de bienes y resulta complicado identificarlos con la delimitación de los principales hechos imponibles.

Tal ausencia de definiciones concretas puede dar lugar a confusiones relevantes como con los efectos del IVA; habrá que determinar, por ejemplo, si las compras realizadas en ese entorno deben considerarse como entregas de bienes o como prestaciones de servicios, por el derecho de uso del bien digital, y en función de dicha consideración, determinar dónde se entenderían realizadas o si se consideran una prestación de servicios digitales³⁵.

Por otra parte, las criptomonedas surgen de un principio de independencia, puesto que buscan producir un modelo económico que pretende remover intermediarios en operaciones financieras. Estas representan la posibilidad de un enorme desarrollo en materia financiera, pero de igual manera estas nuevas monedas tienen sus desventajas, las cuales pueden causar graves problemas a sus compradores y crear un gran vacío legal.

Un ejemplo de esto es el lugar de Internet denominado *Silk Road*, una página dedicada a compra y comercialización de mercancía ilegal, en concreto drogas, donde varios de los usuarios de ésta usaban el bitcoin para obtener estupefacientes. Por ser una divisa anónima aumentó la utilización de la criptomoneda en la compra y comercialización de drogas³⁶.

³⁴ LORENZO, Rocío, *Metaverso: implicaciones y retos fiscales*, Asociación Española de Economía Digital, 19/septiembre/2022. Consultado en <https://blog.adigital.org/metaverso-implicaciones-y-retos-fiscales-98b0b5a3d093> el 4 de enero de 2023.

³⁵ *Idem*.

³⁶ ANDRADES, Fran, *El cierre de Silk Road: el gran supermercado de las drogas de Internet*, El Diario, 08/octubre/2013. Consultado en https://www.eldiario.es/tecnologia/diario-turing/silk-road-supermercado-drogas-Internet_1_5830846.html el 4 de enero de 2023.

Encima, los usuarios al formatear sus computadoras o sus smartphones pierden sus divisas digitales debido a que esta divisa se almacena en monederos electrónicos o en los discos duros de las computadoras, lo que significa que si se pierde la contraseña no existe instancia alguna a la cual recurrir para pedir la devolución de las criptomonedas o el cambio de usuario y contraseña.

Inclusive, aunque no se encuentre en ninguno de dichos supuestos, si por alguna razón no se puede ingresar con la contraseña y usuario, no habrá nadie a quién acudir para solucionar el problema. Otro aspecto fundamental sobre estas divisas digitales es que las mismas tienen que estar gravadas; lo anterior ya que, como se vio anteriormente, las criptomonedas tuvieron ganancias sorprendentes, lo que crea un lucro. Cabe decir que, de lo contrario, si éstas se hallan libres de impuestos, se estaría fomentando la informalidad, situación que debe derrotarse en nuestro Estado³⁷.

En México, a pesar de que ya existen herramientas legales como la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera, conocida como Ley Fintech, especialistas y competidores de la industria coinciden en que este marco normativo si bien regula los activos virtuales, no es suficiente para el completo y sano desarrollo del ecosistema que opera dichas herramientas debido a que la regulación no es clara porque no se sabe si se trata de una moneda, un valor o un bien, por lo tanto, se desconocen los procesos fiscales³⁸.

Lo que deberían considerar las autoridades fiscales son las implicaciones fiscales de las operaciones con los activos digitales en México, con el fin de determinar los efectos fiscales que se deriven como consecuencias de dichas operaciones financieras virtuales. Además de definir la naturaleza jurídica de las operaciones con activos digitales en México e identificar la posible tributación de las operaciones con activos digitales en la legislación

³⁷TALAVERA, Jorge *Las criptomonedas y su desafío legal*, EL Mundo del Abogado, 01/febrero/2018. Consultado en <https://www.mrclickmx.com/abogado/revista/posiciones/item/las-criptomonedas-y-su-desafio-legal> el 4 de enero de 2023.

³⁸GUTIÉRREZ, Fernando, *Ley Fintech se queda 'corta' para regular criptomonedas*, El Economista, 24/abril/2022. Consultado en <https://www.eleconomista.com.mx/sectorfinanciero/Ley-fintech-se-queda-corta-para-regular-criptomonedas-especialistas-piden-delinear-tema-fiscal-y-de-proteccion-de-datos-20220424-0004.html> el 4 de enero de 2023.

fiscal mexicana vigente, de acuerdo con la clasificación de los ingresos que se obtengan de su operación³⁹.

Como todo fenómeno con relevancia económica, los NFTs tienen su trascendencia en el ámbito tributario, ya que el pago de impuestos se produce tanto en la compra como en la venta de NFT. La venta de un NFT, está gravada por impuestos indirectos como son el IVA o el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

La diferencia entre el IVA o el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales se basa en quién realiza la venta. En el caso de que se aplique a la esfera empresarial, cuando el que vende es un empresario o un profesional que actúe dentro de su actividad económica, se aplicará el IVA.

En el resto de las operaciones, salvo contadas excepciones, queda sujeto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. Por ello, el impuesto lo pagará aquella persona que compre la obra de arte en formato digital, por lo que todo usuario que compre un NFT tendrá que pagar uno de los dos impuestos⁴⁰.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que, como los *bitcoins*, criptomonedas y demás monedas digitales son considerados divisas están exentos del IVA. Conclusión que la DGT respalda en una resolución que emite el 5 de noviembre de 2021, en la cual también esclarece que a pesar de que los activos digitales anteriormente mencionados no deben pagar IVA, los NFT no participan en la naturaleza de las criptomonedas y demás divisas digitales al no configurarse como divisas ni tratarse de bienes fungibles, de modo que, en consecuencia a negarse le dicho carácter, se cierra cualquier intento de asimilar su tratamiento al de las criptomonedas en cuanto a la exención del IVA, sin embargo, reconoce a ambos como activos digitales.

Esto porque lo único que se adquiere cuando se compra un NFT, es un *token ID* que permite acreditar la propiedad de un activo digital, siguiendo esta lógica se puede interpretar que el valor del NFT radica en el prestigio del artista y quien lo adquiere paga el precio porque confía en que es la obra original acuñada por el propio artista. Es por esto que algunos entienden la compraventa de NFT como los servicios prestados por artistas de forma digital.

³⁹CAMPOS GUTIÉRREZ, Diana, MORENO NERI, José de Jesús y OBREGÓN ÁNGULO, María del Mar, *Implicaciones Fiscales de las operaciones con criptomonedas en México*, Revista Vinculatégica EFAN, julio 2019. Consultado en http://www.Web.facpya.uanl.mx/vinculategica/vinculategica_5_2/A.19%20implicaciones%20fiscales.pdf el 4 de enero de 2023.

⁴⁰ LABE, *Aspectos fiscales de la compra y venta de los NFTS*, s.f., Consultado en <https://labeabogados.com/blog/aspectos-fiscales-de-la-compra-y-venta-de-nfts/>

No obstante, esto es sólo una afirmación de organismos, no es un consenso global, el cual todavía no se tiene⁴¹.

A la hora de incidir en cómo tributan los NFTs en la renta, se destaca que los impuestos relativos a la compraventa representan una única parte de la fiscalidad de los NFT, mientras que la segunda parte llega a través de la declaración de la renta. Por ello, ¿La venta de un NFT debe estar incluida en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF)? De manera que, si un artista o una persona que se dedique de forma directa a una actividad que esté relacionada con los NFT, lo hará como si de un rendimiento de su actividad económica se tratara.

Por el contrario, si se trata de un particular que es autor de la obra, pero que no se trata de su actividad puramente profesional, ¿Se trataría de una ganancia patrimonial? Asimismo, en el caso de que una persona usuaria tuviera un NFT por un valor de más de cierta cantidad, ¿Se debería informar a Hacienda indicando que se es propietario de dicho bien? Por su parte, en el caso del Impuesto sobre Sociedades, si una persona jurídica es la propietaria del NFT, ¿Los rendimientos obtenidos se integrarán en el resultado económico de la sociedad?⁴²

Jeffrey Michalak, *EY Global International Tax and Transaction Services Leader*, dice:

El papel de la función fiscal es cumplir con la normativa y ofrecer a la organización en general asesoramiento sobre cómo estructurar su negocio de manera logre el cumplimiento. Por supuesto, es muy difícil crear un plan efectivo y diseñar un modelo operativo práctico cuando las reglas son poco claras o inexistentes. Esto significa que las funciones fiscales corren el riesgo de vivir en un mundo de incertidumbre⁴³.

La cuestión es que los activos digitales, como las criptomonedas, los *tokens* digitales y los *tokens* no fungibles, no sólo evitan los intermediarios convencionales, sino que también evitan los mecanismos convencionales de declaración de impuestos operativos. Lo anterior se debe a que la Web3 va por delante de la ley y de los Estados. Este nuevo escenario es global y extra legal porque funciona sin haber sido reglamentado o prohibido. El uso

⁴¹ ADAD ALONSO, Lorena y BRACCIA, Mariano F., *Naturaleza jurídica y tratamiento de los NFTs en el IVA*, *Taxlatam*, 21/julio/2022. Consultado en <https://taxlatam.com/noticias/naturaleza-juridica-y-tratamiento-de-los-nfts-en-el-iva/> el 4 de enero de 2023.

⁴² LABE, *op. cit.*

⁴³ EY Global, *op. cit.*

de estas tecnologías se ha hecho tan grande que los Estados ya no lo prohibieron, sino que algunos hicieron sus propias criptomonedas, como China o el Banco Central Europeo con los cripto euros.

El mercado de la Web3 escapa al marco normativo y marco jurídico fiscal legal de todos los países porque esta tecnología ya ha surgido. Un claro ejemplo para tener mayor claridad al respecto de lo expuesto, en cuanto al control de las divisas que llevan los Estados frente a las criptomonedas, se vuelve muy complicado de seguir, puesto que no es necesario ningún banco, entidad de crédito o incluso instituciones jurídicas intermedie el pago, operación o transacción realizada; se puede pagar o comprar directamente con criptomonedas u otro activo digital.

Los bancos centrales no pueden controlar estas transacciones, perdiendo el control de divisas cuando se hacen en criptomonedas, ya que éstas no están controladas ni por los Estados, ni por empresas, y aunque de momento se está regulando, el ordenamiento está muy por detrás de lo que pasa y se vive en la actualidad.

VI] Conclusiones

Después de analizar lo qué es la Web3 y su importancia en el mundo virtual, podemos concluir que esta nueva evolución de la Web1 y Web2 trae beneficios para sus usuarios, pues introduce una nueva manera de monetizar las actividades y contribuciones de los creadores y usuarios.

Asimismo, pretende que sus plataformas sean gobernadas democráticamente y ya no de manera autocrática por las grandes compañías y, la privacidad de las personas se ve y se seguiría viendo incrementada de manera significativa con la creación de una identidad descentralizada, ya que un enfoque de identidad descentralizado ayuda a las personas, las organizaciones y las cosas a interactuar entre sí de forma transparente y segura, en un tejido de confianza de identidad. No obstante, a pesar de los grandes beneficios que trae la Web3 a la comunidad virtual, también hay implicaciones fiscales que tomar en cuenta.

En la nueva era digital nos enfrentamos con el problema del cuestionamiento de gravar o no las operaciones realizadas dentro de ella, por lo que se han presentado tres posibles escenarios en los cuales las autoridades tributarias y los estados podrán ingresar.

El primero hace referencia a aplicar los impuestos que actualmente existen, como el IVA, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, Impuesto Especial sobre Producción de Servicios,

entre otros; en segundo escenario, sugiere la creación de nuevos impuestos que graven las operaciones que se realizan dentro de la Web3; y, en tercer lugar, de acuerdo con algunos investigadores, la no aplicación de impuestos sería necesaria por ser una actividad nueva y una industria naciente que debe ser protegida e incentivada y, que de no ser así reduciría hasta en un 24%.

Ahora bien, la problemática que enfrenta la Web3 en relación con los impuestos en el metaverso, es la compra-venta de bienes, dado que ésta se lleva a cabo por medio de criptomonedas y, por la escasa regulación que hay sobre el metaverso y sus transacciones, se deja un espacio sobre el cobro del impuesto.

Por lo que es necesario establecer, en conjunto con los demás países, un consenso internacional entre jurisdicciones sobre un marco común de impuestos respecto a criptomonedas y/o cualquier otro activo digital, al ser que el metaverso es un ambiente complejo el cual se encuentra en constante cambio debe tomar en cuenta esa explicación de la tributación de la renta y compraventa de los bienes inmuebles en el mundo virtual así como, la creación de contenidos digitales, el tratamiento del IVA y la ubicación del lugar de la prestación de los servicios, entre otras cuestiones.

Los NFTs son derechos negociables que pueden registrarse como *tokens* de propiedad no fungibles en la *blockchain* utilizando contratos inteligentes y representan un activo único, estos tienen como objetivo demostrar afiliación a un grupo o comunidad en particular.

Siguiendo el argumento del párrafo anterior, estos *tokens* generan impuestos al momento de su compra y venta como el IVA y/o el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales dependiendo del autor de la transacción, por lo tanto, todo usuario que adquiera un NFT está obligado al pago de uno de los impuestos anteriores debido a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó que no participan en la naturaleza de las criptomonedas y demás divisas digitales al no configurarse como divisas ni tratarse de bienes fungibles.

No obstante, los impuestos generados por la compraventa de los NFTs son sólo una cara de la moneda, ya que la segunda llega a partir de la declaración de la renta la cual ponen en cuestión varios elementos los cuales no están como tal en un ordenamiento jurídico generando lagunas en el tema.

Del mismo modo, las criptomonedas, aunque guardan una estrecha relación con los NFTs, constituyen activos digitales o *tokens* fungibles, cifrados que funcionan como medio de intercambio y sistema de pago digital utilizando métodos de

criptografía para asegurar las transacciones, buscan mejorar y facilitar esas transacciones y generan un enorme desarrollo en materia financiera.

Por otro lado, las criptomonedas son desventajosas para las personas compradoras debido a que la pérdida de la contraseña para acceder a tu *wallet* en donde son almacenadas es bastante difícil y casi imposible de recuperar ya que no existe nadie a quién acudir para ello si no que corre a cargo del usuario el recuperarla, también, es difícil su seguimiento debido a la falta de intermediario al momento de la transacción y, las nuevas monedas digitales generan un vacío legal por la falta de regulación como por ejemplo en el cobro del IVA, que de acuerdo con la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea éste las cataloga como divisas por lo que las excluyen de dicho impuesto pero, eso no significa que en México o en otro país sea así.

Como se ha observado a lo largo de este escrito, es evidente la falta de regulación fiscal de los cambios del mundo virtual que ya han llegado a México, la rapidez con la que avanza la nueva era digital exige cada vez más a los países una fiscalización más eficiente, que abarque todo lo que conlleva la Web3.

En México, ante la creciente incorporación de empresas y personas físicas que enajenan bienes o que prestan servicios a través de esta nueva generación de Internet, surge la necesidad de verificar que tales personas jurídicas o físicas que obtienen ingresos, o se benefician de alguna manera de esta red descentralizada, cumplan adecuadamente con sus obligaciones fiscales, de tal manera que todas las personas residentes de este país, se encuentren en equidad tributaria ante el fisco.

Resulta necesario que verdaderamente se asuman las consecuencias jurídicas y fiscales que emanan de los actos que se realizan obteniendo algún beneficio a través de esta Web3, esto resulta trascendental debido a que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé en su artículo 31, fracción IV, que es obligación de todas las personas ciudadanas mexicanas el contribuir al gasto público de manera proporcional y equitativa, por lo que sería inconstitucional por ende, ilegal, que las personas que se dediquen a realizar transacciones, operaciones económicas por medio de esta nueva red no cumplan adecuadamente con sus obligaciones fiscales, transgrediendo así sobre todo el principio de proporcionalidad y equidad tributaria antes referido.

El nuevo mundo digital de la Web3, como se ha podido apreciar, trae consigo muchos beneficios para los usuarios que participan dentro de éste, como la libertad, al democratizarse la red y la privacidad en el tratamiento de sus datos personales, pero

genera a la vez desventajas, por lo complejo que es y la escasa organización en el tema. Es necesario que las autoridades estén involucradas en esta nueva era digital y que se regule en todos los aspectos, pero en específico, en la materia tributaria.

Bibliografía

ADAD ALONSO, Lorena y BRACCIA, Mariano F., "Naturaleza jurídica y tratamiento de los NFTs en el IVA", *Taxlatam*, 21/julio/2022. Consultado en <https://taxlatam.com/noticias/naturaleza-juridica-y-tratamiento-de-los-nfts-en-el-iva/>

ANDRADES, Fran, "El cierre de Silk Road: el gran supermercado de las drogas de Internet", *El Diario*, 08/octubre/2013. Consultado en https://www.eldiario.es/tecnologia/diario-turing/silk-road-supermercado-drogas-Internet_1_5830846.html

BARROILHET DÍEZ, Agustín, "Criptomonedas, economía y derecho", *Revista chilena de derecho y tecnología*, Vol. 8, N° 1, pp. 29-67. Consultado en <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/51584/56575>

Bitcoin en México, "*Identidad descentralizada y su importancia en la Web3*", 2022. Consultado en <https://www.bitcoin.com.mx/identidad-descentralizada-y-su-importancia-en-la-Web3/>

CAMPOS GUTIÉRREZ, Diana, MORENO NERI, José de Jesús y OBREGÓN ÁNGULO, María del Mar, "Implicaciones Fiscales de las operaciones con criptomonedas en México", *Revista Vinculatégica EFAN*, julio 2019. Consultado en http://www.Web.facpya.uanl.mx/vinculategica/vinculategica_5_2/A.19%20Implicaciones%20fiscales.pdf

DABIT, Nader, "What is Web3? The decentralized Internet of the future explained", *Freecodecamp*, 08/septiembre/2021. Consultado en <https://www.freecodecamp.org/news/what-is-Web3/>

EY Global, "Cómo el metaverso y la Web3 están creando verdaderos problemas fiscales", 29/abril/2022. Consultado en https://www.ey.com/es_pa/tax/how-the-metaverse-and-Web3-are-creating-real-tax-issues

Gartner. *¿Qué es la Web3?* 15/febrero/2022. Consultado en <https://www.gartner.mx/es/articulos/que-es-la-Web3>

GUTIÉRREZ, Fernando, "Ley Fintech se queda 'corta' para regular criptomonedas", *El Economista*, 24/abril/2022. Consultado en <https://www.eleconomista.com.mx/sectorfinanciero/Ley-fintech-se-queda-corta-para-regular-criptomonedas-especialistas-piden-delinear-tema-fiscal-y-de-proteccion-de-datos-20220424-0004.html>

HAALAND, Aleksander Vae y THOMPSON, Marcus Meihack, "*NFT Marketplace*", University of Stavanger, 2022. Consultado en <https://uis.brage.unit.no/uis-xmlui/bitstream/handle/11250/3007298/no.uis%3ainspera%3a93568650%3a50876626.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- KO, Hyungjin et al. "The economic Value of NFT: Evidence from a Portfolio Analysis Using Mean-variance Framework", *Finance Research Letters*, N° 47, año 2022. Consultado en <https://ideas.repec.org/a/eee/finlet/v47y2022ipas1544612322000976.html>
- KÜSTER BOLUDA, Inés y HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Asunción, "De la Web 2.0 a la Web 3.0: antecedentes y consecuencias de la actitud e intención de uso de las redes sociales en la Web semántica", *Universia Business Review*, N° 37, año 2013, pp. 104-119. Consultado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4188026>
- LABE, "Aspectos fiscales de la compra y venta de los NFTS", s.f., Consultado en <https://labeabogados.com/blog/aspectos-fiscales-de-la-compra-y-venta-de-nfts/>
- LATORRE ARIÑO, Marino, "Historia de la Web, 1.0, 2.0, 3.0 y 4.0", Blog Marino Latorre, 28/marzo/2018. Consultado en <https://marinolatorre.umch.edu.pe/historia-de-la-Web-1-0-2-0-3-0-y-4-0/>
- LENOBLE, Jean Luc, "NFT, wallet, blockchain, metaverso: ¿qué es la Web3?", MKT Capacitación, 05/julio/2022. Consultado en <https://www.marketingcapacitacion.com/nft-wallet-blockchain-metaverso-que-es-la-Web3/>
- LORENZO, Rocío, "Metaverso: implicaciones y retos fiscales", *Asociación Española de Economía Digital*, 19/septiembre/2022. Consultado en <https://blog.adigital.org/metaverso-implicaciones-y-retos-fiscales-98b0b5a3d093>
- MARÍN ELIZALDE, Mauricio, "Impuestos al comercio electrónico (fiscalidad): (2004) la problemática del impuesto al valor agregado (IVA)", *Revista de Derecho Fiscal*, N°2, julio 2004. Consultado en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/fiscal/article/view/2680>
- MARTÍN RAMALLAL, Pablo, SABATER-WASALDÚA, Jesús y RUIZ MONDAZA, Mercedes, "Metaversos y mundo virtuales, una alternativa a la transferencia del conocimiento", *Fonseca, Journal of Communication*, N° 24, año 2022, pp. 87-107. Consultado en <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/2172-9077/article/view/28287>
- MARTÍNEZ HESSELINK, Guillermo H., *Activos digitales: una perspectiva contable* (Doctoral dissertation, Universidad de Belgrano, 2021. Consultado en <http://repositorio.ub.edu.ar/bitstream/handle/123456789/9481/Mart%C3%ADnez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- MIRANDA, David, "¿Qué son las criptomonedas y cómo funcionan?", *National Geographic*, 2022. Consultado en https://www.nationalgeographic.com.es/mundo-ng/que-son-criptomonedas-y-como-funcionan_16981
- MONFORTE, Eugenia, "Impuestos directos e indirectos", *Camerfirma*. 2022. Consultado en <https://www.camerfirma.com/impuestos-directos-e-indirectos-cuales-son-y-como-te-afectan/>
- RETAMAL DOLADER, Carlos, BEL ROIG, José, MÚÑOZ TAPIA, José Luis, "La blockchain: fundamentos, aplicaciones y relación con otras tecnologías disruptivas", *Revista Economía industrial*, 2017, pp. 33-40.

Consultado

en

<https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/405/DOLADER,%20BEL%20Y%20MUÑOZ.pdf>

ROOSE, Kevin, "La guía cripto para despistados", *The New York Times*, 29/marzo/2022. Consultado en

<https://www.nytimes.com/es/interactive/2022/03/29/espanol/guia-criptomonedas.html>

SECO FERREIRA, Antonio, "Tributación del comercio electrónico: Perspectivas tecnológicas", Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Integración de Programas regional, *Revista Fiscal*, 2021. Consultado en <https://www.ciat.org/publicaciones/>

TALAVERA, Jorge "Las criptomonedas y su desafío legal", *EL Mundo del Abogado*, 01/febrero/2018. Consultado en <https://www.mrclickmx.com/abogado/revista/posiciones/item/las-criptomonedas-y-su-desafio-legal>

Régimen Simplificado de Confianza. Análisis fiscal para la incorporación de economías informales

DIEGO ALEJANDRO RUIZ MARTÍN
JAVIER SANTIAGO RAMÍREZ CORONADO
OSCAR ALEJANDRO ARENAS PLASCENCIA¹

SUMARIO: I. *La evolución de la economía informal en México como incapacidad del estado para abastecer a todas las unidades productivas.* II. *Régimen Simplificado de Confianza (RESICO): una solución para combatir la economía informal.* III. *Comparativa del Régimen Simplificado de Confianza (RESICO) frente a regímenes anteriores.* V. *Conclusiones.*

Resumen. El presente estudio aborda las implicaciones que dieron pie al origen del Régimen Simplificado de Confianza (RESICO), en torno a cumplir su principal finalidad la cual es la incorporación de las economías informales para que puedan participar en el gasto público, haciendo una descripción breve de lo que implica tributar bajo este régimen. Además, se realiza una comparativa con los distintos regímenes anteriores a la creación del RESICO en cuanto a cifras de recaudación del Impuesto sobre la Renta y de los datos obtenidos con respecto al padrón de contribuyentes, para llegar a la conclusión de si verdaderamente dicho régimen está encaminado a cumplir con la incorporación de las economías informales.

Palabras clave: Impuesto sobre la Renta, Economía Informal, Régimen Simplificado de Confianza.

Abstract. *This study addresses the implications that gave origin to the Simplified Trust Regime, in order to fulfill its main purpose, which is the incorporation of informal economies so that they can participate in public spending, making a brief description of the implications of paying taxes under this regime. In addition, a comparison is made with the different regimes prior to the creation of RESICO in terms of income tax collection figures and the data obtained with respect to the taxpayer registry, in order to reach the*

¹ Estudiantes de la licenciatura en Derecho de la Universidad Panamericana campus Guadalajara.

conclusion as to whether this regime is truly aimed at complying with the incorporation of informal economies.

Keywords: Income Tax, Informal Economy, Simplified Trust Regime.

I] La evolución de la economía informal en México como incapacidad del estado para abastecer a todas las unidades productivas

En la actualidad se calcula que aproximadamente 31 millones de trabajadores participan en el sector informal.² A pesar de que en México se han implementado distintas regulaciones y reformas en materia fiscal, la recaudación tributaria es muy baja ya que el 32% representa a la economía informal. Históricamente, se ha ligado el crecimiento del empleo en el sector informal a las crisis económicas y al bajo crecimiento. Se da en doble aspecto: la crisis económica genera desempleo y los desempleados migran al sector informal.

El economista peruano Hernando de Soto ha señalado que el empleo informal es la forma en que la población reacciona a la incapacidad del Estado para satisfacer las necesidades de la población más pobre de un país³. Al dedicarse a la informalidad, los trabajadores deciden sacrificar el pago de impuestos y las prestaciones que implica la economía formal para generar ingresos que, en muchos casos, son altamente rentables⁴. Incluso, muchas personas ven el incentivo de la evasión fiscal como motivo para dedicarse a la economía informal.⁵

Por consiguiente, los trabajadores que deciden salirse del modelo formal para pasar a la economía informal. Muchas veces lo hacen por la flexibilidad y autonomía e incluso se encuentran una alternativa ante la deficiencia de los servicios públicos.⁶

² GARCÍA, Ana Karen, *Informalidad laboral: 6 de cada 10 trabajadores en México no tienen acceso a salud*. México, 2022. <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/6-de-cada-10-trabajadores-en-Mexico-no-cuentan-con-acceso-a-instituciones-de-salud-20220523-0028.html> Fecha de consulta: 27 de octubre del 2022.

³ DE SOTO, Hernando, *El otro sendero*, La Oveja Negra, Colombia, 1987.

⁴ *Idem*.

⁵ MARTÍNEZ, Luis David, *Política fiscal, mercado de trabajo y empleo informal en México*, Revista Mexicana de Economía y Finanzas, 2018, México, pp. 79-100.

⁶ DAUDE, Christian, *Informalidad y política fiscal en América Latina: Una visión integral de los desafíos*, Centro de Desarrollo OCDE, Bogotá, 2012.

La respuesta del Estado Mexicano a la creciente evolución del empleo informal ha sido implementar nuevos impuestos (Impuestos a los Depósitos en Efectivo (IDE), hoy desaparecido) para desincentivar la informalidad, pero no ha surtido el efecto deseado porque solamente atiende a la base de la economía formal, lo cual solamente resta valor y competitividad a los ingresos del sector formal.⁷

En México ha entrado en vigor una regulación tributaria llamada Régimen Simplificado de Confianza (RESICO) cuya finalidad es captar las contribuciones de las personas mediante tablas de cálculo del Impuesto sobre la Renta que son muy bajas. Con este régimen lo que se busca es incentivar la incorporación de las personas que trabajan en mercado informal al formal.⁸ Las tasas del RESICO oscilan entre el 1% y 2.5%.⁹

En América Latina, la implementación de regímenes de confianza ha tenido un impacto eficaz en la reducción de la informalidad. En Brasil, como consecuencia de la implementación del régimen tributario, cayó del 51% en 2001 a 39% en 2011.¹⁰ Con ello, se consigue simplificar las obligaciones tributarias de los pequeños contribuyentes.

Uno de los grandes retos de la implementación del régimen de confianza es el cumplimiento con las obligaciones fiscales como el Comprobante Fiscal Digital a través de Internet (CFDI), obligaciones de buzón tributario, pago de IVA o firma electrónica que deberán cumplir los nuevos contribuyentes que se incorporen de la economía informal al sector formal. Por lo que debería de haber más incentivos para cumplir con los porcentajes de incorporación esperados por el Servicio de Administración Tributaria.¹¹

Durante los primeros quince años del siglo XXI se registró un aumento en las personas que pasaron a estar registradas en

⁷ *Idem.*

⁸ ZÚÑIGA SÁNCHEZ, Christian Josué, *Impacto del nuevo RESICO en el mercado informal*, 2022, México, pp. 18-22

⁹ *Idem.*

¹⁰ CÁRDENAS, Mauricio, *Cuatro estrategias fiscales para reducir la informalidad en América Latina y el Caribe*. México, 2021. <https://blogs.iadb.org/gestion-fiscal/es/cuatro-estrategias-fiscales-para-reducir-la-informalidad-en-america-latina-y-el-caribe/> . Fecha de consulta: 27 de octubre del 2022.

¹¹ El Contribuyente, *RESICO no será suficiente para combatir informalidad*: ICPNL. México, 2021.

<https://www.elcontribuyente.mx/2021/11/resico-no-sera-suficiente-para-combatir-informalidad-icpnl/> Fecha de consulta: 27 de octubre del 2022.

alguna institución de salud a pesar de que el empleo informal se mantuvo estable en ese lapso de tiempo. En concreto, se trata de un aumento de 40 a 100 millones de personas.¹² Gran parte de este incremento se reflejó en el Seguro Popular, que era la institución que suelen utilizar aquellas personas con empleo informal que carecían de seguridad social. En este sentido, instituciones que fungen como protección social pueden ser un incentivo para incorporar a los trabajadores informales a la economía formal.

En la actualidad, la tendencia al alza del empleo informal continua. De acuerdo a la encuesta del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) llamada *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo*, se ha registrado un aumento de 3.9 millones de personas en la economía informal respecto a 2020.¹³ Del total de las personas encuestadas, el 37% de ellas ha mencionado que se encuentra en la economía informal por la falta de oportunidades en las empresas del sector formal y un 33% afirma que lo hace por los salarios bajos que percibe.¹⁴ Tomando en consideración ambas cifras se puede afirmar que el valor real de los salarios ha perdido valor en los últimos tiempos y ven el incentivo de que recupere el valor perdido en el ámbito de la informalidad.

Durante la pandemia del coronavirus el sector de los trabajadores independientes registró un aumento de casi un millón de personas que se dedican al sector informal.¹⁵ El Régimen Simplificado de Confianza está pensado para expandir la base tributaria teniendo como objeto a los independientes.¹⁶ Incluso, la gran ventaja de este régimen es que permite simplificar los trámites necesarios para la declaración de impuestos mediante la aplicación de herramientas tecnológicas.¹⁷

En el primer semestre de implementación del Régimen Simplificado de Confianza ha estado lejos de alcanzar las metas de

¹² IBARRA-OLIVO, Eduardo, *Estimación de la informalidad en México a nivel subnacional*. 2021, Chile, pp. 22-23.

¹³ IDC, *¿Mexicanos podrían dejar su empleo para ingresar a la informalidad?*. 2021, México. <https://idconline.mx/laboral/2021/11/30/mexicanos-podrian-dejar-su-empleo-para-ingresar-a-la-informalidad-occmundial> Fecha de consulta: 30 de octubre del 2022.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ HERNÁNDEZ, Gerardo, *El trabajo independiente es el que más ha crecido; el SAT lo sabe y lo quiere formalizar*. 2021, México. <https://www.eleconomista.com.mx/capitalhumano/El-trabajo-independiente-es-el-que-mas-ha-crecido-el-SAT-lo-sabe-y-lo-quiere-formalizar-20211013-0149.html> Fecha de consulta: 30 de octubre del 2022.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Idem*.

contribución planeadas por el Servicio de Administración Tributaria.¹⁸ En personas físicas el objetivo de la recaudación era de 10 millones 200 mil personas mientras que solamente se ha logrado 2 millones 100 mil personas tributen en el nuevo régimen contributivo y en personas morales, solamente se ha logrado la contribución del 8.2%.¹⁹

En la actualidad, el sistema complejo y burocrático del Servicio de Administración fomenta la informalidad debido a las excesivas regulaciones y formalismos.²⁰

En palabras del Banco Interamericano de Desarrollo, *la formalidad no debe pensarse como un fin en sí mismo, sino como un medio para alcanzar el objetivo último de incrementar el bienestar de los trabajadores, particularmente de aquellos de menores ingresos.*²¹ En la región de América Latina se pueden agrupar en cuatro grupos las políticas destinadas a eliminar la informalidad: reducción de costos laborales, regímenes simplificados, fiscalización y disuasión y programas de protección social.²²

En lo referente a los costos laborales, países de la región han implementado reformas fiscales con el objeto de disminuir las retenciones laborales. El caso de éxito en la implementación de ello es la reforma tributaria del 2012 en Colombia: una reducción del impuesto a nomina pagado por el patrón del 29.5% al 16%.²³

Con ello se logró una incorporación del 3% del sector informal a la economía formal y una disminución de idéntico porcentaje.²⁴

¹⁸ Miskuentas, *Resico con Baja Recaudación y Rezago de Contribuyentes*. México, 2022. <https://www.miskuentas.com/noticias/sat/resico-con-baja-recaudacion-y-rezago-de-contribuyentes/>. Fecha de consulta: 30 de octubre del 2022.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ GORDILLO, Agustín, *Estrictas medidas del SAT para recaudar alientan la informalidad: CEESP*. México, 2021. <https://www.elcontribuyente.mx/2021/07/estricas-medidas-del-sat-para-recaudar-alientan-la-informalidad-ceesp/>. Fecha de consulta: 30 de octubre del 2022.

²¹ CÁRDENAS, Mauricio, *Consideraciones para el diseño de políticas fiscales para reducir la informalidad en América Latina y el Caribe*. 2021. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Consideraciones-para-el-diseño-de-políticas-fiscales-para-reducir-la-informalidad-en-América-Latina-y-el-Caribe.pdf>. Fecha de consulta: 30 de octubre del 2022.

²² *Idem*.

²³ *Ibidem* pp.17.

²⁴ *Idem*.

En México, el gobierno en turno ha decidido incrementar los costos laborales en un 40% durante el periodo de 2018 a 2022. Con ello, se sigue fomentando la informalidad en el país y es una muestra de la incapacidad del Estado para poder expandir la base tributaria e incrementar el porcentaje de recaudación con relación al PIB.²⁵

La solución tributaria al problema de la informalidad en la economía mexicana pasa por elaborar una reforma fiscal íntegra que abarque incentivos, reducción de costos laborales y un mayor impulso a la implementación del régimen de confianza para que permita incrementar la base de la recaudación tributaria en México.²⁶

II] Régimen Simplificado de Confianza (RESICO): una solución para combatir la economía informal

El 12 de diciembre del 2021 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto donde se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, de la Ley Federal del Impuesto sobre Automóviles Nuevos, del Código Fiscal de la Federación y otros ordenamientos.²⁷ Donde entre diversos cambios, se creó el Régimen Simplificado de Confianza (RESICO).

1. *¿Qué es y cómo funciona el Régimen Simplificado de Confianza?* El Régimen Simplificado de Confianza (RESICO) se encuentra regulado en la Ley del Impuesto sobre la Renta, dicho régimen establece dos maneras de tributar; uno para personas físicas y otro para personas morales.

En cuanto a personas físicas, el artículo 113-E establece las condiciones que una persona física debe cumplir para poder acceder a dicho régimen. Dentro de estas condiciones, las personas físicas deberán encontrarse en cualquiera de los siguientes tres

²⁵ HERNÁNDEZ, Enrique, *Aumentan 40% los costos laborales en el gobierno de AMLO, alerta CEESP*. México, 2022. <https://www.forbes.com.mx/aumentan-40-los-costos-laborales-en-el-gobierno-de-amlo-ceesp/> Fecha de consulta: 30 de octubre del 2022.

²⁶ FLORES, Leonor, *Reforma fiscal debe combatir la informalidad y no tocar el IVA: contadores*. México, 2021. <https://www.eluniversal.com.mx/cartera/reforma-fiscal-debe-combatir-la-informalidad-y-no-tocar-el-iva-contadores> Fecha de consulta: 30 de octubre del 2022.

²⁷ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, 12 de noviembre del 2021.

regímenes fiscales²⁸: (i) Actividades empresariales y servicios profesionales; (ii) Uso o goce temporal de bienes; (iii) Actividades agrícolas, ganaderas, pesqueras o silvícolas.

Entre las ventajas del RESICO se encuentra la disminución de obligaciones y cargas administrativas de aquellas personas físicas que se inscriban a este régimen serán considerablemente disminuidas, ya que no deberá cumplir con: *La presentación de declaraciones informativas, de retenciones, de operaciones con proveedores, provisionales y la declaración anual, así como llevar y conservar contabilidad.*²⁹ Otro beneficio que trae consigo ser parte del RESICO, es la considerable disminución en la tasa impositiva, teniendo tasas que varían dependiendo de los ingresos que la persona física perciba, dichas tasas varían entre el 1.00% a aquellos que reciben ingresos hasta de 300,000.00 pesos y siendo la tasa máxima la de 2.50% a aquellos contribuyentes que ganan más de 2,500,000.00 pesos y menos de 3,500,000.00, siendo este el monto máximo de ingresos para poder estar inscrito dentro de este régimen.³⁰

El funcionamiento del RESICO permite un cumplimiento sencillo de las obligaciones fiscales, pues basta con estar inscrito en el Registro Federal de Contribuyentes, contar con firma electrónica avanzada, contar con buzón tributario activo, contar con Comprobantes Fiscales Digitales por Internet (CFDI) que amparen los ingresos cobrados, mantener los CFDI que amparen sus gastos, expedir CFDI a sus clientes, y posteriormente el contribuyente únicamente deberá ingresar al Portal del Servicio de Administración Tributaria y encontrará la información ya cargada, donde únicamente deberá hacer las correcciones necesarias y pagar lo que se le indique.³¹

En cuanto a las personas morales, el artículo 206 de la misma ley enumera las condiciones para que una persona moral pueda acceder a dicho régimen, de entre estas condiciones destaca que la persona moral no podrá tener ingresos mayores a 35 millones de

²⁸ BIND ERP, *RESICO: guía completa para personas físicas*, México, 2022. <https://blog.bind.com.mx/resico> Fecha de consulta: 04 de noviembre del 2022.

²⁹ Exposición de Motivos de la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta, de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, de la Ley Federal del Impuesto sobre Automóviles Nuevos, del Código Fiscal de la Federación y Otros Ordenamientos, pp. 51.

³⁰ Artículo 113-F de la Ley del Impuesto Sobre la Renta. Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 12 de noviembre del 2021.

³¹ Ley de Impuesto sobre la Renta artículos 113-E, 113-F y 113-G.

pesos, de la misma manera, las personas morales que se inscriban a este régimen tendrán ventajas como:

Los contribuyentes en este nuevo régimen dejarán de realizar las declaraciones provisionales mediante el uso del coeficiente de utilidad obtenido de su declaración anual del ejercicio fiscal anterior, (...) asimismo, este Régimen Simplificado de Confianza para personas morales, maximiza la simplificación en la presentación de declaraciones, pues se estarán aprovechando las herramientas tecnológicas con las que cuenta actualmente el Servicio de Administración Tributaria.³²

El funcionamiento de RESICO en personas morales es más complejo que en personas físicas y esto tiene su razón en los motivos de esta reforma, los cuales a pesar de ser el mismo régimen no buscan la misma finalidad.

2. *El Régimen Simplificado de Confianza (RESICO) como un rescate y una solución.* Si bien el RESICO fue creado para personas físicas y personas morales, la finalidad que tiene este régimen en cada tipo de contribuyente es diferente, por ende, es importante analizarlas a detalle.

a. *Régimen Simplificado de Confianza (RESICO) para personas físicas una solución al comercio informal.* México se encuentra en una situación preocupante, ya que su índice de recaudación de impuestos es demasiado bajo; dentro de los países que son miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) México es considerado uno de los países con los ingresos tributarios más bajos, porque, en 2020 únicamente logró recaudar el 14.4% de su producto interno bruto (PIB).³³

Este problema no se debe a la falta de la inscripción de las personas en el Régimen Federal de Contribuyentes (RFC), a finales del 2021 el Servicio de Administración Tributaria contaba con una cifra cercana a los 80.7 millones de contribuyentes activos, cantidad que va en aumento con el transcurso de los años, a pesar de la alta cantidad de contribuyentes registrados en el RFC únicamente 4 millones de personas presentaron su declaración con pago de ISR

³² *Op.cit.* Exposición de motivos, pp. 54-55.

³³ GUZMÁN, Karen, *México, entre los países miembros de la OCDE con menor recaudación tributaria: Hacienda*, 2021. <https://www.milenio.com/negocios/mexico-paises-menor-recaudacion-tributaria-hacienda> Fecha de consulta: 04 de noviembre del 2022.

equivalente al 4.9% respecto del total de contribuyentes registrados.³⁴

Es derivado a lo anterior que el SAT intenta aumentar la cantidad de contribuyentes activos, buscando incorporar la informalidad, esto lo expresó la ex jefa del Servicio de Administración Tributaria (SAT) Raquel Buenrostro: *Queremos simplificar al cumplido y capturar al informal, para que no siempre paguen los mismos; a los que se portan bien vamos a hacerles la vida fácil y a los informales vamos a buscarlos; cada peso que le ganemos a la informalidad son menos impuestos para los que pagamos.*³⁵

En consecuencia, el Estado Mexicano creo como solución a los problemas de la baja recaudación fiscal y la economía informal la creación del Régimen Simplificado de Confianza (RESICO).

Dicho régimen busca ayudar a aquellos que se mantienen en la economía informal, para lograr que se integren al sistema tributario, sin la necesidad de imponer cargas administrativas complicadas, ya que una de sus finalidades es *otorgar una manera sencilla, rápida y eficaz en el pago de las contribuciones, sobre todo para aquellos contribuyentes con menor capacidad administrativa y de gestión.*³⁶

Dicha finalidad, se puede ver materializada en la simplicidad que el Servicio de Administración Tributaria otorga para la presentación de las declaraciones mensuales y anuales de aquellos que tributen en este régimen.

La dificultad en el pago de impuestos ha alejado a las personas situadas dentro de la informalidad a incorporarse al sistema tributario, esto se puede evidenciar con datos del Banco Mundial, donde en su reporte anual *Doing Business* dice que: *En México los contribuyentes requieren 241 horas al año para cumplir con sus obligaciones fiscales, mientras que en los países miembros de la OCDE se requieren en promedio 161 horas, lo que representa una diferencia de 80 horas al año.*³⁷

³⁴ PATIÑO, Dainzú, *SAT tiene de contribuyentes lo que Alemania de población... y aun así recauda poco*, 2022. <https://expansion.mx/economia/2022/02/04/contribuyentes-sat-impuestos> Fecha de consulta: 05 de noviembre del 2022.

³⁵ GAZCÓN, Felipe, *La apuesta del SAT: conseguir más contribuyentes*, 2021. <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/2021/09/09/sat-se-frota-las-manos-con-regimen-para-pago-de-impuestos-preve-alza-en-numero-de-contribuyentes/> Fecha de consulta: 05 de noviembre del 2022.

³⁶ *Op.cit.* Exposición de motivos, pp. 50.

³⁷ Criterios Generales de Política Económica para la Iniciativa de la Ley de Ingresos y Presupuesto de Egresos de la Federación correspondientes al ejercicio fiscal de 2022, pp. 43.

Lo anterior evidencia la complejidad que presenta un contribuyente para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, ocasionando que las personas prefieran no cumplir con estas obligaciones, tales como como la presentación de declaraciones informativas de retenciones, de operaciones con proveedores, provisionales y la declaración anual, así como llevar y conservar su contabilidad, obligaciones que el contribuyente tiene y que forzosamente tengan que contratar terceros para cumplir. Por lo que eliminando dichas cargas ocasionará facilidad para el pago de impuestos.³⁸

El RESICO no pretende imponer altas cargas económicas a los contribuyentes, si no que prevé tasas bajas las cuales aumentan dependiendo de los ingresos del contribuyente. La misma exposición de motivos de la reforma fiscal que prevé el Régimen Simplificado de Confianza señala la doble finalidad que persigue:

En tales consideraciones, podemos advertir que el nuevo régimen, además de facilitar a los contribuyentes el cumplimiento de sus obligaciones, busca la incorporación a la base de contribuyentes de quienes se encuentran en la informalidad, al ofrecer tasas de tributación bajas.³⁹

La creación del Régimen Simplificado de Confianza se alinea con lo propuesto por la actual administración en el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 (PND), donde se evidencia este problema dentro del apartado de *Economía*:

Hoy en día más de la mitad de la población económicamente activa permanece en el sector informal, la mayor parte con ingresos por debajo de la línea de pobreza y sin prestaciones laborales. Esa situación resulta inaceptable desde cualquier perspectiva ética y pernicioso para cualquier perspectiva económica: para los propios informales, que viven en un entorno que les niega derechos básicos, para los productores, que no pueden colocar sus productos por falta de consumidores, y para el fisco, que no puede considerarlos causantes.⁴⁰

De igual manera, RESICO atiende a lo planteado en los Criterios Generales de Política Económica para la Iniciativa de la Ley de Ingresos y Presupuesto de Egresos de la Federación correspondientes al ejercicio fiscal de 2022, donde establece como

³⁸ *Ibidem* pp. 44.

³⁹ *Op.cit.* Exposición de motivos, pp. 52.

⁴⁰ Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024. Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 12 de julio del 2019.

eje la simplificación administrativa en el pago de impuesto, ya que lograr esto implica que los contribuyentes pequeños se adhieran al sistema fiscal, mismo que evitan los contribuyentes por su alto costo administrativo, por lo que con la aplicación del Régimen Simplificado de Confianza al aplicar cuotas de acuerdo a sus ingresos y reducir los trámites para cumplir sus obligaciones fiscales, será de mayor interés de los contribuyentes migrar a la formalidad.⁴¹

En caso contrario, la finalidad por la cual se creó el Régimen Simplificado de Confianza para personas morales es diferente al de las personas físicas, por lo que a continuación se analizará brevemente los motivos que persigue la implementación del Régimen Simplificado de Confianza para las personas morales.

b.- *Régimen Simplificado de Confianza (RESICO) para personas morales como una medida de reactivación económica.* La finalidad expuesta para la creación del RESICO en personas físicas y en personas morales es distinta. Derivado de la pandemia ocasionada por el virus SARS-CoV-2 las empresas sufrieron grandes pérdidas, es por esto por lo que se está buscando promover la recuperación económica de las empresas a través de este régimen el cual fomenta la inversión.

Dicho régimen permitirá pagar el ISR en base al flujo de efectivo, esto es que las personas morales pagarán el impuesto sobre la renta una vez que efectivamente se haya cobrado, dotando de liquidez a las medianas y pequeñas empresas.⁴²

La razón primordial por la cual se creó este régimen para personas morales esta claramente establecido en los Criterios Generales de Política Económica para la Iniciativa de la Ley de Ingresos y Presupuesto de Egresos de la Federación correspondientes al ejercicio fiscal de 2022: *Con este nuevo régimen, las empresas tendrán mayor liquidez e incentivos adicionales para fomentar la inversión y la creación de empleo. De esta forma, la política tributaria contribuye para acelerar la recuperación económica en 2022.*⁴³

Quedando clara las finalidades que persigue la creación del RESICO en personas morales y personas físicas, lo conducente será analizar si en realidad el Régimen Simplificado de Confianza ha estado logrando dichas finalidades en el corto tiempo que ha estado vigente, de igual manera, es importante comparar la eficacia del RESICO con otras medidas similares que se han tomado con

⁴¹ *Op. cit.* Criterios Generales de Política Económica, pp. 44.

⁴² *Op. cit.* Exposición de motivos, pp. 54.

⁴³ *Op. cit.* Criterios Generales de Política Económica, pp. 45.

anterioridad, como los son el Régimen de Incorporación Fiscal (RIF) y el Régimen de Pequeños Contribuyentes (REPECO).

III] Comparativa del Régimen Simplificado de Confianza (RESICO) frente a regímenes anteriores

El Régimen Simplificado de Confianza nace como una respuesta a la recaudación, especialmente refiriéndonos al mercado informal, su principal fin para el cual fue creado el régimen es el incremento en el padrón de contribuyentes y, a su vez, la disminución del comercio en la informalidad para que puedan participar en el gasto público.

Como se explicó antes, las ventajas a la incorporación de este régimen se simplifican en poder declarar y pagar los impuestos de una manera muy sencilla con tasas muy bajas que oscilan entre el 1% a 2.50%⁴⁴ para el cálculo del Impuesto Sobre la Renta (ISR), ya que una principal queja por parte de los contribuyentes es lo complejo que consiste la autodeterminación del impuesto y sobre todo porque muchos de ellos no cuentan con un contador que los asista.

La creación del régimen es reciente y suena muy tentadora para aquellos contribuyentes que tienen ingresos mediamente altos, pero, ¿Certeramente está podrá ser la respuesta a las necesidades que se buscan cumplir?; expertos han afirmado que incluso el resultado puede ser todo lo contrario; en el primer trimestre del 2022 se tuvo una caída de 6 mil 400 millones de pesos en recaudación de ISR de personas físicas comparado con el año 2021⁴⁵, aunque, también hay cifras que revelan un incremento en personas físicas que se adhirieron al padrón de contribuyentes con la entrada en vigor de este nuevo régimen, al final de mayo se registraron 2 millones 366,743 de personas que empezaron a tributar bajo el régimen⁴⁶, lo que se traduce con un incremento en el padrón de contribuyentes adscritos a la formalidad.

⁴⁴ Ley del Impuesto Sobre la Renta.

⁴⁵ VÁSQUEZ, Azucena, *Nuevo régimen fiscal fracasó. - México Evalúa*. México. 2022. https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/preacceso/articulo/default.aspx?__rval=1&urlredirect=/nuevo-regimen-fiscal-fracaso-mexico-evalua/ar2408986. Fecha de consulta: 05 de noviembre de 2022.

⁴⁶ NOLASCO, Santiago, *Más de 45,000 personas físicas se unieron al Resico*. México, 2022. <https://www.eleconomista.com.mx/economia/Mas-de-45000-personas-fisicas-se-unieron-al-Resico-20220615-0102.html>. Fecha de consulta 05 de noviembre de 2022.

1. *La ineficacia del Régimen de Incorporación Fiscal (RIF).* Ahora bien, el surgimiento del RESICO proviene de antecedentes que también partieron de la misma finalidad, la cual era la incorporación de los pequeños contribuyentes y, por consecuencia, del comercio informal. El primer sucesor que tuvo el RESICO fue el Régimen de Incorporación Fiscal (RIF). Anteriormente se encontraba el Régimen de Pequeños Contribuyentes (REPECO), pero, se descartó por la facilidad que encontraron los contribuyentes en evadir sus obligaciones fiscales puesto que no previa el requisito de avalar las operaciones mediante algún documento, como es el caso actual con el Comprobante Fiscal Digital por Internet (CFDI).

En el caso del primero, este régimen se centró en contribuyentes que no tenían un título profesional y se dedicaban a la enajenación o prestación de servicios, otro factor que lo distinguía era su monto que no podía exceder de la cantidad de 2 millones de pesos por ingresos obtenidos por la realización de las actividades ya mencionadas.

Asimismo, la principal característica que tenía el RIF es la forma en la que podían tributar los contribuyentes conforme al paso del tiempo y está se basaba en otorgar un descuento del 100%, bajando un 10% año con año, hasta llegar al décimo año⁴⁷, lo que significaba en un principio una gran oportunidad para los contribuyentes que buscaban adherirse a este régimen. Sin embargo, el RIF no fue la solución esperada debido a las implicaciones que tenía tributar bajo esta forma, uno de los puntos por los cuales es criticado es el acceso a internet, porque, aquellos contribuyentes que no poseían acceso a la red tenían que efectuar sus trámites vía telefónica⁴⁸; el RIF contenía dos requisitos referenciados al problema planteado: i) emitir CFDI a través de internet y ii) realizar el pago de impuestos vía internet⁴⁹.

Por la misma finalidad que han perseguido los regímenes creados, la cual es atraer a las economías informales al cumplimiento de sus obligaciones tributarias, es necesario realizar un comparativo de estos dos últimos, puesto que son los más recientes y de donde se han obtenido más resultados. Una característica que distinguía ambos regímenes fue la tasa. En el RIF,

⁴⁷ NATAREN, Cinthia Espinosa. *Impacto que ha tenido la implementación del Régimen de Incorporación Fiscal (RIF) en los contribuyentes involucrados*. México, 2015, página 10. <https://www.uv.mx/iic/files/2018/01/08-B0205.pdf> Fecha de consulta: 05 de noviembre de 2022.

⁴⁸ *Ibidem*, página 11.

⁴⁹ *Ibidem*, página 15-16.

las tasas de ISR van desde el 1.92% hasta el 35%, que va aumentando gradualmente mientras que en el RESICO son tasas fijas que van desde el 1% hasta el 2.5%. Por último, cabe destacar, y es un incentivo muy importante para incrementar la base: el tope de ingresos de personas físicas para tributar en el RESICO es de 3 millones 500 mil pesos mientras que en el RIF era de dos millones de pesos⁵⁰.

2. Análisis en la recaudación y el padrón de contribuyentes.

Atendiendo los resultados que han traído los diferentes regímenes, es de notable importancia analizarlos mediante los ingresos que se han obtenido por Impuesto sobre la Renta y el incremento del padrón de contribuyentes. En el caso del Régimen de Incorporación Fiscal la recaudación por Impuesto sobre la Renta (personas físicas y morales en conjunto) en el mes de enero del año 2014, año en el que entró en vigor el RIF, alcanzó los 116,534 millones de pesos, en comparación con el RESICO, que entró en vigor con la reforma de este año en la ley del Impuesto sobre la Renta, la cifra es de 213,537 millones de pesos en el mismo mes del año en curso⁵¹. Así, la comparación sigue escalando, en cuanto al primer trimestre del año 2014 la tributación que se obtuvo por ISR fue un total de 273,723 millones⁵² y en cuanto a lo revelado por el Primer trimestre del Informe Tributario y de Gestión del 2022 la recaudación sumo un total de 704 millones de pesos en ISR⁵³.

Otro punto importante por considerar en la comparativa es la cantidad de contribuyentes que se registraron en el padrón de contribuyentes, el cual conforma un registro para conocer cuantas personas cumplen con sus responsabilidades en materia tributaria. El RIF tuvo una vigencia de siete años, en otras palabras, inició en 2014 y se abroga en 2021, en su último año alcanzó una cifra de 80,734,696 millones de contribuyentes cuando al inicio de su periodo solo se encontraban 41,970,904 millones contribuyentes,

⁵⁰VALLES, Yenisey. *Con el nuevo esquema del régimen de confianza, el ISR a pagar mensualmente se determinará con las facturas emitidas*. México, 2021. <https://expertopyme.com/regimen-confianza-sat/> Fecha de consulta: 06 de noviembre del 2022.

⁵¹Datos abiertos del Servicio de Administración Tributaria. http://omawww.sat.gob.mx/cifras_sat/Paginas/datos/vinculo.html?page=IngresosTributarios.html Fecha de consulta: 05 de noviembre de 2022

⁵²Idem.

⁵³Informe Tributario y de Gestión, Primer Trimestre 2022. http://omawww.sat.gob.mx/gobmxtransparencia/Paginas/documentos/itg/ITG_2022_1T.pdf Fecha de consulta: 06 de noviembre de 2022.

resultando así una incorporación de casi 40 millones de contribuyentes adheridos a la formalidad, no obstante, en su primer año solo obtuvo 4,324 millones de contribuyentes inscritos. Para el caso del RESICO las cifras aún se encuentran en camino por aumentar el padrón, y como todavía no se completa un año desde que el régimen entró vigente solo analizaremos los datos de enero-septiembre, a principios del año el padrón de contribuyentes inició con 80,780,732 millones de contribuyentes inscritos y en septiembre solo hubo un aumento hasta la cifra de 81,724,225 millones de contribuyentes, por lo que, se puede deducir que aún le quedan retos por cumplir para, en su caso, alcanzar la cifra que el RIF obtuvo con su primer año en vigencia⁵⁴.

3. *Las oportunidades de mejora del Régimen Simplificado de Confianza (RESICO)*. Con la comparativa anterior es evidente que el RESICO sigue en sus primeros pasos para seguir fomentado la incorporación de aquellos contribuyentes que aún se encuentran en la informalidad. De acuerdo con los datos expuestos se puede apreciar que las facilidades administrativas y las tasas pequeñas y fijas que otorga el RESICO influyeron de manera positiva en la recaudación que se obtuvo del ISR, sin embargo, aún le queda la tarea a las autoridades fiscales de implementar medidas más eficientes en cuanto al incremento del padrón de contribuyentes.

Lo anterior se traduce en la tasa de informalidad laboral, ya que un gran factor de que una economía informal exista tiene su origen en la situación laboral que enfrenta el país, como ya se ha expuesto con anterioridad al inicio de este documento.

La tasa de informalidad laboral se refiere al porcentaje de la población ocupada que labora en el sector informal.⁵⁵ El Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) demostró que en el año 2021 la tasa de informalidad laboral fue de 56.6%,⁵⁶ en comparación con el 2022 se disminuyeron 1.2 puntos arrojando

⁵⁴Datos abiertos del Servicio de Administración Tributaria. http://omawww.sat.gob.mx/cifras_sat/Paginas/datos/vinculo.html?page=giipTipCon.html. Fecha de consulta: 06 de noviembre de 2022.

⁵⁵ Banxico. <https://www.banxico.org.mx/TablasWeb/informes-trimestrales/abril-junio-2021/1AD68A04-F466-4F14-83E4-3D3F83C7B0FE.html>. Fecha de consulta: 06 de noviembre de 2022.

⁵⁶Forbes Staff. *2021 cierra con 56.6% de empleo informal: Inegi*. México 2022. <https://www.forbes.com.mx/economia-2021-cerro-con-aumento-en-la-informalidad-laboral-56-6-de-la-poblacion-ocupada/> Fecha de consulta: 06 de noviembre de 2022.

como resultado una tasa de 55.4%⁵⁷ hasta el mes de agosto de 2022.

De manera objetiva estos datos se relacionan en lo respectivo al padrón de contribuyentes; por una parte se reveló que el padrón incremento en una cantidad menor comparado con el RIF al primer año de su entrada en vigor, contrario a la tasa de informalidad laboral que disminuyó en un porcentaje considerable comparado con años anteriores, lo que significa que por una parte los contribuyentes no se sienten incentivados en cuanto a asumir sus responsabilidades tributarias, pero, de cierta manera si buscan poder participar en la formalidad mediante sus empleos.

Por lo que, es claro que el objetivo que se podría atacar para crear la solución esperada (una recaudación numerosa, un incremento alto en el padrón y una tasa de informalidad baja), es crear más incentivos en cuanto al registro, tales como algún descuento en el primer ejercicio por el buen cumplimiento del contribuyente en materia obligaciones fiscales, tomando como ejemplo el RIF, además de las tasas fijas y bajas que elevaron la recaudación, las facilidades administrativas para aquellos contribuyentes que no cuenta con la facilidad de ser asistidos por un experto, como lo podemos observar en la creación del RESICO, y el aumento de empleos, mismo que podría formar parte de los incentivos que se podrían otorgar a las personas morales por mantener activos a sus empleados y que también sigue la misma línea de fomentar su rescate derivado de las implicaciones económicas que tuvo el COVID-19.

Asimismo, el Paquete Económico 2023 el cual está próximo para entrar en vigor señala tres aspectos fundamentales: i) no habrá nuevos impuestos ni modificaciones a la miscelánea fiscal; ii) se mantendrá la disciplina fiscal; y iii) el gobierno seguirá apoyando los programas sociales y proyectos insignia⁵⁸; aspectos que en gran parte siguen la misma línea por la cual el RESICO fue creado y que busca cumplir certeramente con su fin, la incorporación de las economías informales a la formalidad.

⁵⁷ Dirección General de Finanzas. *Análisis del Paquete Económico para el Ejercicio Fiscal 2023*. México. 2022.

⁵⁸ RODRÍGUEZ Y SERRANO. *Paquete económico 2023 busca mantener equilibrio fiscal con poco margen de maniobra*. BBVA Research, 2022. <https://bit.ly/3V8TmIo> Fecha de consulta: 06 de noviembre de 2022.

IV] Conclusión

Es clara la respuesta de las autoridades fiscales para lograr que las economías informales se adhieran a la formalidad esto es otorgar facilidades administrativas con tasa fijas, aunque, todavía el Régimen Simplificado de Confianza se encuentra en sus primeros pasos y también enfrenta retos que los anteriores regímenes no pudieron cumplir el cual es la confianza de los contribuyentes.

Las cifras son claras en demostrar que el buen desempeño por parte de las autoridades fiscales puede lograr que el RESICO sea la solución esperada para tener una recaudación cuantiosa y atraer más contribuyentes; como en el caso del RIF las cifras mostraron que la idea no era mala, solo que no se pudo explotar todo el potencial del régimen anterior.

El RESICO conforma años de experiencia que las autoridades hacendarias tuvieron que aprender para poder crear este tipo de régimen, pero, aún existe un factor que sigue sin subsanar, es decir, que los contribuyentes vean reflejados el pago de los impuestos, tales como en los servicios públicos.

Otro gran punto que no se ha tomado en cuenta para lograr un incremento de personas adscritas a la formalidad es la educación que tiene un país en cuanto el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, esto se traduce en una cultura tributaria.

Una cultura tributaria consiste en: *los valores, actitudes y conocimientos que la sociedad tiene en relación con las contribuciones y el cumplimiento de las normas tributarias del país.*⁵⁹

Por ende, los contribuyentes que no tienen claro el porqué de cumplir con el pago de sus impuestos y, por consiguiente, con sus obligaciones fiscales muchas veces obstaculiza un impulso económico, que en materia tributaria se equipara en la recaudación, que se logra año con año, y al mismo tiempo se refleja en el Producto Interno Bruto del país.

En el caso de México la propia OCDE reconoce que es el país con más implicaciones administrativas para el pago de impuestos, por lo tanto, otra gran ayuda a los contribuyentes es la disminución de las cargas administrativas, ya que muchos contribuyentes no cuentan con el acceso a medios electrónicos o

⁵⁹ HERNÁNDEZ DE LA CRUZ, Nancy Guadalupe & CASANOVA RIVERA, José Antonio, Tax Culture: Simplified Trust Regime (RESICO) Against the Tax Incorporation Regime (RIF). ISPEC International Journal of Social Sciences & Humanities, 124-138, 2022, <https://doi.org/10.5281/zenodo.7278185>.

algún profesional en la materia, además de poder ofrecer incentivos que sigan motivando a los contribuyentes a cumplir con sus obligaciones fiscales y, en el caso de las economías informales, opciones que demuestren el beneficio que reciben aquellos que se encuentran en la formalidad.

No obstante, las facilidades administrativas que el RESICO otorga a aquellos que quieran incorporarse a este régimen es un claro ejemplo de cultura tributaria para lograr una recaudación numerosa, es, por tanto, que el RESICO sí pudiera ser la solución que se ha estado buscando, pero con algunos huecos por cubrir.

Ahora bien, el RESICO se deberá adecuar a los distintos contribuyentes que realizan diferentes actividades, hasta el momento el RESICO solo cubre tres de los distintos regímenes que existen por diferentes actividades, esto para no ocasionar una inequidad en los contribuyentes, ya que los principios constitucionales de las contribuciones advierten que siempre se deberá de contribuir al gasto público de una manera proporcional y equitativa.

Por lo anterior, no se debe dejar a un lado a los regímenes faltantes, para que así se siga cumpliendo el fin de simplificar al cumplido y, al mismo tiempo, recaudar al informal.

Así, a la par, el Régimen Simplificado de Confianza tendrá que seguir tomando en cuenta a las personas morales con las mismas flexibilidades que se tienen para las personas físicas, y esto porque derivado de la emergencia sanitaria SARS-Cov2 el país aún se encuentra en oportunidades de mejora por la falta de inversión extranjera y las grandes pérdidas que sufrieron las empresas, ocasionando un gran índice de desempleo.

El Régimen Simplificado de Confianza trae consigo muchas expectativas por parte de las autoridades fiscales, la recaudación esperada mediante el nuevo régimen está cumpliendo con buenos resultados, concretamente en el Impuesto sobre la Renta, solo queda seguir motivando a los contribuyentes y a los nuevos contribuyentes a seguir activos en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales; esto será evidenciado con el esfuerzo en el buen desempeño y la buena administración que las autoridades fiscales hagan para lograr dichos fines.

En cuanto a lo que se puede esperar el próximo ejercicio fiscal 2023, las autoridades fiscales han decidido que no habrá reformas fiscales, lo cual significa que las expectativas en cuanto al RESICO son altas, y es por lo mismo que el Paquete Económico 2023 no prevé impuestos nuevos o nuevas cargas a los contribuyentes, pues su meta para lograr el siguiente año es poder fiscalizar y atraer más contribuyentes a través de este nuevo

régimen, del cual un incentivo muy grande son las facilidades administrativas y las tasas fijas.

Hoy en día las economías informales siguen siendo un sector del cual el gobierno tiene dificultades para suprimirlo, la incorporación del régimen simplificado es un gran paso para lograr su disminución, sin embargo, el nuevo régimen no resuelve todo el problema. Las economías informales conforman un problema tanto sociológico como jurídico, en donde la parte jurídica combina diferentes materias como laboral y tributaria, por lo mismo, es necesario tomar en cuenta los distintos factores que derivan de este sector para crear un régimen que no sea perfecto, pero, que sea eficiente.

Existen ejemplos de países en América Latina que sufren el mismo problema y han tomado acciones para fomentar la formalidad, esto podría ser una oportunidad para el estado mexicano en cuanto a seguir el ejemplo de países que han logrado disminuir el porcentaje de personas que se encuentran en el sector, creando políticas para combatir dicho sector, tales como la reducción de costos laborales, y seguir logrando una economía estable que se refleje en la contribución del gasto público y en las buenas condiciones laborales, sin dejar a un lado a aquellos que crean los empleos y que son los encargados de impulsar la economía.

Solo queda esperar que este nuevo régimen sea administrado correctamente y que los factores externos que no competen a las autoridades fiscales sean subsanados para que así las economías informales cada vez más disminuyan. Es importante que siempre este tipo de regímenes sean respetados en su esencia, la cual es el otorgamiento de las facilidades administrativas y tasas fijas que sean siempre proporcionales y equitativas para los contribuyentes.

Bibliografía

Sitios Web

BIND ERP, *RESICO: guía completa para personas físicas*, México, 2022. <https://blog.bind.com.mx/resico>

CÁRDENAS, Mauricio, *Consideraciones para el diseño de políticas fiscales para reducir la informalidad en América Latina y el Caribe*. 2021. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Consideracion-es-para-el-diseno-de-politicas-fiscales-para-reducir-la-informalidad-en-America-Latina-y-el-Caribe.pdf>

CÁRDENAS, Mauricio, *Cuatro estrategias fiscales para reducir la informalidad en América Latina y el Caribe*. México, 2021. <https://blogs.iadb.org/gestion->

[fiscal/es/cuatro-estrategias-fiscales-para-reducir-la-informalidad-en-america-latina-y-el-caribe/](#)

DAUDE, Christian, *Informalidad y política fiscal en América Latina: Una visión integral de los desafíos*, Centro de Desarrollo OCDE, Bogotá, 2012. <https://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.3.Daude-ESP.pdf>

El Contribuyente, *RESICO no será suficiente para combatir informalidad*: ICPNL. México, 2021.

<https://www.elcontribuyente.mx/2021/11/resico-no-sera-suficiente-para-combatir-informalidad-icpnl/>

FLORES, Leonor, *Reforma fiscal debe combatir la informalidad y no tocar el IVA*: contadores. México, 2021.

<https://www.eluniversal.com.mx/cartera/reforma-fiscal-debe-combatir-la-informalidad-y-no-tocar-el-iva-contadores>

Forbes Staff. *2021 cierra con 56.6% de empleo informal: Inegi*. México 2022. <https://www.forbes.com.mx/economia-2021-cerro-con-aumento-en-la-informalidad-laboral-56-6-de-la-poblacion-ocupada/>

GARCÍA, Ana Karen, *Informalidad laboral: 6 de cada 10 trabajadores en México no tienen acceso a salud*. México, 2022.

<https://www.eleconomista.com.mx/empresas/6-de-cada-10-trabajadores-en-Mexico-no-cuentan-con-acceso-a-instituciones-de-salud-20220523-0028.html>

GAZCÓN, Felipe, *La apuesta del SAT: conseguir más contribuyentes*, 2021. <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/2021/09/09/sat-se-frota-las-manos-con-regimen-para-pago-de-impuestos-preve-alza-en-numero-de-contribuyentes/>

GORDILLO, Agustín, *Estrictas medidas del SAT para recaudar alientan la informalidad*: CEESP. México, 2021.

<https://www.elcontribuyente.mx/2021/07/estrictas-medidas-del-sat-para-recaudar-alientan-la-informalidad-ceesp/>

GUZMÁN, Karen, México, *entre los países miembros de la OCDE con menor recaudación tributaria*: Hacienda, 2021.

<https://www.milenio.com/negocios/mexico-paises-menor-recaudacion-tributaria-hacienda>

HERNÁNDEZ, Enrique, *Aumentan 40% los costos laborales en el gobierno de AMLO, alerta CEESP*. México, 2022. <https://www.forbes.com.mx/aumentan-40-los-costos-laborales-en-el-gobierno-de-amlo-ceesp/>

HERNÁNDEZ, Gerardo, *El trabajo independiente es el que más ha crecido; el SAT lo sabe y lo quiere formalizar*. 2021, México.

<https://www.eleconomista.com.mx/capitalhumano/El-trabajo-independiente-es-el-que-mas-ha-crecido-el-SAT-lo-sabe-y-lo-quiere-formalizar-20211013-0149.html>

HERNÁNDEZ DE LA CRUZ, Nancy Guadalupe & CASANOVA RIVERA, José Antonio. *Tax Culture: Simplified Trust Regime (RESICO) Against the Tax Incorporation Regime (RIF)*. *ISPEC International Journal of Social Sciences & Humanities*, 124-138, 2022 <https://doi.org/10.5281/zenodo.7278185>

IDC, *¿Mexicanos podrían dejar su empleo para ingresar a la informalidad?*. 2021, México. <https://idconline.mx/laboral/2021/11/30/mexicanos-podrian-dejar-su-empleo-para-ingresar-a-la-informalidad-occmundial>

Miskuentas, *RESICO CON BAJA RECAUDACIÓN Y REZAGO DE CONTRIBUYENTES*. México, 2022.

<https://www.miskuentas.com/noticias/sat/resico-con-baja-recaudacion-y-rezago-de-contribuyentes/>

NATAREN, Cinthia Espinosa. *Impacto que ha tenido la implementación del Régimen de Incorporación Fiscal (RIF) en los contribuyentes involucrados*. México, 2015, <https://www.uv.mx/iic/files/2018/01/08-B0205.pdf>

NOLASCO, Santiago, *Más de 45,000 personas físicas se unieron al Resico*. México, 2022. <https://www.eleconomista.com.mx/economia/Mas-de-45000-personas-fisicas-se-unieron-al-Resico-20220615-0102.html>.

PATIÑO, Dainzú, *SAT tiene de contribuyentes lo que Alemania de población... y aun así recauda poco*, 2022. <https://expansion.mx/economia/2022/02/04/contribuyentes-sat-impuestos>

RODRÍGUEZ Y SERRANO. *Paquete económico 2023 busca mantener equilibrio fiscal con poco margen de maniobra*. BBVA Research, 2022. <https://bit.ly/3V8Tmlo>

VALLES, Yenisey. *Con el nuevo esquema del régimen de confianza, el ISR a pagar mensualmente se determinará con las facturas emitidas*. México, 2021. <https://expertopyme.com/regimen-confianza-sat/>

VÁSQUEZ, Azucena, *Nuevo régimen fiscal fracasó. - México Evalúa*. México, 2022.

https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/preacceso/articulo/default.aspx?_rval=1&urlredirect=/nuevo-regimen-fiscal-fracaso-mexico-evalua/ar2408986

HERNÁNDEZ DE LA CRUZ, Nancy Guadalupe & CASANOVA RIVERA, José Antonio. (2022). *Tax Culture: Simplified Trust Regime (RESICO) Against the Tax Incorporation Regime (RIF)*. ISPEC International Journal of Social Sciences & Humanities, 124–138. <https://doi.org/10.5281/zenodo.7278185>

Revistas

BARRA-OLIVO, Eduardo, *Estimación de la informalidad en México a nivel subnacional*. 2021, Chile.

MARTÍNEZ, Luis David, *Política fiscal, mercado de trabajo y empleo informal en México*, Revista Mexicana de Economía y Finanzas, 2018, México

ZÚÑIGA SÁNCHEZ, Christian Josué, *Impacto del nuevo RESICO en el mercado informal*, 2022, México,

Documentos jurídicos

Criterios Generales de Política Económica para la Iniciativa de la Ley de Ingresos y Presupuesto de Egresos de la Federación correspondientes al ejercicio fiscal de 2022.

Exposición de Motivos de la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta, de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, de la Ley Federal del Impuesto sobre Automóviles Nuevos, del Código Fiscal de la Federación y Otros Ordenamientos

Ley de Impuesto sobre la Renta

Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024

Reseñas

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
18 SEMESTRE I
2022

Reconocimiento a la trayectoria jurídica del Dr. Luis Manuel C. Méjan Barra Mexicana Colegio de Abogados Capítulo Jalisco

DR. DIEGO ROBLES FARÍAS

En una emotiva ceremonia, el capítulo Jalisco de la BARRA MEXICANA COLEGIO DE ABOGADOS otorgó el reconocimiento a la trayectoria jurídica de 2022 al Dr. LUIS MANUEL MÉJAN CARRER, un connotado jurista jalisciense.

La ceremonia fue encabezada por la presidenta nacional de la Barra, la maestra Claudia E. De Buen Unna y por el presidente del capítulo Jalisco, el maestro Javier Soto Morales. Me correspondió presentar la trayectoria jurídica del homenajeado, con quien me unen, a la par de una antigua amistad, intereses académicos comunes.

Comencé hablando de la parte humana. Entrevisté a amigos comunes para que me comentaran acerca de la personalidad de Luis Manuel. Todos coincidieron en que fue el mejor estudiante, el primero que se recibió de su generación; me platicaron de las reuniones de amigos en el Bar Cue en el centro de la ciudad de Guadalajara, con Luis Ramírez Orozco, José Luis y Sergio Aguirre Anguiano, Juan Enríquez y otros más; de su afición por la Ópera y su amplísimo conocimiento de la materia; de que forma parte de una familia de intelectuales y maestros, como su hermana Mireille, una reconocida académica. Pero al final, todos coincidieron en una misma cosa... como amigo, Luis Manuel es el mejor.

Alguna vez alguien me dijo que una persona interesante es aquella que tiene muchos intereses. Luis Manuel Méjan entra, sin duda, en esta categoría. Considero que uno de los intereses que más lo identifican, es el de educador. Siendo un adolescente de 17 años, inició con lo que sería una fructífera carrera de maestro, dando clases de español y civismo en el Colegio Inglés y en el Cervantes Costa Rica. Enseñar en secundaria prepara para cualquier nivel educativo y forja ese carácter, tan necesario, para no sólo transmitir conocimientos sino también apasionar a los alumnos.

Luis Manuel se preparó en esta área con gran tesón. A los 20 años se recibió de Profesor de Educación Primaria en la Escuela Normal América y a los 22 terminó, al mismo tiempo, la licenciatura

en Derecho en la Universidad Autónoma de Guadalajara y la maestría en Educación Cívica en la Normal Superior Nueva Galicia. Fue escalando en su carrera como educador, primero como maestro de Bachillerato para más adelante enseñar Lógica y Antropología en el Instituto América, francés e instituciones políticas de México en la Normal Superior Nueva Galicia. Todo esto antes de cumplir los 30 años.

Ha dedicado gran parte de su vida y de su energía a la educación universitaria; primero en la Universidad Autónoma de Guadalajara, después en la Universidad Panamericana de Guadalajara, de la que fue profesor fundador de la carrera de derecho, en la Universidad del Bajío en la ciudad de León y finalmente en la ciudad de México como maestro y profesor investigador del ITAM. En el 2007 obtuvo el grado de Doctor en Derecho por la UNAM y es investigador del Sistema Nacional de Investigadores, dependiente del CONACYT. Como puede apreciarse, una trayectoria que pocos podrían igualar y en la que siempre se ha distinguido.

Luis Manuel ha logrado amalgamar dos vocaciones: la de maestro y la de jurista. Trabajó en el departamento jurídico de BANAMEX por 30 años. Ahí utilizó su preparación como educador para desarrollar cursos, instructivos, seminarios y manuales que sirvieron para la capacitación de los abogados internos del banco y como material de consulta para los demás funcionarios.

Recuerdo muy bien el jurídico de Banamex en los años ochenta, que Gonzalo García Velasco –su director– había traído a Guadalajara. Ahí trabajaban, además de Gonzalo y Luis Manuel Méjan, José Luis Aguirre Anguiano, Arturo Magaña, Jorge Godínez. Como abogados externos Carlos Eduardo López Nuño y Aurelio Robles Castillo y como director del departamento fiduciario, Carlos Domínguez. Los abogados más jóvenes de aquella época, como yo, lo mirábamos con asombro y afirmábamos que era el jurídico más potente e importante de la ciudad y probablemente, de todo México.

Otro aspecto de la vida de Luis Manuel es la de funcionario público. Después de que se jubiló del banco, por invitación del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se convirtió en el primer director general del recién creado Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles (IFECOM) (2000 a 2009), dependiente del Consejo de la Judicatura Federal, en el Poder Judicial Federal, cargo equivalente al de un Ministro de la Suprema Corte. Una función totalmente novedosa en nuestro país, que Luis Manuel tuvo que promover en toda la república y a la vez

seleccionar y capacitar a los Especialistas de Concursos Mercantiles.

Su carácter de profesor investigador y su cargo como director del IFECOM le impulsaron a impartir conferencias y cursos en diversas universidades del país, en colegios y asociaciones profesionales, Colegios de Notarios, Supremos Tribunales de Justicia de varios Estados, Casas de la Cultura Jurídica, Colegios de Contadores Públicos, etc. Pero no se limitó a México. En el ámbito internacional ha impartido seminarios y dado conferencias en Costa Rica, Colombia, en distintas ciudades de EEUU; en Italia; Brasil; Japón; Indonesia; Singapur; la India; República Checa; Finlandia; Tailandia; España; Portugal; en Rusia; Canadá; Sudáfrica; Emiratos Árabes; Reino Unido; Austria; Puerto Rico; Argentina y Chile. Aquel joven profesor de 17 años se convirtió en ciudadano del mundo, compartiendo su saber, su experiencia y su disciplina académica.

Otro de sus grandes intereses ha sido la informática. La era digital inició en 1990 cuando Tim Berners-Lee, un ingeniero británico que trabajaba para la Organización Europea para la Investigación Nuclear (CERN) de Ginebra, inventa la *World Wide Web* (WWW) y cambió el mundo. Había llegado la revolución digital y Luis Manuel se dio cuenta de la necesidad de incorporarla al derecho.

Este interés lo llevó a organizar la automatización del jurídico de Banamex. Primero se propuso que todos los abogados tuvieran una computadora, después promovió la creación de una *intranet*, que los comunicara. Desarrollo también, un sistema de consulta de la legislación denominado JURISDATA – probablemente el primero de su tipo– que permitía consultar toda la legislación vigente en el país. Al mismo tiempo organizó y dirigió un equipo que desarrolló una jurisprudencia interna que contenía la compilación digitalizada y debidamente organizada de los estudios elaborados por el jurídico de la institución, el cual servía de base para el estudio a los abogados del banco cuando enfrentaban situaciones complejas. Supo ver con perfecto *timing* que había que incorporar estas nuevas herramientas y así estar en sintonía con los adelantos tecnológicos. Adaptarse a los tiempos nuevos requiere inteligencia y visión, que Luis Manuel tiene de sobra.

Publicó en esa época dos de sus primeros libros (ha publicado 19): *La Transferencia Electrónica de Fondos. Aspectos Jurídicos Fomento Cultural Banamex, 1990* y *El Derecho a la Intimidación y la Informática, Editorial Porrúa S.A. 1994.* (dos ediciones). Compartía yo el mismo interés y en ese tiempo publiqué un ensayo titulado *La Validez de los Contratos Celebrados por*

Medios Electrónicos (Revista de Derecho Privado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM 1995), basándome, en gran medida, en los libros de Luis Manuel.

Por esas mismas fechas, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) publicaba sus leyes modelo sobre Comercio Electrónico (1996) y sobre Firma Electrónica (2001) y las ponía a disposición de todos los países para su incorporación en el derecho interno. México fue uno de los primeros en incorporarlas y Luis Manuel formó parte del equipo que se reunió para ello, denominado *Grupo Impulsor de la Legislación de Comercio Electrónico*, participando en la redacción de las leyes que reformaron el CCF, el CCom, la LFPC y el CFPC para incorporarlas al derecho mexicano en el 2000 y 2003. Esa legislación es primordial porque integró a México en el concierto internacional en cuanto a la utilización de los medios electrónicos en la contratación y en otros campos del derecho. Luis Manuel fue uno de los pilares para que se llevara a cabo este cambio paradigmático.

Luis Manuel ha estado siempre muy cerca de la BMA. En el 2018 fue el impulsor del evento denominado *El Futuro de la Abogacía* promovido por la BMA para discutir cómo la Inteligencia Artificial incidiría en todos los ámbitos de la profesión jurídica. Vemos como su trabajo va a la par con los rápidos cambios que la tecnología ha impuesto. Derecho e inteligencia artificial: hace unos años ¿quién habría pensado que pudieran ir juntos?

Otro aspecto importante de su vida profesional es su participación en instituciones internacionales. Desde el año de 1982 en el que tomó un curso en la *Academy of American and International Law* de la ciudad de Dallas, (hoy *Center for American and International Law*), se involucró en temas internacionales. Me pregunto cómo ha logrado destacar en cada área de esta forma. La energía inagotable que posee. Fue fundador del *Institut for Intenational Arbitration* a cuyo consejo pertenece hasta la fecha. Presidente de la *International Association of Insolvency Regulators*, lo que le permitió asistir a reuniones de trabajo, muchas de ellas como ponente, en los distintos países que mencioné.

Formó parte de la *fuerza de tarea* (*Task force*) en materia de insolvencia del Banco Mundial (WB) y fue también orador en varios eventos del Fondo Monetario Internacional (FMI). Pertenece al comité de asesores jurídicos en Derecho Internacional Privado de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y con tal carácter ha participado en sesiones de trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) con sede en Viena.

Es representante de México ante el UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) con sede en Roma, en el Comité Directivo de Activos Digitales y Derecho Privado; y miembro del *International Insolvency institute*, del *American College of Bankruptcy*, del *International Exchange of Experience in Insolvency* y del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

No solo ha incursionado en cuestiones académicas. Luis Manuel fue Scout de niño y de joven. En esa época fundó también un grupo SCOUT que hoy tiene más de 60 años de antigüedad y se dedicó a formar a los jefes e instructores, por lo que recibió la máxima condecoración Scout en México: la presea BERRENDO DE PLATA. Otra de sus grandes pasiones es la música. Luis Manuel es un gran melómano, sabe de música clásica y es experto en ópera, lo que le ha permitido enseñar a otros amigos y transmitirles su gusto por este arte.

Podría seguir comentando las distintas dimensiones personales de Luis Manuel, pero se me ha encomendado tratar principalmente de su trayectoria profesional, lo que le hace merecedor de este reconocimiento.

Por lo que a mí concierne, Luis Manuel ha sido un maestro y un ejemplo. Cuando emigró a la ciudad de México, yo me quedé con su cátedra de Derecho de las Obligaciones en la Universidad Panamericana de Guadalajara. Sus libros: *Contratos Civiles y Obligaciones Civiles, Ayuda de Memoria* (Editorial Oxford, México, 2004 y 2005), me inspiraron para escribir los míos de *Teoría General de las Obligaciones* (Editorial Tirant lo Blanch, México-Barcelona, segunda edición 2021) y *Derecho Contractual Internacional* (Editorial Tirant lo Blanch, México, 202). Luis Manuel escribió el prólogo de mi libro de *Obligaciones* y después me invitó a publicar la segunda edición de ese libro y el de *Derecho Contractual Internacional* en la colección mercantil que dirige en la editorial Tirant lo Blanch.

Quiero terminar diciendo que me siento muy honrado de conocer a Luis Manuel como colega, amigo, maestro y tener la suerte de coincidir en esta etapa de nuestra existencia. A continuación, transcribo el discurso pronunciado por el Dr. Luis Manuel Méjan en la ceremonia de su reconocimiento:

Discurso pronunciado por el dr. Luis Manuel Méjan en la ceremonia de su reconocimiento

Gracias

Gracias Barra Mexicana Colegio de Abogados, capítulo Jalisco

Gracias Javier Soto Morales y Edmundo Elías

Gracias Claudia de Buen Unna, presidente de la BMA

Gracias Diego Robles Farías

Gracias a los barristas presentes

Gracias a los compañeros, alumnos, amigos y familiares que han venido a acompañarnos

¿Por qué doy las gracias?

Una oración que ha tenido impacto en mi vida es la Oración de los scouts en donde se pide al Señor nos enseñe a ser generosos, a trabajar sin descanso y a no buscar más recompensa que saber que se hace Su voluntad. Este reconocimiento que hoy hacen ustedes por la vela de luz pequeña que he preferido encender en lugar de maldecir a la oscuridad, es una recompensa que no esperaba ni busqué y que ustedes me otorgan por su generosidad, por ello empiezo dándoles las gracias.

Quiero referir tres cosas: una, cómo llego aquí a este momento; dos: mi visión del Derecho, y, tres: mi visión del abogado.

Cómo llegué aquí

Las montañas de *l'Ardèche*, donde nace el río Loire; la *Provence* con sus campos de lavanda y sus viñedos, en la *belle France*; *l'Emporda*, *Sabadell* y Barcelona en la *dolçe Catalunya*, vieron nacer a mis abuelos y a mis padres quienes, con mi hermana en brazos, nacida en Marseille, llegaron a México huyendo de las tiranías, de las dictaduras, de las guerras y del odio y se establecieron en esta Guadalajara que invita a *Que nunca llegue el rumor de la discordia* (Teatro Degollado), que predica que *Si Dios no vigila su casa, en vano trabajan quienes la custodian* (Palacio de Gobierno) y que es custodiado por sabiduría, justicia y fortaleza (La Minerva). En está Guadalajara nací. Soy Tapatío...y Chiva...

Del otro extremo del Mediterráneo, del Líbano, *Qabaa* y cercanías de *Qaytouli*, vinieron mis suegros, llegando a instalarse, después de un gran periplo, a Guadalajara, donde Marilú y yo hemos formado una familia con fuertes raíces mediterráneas pero enamorados de un México al que pertenecemos, queremos, agradecemos, como nos lo enseñaron nuestros padres, agradecidos hasta el fondo con el país que los recibió, y al que sirvieron con devoción y cariño.

La vida, el trabajo y la decisión que tomamos juntos Marilú, Marco, Denise, Claudio, Gabriela y yo nos llevó a vivir a la ciudad de México en donde la familia ha florecido con mi yerno y nueras y cuatro maravillosos nietos: Patricio, Antonela, Constanza y Martina.

Hice mi educación con los hermanos maristas, me formé en el movimiento scout, hice la carrera en la Universidad Autónoma de Guadalajara cuna de grandes juristas. El otro día, preparando estas notas, me vino a la mente una imagen en la que salía de mi salón de segundo año de la carrera, subía al segundo piso donde estaba la Dirección y la Biblioteca, donde consultábamos a Boncase, Baudry-Lacantinerie, Domat, Pothier en francés, porque no estaban traducidos, me asomaba al salón de quinto año en donde había un alumno brillante: Carlos de Silva Nava; al pasar por el salón de cuarto año saludaba a dos hermanos que estudiaban ahí: José Luis y Sergio Salvador Aguirre Anguiano; al pasar por el salón de tercero veía a mi tocayo Luis Ramírez Orozco y, ya de salida, pasaba por el salón de primer año de donde salía e íbamos juntos a dar clase de civismo a la secundaria de los maristas, Jesús Gudiño Pelayo. Los tres ministros, De Silva, Aguirre Anguiano y Gudiño Pelayo ya están ahora en otro salón...al que, por ahora, no quisiera asomarme.

Después de un inicio de ejercicio profesional asociado con Héctor Antonio Martínez González y Salvador Martínez Garza, ingresé al Banco Nacional de México donde tuve maestros eximios: José Luis Aguirre, Fernando Muro, Manuel Lizardi Albarrán, José Luis de la Peza y Gonzalo García Velasco.

Ya con edad avanzada, y para completar la educación formal que había hecho con mis títulos de profesor normalista y de maestro en educación cívica y social, hice el doctorado en la Facultad de Derecho de la UNAM bajo la tutoría de Luis Malpica, Manuel Hallivis y Jesús Gudiño, donde ellos, junto con Fernando Serrano Migallón, José Roldán Xopa, Gonzalo García Velasco y Margarita Beatriz Luna Ramos me otorgaron el grado de Doctor.

Siguiendo una tradición familiar (mi abuelo, mi madre, mi tía, mi hermana) he ejercido mi otra vocación y profesión, he sido maestro desde muy joven en escuelas secundarias, bachilleratos y normales y por supuesto, en educación superior, aquí, en la Universidad Panamericana de Guadalajara me tocó ser profesor fundador de su Escuela de Derecho y de sus estudios de posgrado ahí, y, al mudar mi residencia a Ciudad de México, en el posgrado de su facultad. Al ITAM llegué hace más de 20 años por invitación e impulso de Ulises Schmill, Carlos de Silva, Fernando Franco y José Ramón Cossío. Varios miles de alumnos han pasado por mi cátedra en todos esos años. En ellos he constatado la verdad del principio que rige toda pedagogía: *Si quieres aprender, enseña.*

Pido una disculpa por citar todos esas personas y nombres, pero todos ellos tuvieron un papel importante en la conformación de la persona y el abogado que soy hoy.

Mi visión del Derecho

El Derecho es una energía que brota del ser humano como animal social, (Robinson Crusoe no necesitó el Derecho sino cuando aparecieron en su isla, Viernes y los piratas), por ello tiene la fuerza de ser una creación en sí misma como ciencia y como instrumento de realización de los valores supremos de: Seguridad (Garantía de aplicación objetiva de la ley); Justicia definida por Ulpiano como *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, La justicia es la constante y permanente voluntad de dar a cada uno lo suyo; y el Bien Común (aquello que puede ser utilizado para beneficio de todos los ciudadanos o la comunidad) y por ello se alimenta de todo aquello que la misma sociedad crea: la política, las formas de gobierno, las creencias religiosas, las costumbres sociales, la economía, la cultura.

El Derecho es creador. Cuando creamos una Sociedad Anónima, una Asociación Civil, una Sociedad Civil o cualquier otra persona jurídica, estamos creando a un nuevo sujeto de derecho. Ninguna otra profesión tiene la capacidad de crear sujetos con personalidad jurídica, nombre, domicilio y patrimonio propios, titulares de derechos y obligaciones y a quienes asisten Derechos Humanos. Los censos deberían decir que existen 120 millones de mexicanos personas humanas, más 5 millones 529 mil 201 de establecimientos activos según el INEGI y añadir las AC, SA, Partidos Políticos, Sindicatos, Asociaciones Religiosas, de Beneficencia, las agrupaciones agrícolas, etc. En el Metaverso del futuro que vivimos hoy y que empezó ya desde hace algunos años, tendremos oportunidad de hacer nuevas creaciones y nuevas figuras.

El Derecho es estética. El Derecho no es ajeno a la creación artística. Temas jurídicos llenan la literatura, desde Cervantes poniendo a Sancho a despachar justicia en la ínsula Barataria, pasando por el *Poema de Fernán González* que consagra el pago de un mutuo con interés al *gallarín doblado* o Shakespeare en *El Mercader de Venecia* colocando a Shylok usando cláusulas abusivas, hasta Dostoievski poniendo a Raskolnikov en posición de *Crimen y Castigo* por usura y homicidio. En la actualidad, John Grisham ha desarrollado lo que se ha dado en llamar *Legal thrillers* con sus novelas de temas legales. En el Teatro, obras como *Ha llegado un inspector* (*An Inspector Calls*) de Priestley que plantea

conflictos de juicio de terceros, vergüenza, resignación, interés, culpa y expiación, o *Doce hombres en pugna* (*Twelve angry men*) de Reginald Rose, que cuestiona las pruebas y evidencias ofrecidas y desahogadas a la ligera. En la televisión series como *CSI* y *La Ley* y *el Orden* que destacan la medicina legal y la ciencia forense. La música, y en especial la ópera, no está exenta de Derecho: ahí tenemos a Puccini poniendo música a *Gianni Schicchi* redactando un testamento y a Giuseppe Verdi poniendo en el último acto de *Aida* un juicio con debido proceso y ejecución de sentencia.

El mismo Derecho ha creado géneros literarios. Junto a la novela, el ensayo, el cuento, la poesía, el Derecho pone: el contrato, la escritura o póliza, el Acta de cuerpos colegiados, la demanda, los alegatos y la sentencia.

No cabe duda, el Derecho es belleza.

Mi visión del abogado

El Derecho que yo estudié es muy distinto al Derecho que ejercemos hoy, yo no estudié Competencia Económica, Derecho Ecológico, Extinción de dominio, formación del consentimiento por medios electrónicos (hace 25 años en mi clase de obligaciones tenía que explicar lo que es la firma electrónica, hoy tengo que enseñar a mis alumnos esa institución exótica del pasado que aún conservan nuestros códigos: el telegrama). El Derecho hoy nos exige estudiar más, esa es a mi juicio una de las labores fundamentales de los colegios de abogados como el que hoy nos reúne.

Nuestra profesión también nos exige: Conocer toda la gama del derecho: mercantil, civil, laboral, fiscal, penal, societario, concursal, propiedad intelectual e industrial, ecológico, procesal, amparo, administrativo, internacional, agrario, etc. No podemos ser asesores de una empresa o de un cliente si no tenemos al menos un conocimiento básico de TODA la disciplina jurídica que incide en la vida de ellos.

Y, por descontado, debemos especializarnos y saber usar recursos especializados, colegas en las diversas ramas del Derecho.

El abogado hoy debe ser al menos bilingüe, así como pluridisciplinario al interrelacionarse con otras profesiones que concurren a la vida empresarial y social: contadores, administradores, ingenieros, sistémicos, informáticos, mercadotécnicos, etc. Si no lo hacemos así, nos convertimos, en lugar de una ayuda, en un gran peligro para quienes usan nuestros servicios

Y, además de tener los conocimientos y las actitudes que supone el ejercicio del Derecho debemos ser seres humanos integrales. Con ello quiero decir que no debemos dedicar nuestra

energía y nuestro tiempo solo al trabajo. Ahí está nuestra pareja y nuestra familia; ahí está Dios, cualquiera que sea el concepto que tengamos de Él; ahí están la comunidad en la que nos desarrollamos y nuestros amigos; ahí están nuestras aficiones y nuestros gustos; ahí está nuestro cuerpo y nuestra salud; ahí está el enorme universo de la cultura. Todos esos son puertos a los que nuestro barco se tiene que dirigir, anclar y pasar tiempo en ellos.

Sir Frederick Pollock en un ciclo de conferencias en la *Columbia University* decía, en 1911, que el Derecho era hermano de la Libertad, el tiempo confirma la validez del aserto. Hoy que nuestro país se divide y se confronta, nos toca a nosotros juristas rescatar nuestros valores. La libertad y la justicia social no se oponen, es más, no entiendo a la una sin la otra.

En los Evangelios, Jesús de Nazaret enseña, en el sermón de la montaña, a orar pidiendo venga tu Reino y dice que hay que buscar el Reino de Dios y su justicia, lo demás viene por descontado. En varias parábolas a lo largo de su vida pública, explica lo que debe ser el Reino de Dios. En la mayor parte de esas parábolas se encuentran cuestiones jurídicas (los denarios, los trabajadores de la viña, el hijo pródigo, el buen samaritano, el banquete de bodas, la siembra y los segadores, el tributo al César, etcétera) y, sobre todo, un mensaje de qué es lo justo; en el Reino de Dios hay justicia. Por eso creo que, si la abogacía es la actividad que tiende al logro de la justicia, debemos concluir que la misión de los abogados es crear el Reino de Dios.

Por último

En su pensamiento, Baden-Powell exhortaba a sus seguidores a morir felices porque dejábamos este mundo mejor de como lo encontramos. Yo no sé si el mundo es mejor hoy que cuando lo encontré debido a mi quehacer, lo que sí sé es que he hecho lo que creí necesario porque fuera mejor.

Que Dios les llene de bendiciones

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA