

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA®**
CAMPUS GUADALAJARA

NÚMERO
09 SEMESTRE II
2017
AÑO 5

ISSN - 2395-9541

PERSPECTIVA JURÍDICA UP, año 5, número 09, semestre II, julio-diciembre 2017 publicación semestral editada por Centros Culturales de México, A.C., ubicada en Calzada Circunvalación Poniente número 49, Colonia Ciudad Granja, C.P. 45010, Zapopan, Jalisco, México, Tel. (33)13682200. Correo electrónico: mtovarh@up.edu.mx, Editor Responsable: Diego Robles Farías. Reserva de derechos al uso exclusivo número 04-2014-121714090400-102, ISSN 2395-9541, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Licitud de título y contenido número en trámite, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Diseño editorial e impresión: Editorial y Servicios Creativos, S. de R.L. de C.V., Calle San Juan de los Lagos 151, Colonia Vallarta Poniente, C.P. 44110 Guadalajara, Jalisco, México, Tel. (33)18171385. Este número terminó de imprimirse el día 27 de noviembre de 2017 con un tiraje de 300 ejemplares.

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

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

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

Fecha límite de recepción de artículos para el próximo fascículo: 31 de enero de 2018. Se resolverá sobre su aceptación el 28 de febrero de 2018.

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

Consejo Editorial

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

Comité Directivo

DR. ISAÍAS RIVERA RODRÍGUEZ
Director de la Facultad de Derecho

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

Comité Editorial

DR. DIEGO ROBLES FARÍAS
Editor General

MTRO. MANUEL TOVAR HERNÁNDEZ
Coordinador Editorial

LIC. JULIETA ARIADNA MÉNDEZ ANGULO
Coordinadora del Comité Editorial

RAFAEL CASTILLO PÉREZ
HUGO CUESTA TAMAYO
MARIO DE LA MADRID FERNÁNDEZ
ANA ISABEL FERADO CALLEROS
ROMINA GUARNEROS GALAZ
PALOMA MEJÍA MACEIRA
JORGE MAURICIO RIZO PÉREZ
ARANTXA MONTSERRAT ROBLES SÁNCHEZ
ELENA MARÍA XÓCHIHUA ROJO

Mensaje del director

Estimada comunidad académica:

Hemos alcanzado ya el número 9 de nuestra revista, trabajo encomiable del equipo del Consejo Editorial, del Comité Directivo y del Comité Editorial; como podemos apreciar de su contenido, se constata el trabajo de investigación que realizan tanto nuestros Profesores de tiempo como de asignatura y modulares, de la carrera y del Posgrado.

Es menester obligado agradecer las colaboraciones de Juan Pablo Andrade Rojas, Ricardo Campirano Gutiérrez, Yurixhi Gallardo Martínez, Gabriela García Escobar, Guillermo Alejandro Gatt Corona, Sergio Enrique Huacuja Betancourt, Diego Alejandro López Ramírez, Carlo Hebert Gómez Carranza, Jorge Eduardo Medina Villanueva, Roxana Paola Miranda Torres, Pedro de Jesús Pallares Yabur, Diego Robles Farías, Marcos del Rosario Rodríguez y Jorge Andrés Villa Delsordo.

Queda, pues, su talento, plasmado para dejar huella.

Dr. Isaías Rivera Rodríguez
Director de la Facultad de Derecho

Editorial

Con la publicación de este ejemplar de la revista *Perspectiva jurídica UP* continuamos con el programa trazado para este proyecto editorial universitario. En medio de los tristes acontecimientos nacionales provocados por los dos terremotos que sacudieron a nuestro país el 7 y 19 de septiembre de este año, el equipo editorial trabajó para editar y publicar la revista. Hemos sido afortunados porque la revista se ha consolidado como una opción para que académicos y juristas de distintas universidades publiquen sus trabajos de investigación y de esa manera no ha faltado material para su conformación.

En el número 9 de la revista *Perspectiva Jurídica UP* presentamos 13 colaboraciones. Dos de ellas de derecho constitucional: la de Marcos del Rosario que trata sobre la Libertad de Expresión y del análisis de su evolución y tutela a través de la interpretación constitucional y la de Juan Pablo Andrade Rojas sobre la evolución de la argumentación jurídica en México a 100 años del Congreso Constituyente. En materia de derecho internacional tenemos cinco ensayos: Gabriela García Escobar escribe sobre el Derecho a la Verdad y Justicia Transicional en el Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos; Diego Alejandro López Ramírez y Carlo Hebert Gómez Carranza tratan el tema de *A new approach to international tax law*; Diego Robles Farías escribe sobre la reciente edición de los Principios UNIDROIT 2016 cuyo objetivo fue la regulación de los contratos internacionales de larga duración y Jorge Andrés Villa Delsordo sobre *The Principle of Common but Differentiated Responsibilities in Public International Law*. Hay también tres ensayos que pueden catalogarse como de actualidad legislativa: el de Sergio Enrique Huacuja Betancourt que hace un extenso y muy acucioso análisis de la legislación en torno a la contratación pública y a las normas anticorrupción en esa materia; el de Ricardo Campirano Gutiérrez sobre la disposición que prohíbe a los bancos la administración de fincas rústicas en fideicomiso, la que analiza desde el punto de vista histórico y concluye con una interpretación acertada sobre su verdadero sentido y el de Yurixhi Gallardo Martínez quien analiza el nuevo Código de Ética de la Barra Mexicana Colegio de Abogados y se pregunta si se trata de una nueva ética para los profesionales del derecho.

Se publica también un estudio jurídico muy bien conformado acerca de la culpa de la víctima en la responsabilidad

civil extracontractual, que nos presenta Jorge Eduardo Medina Villanueva. Terminamos esta reseña con tres interesantes colaboraciones: la de Roxana Paola Miranda Torres con su artículo ¿Por qué hacer investigación jurídica?; Pedro Pallares Yabur con un novedoso ensayo en donde presenta las obras de la escritora Jane Austin como un recurso para la educación de los juristas, para introducirlos en las armonías y, finalmente, en la sección de reseña de libros, Guillermo Gatt Corona comenta el libro *What the Best Law Teachers Do* de los autores Schwartz, Hess y Sparrow, publicado por la *Harvard University Press*, con importantes ideas no solo para mejorar la enseñanza del derecho, sino para cuestionarnos nuestras actitudes como profesores de esta rama del saber.

Inmediatamente después de la publicación de este ejemplar comenzaremos a trabajar en número 10, con el que se cumplirán cinco años de la fundación de la revista. Esperamos que sea un ejemplar digno de un aniversario tan importante.

Zapopan, noviembre de 2017
Dr. Diego Robles Farías
Editor General

Contenido

Mensaje del director..... p. 5

Editorial..... p. 7

Estudios jurídicos

La Juridificación de la Constitución Mexicana y la
Constitucionalización del Derecho Mexicano: La Evolución de la
Argumentación Jurídica en México a 100 años del Congreso
Constituyente
por **JUAN PABLO ANDRADE ROJAS** p. 13

Libertad de Expresión: Análisis sobre su Evolución y Tutela a
través de la Interpretación Constitucional
por **MARCOS DEL ROSARIO RODRÍGUEZ** p. 31

Derecho a la Verdad y Justicia Transicional en el Sistema
Interamericano de Protección a Derechos Humanos
por **GABRIELA GARCÍA ESCOBAR** p. 47

A New Approach to International Tax Law
por **DIEGO ALEJANDRO LÓPEZ RAMÍREZ y CARLO HEBERT
GÓMEZ CARRANZA** p. 77

La Culpa de la Víctima en la Responsabilidad Civil
Extracontractual. Una Perspectiva Histórica
por **JORGE EDUARDO MEDINA VILLANUEVA**..... p. 99

¿Por qué hacer Investigación Jurídica?
por **ROXANA PAOLA MIRANDA TORRES** p. 143

Jane Austen y la Educación del Jurista: Ser Introducidos en
Armonías
por **PEDRO PALLARES YABUR** p. 161

La Nueva Edición de los Principios UNIDROIT 2016
La Regulación de los Contratos de Larga Duración
por **DIEGO ROBLES FARÍAS** p. 191

The Principle of Common but Differentiated Responsibilities in
Public International Law
por **JORGE ANDRÉS VILLA DELSORDO** p. 233

Actualidad legislativa

Los Bancos y la Administración de Fincas Rústicas en
Fideicomiso
por **RICARDO CAMPIRANO GUTIÉRREZ** p. 245

El Código de Ética de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados
(BMA): ¿Una Nueva Ética para los Profesionales del Derecho?
por **YURIXHI GALLARDO MARTÍNEZ** p. 275

Contratación Pública y Normas Anticorrupción
por **SERGIO E. HUACUJA BETANCOURT** p. 297

Reseña de libros

“What the Best Law Teachers Do”
 (“Lo que Hacen los Mejores Maestros de Derecho”)
Michael Hunter Schwartz, Gerald F. Hess & Sophie M. Sparrow
por **GUILLERMO A. GATT CORONA** p. 337

Estudios jurídicos

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
09 SEMESTRE II
2017
AÑO 5

La Juridificación de la Constitución Mexicana y la Constitucionalización del Derecho Mexicano: La Evolución de la Argumentación Jurídica en México a 100 años del Congreso Constituyente

JUAN PABLO ANDRADE ROJAS¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La noción de derecho subjetivo en la Constitución*. III. *La argumentación iusfundamentalista*. IV. *Consecuencias de la Reforma Constitucional en materia de derechos humanos en la argumentación jurídica*. V. *Juridificación de la Constitución, constitucionalización del Derecho*.

Resumen. La Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos del 10 de junio de 2011 ha tenido una repercusión filosófica importante en el entendimiento del Derecho, reflejándose no sólo en el ámbito teórico, sino afectando sustancialmente el ámbito jurídico práctico. En este orden de ideas, la nueva noción del *derecho subjetivo* ha derivado en un cambio en la argumentación jurídica y, por ende, en la aplicación del Derecho. Como resultado, dos fenómenos jurídicos surgen: i. La *juridificación de la Constitución*, consistente en la directa aplicación de la Constitución y Derechos Fundamentales por los Tribunales; y ii. La *constitucionalización del Derecho*, es decir, la configuración de las normas subconstitucionales a través de los derechos subjetivos contenidos en la Constitución.² En razón de ello, los más altos tribunales de México han optado por resolver las controversias de derechos humanos, fundamentándose en la libertad particular de las personas, en lugar de atender a lo justo del caso en concreto.

Palabras clave: Argumentación jurídica, Reforma en Materia de Derechos Humanos, *iusfundamentalismo*, derecho subjetivo.

¹ Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

² ORREGO, Cristóbal, Supuestos conflictos de Derechos Humanos y la especificación de la acción moral, *Revista chilena de derecho*, Chile, vol. 37, n° 2, 2010, p. 312.

Abstract. *The Constitutional Reform on Human Rights of June 10, 2011 has had a significant philosophical impact on the understanding of law, reflecting not only in the theoretical field but also substantially affecting the practical legal environment. In this sense, the new notion of subjective rights has changed the legal argumentation and, therefore, the application of Law. As a result, two legal theories appeared: I. The juridification of the Constitution, consisting in the direct application of the Constitution and Fundamental Rights by the Courts; and II. The constitutionalisation of law, meaning that subconstitutional norms are configured through subjective rights contained in the Constitution. As a result, the highest courts in Mexico have chosen to resolve human rights disputes, based on the particular freedom of the people, instead of attending to what is just for the specific case.*

Keywords: *Legal argumentation, Constitutional Reform on Human Rights, iusfundamentalism, subjective rights.*

I | Introducción

En el marco del centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es especialmente contrastante el cambio ocurrido en los últimos años en la forma de pensar y argumentar el Derecho. En este trabajo se sostiene que la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos no fue una reforma más a la Constitución, sino que implicó un cambio conceptual y sustancial con consecuencias no sólo prácticas sino también teóricas, por lo cual el sustento filosófico que subyace en la Constitución de 1917 no es el mismo que el que existe el día de hoy. Este cambio de paradigma comienza a permear no sólo en la forma de resolver litigios, sino también en la opinión pública, en el sector académico, e inclusive en el sector político.

Muchas reflexiones pueden realizarse en torno a este cambio de paradigma, sin embargo, este ensayo se limitará a las consecuencias producidas en el ámbito de la argumentación jurídica, y de manera más específica en el fenómeno de la evolución de la noción de *derecho subjetivo*, que tradicionalmente era un concepto secundario en el campo de la argumentación jurídica, pero paulatinamente ha venido adquiriendo, especialmente a partir de la reforma del 2011, un papel no solamente principal, sino inclusive fundante y preponderante en todas las ramas del Derecho.

Este cambio en el rol del *derecho subjetivo* en la argumentación jurídica y en la concepción del derecho es una consecuencia de la forma en que se han venido entiendo los derechos humanos. La concepción de Constitución como un complejo normativo cuyo propósito es organizar un Estado,³ mediante el diseño y organización de los poderes de decisión colectiva de una comunidad,⁴ y de los derechos fundamentales como límites a la actuación estatal, ha sido paulatinamente desplazada por la idea de Constitución no sólo como complejo normativo para organizar un Estado, sino también como documento declarativo de derechos subjetivos, mismos que son exigibles judicialmente de manera directa, sin necesidad de leyes intermedias, de los cuales todos los ciudadanos son titulares. En esta nueva concepción, los derechos subjetivos no son sólo una limitación a la actuación estatal, sino que son la razón de ser más profunda de la Constitución y lo que le da fuerza a dicho documento como norma fundante y suprema de todo el orden jurídico. Es decir, que el sistema jurídico tiene como origen y propósito la protección de *derechos subjetivos*.

Lo anterior, si bien no es enteramente nuevo, pues es un efecto más del fenómeno de *constitucionalización* señalada por Guastini⁵ que prosiguió a la segunda guerra mundial, sí que ha tenido sus consecuencias más notorias en México a partir de la reforma en materia de Derechos Humanos del 2011.

Uno de dichos efectos es un cambio drástico en la argumentación jurídica, así como en las funciones del poder judicial. Esto ha tenido como consecuencia última dos fenómenos que integran un mismo problema. Como el profesor Cristóbal Orrego señala, existe por una parte el fenómeno de la *juridificación de la Constitución*, debido a que los Tribunales comienzan a aplicar directamente la Constitución y los Derechos fundamentales en ella contenidos sin necesidad de mediación de leyes aplicadoras y, como otra cara de la misma moneda, la *constitucionalización del Derecho*, entendida como el fenómeno mediante el cual las normas subconstitucionales y todas las ramas del derecho, que antes gozaban de cierta autonomía, comienzan a configurarse mediante normas jurisprudenciales o doctrinales basadas en principios,

³ ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, Oxford University Press, México, Cuarta Edición, 2013, p. 2.

⁴ ATIENZA, Manuel, y VIGO, Rodolfo L., *Argumentación Constitucional Teoría y Práctica*, Porrúa, México, 2011, p. 4.

⁵ GUASTINI, Ricardo, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano, Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2003.

valores y normas constitucionales y, específicamente, en los derechos subjetivos contenidos en la Constitución.⁶

El presente trabajo se encuentra dividido en 5 partes: en primer lugar, se estudiará la noción de derecho subjetivo en la Constitución, resaltando el papel preponderante que ha ido adquiriendo en la argumentación jurídica y su evolución de concepto secundario a concepto principal en la praxis argumentativa y en la teoría constitucional. En segundo término, se mencionarán de manera breve algunas nociones básicas de la teoría argumentativa iusfundamentalista, para posteriormente entrar en el tema de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos y sus consecuencias en la argumentación jurídica. Finalmente, se concluye con un análisis crítico señalando las características del mencionado fenómeno que es materia de este ensayo; la juridificación de la Constitución y la constitucionalización del Derecho, así como las debilidades y consecuencias negativas que poseen ambos fenómenos.

Cabe mencionar que el presente trabajo utiliza el método analítico descriptivo, sin embargo, al ser este un ensayo, no está exento de la crítica y la opinión personal del autor, misma que se plasma principalmente en los apartados III y V, tomando como base las críticas que Cristóbal Orrego, Javier Saldaña y Massini Correas realizan a la argumentación jurídica iusfundamentalista.

II] La noción de derecho subjetivo en la Constitución

Para hablar de la noción de *derecho subjetivo* en el sistema jurídico mexicano, es preciso tomar como punto de partida las exposiciones de García Máynez y Villoro Toranzo en sus respectivas obras de *Introducción al Estudio del Derecho*. Así, quedará lo suficientemente claro el papel secundario que la noción de *derecho subjetivo* en Máynez o *derecho como facultad* en Villoro, ocupaba en el pensamiento jurídico de hace algunas décadas.

Villoro expone, en su capítulo de *El problema de la noción del Derecho*, hablando sobre el Derecho como término análogo, que el derecho puede entenderse como facultad, como ideal ético de justicia, y como norma o sistema de normas. El derecho subjetivo, en esta exposición, atiende al sujeto que tiene la facultad o poder, *bajo la protección de la ley*, de usar y disponer de algo libremente y con exclusión de los demás, siendo el derecho de

⁶ ORREGO, Cristóbal, Supuestos conflictos de Derechos Humanos y la especificación de la acción moral, *Revista chilena de derecho*, Chile, vol. 37, n.º. 2, 2010, p. 312.

propiedad el derecho subjetivo por excelencia.⁷ Para García Máynez, el derecho subjetivo es la autorización *concedida por la ley* a un pretensor para exigir el *cumplimiento de algo prescrito* a otra persona. En este sentido, el derecho subjetivo solo puede ser entendido en función del derecho objetivo, pues deriva enteramente de él y están correlacionados, aunque no pueda afirmarse que uno es anterior al otro.⁸

En ambos autores, como se puede ver, la noción de derecho subjetivo no ocupa para nada un papel preponderante en la ciencia jurídica, sino que se expone meramente como una manera análoga de utilizar la palabra *derecho*. Es decir, aunque dicha noción sea importante, existe solamente dentro del contexto del derecho objetivo y en función de él. De manera que el derecho subjetivo no tiene un papel fundante del sistema jurídico, ni es un concepto primario para argumentar y entender el Derecho.

Ahora bien, en el discurso jurídico contemporáneo, es característica la inclinación a razonar, sea cual sea la materia de que se trate, preponderantemente en términos de *derechos subjetivos*.⁹ Esta inclinación, como señala Villey, no existió en el derecho romano ni en el derecho medieval, sino que tiene sus raíces en el nominalismo de la Edad Media¹⁰ y su culminación en los movimientos actuales de derechos humanos.¹¹ Es decir, que mientras tradicionalmente se entendía el derecho como *cosa justa*, poco a poco se ha ido entendiendo como *facultad*. Esto cobra especial relevancia en el campo de los Derechos Humanos, pues la dogmática jurídica, así como las escuelas liberales de derechos humanos, han entendido a los derechos humanos como una especie dentro de los derechos subjetivos.¹² Así, uno de los más reconocidos autores en la materia constitucional, como lo es Ignacio Burgoa, llega a afirmar que a los derechos humanos se *les otorga obligatoriedad jurídica al convertirlos en el contenido de los derechos subjetivos públicos que son un elemento esencial*

⁷ VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, 21ª edición, 2012, p. 6.

⁸ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, 65ª edición, 2013, pp. 37-38.

⁹ MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del derecho: El Derecho y los Derechos Humanos*, Abeledo Perrot, Argentina, 1994, p. 11.

¹⁰ VILLEY, M., *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, traducida por Guzmán Brito, A., Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile, 1976, p.34.

¹¹ MASSINI, Op. cit., p. 11.

¹² SALDAÑA, Javier, *Críticas en torno al derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos*, en: BEUCHOT, Mauricio y SALDAÑA, Javier, *Derechos humanos y naturaleza humana*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 77-104.

*integrante de las garantías individuales del gobernado.*¹³ De esta manera Burgoa relaciona los términos *derechos humanos*, *derechos subjetivos públicos*, y *garantías individuales*. En la exposición de Burgoa también queda bastante claro que la Constitución de 1917 adoptó el concepto de *autolimitación* en beneficio de los ciudadanos al instituir las garantías individuales, rechazando así la doctrina *iusnaturalista* y la concepción de derechos *superestatales* del hombre y reemplazándola por una *autolimitación* del Estado soberano que otorga al individuo las garantías debidas para el desarrollo integral de su personalidad, de manera que lo que antes eran *meras potestades naturales del hombre que al reconocerse por el orden jurídico positivo se convierten en derechos públicos subjetivos*, esos derechos se *asegurarían o preservarían por las garantías establecidas por la Constitución o por la ley.*¹⁴ Finalmente, Burgoa estima que la fuente de las garantías individuales es la Constitución¹⁵ y que el origen formal de las mismas no pueden ser los derechos humanos, sino la calidad de gobernados y las relaciones de sub y supra *ordinación* entre el Estado y los ciudadanos.¹⁶

Otro autor más reciente en la materia, Enrique Sánchez Bringas, opina lo siguiente:

*Al usar las locuciones declaración de derechos, estatuto de la persona, derechos humanos, garantías del gobernado, garantías individuales y derechos del gobernado, en general, nos referimos a las prerrogativas alcanzadas por los hombres frente al poder público personificado en la autoridad [...] Negamos, desde luego, que existan derechos naturales o inherentes al hombre, en todo caso, con esas expresiones se significan los valores individuales y sociales sobre el hombre, su dignidad y su desarrollo, pero no derechos.*¹⁷

Queda claro entonces, que hasta hace algunos años, antes de la Reforma de 2011, existía cierto consenso en cuanto a que los derechos humanos, o garantías individuales, amparaban derechos públicos subjetivos, mismos que, si bien formaban parte esencial e importante de la constitución, no tenían un papel fundante u originario, sino que eran simplemente limitaciones al poder público

¹³ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 2015, p.51.

¹⁴ *Ibidem*, p. 158.

¹⁵ *Ibidem*, p. 186.

¹⁶ *Ibidem*, p. 192.

¹⁷ SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Los derechos humanos en la Constitución y en los tratados internacionales*, Porrúa, México, 2001, p. 55.

y regulaban las relaciones de sub y supra ordinación, y ciertamente no eran conceptos principales en la teoría de la argumentación jurídica sino secundarios.

En contraposición a lo anterior, y como consecuencia de la concepción moderna del derecho y de la evolución de la noción de derecho subjetivo, es que ha surgido la denominada *argumentación iusfundamentalista*. Mientras que anteriormente se argumentaba alrededor de lo objetivamente justo en una sociedad política, y en torno a lo debido y obligatorio en este marco, en la modernidad el énfasis de la perspectiva jurídica se centra sobre el sujeto individual y sus prerrogativas.¹⁸

En palabras de Villey, esta concepción del derecho *ha sido producto del egoísmo y de la incultura, nos dice que, restringidos los horizontes intelectuales para cada sujeto a las dimensiones de sus apetitos, es natural que cada uno piense cada cosa en función de su yo, que capte al servicio de su yo, lo que debería ser concebido en función del interés común, y que lo acomode a las necesidades de su egoísmo.*¹⁹ En el fondo de esta concepción del derecho, es latente una filosofía individualista y libertaria, en la que el derecho es visto como un interés particular en beneficio individual y en perjuicio del bien común, asegurándole al individuo las condiciones de una vida plenamente individual: las libertades y poderes a los que él aspira.²⁰

Estos cambios en la noción del derecho subjetivo derivarán en una serie de ideas sumamente simplistas del derecho que hoy podemos constatar diariamente ya no solo en el ámbito académico, sino en medios de comunicación, en discursos políticos y en la opinión pública, así como en diversos informes y declaraciones de organismos internacionales de derechos humanos, tales como la idea del derecho entendido como cualquier posibilidad de acción cuyo único límite es la colisión con un derecho ajeno. Así, podemos afirmar, a pesar de lo contradictorio del término, la existencia de algo así como un *iusnaturalismo ilustrado* en la concepción de los derechos humanos como derechos subjetivos fundantes.²¹

Así, como se expondrá en la siguiente sección, la noción de derecho subjetivo se convierte en una categoría conceptual

¹⁸ SALDAÑA, Op.cit., p. 691.

¹⁹ VILLEY, Op.cit., p. 151.

²⁰ SALDAÑA, Op.cit., p. 700.

²¹ En este caso, es preciso aclarar que se prefiere el término *fundantes* a *fundamentales* para enfatizar que esta clase de derechos subjetivos se entienden como que dan origen a la ciencia jurídica y al ordenamiento jurídico, mientras que el término *fundamentales* se refieren no tanto a que funden un orden jurídico sino a que son de vital importancia para el desarrollo de la persona humana.

principal y, casi podríamos afirmarlo, independiente de otras categorías, al grado que se pretende utilizar de una manera aislada y casi independiente del derecho objetivo, de manera que lo relevante en el razonamiento práctico jurídico no es ya la teoría de la acción justa, de lo debido, o lo objetivamente justo en el marco de una sociedad, sino que lo preponderante será la libertad o poder atribuible al individuo.

III] La argumentación iusfundamentalista

La argumentación iusfundamentalista, como su nombre lo indica, se caracteriza por resolver problemas jurídicos utilizando como principal categoría conceptual la de derechos fundamentales. Así, en palabras de Orrego, *se pretende que el significado y alcance de un determinado derecho fundamental implica una conclusión práctica respecto de un caso en particular. La apelación a un derecho fundamental, interpretado de determinada manera, se presenta como razón suficiente para hacer lugar a la pretensión de una de las partes.*²²

En este sentido, junto a la apelación a instrumentos legales favorables para resolver problemas jurídicos, que antes era la cuestión principal en la argumentación jurídica, va coexistiendo una cultura en la que se apela a estándares abiertos como los principios, valores y derechos esenciales de la persona humana como categoría principal argumentativa. De tal manera que los dos elementos que basan la argumentación iusfundamentalista son *los enunciados abstractos a los derechos fundamentales, y una interpretación favorable o expansiva del derecho fundamental que se alega en los casos calificados como de conflicto entre el derecho fundamental de una persona y el mismo u otro derecho fundamental de otra persona o algún bien público.*²³

Esta aparente colisión entre derechos es lo que da forma a la *ponderación* como método interpretativo de derechos humanos y como instrumento argumentativo. Se entiende entonces que los derechos humanos no son absolutos, pues existen límites cuando puedan afectar otros derechos o al bien público. Sin embargo, dichos métodos interpretativos y la teoría argumentativa iusfundamentalista muestran deficiencias que no podemos dejar de lado. El esquema sumamente simplista que considera cualquier conflicto jurídico como colisión de derechos y unos deben ser restringidos (o violentados) en beneficio de otros, o los intentos de

²²ORREGO, op.cit., p. 326.

²³*Idem.*

jerarquizar derechos, muestran siempre un riesgo de arbitrariedad por parte de los juzgadores y la posibilidad de que estos utilicen tales métodos para imponer sus convicciones personales. Es decir, que, siguiendo a Orrego, a pesar de que sea posible encontrar de manera intuitiva soluciones justas utilizando esta forma de argumentación, el discurso jurídico no es satisfactorio, ya que en primer lugar se busca la solución de manera intuitiva para, a posteriori, justificar y racionalizar tal decisión.²⁴ En última instancia, esta concepción de los derechos humanos provoca una banalización del término *derecho*, pues el mismo se utiliza como *meras expresiones de deseos y apetencias ilimitados*.²⁵

Por otro lado, siguiendo con la exposición de Orrego, este tipo de argumentación provoca la afirmación simultánea de derechos incompatibles, pues la apelación a derechos fundamentales aboca a la creencia en los ya mencionados conflictos de derechos fundamentales, y a una teoría construida para armonizar los diferentes derechos y resolver conflictos entre ellos, afirmándose derechos humanos incompatibles entre sí (ejemplos claros: el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra, el derecho a la libertad de información y el derecho a la privacidad, etc.), lo cual trae como consecuencia lógica la negación del principio según el cual los derechos humanos son indisponibles.²⁶

En el caso mexicano, especialmente a partir de la Reforma en Materia de Derechos Humanos, la Suprema Corte ha adoptado expresamente y en reiteradas ocasiones la argumentación iusfundamentalista, específicamente en cuanto al método de ponderación como solución a las problemáticas jurídicas, razón por la cual resulta especialmente importante el estudio del presente tema y la crítica respecto a este tipo de proceder. A continuación se estudiarán de manera breve las consecuencias de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en el ámbito argumentativo para continuar con el presente trabajo.

IV] Consecuencias de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos en la argumentación jurídica

La Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos del 10 de junio de 2011 trajo consigo una serie de

²⁴ *Ibidem*, p. 313.

²⁵ GLENDON, Mary Ann, *Rights Talk, The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, Nueva York, 1991, p. 45.

²⁶ ORREGO, op.cit., p. 328.

cambios importantes en la manera de entender y aplicar el derecho en México. Lo que se sostiene en este trabajo es que dichos cambios no son sólo terminológicos, metodológicos o técnicos, sino sobre todo conceptuales, filosóficos y principalmente argumentativos. Comenzando por la sustitución del término *garantías individuales* por *derechos humanos*, y del verbo *otorgar* por *reconocer*, es visible cómo las afirmaciones previamente mencionadas de Ignacio Burgoa pierden vigencia. La reforma constitucional cambia el fundamento filosófico de los derechos subjetivos... si antes eran concebidos como garantías individuales otorgadas por el estado en un ejercicio de autolimitación, ahora son concebidos como derechos humanos derivados de la naturaleza humana (entendida la naturaleza humana como una serie de características acabas, cognoscibles e inmutables sin importar el contexto), preexistentes al Estado y jurídicamente exigibles de manera directa (por supuesto, judicialmente).

Otro punto que vale la pena señalar, es la implementación de los principios *pro personae* y de *interpretación conforme*, así como la obligación de las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Tampoco puede dejarse de mencionar la implementación del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

Los anteriores cambios y reformas, han traído como consecuencia, además del ya mencionado cambio conceptual de la manera en que entendemos el derecho, un cambio argumentativo. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación evidencia de manera paradigmática la plena adopción, al menos por parte del poder judicial, de la tesis argumentativa iusfundamentalista y de la noción de derecho subjetivo como categoría conceptual primaria de la razón práctica. A continuación se presentan una serie de criterios que son especialmente esclarecedores al respecto:

CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA.

Los derechos fundamentales, siendo en su definición más básica pretensiones jurídicas destinadas a establecer los límites que los representantes de los ciudadanos no pueden traspasar en el desarrollo de sus responsabilidades normativas, no son en sí mismos ilimitados. En efecto, su estructura normativa típica no es la propia de las reglas -normas jurídicas con condiciones de aplicación razonablemente detalladas y determinadas, que se aplican mediante razonamientos subsuntivos- sino la que

caracteriza a los principios, *que son imperativos jurídicos con condiciones de aplicación definidas de modo muy abierto, lo cual los destina naturalmente a entrar en interacción, en los casos concretos, con otras normas con contenidos jurídicos que apuntan en direcciones no idénticas. Es por eso que suele decirse que los derechos fundamentales operan en el razonamiento jurídico como mandatos de optimización, porque su protección y reconocimiento en los textos constitucionales presuponen naturalmente que sus exigencias normativas entrarán en conflicto con otras en los casos concretos, supuesto en el que será necesario desarrollar un ejercicio de ponderación para articular el resultado de su aplicación conjunta en esos casos. Así, en las democracias constitucionales actuales la resolución jurídica de los conflictos que involucran derechos fundamentales no parte cada vez de cero, sino que el sistema jurídico contiene un abanico más o menos consensuado de reglas o criterios que expresan lo que puede o no considerarse un equilibrio adecuado entre ellos en distintos contextos o escenarios aplicativos. Así, algunas de estas reglas están consagradas expresamente en los tratados de derechos humanos o en las Constituciones mismas, y otras se van explicitando a medida que la justicia constitucional va resolviendo casos, incluidos aquellos en los que se juzga la constitucionalidad de los límites a los derechos incluidos en las leyes. De ahí que el legislador es competente genéricamente para emitir normas que regulan y limitan derechos, pero no puede hacerlo como prefiera, sino bajo determinadas condiciones relacionadas tanto con fines como con medios, en tanto que su labor normativa -llegado el caso- debe ser cuidadosamente examinada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para garantizar que los límites que de ella derivan estén justificados por la necesidad de proteger a su vez derechos e intereses constitucionalmente amparados, y no haya sido adoptada sobre bases arbitrarias o insuficientemente sensibles a su impacto en las condiciones de goce del derecho involucrado.*²⁷

La relevancia de dicho criterio es que establece específicamente el método de ponderación de derechos como necesario para resolver aparentes conflictos de derechos. Así, deja de lado la teoría de la acción moral y la teoría de la argumentación práctica para utilizar la argumentación iusfundamentalista, considerando los derechos subjetivos como principios aplicables directamente que necesariamente entrarán en conflicto con otros,

²⁷ Época: Novena Época Registro: 161368 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXXIV, Agosto de 2011 Materia(s): Constitucional Tesis: P. XII/2011 Página: 23

en cuyo caso es función del juez determinar cuál derecho debe prevalecer en perjuicio de otro.

DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN. CONSTITUYEN DERECHOS HUMANOS QUE SE PROTEGEN A TRAVÉS DEL ACTUAL MARCO CONSTITUCIONAL.

*Si conforme a las características que conforman a los derechos humanos, éstos no recaen sobre cosas materiales, sino que otorgan acción para lograr que el Estado respete los derechos garantizados, y se consideran esenciales e inherentes al ser humano y derivados de su propia naturaleza, resulta lógico que los atributos de la personalidad se enlacen directamente con tales derechos, pues los mencionados atributos tienen una coincidencia con las libertades protegidas por los derechos del hombre como son los concernientes al honor, a la intimidad y a la propia imagen que constituyen derechos subjetivos del ser humano, en tanto que son inseparables de su titular, quien nace con ellos, y el Estado debe reconocerlos. Como no recaen sobre bienes materiales, sino sobre la personalidad de los individuos, son generales porque corresponden a todos los seres humanos, y no pueden considerarse renunciables, transmisibles o prescriptibles, porque son inherentes a la persona misma, es decir, son intrínsecos al sujeto quien no puede vivir sin ellos. Ahora, del contenido expreso del artículo 1o. constitucional se advierte que nuestro país actualmente adopta una protección amplia de los derechos humanos, mediante el reconocimiento claro del principio *pro personae*, como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas, aunado a que también precisa de manera clara la obligación de observar los tratados internacionales firmados por el Estado Mexicano al momento de aplicar e interpretar las normas jurídicas en las que se vea involucrado este tipo de derechos, como son los señalados atributos de la personalidad conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en casos en los que se involucra la posible afectación por daño moral de un atributo de la personalidad -en su vertiente del derecho al honor- debe aplicarse la tutela y protección consagrada en los principios reconocidos al efecto en nuestra Carta Magna, con independencia de que no exista una referencia expresa en el texto constitucional hacia la salvaguarda concreta del citado atributo, pues la obligación de protección deriva de disposiciones contenidas en dos tipos de*

ordenamientos superiores -Constitución y tratados internacionales- con los que cuenta el Estado Mexicano.²⁸

Dicho criterio es igualmente útil para demostrar la identificación de los derechos humanos como una especie de derechos subjetivos, que sin embargo tienen un papel principal en la concepción del derecho y que son preexistentes a su reconocimiento estatal.

Los mencionados criterios, que son simplemente ejemplos clarificadores de los efectos de la reforma en materia de derechos humanos en la jurisprudencia y en la concepción del derecho, al menos por parte del poder judicial, son una evidencia más del cambio de paradigma en la argumentación jurídica en México. Mismo que resulta en el fenómeno que da nombre a este ensayo: la juridificación de la Constitución y la constitucionalización del Derecho.

V] Juridificación de la Constitución, constitucionalización del Derecho

La juridificación de la Constitución y la constitucionalización del Derecho son dos caras de la misma moneda, dos fenómenos que forman parte de un mismo problema. El primero es debido a que los Tribunales comienzan a aplicar directamente la Constitución y los Derechos fundamentales en ella contenidos sin necesidad de mediación de leyes aplicadoras, y, el segundo entendido como el fenómeno mediante el cual las normas subconstitucionales y todas las ramas del derecho, que antes gozaban de cierta autonomía, comienzan a configurarse mediante normas jurisprudenciales o doctrinales basadas en principios, valores y normas constitucionales y, específicamente, en los derechos subjetivos contenidos en la Constitución.²⁹ El problema que abarca estos dos fenómenos es el que se ha señalado a lo largo de todo el ensayo: la adopción de la argumentación iusfundamentalista y el cambio de paradigma filosófico que ahora considera al derecho subjetivo como fundamento y culmen del orden jurídico.

En este trabajo, se ha intentado describir el siguiente fenómeno. En primer lugar, que la noción de Derechos Humanos (antes garantías) como una especie más derechos subjetivos es la

²⁸ Época: Décima Época Registro: 2003844 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 2 Materia(s): Constitucional Tesis: I.So.C.4 K (10a.) Página: 1258

²⁹ ORREGO, *op cit*, p. 312.

que ha imperado en nuestra constitución. En segundo lugar, que la noción de derecho subjetivo ha venido tomando un lugar primordial y central en el discurso jurídico y cada vez más en la argumentación jurídica del país. En tercer lugar, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el poder judicial en general han abrazado la argumentación iusfundamentalista como escuela argumentativa. Finalmente, que el control difuso, así como las demás instituciones de la reforma provocan que cada vez más se pueda resolver en base a derechos subjetivos constitucionales (derechos humanos), inclusive en juicios distintos del amparo y tratándose de otras ramas del derecho distintas a la constitucional.

Todos los anteriores factores descritos desembocan en el señalado fenómeno descrito por Orrego; la juridificación de la Constitución y la constitucionalización del Derecho. Esto es, debido a que las demás ramas del derecho, antes inferiores y con relativa autonomía de la constitucional, pierden esta fragmentación característica, de manera que los principios y derechos subjetivos contenidos en la Constitución se infiltran y permean en la totalidad del sistema jurídico, tan es así que jueces ordinarios, que no son de jurisdicción constitucional, se ven obligados a resolver cuestiones constitucionales mediante el control difuso, el principio *pro personae* y la interpretación conforme. La otra cara de la moneda de dicho factor es que los jueces en materia constitucional se ven cada vez más en la posición de decidir cuestiones de derecho ordinario o de ramas del derecho distintas de la Constitucional. De tal manera que, debido al papel que juegan los derechos subjetivos en el debate jurídico, cualquier juicio de cualquier materia ordinaria potencialmente puede ser resuelto en base a cuestiones de constitucionalidad, mediante la apelación directa a un parámetro que en principio es abstracto y abierto: los conflictos entre derechos subjetivos y la ponderación de los mismos, al mismo tiempo que cualquier juicio en materia constitucional puede exponencialmente afectar a diversas disposiciones y resoluciones de cualquier otra rama del derecho ordinario.

Vemos así, que el uso del derecho subjetivo público como categoría conceptual primaria y central en la argumentación iusfundamentalista conlleva un cambio en el sistema jurídico que relaciona todas las ramas entre sí y que, ciertamente, aumenta la importancia e influencia del poder judicial, causando (si no nos atrevemos a decir un desequilibrio) un cambio en el equilibrio de poderes y en las funciones del poder judicial en el sistema jurídico-político democrático mexicano.

Todas las afirmaciones realizadas anteriormente son de carácter meramente descriptivo y analítico, por lo que cabe

preguntarnos si este fenómeno es positivo para el sistema jurídico o si por el contrario pudiera resultar perjudicial.

En este sentido, nos adherimos a la crítica y propuesta formuladas por Orrego, misma que puede ser resumida en las siguientes palabras; este cambio en la noción de derecho subjetivo y la argumentación iusfundamentalista traen consigo un empobrecimiento del discurso jurídico que implica el gran riesgo, sino es que consecuencia lógica, de arbitrariedad en la resolución de problemas jurídicos al olvidarse de las nociones básicas del razonamiento práctico y específicamente en la teoría de la acción³⁰. Además de que es inevitable que exista una hipocresía en la función judicial cuando se adopta una argumentación iusfundamentalista. A continuación explicaré esta opinión de manera más desarrollada.

La teoría clásica del razonamiento práctico jurídico consideraba la acción como una de las categorías centrales y principales en la argumentación jurídica. Así, lo importante en la resolución de un problema legal era la juridicidad o antijuridicidad de la acción, esto es: encontrar cuál es en el caso concreto *la acción justa*. De manera que la ley era un elemento más, considerado siempre en conjunto con los hechos y circunstancias, para encontrar dicha acción justa, que se traducía en el resultado de la sentencia. En este tipo de argumentación, los derechos subjetivos jugaban un papel secundario en el discurso jurídico. La determinación de cuáles son las pretensiones válidas de las partes y a qué tienen derecho se hacía después y como consecuencia de que se encontraba cuál era la *acción justa*, mas esto nunca se hacía de manera aislada, pues el origen del derecho en esta forma de proceder no era *la libertad de las partes o sus facultades o poderes*, sino que el origen de las relaciones jurídicas era la ley emanada del órgano legitimado para hacerlo, un acuerdo de voluntades, o para los iusnaturalistas el derecho natural entendido como el equilibrio que debe existir en las relaciones entre sujetos a través de cosas materiales.³¹ Así, una vez que se determinaba cuál era la acción justa, considerando la variedad de factores y fuentes legales, se procedía a determinar el derecho subjetivo de cada una de las partes.

En contraste con lo anterior, la argumentación iusfundamentalista que está siendo utilizada por nuestra Suprema Corte ahora resuelve no en base a la juridicidad de las acciones,

³⁰ *Ibidem*, pp. 313 – 342.

³¹ Para mayor abundamiento en esta idea, ver de PALLARES YABUR, Pedro, *Razón Práctica, ius y objetividad en Derechos Humanos*, Perspectiva Jurídica Universidad Panamericana, Guadalajara, 2014, pp. 112-139.

sino en base a los derechos subjetivos directamente. Según esta teoría, basta la apelación a un derecho subjetivo en cualquier situación para que el juez resuelva con fundamento a la ponderación de dos principios o derechos abstractos, que en principio no debieran ser contradictorios, resolviendo a favor de uno y siempre en perjuicio del otro. En este sentido, da la impresión de que los principios de integralidad, interdependencia e indisponibilidad de los derechos humanos no son más que adornos o expresiones bonitas, pero inaplicables a la realidad y ciertamente falsos, pues para resolver un caso de Derechos Humanos constantemente se estaría disponiendo de dichos Derechos y los mismos estarían llamados a entrar en conflicto constantemente. Esta forma de proceder desemboca necesariamente en una hipocresía en la actividad jurisdiccional, pues el método que supuestamente se está utilizando es inaplicable por sí mismo. La argumentación iusfundamentalista es insuficiente para fundamentar el proceso interno que sucede en la mente del juzgador al momento de decidir una controversia, pues para resolverla no basta con reconocer los derechos subjetivos de las partes y sus límites, sino que también influyen las circunstancias de cada caso, el régimen legal existente y, sobre todo, la juridicidad de las acciones.

No negamos la eficacia que la argumentación iusfundamentalista aplicada pueda tener para la resolución de problemas de derechos humanos, pues un juez puede intuitivamente encontrar la solución justa y posteriormente buscar una justificación en base a la ponderación de derechos, sin embargo, ponemos en tela de juicio que ésta forma de proceder sea la más idónea, pues está claro que puede desembocar en arbitrariedad y activismo judicial, además de ser insuficiente para explicar la realidad de los procesos hermenéuticos necesarios para resolver una controversia. Tampoco se promueve en este trabajo regresar al modelo decimonónico de considerar la función del juez como *solamente la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados incapaces de modificar su fuerza o su rigor*.³² Una teoría argumentativa para ser eficaz debe tener una coherencia interna y ser lo suficientemente consistente para dar una explicación que coincida con lo que sucede en la realidad. Lo que se propone, en consonancia con la propuesta de Orrego, es volver a considerar la importancia y el papel fundamental y central de la teoría de la acción para resolver litigios. Lo anterior no implica dejar de lado la noción de derecho subjetivo, sino reconocer su carácter secundario

³² MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, 9ª ed., México, Porrúa, 1992, Nota 2, Libro IX, capítulo VI.

que sólo puede ser útil después de que se ha determinado el carácter justo o injusto de una acción. Si bien este trabajo no permite el mayor abundamiento en esta propuesta, se recomienda la lectura del trabajo de Orrego,³³ que desarrolla una propuesta similar mucho más a detalle, si bien enfocada al caso chileno.

A manera de conclusión, en este trabajo se sostiene que la evolución de la argumentación jurídica en el sistema jurídico mexicano y el fenómeno de la constitucionalización del derecho y la juridificación de la constitución no son fenómenos por sí mismos positivos (si bien no se niegan los resultados positivos y avances que han traído consigo), y conllevan el riesgo de que nuestro sistema democrático sea alterado por un desequilibrio entre los tres poderes y una arbitrariedad en la resolución de problemas jurídicos debido al esquema argumentativo simplista que se está utilizando. Por lo que se propone considerar la primacía de la acción sobre los derechos subjetivos como parámetro para resolver problemas jurídicos, evitando en la medida de lo posible la apelación a derechos abstractos y abiertos y la exigencia de su ponderación ante casos de aparente conflicto.

Bibliografía

- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, Oxford University Press, México, Cuarta Edición, 2013.
- ATIENZA, Manuel, y VIGO, Rodolfo L., *Argumentación Constitucional Teoría y Práctica*, Porrúa, México, 2011.
- BURGOA ORIGUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 2015, p.51.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, 65ª edición, 2013.
- GLENDON, Mary Ann, *Rights Talk, The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, Nueva York, 1991.
- GUASTINI, Ricardo, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, Neoconstitucionalismo, Trotta, Madrid, 2003.
- MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del derecho: El Derecho y los Derechos Humanos*, Abeledo Perrot, Argentina, 1994.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, 9ª ed., México, Porrúa, 1992, Nota 2, Libro IX, capítulo VI.
- ORREGO, Cristóbal, *Supuestos conflictos de Derechos Humanos y la especificación de la acción moral*, Revista chilena de derecho, Chile, vol. 37, n° 2, 2010.
- SALDAÑA, Javier, *Críticas en torno al derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos*, en: BEUCHOT, Mauricio y SALDAÑA, Javier,

³³ ORREGO, op.cit. 313 – 342.

Derechos humanos y naturaleza humana, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.

SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Los derechos humanos en la Constitución y en los tratados internacionales*, Porrúa, México, 2001.

VILLEY, M., *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, traducida por Guzmán Brito, A., Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile, 1976.

VILLOORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, 21ª edición, 2012.

Fecha de recepción: 16 de mayo de 2017

Fecha de aprobación: 11 de octubre de 2017

Libertad de Expresión: Análisis sobre su Evolución y Tutela a través de la Interpretación Constitucional

MARCOS DEL ROSARIO RODRÍGUEZ¹

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares*. II. *La libertad de expresión y su tratamiento en los primeros años del constitucionalismo norteamericano*; III. *Peligro Real y Actual*; IV. *El caso Abrams v. United States y el establecimiento del criterio Peligro Real e Inminente*; V. *El caso New York Times v. Sullivan y el surgimiento de la doctrina de la real malicia*; VI. *El caso United States v. Schwimmer y la figura del mercado de ideas en una sociedad democrática*; VII. *El caso New York Times Co. v. United States*; VIII. *Consideraciones finales*.

Resumen. La libertad de expresión es el derecho angular de todo sistema constitucional y democrático, por ello resulta determinante para su efectiva vigencia, que sea garantizado jurisdiccionalmente de forma adecuada. En buena medida, el desarrollo en el contenido y alcances de éste derecho, ha sido impulsado desde la palestra judicial, particularmente por criterios enarbolados en el sistema judicial americano. Por ello, es importante conocer los casos paradigmáticos, que han servido de parámetro para su tratamiento y reconocimiento.

Palabras clave: Libertad de expresión, democracia, criterios judiciales estadounidenses.

Abstract. *Freedom of speech is the angular right of any constitutional and democratic system. Therefore, it is decisive for its effective validity, to be properly guaranteed. To a large extent, development in the content and scope of this right has been driven from the judicial arena, particularly by criteria raised in the American judicial system. Therefore, it is important to know the paradigmatic cases that have served as parameters, for the treatment and recognition.*

¹ Doctor en Derecho y miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel 1.

Keywords: *Freedom of speech, democracy, American judicial criteria.*

I] Consideraciones preliminares

La libertad de expresión es un derecho toral para cualquier sistema constitucional, toda vez que para cualquier sociedad que se jacte de democrática, cualquier expresión, opinión y manifestación emitida, debe ser garantizada de forma plena. Para ello, el Estado debe asegurar que cualquier expresión coexista en el espectro público, sin que sea restringida, salvo que transgreda los límites constitucionales establecidos, los cuales deben ser proporcionales y legítimos, de lo contrario la vigencia de este derecho puede verse acotada.

En una sociedad democrática, la pluralidad política, social y cultural es una cualidad inherente, por lo que ningún criterio, ideología o posición debe imperar sobre otra como validez. La convergencia de ideas en un ámbito de igualdad, permite que todas las voces sean escuchadas, aun sean diversas, o incluso contrarias entre sí. El papel del Estado será determinante para que éste cúmulo de manifestaciones y opiniones, sean respetadas y tomadas en cuenta.

Un sistema constitucional con un modelo de comunicación política abierta y dúctil, es un sistema en el que la libertad de expresión se puede ejercer de forma plena y eficiente, ya que se prioriza el ejercicio, sin que el contenido se vea limitado; por ello se puede decir que se está ante una democracia solvente.

En cambio, entre más restricciones jurídicas existan al ejercicio de la libertad de opinión e ideas en el ámbito social y político, la democracia de ese Estado estará debilitada y sujeta a otros principios y reglas, que no necesariamente garantizan su desarrollo y sustentabilidad.

Los criterios judiciales dictados por la Suprema Corte de los Estados Unidos desde principios del Siglo XX hasta la fecha, han sido referencias para determinar los límites de la libertad de expresión y cómo su tutela está íntimamente relacionada con el desarrollo social y democrático de un país.

De ahí que la hipótesis del presente artículo sea evidenciar el papel del juez constitucional en el desarrollo de la libertad de expresión, pasando de un estatus restrictivo hacia uno mucho más amplio y flexible, en el que la coexistencia de opiniones en el espacio público, se erige como el parámetro a alcanzar por cualquier sociedad plural y democrática.

II] La libertad de expresión y su tratamiento en los primeros años del constitucionalismo norteamericano

La *Doctrina de la Real Malicia*, formulada por la Suprema Corte de los Estados Unidos, estuvo precedida por la aplicación de diversas reglas mediante las cuales se procuró sistematizar los criterios para determinar la responsabilidad jurídica en el ejercicio de la libertad de expresión en general, y de la libertad de prensa, en lo particular.

La Primera Enmienda establece: *El Congreso no dictará ley alguna estableciendo una religión, o prohibiendo su libre ejercicio; ni que limite la libertad de palabra o de prensa; ni el derecho del pueblo de reunirse pacíficamente y a peticionar al gobierno la reparación de sus agravios.*

Las ideas de Blackstone, formuladas en la segunda mitad del siglo XVIII, dieron lugar a la regla denominada *tendencia nociva*, la cual dispone que, si bien la libertad de prensa no admite restricciones previas, su ejercicio no exime de responsabilidad jurídica cuando lo que se publica es impropio, perverso o ilegal, configurando un riesgo o lesión para la subsistencia de la paz, el orden público, la religión o la seguridad gubernamental.

En cada caso concreto, correspondía al juez verificar si el ejercicio de la libertad de prensa era nocivo para tales bienes, con prescindencia de la prueba de la verdad. Esta última era inadmisibles para la defensa. Esto era así, porque la acreditación del carácter impropio, perverso o ilegal de la publicación que producía la lesión, generaba una responsabilidad sin ponderar la veracidad o falsedad del contenido de aquélla.

Los principios resultantes del estándar de la *tendencia nociva*² y del *libelo sedicioso*,³ continuaron siendo aplicados por los jueces con ligeras modificaciones. Así, cuando en 1804, Alexander Hamilton definió la libertad de prensa como el derecho de publicar con impunidad, verdad y buenos motivos, con un propósito justificado, aunque fuera en detrimento del gobierno, de los magistrados o individuos, se aceptó por las leyes estatales que la responsabilidad jurídica del emisor de la expresión por los daños

² Esta doctrina fue sustentada por el juez Blackstone, fue en gran medida inspiradora de la Primera Enmienda de la Constitución Estadounidense, por lo que se prohíbe al Congreso dictar leyes limitadoras de la libertad de prensa o de palabra.

³ Doctrina que deja a las autoridades públicas fuera de la crítica de prensa. Fue establecida en los Estados Unidos por la Ley de Sedición de 1798, para controlar la libertad de expresión. Esto se traduce como una cláusula de censura, ya que los editores para publicar debían contar con una licencia, además de contar con autorización previa del Estado.

ocasionados estaba condicionada a la prueba de su dolo, cuando los demandantes eran funcionarios públicos o candidatos a cargos públicos.

Al igual que en todos los casos, para que esa responsabilidad se generara, era necesario que las expresiones fueran inexactas. Inexactitud que se presumía, y que solamente podía ser desvirtuada, mediante la defensa consistente en la prueba de la verdad a cargo del demandado.

En el caso *Patterson v. Colorado*, el director de un periódico fue sancionado por desacato, debido a las críticas que se habían formulado en contra de un magistrado judicial. No se le permitió probar que su crítica era razonable, y que estaba provista de fundamentos serios. Para el juez Holmes, la Enmienda I de la Constitución protegía a la prensa contra la censura previa, pero las afirmaciones precisas y veraces eran punibles, si potencialmente podían causar daños sociales y, entre tales daños, se incluían las críticas que podían obstruir el funcionamiento del órgano judicial.

A comienzos del siglo XX, las enseñanzas de Blackstone, que eran seguidas por la generalidad de los jueces, entre ellos el célebre Oliver Wendell Holmes, de quien se hablará más adelante, las cuales fueron objeto de severas críticas. Se sostuvo que el concepto de libertad de expresión, siempre había sido más amplio en los Estados Unidos que en Inglaterra, y que uno de los objetivos a que obedeció la Enmienda I, había sido el de abolir la vigencia del derecho común inglés en materia de libertad de expresión.

III] El criterio judicial denominado *Peligro Real y Actual*

En ese marco, correspondió al juez Holmes formular la regla del Peligro Real y Actual, apartándose del criterio que había seguido en *Patterson v. Colorado*. Esta regla colocaba virtualmente bajo la exclusiva ponderación de los jueces la determinación de la licitud en el ejercicio de la libertad de prensa.

La sanción para el autor de una publicación estaba condicionada a que los jueces consideraran que sus expresiones habían sido formuladas generando, o pudiendo crear, un Peligro Real y Actual determinante de un daño grave en cada caso concreto.

El desarrollo de esta regla obedeció a un hecho de política internacional. La intervención de los Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial determinó que, en 1917, fuera promulgada la *Ley de Espionaje*. Entre sus disposiciones, calificaba como delito toda acción por la cual, se pudiera o produjese una insubordinación, rebelión o incumplimiento de los deberes impuestos ante las

fuerzas armadas de los Estados Unidos, así como la acción de obstruir, o intentar obstruir, el servicio de reclutamiento de tropas. La pena aplicable alcanzaba los veinte años de prisión.

El Caso de *Schenck v. United States*.- En el caso *Schenck v. United States* (1919), fueron condenadas varias personas por distribuir folletos que criticaban el servicio militar obligatorio. Al fundamentar su decisión, el juez Holmes sostuvo que, *...en tiempos normales, los acusados habrían estado en su derecho constitucional de decir, todo cuanto se dijo en el folleto.*

Pero el carácter de cada acto depende de las circunstancias en que se realiza. La más rigurosa protección de la libertad de palabra no bastaría para proteger al hombre que, falsamente, da la voz de fuego en un teatro y desata el pánico [...] Cuando una nación está en guerra, muchas cosas que pudieran decirse en tiempo de paz suponen tales obstáculos a sus esfuerzos que su expresión no ha de tolerarse mientras haya hombres que empuñen un fusil [...] La cuestión que se plantea reside en determinar si las palabras que se utilizaron lo fueron en circunstancias tales y son de tal naturaleza, que crean un Peligro Real y Actual de acarrear los males apreciables que el Congreso tiene derecho a prevenir.

Esta regla, que suplió a la doctrina de la *tendencia nociva*, fue nuevamente aplicada en el caso *Debs v. United States* de 1919. El acusado, que era presidente del partido socialista y que en varias oportunidades había sido candidato a la presidencia de la República, fue condenado por pronunciar un discurso en contra de la guerra de la cual participaban los Estados Unidos. En su resolución se mantuvo el precedente de privilegiar lo dispuesto en la Ley de Espionaje, en la que se penalizaba todo acto de sedición.

IV] El caso *Abrams v. United States* y el establecimiento del criterio *Peligro Real e Inminente*

En este caso, cuatro activistas que se habían exiliado en los Estados Unidos con motivo de la persecución política desatada en Rusia bajo el gobierno zarista, criticaron severamente las acciones del gobierno estadounidense, particularmente la decisión del presidente Woodrow Wilson de enviar tropas a ese país para combatir la Revolución Bolchevique. Como parte de las acciones emprendidas para manifestar su posicionamiento político, convocaron a una huelga general.

Con base a la Ley de Espionaje, los mencionados activistas fueron procesados y condenados, toda vez que, desde la perspectiva de la autoridad judicial, con su comportamiento se

entorpecía los esfuerzos desplegados por los Estados Unidos en sus acciones bélicas en el extranjero.

Durante la liberación del caso en cuestión, el juez Oliver Wendell Holmes sustituyó la fórmula de *Peligro Real y Actual* por la de *Peligro Real e Inminente*.⁴ Al respecto Holmes señaló:

*Es únicamente el peligro presente de un mal inmediato o de la intención de producirlo, que justifica que el Congreso imponga límites a la expresión de opiniones que no atañen a derechos privados. Nadie puede suponer que la publicación subrepticia de un folleto absurdo por un hombre desconocido, de no mediar algo más, presente el peligro inmediato de que sus opiniones, entorpezcan el éxito de las armas del gobierno o tengan la más mínima tendencia apreciable de hacerlo. En este caso se han impuesto penas de veinte años por la publicación de folletos que, en mi opinión, los acusados tenían derecho de publicar como el gobierno tiene de publicar la Constitución de los Estados Unidos que ahora invoca [...] me parece que todo lo que podría imponérseles es el castigo más puramente nominal, a menos que se quiera hacer sufrir a los acusados no por lo que se alega en la acusación sino por el crédito político que profesan, un credo que, cuando se sustenta sinceramente, es en mi opinión el credo de la ignorancia y la falta de madurez, que nadie tiene el derecho de considerar cuando se trata de los cargos que se ventilan ante la Corte.*⁵

Sin embargo, la reacción que se vislumbraba contra los criterios tradicionales se exteriorizó en ciertas ideas expuestas por la Suprema Corte en el caso *Gitlow v. New York*. En el voto de la mayoría, redactado por el juez Edward Terry Sanford, se destacó que la Enmienda I de la Constitución protege la libertad de prensa de aquellas restricciones que pudieran emanar de las leyes estatales.

Ello era así, porque los derechos enunciados, estaban comprendidos en la Enmienda XIV, sección I, al establecer que los estados locales, no podían dictar leyes que limitarían las prerrogativas ciudadanas, ni privarlas de sus potestades sin previo debido proceso legal.

El Caso *Whitney v. California*.- En el caso *Whitney v. California* de 1927, el juez Louis Brandeis emitió un voto, al cual se adhirió Holmes, expresando que la libertad era concebida como un medio y como un fin:

⁴ Para Holmes, la regla de *Peligro Real e Inminente*, expresa un caso de peligro presente de un mal inmediato, o la intención de producirlo.

⁵ Cfr. Lewis, Anthony, *Ninguna ley, El caso Sullivan y la Primera Enmienda*, Ed. WordPress, USA, 2013, pp. 15-20

Creían que la libertad era el secreto de la felicidad; el coraje, el secreto de la libertad. Creían que la libertad de pensar lo que se quiera y decir lo que se piensa son medios indispensables para el descubrimiento y la propagación de la verdad política; que sin libertad de expresión y reunión, el debate sería fútil; que con ellos el debate de ordinario ofrece protección adecuada contra la diseminación de doctrinas perniciosas; que la mayor amenaza a la libertad es un pueblo inerte; que el debate público es deber político; y que esto debe ser principio fundamental del gobierno norteamericano. Reconocían los riesgos que corren todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no se puede garantizar meramente con el temor del castigo de sus infracciones; que es aventurado oponerse al pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el temor engendra represión; que la represión engendra odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el sendero de la seguridad se encuentra en la oportunidad de discutir libremente supuestos agravios y remedios propuestos; y que el mejor remedio para un mal consejo es uno bueno.

En su resolutivo, la Suprema Corte analizó si la Ley de Sindicalismo Criminal de California de 1919, violaba el debido proceso previsto en la Decimocuarta Enmienda, así como la cláusula de *igual protección*. La Corte por mayoría confirmó la condena contra Whitney. El juez Sanford invocó la regla del *peligro claro y presente* diseñada por el Juez Holmes, aunque en su argumentación fue más allá.

La Corte sostuvo que el Estado en ejercicio de su poder de vigilancia, tiene el poder para sancionar a aquellos que han abusado del derecho a la libertad de expresión por declaraciones contrarias al orden público, que tiende a incitar a la comisión de delitos, perturbar la paz pública, o poner en peligro la gobernabilidad, amenazando con ello su permanencia y estabilidad. Lo anterior implica que, si una expresión contiene una *mala tendencia*, ésta puede ser restringida y, por ende, no ser concebida como un discurso protegido constitucionalmente.

VI] El caso *United States v. Schwimmer* y la figura del mercado de ideas en una sociedad democrática

En 1929 la mayoría de los integrantes de la Suprema Corte confirmaron la resolución, en la cual se le denegó la ciudadanía

estadounidense a una mujer que manifestó no estar dispuesta a usar las armas para la defensa de los Estados Unidos, en caso de guerra o invasión.

Este caso ha sido considerado por la doctrina como paradigmático, por los alcances del voto particular desarrollado por el juez Holmes, al cual se adhirieron los jueces Louis Brandeis y Sanford, en el cual explicó de forma clara y precisa los alcances la libertad de expresión en una sociedad democrática, en la cual, ninguna idea puede ser restringida ni acotada, sino que debe converger con otras distintas e incluso las que son contrarias.

Con base en lo anterior, a continuación, se muestra un breve extracto del referido voto:

(...) si algún principio de la Constitución exige observancia más imperativamente que los demás, es el de la libertad de pensamiento. Libertad de pensamiento no para los que están de acuerdo con nosotros, sino libertad para las ideas que rechazamos. Creo que ése es un principio que deberíamos observar no sólo para ser admitidos a este país, sino para vivir en él. Y recurriendo al fallo que obstruye el paso de esta solicitante, me permito señalar que los cuáqueros han contribuido a hacer de este país lo que hoy es, que muchos ciudadanos concuerdan con la creencia de la solicitante y que hasta hoy no habíamos supuesto la posibilidad de expulsar a alguien, por creer en las enseñanzas del Sermón de la Montaña más que algunos de nosotros.⁶

El voto de Holmes en el caso en cita, dio paso a la construcción de la doctrina conocida como el *mercado de ideas*, la cual, se sustenta precisamente en la posibilidad de que cualquier persona puede expresar y manifestar sus ideas en el espacio público, sin que una prevalezca una sobre otra, ya que como ocurre en un mercado, los productos, vendedores y los consumidores concurren en un mismo espacio, existiendo libertad plena de optar por aquel insumo que mejor convenga a cada individuo.

En su resolutivo, la Corte puso énfasis en el interés del Estado de fomentar sentimientos de nacionalismo, a pesar de las creencias que pudiesen entrar en conflicto. Este es uno de los casos más emblemáticos en materia de libertad de expresión, ya que se garantiza las palabras y expresiones de carácter negativo, incluso aquellas manifestaciones, como diría Holmes, que odiamos.

1. *El Caso Thornhill v. Alabama (1940)*.-En este caso, la Suprema Corte extendió el concepto de libertad de expresión a la formulación pública de opiniones mediante actos y /o actitudes

⁶ *Ibidem* pp. 25- 30

físicas. La libertad de prensa fue definida como una *libertad preferente*, siguiendo el razonamiento expuesto por el juez Frank Murphy, quien reiteró que las características atribuidas a la libertad de prensa por las Enmiendas I y XIV de la Constitución no pueden ser restringidas por las legislaturas de los estados.

Como consecuencia, toda ley local que regule tal libertad preferente estableciendo restricciones para su desenvolvimiento, es objeto de una fuerte presunción de inconstitucionalidad. Por tanto, corresponde al gobierno local probar en cada caso concreto que la limitación establecida era un remedio indispensable para prevenir un Peligro Real e Inminente.

2. *El caso Sidis v. Publishing Company (New Yorker)*. - El caso *Sidis v. Publishing Company* de 1940, se ha erigido como referencia en cuanto al contenido y alcances del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la privacidad de las personas públicas y/o notoriamente conocidas. A partir de éste resolutivo se ha tenido una mejor comprensión sobre la posición que un individuo posee ante la opinión y el espectro público, cuando posee la cualidad de ser un personaje público o notoriamente conocido.

A partir de la sentencia del caso en cuestión, se dimensiono la naturaleza de las personas públicas, quienes por la posición que guardan en el espectro social, están expuestas a un escrutinio permanente por parte de la opinión pública, ya que su actuar trasciende e incide en distinta forma en la sociedad. En ese sentido se puede decir que no sólo las personas que ejercen una función pública o que se encuentren en el escenario político se consideran públicas, sino también aquellas que desempeñando otras actividades son notoriamente conocidas.

La Suprema Corte negó reconocer la reclusión o aislamiento social al que se sometió James Williams Sidis, treinta años después de que su vida como niño prodigio, fuese expuesta a través de una publicación, con lo cual saltaría a la escena pública.

Sidis acudió ante la Suprema Corte, solicitando la revisión de la sentencia dictada en las primeras instancias, derivado de una publicación hecha por *Publishing Company*, empresa encargada de editar y publicar la famosa revista *The New Yorker*. En su demanda, Sidis adujo la existencia de difamación y malicia por parte de la publicación, trayendo consigo la invasión y vulneración de su derecho a la privacidad.

James William Sidis se opuso a la semblanza biográfica contenida en el artículo publicado en un número de la revista en cuestión. Dicho artículo describía como Sidis la edad de 11 años, hablaba varios idiomas, además de tener un conocimiento prodigioso de la Ciencia. Incluso impartía conferencias para tratar

temas poco estudiados para la época, por ejemplo, lo relativo a los cuatro cuerpos tridimensionales. A los 16 años se graduó de Harvard, siendo uno de los más jóvenes en obtener un título. Sin embargo, al contemplar la realidad de su vida actual, se advertía que no llegó triunfar en ningún ámbito profesional, convirtiéndose en un empleado insignificante, que vivía en un dormitorio en mal estado, al sur de la ciudad de Boston.

El contenido y veracidad del artículo no fue negado por Sidis, sin embargo, en la demanda interpuesta en contra de la revista, impugnó la afectación e impacto generado con la publicación del artículo en cuestión a su vida privada. Tanto el Tribunal de Distrito de primera instancia, así como el Tribunal de Circuito de Apelaciones, desestimaron su pretensión, aduciendo que una vez que Sidis había sido una figura pública en algún momento de su vida, los detalles de su vida actual no podían ser sujetos de inmunidad o exclusión para los medios de comunicación y la opinión pública, estando con ello expuestos permanentemente al escrutinio público.

V] El caso *New York Times v. Sullivan* y el surgimiento de la doctrina de la real malicia.

El caso en cuestión da origen a la doctrina de la real malicia, la cual tiene que ver con la libertad de prensa y su relación con la libre formación de la opinión política, así como sus alcances con el derecho al honor de las personas públicas. Los hechos se suscitaron como consecuencia de una publicación hecha por el diario *New York Times*. En dicha publicación se describen una serie de actos de represión efectuados en la ciudad de Montgomery, Alabama, contra un grupo de manifestantes de raza negra liderados por el Dr. Martin Luther King, por parte de la policía de la localidad.

L.B. Sullivan, quien fungía como comisario de la policía de la ciudad, se sintió agraviado por las expresiones vertidas contra el cuerpo de policía que estaba bajo su autoridad. Desde su perspectiva, la publicación del *New York Times* contaba con algunas inexactitudes respecto al número de participantes de la manifestación, así como la información relativa al número de detenciones efectuadas.

Con base en lo anterior, Sullivan decidió promover una demanda en contra del diario referido, requiriendo una indemnización por la cantidad de quinientos mil dólares, derivado del presunto daño moral ocasionado.

La sentencia de primera instancia, así como la dictada por la Corte de Alabama en un segundo momento, dieron la razón a la

pretensión de Sullivan, por lo que el New York Times acudió ante la competencia de la Suprema Corte, para controvertir tales resoluciones.

El Juez William J. Brennan señaló en sus considerandos que:

La protección de la Primera Enmienda a la libertad de expresión en asuntos sobre cuestiones públicas, hace muchos años que ha sido decidida por nuestros fallos. Hemos dicho que la garantía constitucional fue establecida para asegurar el libre intercambio de ideas del cual emanan los cambios sociales y políticos deseados por el pueblo. Mantener la libre discusión política para lograr que el Gobierno responda a la voluntad del pueblo y que se obtengan cambios por las vías legales, posibilidad esencial para la seguridad de la República, es un principio fundamental de nuestro sistema constitucional. Es un preciado privilegio americano poder expresar, aunque no siempre con buen gusto, las propias opiniones sobre las instituciones públicas, y ese privilegio debe acordarse no sólo para los debates abstractos sino también frente a la defensa vigorosa de las ideas... Por eso debemos analizar este caso partiendo de una profunda adhesión al principio de que la discusión sobre los asuntos públicos debe ser desinhibida, sin trabas, vigorosa y abierta, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente agudos, contra el gobierno y los funcionarios públicos.⁷

El *quid* del razonamiento vertido por la Suprema Corte consistió en determinar los alcances de la protección de la libertad de expresión cuando existe la presunción de falsedad en alguna de las afirmaciones vertidas por los activistas, al momento de informar sobre los hechos del diario en cuestión.

Al respecto se determinó que las garantías constitucionales requieren de una regla federal que impida a un funcionario público, ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria relacionada a su conducta oficial, a menos que se pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

La Suprema Corte anuló la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Alabama, por ser contraria a la libertad de expresión reconocida y tutelada en la 1ª Enmienda. En los considerandos, se hace alusión a que los errores vertidos cuando se informa o se opina sobre un hecho son inevitables. De ahí que sea suficiente que exista

⁷ Martin, Claudia, Rodríguez- Pinzón, Diego, Guevara B., José, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ed. Fontamara, México, 2006, pp. 446-447

los elementos necesarios que evidencien la veracidad fáctica de lo informado.

La resolución dejó sin efecto algunas reglas del *Common law* que se habían venido aplicando en lo relativo a la difamación. En la resolución la Corte sostuvo que para que se configure una conducta difamatoria, es necesario que exista una intención por parte del actor de difamar. Además, la carga de la prueba de veracidad de los hechos debe siempre recaer en la persona que haya sido objeto del presunto agravio.

A partir de las consideraciones vertidas durante el resolutivo, la función de los medios de comunicación se vio favorecida al momento de ejercer sus libertades informativas dentro del contexto de una sociedad democrática.

VII] El caso *New York Times Co. V. United States*

En 1971 la Corte Norteamericana enfrentaría uno de los casos sobre libertad de expresión y prensa más representativos, el cual se denominaría *Pentagon Papers*. Los hechos del referido caso se llevaron a cabo durante la administración del entonces presidente Nixon.

El caso en cuestión hace referencia una serie de publicaciones realizadas por el periódico *The New York Times*, a partir del día 13 de junio de 1971, las cuales consistieron en una serie de artículos que formarían parte de una entrega denominada *Vietnam Archive*.

Dichos artículos fueron elaborados a partir de una serie de archivos, que fueron filtrados, por Daniel Ellsberg⁸ los cuales contenían información sobre la estrategia política, económica y militar de estados unidos durante la guerra de Vietnam, información que se reflejaba a partir de telegramas, borradores de documentos, transcripciones y similares.⁹

A partir de estos acontecimientos, el gobierno de Estados Unidos, principalmente el Poder Ejecutivo, actuando a través del departamento de justicia, solicitó y obtuvo una orden de restricción provisional de los materiales,¹⁰ justificando que eran de índole clasificada y que ponían en peligro a la seguridad nacional.

⁸Monge, Yolanda, *EE UU publica los Papeles del Pentágono sobre la guerra de Vietnam*, El País, 14 de Junio de 2011.

⁹Dulap, W. David, *Supreme Court Allows Publication of Pentagon Papers*, The New York Times, 30 de Junio de 2016.

¹⁰Meisenheimer, W. James, *The Pentagon Papers Case: New York Times Co. v. United States*. Loyola of Angeles Law Review, 1972.

La intervención del Ejecutivo se fundamentó a partir de dos fuentes interrelacionadas: i.- La facultad de éste para conducir los asuntos exteriores; y ii.- las facultades de fungir como comandante en Jefe.¹¹

El periódico *The New York Times* se amparó bajo el prescrito por la Primera Enmienda, la cual protege a todo medio impreso y a sus publicaciones, ya que en dicha enmienda se consagra la libertad de expresión y el derecho de los ciudadanos a mantenerse informados.

El caso llegaría a la Suprema Corte, la cual emitiría su resolución el 30 de junio de 1971, tan solo quince días después de haberse emitido la primera publicación. Por una decisión de seis votos a tres, la Corte falló *per curiam* a favor del *New York Times*, estos resolutiveos tienen como objetivo eliminar cualquier confusión o duda jurídica, sobre aquellos puntos de la sentencia en los que concurre una opinión mayoritaria.¹²

Al ser una resolución *per curiam*, cada uno de los jueces dio a conocer su punto de vista sobre el caso, todo esto a partir del entendimiento de la Primera Enmienda, la cual establece que el Congreso no elaborará ley alguna que coarte la libertad de expresión o de prensa.

Dentro de los argumentos vertidos por los jueces podemos mencionar algunas posturas, como la del juez Black, quien sostuvo que la noción de seguridad forma parte de una terminología vaga e imprecisa, cuyos contornos no deberían ser invocados para eliminar una regla jurídica fundamental, la cual se encuentra configurada en la Primera enmienda. En su razonamiento, Black asegura que proteger los secretos militares y diplomáticos en detrimento de la información relativa al Gobierno representativo, no proporciona ningún tipo de seguridad y certidumbre al país.¹³

El juez Stewart observó en el caso en cuestión, que a pesar de que la publicación de algunos de los materiales, podrían dañar el interés nacional, su difusión no podía constitucionalmente prohibirse, salvo que su divulgación implicase sin duda como resultado directo, inmediato e irreparable, un daño a nuestra nación o a su gente.

El juez Douglas hizo mención que el Ejecutivo no tenía atribuciones inherentes, para obtener medidas cautelares, y restringir las publicaciones que considerara perjudiciales para la

¹¹ *Idem.*

¹² Cámara, Gregorio, *Votos particulares y derechos fundamentales en la practica del Tribunal Constitucional Español*, Ministerio de Justicia, 1993.

¹³ *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 719 (1971)

seguridad nacional.¹⁴ Por último, el Juez White mencionó que, en cuanto a las amenazas potenciales para la seguridad nacional, era necesario tomar las sanciones penales en lugar de las medidas cautelares.¹⁵

En cuanto la postura de la minoría, se retomó la posición de proteger la seguridad nacional, entendida ésta como un concepto a cargo de un determinado poder del Estado, y que escapa del margen de control que los tribunales pueden ejercer. El juez Stewart mencionó que los periódicos pudieron notificar al gobierno de la existencia de dicha documentación, y así llegar a un acuerdo a través de negociaciones privadas.¹⁶ Al igual, el Juez Harlan condenó la celeridad con que se había llevado a cabo la sustanciación de juicio y la resolución, por lo cual, hizo hincapié en algunas cuestiones, que, para su perspectiva, no habían sido consideradas suficientemente.¹⁷

La resolución de la Corte fue un fallo a favor del derecho de los medios informativos a publicar documentación de carácter público, al amparo de la Primera enmienda constitucional que consagra la libertad de expresión, así como una limitación a las facultades discrecional del Poder Ejecutivo.

Dentro de la sentencia se citan precedentes de la misma Corte en donde se señala: *Todo sistema de censura previa del que conozca este Tribunal tiene una fuerte presunción de estar viciado de inconstitucionalidad.*¹⁸ Por último, el Tribunal llegó a la conclusión de que en este caso el gobierno había fallado en cumplir la pesada carga de demostrar justificación por la imposición de tal restricción.

Las aportaciones de este caso hacia la libertad de prensa y de expresión fue reconocer que a partir de la resolución por parte de la Corte se respeta el derecho universal a recibir y comunicar la información, el cual se consagra dentro de los estados de derecho, así como el reconocimiento de que la información es de dominio público.

VIII] Consideraciones finales

En una primera etapa, la libertad de expresión fue interpretada en un ámbito de restricción, privilegiándose valores

¹⁴ *Ibidem* p. 722 (1971)

¹⁵ *Ibidem* p. 733-734 (1971)

¹⁶ *Ibidem* p. 750-721 (1971)

¹⁷ *Ibidem* p. 713, 756 (1971)

¹⁸ Precedente tomado del caso *BatamBooks Inc. Versus Sullivan* de 1963.

como la seguridad nacional o el amor a la patria, para ello, debido a que el Estado norteamericano se encontraba en guerra con otros países. Ahí es cuando surgió el criterio judicial denominado *Peligro Real y Actual*. Esta regla colocaba virtualmente bajo la exclusiva ponderación de los jueces la determinación de la licitud en el ejercicio de la libertad de prensa, lo cual, le dotaba de una amplia discrecionalidad, teniendo como único parámetro de actuación su propia voluntad.

Me parece que en eso resalta la trascendencia de la labor y función jurisprudencial de la Corte Suprema, ya que, abandonando sus propios criterios, adaptándose a los cambios y necesidades sociales y culturales, fue trazando una línea interpretativa, misma que fue evolucionado de forma constante, hasta llegar a un estadio en el que la prevalencia de la libre manifestación de ideas y la libertad de opinión, se han convertido en una constante, erigiéndose sin duda, en un derecho superlativo que encuentran su límite en límites mínimos, debidamente sustentados en la proporcionalidad y razonabilidad.

Aun cuando existen aportaciones determinantes para el ejercicio y tutela de la libertad de expresión, materializados por ejemplo en doctrinas de enorme influencia para varios sistemas jurídicos como la de la real malicia, sin duda alguna, la principal aportación de la doctrina judicial norteamericana es la concepción del *Mercado de ideas*, noción clave para entender una democracia constitucional, cimentada en un pluralismo político, social y cultural.

La noción consistente en que un Estado Constitucional Democrático se asemeja a un Mercado de ideas, debe constituirse es una aspiración de todo país democrático, puesto que la opinión pública y el escrutinio que ésta ejerce, debe alimentarse de la convergencia de opiniones, ideas y expresiones, emanadas de todo tipo de corrientes, posturas e ideologías existentes en una sociedad.

Bibliografía

- CÁMARA, Gregorio, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español*, Ministerio de Justicia, 1993.
- DULAP, W. David, *Supreme Court Allows Publication of Pentagon Papers*, The New York Times. 30 de junio de 2016.
- LEWIS, Anthony, *Ninguna ley: El caso Sullivan y la Primera Enmienda*, Ed. WordPress, USA, 2013.
- MARTIN, Claudia, Rodríguez-Pinzón, Diego, Guevara B., José, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Fontamara, México, 2006.
- MEISENHEIMER, W. James, *The Pentagon Papers Case: New York Times Co. v. United States*, Loyola of Angeles Law Review, 1972.

MONGE, Yolanda, *EE UU publica los Papeles del Pentágono sobre la guerra de Vietnam*, *El País*, 14 de Junio de 2011.

U.S. SUPREME COURT, *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S.

U.S. SUPREME COURT, *Caso BatamBooks Inc. Versus Sullivan*, 1963.

Fecha de recepción: 29 de mayo de 2017

Fecha de aprobación: 3 de octubre de 2017

Derecho a la Verdad y Justicia Transicional en el Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos

GABRIELA GARCÍA ESCOBAR¹

SUMARIO: I. *Justicia transicional y derecho a la verdad*. II. *El derecho a la verdad en el Sistema Interamericano*. III. *Conclusiones*.

Resumen. La justicia transicional es un concepto que se ha construido para expresar el conjunto de procesos y mecanismos que existen para remediar las heridas que un pasado de graves violaciones a derechos humanos (sea por un conflicto armado o por la transición de un régimen dictatorial a uno democrático) ha provocado en una determinada sociedad. Uno de los ejes centrales de este tema es la cuestión de la verdad, la cual se ha acuñado como un derecho en el Sistema Interamericano de protección a derechos humanos y que ha tenido un amplio desarrollo en el marco de las dictaduras militares y conflictos armados que han ocurrido en Latinoamérica en las últimas décadas. El presente artículo expondrá la situación del derecho a la verdad en los contextos de justicia transicional, en el marco de los procesos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cridh).

Palabras clave: Justicia transicional, derecho a la verdad, derechos humanos, mecanismos de protección.

Abstract *Transitional justice is a concept that has been constructed to express the set of processes and mechanisms that exist to remedy the wounds that a past of serious violations to human rights (either by an armed conflict or for the transition of a dictatorial regime to a democratic one) has provoked in a certain society. One of the backbones of this topic is the question of truth, which has been established as a right in the Inter-American system*

¹ Abogada egresada de la Universidad Panamericana campus Guadalajara. Estudiante de Maestría en Derecho Internacional en el *Graduate Institute of International and Development Studies* de Ginebra.

of protection of human rights, and that has had a wide development in the frame of the military dictatorships and armed conflicts that have happened in Latin America in last decades. In this article we are talking about the situation of the truth right in different contexts of transitional justice, in the frame of the jurisdictional and quasi-jurisdictional processes of the Inter-American Commission of Human Rights (CIDH, for his acronym in Spanish) and the Inter-American Court of Human rights (CrIDH, for his acronym in Spanish).

Keywords: *Transitional justice, truth right, human rights, protection mechanisms.*

I] Justicia transicional y derecho a la verdad

El concepto de justicia transicional es de reciente aparición. Comenzó a emplearse en 1988, en la Conferencia del Instituto Aspen, organizada tras la situación que se vivía en Latinoamérica durante las transiciones democráticas². Conforme los nuevos retos de transformación política fueron surgiendo en distintas partes del mundo, en 2001 se creó el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ, por sus siglas en inglés) el cual define la justicia transicional como *“the set of judicial and non-judicial measures that have been implemented by different countries in order to redress the legacies of massive human rights abuses. These measures include criminal prosecutions, truth commissions, reparations programs, and various kinds of institutional reforms”*³.

En la misma línea de ideas, en 2004 el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (ONU) emitió el informe *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, el cual describe a esta institución como:

Toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de

² ARTHUR, Paige, “How ‘Transitions’ Reshaped Human Rights: a Conceptual History of Transitional Justice”, *Human Rights Quarterly*, Baltimore, vol. 31, núm. 2, 2009, p. 349.

³ Centro Internacional para la Justicia Transicional, *What is Transitional Justice?*, <<https://www.ictj.org/about/transitional-justice>>. Consultado el 20 enero de 2015. “La colección de medidas judiciales y no judiciales, que se han implementado en diferentes países, para encarar los legados de abusos masivos de derechos humanos. Estas medidas incluyen las acusaciones criminales, comisiones de la verdad, programas de reparaciones y varios tipos de reformas institucionales.”

un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos⁴.

Como se puede apreciar, el término comprende distintas definiciones, las cuales involucran diversas perspectivas. Sin embargo, todas ellas se han enfocado en tres ejes primordiales que parten de las víctimas: verdad, justicia y reparación⁵. El presente artículo analizará únicamente el primer elemento. La cuestión de la verdad cobra relevancia en estos contextos, porque al concebirse como un derecho, ha sido el componente que les permite a las víctimas, a sus familiares y a la sociedad en general, conocer las circunstancias que ocasionaron la perpetración de graves crímenes, e identificar el paradero de aquellos que sufrieron desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias o cualquier tipo de vejación a su vida o a su dignidad.

Es relevante mencionar que este derecho no se encuentra expresamente contenido en ningún tratado internacional de derechos humanos⁶, sino que *surge de la interacción del contenido y de las consecuencias jurídicas de varios derechos reconocidos expresamente⁷*. La CrIDH en el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* de 2000, afirmó que *la verdad es un derecho que tiene la sociedad y que surge como principio emergente del derecho internacional bajo la interpretación dinámica de los tratados de*

⁴ 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, p. 6.

⁵ Vid. Centro Internacional para la Justicia Transicional, *What is Transitional Justice?*, <<https://www.ictj.org/about/transitional-justice>>. Consultado el 20 de enero de 2015.

⁶ Salvo en el artículo 24 de la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 2005 (adOptada por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones), el cual establece que *“todas las víctimas tienen el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, los progresos y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida*.

⁷ O'DONELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007, p. 502.

derechos humanos⁸. Sin embargo, su raíz normativa se encuentra en el Derecho Internacional Humanitario, en específico los Convenios de Ginebra de 1949⁹ y a los artículos 32 y 33 del Protocolo Adicional I de 1977 de dichos instrumentos¹⁰.

Conforme fue evolucionando el concepto de justicia transicional, y consecuentemente, el derecho a la verdad, en la década de los noventas, la Comisión de Derechos Humanos estableció el *Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad*, mejor conocidos como *Informe Joinet* (han sido actualizados en el 2005 por Diane Orentlicher)¹¹. Este documento reconoce el *derecho inalienable de conocer la verdad sobre los acontecimientos pasados, así como sobre las circunstancias y las razones que llevaron, por la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes*¹².

Este derecho se ha desarrollado a través de diversas instituciones, particularmente algunas utilizadas por los procesos de justicia transicional, como lo son los juicios penales y las comisiones de la verdad¹³.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 197.

⁹ 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.

¹⁰ 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.*

¹¹ ALSTON, Philip y GOODMAN, Ryan, *International Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 1407.

¹² Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe de Diane Orentlicher: Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad*, E/CN.4/2005/102, 2005, pp. 1.

¹³ Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, las comisiones de la verdad son *Órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años. Se ocupan en particular de las víctimas y concluyen su labor con la presentación de un informe final sobre las conclusiones de su*

II] El derecho a la verdad en el sistema interamericano

Una vez aclarados los conceptos centrales de este trabajo, esta sección versará sobre el desarrollo del derecho a la verdad, en el marco de procesos de justicia transicional, por parte de la CIDH y la CrIDH, a través del amplio desarrollo que sus informes y jurisprudencia han realizado sobre este tema. Sus aportaciones son especialmente relevantes en el marco de transformaciones políticas, debido a las circunstancias históricas que ha atravesado América Latina.

Primeramente, se determinará lo que el Sistema Interamericano considera como justicia transicional. Respecto a este término, la CIDH ha adoptado la definición establecida en el informe del Secretario General de las Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos* (S/2004/616), de 3 de agosto de 2004¹⁴. La CIDH, en su reporte *Derecho a la Verdad en América*, fundó sus observaciones en los conceptos adoptados por los órganos de la ONU, por lo que se puede percibir que el enfoque con el que se aborda el problema es muy similar. Ambos se basan, primordialmente, en la reconstrucción del Estado de Derecho y la concertación de la democracia en sociedades que se encuentran en periodos de transición política. De la misma forma, determinan como esencial la constatación y documentación de violaciones a normas de Derecho Internacional, por lo que la visión se acota principalmente a investigar transgresiones jurídicas.

Por su parte, la CrIDH no ha especificado una definición del tema. Aunque uno de los anteriores jueces de esta corte, Diego García-Sayán, ha delineado algunos puntos sobre la justicia transicional que se deben puntualizar¹⁵. Este jurista indica que el problema de las situaciones transicionales, radica en conflictos de cambio de regímenes autoritarios, dictatoriales, tensiones internas o conflictos armados a la instauración de un Estado democrático, en medio de contextos política y socialmente complejos, donde se plantea una cuestión fundamental: ¿Qué hacer con el pasado? García-Sayán continúa señalando que lo difícil de estas circunstancias se aprecia en que no existe una única y universal

investigación y sus recomendaciones. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades...*, Op. cit., párr. 50.

¹⁴ Vid. nota 4.

¹⁵ *Voto concurrente del Juez García-Sayán en el Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Op.cit., párrs. 3 y 13.

solución aplicable a los dilemas sociales, políticos y éticos que cada caso plantea, pues *ella depende de cada contexto aunque sí hay lineamientos a tener en cuenta*¹⁶. Para comenzar, el Juez García-Sayán señala que el punto de partida debe ser la situación anómala y excepcional que este tipo de escenarios conlleva, la cual demanda una respuesta igualmente extraordinaria, pero bajo el abrigo de los estándares de derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Para sopesar las posibilidades en este tipo de entornos, el juez peruano sugiere un ejercicio de ponderación de derechos que ayude a proteger a las víctimas y a terminar el conflicto, basada en la relación interdependiente entre el derecho a la verdad, justicia y reparación. García-Sayán considera que *las demandas derivadas de masivas violaciones, las respuestas a las secuelas dejadas por el conflicto y la búsqueda de la paz duradera, demandan de los Estados y la sociedad en su conjunto la aplicación de medidas concurrentes que permitan el mayor grado de atención simultánea a esos tres derechos*¹⁷. Algunos de los mecanismos que este juez menciona para cumplir este objetivo, son las comisiones de la verdad, las reparaciones integrales, los instrumentos de atención a poblaciones vulnerables, la depuración de las instituciones públicas y las reformas institucionales. Habría de aclarar que este jurista indica la aplicación de estas figuras siempre en combinación con la justicia penal. Por otro lado, este jurista termina su intervención sosteniendo el carácter no absoluto de estas obligaciones en contextos transicionales, por lo que considera *legítimo que [estos derechos y obligaciones] se ponderen de manera tal que la plena satisfacción de unos no afecten de forma desproporcionada la vigencia de los demás*¹⁸.

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Esta sección abordará el tema del desarrollo del derecho a la verdad en la CIDH de manera cronológica, resaltando los aspectos e informes más relevantes para la presente investigación.

La primera aparición del derecho a la verdad en este organismo, comenzó a reflejarse en sus informes anuales y de país, antes que en el sistema de peticiones individuales. Esto se realizó

¹⁶ *Ibidem*, párr. 20.

¹⁷ *Ibidem*, párr. 22.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 38.

invocando disposiciones de Derecho Internacional Humanitario¹⁹ en el marco de las transiciones políticas de dictaduras -o conflictos armados- a un régimen democrático, que comenzaban a tener lugar en Latinoamérica. Al respecto, en el informe anual de 1986, se reconoció que por la complejidad de los contextos transicionales, la reestructuración del Estado, es una labor fundamentalmente nacional, en la que la verdad y la justicia juegan papeles esenciales:

Un difícil problema que han debido afrontar las recientes democracias es el de la investigación de las anteriores violaciones de derechos humanos y el de la eventual sanción a los responsables de tales violaciones. La Comisión reconoce que ésta es una materia sensible y extremadamente delicada, en la cual poco es el aporte que ella –así como cualquier otro órgano internacional– puede efectuar. Se trata, por lo tanto, de un asunto cuya respuesta debe emanar de los propios sectores nacionales afectados y donde la urgencia de una reconciliación nacional y de una pacificación social deben armonizarse con las ineludibles exigencias del conocimiento de la verdad y la justicia.²⁰

Más adelante, en el mismo informe, la CIDH declara, que a pesar de los problemas con la administración de justicia, -considerando a los países donde el Poder Judicial está debilitado- un imperativo necesario es el esclarecimiento de las violaciones a los derechos humanos. Ésta es la primera invocación expresa que hace del derecho a la verdad, partiendo de su dimensión colectiva:

Toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos. Tal acceso a la verdad supone no coartar la libertad de expresión, la que –claro está– deberá ejercerse responsablemente; la formación de comisiones investigadoras cuya integración y competencia habrán de ser determinadas conforme al correspondiente derecho interno de cada país, o el otorgamiento de los medios necesarios para que sea el propio Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones que sean necesarias²¹.

¹⁹ GUTIÉRREZ RAMÍREZ, Luis-Miguel, *Estándares interamericanos sobre el derecho a la verdad y su aplicación en contextos de justicia transicional*, Op. cit., p. 71.

²⁰ *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986*, OEA/Ser.L/V/II.68, 26 de septiembre de 1986, capítulo V.

²¹ *Idem*.

En esta definición, la CIDH señala la posibilidad de la satisfacción de este derecho mediante diversas maneras: por medio de comisiones investigadoras o a través de procesos judiciales. Además, advierte la relación que existe entre el derecho a la verdad y la libertad de expresión.

Posteriormente, este derecho comienza a exigirse en el sistema de peticiones individuales. La primera solicitud que hizo la CIDH a la CrIDH para que ésta determinara la existencia y violación del derecho a la verdad, fue en el caso *Castillo Páez vs. Perú* de 1997. En este proceso, la CIDH consideró que se había violado el derecho a la verdad, en relación con el derecho a la información, consagrado en el artículo 13²² de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (CADH, Convención Americana o Pacto de San José), *debido al desinterés del Estado para esclarecer los hechos que dan lugar a este caso*²³. En este primer acercamiento, la CIDH hace referencia al derecho a la verdad en el contexto de la desaparición forzada del señor Castillo, alegando la falta de debida diligencia del Estado de Perú en proporcionar los datos necesarios para clarificar lo ocurrido. Dichos argumentos no prosperaron en esta petición.

²² Artículo 13: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y Opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Páez vs. Perú*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, párr. 85.

Más tarde, en 1998 la CIDH resolvió un caso sobre Chile relacionado con el tema de la verdad²⁴. En este informe, los peticionarios alegaban el incumplimiento de la obligación estatal de investigar las violaciones a derechos humanos acontecidas durante el gobierno de Augusto Pinochet, en vista de que se habían realizado a través de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (CNVR), y no por medio de juicios penales. En este caso, se hizo referencia expresa al derecho a la verdad, como aquel derecho de *la sociedad a conocer íntegramente sobre su pasado [que] no sólo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos, sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones*²⁵. En este supuesto, la CIDH reconoció el papel de este derecho como medida de reparación y de no repetición, y como parte de una obligación estatal de investigar violaciones a derechos humanos.

Posteriormente, en 1999, la CIDH dictaminó en el caso *Ignacio Ellacuría y otros vs. El Salvador* que el derecho a la verdad posee un contenido normativo relacionado con los artículos 1²⁶, 8²⁷,

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe nº 25/98*, 7 de abril de 1998, párr. 33.

²⁵ *Ibidem*, párr. 95.

²⁶ Artículo 1: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, Opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

²⁷ Artículo 8: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar

13 y 25²⁸ de la CADH. Conforme a los hechos de estos homicidios, la CIDH determinó que el derecho a la verdad nace de la interpretación de las obligaciones genéricas del artículo primero del Pacto de San José, *puesto que el desconocimiento de hechos relacionados con violaciones de los derechos humanos significa, en la práctica, que no se cuenta con un sistema de protección capaz de garantizar la identificación y eventual sanción de los responsables*²⁹. Así mismo, vinculó este derecho a la reparación que se les debe a las víctimas y sus familiares, y al acceso y recepción de información. Por último, declaró la imposibilidad de que las comisiones de la verdad sustituyan la obligación estatal de investigar y sancionar (a través de la función judicial) a los culpables de violaciones a derechos humanos.

Otros asuntos que fueron perfilando la relevancia de este derecho en el contexto de las transiciones democráticas, fueron los Informes 11/98 de Guatemala y el 55/99 de Perú. En ambos, la CIDH resalta la importancia de esclarecer lo ocurrido y conducir diligentemente las investigaciones necesarias en casos de desapariciones forzadas de personas. Su análisis parte de sopesar las graves consecuencias de esta clase de delitos, *pues consiste en que [a la víctima] se le priva de todo derecho esencial considerado inherente al mero hecho de que se trata de un ser humano*³⁰. Esto significa la negación de la propia existencia como ser humano revestido de personalidad jurídica³¹. De esta manera, el derecho a

contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

²⁸ Artículo 25: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe nº 136/99*, 22 de diciembre de 1999, párr. 223.

³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe nº 11/98*, 7 de abril de 1999, párr. 57.

³¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe nº 55/99*, 13 de abril de 1999, párr. 111.

la verdad, derivado del acceso a la justicia, encuentra su justificación en el Sistema Interamericano, a través de la naturaleza de las desapariciones forzadas de personas.

Continuando con este análisis, en el caso *Bácama Velásquez vs. Guatemala* de 2000, la CIDH solicitó a la CrIDH se declarase la violación al derecho a la verdad, al considerar que la sociedad tiene derecho al acceso a [la] información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos³². En esta ocasión, la CIDH buscó relacionar este derecho con la construcción de un Estado democrático en medio de la transición política de Guatemala. Por lo tanto, el acceso a la información se concibe como una manera de conocer la verdad sobre lo ocurrido en periodos de represión, para con ello respaldar el nuevo proyecto político.

Al año siguiente, en el caso *Barrios Altos vs. Perú* del 2001, la CIDH argumentó que el derecho a la verdad encuentra su fundamento en los artículos 8 y 25 del Pacto de San José³³. Este razonamiento, surge de estimar estas disposiciones, como instrumentos para establecer judicialmente los hechos que rodearon a esta sentencia (su objeto fue una desaparición forzada de personas), y para salvaguardar la transparencia de la actividad estatal, en la investigación de violaciones a derechos humanos. Nuevamente, la CIDH decide que el método más eficaz para remediar conculcaciones a los derechos de las víctimas y para conocer la verdad, es la actividad judicial de los Estados.

Otra petición relevante es la de *Gomes Lund vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia)* de 2010, donde la CIDH considera como fundamento de su decisión, la gravedad del contexto en que se suscitó el caso, pues sostiene que la petición:

Reviste la particular transcendencia histórica de que los hechos ocurrieron en un contexto de práctica sistemática de detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones y desapariciones forzadas perpetrada[s] por las fuerzas de seguridad del gobierno militar, en que los agentes estatales (...) utilizaron la investidura oficial y recursos otorgados por el Estado para [hacer] desaparecer a todos los miembros de la *Guerrilha do Araguaia*³⁴.

Ante esta situación, la CIDH consideró que el derecho a la verdad se enmarca como componente necesario para la evaluación histórica de los hechos en tiempos de opresión, y para reivindicar

³² *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *Op. cit.*, párr. 197.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 45.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Gomes Lund y otros (*Guerrilha do Araguaia*) vs. Brasil", Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 82.

los derechos de la disidencia política. Así, la CIDH estima que este derecho, en épocas de transición, apoya la reconstrucción de lo sucedido por parte de los distintos bandos que se vieron envueltos en un conflicto político.

Llegados a este punto, se examinará el estudio más reciente de la CIDH al respecto: el informe *Derecho a la verdad en las Américas* de 2014. En él, este organismo indica la importancia de comprender el contexto histórico de América Latina y las raíces del problema, para lograr entender el desarrollo de este derecho y el concepto que se ha engendrado del mismo.

En este informe, la CIDH comienza resaltando la historia del último siglo de esta región, indicando que: Se ha caracterizado por múltiples y reiteradas rupturas del orden democrático e institucional, situaciones de conflicto armado de carácter no internacional, guerras civiles y situaciones de violencia generalizada que se desarrollaron por largos períodos de tiempo, y que en algunos casos, todavía continúan vigentes.³⁵

Además, este organismo explica que un rasgo común de estos escenarios es que *la falta de información completa, objetiva y veraz sobre lo sucedido durante esos períodos ha sido una constante, una política de Estado e incluso una 'estrategia de guerra', como en el caso de la práctica de las desapariciones forzadas*³⁶. La CIDH determina que por consiguiente, sin la investigación de estos hechos, es difícil construir una confianza ciudadana en las instituciones que un día colaboraron en los abusos.

Precisamente bajo esta perspectiva, fue como se desarrolló el derecho a la verdad en Latinoamérica, donde evolucionó en torno a ejecuciones extrajudiciales y a las desapariciones forzadas de personas. La CIDH detalla que la ejecución de este último crimen inicia *con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino y permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida o se identifiquen con certeza sus restos*³⁷. En adición, esta actividad implica una permanente incertidumbre para los familiares de la víctima sobre su paradero y/o supervivencia.

En consecuencia, el Sistema Interamericano ha estimado que la forma más eficaz de resolver estas situaciones es a través de las garantías judiciales y la protección judicial (artículos 8 y 25 de la

³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Organización de Estados Americanos, *Derecho a la Verdad en América*, 2014, párr. 43.

³⁶ *Ibidem*, párr. 44.

³⁷ *Ibidem*, párr. 56.

Convención Americana). Precisamente de la obligación que tienen los Estados hacia los familiares de las víctimas de desapariciones forzadas, es de donde deriva el derecho a la verdad en el Sistema Interamericano. Esto debido a que la falta de investigación, propicia la impunidad y la repetición de los actos, entendiéndose que (según el Sistema Interamericano) la única forma de combatirla es a través de la acción judicial. Conforme a los parámetros de la CrIDH, esta obligación comprende una indagación *emprendida de buena fe, de manera diligente, exhaustiva e imparcial, y debe estar orientada a explorar todas las líneas investigativas posibles que permitan la identificación de los autores del delito, para su posterior juzgamiento y sanción*³⁸.

Ahora bien, en particular en los contextos de justicia transicional, este organismo tiene un enfoque ligeramente distinto, porque las circunstancias no son las mismas que en tiempos ordinarios. Por ello, en estos casos, la CIDH reconoce que la satisfacción de la justicia, verdad, reparación y reconciliación dependen de un escenario complejo. Sin embargo, indica que al momento en que cada Estado diseña este tipo de políticas, no puede olvidar que *existen ciertas obligaciones internacionales que deben ser observadas*³⁹. También, esta Comisión precisa que *la obligación de investigar no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole*⁴⁰.

Al respecto, la CIDH ha hecho diversos pronunciamientos en casos como Perú, Chile, Brasil, Uruguay y El Salvador, rechazando las leyes de amnistía como mecanismos internos de reconciliación. Dado que éstas:

Impiden el acceso a la justicia en casos de graves violaciones de derechos humanos [y] genera una doble afectación. Por un lado, haciendo [in]eficaz la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades (...). Por otro lado, impide el acceso a información sobre los hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho⁴¹.

La CIDH llega a este razonamiento porque asume que la acción judicial es la manera más eficiente de asegurar la vigencia de los derechos humanos en un Estado de Derecho. Para comprender estas conclusiones, se debe destacar que para la CIDH, los mecanismos de justicia transicional son complementarios,

³⁸ *Ibidem*, párr. 77.

³⁹ *Ibidem*, párr. 83.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 86.

⁴¹ *Ibidem*, párr. 87.

en vista de esto, la verdad no puede eludir la justicia, las reparaciones o las medidas de no repetición, ni viceversa.

Partiendo de estas ideas, la CIDH se ha pronunciado respecto al papel de las comisiones de la verdad. Esta Comisión ha enfatizado la importancia de estas instituciones como dispositivos extrajudiciales en procesos de justicia de transición. Ha argumentado que su labor contribuye a la integración social, a apoyar los demás mecanismos de justicia de transición, y a la construcción de la memoria colectiva (sobre violaciones de derechos humanos) sujeta al marco histórico, social y político de cada sociedad. En relación con lo dicho, la CIDH, agrega:

Al mismo tiempo, (...) [una comisión de la verdad] constituye una forma de reconocimiento y dignificación de las experiencias de las víctimas; y una fuente fundamental de información tanto para el inicio y continuación de procesos judiciales, como para la elaboración de política pública y mecanismos de reparación adecuados⁴².

No obstante, la CIDH ha puntualizado que no pueden ser un sustituto de la acción penal, como medio para arribar a la verdad. Sostiene que este proceso se desarrolla dentro del marco de la necesidad de combatir la impunidad, y de otorgar una debida reparación a las víctimas a través de un recurso legal para exigir responsabilidades; como en el caso de Chile, donde la CIDH estableció que:

La investigación que realizó dicha Comisión sobre casos de violación del derecho a la vida y las víctimas de otras violaciones, sobre todo de torturas, se vieron desprovistas de un recurso legal y de cualquier otro tipo de compensación. Además, esa Comisión no era un órgano judicial y su labor se limitaba a establecer la identidad de las víctimas de violaciones al derecho a la vida. Por la índole de su mandato, esa Comisión no estaba habilitada para publicar los nombres de quienes cometieron los delitos ni para imponer ningún tipo de sanción. Por tal razón, pese a la importancia que tuvo para establecer los hechos y otorgar compensación, no puede considerarse a la Comisión de Verdad como un sustituto adecuado de un proceso judicial⁴³.

Como se desprende de este párrafo, la CIDH reconoce el aporte que las comisiones de la verdad otorgan a las sociedades en contextos de justicia transicional. Empero, examina caso por caso los alcances del mandato y el sometimiento del proceso a consultas

⁴² *Ibidem*, párr. 176.

⁴³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe nº 34/96*, 15 de octubre de 1996, párrs. 73-74.

con los afectados (para que las expectativas y perspectivas sean tomadas en consideración) para determinar si satisfacen los requisitos que imponen los artículo 8 y 25 de la CADH. Da la impresión que la CIDH equipara, hasta cierto punto, el proceso de una comisión de la verdad al de un órgano judicial.

Adicionalmente a lo ya mencionado, este órgano de derechos humanos ha destacado que las comisiones de la verdad deben actuar bajo las premisas de imparcialidad, independencia y autonomía, así como de manera multidisciplinaria, dando tratamiento diferenciado a grupos vulnerables, y procurando evitar la *retraumatización* de las víctimas. La CIDH resalta que su resultado tiene el valor de contribuir como garantía para que las voces de las víctimas no queden silenciadas, para apoyar la cultura de la conmemoración, y la *memorialización* del pasado⁴⁴. También estima que proveen medidas para identificar deficiencias institucionales y remediarlas, así como para conceder reparaciones simbólicas que tomen en consideración patrones generales, casos particulares y consecuencias diferenciadas para cada víctima y familia en específico. Como resultado, el producto de su trabajo es esencial para la reconstrucción social, política y cultura de las personas en lo individual y en lo colectivo. De igual manera, la CIDH sostiene que la difusión de una verdad oficial, es una forma de educar a las futuras generaciones sobre lo ocurrido, y brinda un escenario que *dignifica a las víctimas y contribuye al fortalecimiento de las sociedades democráticas y el Estado de Derecho*⁴⁵.

En otros razonamientos, la CIDH también considera que en este tipo de contextos, el derecho a la verdad se vincula (además de con las obligaciones procesales) con la libertad de expresión y el acceso a la información. Porque estos permiten que las víctimas y sus familiares puedan obtener los datos necesarios sobre las circunstancias en las cuales ocurrieron las violaciones a derechos humanos. Igualmente, este organismo declara que el acceso a la información ayuda a *disolver los enclaves autoritarios que pretenden sobrevivir a la transición democrática y constituye una condición necesaria para promover la rendición de cuentas y la transparencia en la gestión estatal, así como para prevenir la corrupción y el autoritarismo*⁴⁶. La CIDH llega a esta conclusión teniendo presente que el acceso a la información y la transparencia, son elementos necesarios para la reconstrucción del Estado de

⁴⁴ *Derecho a la Verdad en América, Op. cit.*, párr. 197.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 204.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 109.

Derecho, por ello los percibe como instrumentos necesarios para combatir la impunidad y la corrupción.

Aunado a la cuestión de la impunidad, la CIDH afirma que a partir del derecho a la verdad, el Estado tiene un deber de recordar, como medida de no repetición, debido a que la conjugación de estos dos factores permite el reconocimiento de las víctimas, admitiendo su valor como personas humanas: tanto como sujetos que han sufrido una violación a su dignidad, así como titulares de derechos.

Después de presentar estos razonamientos, y de estudiar el desarrollo de este derecho, la CIDH ha determinado que el derecho a la verdad se consolida investigando lo siguiente:

(i) la conducta de quienes se hayan involucrado en la comisión de violaciones graves a los derechos humanos o el derecho internacional humanitario; (...) (ii) los elementos de carácter objetivo y subjetivo que contribuyeron a crear las condiciones y circunstancias dentro de las cuales conductas atroces fueron perpetradas e identificar los factores de índole normativa y fáctica que dieron lugar a la aparición y el mantenimiento de las situaciones de impunidad; (iii) [los] elementos para establecer si los mecanismos estatales sirvieron de marco a la consumación de conductas punibles; (iv) [la identificación de] las víctimas y sus grupos de pertenencia así como a quienes hayan participado de actos de victimización; y (v) [la comprensión del] impacto de la impunidad⁴⁷.

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Ahora, en lo que respecta a la CrIDH, el primer caso relacionado con esta cuestión, fue *Velásquez Rodríguez vs. El Salvador* de 1988. En este asunto, al igual que la CIDH, la CrIDH analizó la práctica de las desapariciones forzadas de personas como una actividad criminal especialmente exacerbada en Latinoamérica durante las dictaduras militares y los conflictos armados internos. Partiendo de este hecho, la CrIDH reconoció sólo el derecho de los familiares de las víctimas de violaciones a derechos humanos de conocer el destino de éstas, en relación con la obligación establecida en el artículo primero de la CADH, y únicamente como una *justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance*⁴⁸. Quizá esta interpretación derivara de una mirada a

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 108.

⁴⁸ GUTIÉRREZ RAMÍREZ, Luis-Miguel, *Estándares interamericanos sobre el derecho a la verdad y su aplicación en contextos de justicia transicional*, *Op. cit.*, p. 74.

los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario antes mencionados.

Como se mencionó, la primera petición directa que hizo la CIDH por la violación del derecho a la verdad, fue en el caso *Castillo Páez vs. Perú* de 1997. En esta decisión judicial, la CrIDH primero realizó un análisis de la situación política en Perú al momento de los acontecimientos, donde destacó que existía:

Una práctica por parte de las fuerzas de seguridad que consistía en la desaparición forzada de personas consideradas como miembros de grupos subversivos. Además, dichas desapariciones fueron también realizadas contra estudiantes y (...) en ocasiones, las fuerzas de seguridad introducían a los detenidos en la maletera de las patrullas policiales⁴⁹.

Sin embargo, al estudiar la cuestión del derecho a la verdad alegado por la CIDH, la CrIDH determinó que aquel argumento era inoperante, puesto que aun cuando ese derecho se ha reconocido por parte de algunos organismos internacionales, no existe disposición expresa al respecto en la Convención Americana. De igual forma, la CrIDH declaró que se encontraba frente a un concepto en vías de desarrollo en los planos doctrinal y jurisprudencial, que en este caso se subsumía en el deber de los Estados de investigar los hechos que llevaron a la conculcación de los derechos humanos del señor Castillo.

El siguiente asunto sobre el tema, fue *Blake vs. Guatemala* de 1998, también un caso de desaparición forzada de personas. En éste, la CrIDH declaró que el derecho a la verdad se resolvía en vinculación con la afectación psíquica y moral causada a los familiares del señor Nicholas Blake⁵⁰. Esto porque el dolor es una consecuencia directa de aquel delito, el cual genera sufrimiento, angustia, inseguridad, frustración e impotencia ante las omisiones en la investigación del caso.

El primer caso donde la CrIDH declaró la existencia y justiciabilidad del derecho a la verdad, bajo el marco de la CADH, fue en *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* de 2000⁵¹. Para llegar a tal conclusión, la CrIDH primeramente plantea una descripción sobre lo que implica una desaparición forzada, delito que sujeta a las personas a:

⁴⁹ *Caso Castillo Páez vs. Perú*, *Op. cit.*, párr. 42.

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Blake vs. Guatemala*, Sentencia de 24 de enero de 1998, párr. 114.

⁵¹ GUTIÉRREZ RAMÍREZ, Luis-Miguel, *Estándares interamericanos sobre el derecho a la verdad y su aplicación en contextos de justicia transicional*, *Op. cit.*, p. 73.

La detención arbitraria, la incomunicación de la víctima, el aislamiento, la tortura, son sucedidos en la mayoría de los casos por la ejecución y el ocultamiento del cadáver de la víctima; acompañado del silencio oficial, las negaciones, y la obstrucción; para los familiares, los amigos, los compañeros, sigue la angustia y la incertidumbre de la suerte de la víctima. La desaparición forzada pretende borrar toda huella del crimen para conseguir la impunidad total de quienes lo cometieron⁵².

Por otra parte, este organismo también estudia las consecuencias que ese tipo de prácticas estatales tienen en los familiares de las víctimas: como la continua obstrucción de la justicia para realizar las investigaciones correspondientes, la negativa de suministrar información al respecto, el ocultamiento del cuerpo del señor Bámaca, y los posteriores fallidos intentos para realizar la exhumación del cadáver. En consecuencia, la CrIDH nuevamente determinó que estas circunstancias de incertidumbre causaban angustia y sufrimiento para los familiares, violándose así el derecho a la integridad personal⁵³. Adicionalmente, con el denominado *efecto reflejo*⁵⁴, la CrIDH determinó la salvaguarda del derecho a la verdad, vinculado al derecho a un recurso efectivo, para poner en marcha la maquinaria estatal que investigue el paradero y la suerte de las víctimas. De manera análoga, determinó su relación con el derecho a la protección judicial, para que los órganos competentes finquen responsabilidades. No obstante los avances, en este fallo, el derecho a la verdad no se reconoce como autónomo, sino concatenado a la violación de los artículos 8 y 25 del Pacto de San José.

En este asunto, dos jueces de la CrIDH formularon votos respecto al derecho a la verdad. En lo que respecta al Juez Antônio Cançado Trindade, en su voto razonado, indicó la importancia del respeto al legado espiritual de la memoria de los muertos, por el vínculo de solidaridad humana que existe entre vivos, difuntos, y de estos con las creencias religiosas y culturales de cada sociedad. Este juez sostiene que conocer el destino y los restos de las víctimas, constituye un apoyo para los sobrevivientes, con el fin de *enfrentar las injusticias de este mundo, y (...) convivir con sus interrogantes y misterios*⁵⁵, así como para manifestar compasión y solidaridad ante los padecimientos y sufrimientos de las víctimas.

⁵² Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, *Op. cit.*, párr. 122.

⁵³ *Ibidem*, párr. 165.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 201.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala (Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade)*, párr. 21.

En este rasgo, el Juez Cançado puntualiza que *las manifestaciones culturales deben encontrar expresión en el mundo del Derecho. No se trata, en absoluto, de un 'relativismo cultural', sino más bien del reconocimiento de la relevancia de la identidad y diversidad culturales para la efectividad de las normas jurídicas*⁵⁶. Acorde con esto, señala la importancia del derecho a la verdad, en especial en los contextos de las desapariciones forzadas de personas, pues *la búsqueda de la verdad (...) constituye el punto de partida para la libertación (sic) así como la protección del ser humano; sin la verdad (...) no es posible libertarse (sic) del tormento de la incertidumbre, y tampoco es posible ejercer los derechos protegidos*⁵⁷.

Por último, en su voto razonado, el Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo afirma el elemento de la desinformación como característica esencial de las prácticas estatales de desapariciones forzadas de personas, puesto que:

No se trata tan solo de eliminar pruebas para garantizar la impunidad de los victimarios. También se pretende, entre otras cosas, quebrar toda resistencia de la víctima ante la tortura, haciéndole sentir que está perdida contra toda esperanza, llevar la agresión contra ella, irrespetando y ocultando el cadáver, a límites que van más allá de la muerte y, sobre todo, aterrorizar e inmovilizar a los grupos y las comunidades que conforman el entorno social del desaparecido⁵⁸.

Aunque el Juez Roux no realiza un análisis específico del derecho a la verdad, hace un señalamiento interesante sobre el contexto y las entrañas de las desapariciones forzadas: con esas prácticas se busca incomunicar a la víctima para romper cualquier vínculo entre ésta y la realidad, se pretende ocultar a la persona para resquebrajarla moralmente. Por lo tanto, en estos casos la verdad no se circunscribe a la búsqueda de la justicia, sino que también debe considerar el daño moral, el cual no se acota a cometer el delito bajo el abrigo de la impunidad.

En su siguiente caso, *Barrios Altos vs. Perú* de 2001, la CrIDH se enfocó en determinar la incompatibilidad de las leyes de amnistía de Perú con las disposiciones del Pacto de San José, en concreto por afectar los derechos a la verdad, justicia y reparación⁵⁹.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 24.

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 29.

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala (Voto razonado concurrente del Juez Roux Rengifo)*, p. 2.

⁵⁹ *Caso Barrios Altos vs. Perú, Op. cit.*, párr. 43.

Unos años después, en el 2005, la CrIDH resolvió el caso *Hermanas Serrano vs. El Salvador*, sobre la desaparición de las niñas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, por parte de unos militares. El Juez Antônio Cançado formuló su voto disidente en este asunto, argumentando que la relevancia de la verdad se sitúa en que *la memoria, aunque espontánea, es un abrigo contra el pasar del tiempo, una salvaguardia contra el olvido y la indiferencia; el recuerdo, inescapable, aunque involuntario, es un medio de evadirse uno del desvanecimiento del pasar del tiempo*⁶⁰. En razón de ello, este juez arguye que la memoria colectiva ayudará a reconocer el sufrimiento de todo el pueblo salvadoreño, y en particular a reivindicar las niñas y los niños que perdieron prematuramente su inocencia y su identidad⁶¹.

En la misma línea de ideas, el voto disidente del Juez Ventura declara que es primordial la búsqueda de las hermanas perdidas, para reestablecer sus nombres y apellidos, u otorgarles la posibilidad de hacerlo, de manera tal que conozcan la verdad de sus orígenes, su historia, su nacionalidad, quiénes eran sus padres y los vínculos familiares que aún poseen, y que podrían ser reestablecidos⁶². En esta cita se resaltan las implicaciones de la verdad en el restablecimiento de la identidad de las personas, como manera de sanar no sólo su pasado, sino su propia y personal historia.

Otro caso de desapariciones forzadas es el de *Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006, donde la CrIDH comienza analizando el clima político durante la dictadura de Pinochet respecto a las ejecuciones extrajudiciales⁶³. En el fallo se reiteró que el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25⁶⁴ del Pacto de San José. Aunque se debe resaltar que en este caso la CrIDH, valora la labor que

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador (Voto disidente del Juez A.A. Cançado Trindade)*, Sentencia de 1 de marzo de 2005, párr. 73.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 75.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador (Voto disidente del Juez Manuel E. Ventura Robles respecto del punto resolutivo tercero)*, párr. 177.

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 120.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 148.

realizaron las comisiones de la verdad en Chile, como constructoras de la verdad colectiva, en especial porque en el informe final de la CNVR se hace mención al caso del señor Almonacid. Sin embargo, para la CrIDH esta verdad histórica no es suficiente para satisfacer la obligación estatal de esclarecer lo ocurrido a través de procesos penales, para lo cual cita una de las recomendaciones de la propia CNVR, que insta al Estado a ejercer sus facultades punitivas para lograr la completa reconciliación nacional.

En su voto razonado, en este asunto, el Juez Cançado critica los diferentes tipos de amnistías que se conceden bajo el argumento de alcanzar la reconciliación nacional. Esto incluye el caso de otorgarlas a cambio de la revelación de la verdad o del perdón, lo cual estima no puede ser impuesto por ningún ordenamiento legal: *sólo puede ser concedido espontáneamente por las propias víctimas. Y, para eso, éstas han buscado la realización de la justicia*⁶⁵.

Continuando en el estudio de casos, en el escenario guatemalteco, el caso *Tiu Tojín vs. Guatemala* de 2008, resaltó de igual manera la situación de las desapariciones forzadas de personas, pero ahora con el elemento del conflicto étnico subyacente⁶⁶. En este fallo, la CrIDH requirió al Estado de Guatemala realizar una investigación que considerara las complejidades del contexto político, los hechos concretos del caso y los patrones que llevaron a la violación de derechos humanos. La CrIDH añadió el elemento de la comprensión de este entorno, lo cual permite la satisfacción del derecho a la verdad de manera más detallada.

Un año más tarde, en el 2009, la CrIDH resolvió el caso *Anzualdo Castro vs. Perú*. En su determinación, este organismo resaltó una de las características de este delito: busca negar su existencia misma de la víctima, dejándola en una completa incertidumbre jurídica frente al Estado y la sociedad en general⁶⁷. Por lo tanto, la CrIDH reitera que el mecanismo idóneo para reparar este daño es el conocimiento de la verdad, a través de un proceso judicial y de la divulgación de estos resultados. Con este fallo, la CrIDH se apega a su jurisprudencia anterior, aunque incluyendo la publicación de los resultados.

⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade), párr. 4.

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, Sentencia de 26 de noviembre de 2008, párr. 48.

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, párr. 90.

Prosiguiendo con su jurisprudencia, en el 2010, en el caso *Gomes Lund y otros vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia)*, este organismo enfatizó el contexto brasileño en el que se buscaba eliminar la disidencia política. La CrIDH señaló que el periodo de represión en el que ocurrieron los hechos se caracterizó por la desaparición de los presos políticos, *a fin de que no quedara en evidencia la contradicción entre el discurso de apertura y la repetición sistemática de las habituales notas oficiales en que se simulaban atropellos, intentos de fuga y falsos suicidios*⁶⁸. Acorde con esto, desde 1974, en Brasil oficialmente no hubo muertes en las prisiones, todos los presos políticos muertos ‘desaparecieron’ [y] el régimen pasó a no asumir el asesinato de opositores⁶⁹. Respecto al grupo guerrillero, el gobierno en turno *impuso silencio absoluto sobre los acontecimientos de Araguaia [y p]rohibió a la prensa divulgar noticias sobre el tema, mientras [que] el Ejército negaba la existencia del movimiento*⁷⁰.

Por otra parte, la CrIDH señaló que uno de los rasgos característicos de las desapariciones forzadas es la *negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada*⁷¹, pues uno de los fines de este tipo de delitos estatales es *impedir el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes*⁷². Considerando esto, para remedir la omisión descrita, la CrIDH argumentó que el derecho a la verdad se manifiesta a través del cumplimiento del deber estatal de *iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientarse a la determinación de la verdad*⁷³.

En cuanto a las reparaciones por las desapariciones forzadas y ejecuciones de los miembros de la *Guerrilha del Araguaia*, la CrIDH hace un reconocimiento del derecho a la verdad, como un derecho que ha sido reivindicado por diversos organismos internacionales como la ONU y la Organización de Estados Americanos (OEA). Como resultado, sostiene que para darle cabal cumplimiento, se debe ordenar la realización de una investigación como forma de reparación, a través de la cual los familiares tendrán acceso a la justicia, y podrán satisfacer su derecho al acceso a la información.

⁶⁸ Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, Op. cit., párr. 86.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 90.

⁷¹ *Ibidem*, párr. 104.

⁷² *Ibidem*, párr. 107.

⁷³ *Ibidem*, párr. 138.

Conforme a la CrIDH, la satisfacción de estas obligaciones, constituye una forma de mitigar el perpetuo recuerdo de lo ocurrido al ser querido, con lo que aliviará la angustia y sufrimiento vividos. Por medio de estas diligencias, se espera que se encuentre el cadáver del desaparecido, debido a que les permite a los familiares obtener más información sobre lo sucedido a la víctima, y les concede la oportunidad de sepultar el cuerpo conforme a sus creencias. Desde esta perspectiva, la CrIDH establece que el derecho a la verdad contiene aspectos para sanar heridas afectivas, cerrar ciclos de duelo y permitir el ejercicio de otros derechos relacionados con la esfera espiritual del ser humano.

Por último, también en el rubro de las medidas de reparación, la CrIDH hace una reflexión respecto a la creación de la Comisión Nacional de Verdad de Brasil. Este organismo interamericano da mérito a la instauración de mecanismos de justicia transicional como parte del cumplimiento de la obligación estatal de garantizar el derecho a la verdad. No obstante, la CrIDH es cautelosa al precisar que se debe tener en cuenta el objeto, procedimiento, estructura y fin del mandato de cada comisión de la verdad. En base a ello, este organismo determinará si la comisión instaurada puede *contribuir a la construcción y preservación de la memoria histórica, al esclarecimiento de hechos y a la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad*⁷⁴. En adición, la sentencia señala que estos instrumentos no sustituyen las obligaciones estatales de develar la verdad por medio de procesos judiciales que establezcan responsabilidades penales individuales.

El siguiente caso a tratar, es un asunto de Centroamérica: *Contreras y otros vs. El Salvador* del 2011. En este fallo judicial, la CrIDH enfatiza la importancia de esclarecer los hechos para evitar la impunidad. De igual modo, señaló que el principal efecto del derecho a la verdad es *que en una sociedad democrática se conozca la verdad sobre los hechos de graves violaciones de derechos humanos*⁷⁵. También indicó que ante la negativa de las autoridades estatales de proporcionar información, no se violentaba el artículo 13. Al respecto, la CrIDH expone que en el marco de una investigación sobre desapariciones forzadas, la verdad quedaba colmada por medio del análisis de los derechos al

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 297.

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, Sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 166.

acceso a la justicia y la obligación de investigar conculcaciones a derechos humanos.

Otro caso relacionado con lo anterior, es el de *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* de 2012. En esta ocasión, la CrIDH se declaró competente para conocer de estas matanzas, a pesar de que la Comisión de la Verdad ya las había señalado como casos paradigmáticos en su informe de 1993. En el marco de un proceso de transición, este organismo primeramente aclaró que los hechos afectan a una variedad de derechos interrelacionados, por lo que evitó realizar un análisis fragmentado. Además, indicó que en este asunto, las normas de la CADH deberían interpretarse en el contexto de un conflicto armado interno⁷⁶. En línea con este pensamiento, la CrIDH resalta que las masacres provocaron el desplazamiento de los sobrevivientes, lo cual suscitó un daño y cambio en la estructura social. Esto debido a que aquellas personas *perdieron los vínculos comunitarios y afectivos de sus raíces identitarias (sic)*⁷⁷.

En este caso, los representantes alegaron la violación del derecho a la verdad no sólo en relación con los artículos 8, 13 y 25 de la Convención Americana, sino de manera autónoma; empero la CrIDH decidió apearse a su jurisprudencia pasada. Lo mismo sucedió en relación con sus consideraciones sobre la Comisión de la Verdad para El Salvador. Por último, la CrIDH concibió al derecho a la verdad, nuevamente, como una medida de reparación que sirve para preservar la memoria histórica, evitar la repetición de los abusos, y encontrar los cuerpos de los desaparecidos para darles debido sepultura.

En su voto concurrente, el Juez Diego García-Sayán argumenta que la verdad judicial, derivada del derecho a la verdad, es esencial en los procesos de transición, por su relación con el derecho al acceso a la justicia. Sin embargo, especifica que el *concepto de 'verdad' no es unívoco y da lugar a diferentes interpretaciones*⁷⁸, en específico se refiere a las cuatro tipos de verdad que la Comisión para la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica (TRC, por sus siglas en inglés) utilizó. En concreto, el juez peruano hace referencia a tres vertientes: la verdad factual, la verdad social y la verdad personal: *la 'factual' le da a la familia información concreta sobre el paradero de los restos mortales de la víctima o que paso. La 'personal' procura un efecto catártico en*

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 141.

⁷⁷ *Ibidem*, párr. 194.

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador (Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán)*, párr. 25.

la persona que expresa o manifiesta esa verdad. La 'social' es la que la sociedad adopta a través del diálogo y el debate⁷⁹.

Faltaría mencionar una cuarta categoría que la TRC menciona en su informe: la verdad restaurativa o curativa⁸⁰. Para la TRC, ésta se refiere a *the kind of truth that places facts and what they mean within the context of human relationships - both amongst citizens and between the state and its citizens*⁸¹. No se trata solo de recolectar hechos objetivamente comprobables, sino de dirigirlos a un propósito que reivindique la dignidad dañada de las víctimas, perpetradores y de la sociedad en general. Esta vertiente se dirige al reconocimiento de lo ocurrido, no sólo al simple conocimiento de datos:

*It is not merely the actual knowledge about past human rights violations that counts; often the basic facts about what happened are already known, at least by those who were affected. What is critical is that these facts be fully and publicly acknowledged. Acknowledgement is an affirmation that a person's pain is real and worthy of attention*⁸².

Por otro lado, el Juez García-Sayán especificó la necesidad de ponderar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en el contexto propio de la justicia de transición. Al respecto, señala que se pueden establecer particularidades en el cumplimiento de estas obligaciones. De igual forma, García-Sayán indicó que a pesar de esta flexibilidad, los Estados deben someterse a ciertos estándares básicos orientados a lo que puede procesarse y concretarse de varias formas, incluyendo el papel de la verdad y la reparación⁸³. En lo relativo al derecho a la verdad, éste adquiere un peso especial que debe considerarse en un adecuado ejercicio de ponderación para delinear las especificidades de la justicia de tal forma que no sea antagónica con la justicia transicional requerida en procesos de pacificación y reconciliación⁸⁴. La insistencia en garantizar el derecho a la protección judicial deriva, según el juez peruano, de que el reconocimiento de responsabilidades

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, Volumen 1, Capítulo 5, p. 110. <<http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/Volume%201.pdf>>.

⁸¹ *Ibidem*, p. 114.

⁸² *Idem*.

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador (Voto concurrente del Juez Diego García-Sayán)*, párr. 27.

⁸⁴ *Ibidem*, párr. 29.

individuales e institucionales, permite conocer las estructuras que hicieron posible la comisión de tantos abusos. Como resultado de ello, este jurista afirma que se pueden utilizar mecanismos complementarios al deber de justicia penal, para satisfacer las expectativas y necesidades de las víctimas (en un marco de ponderación), pero sin excluir los procesos penales.

En un último caso, *Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala (Diario Militar)* de 2012, la CrIDH estudia la situación de Guatemala durante el conflicto armado, donde:

La utilización de cárceles clandestinas formó parte de la negativa de las autoridades a reconocer las privaciones de libertad de las víctimas y de proporcionar información sobre su destino o paradero, inclusive frente a las diligencias realizadas por sus familiares y por los órganos a cargo de las investigaciones⁸⁵.

Este estado provoca el desconocimiento de la personalidad jurídica del individuo, y por lo tanto el impedimento de ejercer cualquier acción legal para conocer su paradero. Porque se perciben como enemigos internos del sistema político regido por la Doctrina de Seguridad Nacional.

Considerando estas circunstancias, en este proceso, los representantes de las víctimas alegaron la violación del derecho a la verdad como derecho autónomo, al no otorgarse acceso a la información sobre las publicaciones del Diario Militar. No obstante, la CrIDH juzgó nuevamente que dicha petición sólo correspondía en relación a los artículos 8 y 25 de la CADH. Una importante cuestión en este caso fue que este organismo resolvió la violación al derecho a la verdad, como un derecho reconocido en el mandato de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico y como una de sus facultades para apoyar la transición política de Guatemala. Según la CrIDH, esta circunstancia afectó el cumplimiento de la misión de esta comisión de la verdad, debido a que el Estado ocultó información esencial para el proceso de transición. Como consecuencia, esto evitó el esclarecimiento de los hechos por vías judiciales y extrajudiciales.

Por otra parte, la CrIDH reconoció la complementariedad entre las comisiones de la verdad y los procesos judiciales para esclarecer lo sucedido en situaciones de *post-conflicto* armado, puesto que *cada una tiene un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que*

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, 20 de noviembre de 2012, párr. 202.

*analicen*⁸⁶. Teniendo en cuenta esta característica, la CrIDH condenó a Guatemala por impedir a los familiares el conocer la verdad de lo acontecido por la vía extrajudicial establecida en los propios Acuerdos de Paz y en la Ley de Reconciliación Nacional del Estado. Finalmente, debido a que *la demanda más importante de los familiares se relaciona con conocer la verdad de lo sucedido*⁸⁷, la CrIDH determinó que era de suma importancia encontrar los cadáveres de las víctimas y aclarar las circunstancias de su muerte. De la mano de esto, ordenó realizar un documental sobre los hechos de este caso (para preservar la memoria de las víctimas), y la construcción de un Parque de la Memoria (como símbolo de la cultura de derechos humanos, como lugar de recuerdo de las víctimas, y emblema del combate contra la impunidad).

Con este caso, la CrIDH amplía el contenido del derecho a la verdad para abarcar mecanismos extrajudiciales como complementarios (y ya no sólo como apoyo) de los procesos penales. En adición, este asunto reconoce otros elementos indispensables del derecho a la verdad como la memoria histórica, el deber de recordar y otras medidas de reparación que contribuyen a su sanación. Igualmente, resulta significativo que en este fallo la CrIDH declaró la violación a este derecho a través de su codificación en el mandato de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico. Aunque no implicó la satisfacción directa del derecho a la verdad, este razonamiento fue un paso importante para vincular las cuestiones de justicia y verdad.

III] Conclusiones

En resumen, como se desprende de los casos citados, para la CIDH y la CrIDH, el derecho a la verdad no se desarrolló como uno autónomo, por no encontrarse expresamente regulado en la CADH. Aunque esto no es impedimento para que sea protegido por el Sistema Interamericano, tanto en su dimensión individual como colectiva. Empero, siempre ligado a otro derecho: a la protección judicial, las garantías judiciales, la libertad de expresión y acceso a la información. El efecto es que las obligaciones estatales relacionadas con la verdad son: investigar violaciones de derechos humanos, definir responsabilidades, sancionar a los culpables, permitir el acceso público al producto de los procesos, reparar a las víctimas y garantizarlas con medidas de no repetición.

⁸⁶ *Ibidem*, párr. 298.

⁸⁷ *Ibidem*, párr. 332.

Además, la CrIDH exige la determinación de la verdad histórica, lo cual incluye investigar patrones de abusos y no sólo fragmentos de lo ocurrido a través de casos individualmente investigados. Sin embargo, la perspectiva de la CIDH y la CrIDH, se ciñe bajo el paradigma judicial, por lo que la verdad histórica y la verdad judicial van de la mano, e incluso la primera se encuentra sujeta a la segunda.

En otras consideraciones, de la jurisprudencia de estos organismos, se aprecia que el esclarecimiento de lo ocurrido es también una medida de reparación; debido a que alivia el sufrimiento y angustia de los familiares. Así mismo, el recibir el cuerpo de la víctima resulta indispensable, porque les permite a los familiares darle una debida sepultura conforme a sus creencias, aportando un elemento que cierra el ciclo de duelo. En esta dimensión, la delimitación de este derecho valora las afectaciones psíquicas del ocultamiento de la verdad y la incertidumbre, y su manifestación en el ámbito social, religioso y cultural.

En otro orden de ideas, estos órganos del Sistema Interamericano, reconocen que esta figura jurídica ayuda a descubrir una verdad histórica que forma parte de la cultura de la sociedad en transición, y que sienta un precedente para evitar la repetición de esos episodios de violencia. Por ello, el reconocimiento del elemento cultural de la verdad se protege como parte de los derechos humanos, por ser una manifestación de la dignidad humana en medio de un periodo de atrocidades.

Sobre el tema de las comisiones de la verdad, estos organismos han resaltado que no en todos los casos pueden ser benéficas, dependerá *del objeto, el procedimiento, la estructura y el fin de su mandato*⁸⁸ para reputar si aportará o no a la construcción de la memoria histórica y a la clarificación de los hechos. Por otro lado, la CrIDH ha afirmado que la verdad judicial y la verdad histórica brindada por las comisiones, son complementarias, *cada una tiene un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen*⁸⁹. No obstante, la CrIDH, por la misma naturaleza del Sistema Interamericano, tiene una marcada preferencia por la verdad judicial al momento de proteger derechos humanos.

A pesar del énfasis que ambos órganos interamericanos colocan en la satisfacción de la verdad a través de procesos penales, se puede apreciar que en tiempos de transición política, y

⁸⁸ *Ibidem*, párr. 130.

⁸⁹ *Ibidem*, párr. 176.

considerando cautelosamente la naturaleza de los crímenes cometidos (especialmente las desapariciones forzadas de personas) el derecho a la verdad se adapta a las necesidades de la sociedad afectada, para permitir una ligera apertura más allá de las determinaciones judiciales. Una aportación clara de ello, es la reflexión del Juez García-Sayán respecto a las vertientes de verdad que empleó la TRC, donde las diversas perspectivas de la verdad personal, social, restaurativa y factual, tienen distintos propósitos; ya que en contextos transicionales la reconciliación y reconstrucción de la sociedad reclaman la materialización de los derechos humanos de una manera distinta. Se comprende que la restauración de la justicia y de la dignidad humana, en esos escenarios, requiere una sensibilidad y aproximación que sea capaz de adaptar este derecho a una situación específica, sin que por ello se pierda la universalidad de la norma.

Bibliografía

ARTHUR, Paige, *How 'Transitions' Reshaped Human Rights: a Conceptual History of Transitional Justice*, *Human Rights Quarterly*, Baltimore, vol. 31, núm. 2, 2009.

Centro Internacional para la Justicia Transicional, *¿What is Transitional Justice?*, <<https://www.ictj.org/about/transitional-justice>>.

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.

O'DONELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007.

Truth and Reconciliation Commission, *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report: Volume 1*, Chapter 5, <<http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/Volume%201.pdf>>.

Documentos de organismos internacionales:

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe de Diane Orentlicher: Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad*, E/CN.4/2005/102, 2005.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos Organización de Estados Americanos, *Derecho a la Verdad en América*, 2014.

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 Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68, 26 de septiembre de 1986.

Casos e informes:

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe n° 25/98*, 7 de abril de 1998.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe n° 34/96*, 15 de octubre de 1996.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe n° 136/99*, 22 de diciembre de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, Sentencia de 22 de septiembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Blake vs. Guatemala*, Sentencia de 24 de enero de 1998.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Páez vs. Perú*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, Sentencia de 31 de agosto de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Sentencia de 1 de marzo de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, Sentencia de 24 de noviembre de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, 20 de noviembre de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Sentencia de 25 de octubre de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, Sentencia de 26 de noviembre de 2008.

Fecha de recepción: 31 de agosto de 2017

Fecha de aprobación: 4 de octubre de 2017

A New Approach to International Tax Law

DIEGO ALEJANDRO LÓPEZ RAMÍREZ¹
CARLO HEBERT GÓMEZ CARRANZA²

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle*. III. *Corporate Social Responsibility*. IV. *Final considerations*.

Abstract. Nowadays, due to phenomenon of globalization the great interaction of the economies has opened opportunities for multinational corporations to search for the minimization of their tax burden, using measures that tend to distort the true legal reality. In this context, this situation has become an international issue that affects everyone involved, meaning governments manage less tax incomes and incur in higher administrative costs; individual taxpayers are harmed by an increased tax burden; even the reputation of this corporations is on risk. As a result, it has been necessary to develop measures that tend to harmonize the tax international planning schemes.

Keywords: Globalization, tax planning, multinational enterprises, tax law.

Resumen. En la actualidad, gracias a la globalización, la interacción de las economías ha dado pie a que empresas multinacionales busquen estrategias para tener una carga fiscal menor, usando métodos que tienden a distorsionar la realidad legal. En ese sentido, esta situación se ha convertido en un problema internacional que afecta a todos los involucrados, es decir, los gobiernos manejan menos ingresos tributarios y lidian con costos administrativos altos; los contribuyentes como personas físicas se ven perjudicados con una mayor carga impositiva; inclusive la reputación de las empresas multinacionales está en juego. Por lo tanto, ha sido necesario implementar medidas que tiendan a armonizar las estrategias de planificación fiscal en el ámbito internacional.

¹ Lawyer graduated from Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

² Lawyer graduated from Escuela Libre de Derecho.

Palabras clave: Globalización, planeación fiscal, empresas multinacionales, Derecho fiscal.

I] Introduction

Globalization is a phenomenon that has penetrated almost all aspects of societies around the world, in an economic, political, religious, commercial and technological level, among others. Accordingly, taxation has a very peculiar treatment in contemporary international interaction; the obligation to contribute has surpassed the national *government - governed* legal tax relationship. Viewing the changes that arose with the twentieth century in regards with international commerce, such as the creation of international markets and the creation of multinational entities and operations, States around the globe had the necessity to come together to cooperate and try to regulate the burden of taxation in a uniform manner within an international context in order to avoid double taxation, which had very negative effects on global economy.

In a globalized society these commercial economic entities have evolved from having a national or local presence to having presence in several jurisdiction simultaneously, due to the opening of national markets. This circumstance has created a dilemma with international tax law issues, primarily in relation with the exercise of State sovereignty that foresees the obligation to contribute to public expenditure within their jurisdiction. The international community has elaborated an international tax system by establishing bilateral international tax treaties on the subject to determine the applicable jurisdiction to establish the tax burden accordingly and avoid international double taxation. The Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) developed a Model Tax Convention on Income and on Capital composed of 31 articles that serves as an international legal instrument to promote uniformity to common problems³ in Tax Bilateral Treaties.

Unfortunately there is a long way to go on the basis of international cooperation, especially collaboration relating to the *transfer of information and communications* between the different tax administrations around the globe. It must be noted that the objective of a healthy international tax system is to avoid international double taxation, as well as international double non-

³ OECD (2014), Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014, OECD Publishing's, p. 7

taxation, without falling into disproportionate measures, which make collaboration efforts futile. In conclusion, the purpose of this article is to analyze the possible solutions that the OECD has developed as the Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS).

The BEPS project was elaborated not to retake issues that have already been addressed, but in order to enhance the existing mechanisms in international tax law and therefore comply with objectives of combating double international taxation, as well as, international double non-taxation⁴. This work will focus mostly on *Transfer Pricing* and the application of the *Arm's Length Principle* as a viable solution but, in order to give the reader a more ample view, we will describe some key points and their effects as concise as possible in the next section.

BEPS Project

The G20 financial ministers summoned the OECD in order to address BEPS issues and develop an action plan that would make it possible to regulate these matters in a coordinated and comprehensive manner.⁵ The relevant problematic addressed by the BEPS project tackles the issue of base erosion, caused by excessive payments to foreign affiliated companies in virtue of services rendered, payable interest, management, administration and intellectual property fees, as well as profit shifting through a supply chain to allocate risk and associated profit, to companies tied with other companies resident in low or preferential tax regimes (tax havens).⁶ The international community had not been able to adequately regulate these problems through the use of bilateral tax treaties, as multinational corporations have taken advantage of their drafting in order to distort the true legal tax reality into a greatly minimized taxation or a non-double taxation.

These practices applied by multinationals to greatly minimize their tax base has not only reduced governments tax revenue but has created competition between different governments to attract investment and tax contributors to their own jurisdiction using low tax burdens or by establishing

⁴ OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 9: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>

⁵ OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, p. 11

⁶ Part 1 of a Report to G20 Development Working Group on the Impact of BEPS in Low Income Countries, July 2014, p. 4

preferential tax regimes, (i.e. *intellectual property rights, technology, energy, dividends, etc.*⁷) causing harmful tax competition between states. The G20 entrusted the OECD to confront the challenges that a digital economy represents and identified six key points⁸: i.- Hybrid Mismatches and Tax Arbitrage, ii.- Intragroup Financial Transactions, iii.- Digital Goods and Services, iv.- Transfer Pricing, v.- Preferential Regimes, and vi.- Anti-avoidance Measures.

These multinationals enterprises are not composed of a single legal entity but of multiple entities that are linked by an enterprise and/or a controlling administration. The corporate structure can enable multinationals such as Starbucks, Amazon, Google, GE and other, non-U.S. based companies to pay little or no effective taxes worldwide.⁹

In this regard, a multinational corporate structure visualized through an economic manner may be considered as a reality that reflects a single economic unit or enterprise. However, legally speaking, each entity may be considered as autonomous and can be used to distort the economic reality in regards to the fiscal status of other entities that conform said multinational structure, thus reducing or eliminating the tax base.¹⁰ The subject matter of the fact is, money is a fungible and very mobile asset and may be used favorably by multinational companies in order to place higher levels of third party debt in high tax jurisdictions, use intra group loans to generate excessive interest deductions and by using intra group or third party funding to exempt received income.¹¹ For example, subsidiary A and B of a same corporate group that are established in Mexico as legal entities would have to pay a 30% tax rate on their profits made in a year, but would be able to deduct expenditures¹² such as loans, interest payments and financial funding to erode the tax base, and deviate that income to lower tax jurisdictions.

Now let's take a brief look at the six main issues that the BEPS Project is addressing, leaving out transfer pricing to be addressed shortly¹³:

⁷ OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, p. 8

⁸ Some Reflections on the OECD and The Source of International Tax Principles, Tax Notes International Volume 70, Number 12, June 17 2013, Hugh J. Ault, p. 1196.

⁹ Hugh J. Ault, (2013) p. 1196.

¹⁰ European Commission - Press release, Brussels, 21 October 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5880_en.htm

¹¹ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Executive Summaries 2015 Final Report, p. 15

¹² Ley del Impuesto Sobre la Renta (Law of the Tax Over Rent) Art. 9, December 11, 2013

¹³ Hugh J. Ault, (2013) p. 1196-1201

i.- Hybrid Mismatches and Tax Arbitrage: this method involves the formation of deductible payments in one jurisdiction (country), which will be treated as non-taxable income in another tax jurisdiction. This scheme is structured in such a way that the same instrument is classified as debt in one country and thus allows deductible interest payments to an economic entity that may be part of the same company group in a jurisdiction where it would be exempted as participation dividends received tax-free.

ii.- Digital Goods and Services: profits made from the sale of digital goods and services are a lot harder to determine and regulate. Companies such as Amazon and other Internet sellers have a large profit base every year, but do not pay any income tax in some countries where said companies have digital presence like in the United Kingdom. This may be accomplished through the use of commission contracts where civil law jurisdictions classify the company's sales agents as independent, which allows for significant sales activity but no legal taxable presence within the corresponding jurisdiction.

iii.- Intragroup Financial Transactions: with respect to internal transactions between companies or economic entities of the same multinational group, in the form of loans, interest paid, intellectual property fees, financial funding, among other, are used to allocate liability, debt and costs to high tax jurisdictions and enable a multinational company to receive the worldwide profit in low tax or preferential regime jurisdictions.

iv.- Anti-avoidance Measures: this point is not a tax avoidance method, but on the contrary, it deals with measures taken by individual tax administrations in order to ignore or restructure transactions that cannot be reasonably and economically justified, do to the fact that such transactions distort the economic reality for a taxable base. Some measure may be applied at national level and other may be applied by means of enhancing bilateral international tax treaties, trying to prevent treaty shopping and limit the ownership claim over certain tax benefits that such treaties may provide.

v.- Preferential Regimes: some countries put in place tax subsidies and other tax benefits in order to attract investment to their territory, which would entail harmful tax competition between the countries of the international community.¹⁴ There also countries that are considered *tax heavens* in virtue of establishing especial

¹⁴ OECD, Harmful Tax Competition an Emerging Global Issue, 1998, p. 19

favorable regime for non-residents in the form of a low tax rate, no tax rate or a nominal tax rate.¹⁵

Public outcry has been growing, fueled by the mainstream in regards with large multinational corporations implementing harmful tax practices.¹⁶ It is important to understand that these practices go beyond the moral implications of aggressive tax planning; they have substantial economic and commercial negative effects. The consequences of this problematic may be felt at different levels. First, Governments are harmed when they have to manage with less tax revenue and deal with higher administrative costs to ensure compliance.¹⁷ This is especially burdensome to developing or poor countries that depend gravely on tax revenue.¹⁸ Second, individual tax payers at a domestic level are economically harmed by an increased tax burden, as an indirect consequence of multinational's tax *mal practice* that shifts profit from jurisdictions where income producing activities are conducted and results in a governments diminished tax base. Lastly, multinational and domestic companies can also be harmed. Multinationals reputation is at risk when their effective tax rate is viewed as to low¹⁹ and the inequitable treatment that these multinationals may receive from Governments that take unilateral measures against them. This means that States may be willing to bend and modify their domestic law as far as they can in an arbitrary way in order to protect their collectable tax revenue²⁰, even it means departing form the principles and regulations of the corresponding bilateral tax treaties. Local enterprises or family owned businesses operating within a domestic market may face difficulty when competing with multinationals due to their ability to shift profits and revenue to other low tax jurisdictions, leaving these local enterprises in a serious disadvantage.

As we have mentioned before, the OECD has elaborate and is still upgrading the action plan BEPS to give a coherent and comprehensive solution to these problems. In our opinion the cooperation through an international organization with a specialized view on the subject would be the most reasonable way to approach the issue at hand, for reasons already pointed out, plus

¹⁵ La Administración Tributaria frente al Contribuyente Global, Aspectos técnicos y prácticos relevantes, Ricardo Echegaray, editorial La Ley, 2013, p. 68

¹⁶ Sense and Sensibility: The Policy and Politics of BEPS, Manal S. Corwin, Tax Notes, October 6, 2014, p. 133

¹⁷ OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, p. 8

¹⁸ OECD (2014), Part 1 of a Report to G20, pp. 10, 11

¹⁹ *Idem.* OECD (2013), p. 8

²⁰ *Op.cit.* Ricardo Echegaray (2013), pp. 69-70

the process of creating a model law (*soft law*) or instruments concerning international tax law would be a lot more equitable and frictions between countries would be reduced. In addition, a model regulation provided by this international economic organization would be a valuable tool to help structure bilateral international tax treaties that would entail a more effective tool to avoid multinational aggressive tax planning and governmental competition for tax income.

II] Transfer pricing and the arm's length principle

1. Transfer Pricing

Transfer pricing is done when an enterprise or organization transfers goods from one subsidiary or internal branch to another segment of the same organization. In this sense, it is the price it must pay to transfer said goods. As a consequence, tax planning strategies that use transfer pricing are centered on expensing the high cost of goods and services in countries with the highest tax and directing the low cost of goods and services to countries with the lowest tax to generate the highest overall after-tax profit for companies and their shareholders. *The Arm's Length Principle* outlines that transfer prices are meant to be comparable to prices charged when one organization sells goods or services to another organization. The theory behind establishing an arm's length value is to determine a *fair price* for the tangible property, services provided, financing, and intellectual property being sold.²¹

The reason that transfer pricing is such an interest and controversial topic in international taxation, is due to the fact that even if it is true that transfer pricing may be used to structure an aggressive tax scheme, in essence it is a way to compensate parts or members of the same corporate group, or allocate costs to those parts²² or members of a multinational that can best deal with them. *Transfer prices* and *transfer pricing* are neutral terms that not necessary imply an aggressive tax avoidance scheme, so in this line of thought transfer pricing mechanisms may have corporate, commercial and financial value aside from any tax effects.

²¹ Barnhouse, Nicole C. and Booth, Alton and Wester, Kevin, *Transfer Pricing* (December 2, 2012). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2196826> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2196826>

²² BARNHOUSE, BOOTH & WESTER, *Transfer Pricing*, Fayetteville State University, <https://ssrn.com/abstract=2196826>, date of consultation: April 19, 2017

As it is said on Chapter II of the OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (TPG), there are mainly five transfer pricing methods that can be applied.²³ This five methods consist in three *traditional transaction methods*: i.- the comparable uncontrolled price method or CUP method; ii.- the resale price method or RPM, and iii.- the cost plus method or C+CP method; and the two *transactional profit methods*: iv.- the transactional net margin method or TNMM; and v) the transactional profit split method or TPSM:

i.- The CUP method compares the price charged for a good or service transferred in a controlled transaction to the price charged for a comparable property or service transferred in a comparable uncontrolled transaction in comparable circumstances;

ii.- The RPM method is used to determine the price to be paid by a reseller for a product purchased from an associated enterprise and resold to an independent enterprise. The purchase price is set so that the margin earned by resellers are sufficient to allow it to cover its selling and operating expenses and make an appropriate profit;

iii.- The C+CP method is used to determine the appropriate price to be charged by a supplier of property or services to a related purchaser. The price is determined by adding to costs the supplier incurred an appropriate gross margin so that the supplier will make an appropriate profit in the light of market conditions and functions it performed;

iv.- The TNMM seeks to compare the level of profits that would have resulted from controlled transactions with the return realized by the comparable independent enterprise; and

v.- The TPSM takes the combined profits earned by two related parties from one or a series of transactions, and then divides the profits. This method divides the profits using a defined basis that is aimed at replicating the division of profits that would have been anticipated in an agreement made at arm's length.

These five methods are the international consensus on the manner of applying the arm's length principle, in order to diminish the risk of double non-taxation regarding transfer pricing schemes. Countries are encouraged to include them in their laws in accordance with the TPG.²⁴ Arm's length pricing is *therefore derived from both parties by working back from profit to price*. By

²³ OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. OECD, 2010

²⁴ *Idem*.

determining a fair arm's length price that is acceptable both to the multinationals enterprises (MNE) and the countries involved in its application becomes very important when addressing the issues involved with transfer pricing.²⁵

We can understand that transfer pricing is about recognizing and rewarding the efforts of connected parties in regards to: the sale of tangible property, services provided, financing, and the use of intellectual property. Relating this to the arm's length principle, we can say that its objective is to determine the most accurate way to identify what prices do unrelated companies pay for similar services, based on uncontrolled transactions.

Everything comes to this; both MNE and tax administrations, are trying to increase their income, therefore, increasing the income of a multinational corporation countries will get less income and vice versa. This is why the methods above were established, to get a *fair deal*.

2. The Arm's Length Principle

It is important to address the issues that aggressive tax planning and tax base competition entail at an international context. It is understandable that countries would like to create solutions individually to protect their own interest, but experience has shown that it would not be a comprehensive solution and would most likely not permit an effective regulation of these problems. A good example of this point would be the measures taken by the Argentinian tax administration in a unilateral manner to deal with the price transferring issue in their country by establishing profit or income legal presumptions *iure et de iure*²⁶, which considers such a presumption as an absolute legal truth that cannot be proven otherwise, in order to tax international commercial transactions and income produced locally. These unilateral measures are a good example of legal provisions that may distort the economic reality of international company transactions from the Argentinian Government's side. The reason these measures may establish or distort economic reality is because by imposing a pre-established presumed income with no opportunity to demonstrate otherwise can impose a real and reasonable tax burden or it could do the

²⁵ Ostwal, T.P. An Introduction to Transfer Pricing. Domestic Transfer Pricing Provisions. United Nations. Geneva Meeting. T.P.Ostwal & Associates. Mumbai, IN. November 28, 2011 from www.un.org/esa/ffd/tax/.../ManualTransferPricing_Ch1.pdf

²⁶ Op.cit. Ricardo Echegaray (2013), p. 43-45.

exact opposite, as these presumptions may not take into account the economic, financial, market strategy and other relevant circumstances of each independent case, as well as any actual costs involved; in other words, it's much like a coin toss in the air.

Furthermore, the European Commission also took unilateral measures by elaborating recommendations in 2012²⁷ to suppress the negative effects that member States experienced by other member States taking unilateral steps to address the transfer pricing issue and other aggressive tax planning schemes that tax heavens and preferential regime jurisdictions encouraged inside the European Union. Recommendation 4.1, 4.2 and 4.3 stated that member States should elaborate and publish a series of *black lists* of third party States that did not respect the minimum standards of good government set out by recommendation number 3. The method proposed by the European Commission on this topic would be counterproductive in two senses; i.- this is a punitive and discriminatory measure against foreign enterprises²⁸ that would result in political frictions, and ii.- this measure would segregate markets and international commercial relations, by discouraging dealings with commercial residents of black list countries.

The OECD is formulating a more sensitive approach that would result in a more comprehensive and systemized way to prevent the negative effects of transfer pricing, through the use of *International Tax Principles*. The arm's length principle is the most commonly used mechanism to contest the transfer pricing schemes. Article 9 of the Model Tax Convention on Income and on Capital establishes that when dealing with transactions between associated enterprises where conditions are made or imposed between enterprises in commercial or financial relation, which differ from those conditions made between independent enterprises, the difference will be considered as profit and will be able to be taxed accordingly.²⁹ Now, transfer pricing is not an exact science so the circumstances and conditions on which a comparability analysis is made may differ, making it difficult to apply the same method in every case.

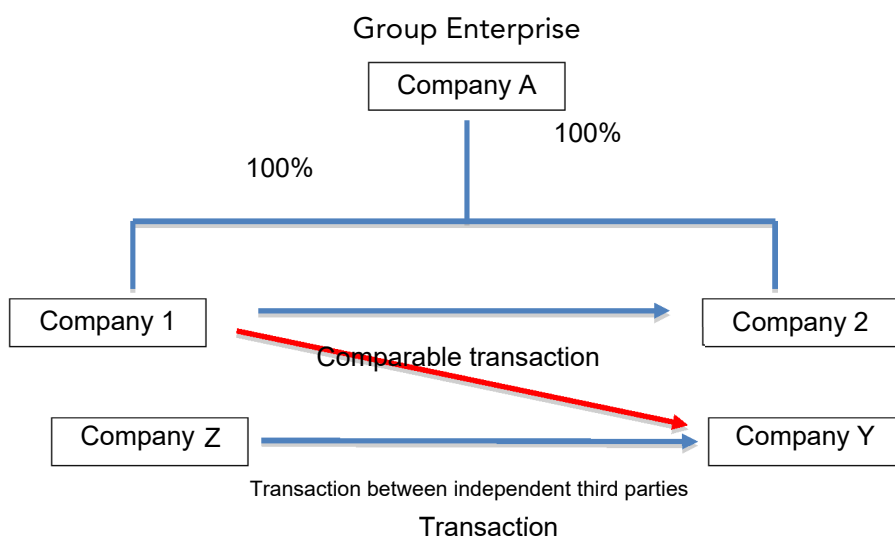
Moreover, the Arm's Length Principle is based on the comparison that can be made between the terms and conditions

²⁷ Recomendación C(2012) 8805 de la Comisión Europea de la Unión Europea de fecha 6/12/2012

²⁸ *Op. cit.* Ricardo Echeagaray (2013), p. 73

²⁹ Model Tax Convention on Income on Capital: Condensed Version 2014, OECD Publishing's, p. 29

that are set within intra-group controlled transactions with similar terms and conditions or reasonably comparable conditions that would be agreed upon in similar circumstances with third independent parties.³⁰ When applying the arm's length principle we can be presented with a variety of methods that can be equally reliable, and can be applied in individual cases taking in consideration the relevant conditions and circumstances applicable³¹ to each individual case. This being said we can conclude that comparability is the core of the arm's length principle. In order to better illustrate this we have elaborated the next illustration:



As we can observe from the illustration above, we have two sources of comparability. The first would be to compare a transaction made between two companies of the same economic group, which would be Company 1 and Company 2, with a same transaction celebrated between a company belonging to the same economic entity and a third party company, which would be represented by Company 1 and Company Y. This would be referred to as an internal comparability. On the other hand, comparability may arise from a transaction made between two companies

³⁰ The OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, OECD Publishing's 2010, pp. 41, 42

³¹ Arm's Length Range, Center for Tax Policy and Administration, OECD Publications, 2010

belonging to the same economic group and a transaction celebrated between two third party companies, which would be illustrated by Company Z and Company Y. This type of analysis would be known as an external comparability method.

The OECD Transfer Pricing Guidelines, present us with certain mandatory elements to achieve the required standard of comparability, which apply to all types of intra-group transactions, from the sale of goods and the rendering of services, to business and company structuring and restructuring.³² The first element of comparability is that the transaction must take place between independent parties when applying the arm's length principle, with the only exception that the independent parties must not be competitors. In order for comparability to be applied it is also important to take into account that no liable economic circumstances affect the present economic conditions and defer the results. If such a differing circumstance exists, then the only thing that can be done, is make an adequate adjustment that can be considered to be reliable.³³ An example of differing economic circumstances could be the difference in size and financial capability, or the relevant market of the companies where the transaction may be submitted to a comparability analysis.

Now that we have seen the standard comparability requirements that must be met, it would be important to address the different methods used to analyze intra-group transactions. In this regard, the OECD Guidelines identifies five comparability factors:

i.- We must first identify the characteristics of the property or services rendered, so that consideration may be given in regard to how reliable the comparability analysis may result.³⁴ For instance, we must question how reliable it would be to apply this standard of comparability between transactions of merchandise consisting in gold made rings and silver made rings;

ii.- Second, there must be a comparable circumstance relating to the function³⁵, for example taking into consideration the different operational nature of risk investments to non-risk investments;

³² OECD (2014), Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, p. 64

³³ Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, p. 71

³⁴ Review of Comparability and of Profit Method Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines, 22 July 2010, OECD Publications, p. 12, para. 1.39.

³⁵ Idem. p. 13

iii.- Furthermore, we must analyze the contractual terms of the transaction or commercial legal relation with every individual case.³⁶ It is generally understood that a contract with an exclusivity provision cannot be treated the same way as a contract without such provision. The analysis of this factor must determine if there is room for comparability within the contractual terms employing the reasonable approach to determine how far the contractual basis allows a convenient comparison that can shed light upon the economic tax reality. For example, analyzing what contractual terms would stand the same in both an exclusive contract and a non-exclusive contract that would be agreed upon in the same way and in the same circumstances by third parties and those contractual terms that would differ, would take us a long way to establish comparability;

iv.- In addition, as we have stated above there must be an analysis made of the economic circumstances surrounding the contracting parties.³⁷ We have already established that differing circumstances could be such as the economic size and financial capacity of two different enterprises, but another important example of differing economic circumstance can fall into the category of a an economic regulatory context, such as special legal regulation concerning an specific trade or market, like the oil energy industry, due to the fact that the corresponding regulation or changes in such regulation will impact significantly the value chain of the operation; and

v.- Lastly, it must be identified if the contractual relation or a given transaction entails and specific business strategy.³⁸ It is important to take into account that the prices established between companies belonging to the same economic entity that differ from similar transactions agreed with or between third party entities does not necessary constitute a transfer pricing scheme. As a matter of fact the multinational in question may be implementing a business strategy such as, trying to penetrate a certain market or expand their operation within a certain jurisdiction thus, justifying the difference in price between similar operations.

Now, it is important to take into consideration that these five factors will not always be applied in a strict fashion. Each of these factors will have an influence for comparability depending on the nature of the transaction as well as the transfer pricing method being used. This being said, the comparability factors will have to

³⁶ OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Action

³⁷ *Idem*. *Review of Comparability and of Profit Method Revision of Chapters*, p. 15

³⁸ *Idem*. pp. 15, 16

be applied taking in considerations the circumstances of every individual case to achieve the accuracy desired in order to reveal the economic reality of international intra group transaction or of a certain business operation.

Having addressed the structure and elements that constitute the arm's length principle, there is a question that comes to mind; why is this particular international tax principle the best method to address aggressive tax planning that use transfer pricing schemes? Well, as we have pointed out throughout this paper, transfer pricing is not an exact science and by consequence neither is the arm's length principle as a solution. This circumstance has led to a heated debate that has led countries to take individual measures to avoid their tax base from being eroded. It is important to acknowledge that no solution so far, domestic or international, has provided a one hundred percent efficiency result to deal with transfer pricing schemes but the arm's length principle is a sound and well-studied theory that provides a legal instrument based on international consensus³⁹ that shall allow for further improvement on the theory and practice of this principle.

The application of the arm's length principle has a double benefit. In regards with State advantages, their tax administrations will be able to monitor the actual economic reality of the global contributors (multinational company groups) more accurately and will give the basis to further build more cooperative relations with other contracting States in connection with the exchange of information. In addition, independent parties or local business will also be benefited from the correct application of the arm's length principle, as they will be placed on a more equal footing regarding tax matters by avoiding the discrepant tax situations arising from unfair legal tax advantages or disadvantages that will distort the economic competitive margin.⁴⁰

Justifying the value behind transfer pricing schemes implemented by multinational corporations through the use of the arm's length principle is usually achieved by elaborating transfer pricing analysis or studies using the five mechanisms described above. One of the main obstacles the arm's length principle will face in its application is the source of the comparability itself. When taking into consideration an external comparison to determine that the transactions between entities of the same corporate group are

³⁹ Proposed revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines 9 September 2009 – 9 January 2010, Centre for Tax Policy and Administration, OECD Publications, p. 9

⁴⁰ Idem. Review of Comparability and of Profit Method Revision, p. 6

at market price, the external comparison must be justified and not just assume that similar product or service is enough.

Most member countries of the G20 are including and assimilating the arm's length principle to their domestic legislation, but there are some who are reluctant to consider as a viable solution the application of this international instrument. Those G20 countries, that are willing to embrace this international tax convention by including it to their national normative framework, must do a delicate and subtle work in its integration, in order to adhere to the true nature and purpose of the OECD's Action Plan for Base Erosion and Profit Shifting. However, if there is no real intention by the contracting States to faithfully apply the arm's length principle in a cooperative manner that is guided by good faith towards both the global contributor (multinationals) and other contracting States, then all the work applied by the OECD and the international community will have been in vain at a political, economic, legal and academic level.

If we were to move away from the arm's length principle there would still be the need for an instrument or method that would allow the different tax jurisdictions to be able to allocate tax revenue in a just and adequate way. A method that has been proposed instead of the application of the arm's length principle is the Global Formulary Apportionment (GFA). Contrary to the arm's length principle, which intends to shed light on the economic reality of the individual company controlled transactions belonging to multinational groups for the purpose of determining the accurate tax imposition and the corresponding beneficiary jurisdiction, the GFA is aimed to consider all the individual companies that form one single economic unit as a consolidated enterprise, and thus consider their global income in the same manner. This means that the GFA would allocate the global profits of a multinational company from a consolidated tax basis among the associated parties (companies belonging to the same multinational) in the different countries where they are operating or receiving income⁴¹.

The GFA as an alternative solution to the arm's length principle and therefore has its own benefits. Scholars and advocates have provided that the use of this tax allocation method will be able to re-distribute the wealth between the States involved, redistributing wealth in a more equitable manner, as well as, providing tax administration to impose the corresponding tax

⁴¹ Proposed revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines 9 September 2009 – 9 January 2010, Centre for Tax Policy and Administration, OECD Publications, p. 10

burden in a lot more convenient manner. Correspondingly, from the contributor's side of the fence, they will be provided with more legal certainty of what to expect from their legal tax obligations.⁴² Although this may be true, this tax allocation method has flaws, that we would consider graver than those attributed to the arm's length principle. For instance, it seems the GFA structure leaves an ample margin for multinationals to restructure transfer pricing schemes in virtue of a lack of comparability method that would determine the real economic value of the agreed intra-transactions or a multinational company structure. This is due to the fact that the companies belonging to a multinational enterprise would not require to be considered as an independent party of said global corporation to be able to distort the taxable base.

Furthermore, the OECD has not provided a uniform objective criteria for the determination of a set of elements or circumstances that would entail the concept of a Permanent Establishment in regards with a company partaking in the international electronic commerce. In essence, the absence of such uniform criteria would again cultivate the tendency for unilateral actions from tax administrations from around the globe to regulate and set forth under their own legal background and understanding the elements and circumstances they would consider to be appropriate in order to establish the allocation of tax revenue coming from companies that benefit from e-commerce but do not have any physical presence in most jurisdictions⁴³, rendering the GFA obsolete. So this would naturally create problems relating to the proper allocation of tax revenue in different jurisdictions and the corresponding tax burden of the contributor, not to mention the excessive burdensome administrative work that would need to be carried out so that the GFA method could constitute a viable solution to transfer pricing schemes⁴⁴.

In conclusion of what we have studied so far in the application of the GFA and the arm's length principle, we consider that the use of said international principles would be a more reasonable way to address the transfer pricing issues. Governments

⁴² OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010, OECD Publishing, p. 37

⁴³ Frequently Asked Questions, Action 15 B. Engagement with Developing Countries, para.106, <http://www.oecd.org/ctp/beps-frequentlyaskedquestions.htm>, last updated 2015, consulted 22 January 2016

⁴⁴ Simone Musa, Luciana Nobrega, Glenn DeSouza, Rachit Agarwal, Rafael Triginelli Miraglia, Antonio Russo, Baker & Mackenzie tax transfer pricing practice, letter to Jeffrey Owens of the Centre for Tax Policy and Administration, June 30, 2010, comments on the administrative aspects of transfer pricing, pg.14.

taking unilateral measures to protect their individual economic interests without consideration to the many factors that compose a globalized economy may result in adverse harmful economic effects to other tax jurisdictions, especially in developing countries. In the same fashion, tax administrations taking these unilateral measures will also have a severe effect on commercial entities engaged in international commerce and as a consequence we will witness a gradual slowing down of international commerce which is so important for global economy. Society has been globalized and as such reality dictates, that Governments act in a supportive and cooperative manner to ensure the fluidity of international commerce and healthy economic competition between private parties, as well as, providing equal opportunity for developing countries to collect tax revenue justly and maintain foreign investment.

3. Other Obstacles for BEPS

The BEPS project was intended to be *soft law* and not an obligatory legal body. Therefore in order for the BEPS dispositions to be binding, they would have to be reflected in the modification of local legal tax law, as well as, bilateral tax treaties.⁴⁵ This in itself would represent a difficult task, for the dispositions of the BEPS project would have to be harmonized to local tax law taking into consideration the different legal backgrounds, for example the differences form a civil law and common law jurisdictions.

In order to address this issue we would take México as an example. One of the main objectives behind the OECD elaborating international instruments to regulate international taxation is enhancing the relationship between tax administrations and taxpayers⁴⁶, in order establish and maintain trust between the parties in order for them to gain a mutual understanding of each other's needs and goals. The reforms that have been implemented to Mexico's local tax law have given discretionary powers to the local tax administration in regards with the verification of taxpayer's compliance that would seem overreaching and unconstitutional. One of these discretionary powers is the determination of simulated acts by taxpayers for tax purposes, which only needs to

⁴⁵ <http://www.oecd.org/ctp/beps-frequentlyaskedquestions.htm>; consulted: 1 March 2017

⁴⁶ SANCHEZ HERNÁNDEZ & JIMÉNEZ CAÑIZARES *Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública, Erosión de la Base Gravable y la Transferencia de Utilidades*, Editorial Themis, primera edición, 2015, p.71

be grounded by mere presumptions and not hard factual evidence.⁴⁷ This would open the door for the Mexican tax administration to determine unbiased simulations and persecute taxpayers for supposed tax felonies, as an aggressive way to collect more taxes.

In addition to the above, the mechanisms tending to oblige taxpayers to disclose tax planning schemes to tax authorities would also constitute an obstacle to achieve an enhanced relationship between the Mexican tax administration and its tax payers, for they would be confessing to a felony under local penal tax law, which not even in the United States would be considered Constitutional under their 5th amendment that prohibits self incrimination.

In conclusion, in order to implement the dispositions of the BEPS project it would be necessary to harmonize them to each individual local law, having special consideration for the spirit of the dispositions or actions and implementing mechanisms that would be considered Constitutional in order to avoid unnecessary costs, efforts and time in State Courts when trying to apply the BEPS actions, which would also bring us closer to achieve an enhanced relationship between tax administrations and taxpayers.

III] Corporate social responsibility

Before addressing the relation between the Corporate Social Responsibility (CSR) and taxes it would be best to give an approximation of the concept itself to best understand the issue it represents.

Although it is still a debate of what constitutes said concept, Donna J. Wood gives us an approximation taking in consideration different aspects concerning the CSP: i.- motivating principles, ii.- behavioral processes, and iii.- observable outcomes of corporate and managerial actions relating to the firm's relationships with its external environment.⁴⁸ With these aspects she gives us the next definition: *A business organization's configuration of principles of social responsibility, processes of social responsiveness, and*

⁴⁷ Ley del Impuesto Sobre la Renta, Mexico (Law of Revenue Tax), Art. 177: [...] *Para los efectos de este Título y la determinación de los ingresos de fuente de riqueza en el país, las autoridades fiscales podrán, como resultado del ejercicio de las facultades de comprobación que les conceden las leyes, determinar la simulación de los actos jurídicos exclusivamente para efectos fiscales [...]* Para efectos de probar la simulación, la autoridad podrá basarse, entre otros, en elementos presuncionales.

⁴⁸ Wood, Donna J. *Corporate Social Performance Revisited*. Academy of Management Review 1991: 691-718. Web. <http://www.jstor.org/stable/258977>

policies, program, and observable outcomes as they relate to the firm's societal relationships.

This being said, Professor Tanja Bender tells us, in a simpler way and referring to MNEs, that *CRS means that MNEs should behave morally, ethically and socially responsible in relation to their taxes.*⁴⁹

Now that we have a simpler and clearly concept of what CSR means we can address the way an enterprise is seen and in what way its acts are interpreted by a society. Part of the debate is exposed by Reuven S. Avi-Yonah⁵⁰ and he distinguishes between three different ways of seeing an enterprise addressing the next question: should corporations pay taxes and should the government use tax laws as a tool to regulate corporate behavior? The three main views are: i- Artificial, a creation of the state, ii- Real entity, where the corporation is an entity separated from the state and its shareholders, and iii- Aggregate, which is the contractual view. Each of these three views have different implications for the issue of tax obligations and CSR:

i.- Artificial: the corporation owes its existence to the state and is granted certain privileges in order to be able to fulfill functions that the state would like to achieve. This way any corporation should pay taxes as a way of paying services to the state and it is also being regulated by tax laws;

ii.- Real: by being comparable to an individual citizen in its rights and obligations, it is legally required to pay taxes and is expected not to engage in abusive tax planning to minimize its tax obligations. The state may not require that it fulfills CSR, but it is justified because it encourages enterprises to do so; and

iii.- Aggregate: apart of being the dominant view, under this view CSR is an illegitimate attempt by company managers to tax shareholders without their consent, and leads managers to be unaccountable to the shareholders that elected them. So they have a natural obligation to maximize shareholders profits by minimizing taxes and the state has no business in encouraging corporations to engage in illegitimate CSR through the tax system.

It depends on which of the aforementioned views will the state adopt in order to address CSR practices, that their government and corporations behavior will unleash on different

⁴⁹ Bender, Tanja. *Corporate Social Responsibility for Future International Business Lawyers*. Great Debates: The Relationship between CSR and Tax Avoidance (April 2015). Web.

⁵⁰ Avi-Yonah, Reuven S. *Corporate Social Responsibility and Strategic Tax Behavior*. Public Law and Legal Theory Working Paper Series (2006). Michigan John M. Olin Website. Web.

acts: increasing aggressive tax (corporations) or tax competition among countries to attract corporate investments (government).

Following the cited author, from the corporation's perspective, it seems that whatever our view of the nature of the corporation, it should not be permitted to engage in strategic behavior that is designed solely to minimize its taxable base. From the artificial entity perspective, such behavior undermines the special bond between the state and the corporations. From the real entity perspective such behavior is as unacceptable as it would be if all individual citizens engaged in it. As for the aggregate perspective, strategic tax behavior does not provide the state adequate revenues to fulfill the increased obligations imposed on it by forbidding corporations to engage in CSR. But from the state's perspective, it appears legitimate under all three views to use corporate tax to steer corporate behavior in the direction of CSR. This is true for CSR functions where the corporation may not undertake on its own, because the state can still try to encourage corporations to undertake such activities, even though it cannot force them to do so. The problem resides in the fact that as long as any CSR activity does not relate to shareholder profit maximization it would be deemed illegitimate if undertaken without government incentives. It seems unlikely that the government can provide sufficient incentives to align its goals with those of the shareholders.⁵¹

IV] Final considerations

International Tax Planning creates negative effects in national economies. Even though globalization has benefited our economies in multiple ways, it also creates another set of problematic interactions between globalized corporations and governments. The great interaction of the economies has opened opportunities for multinational corporations to search for the minimization of their tax burden. This situation has become an international issue that affects everyone involved: i.- Governments: they have to take less revenue and incur in higher costs to be in compliance with treaties and ii.- individuals and business: when tax laws allow businesses to reduce their tax obligations by shifting their income, other taxpayers, especially small and local business, have to bear with a greater tax burden.

Unilateral measures would not entail a comprehensive solution, but would only promote harmful tax competition. This is a

⁵¹ *Idem.*

natural consequence because unilateral measures tend to protect interests of only one party or sector, in this case it would be the governments of different countries looking out only for their own interests. In this way they would dictate measures that attract more investors into their country and, as we said earlier, this will create unfair situations for everyone involved.

The Arm's Length Principle constitutes a more integral tool to solve aggressive international tax planning schemes and harmful tax competition, but still needs to be improved. Even though it creates an international standard, there's still a long way to go for the alignment of tax laws and international tax principles so that unfair situations and harmful competitions are minimized and a healthy international tax culture is strengthened. In the application of the arm's length principles tax administrations must also be very diligent in not using it as a mechanism to over regulate the market by setting prices which they consider appropriate in order to increase their tax revenue, without taking in consideration the actual economical and financial needs and circumstances in multinational operations and enterprise, for it would have grave consequences to international commerce.

Even though the OECD elaborated the BEPS project as a set of guidelines (*soft law*) for countries to adequate their local tax law, the amonization of such guidelines would be a difficult task, for the diverse legal backgrounds, especially civil law jurisdictions like Mexico could render them unconstitutional and would therefore represent substantial costs, effort and time in other to implement them, as their application would most likely be litigated in State courts.

Corporate responsibility must be a key element in any corporation. The way corporate responsibility is viewed within a corporation and tax administrations has a significant impact tax behavior. Even though the authorities don't take advantage of tax laws, by making it an instrument to enforce corporate responsibility, we should consider the obligation we have to contribute to our national and the preservation of international relationships so they can become as successful and as fair as possible, which would consequently strengthen our economies.

Bibliography

- Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública, *Erosión de la Base Gravable y la Transferencia de Utilidades*, Editorial Themis, primera edición, 2015;
- Arm's Length Range, *Center for Tax Policy and Administration*, OECD Publications;

AVI-YONAH, REUVEN S. *Corporate Social Responsibility and Strategic Tax Behavior* Public Law and Legal Theory Working Paper Series (2006). Michigan John M. Olin Website. Web;

BARNHOUSE, BOOTH & WESTER, *Transfer Pricing*, Fayetteville State University;

BENDER, TANJA. *Corporate Social Responsibility for Future International Business Lawyers* Great Debates: The Relationship between CSR and Tax Avoidance (April 2015). Web;

ECHEGARAY, Ricardo, *La Administración Tributaria frente al Contribuyente Global, Aspectos técnicos y prácticos relevantes*, editorial La Ley, 2013;

J. AULT, Hugh, *Some Reflections on the OECD and The Source of International Tax Principles*, Tax Notes International Volume 70, Number 12, June 17 2013;

OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing;

OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing;

OECD (2014), *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing;

OECD, *Harmful Tax Competition an Emerging Global Issue*, 1998;

OECD (2014), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014*, OECD Publishing's;

OECD *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* 2010, OECD Publishing;

Part 1 of a Report to G20 Development Working Group on the Impact of BEPS in Low Income Countries, July 2014;

Proposed revision of Chapters I-III of the *Transfer Pricing Guidelines* 9 September 2009 – 9 January 2010, Centre for Tax Policy and Administration, OECD Publications;

Review of Comparability and of Profit Method Revision of Chapters I-III of the *Transfer Pricing Guidelines*, 22 July 2010, OECD Publications;

Sense and Sensibility: The Policy and Politics of BEPS, Manal S. Corwin, Tax Notes, October 6, 2014;

SIMONE MUSA, LUCIANA NOBREGA, GLENN DESOUZA, RACHIT AGARWAL, RAFAEL TRIGINELLI MIRAGLIA, ANTONIO RUSSO, Baker & Mackenzie *tax transfer pricing practice, letter to Jeffrey Owens of the Centre for Tax Policy and Administration*, June 30, 2010, comments on the administrative aspects of transfer pricing.

Fecha de recepción: 3 de mayo de 2017

Fecha de aprobación: 29 de septiembre de 2017

La Culpa de la Víctima en la Responsabilidad Civil Extracontractual. Una Perspectiva Histórica

JORGE EDUARDO MEDINA VILLANUEVA¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Solución Romana*. III. *Justificación Jurídica de la Reducción de la Indemnización*. IV. *Fundamento Legal de la Reducción de la Indemnización*. V. *Conclusiones*.

Resumen. Desde tiempos romanos, el tema de la indemnización de la víctima en una relación extracontractual, cuando ésta tuvo participación en la causación del daño, ha sido tema de discusión. Se debate si la víctima tiene derecho o no a una indemnización y si ésta debe de ser igual o menor a un caso en el que la víctima no tuvo culpa alguna. Por lo anterior, en el presente trabajo se citará el punto de vista de varios autores y artículos de legislaciones, con el fin de explicar y tratar de resolver esta problemática.

Palabras clave: Indemnización, víctima, daño, culpa.

Abstract. *Since Roman times, the subject of compensation of the victim in a non-contractual relationship, when it had participated in the causation of the damage, has been the subject of discussion. It is debated whether or not the victim is entitled to compensation and whether it should be equal to or less than a case in which the victim was responsible. Therefore, the present work will cite the point of view of several authors and articles of legislation, in order to explain and try to solve this problem.*

Keywords: *Compensation, victim, damage, guilt.*

I | Introducción

El tema de la participación de la víctima en la causación del daño que ella misma sufre y su correspondiente efecto sobre el monto de la indemnización que deberá o no recibir, ha sido objeto

¹ Profesor en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO).

de atención por parte de los más grandes juristas desde los tiempos romanos. El problema básico se centra en determinar si el hecho de que la persona que padece un daño, víctima o dañado, ha participado de alguna manera en causar ese evento, afecta o no y en qué medida, su derecho a recibir una indemnización.

Hoy en día, la respuesta aparentemente muy clara y fuera de toda duda, nos la da el artículo 1,387 del Código Civil del Estado de Jalisco, el cual dice que: *El que obrando culpable e ilícitamente o contra las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.*

La razón es de sentido común: no se debe condenar a una persona a reparar un daño, si quien lo sufrió fue la causa de ello. En este sentido se ha pronunciado la poca jurisprudencia que existe de los tribunales federales.

Sin embargo, esta solución de la eliminación del derecho a recibir una indemnización, por más lógica que parezca, estimo que debe verse matizada o más bien repensada en el supuesto nada raro de que la víctima no haya sido la sola causante del daño, es decir, que éste se deba a la concurrencia de las conductas de la víctima y del agente demandado en el juicio.

El sentido común y una consideración de elemental justicia me dicen que no es posible que se condene a una indemnización plena, pues el demandado no fue la *causa total y única* del daño. Pero esos mismos sentimientos me dicen que tampoco debe eliminarse por completo el derecho de la víctima a recibir una indemnización, pues en parte es un daño causado injustamente.

Es por ello que me parece que debe estudiarse el tema con detenimiento, a fin de que transitemos hacia una solución un poco más justa, donde el daño, o la indemnización, más correctamente, sea repartida entre las partes, y no simplemente privar a la víctima de cualquier derecho a recibir una indemnización en cualquier caso que, aunque sea mínimamente, haya participado en la acusación del daño.

Considero que un análisis histórico tanto del tratamiento de la culpa de la víctima como de algunos artículos del Código Civil nos será de gran ayuda, tanto para estudiar este interesante tema, como para justificar la solución que propongo, lo cual será precisamente la materia del presente trabajo.

II] La Solución Romana

Sin duda alguna, podemos decir que corresponde a los juristas romanos el mérito de haber construido las bases sobre las

que se ha edificado el moderno sistema de la responsabilidad civil extracontractual en los países de nuestro sistema jurídico y, como sería natural, contemplaron un problema tan obvio y común como lo es el de la participación de la víctima y su influencia en la obligación de indemnizar que generaba.

Comenzaré por señalar que para los romanos, existían cuatro *delicta privata* – llamados así en oposición a los *delicta publica*, llamados también *crimina*² – actos ilícitos sancionados con una pena privada pecuniaria – la *obligatio ex delicto* – a saber: *furtum*, *rapina*, *iniuria* y *damnum iniuria datum*.³

Según nos comenta el célebre romanista Juan Iglesias⁴,

En la época clásica la pena privada tenía un carácter punitivo, sin embargo en la época justiniana esta pena degeneró en una sanción tendiente al resarcimiento, pero no hasta el punto de perder por completo su viejo efecto expiatorio, de manera que la acción se transformó de ser una penal, a una mixta – penal y reipersecutoria – de modo que a una restricción del efecto típico de la pena, corresponde una mayor consideración del resarcimiento, de la reparación material del daño.

El *furtum* se cometía tanto cuando se sustruía la cosa ajena para apropiársela, como cuando se disponía de ella sin consentimiento del dueño.⁵ La *rapina* era el robo cometido con violencia.⁶ La *iniuria* era la ofensa contra la integridad corporal o moral de una persona.⁷ Finalmente, el *damnum iniuria datum* era el daño causado culposamente en una cosa ajena⁸, es decir, las raíces más profundas de la hoy llamada responsabilidad civil extracontractual.

Como es ampliamente conocido, los romanos regularon los daños causados de manera injusta fuera de contrato – *damnum iniuria datum* – en la famosa *Lex Aquilia*. Debe anotarse que previo a esta ley, las XII Tablas solamente señalaban algunas hipótesis específicas, autónomas unas de otras, y limitadas a los bienes de mayor valor social, como el ganado o los esclavos, mas no

² IGLESIAS SANTOS, Juan, *Derecho Romano*, 15ª Edición revisada por Juan Iglesias Redondo, Ariel, Madrid, 2007, pág. 290

³ Véase, Gayo, *Institutas*, 3.182

⁴ Op. Cit., Página 290

⁵ GAYO, *Instituta*, 3.195

⁶ Ídem, 3.209

⁷ IGLESIAS, Op. Cit., pág. 297

⁸ Ídem, pág. 296

establecía – como sí lo hizo la *Lex Aquilia* – una regulación general del daño.⁹

La *Lex Aquilia* se componía de tres capítulos, de los cuales las fuentes solamente refieren el texto del primero y último – únicos, por cierto, relacionados con lo que hoy llamamos responsabilidad civil –. El primer capítulo nos lo señala Gayo en D. 9, 2, 2 y se refiere a que quien matare injustamente un esclavo o a un cuadrúpedo, sería condenado a pagar al dueño el mayor valor que tuvo en aquel año. Como vemos, aquí se refiere a la pérdida de un bien de importancia económica – pensemos que en una economía agrícola como la romana, un esclavo o el ganado mayor constituían los principales medios de producción –, considerando el valor que tendría, no al momento de acaecer el daño, sino en referencia a un arco temporal de un año.¹⁰

El tercer capítulo, nos lo señala Ulpiano en D. 9, 2, 27, 5 y se refiere a que en los demás casos – fuera del esclavo y animales que hayan sido muertos – si una persona hiciera daño a otro porque hubiere quemado, quebrado o roto injustamente una cosa, se le condene a pagar al dueño el valor que el bien alcance en los próximos treinta días. Es decir, se refiere a los daños sufridos en cosas diversas al capítulo primero, y que fuera consecuencia de alguna actividad lesiva – *urere, frangere, rumpere* – en cualquier *res*, bien sea que se ocasionase la destrucción de la cosa – excepto en los bienes del capítulo primero – o una modificación que de cualquier forma disminuyese su utilidad.¹¹

Del capítulo segundo de la *Lex* no se conservan citas textuales, probablemente porque cayó en desuso, según dice Ulpiano (D. 9, 2, 27, 4) y carecía en consecuencia de interés su interpretación y comentario. Según un amplio sector de la doctrina, en dicho capítulo se establecía una condena por el importe del crédito extinguido – o por el *duplum* del mismo en caso de *infitiatio* – contra el *adstipulator* que hubiese hecho la *acceptilatio* en fraude del acreedor principal, violando un deber de lealtad hacia éste.¹²

Mucho se ha dicho y escrito sobre esta ley¹³, y son varios los pasajes de la compilación que nos hablan implícita o explícitamente

⁹ RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P., *Responsabilidad contractual y extracontractual en derecho romano. Una aproximación en perspectiva histórica*, Santiago de Compostela, Andavira Editora, 2015, pág. 158

¹⁰ *Idem*, pág. 164

¹¹ *Ídem*, pág. 163

¹² *Ibidem*, pág. 162

¹³ Bástenos solo con mencionar las principales obras monográficas, de NATALI, Nunzio, *La Legge Aquilia*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1970; CASTELLARI, Paolo Giusto, *Della lex*

del problema de la culpa del dañado y su influencia en la indemnización. De ellos, tradicionalmente se han considerado como los más significativos del tema que venimos abordando, los siguientes¹⁴:

a) D, 9, 2, 31 (Paulo): trata de si existe responsabilidad para un podador de árboles respecto a la muerte de un transeúnte, provocada precisamente por la caída de una rama que cortaba el podador.¹⁵

b) D, 9, 2, 9, 4 (Ulpiano) se refiere a un esclavo que se cruza por un campo en el cual se tiraban dardos y resulta muerto por uno de ellos.¹⁶

c) D, 9, 2, 28, pr (Paulo) se estudia un caso donde se quiere imponer responsabilidad a una persona que hizo hoyos para cazar osos o ciervos, y alguien resultó herido por caer en uno de ellos. Se concluye que si se hacen dichos hoyos en caminos públicos sí hay responsabilidad, es decir, culpa, y en caso contrario, no surge responsabilidad.

d) D, 9, 2, 52, 1. (Alfeno) se refiere a un tabernero que coloca un farol en una senda, un viajero lo quita – se lo roba – y trata de alcanzarlo y lo sujeta de un brazo para que se lo regrese. El sujeto comienza a golpear al tabernero con un palo que tenía un arma oculta y en la riña, el tabernero le saca un ojo al viajero. Se pregunta si el tabernero debe responder del daño, y el jurista responde que si no fue a propósito el mismo, no debe considerársele *iniuria datum*, ya que el tabernero se defendió, pues el primero en golpear fue el viajero.¹⁷

Aquila, ossia del danno dato, en Archivio Giuridico, Vol. XXII, Pisa, 1879; SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della "culpa"*, Giappichelli Editore, Torino, 1969; CURSI, María Florianana, *Iniuria cum danno. Antiquiridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Giuffrè, 2002; VALDITARRA, Giuseppe, *Damnum iniuria datum*, 2ª Edición, Giappichelli, 2005; CORBINO, Alessandro, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, 2ª Edición, CEDAM, Padova, 2008; SCHIPANI, Sandro, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Giappichelli Editore, Torino, 2009.

¹⁴ Cfr. COPPA-ZUCCARI, Pasquale, *La 'compensazione delle colpe'*, Società Tipografica Modenese, Modena, 1909, págs. 27 y ss., así como BRANDÃO PROENÇA, José Carlos, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, pág. 338 y ss.

¹⁵ Un caso muy semejante es el señalado en I, 4, 3, 5.

¹⁶ En términos muy semejantes, el pasaje de la Instituta 4, 3, 3.

¹⁷ En este fragmento, ALFENO otorga toda la culpa a una u otra de las partes, puesto que se trata de una legítima defensa, por lo que se puede aplicar la misma razón que el D, 9, 2, 4 (GAYO): "*nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*".

Los cuatro anteriores fragmentos se centran en establecer si ha habido culpa por parte de la víctima o del demandado (podador, lanzador, cazador y tabernero, respectivamente), por lo que podemos decir que se refieren a problemas que, usando la terminología moderna, son de culpa exclusiva de la víctima, pues se busca establecer si hubo culpa únicamente en uno o en otro sujeto, y en caso de encontrar culpable a la víctima de la producción del daño que ella misma sufre, se le priva del derecho a recibir una indemnización, diciendo los propios pasajes: *Aquila cessat*¹⁸, *nihil tenetur*¹⁹ o bien *non videri damnum iniuria feccise*.²⁰

Tenemos también el pasaje D, 9, 2, 30, 4. (Paulo), que trata de un esclavo que muere, no a consecuencia de las heridas provocadas, sino de la mala atención médica que recibió después de la herida; y se concluye que tendrá el dueño del esclavo muerto, en contra de quien le lesionó, la acción por lo que respecta a la herida únicamente, mas no por lo que toca a la muerte.

Vemos aquí que hay un daño originario, causado por el demandado – la herida – y un daño posterior – agravación del daño originario que provoca la muerte – debido a la *domini negligentia*²¹; viendo esto, Paulo concede la acción solamente por la lesión, mas no por la muerte.²²

Este fragmento aborda un interesante aspecto de la culpa de la víctima que no fue abordado por los anteriores, y establece la irresarcibilidad de una parte del daño, por lo que dicho en términos modernos se trata de un problema de agravación del daño por culpa de la víctima²³ y es técnicamente, usando la terminología moderna, un problema de causalidad sucesiva.

En todos los fragmentos que hemos revisado, la *ratio* de la decisión se centra, sin duda, en la existencia o falta de culpa por parte del supuesto dañador, lo cual dicho en palabras de Natali en todos estos casos no tiene lugar la *Actio Legis Aquiliae* por haber el dañado dado ocasión al delito con un hecho propio²⁴, es decir, ser el único causante.

Con los fragmentos hasta aquí revisados, tenemos un resultado claro y evidente: que si la víctima es la sola causante del

¹⁸ D, 9, 2, 9,4.

¹⁹ D, 9, 2,28, pr.

²⁰ D, 9, 2, 52,1.

²¹ Cfr. COPPA-ZUCCARI, Op., Cit., pág. 38.

²² Cfr. POTHIER, *Tratado de las Obligaciones*, Edición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, pág. 72.

²³ Cfr. BRANDÃO, Op. Cit., pág. 342.

²⁴ Op. Cit., pág. 261-262.

daño, no debe haber lugar a indemnización alguna. Este principio es tan obvio, pues no cabe reclamarle algo al demandado cuando no ha sido la causa del daño, sino la propia víctima.²⁵

Por otro lado existe el pasaje D, 9, 2,11, pr. (Ulpiano). Este es el célebre caso del barbero que por un golpe causado por una pelota, le corta el cuello a un esclavo, a quien rasuraba. Hay varias opiniones en el fragmento: la de Mela, en el sentido de que responderá quien en esto tuviere culpa; la de Próculo, en el sentido de culpar al barbero por instalarse en un lugar transitado y donde se habituaba jugar a la pelota; y otra, del propio Ulpiano, en el sentido de culpar al esclavo por dejarse afeitar en un lugar peligroso.

Aquí el análisis de los juristas romanos no versa, a diferencia de los pasajes anteriores, sobre la existencia o falta de culpa del agente, sino que ya comienza a distinguirse una *duplicità delle colpe*²⁶, esto es, que son dos sujetos quienes obran con culpabilidad y no solo uno, y tan es así que Próculo establece la responsabilidad del barbero y Ulpiano la del esclavo.

Sin embargo, aunque se vea que ambos sujetos, barbero y esclavo, obraron negligentemente, los juristas de la época no llegaron a considerar la posibilidad de una coparticipación en la causación del daño por parte de la víctima y del demandado, es decir, de que el daño se deba al concurso de dos actuaciones independientes una de otra, sino que siempre se buscó solamente un culpable del daño, según se ve en el propio pasaje, pues se dice que *in quocunque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri*, así como en las opiniones de Próculo y de Ulpiano en busca de un solo culpable, con el fin de atribuirle a éste toda la responsabilidad.

Partiendo de esta idea que solamente un sujeto debe ser considerado como responsable, debemos ahora buscar más a fondo, dónde está la razón de ser de esa eliminación de la *actio legis Aquiliae* en el caso de culpa de la víctima. Señalé líneas arriba que por un lado se debe a que la causa del daño está solamente en el actuar de la víctima, y por otro que el agente está libre de culpa, uno de los requisitos esenciales de la *actio*.

Pero profundizando un poco más y, sobre todo, considerando el último pasaje citado y la posibilidad de una

²⁵ A este respecto, dijo un ilustre Jurista Mexicano del Siglo XIX, don Isidro MONTIEL Y DUARTE, al comentar esta misma regla que se encuentra en las Partidas "... *Es tan obvia la justicia de esta regla que no necesita explicación...*" (*Jurisprudencia Fundamental, o sea, exposición de las reglas de Derecho contenidas en el título 34, Partida 7ª*, México, Antigua Imprenta de Murguía, 1889, Página 132)

²⁶ Cfr. COPPA-ZUCCARI, Op., Cit., pág. 28.

conurrencia de culpas, la razón final me parece que debemos encontrarla en que la culpa de la víctima por sí misma excluye la *actio legis Aquiliae*, pues como señala la Profesora Amelia Castresana al comentar el pasaje último citado²⁷, el esclavo, al afeitarse en un lugar inadecuado, asumió el riesgo que su propia conducta llevaba, y entonces

*La propia asunción de riesgo y la voluntaria aceptación del eventual daño, justifican la negación de un posible concurso de culpas en este caso... ya que la fórmula de la acción no favorecía que el juez pudiera tener en cuenta un posible concurso de culpas a efectos de su compensación, por cuanto el proceso de responsabilidad se resolvía sobre una determinación de 'culpable' o 'no culpable'. Cuando el origen de la culpa no estaba del lado del agente, la responsabilidad ex lege Aquilia no tenía lugar.*²⁸

De esta forma, podemos decir con la mayoría de la doctrina, que la razón de la exclusión de la responsabilidad está en que por efecto de la culpa del dañado, la *actio legis Aquiliae* se excluye y se excluye también la responsabilidad del *tonsor*²⁹ – en el caso del último pasaje citado –, pues el hecho de la víctima es una excepción a la *Actio legis Aquiliae*, y por lo tanto de la acción.

Esto es debido a que el daño que la propia víctima se causa a sí misma, no es un daño en sentido jurídico³⁰, ya que desde el punto de vista de la *Ley Aquilia*, no cabe considerar *iniuria datum* el daño imputable a uno mismo³¹, pues para que un daño pueda ser considerado por la *Lex*, y en consecuencia ser resarcido, debe ser causado por otra persona.

Es por ello que se debe resaltar de forma muy especial lo que adelantaba líneas arriba, que en el orden romano no se llegó a considerar la división de la responsabilidad, la repartición del daño entre agente y víctima³², sino que estableció solamente la

²⁷ *Nuevas Lecturas de Responsabilidad Aquiliana*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, pág. 76 y ss.

²⁸ Ídem. En el mismo sentido se pronuncia NATALI, Op., Cit., pág. 265. Así como CORBINO, Op. Cit., pág. 178.

²⁹ COPPA-ZUCCARI, Op. Cit., pág. 33.

³⁰ BIONDI, Biondo, *La Compensazione nel diritto romano*, en *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*, Volumen XII, Stab. Tipografico Commerciale, Cortona, 1929, pág. 409.

³¹ PACCHIONI, Giovanni, *Della cosiddetta compensazione delle colpe*, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Volume VIII (1910), parte seconda, Milano, pág. 1033, así como BIONDI, *La compensazione...* Op. Cit., pág. 409.

³² Cfr. BRANDÃO, Op. Cit., pág. 169.

eliminación por completo del derecho a recibir una indemnización. Es decir: o se daba una indemnización integral al dañado, o se la negaba por completo; ya que bastaba la menor colaboración de la víctima en la producción del daño, para absolver por completo al demandado³³. De esta forma, la culpa de la víctima era sancionada con el rechazo de la acción contra el autor que hubiera sido de otra forma responsable.³⁴

Con esto queda evidenciado que los romanos ante la mínima culpa de la víctima excluían la *Lex Aquilia* y en consecuencia, se perdía por completo el derecho a recibir una indemnización.

El principio general nos lo da la célebre regla de Pomponio en D, 50, 17, 203, la cual constituye el texto más contundente sobre el tema: *quod quis ex culpa sua damnum, non intelligitur damnum sentire*³⁵, dicho en otras palabras, cuando el daño se debe a la culpa de la víctima, falta un daño que pueda ser puesto en consideración de la ley³⁶ y por lo tanto es irresarcible.

Esta manera de proceder se explica sin problemas en un sistema donde la condena del autor a pagar los daños y perjuicios está basada sobre una idea penal³⁷, en donde toda culpa merece un castigo, pues de la misma forma que la culpa que ha causado un daño es tenida a reparar, la culpa de la víctima que ha contribuido a causarse un daño a sí misma será castigada con la imposibilidad

³³ CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 25ª Edición revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ed. Heliastra, Buenos Aires, 1997, Tomo II, pág. 442.

³⁴ HALLER, Marguerite, *Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit a réparation*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1926, pág. 69.

³⁵ Debo señalar que la eliminación del derecho a recibir una indemnización por parte de la víctima cuando ella misma contribuye a causar el daño, durante muchos años se pretendió justificar, incorrectamente, en la figura de la compensación, llamándole al fenómeno *compensación de culpas*, sin embargo, como veremos más adelante, no puede de ninguna manera justificarse en esta forma de extinción de las obligaciones, sino como ya se dijo, en que el hecho de no poder considerar daño resarcible el atribuido a la víctima, lo cual se encuentra en el propio texto de POMPONIO.

³⁶ BIONDI, *La compensazione...* Op. Cit., pág. 409.

³⁷ Cfr. BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano*, 2ª Edición, Giuffrè, Milano, 1952, pág. 504. SOHM, Rudolph, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Edición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, México, 2006, pág. 256; SCHULZ, Fritz, *Derecho Romano Clásico*, Traducción de José Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960, pág. 564 y GLÜCK, Federico, *Commentario alle Pandette*, Traducción al italiano de Filippo Serafini, Libro IX, Società Editrice Libreria, Milano, 1903, pág. 56.

en que se encontrará el propio dañado para demandar la reparación de los daños.³⁸

Tenemos que si por un lado el orden jurídico romano protege al incapaz, al débil, al menor, también exige del hombre normal un comportamiento diligente y cuidadoso de sus propios intereses: ni el descuidado, ni el negligente, ni el *stultus* pueden invocar la protección del Derecho.³⁹ De ahí que, como arriba señalé, ante la menor participación culposa de la víctima en la causación del daño, será privada por completo de su derecho a recibir cualquier indemnización.

Esta rígida regla romana condensada en la fórmula de Pomponio, pasó a través de los años sin ser cuestionada ni alterada, pues solamente se limitaron los legisladores posteriores a reproducirla en los diferentes ordenamientos, sin ningún distingo que permitiese atenuar su excesivo rigor, que de alguna forma moderara su rigidez del todo o nada.

Vemos así en el Derecho Canónico, en las *Regulis Iuris* del *Liber Sextus* de Bonifacio VIII del año 1298, en la regla 86 se lee "*Damnum, quod quis sua culpa sentit, sibi debet, non aliis imputare*".⁴⁰

Este mismo principio es recogido en la legislación hispana, en las Partidas, donde señalan que: "*E aun dixeron, que el daño que ome recibe por su culpa, que a si mismo deue culpar por ello*".⁴¹

Por su parte, el Fuero Juzgo⁴² dice que: "*Si algun omne faz algun espanto con mano ó con otra cosa á la animalia, é lo mata. Si algun omne enriza buey, ó can, ó otra animalia contra sí, quanto danno le ficiere el animalia, tórnese á su culpa*", y por consiguiente, no hay derecho a obtener una indemnización.

³⁸ HALLER, Op. Cit., pág. 69.

³⁹ LEÓN GONZÁLEZ, José María, *La Culpa de la víctima (Compensación de culpas)*, trabajo inédito, pág. 24.

⁴⁰ Regla 86, *Liber Sextus Decretalium D. Bonifacii, papae VIII, Coloniae Munatiana*, MDCXCV. Véase un interesante comentario en REIFFENSTUEL, Anacleto, *Tractatus de Regulis Iuris*, Amberes, Sumptibus Societatis, MDCCLV, pág. 128 y 129. Esta regla es comentada por un célebre canonista del Siglo XVIII en el sentido de que "*el daño es efecto de la culpa, aquel que cometió la culpa, es justo que sufra también su daño*". MURILLO VELARDE, Pedro, S.J., *Curso de Derecho Canónico Hispano e Indiano*, Traducción de la tercera edición en latín de Alberto Carrillo Cázares, Zamora (México), El Colegio de Michoacán-Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, Volumen IV, Libro V, Pág. 370.

⁴¹ Partida 7, Título XXXIV, Regla XXII.

⁴² Libro VIII, Título IV, Ley XVIII.

Esta solución de la privación por completo del derecho a recibir una indemnización cuando la víctima hubiere participado en la causación del daño, permaneció durante muchos años, lo vemos así después del Renacimiento, inspirando las decisiones del propio Domat⁴³ y todos los juristas de la época.⁴⁴

Sin embargo, como nos dice Medina⁴⁵, poco a poco, influyendo sin duda las ideas del *ius naturalismo* de Grocio⁴⁶ y Pufendorf⁴⁷, el pensamiento fue evolucionando en el sentido de tratar de paliar el excesivo rigor de la regla romana⁴⁸, llegando así a Wolf, quien según Enrique Barros⁴⁹ fue el primer jurista que expresamente rechaza la vieja regla romana y se pronuncia por una solución más justa, no privando a la víctima por completo de su derecho a recibir una indemnización, sino solamente reduciendo este derecho.

El primer código en establecer el reparto de responsabilidades y romper el viejo esquema romano del todo o nada fue el ABGB austriaco de 1811, en su párrafo 1304, el cual dice: *Si cuando se ocasiona daño, el dañado tuviere culpa, entonces éste cargará la culpa junto con el causante del daño de forma proporcional; y si la relación no puede ser determinada, será a partes iguales.*

Le siguió en esa línea, el Código Civil de Chile de 1855, de la autoría del célebre Andrés Bello, que en su artículo 2330 estableció que: *La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.*

⁴³ *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Chez Pierre François Emery, MDCCXIII, Libro II, Título VIII, Pág. 176 y ss.

⁴⁴ Cfr. DESCAMPS, Olivier, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code Civil de 1804*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2005, pág. 61-62 y 315-317; así como HALLER, Op. Cit., pág. 7, 20 y ss.

⁴⁵ MEDINA ALCOZ, María, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 200 y ss.

⁴⁶ *Le Droit de la Guerre et de la paix*, Traducción de Jean Barbeyrac, Amsterdam, Chez Pierre de Coup, MDCCXXIV, Libro II, Cap. XVII, Tomo II, pág. 521 y ss.

⁴⁷ *Le Droit de la nature et des gens, ou Systeme General des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, Traducción de Jean Barbeyrac, Amsterdam, Chez la veuve de Pierre de Coup, 1734, Libro III, capítulo I, tomo I, pág. 337 y ss.

⁴⁸ Nos dice SOTO NIETO que nos encontramos aquí ante una de las escasas fórmulas romanas incapaces de sobrevivir en la época moderna. (SOTO NIETO, Francisco, *La Llamada 'compensación de culpas'*, Revista de Derecho Privado, Madrid, Mayo de 1968, Tomo LII, pág. 416)

⁴⁹ *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pág. 428

En otros códigos del S. XIX se consagró ya esta misma regla, como el Código Portugués de 1867 en su artículo 2398.2– que si bien es cierto no es una disposición de carácter general, sino dictada para el caso de responsabilidad por daños derivados de obras, industrias o transportes, por actos contrarios a los reglamentos, sí contempla expresamente a la culpa de la víctima – y el BGB Alemán en el parágrafo 254.

En España y Francia ha sido vía jurisprudencial como se ha establecido el reparto. En el caso de Italia, aunque el *Codice* actual (1942) sí contempla la culpa de la víctima en el artículo 1227, sin embargo, ya antes por vía jurisprudencial se había adoptado esta solución. La mayoría de los Códigos americanos, también consideran esta solución.

La legislación mexicana, como lo anoté en la introducción, no señala expresamente la posibilidad de un reparto de la indemnización entre la víctima y el demandado, y ante la falta de un pronunciamiento claro por parte de la jurisprudencia es que escribo estas líneas, tratando de justificar que de forma implícita, mediante una interpretación histórica de algunos artículos del Código Civil, se puede llevar a la misma solución, una norma menos rígida, más justa y equitativa, que permite repartir el daño entre el agente y la víctima. Es en este orden de ideas que estimo se puede justificar esta medida, es decir, explicando y argumentando en términos jurídicos, la razón por la cual la conducta de la víctima es capaz de reducir la indemnización a que se tendría derecho.

III] Justificación jurídica de la reducción de la indemnización

1. La compensación de culpas

El intento más conocido por justificar la reducción o eliminación del derecho a recibir una indemnización que tendría la víctima cuando ésta ha participado en la causación del daño, lo encontramos en la figura jurídica de la compensación de culpas, ya que desde antes se ha pretendido fundamentar, o al menos describir, la reducción o eliminación de la responsabilidad del agente por virtud de esta forma de extinción de las obligaciones.

En este sentido, se decía que cuando la víctima participaba en la causación del daño que ella misma sufría, su culpa compensaba y eliminaba la culpa del agente ya que al encontrarse una frente a otra, al igual que en el caso de los créditos recíprocos, se extinguían recíprocamente, por lo cual el derecho a la indemnización quedaba compensado, extinguido.

Según Coppa-Zuccari⁵⁰, el primero en utilizar el término *Compensación de Culpas* fue Demelius y según Brandão⁵¹ y Medina⁵², el primero en teorizar la doctrina de la compensación de culpas fue Johann Friedrich Eisenbach en su tesis doctoral *De Compensatione circa maleficia, vel quasi occasione legis XXXVI Digesta de dolo malo* de 1778, formulando esta idea para los daños recíprocos, donde se compensan las culpas de los dos sujetos, víctima y agente, sin ser aplicable al caso de los daños que solo una de las partes sufría⁵³; y más tarde fue aplicada por los pandectistas de los siglos XVIII y XIX al problema de la culpa de la víctima.⁵⁴ Pretendían los pandectistas justificarse en diversos fragmentos del *Digesto*, que de alguna manera aludían a la figura de la compensación.⁵⁵

Para entender correctamente estos pasajes, debe aclararse que de una compensación de culpas no se habla explícitamente en las fuentes⁵⁶, y que, según grandes romanistas⁵⁷, todos los pasajes señalados, se encuentran interpolados.

Entendiendo bien los fragmentos arriba señalados, tenemos que no se refieren a situaciones de resarcimiento de daños, ya que

⁵⁰ Op. Cit., pág. 56

⁵¹ Op. Cit., pág. 346

⁵² Op. Cit., pág. 197

⁵³ MEDINA, Op. Cit., pág. 197 y ss.

⁵⁴ Ídem., pág. 198 y ss.

⁵⁵ Cfr. SOLAZZI, Siro, *La Compensazione nel diritto romano*, 2ª Edición, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1950, pág. 209 y BIONDI, *La Compensazione...* Op. Cit., pág. 408. Dichos pasajes del *Digesto* son 16, 2, 10 pr, que se refiere este pasaje a dos supuestos: uno de la obligación entre dos socios, donde ambos tuvieron igual omisión en la sociedad; y otro, si un socio percibe algo de la cosa común y la omisión del otro se estima en la misma cantidad. 16, 2, 10, 2: Este pasaje se refiere a la compensación entre la acción de algún delito y la cantidad que se reclama – por cualquier otra razón – en contra de quien sufrió dicho delito. 18, 1, 57, 3: Se refiere a que tanto el comprador como el vendedor conocían que el bien vendido – una casa – se había quemado, por lo que el dolo de ambas partes se compensa y se dice que no hubo venta. 2, 10, 3, 3: Se habla de que si están impedidos de presentarse a juicio el estipulador por dolo del promisor y éste por dolo de aquél, a ninguno debe favorecer el Pretor, compensándose mutuamente el dolo. 24, 3, 39: Se refiere a que tanto el marido como la mujer dieron causa al repudio con sus costumbres, por lo que los delitos iguales se disuelven por mutua compensación.

⁵⁶ COPPA-ZUCCARI, Op. Cit., pág. 9. Señala también que *La crítica ha llegado a declarar extraño a las fuentes romanas el concepto de la compensación de culpas*. Ídem, pág. 10.

⁵⁷ SOLAZZI, Op. Cit., pág. 209 y BIONDI, *La compensazione...* Op. Cit., pág. 248 y ss.

solo se aplican por los juristas romanos en materia de delitos – *delicta publica*⁵⁸ –, nunca en culpas civiles – *delicta privata*⁵⁹ –.

Por lo tanto, debe entenderse que se trata de hipótesis esencialmente diferentes, ya que en la compensación de delitos no hay un único evento causado por la culpa común del dañante y dañado, sino que hay dos o más actos, cada uno de los cuales tiene por causa exclusiva la conducta de uno de los agentes.⁶⁰

Tenemos de esta forma que, la compensación de delitos en el sentido de los textos romanos se dará si dos o más personas cometen recíprocamente, cada una contra la otra, delitos que constituyan violaciones de la misma especie y de la misma entidad del orden jurídico, pero independientes uno de otro – pues no existe dependencia de la conducta de un sujeto en la causación del otro delito –, y en consecuencia ninguna parte podrá entablar acción de ningún tipo por el delito de la otra.

De esta manera, no existirá en el sentido que operará una eliminación de derechos y obligaciones existentes, sino en el de que los derechos y obligaciones no llegan a subsistir *obligatio in ipsa nativitate perimitur*.⁶¹ El error está en equiparar este supuesto al que ocurre cuando la culpa del agente converge con la de la víctima en la causación de un solo hecho dañoso que resiente solamente la víctima.

Los romanos no elaboraron una doctrina de la compensación de culpas en el sentido pretendido por los pandectistas⁶², pues nunca pensaron en la compensación de culpas en el ámbito civil, y mucho menos que la culpa de una parte anulara la culpa de la otra para efectos de responsabilidad aquiliana.⁶³

Como arriba anoté, en opinión de grandes juristas, los fragmentos en los que se basa esta teoría, se encuentran interpolados y acomodados de forma desordenada por los compiladores, ya que nada tienen qué ver con la concurrencia de

⁵⁸ Hay que aclarar que para los romanos, los delitos podían ser públicos o privados, según se trate de actos que ofenden al Estado o a un particular. Los primeros eran castigados con penas públicas (corporal o pecuniaria) y eran llamados *crimina*; mientras que los segundos eran castigados con penas privadas pecuniarias y se conocían como *delicta* o *maleficia*. Dentro de este último grupo, estaba el *damnum iniuria datum*. IGLESIAS SANTOS, Op. Cit., pág. 290.

⁵⁹ COPPA-ZUCCARI, Op. Cit., pág. 21 y LEÓN, *La Culpa*..., Op. Cit., pág. 35.

⁶⁰ COPPA-ZUCCARI, Op. Cit., pág. 19.

⁶¹ COPPA-ZUCCARI, Op. Cit., pág. 18.

⁶² BRUGI, Biagio, *Colpe di diversa natura e compensazione di colpe*, Rivista del diritto commerciale, Industriale e marittimo, Volume VI (1908), parte seconda, pág. 17.

⁶³ BRANDÃO, Op. Cit., pág. 347.

culpas de agente dañoso y víctima en la causación del daño⁶⁴, puesto que se trata de una serie de casos cuya característica común es la existencia de dos hechos ilícitos contrapuestos y autónomos, realizados de forma recíproca entre las mismas personas.⁶⁵

Tenemos así que la única compensación de culpas que admite el Derecho Romano es la relativa a los casos que hoy denominaríamos culpa recíproca o mejor aún, de hecho ilícito recíproco⁶⁶ ya que, según anoté, ni histórica ni dogmáticamente cabe fundamentar la exoneración del responsable en la figura de la *compensatio*, puesto que bastará acercarse a las fuentes desprovistos de todo prejuicio doctrinal para comprender inmediatamente que la compensación de culpas a que aluden esos textos se refiere a un supuesto de hecho que nada tiene que ver con el problema de la participación de la víctima en el daño que ella misma sufre.⁶⁷

El Derecho Romano no concede acciones cuando actor y demandado son recíprocamente culpables del mismo delito⁶⁸, debido a varias razones, de las cuales podemos resaltar que nadie puede obtener ventaja de su propia malicia, a la economía procesal – para no condenar a dos pagos iguales y contrarios – y al sentido de la propia responsabilidad.⁶⁹

Aclara Brandão que la regla de Pomponio de D, 50, 17, 203 no está en el título 2 del libro 9 del Digesto *Ad legem Aquilianam* sino en el último título del último libro *De Diversis regulis iuris antiqui*, lo que significa que en su principio no era tenido como una disposición relacionada con la cuestión indemnizatoria, señalando dicho autor que dicha regla fue pensada para cuestiones sucesorias, para negar al legatario la *actio ex testamento*, convirtiéndolo los compiladores en regla general, aplicada posteriormente al dominio extracontractual.⁷⁰ De esta forma, si la regla nos es útil para establecer la privación de la indemnización, poco nos dice respecto a la justificación de esta medida.

En este sentido, dicha regla no puede ser considerada como un verdadero principio general y abstracto relativo a la

⁶⁴ MEDINA, Op. Cit., pág. 197.

⁶⁵ LEÓN, *La Culpa* ... Op. Cit., pág. 22.

⁶⁶ LEÓN GONZÁLEZ, José María, *Significado y función de la culpa en el actual derecho de daños (especial consideración de la culpa de la víctima)*, en *La Responsabilidad Civil de Roma al Derecho Moderno*, Universidad de Burgos, 2001, pág. 31.

⁶⁷ LEÓN, *Significado* ..., Op. Cit., pág. 25.

⁶⁸ LEÓN, *La Culpa* ... Op. Cit., pág. 41-42.

⁶⁹ D, 50, 17, 134, 1. (*Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest*).

⁷⁰ Op. Cit., pág. 343.

compensación de culpas, ya que de la naturaleza casuística de los textos y de su simplicidad rígida no se puede sostener la existencia de una idea sobre la compensación de culpas conscientemente elaborada en el sentido de que una de ellas puede eliminar la otra.⁷¹

De esta forma podemos concluir con Biondi que la compensación de culpas que señala la doctrina del derecho común y relativamente moderno, no tiene ningún elemento de equiparación con los pasajes romanos.⁷²

Haciendo eco de estas reflexiones, tenemos que actualmente la inmensa mayoría de la doctrina rechaza tajantemente tanto el uso de la expresión como el intento de explicar la disminución o eliminación de la obligación de indemnizar por virtud de la figura de la compensación.⁷³

A este intento, ya abandonado casi en su totalidad, de fundar el fenómeno de la reducción de la indemnización por culpa de la víctima, en la figura de la compensación, deben hacerse varias anotaciones.

Me parece, junto con la mayoría de la doctrina dominante, incorrecta la expresión compensación de culpas para referirse al fenómeno que venimos analizando, y con mayor razón me parece erróneo el querer fundamentar la disminución de la indemnización a cargo del demandado por virtud de la figura jurídica de la compensación, por las razones que en seguida expongo.

Debemos recordar que la única figura de compensación contemplada por el Derecho positivo actual, es una forma de extinción de las obligaciones regulada por el Capítulo I, del Título V (Extinción de las Obligaciones), de la Primera Parte del Libro IV (De las obligaciones) del Código Civil del Estado de Jalisco, y según el artículo 1691 tiene lugar cuando *dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho* y su efecto será, según el artículo 1692 *extinguir por ministerio de la ley las dos deudas, hasta la cantidad que importe la menor*.

Esta figura se fundamenta en la elemental razón de evitar que el deudor de una obligación pague al acreedor y éste a su vez, en su carácter de deudor de la segunda obligación, le deba pagar al primero, acreedor en esta segunda relación jurídica. Es decir, es una cuestión práctica la razón de la extinción de las obligaciones por esta vía.

⁷¹ MEDINA, Op, Cit., pág. 197 y BRANDÃO, Op, Cit., pág. 343 y ss.

⁷² *La Compensazione ...*, Op. Cit., pág. 409.

⁷³ Véase, por todos, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 206.

Sin embargo, en el problema de la participación de la víctima en la causación del daño que ella misma sufre, no existe una dualidad y reciprocidad de créditos en sentido jurídico⁷⁴, es decir, si bien es cierto, por una parte surge un crédito indemnizatorio a cargo de quien causa un daño (agente, demandado o en este caso, deudor) a otro (víctima y, en este caso, acreedor), también lo es que no surge una segunda relación obligatoria en la cual quien sufrió el daño (la víctima) se convierta en deudor del agente⁷⁵, quien a su vez se convertiría, en el hipotético caso de existir, en acreedor de la víctima.⁷⁶

El único caso – en palabras de Haller – en que pudiera haber una compensación, es *si las dos culpas concurrentes han causado a la vez un daño al autor y a la víctima*.⁷⁷

Esto es, en el caso de la culpa de la víctima no se dan las dos relaciones jurídicas obligacionales que por virtud de la compensación se extinguirían, ya que solamente existe una; y la que hipotéticamente convertiría a la víctima en deudor, y al agente en acreedor, no se llega a generar (salvo el caso de daños recíprocos), por lo cual falta un requisito fundamental de la compensación, como lo es la dualidad de créditos.

En segundo término, debe decirse que las culpas no pueden equipararse al dinero, en el sentido de ser dos entidades homogéneas, susceptibles de equipararse, compararse, sumarse y restarse unas a otras, ya que la culpa del agente o demandado y la culpa de la víctima tienen características muy diferentes una de otra, pues se trata de dos elementos completamente distintos.

La culpa del agente, por definición, corresponde a la inobservancia o violación de deberes jurídicos respecto de terceros, es decir, se refiere a relaciones con los demás sujetos o

⁷⁴ Cfr. LEÓN, *La Culpa...* Op. Cit., pág. 80. En el mismo sentido, CHABAS, François, *L'influence de la pluralité des causes sur le droit a réparation*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1967, pág. 48. COPPA-ZUCCARI, Op. Cit., pág. 14. De esta misma opinión es HALLER, sin embargo aclara (Op. Cit., pág. 18) que se dan dos créditos, pero uno es de la víctima contra sí misma (por la parte del daño que se causó ella misma) y otro es de la víctima contra el agente (por la parte del daño correspondiente), y el primero se extingue por confusión, por lo que termina faltando la dualidad y reciprocidad de créditos.

⁷⁵ Ningún crédito de resarcimiento puede surgir a cargo del dañado que por culpa propia se ha añadido a sí mismo. COPPA-ZUCCARI, Op. Cit., pág. 12

⁷⁶ la víctima dañándose a sí misma ni lesiona la esfera jurídica del tercero ni, por consiguiente, determina el nacimiento de un crédito recíproco por daños y perjuicios oponible al propio hasta la cantidad concurrente. LEÓN, *Significado...*, Op. Cit., pág. 29

⁷⁷ HALLER, Op. Cit., pág. 19

personas; es en sentido técnico lo que causa un daño a otra persona.

Contrariamente, la culpa de la víctima, según precisaré más adelante, es culpa en sentido impropio, es decir, que se causa un daño a sí misma⁷⁸; es la inobservancia de deberes puestos en interés propio, afectando únicamente la esfera jurídica de la propia víctima.

De forma que la sola idea de que dos elementos tan diferentes sean susceptibles de equipararse, compararse, sumarse y restarse, resultaría ilógico y antijurídico, pues se desfiguraría totalmente la compensación, al ser dos elementos muy diferentes uno del otro, lo que equivaldría, en términos populares, a restar cerezas de las naranjas. Es por ello que dice Cesareo-Consolo⁷⁹ que las culpas no son dos cantidades homogéneas y no podemos equilibrarlas.

Dicho en otras palabras, el estado de ánimo culposo del perjudicado no puede eliminar ni reducir el ánimo culposo del agente⁸⁰, ya que un comportamiento culposo no deja de ser tal porque otros caigan en culpa y cooperen con el autor del primero en la producción del evento dañoso y del daño.⁸¹

Además, de que en el caso del presente trabajo, lo que menos importa es conocer el estado de ánimo del perjudicado, y menos todavía se podrá decir que un determinado estado de ánimo de la víctima va a moderar o compensar el estado psicológico de otra persona.⁸²

De la misma forma, es imposible que opere la compensación en sentido técnico-jurídico, porque la culpa es una característica psicológica de la persona que realiza la conducta, ya que al ser algo tan íntimo y tan difícil de objetivizarse, compararse, medirse, resulta un elemento de imposible homogeneización y ponderación.⁸³ Lo que sí pudiera compensarse serían las indemnizaciones mutuas ya líquidas que en dado caso se

⁷⁸ Cfr. MEDINA, Op. Cit., pág. 254.

⁷⁹ *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1908, pág. 308.

⁸⁰ DE CUPIS, Adriano, *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Traducción de la 2ª Edición italiana por Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975, pág. 276.

⁸¹ COPPA-ZUCCARI, Op. Cit., pág. 11.

⁸² YZQUIERDO, *Sistema...* Op. Cit., pág. 206.

⁸³ LEÓN, *La Culpa...*, Op. Cit., pág. 32

debieran⁸⁴, entidades – estas sí – susceptibles de ponerse frente a frente, ponderarse y eliminarse hasta el monto de la menor, más no las culpas de los sujetos causantes del daño.

Así mismo, respecto a la equiparación entre el grado de ambas culpas, debe señalarse que la responsabilidad debe basarse no en el grado de culpa de los sujetos, sino en el daño efectivamente causado por las partes, independientemente del grado de culpabilidad, el cual además, no está en proporción con aquél, por lo que nada implica que sean las culpas de igual grado e idéntica virtualidad jurídica, como hasta hace no mucho tiempo lo exigía la doctrina.

Por lo tanto, más que pesarse o compararse las culpas de uno y de otro, o de extinguirse la culpa de uno por la del otro, el fenómeno que se produce es que las conductas del agente y víctima son valoradas con el fin de establecer la proporción del daño, que cada uno debe soportar⁸⁵ correspondiendo a la parte que cada uno de ellos ha causado del daño. Esto es, no es que se anulen derechos y obligaciones ya existentes, sino que no nacen unas y otras. El error está en considerar a las culpas como compensables en su propia entidad intrínseca, como fuente de obligaciones, ya que la compensación operaría entonces en la fase genética de la obligación, en el sentido de impedir su nacimiento cuando ambas culpas sean iguales.⁸⁶

De esta manera tenemos que quienes propusieron el uso de la figura de la compensación, la distorsionaron en tal forma que se convirtió en cosa totalmente diferente de aquella que se verificaba en la compensación propiamente dicha, esto es, referida a los créditos⁸⁷, por lo que el término de compensación de las culpas podrá a lo máximo valer como una *metáfora*, una imagen que alude a falsos conceptos inadaptables al tratamiento jurídico que con esa expresión se pretende indicar.⁸⁸

Con lo anterior, queda evidenciado lo erróneo de los señalamientos de quienes afirman que la culpa de la víctima posee la virtualidad jurídica de compensar la del tercero, liberándolo así

⁸⁴ MOLINE JORQUES, J. Evaristo, *Observaciones sobre la llamada compensación de culpas*, Revista Jurídica Española La Ley, Madrid, 1980, pág. 1055. En el mismo sentido, SOTO, Op. Cit., pág. 412.

⁸⁵ MEDINA, Op. Cit., pág. 255. En el mismo sentido, LEÓN, *La Culpa...* Op. Cit., pág. 182. REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª Edición, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 443.

⁸⁶ LEÓN, *La Culpa...*, Op. Cit., págs. 30 y 31.

⁸⁷ COPPA-ZUCCARI, Op. Cit., pág. 12.

⁸⁸ CESAREO-CONSOLO, Op. Cit., pág. 308.

de su responsabilidad, para lo cual deberían ser las culpas de *igual grado e idéntica virtualidad jurídica*⁸⁹, ya que *las culpas se aniquilan, se anulan recíprocamente*⁹⁰ y en consecuencia, se extinguía el derecho a reclamar indemnización alguna por parte de la víctima, pues ésta fue cómplice del acto ilícito.⁹¹

En conclusión, solamente podrá hablarse de compensación⁹² en el caso de culpa de la víctima, cuando dos personas sean deudoras y acreedoras en forma recíproca por una indemnización cuyo origen se encuentre en dos hechos ilícitos contrapuestos, es decir, los llamados daños recíprocos.⁹³

2. El principio de "Autorresponsabilidad"

Para algunos autores que han estudiado el tema que nos ocupa de manera profunda y detallada, el fundamento de la reducción de la indemnización por culpa de la víctima debe ubicarse en el principio de la autorresponsabilidad.⁹⁴

Este es un principio muy repetido pero poco estudiado aunque se encuentre presente de manera implícita en muchas normas del Código Civil – como más adelante veremos – y sea uno de los principios inspiradores de nuestro sistema jurídico.

⁸⁹ LATOUR BROTONS, Juan, *La culpa del perjudicado*, Revista de Derecho de la Circulación, Madrid, Año I, números 7 y 8, Julio-Agosto de 1964, p. 429 y en caso de que fueren de distinto grado o distinta virtualidad jurídica, "se deducirá cualitativamente la menor de la mayor, para, en definitiva, y como consecuencia de la compensación, determinar cuantitativamente la indemnización". Ídem. En el mismo sentido, véase citas y comentarios de LEÓN, *La Culpa...* Op. Cit., pág. 30.

⁹⁰ COLOMBO, Leonardo A., *Culpa Concurrente*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Ed. Driskill, Buenos Aires, 1982, Tomo V, p. 277.

⁹¹ Cfr. COLOMBO, Op. Cit., p. 277. Cristina FUENTESECA, hablando del término compensación de culpas señala que "significa que se extinguen las responsabilidades concurrentes. Es decir, se admite como causa de extinción o de reparto de una responsabilidad derivada de un daño... El término 'compensar' se utiliza aquí (en la responsabilidad extracontractual) adecuadamente como motivo de extinción..." (El Dolo Recíproco, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 168).

⁹² Y con la aclaración que ya señalé, que no se trata de compensación de culpas, sino de las indemnizaciones que en su caso se llegasen a establecer.

⁹³ LEÓN, *La Culpa...*, Op. Cit., pág. 31.

⁹⁴ LEÓN, *Significado...*, Op. Cit., pág. 34 y BRANDÃO, Op. Cit., pág. 417 y 831. Según este último (Op. Cit., pág. 417), es la forma más coherente de explicar la justificación de la repartición de la responsabilidad.

Siguiendo a Pugliatti⁹⁵, podemos decir que la idea de responsabilidad, en términos generales, se refiere a la obligación que tiene un sujeto de soportar las consecuencias que el Derecho atribuye a un determinado acto. Estas consecuencias pueden referirse a obligaciones hacia terceras personas (ejemplo, pagar una multa, cubrir una indemnización, etcétera) o bien referirse a obligaciones hacia la propia persona del responsable.

De esta forma, podemos deducir que la responsabilidad jurídica tendrá dos vertientes: la responsabilidad frente a los demás⁹⁶ y la responsabilidad frente a sí mismo.⁹⁷ Dicho lo anterior en el contexto de la responsabilidad civil, tenemos que por un lado hay actividades generadoras de riesgos o, inclusive, daños, que deben evitarse en interés de otras personas. La violación de esa exigencia origina un resultado antijurídico que el ordenamiento sanciona con la responsabilidad, llamémosle, hacia otras personas. Por otro lado, existen riesgos o conductas que han de evitarse en interés propio, cuya verificación no origina reparación, ya que sus consecuencias recaen sobre la propia persona⁹⁸, surgiendo así la

⁹⁵ *Autoresponsabilità*, en Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Editore, 1959, tomo IV, pág. 452 y ss.

⁹⁶ Señalan MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André, (*Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual*, Traducción de la 5ª edición francesa por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, Tomo 1, Vol. 1, págs. 2 y ss.) que para que exista responsabilidad deberá haber necesariamente dos sujetos.

⁹⁷ Señala CAREDDA como una nota esencial de la Autorresponsabilidad la falta de la alteridad del interés lesionado. (*Autoresponsabilità e autonomia privata*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004, pág. 18-19). Véase en contra MEDINA, Op. Cit., pág. 135 y ss., quien rechaza que la autorresponsabilidad sea una verdadera responsabilidad, debido a que por un lado no hay ajenidad del daño, y por otro no hay una norma en el derecho español que sancione la conducta de la víctima en beneficio del dañado, aunque acepta páginas más adelante el concepto de autorresponsabilidad pero en un sentido metafórico, significando que la víctima “*ha de soportar el resultado perjudicial derivado de su propia conducta*” Op. Cit., págs. 135 y ss.

⁹⁸ “En la medida en la que la autorresponsabilidad de la persona dañada es un obstáculo, significa no solo consecencial, pero también justo y equitativo que el daño no debe ser puesto a cargo de una tercera persona” WIDMER, Pierre, *Contributory Negligence under Swiss Law*, en MAGNUS, Ulrich, y MARTIN CASALS, Miquel (Eds.) *Unification of Tort Law: Contributory Negligence*, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 2004, pág. 209. Nos dice con mucha claridad BETTI, que el sujeto “*se ve obligada a soportar, ella sola, el daño de la inercia o negligencia propia, en cuanto le es imputable; necesidad que, para no ser confundida con la responsabilidad hacia otra parte, puede adecuadamente designarse como autorresponsabilidad*” (*Teoría General del Negocio Jurídico*, Traducción de A. Martín Pérez, 2ª Edición, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 91).

llamada responsabilidad hacia sí mismo o, con un término menos propio, pero más cómodo, *autorresponsabilidad*⁹⁹, pudiendo en síntesis conceptualizarla como la obligación que tiene un sujeto de soportar las consecuencias que sobre su propia esfera jurídica tiene un acto.¹⁰⁰

De esta forma a diferencia de la responsabilidad, que sigue a la violación de obligaciones relativas a tutela de intereses ajenos, la autorresponsabilidad influye directamente a la esfera de los intereses de un solo sujeto considerado.¹⁰¹ Mientras la responsabilidad implica una culpa en sentido técnico, la vulneración de un deber jurídico impuesto por el ordenamiento jurídico en interés de otras personas, la autorresponsabilidad implica la vulneración de un deber impuesto en interés del propio sujeto, no de terceros, una *culpa hacia sí mismo*¹⁰², una conducta no indiferente para el derecho, pero que no por ello es antijurídica, ya que de la autorresponsabilidad escapa todo elemento subjetiva u objetivamente antijurídico.¹⁰³

En la autorresponsabilidad, la actividad del sujeto incide solamente sobre su propia esfera jurídica, en un cierto sentido dañándola y también soportando consecuencias que parecerían serles atribuidas en vía automática.¹⁰⁴

Según el propio Pugliatti, la fuente romana de la autorresponsabilidad se encuentra en el D. 50, 17, 203.¹⁰⁵

El estudio de este principio de la autorresponsabilidad surgió en Italia, en el ámbito del negocio jurídico, pero su campo de aplicación y análisis se ha ido ampliando considerablemente, ya que puede, en efecto, extenderse a todas aquellas situaciones en que el sujeto, desatendiendo sus propios intereses personales o patrimoniales de forma negligente se causa (o bien contribuye a causarse) un daño que no podrá desplazar sobre el patrimonio del agente, responsable hipotético.¹⁰⁶

⁹⁹ PUGLIATTI, Op. Cit., pág. 454.

¹⁰⁰ Señala BRANDÃO que de responsabilidad del dañado solo se podrá hablar en el sentido de soportar las consecuencias de su conducta, Op., Cit., pág. 104. BETTI la define como “*la necesidad de soportar las consecuencias una vez realizado el acto vinculante*”, Op. Cit., pág. 124

¹⁰¹ CAREDDA, Op. Cit., pág. 46-47

¹⁰² Cfr. IRTI, Natalino, *Due saggi sul dovere giuridico (Obbligo-Onere)*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1973, pág. 86

¹⁰³ MICHELLI, Gian Antonio, *La Carga de la Prueba*, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ed. Themis, Bogotá, 2004, pág. 69.

¹⁰⁴ CAREDDA, Op. Cit., pág. 17

¹⁰⁵ Op. Cit., p. 458

¹⁰⁶ LEÓN, *La Culpa...*, Op. Cit., p. 71.

De hecho, el principio de la autorresponsabilidad podemos encontrarlo inmerso en varios preceptos de la legislación especial y, en particular, del Código Civil de Jalisco, de los que podemos mencionar como más significativos – entre otros muchos más, sin pretender ser exhaustivos –, los artículos 1478 al 1487 relativos a la pérdida del bien por culpa del acreedor en las obligaciones alternativas; y el 1647 relativo a que el enajenante no está obligado al saneamiento por aquellos defectos manifiestos o que fueren apreciables a simple vista, ni de aquellos que no estándolo, cuando el comprador es perito y debía de haberlos conocido fácilmente.

Hablando de autorresponsabilidad, es importante que el comportamiento de la propia víctima no se refiera a la tutela de un interés ajeno o de un interés general¹⁰⁷, ya que en caso de que el acto incida sobre la esfera jurídica de otro o de la generalidad, surgirá una verdadera y propia responsabilidad.¹⁰⁸ Dicho en otras palabras, si el acto afecta intereses exclusivos de quien debe responder por el acto, habrá autorresponsabilidad; y si afecta intereses ajenos a quien debe responder, habrá responsabilidad. Es así como en el caso de la culpa de la víctima, suele decirse que se encuentra de frente la responsabilidad del dañante – por acto ilícito – y la autorresponsabilidad del dañado.¹⁰⁹

Podemos decir de esta forma que la responsabilidad surge por el incumplimiento o violación de una obligación, puesta en interés de un tercero, mientras que la autorresponsabilidad surge por la violación o inobservancia de una obligación o deber puesto en interés propio, es decir, lo que se llama carga.

Para entender este concepto, debemos precisar que el Derecho contempla y regula *deberes*¹¹⁰, esto es, comportamientos necesarios u obligatorios impuestos al sujeto, en beneficio de un tercero o de la colectividad.¹¹¹ Dicho con otras palabras, los

¹⁰⁷ PUGLIATTI, Op. Cit., pág. 454

¹⁰⁸ Cfr. CANCIO MELIA, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de la víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª Edición, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, pág. 44

¹⁰⁹ PUGLIATTI, Op. Cit., pág. 459.

¹¹⁰ Algunos autores los llaman “obligaciones”, por ejemplo MICHELLI, Op. cit., pág. 55; BETTI, Op. Cit., pág. 92; ASCARELLI, Tullio, *Teoría General de los Títulos de Crédito*, traducción de René Cacheaux Sanabria, edición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2008, pág. 29;

¹¹¹ GOLDSCHMIDT, James, *Teoría General del Proceso*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1936, pág. 82

deberes jurídicos son conductas coercibles¹¹², establecidas a favor o beneficio de terceras personas, quienes a su vez pueden exigir del obligado el cumplimiento forzoso o la consiguiente indemnización, para el caso de que el obligado se niegue a observar dicha conducta.¹¹³ La violación de este deber dará origen a un acto ilícito, esto es, generará responsabilidad en sentido jurídico, que ya precisé líneas arriba.

Paralelo a estos deberes, el orden jurídico contempla ciertos deberes *de intensidad menor*¹¹⁴, en los cuales no se *obliga o coacciona* al sujeto a realizar determinada conducta¹¹⁵, sino que solamente se establece ésta como requisito o presupuesto¹¹⁶ para alcanzar un fin deseado o alguna ventaja jurídica.¹¹⁷ Estos deberes son la imposición de un comportamiento, como premisa y requisito para conseguir un efecto útil determinado.¹¹⁸ Esto es, si el sujeto quiere conseguir una determinada consecuencia jurídica, tendrá la conveniencia (interés) de hacer (o no hacer) esa conducta, y si no observa este particular requerimiento, no conseguirá el efecto útil.¹¹⁹ A estos deberes de intensidad menor se les llama *cargas*.

¹¹² Señala COVIELLO que esa es la característica esencial del deber jurídico. (*Doctrina General del Derecho Civil*, Traducción de la 4ª Edición italiana de Felipe de J. Tena, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938, pág. 25)

¹¹³ MICHELLI, Op. Cit., pág. 55. En el mismo sentido, SOLÉ FELIU, Josep, *La Concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, Anuario de Derecho Civil, Ministerio de Justicia, Tomo L, Fascículo II, Abril-Junio de 1997, Madrid, pág. 869

¹¹⁴ Señala DI PRISCO, que se trata de deberes particulares, precisamente un estado de sujeción atenuado, de menor intensidad (DI PRISCO, Nicola, *Concorso di colpa e Responsabilità civile*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1973, pág. 166)

¹¹⁵ Cfr. CAREDDA, Op. Cit., pág. 47. Nos dice MICHELLI que “*el deber presupone un mandato de la ley, de manera que la violación del primero importa violación del segundo; la carga presupone un mandato de la ley, condicionado a la voluntad del sujeto, de manera que la inobservancia de la carga está prevista como lícita por el mismo mandato*”. Op. Cit., pág. 61 y ss.

¹¹⁶ MICHELLI nos dice que en ocasiones, la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídicamente relevante. En estos casos, el comportamiento es necesario para que sea alcanzado un fin jurídico, pero el sujeto es libre de comportarse como mejor le parezca, ya sea observando esa conducta o no. La no observancia de esa carga no lleva una sanción jurídica, sino solamente la no obtención de ese fin, siendo en consecuencia una desventaja para el sujeto titular del interés tutelado. Op. Cit., pág. 54 y ss.

¹¹⁷ Cfr. MICHELLI, Op. Cit., pág. 60, DI PRISCO, Op. Cit., p. 131, ASCARELLI, Op. Cit., p. 29; BETTI, Op. Cit., pág. 86 y PUGLIATTI, Op. Cit., pág. 455.

¹¹⁸ MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1957, Volume I, pág. 202.

¹¹⁹ MESSINEO, Op. Cit., pág. 203.

Existe entre el deber y la carga una diferencia conceptual, ya que en el deber se da una dualidad de elementos personales, puesto que una persona es la obligada (deudora) y otra es quien resulta beneficiada por la conducta (acreedora); mientras que en la carga no existe tal dualidad, pues hay una coincidencia entre el sujeto tutelado y el sujeto que soporta la carga¹²⁰ – *onerato*, por usar la expresión italiana – es decir, se subordina un interés propio del *onerato* a otro interés del mismo sujeto.¹²¹

Además, a diferencia de la obligación, la carga no es un comportamiento debido, exigible o coercible, sino que la persona es libre de comportarse acorde a ella o no, sin incurrir por ello en ninguna sanción, siendo solamente una necesidad práctica y jurídica para alcanzar determinado resultado, de manera que el efecto de no observar la carga es la decadencia del derecho subjetivo o algún otro perjuicio a cargo del sujeto.¹²²

En la carga, insisto, se trata de un comportamiento necesario pero no debido, es decir, de realización facultativa¹²³, establecida en interés propio¹²⁴ - se ubica en la órbita de la necesidad jurídica, dice Irti¹²⁵ – ya que el sujeto es libre en todo momento de comportarse según ella o no; sin embargo, si desea obtener el beneficio, sí deberá comportarse acorde a ella, pero siempre de manera voluntaria, nunca obligatoria o forzosa.¹²⁶

Este comportamiento libre, pero indispensable si se desea lograr el resultado deseado¹²⁷, puesto en beneficio propio del sujeto, tiene como elemento esencial el incentivo que tiene el propio gravado en observar la conducta que constituye el

¹²⁰ CAREDDA, Op. Cit., pág. 46. Dice MESSINEO que a la carga no le corresponde un derecho subjetivo correlativo, ni la posibilidad de acción en juicio. Op. Cit., pág. 203.

¹²¹ CAREDDA, Op. Cit., pág. 56

¹²² MESSINEO, Op. Cit., pág. 203.

¹²³ De hecho COUTURE señala que *la carga procesal puede definirse como una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él. (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ª Edición, Ed. De Palma, Buenos Aires, 17ª Reimpresión, 1997, pág. 211).*

¹²⁴ GOLDSCHMIDT, Op. Cit., pág. 82. DI PRISCO señala que es “*una regola di convenienza*”, Op. Cit., pág. 139. En el mismo sentido, MICHELLI, Op. Cit., pág. 55 y CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1988, pág. 43

¹²⁵ Op. Cit., pág. 54

¹²⁶ Cfr. DI PRISCO, Op. Cit., pág. 139, y VON THUR, Andreas, *Tratado de las Obligaciones*, Traducido del alemán y concordado por W. Rocés, Editorial Reus, Madrid, 1934, Tomo I, pág. 4 y ss.

¹²⁷ CABANILLAS, Op. Cit., pág. 34 y GOLDSCHMIDT, Op. Cit., pág. 82

contenido de la carga, a fin de evitar los inconvenientes que surgen con su falta de realización.¹²⁸ El interés, decía Francesco Carnelutti, es la fuerza motriz del procedimiento, implica disciplina para las partes, lo que se logra mediante riesgos ligados a su inercia o pereza y estimula su actividad. La libertad jurídica queda excluida por la sujeción, es decir, por la necesidad de obedecer al mandato, no en cambio con la necesidad de obrar de un modo, con preferencia de otro, para el logro del interés, por ello, la carga es un deber libre, cuyo ejercicio es necesario para el logro de un interés.¹²⁹

Esto es, la carga se configura como un comportamiento necesario si se desea obtener o conservar una determinada ventaja jurídica¹³⁰, por lo que se puede decir en términos de lógica *si quieres B, debes A*¹³¹ siendo A el comportamiento materia de la carga y B el resultado o beneficio que se desea obtener o conservar.

La doctrina de la carga surge originalmente en el Derecho Procesal, para explicar aquellos casos en los que uno de los litigantes se encuentra constreñido a adoptar una determinada conducta para evitar un perjuicio procesal¹³² – que en última instancia puede ser una sentencia desfavorable – pero de ahí se ha extendido a otras áreas del Derecho, incluyendo el Civil.¹³³

Ahora bien, la inobservancia del deber o de la obligación, genera en favor del beneficiario, el derecho de reclamar su cumplimiento forzoso o en su defecto, una indemnización, ya que genera la reacción del ordenamiento tendiente a restablecer el derecho violado (ya sea con cumplimiento forzoso o con la indemnización), esto es, ante el incumplimiento del deber surge una responsabilidad en sentido jurídico.¹³⁴

Sin embargo, dado que la carga no es exigible ni coercible por medio de la responsabilidad en sentido técnico¹³⁵, entonces la

¹²⁸ CABANILLAS, Op. Cit., pág. 44 y CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Edición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2005, Tomo I, pág. 65 y ss.

¹²⁹ Op. Cit., Tomo I, págs. 65 y ss.

¹³⁰ Cfr. BARROS, Op. Cit., pág. 429

¹³¹ CAREDDA, Op. Cit., pág. 51

¹³² DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, *Las Relaciones Obligatorias*, 6ª Edición, Thomson-Civitas, 2008, pág. 134.

¹³³ GOLDSCHMIDT, Op. Cit., pág. 82. En el mismo sentido, CABANILLAS, Op. Cit., pág. 21 y ss.

¹³⁴ Cfr. ASCARELLI, Op. Cit., pág. 29

¹³⁵ VON THUR, Op. Cit., Tomo I, pág. 4 y ss.

consecuencia de la inobservancia de la carga es simplemente la pérdida o imposibilidad del ejercicio del derecho o ventaja jurídica que se tenía o pretendía tener, resultando perjudicado fundamentalmente el propio interés del acreedor¹³⁶, esto es, el propio sujeto deberá soportar las consecuencias de sus actos¹³⁷, sin poder desplazarlas a un tercero, pues será en ese caso el resultado de una conducta que solo a él es imputable. Dicho en otras palabras, será autorresponsable.

Ahora bien, para ir guiando el razonamiento hacia nuestro tema, debemos cuestionarnos sobre si podemos hablar de la existencia de una carga de no dañarse a sí mismo o de comportarse diligentemente respecto de sus propios intereses.

En primer término, me parece evidente que no puede tratarse de un deber o de una obligación, puesto que no hay la dualidad de sujetos (activo y pasivo), además de que, tampoco es un tercero quien solventa los daños, sino él mismo es el responsable de cubrirlos o simplemente, soportarlos.

Ahora bien, ¿puede ser entonces un deber en interés propio, una carga en el sentido que venimos manejando? Algunos autores señalan que no puede hablarse de la existencia de un deber jurídico de no dañarse a sí mismo, o de un deber de la víctima frente al agente de prevenir el daño¹³⁸; inclusive De Cupis¹³⁹ señala que no hay norma que prohíba dañarse a sí mismo. Sin embargo, me parece que estos autores se refieren a un *deber* en el sentido ya expuesto, no nos parece que se refieran a la existencia de una carga, o de un deber en interés propio.¹⁴⁰

Numerosos autores señalan que, hablando del tema de la culpa de la víctima, lo que el orden jurídico impone, es la carga de no dañarse a sí mismo.¹⁴¹

¹³⁶ CABANILLAS, Op. Cit., pág. 55. En el mismo sentido, ASCARELLI, Op. Cit., pág. 29; CAREDDA, Op. Cit., pág. 46; DI PRISCO, Op. Cit., pág. 160; COUTURE, Op. Cit., pág. 213 y SOLÉ, Op. Cit., pág. 869

¹³⁷ TICHÝ, Lubos, *Contributory Negligence under Czech Law*, en MAGNUS, Ulrich, y MARTIN CASALS, Miquel (Eds.) Op. Cit., pág. 49.

¹³⁸ MEDINA, Op. Cit., pág. 130 y SOLÉ, Op. Cit., pág. 868.

¹³⁹ Op. Cit., pág. 278

¹⁴⁰ Nos dice DI PRISCO “*La ricerca di un dovere di evitare il danno a se contribuisce, inoltre, a delineare la figura della colpa del leso entro limiti ben definiti*”. Op. Cit., pág. 160.

¹⁴¹ CAREDDA, Op. Cit., pág. 21, SOLÉ, Op. Cit., pág. 869; TRIMARCHI, Pietro (*Rischio e Responsabilità oggettiva*, Giuffrè Editore, Milano, 1961, pág. 52), BEACH Jr., Charles Fisk (*A treatise on the law of contributory negligence or negligence as a defense*, 2nd edition, Baker, Voorhis, New York, 1892, pág. 10); DI PRISCO, Op. Cit., pág. 79 y ss. BARROS, Op. Cit.,

En mi opinión, sí puede hablarse válidamente de la existencia de una *carga* por parte de la víctima de no dañarse a sí misma, ya que como he dejado anotado líneas arriba, las *cargas* son deberes de intensidad menor, puestos únicamente en beneficio del propio sujeto, con un comportamiento no obligatorio impuesto por el ordenamiento, sino considerado como necesario a fin de que obtenga un resultado deseado; y por sentido común me parece que si una persona desea obtener una indemnización íntegra por los daños que sufrió, lo menos que le puede pedir el orden jurídico es que se haya comportado de manera diligente en sus propios intereses, evitando con su conducta que el daño se ocasione.

Me parece inmoral que una persona desee obtener una reparación integral del daño sufrido, cuando ella misma ha contribuido a causarlo. Dicho en otras palabras, quien desee obtener una indemnización por entero del daño que sufrió, no debió haber participado culposamente en su causación. De esta forma, tenemos que de alguna manera, la reparación integral debe estar vinculada al hecho de que entre los causantes del daño no debe encontrarse la víctima, y esto lo veo precisamente en la *carga* de no dañarse a sí mismo.

Definitivamente no puede obligársele a una persona a no dañarse a sí misma, sin embargo sí nos parece que la descripción correcta de ello será una *carga*, un deber de intensidad menor puesto en interés propio, ya que no existirá una sanción por su violación o inobservancia, simplemente la pérdida de un derecho: obtener un resarcimiento pleno por ese daño.

En consecuencia, se ve que el fundamento último del rechazo a la indemnización plena es entonces, el principio de autorresponsabilidad, entendido en el sentido de que quien no se comporta diligentemente hacia sus propios intereses, pierde la tutela jurídica que en su favor establece el orden jurídico, esto es, siguiendo la terminología de Cattaneo, la solución exacta es aquella que califica a la culpa de la víctima como la inobservancia de una *carga*.¹⁴²

Precisamente, este autor italiano¹⁴³, basándose en el artículo 1227 del *Codice*¹⁴⁴, para explicar la justificación de la reducción de

pág. 429. MEDINA, Op. Cit., pág. 131 y ss.; CABANILLAS, Op. Cit., pág. 13. Por el contrario, lo niegan BRANDÃO, Op. Cit., pág. 521.

¹⁴² CATTANEO, Giovanni, *Il concorso di colpa del danneggiato*, en *Rivista di Diritto Civile*, 1967, parte I, pág. 473.

¹⁴³ Ídem, Pág. 479 y ss.

¹⁴⁴ *Si el hecho culposo del acreedor ha concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento será disminuido según la gravedad de las culpas y la entidad de las consecuencias que le son derivadas.*

la indemnización debida a la víctima en el caso de que haya contribuido a causarse el daño que ella misma sufre y para una explicación convincente de la necesidad de que la conducta de la víctima deba de ser culposa va un paso más allá de la autorresponsabilidad y lo enlaza con la función de contribución a la prevención de daños.

Señala que la autorresponsabilidad entendida como lo he anotado líneas arriba, constituye un medio para inducir también a los eventuales dañados a contribuir junto con los eventuales responsables a la prevención de los daños que se les podrían imputar.

Esto es, induciendo a una conducta diligente en interés de las propias eventuales víctimas – mediante la idea de carga de no dañarse a sí mismos –, la norma consiente en atenuar los deberes de diligencia que pesan sobre otros sujetos, ampliando así su esfera de libertad. Si los eventuales dañados no se debieran comportar con la debida diligencia, los demás miembros de la sociedad se verían constreñidos a un estándar de diligencia muy superior al requerido de exigírsele a la víctima esa diligencia.

De manera que, al deber ser culposa la conducta de la víctima, según ordena el 1227.2 del *Codice*, se centra en el ámbito de la evitabilidad, es decir, lo evitable mediante la ordinaria diligencia, lo que la víctima hubiera evitado si se hubiera comportado diligentemente.

IV] Fundamento legal de la reducción de la indemnización

En mi concepto, y siguiendo las ideas del Profesor León González¹⁴⁵, el fundamento legal de la reducción de la indemnización en el caso de culpa de la víctima, lo podemos encontrar en una interpretación conjunta de los artículos 1387 y 1417 del Código Civil del Estado de Jalisco.

En efecto, el artículo 1387 nos dice:

El que obrando culpable e ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo...

El resarcimiento no será debido por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la ordinaria diligencia.

¹⁴⁵ *Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código Civil, en Estudios Jurídicos In memoriam del Profesor Alfredo Calonge, Vol. II, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca, 2002, pág. 579 y ss.*

Este artículo nos señala la obligación de reparar el daño sufrido. Sin embargo, esta obligación no es absoluta, abarcando cualquier tipo de daño, por lo cual, el orden jurídico debe establecer un límite de los daños indemnizables.

En efecto, resulta obvio que el ordenamiento jurídico no puede permitir que el deudor deba hacerse cargo – indemnizar – todas las consecuencias derivadas de su actuar, sino que deberán estar limitadas de alguna forma. Esta limitación la encontramos, precisamente, en el texto del artículo 1417 del Código Civil del Estado de Jalisco.¹⁴⁶ Dicho artículo señala:

Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

Definitivamente, necesitamos revisar los antecedentes históricos de este precepto para entender su verdadero y completo significado.

El antecedente inmediato de este precepto lo encontramos en el artículo 2110 del Código Civil Federal, cuya redacción es idéntica a la del Código Jalisciense.

Según García Tellez¹⁴⁷, dicho texto fue tomado del artículo 1466 del Código de 1884, que a su vez fue tomado, según Batiza¹⁴⁸, del artículo 1582 del Código de 1870, del artículo 1507 del

¹⁴⁶ Numerosos comentarios se han escrito a lo largo de los tiempos sobre este precepto, desde las antiguas leyes romanas donde el precepto encuentra su origen – el célebre pasaje de PAULO en D. 19, 1, 21, 3 y la Constitución de JUSTINIANO “*De sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*”, en C. 7, 47 – hasta nuestros días, lo que lo convierte, sin duda, en uno de los artículos más polémicos y estudiados del Derecho Civil. Sin embargo, dado que excedería los límites del presente trabajo, no es nuestra intención hacer un completo estudio detallado y a profundidad sobre el contenido de dicho artículo, ni mucho menos de las centenaria distinción entre los daños *circa rem* y *extra rem*; por ello, solo nos limitaremos, partiendo de las conclusiones de quienes sí lo han analizado a fondo, a realizar los comentarios que estimamos indispensables, relacionados con el tema de la culpa de la víctima. Para un estudio a profundidad, remitimos a los trabajos que citaremos a lo largo del presente apartado, y especialmente, a los excelentes trabajos de FORCHIELLI (*Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, CEDAM, 1960, págs. 21 y ss.) y LEÓN (*Acotaciones...* Op. Cit., págs. 579 y ss.). Así mismo, puede consultarse CAPECCHI, Marco, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie 'fatto illecito' a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, 2ª Edizione, CEDAM, Padova, 2005, pág. 21 y 22 y autores ahí citados.

¹⁴⁷ *Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1965, Pag. 166

¹⁴⁸ *Las fuentes del Código Civil de 1928*, Editorial Porrúa, México, 1979, Pag. 152 y 932,

Proyecto Sierra y del 1016 del Proyecto de García Goyena, quien lo propuso de la siguiente manera¹⁴⁹:

En el resarcimiento de los daños o perjuicios, solo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato. En caso de dolo, se extenderá la indemnización a los que hubiesen sido conocidamente ocasionados por él.

Dice el Magistrado en sus comentarios que el artículo se inspira en los artículos 1150 y 1151 del Código Civil Francés, mismos que, por cierto, se encuentran vigentes íntegramente al día de hoy y señalan textualmente que:

Art. 1150. El deudor sólo estará obligado al pago de daños e intereses previstos o que hubieran podido ser previstos en el momento del contrato, cuando en el incumplimiento de la obligación no existiera dolo por su parte.

Art. 1151. En caso de que el incumplimiento de lo acordado resulte del dolo del deudor, los daños y perjuicios sólo deberán comprender con relación a la pérdida que hubiera sufrido el acreedor y la ganancia de la que hubiera sido privado, las que se hubieran producido como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del acuerdo.

Estos artículos tienen a su vez como antecedentes, los textos de Domat y Pothier.

Jean Domat, parte de la idea general que es una consecuencia natural de todas las especies de contratos particulares y de los compromisos en general, de no causar daño a nadie y que aquel que cause cualquier daño, sea por haber contravenido cualquier acuerdo, o por haber faltado, son obligados a reparar el daño que han causado.¹⁵⁰

Después de hacer algunas precisiones terminológicas, comienza a distinguir la causa que originó el daño, la cualidad del hecho que lo originó, si es un hecho delictuoso o simplemente una culpa, una negligencia, la inejecución involuntaria de un acuerdo. Según estas diferencias, la restitución podrá ser mayor o menor, y deben también considerarse los acontecimientos que siguieron al hecho, y si ellos son de los que se deberán imputar a su autor o si

¹⁴⁹ *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial, Madrid, 1852, Tomo III, pág. 50 y ss.

¹⁵⁰ *Op. Cit.*, Pág. 225

*tienen otras causas adjuntas, y que todas esas siguientes no le son imputables.*¹⁵¹

Vemos que comienza aquí a hacer una distinción entre los diferentes tipos de incumplimiento – doloso o culposo – y comienza también a considerar las causas posteriores, lo cual es básico para determinar aquellos daños que fueron agravados por la víctima, o que se hubieran podido determinar con la realización de alguna conducta.

Continúa el célebre autor francés que para determinar si el daño fue causado por una simple culpa o por un delito, no es cuestión complicada, y no se necesitarán reglas específicas. Sin embargo, *para aquellos eventos que pueden seguir del hecho de aquel a quien se le imputa el daño, puede haber cierta dificultad, que amerite reglas.*

Y lo justifica señalando que:

Puede hacerse notar que a menudo, de un hecho único, se ven nacer un encadenamiento de consecuencias y acontecimientos que causan diversos daños, siendo que estos eventos hayan sido 'suites immédiates de ce fait même' y se podrá decir que en él tienen la causa precisa; o que se encuentra en otras causas independientes del hecho, pero que han sido solamente su ocasión, o que se encontraban juntas por cualquier caso fortuito.

Esto es, Domat nos comienza a mostrar reglas relativas a la causalidad que debe existir entre el hecho generador – en este caso, el incumplimiento contractual – y el daño generado, dando como regla la necesidad de la inmediatez del daño respecto del hecho para su indemnización.

Analiza en seguida este autor francés el caso del arrendamiento de un local para una feria, el cual es incumplido por el arrendador, ya que el comerciante es desposeído del local y se ve obligado a rentar uno más caro. Señala que todos los posibles daños que se deriven (alquiler de otro local, perder la ocasión de la venta, bancarrota) solo deberán indemnizarse aquellos que sean *suites immédiates*, una *suite nécessaire de l'inexécution du louage*, y no se indemnizarán aquellos que tengan otras causas.¹⁵² De forma que, siguiendo el ejemplo, deberá indemnizarse el alquiler de otro local, el transporte de las mercancías.

Vemos que utiliza como criterio para determinar la resarcibilidad de un daño concreto la inmediatez del mismo, con

¹⁵¹ Ídem, Pág. 228

¹⁵² Op. Cit., Pág. 228

relación al hecho por el que se ve obligado a responder el demandado.

Respecto a la pérdida de la ocasión de las ventas, analiza Domat que si bien es cierto es una consecuencia de la falta de cumplimiento del contrato de arrendamiento, también lo es que depende de varios acontecimientos futuros e inciertos, y no depende solamente del local, de manera que solamente se pagará como pena, el mayor valor de las mercancías, en un exitoso supuesto, arbitrado según las circunstancias. Respecto a la bancarrota en que caería el comerciante, no le es imputable al arrendador incumplido, por serle un evento imprevisible.

De esta forma, determina que aquellos daños que no tengan como causa única el incumplimiento del contrato sino otras circunstancias, no serán indemnizables.

Propone un segundo ejemplo: un mercader que adquiere mercancías, pagándolas anticipadamente, para enviarlas por una embarcación. El vendedor incumple con la entrega de las mercancías adquiridas. Identifica Domat diversos daños: los gastos del transporte no realizado, la pérdida de ganancia por la venta de las mercancías en el lugar donde las pretendía transportar, la ganancia que hubiera podido obtener el mercader adquiriendo otras mercancías adquiridas en el mismo lugar y los intereses por el pago realizado anticipadamente al vendedor.¹⁵³

Señala que los gastos del transporte y los intereses por el dinero pagado anticipadamente, son debidos sin ninguna dificultad. Las ganancias por las mercancías que hubiere podido adquirir es algo demasiado lejano del hecho de quien ha incumplido, y no debe serle imputado. Respecto a las ganancias derivadas de la venta de las mercancías no entregadas, ciertamente se le está privado de la esperanza de una ganancia que podría recibir, aunque debe considerarse su incertidumbre por la posibilidad de que ocurra alguna catástrofe en el viaje, por lo que dependerá del prudente arbitrio del juez moderar y establecer los daños, según las circunstancias del caso.

Concluye señalando que los jueces deben establecer la responsabilidad, cuidando de analizar el hecho que da origen al daño, si fue solamente culposo, o se deseaba el daño, siempre considerando que las consecuencias lejanas o que tengan una causa diversa al hecho del deudor, no deberán ser indemnizadas.

Vemos cómo Domat introduce la idea de que los daños resarcibles deben ser consecuencia inmediata del incumplimiento del contrato, y no solo una consecuencia lejana, desvinculada del

¹⁵³ Op. Cit., Págs. 228-229

hecho por el cual se responde. Así mismo, vemos como este autor entiende la inmediatez no en un aspecto temporal, sino causal, que tenga el daño como causa única el incumplimiento y no otras ajenas al demandado, que le eran imprevisibles. Esto es, debe tener el daño su única causa en la conducta del responsable – incumplimiento –.

Robert Joseph Pothier, por su parte, inicia con la idea básica de que el deudor debe resarcir los daños que su incumplimiento genera. Añade el célebre jurista francés que:

*Es necesario, sin embargo, no someter al deudor a indemnizar al acreedor todas las pérdidas indistintamente que le haya ocasionado el incumplimiento de la obligación, y menos todavía a todas las ganancias que el acreedor hubiese podido hacer, si el deudor hubiese satisfecho su obligación. En este punto es necesario distinguir diferentes casos y diferentes especies de daños y perjuicios; y aun es necesario, según los diferentes casos en que pueden presentarse, poner una cierta moderación en la fijación y estima de aquellos que son debidos.*¹⁵⁴

Y distingue al igual que Domat, en el sentido de que un deudor culposo,

*Cuando no se pueda reprochar al deudor dolo alguno, y que no es más que por una simple falta el que haya dejado de cumplir su obligación, ya sea porque temerariamente se comprometió a lo que no podía cumplir, ya sea porque él se ha puesto después, por su falta, fuera de estado de cumplir su compromiso; en ese caso el deudor no está obligado más que a los daños y perjuicios que se han podido prever cuando el contrato, que el acreedor podría sufrir de la inexecución de la obligación; pues el deudor se halla reputado como no habiéndose sometido a otros.*¹⁵⁵

Por el contrario, en el caso de dolo

El deudor es responsable indistintamente de todos los daños e intereses que yo he sufrido, a los cuales su dolo ha dado lugar, no tan solo por aquellos que yo he sufrido en relación a la cosa que ha sido objeto del contrato propter rem ipsam, sino de todos los daños e intereses que yo he sufrido en relación a mis otros bienes, sin que haya lugar de distinguir y de discutir en ese caso si el deudor viene obligado a ellos: pues aquel que comete un dolo se

¹⁵⁴ Op. Cit., número 160, pág. 91-92

¹⁵⁵ Ídem, N. 160, pág. 92

*obliga (velit, nolit) a la reparación de todo el daño que ese dolo causare.*¹⁵⁶

Explica sus ideas con el célebre ejemplo de la vaca: una persona adquiere una vaca sin saber que está enferma – el vendedor sí lo sabe y maliciosamente lo oculta –, al llevarla a su establo contagia a los bueyes, por lo cual no puede cultivar sus tierras, impidiéndole así mismo pagar sus deudas, por lo cual sus acreedores secuestran los bienes y los venden a vil precio. La respuesta es muy clara:

*La regla que me parece que en ese caso debería seguirse, es, que no se debe comprender en los daños e intereses de los cuales un deudor es responsable por razón de un dolo, aquellos que no solamente no son una consecuencia lejana, ni una consecuencia necesaria, sí que pueden tener otras causas.*¹⁵⁷

Como el propio Pothier lo menciona, retoma las ideas de Charles Du Moulin, quien fue el primero en mencionar la idea de la previsión como límite de la obligación de indemnizar en el caso del deudor de buena fe.¹⁵⁸ Así mismo fue Du Moulin quien estableció la regla de *non habetur ratio damni, quod vitari potuit* titulando así el parágrafo 64 de su célebre *Tractatus de eo quod interest*. En este punto, se comenta un caso referente al daño sufrido por una persona que compró vigas no aptas para reparar su casa. Concluye Du Moulin, que el vendedor de las vigas será responsable únicamente de la ruina de la casa, no de los daños causados en los muebles que se encontraban en ella al momento de las reparaciones, pues el *domino* debió haberlos removido al comenzar las reparaciones en la casa, evitando así el daño. Caso diferente, hubiera sido si el accidente se hubiere producido una vez terminadas las reparaciones, estando habitada ya la casa, pues aquí sí respondería el vendedor de las vigas.

Esto es, Pothier considera que el límite a la obligación de indemnizar del deudor incumplido, se encuentra en la previsibilidad, es decir, hasta qué punto, al momento de celebrar el contrato, podía el deudor estimar los daños que su incumplimiento generaría.

Ahora bien, en el Derecho Romano tenemos el célebre pasaje de Paulo en D. 19, 1, 21, 3, que se refiere a un caso de

¹⁵⁶ *Ibidem*, N. 166, pág. 98

¹⁵⁷ *Ídem*, N. 167 Pág. 98

¹⁵⁸ CABALLINO, Gaspare (Charles du Moulin), *Tractatus de eo quod interest*, Venecia, MDLXXIII, números 57 y ss., págs. 115 y ss.

incumplimiento de contrato de compraventa, donde el jurista, ante la falta de entrega de la mercancía vendida (vino), resuelve que en la estimación del daño se debe considerar el interés del comprador, siempre que se refiera a la misma cosa del contrato (*circa ipsam rem consistit*). De esta forma, recibirá el valor del vino, mas no las ganancias que hubiere obtenido. Relaciona el jurisconsulto con otro ejemplo, de la falta de entrega de trigo, y a consecuencia de ello mueren de hambre los esclavos, resolviendo que no recibirá el dueño el precio de los esclavos.

La razón en ambos casos es simple: pudo haber negociado con otra mercancía y procurarse el alimento con otro vendedor, además de que las ganancias – en el primer caso – son inciertas y lejanas.

Otro pasaje, no menos célebre relacionado con el tema, es el C, 7, 47 que establece el límite a la indemnización, en caso de cosa cierta, al doble de su valor, y cuando no sea cierta, que lo determine el juez con prudencia, sin que se vaya al infinito.

Hasta aquí vemos que los pasajes romanos tienen que ver con la cosa dañada, no con temas causales, es Pothier quien los equipara al daño mediato o inmediato.¹⁵⁹

Ahora bien, considerando estos antecedentes, debemos volver al texto vigente.

Podemos considerar que es consecuencia inmediata y directa el daño que es *realización típica del riesgo creado* por el hecho generador¹⁶⁰, es decir, en palabras de Montés, cuando el *hecho del hombre – dañador – sea la única causa del daño*.¹⁶¹ Dejarán de serlo, entonces, como lo señaló Domat, aquellos daños que no tengan su única fuente en el actuar del demandado, sino en circunstancias diversas por las que el deudor no debe responder.

En esa misma línea, tomando las conclusiones a las que llega León en su interesante estudio al respecto¹⁶², tenemos que no serán

¹⁵⁹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Comentario del artículo 1.107 del Código Civil*, en Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo, Volumen primero, Coordinación a cargo del Área de Derecho civil de la facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, José María Bosch Editor, Barcelona, 1992, pág. 844

¹⁶⁰ CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentario al artículo 1107*, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dir. Por Manuel Albaladejo, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo XV, Vol. 1, pág. 726.

¹⁶¹ MONTÉS PENADÉS, Vicente L., *Causalidad, Imputación objetiva y culpa en la "conurrencia de culpas"*, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez Picazo, Tomo II, Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Thomson-Cívitas, Madrid, 2003, pág. 2448.

¹⁶² LEÓN, *Acotaciones...* Op. Cit., pág. 595.

una consecuencia inmediata y directa del hecho generador y por lo tanto, no se tiene obligación de indemnizar:

a) Aquellas consecuencias anormales respecto del hecho generador, es decir, las que se apartan del curso ordinario de las cosas, según la común experiencia.¹⁶³

b) Aquellos daños que pudieron haberse evitado o aminorado si quien los sufre, hubiere actuado con la debida diligencia, ya que la evitabilidad del daño le quita el carácter de *consecuencia inmediata y directa*.

Esto es, cuando un daño tiene como causa – única o concurrente – una conducta de la víctima, deja de ser total o parcialmente, consecuencia inmediata y directa de la conducta del demandado, y pasa a ser consecuencia – total o parcial – de la conducta de la víctima.

De la misma forma, cuando Domat y Pothier limitan la responsabilidad del demandado en sus célebres ejemplos ya citados, implícitamente lo que está haciendo es atribuir los daños no resarcibles a la propia víctima, debido a la evitabilidad de dichos daños o a las causas remotas o inciertas¹⁶⁴, ya que se reprocha al comprador su propia negligencia y se atribuye a la misma la producción de unos daños que bajo ningún concepto cabe considerar, en términos de causalidad, como el resultado o la consecuencia necesaria de la conducta del vendedor.¹⁶⁵

Lo dice con claridad Carrasco:

*Siempre que pueda hacerse entrar un juicio de conducta alternativa exigible al acreedor, que minimice o elimine los daños, podemos hablar de existencia de carácter necesario del daño.*¹⁶⁶

Señala Carrasco que una de las razones para negar la indemnización en el casos arriba anotados de los esclavos muertos de hambre por falta de trigo y en el caso del vino no entregado al comerciante – D. 19, 1, 21, 3 – *consiste en suponer en la persona del acreedor un deber de mitigar su daño*¹⁶⁷, de buscarse una opción alternativa que impida el daño en sus bienes; ya que la muerte de los esclavos es irresarcible porque deriva de la falta de trigo vendido, el cual pudo haberse procurado por otra fuente; y en el caso del negociante de vino no entregado, el lucro no deriva

¹⁶³ LEÓN, *Acotaciones*, Op. Cit., pág. 595.

¹⁶⁴ CAPECCHI, Op. Cit., pág. 40.

¹⁶⁵ LEÓN, *Acotaciones...* Op. Cit., pág. 592.

¹⁶⁶ Op. Cit., pág. 723.

¹⁶⁷ CARRASCO, Op. Cit., pág. 734.

del vino en sí mismo, sino de la industria del que hubiera negociado con él.¹⁶⁸

Cuando el daño pudo haberse evitado con la una conducta diligente por parte de la víctima, el daño dejará de ser una consecuencia inmediata y directa del actuar del demandado, puesto que será también consecuencia de la conducta de la víctima, de manera que ella *carga con el daño que se produce como consecuencia necesaria de su conducta*¹⁶⁹, por su propia intromisión en el curso causal, determinando la producción o el agravamiento del daño.¹⁷⁰

Tenemos entonces que al establecer el artículo en comento un criterio para delimitar el daño resarcible, un criterio delimitador del *quantum*, implícitamente excluye de indemnización aquellos daños que no sean consecuencia necesaria y directa del hecho generador, y al no poder atribuir esos daños al demandado, deberá asumirlo la propia víctima, por ello podemos afirmar que al impedir (prohibir) que recaiga sobre el demandado ciertos daños (los que no sean consecuencia inmediata y directa) implícitamente los está atribuyendo a la propia víctima.

Dicho en otras palabras, la víctima deberá soportar las consecuencias dañosas que puedan calificarse como irregulares respecto de la acción u omisión imputable al autor del daño base o inicial, entre otras condiciones, por ser atribuidos a la propia víctima, de manera que la responsabilidad civil solo garantiza aquellos intereses directa e inmediatamente lesionados por el hecho ilícito.¹⁷¹

Esto lo estimamos así porque según los artículos 1417 y 1387, no existirá el indispensable nexo de causalidad entre la acción del demandado y el daño, cuando éste no sea una consecuencia inmediata y directa de aquélla, perdiendo su característica de resarcible, cuando quien lo sufre pudo haberlo evitado o al menos aminorado, mediante la debida diligencia o simplemente le es atribuible a su conducta¹⁷², ya que lógicamente cuando hay acontecimientos externos que influyen sobre la causalidad, ésta debe verse necesariamente alterada, y en

¹⁶⁸ CARRASCO, Op. Cit., pág. 713 y bibliografía ahí citada.

¹⁶⁹ *Ibidem*, pág. 735.

¹⁷⁰ *Ídem*.

¹⁷¹ LEÓN, *La Culpa...*, Op. Cit., pág. 141.

¹⁷² LEÓN GONZÁLEZ, *Acotaciones...* Op. Cit., pág. 595.

consecuencia es inexistente el nexo causal por la evitabilidad de los mismos por parte del dañado diligente.¹⁷³

V] Conclusiones

Con las anteriores líneas he querido justificar que es posible, en el caso de que la víctima haya contribuido con su conducta a la causación del daño, no privarle por completo de su derecho de recibir una indemnización, sino que deberá, en estos casos, tomarse una solución más justa y humanitaria, otorgándole una indemnización, aunque disminuida.

Con lo expuesto, me parece que se abre un nuevo y enorme panorama de dudas por resolver, pues como dijo Haller,

Estudiar la influencia de la culpa de la víctima sobre su derecho a reparación pone en cuestión casi todos los grandes problemas relativos a la responsabilidad¹⁷⁴, ya que constituye el espejo de la problemática de la responsabilidad civil¹⁷⁵

Y espero que estas ideas sean una invitación al debate y la reflexión sobre este interesante tema.

Bibliografía

- ALBALADEJO, Manuel, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo XV, Vol. 1
- ASCARELLI, Tullio, *Teoría General de los Títulos de Crédito*, traducción de René Cacheaux Sanabria, edición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2008
- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009
- BATIZA, Rodolfo, *Las fuentes del Código Civil de 1928*, Editorial Porrúa, México, 1979
- BEACH Jr., Charles Fisk, *A treatise on the law of contributory negligence or negligence as a defense*, 2nd edition, Baker, Voorhis, New York, 1892
- BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Traducción de A. Martín Pérez, 2ª Edición, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959
- BIONDI, Biondo, *La Compensazione nel diritto romano*, en *Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo*, Volumen XII, Stab. Tipografico Commerciale, Cortona, 1929
- , *Istituzioni di Diritto Romano*, 2ª Edición, Giuffrè, Milano, 1952

¹⁷³ LEÓN, *Acotaciones ...*, Op. Cit., pág. 592. En el mismo sentido, BRASIELLO, Teucro, *I limiti della responsabilità per danni*, Dott. A Giuffrè, Editore, Milano, 1956., pág. 352.

¹⁷⁴Op. Cit, pág. 3.

¹⁷⁵ DI PRISCO, Op. Cit., pág. 35

- BRANDÃO PROENÇA, José Carlos, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, LIVRARIA ALMEDINA, Coimbra, 1997
- BRASIELLO, Teucro, *I limiti della responsabilità per danni*, Dott. A GIUFFRÈ, Editore, Milano, 1956.
- BRUGI, Biagio, *Colpe di diversa natura e compensazione di colpe*, Rivista del diritto commerciale, Industriale e marittimo, Volume VI (1908), parte seconda
- CABALLINO, Gaspare (Charles du Moulin), *Tractatus de eo quod interest*, Venecia, MDLXXVIII
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 25ª Edición revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá-ZAMORA Y CASTILLO, Ed. Heliastra, Buenos Aires, 1997
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1988
- CANCIO MELIA, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de la víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª Edición, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001
- CAPECCHI, Marco, *Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie 'fatto illecito' a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, 2ª Edizione, CEDAM, Padova, 2005
- CAREDDA, Valeria, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004,
- CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Edición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2005
- CARRASCO Perera, Ángel, *Comentario al artículo 1107*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Por
- CASTELLARI, Paolo Giusto, *Della lex Aquilia, ossia del danno dato*, en *Archivio Giuridico*, Vol. XXII, Pisa, 1879
- CASTRESANA, Amelia *Nuevas Lecturas de Responsabilidad Aquiliana*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001
- CATTANEO, Giovanni, *Il concorso di colpa del danneggiato*, en *Rivista di Diritto Civile*, 1967, parte I.
- CESAREO-CONSOLO, Giovanni, *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1908
- CHABAS, François, *L'influence de la pluralité des causes sur le droit a réparation*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1967
- COLOMBO, Leonardo A., *Culpa Concurrente*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Ed. Driskill, Buenos Aires, 1982, Tomo V, p. 277
- COPPA-ZUCCARI, Pasquale, *La 'compensazione delle colpe'*, Società Tipografica Modenese, Modena, 1909
- CORBINO, Alessandro, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, 2ª Edición, CEDAM, Padova, 2008
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª Edición, Ed. De Palma, Buenos Aires, 17ª Reimpresión, 1997

- COVIELLO, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*, Traducción de la 4ª Edición italiana de Felipe de J. Tena, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938
- CURSI, María Floriana, *Iniuria cum danno. Antiquiridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Giuffrè, 2002
- DE CUPIS, Adriano, *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Traducción de la 2ª Edición italiana por Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975
- DESCAMPS, Olivier, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code Civil de 1804*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2005
- DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen II, *Las Relaciones Obligatorias*, 6ª Edición, Thomson-Civitas, 2008
- DI PRISCO, Nicola, *Concorso di colpa e Responsabilità civile*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1973
- DOMAT, Jean, *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Chez Pierre François Emery, MDCCXIII.
- FORCHIELLI, Paolo, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, CEDAM, 1960
- FUENTESECA, Cristina, *El Dolo Recíproco*, Dykinson, Madrid, 2002
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial, Madrid, 1852
- GARCÍA TÉLLEZ, Ignacio, *Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1965
- GLÜCK, Federico, *Commentario alle Pandette*, Traducción al italiano de Filippo Serafini, Libro IX, Società Editrice Libreria, Milano, 1903
- GOLDSCHMIDT, James, *Teoría General del Proceso*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1936
- GROTIUS, Hugues, *Le Droit de la Guerre et de la paix*, Traducción de Jean Barbeyrac, Amsterdam, Chez Pierre de Coup, MDCCXXIV
- HALLER, Marguerite, *Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit a réparation*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1926
- IGLESIAS SANTOS, Juan, *Derecho Romano*, 15ª Edición revisada por Juan Iglesias Redondo, Ariel, Madrid, 2007
- IRTI, Natalino, *Due saggi sul dovere giuridico (Obbligo-Onere)*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1973
- LATOUR BROTONS, Juan, *La culpa del perjudicado*, Revista de Derecho de la Circulación, Madrid, Año I, números 7 y 8, Julio-Agosto de 1964
- LEÓN GONZÁLEZ, José María, *La Culpa de la víctima ("Compensación de culpas")*, trabajo inédito. *Significado y función de la culpa en el actual derecho de daños (especial consideración de la culpa de la víctima)*, en *La Responsabilidad Civil de Roma al Derecho Moderno*, Universidad de Burgos, 2001
- Acotaciones Históricas al artículo 1107 del Código Civil*, en *Estudios Jurídicos In Memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, Vol. II, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca, 2002

- MAGNUS, Ulrich, y MARTIN CASALS, Miquel (Eds.) *Unification of Tort Law: Contributory Negligence*, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 2004
- MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual*, Traducción de la 5ª edición francesa por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963
- MICHELLI, Gian Antonio, *La Carga de la Prueba*, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ed. Themis, Bogotá, 2004
- MEDINA ALCOZ, María, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003
- MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1957.
- MOLINE JORQUES, J. Evaristo, *Observaciones sobre la llamada compensación de culpas*, Revista Jurídica Española La Ley, Madrid, 1980
- MONTÉS PENADÉS, Vicente L., *Causalidad, Imputación objetiva y culpa en la "conurrencia de culpas"*, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez Picazo, Tomo II, Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Thomson-Cívitas, Madrid, 2003
- MONTIEL Y DUARTE, Isidro, *Jurisprudencia Fundamental, o sea, exposición de las reglas de Derecho contenidas en el título 34, Partida 7ª*, México, Antigua Imprenta de Murguía, 1889
- Murillo Velarde, Pedro, S.J., *Curso de Derecho Canónico Hispano e Indiano*, Traducción de la tercera edición en latín de Alberto CARRILLO CÁZARES, Zamora (México), El Colegio de Michoacán-Universidad Nacional Autónoma de México, 2004
- NATALI, Nunzio, *La Legge Aquilia*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1970
- PACCHIONI, Giovanni, *Della cosiddetta compensazione delle colpe*, Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, Volume VIII (1910), parte seconda, Milano
- POTHIER, *Tratado de las Obligaciones*, Edición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003
- PUFENDORF, Barón de, *Le Droit de la nature et des gens, ou Systeme General des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, Traducción de Jean Barbeyrac, AMSTERDAM, Chez la veuve de Pierre de Coup, 1734
- PUGLIATTI, Salvatore, *Autoresponsabilità*, en Enciclopedia del Diritto, Giuffrè Editore, 1959, tomo IV, pág. 452 y ss
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª Edición, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006
- REIFFENSTUEL, Anacleto, *Tractatus de Regulis Iuris*, Amberes, Sumptibus Societatis, MDCCLV
- RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P., *Responsabilidad contractual y extracontractual en derecho romano. Una aproximación en perspectiva histórica*, Santiago de Compostela, Andavira Editora, 2015
- SCHIPANI, Sandro *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della "culpa"*, Giappichelli Editore, Torino, 1969

- SCHIPANI, Sandro, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Giappichelli Editore, Torino, 2009
- SCHULZ, Fritz, *Derecho Romano Clásico*, Traducción de José Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960
- SOHM, Rudolph, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Edición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, México, 2006
- SOLAZZI, Siro, *La Compensazione nel diritto romano*, 2ª Edición, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1950
- SOLÉ FELIU, Josep, *La Concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, Anuario de Derecho Civil, Ministerio de Justicia, Tomo L, Fascículo II, Abril-Junio de 1997, Madrid
- SOTO NIETO, Francisco, *La Llamada 'compensación de culpas'*, Revista de Derecho Privado, Madrid, Mayo de 1968, Tomo LII
- TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e Responsabilità oggettiva*, Giuffrè Editore, Milano, 1961
- VALDITARRA, Giuseppe, *Damnum iniuria datum*, 2ª Edición, Giappichelli, 2005
- VON THUR, Andreas, *Tratado de las Obligaciones*, Traducido del alemán y concordado por W. Roces, Editorial Reus, Madrid, 1934
- YZQUIERDO Tolsada, Mariano, *Comentario del artículo 1.107 del Código Civil*, en Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo, Volumen primero, Coordinación a cargo del Área de Derecho civil de la facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, José María Bosch Editor, Barcelona, 1992
- Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001

Fecha de recepción: 27 de abril de 2017

Fecha de aprobación: 30 de septiembre de 2017

¿Por qué hacer Investigación Jurídica?

ROXANA PAOLA MIRANDA TORRES¹

SUMARIO: I. *¿Qué es la investigación y cuál es su problemática?* II. *La investigación en la vida cotidiana.* III. *La investigación científica.* IV. *La investigación jurídica.* V. *La tesis y su papel en la formación del investigador.* VI. *Panorama general en México.* VII. *Conclusiones.*

Resumen. La investigación es un pilar fundamental en la vida de las universidades, esta actividad intelectual humana es parte de nuestra vida cotidiana pero se convierte en científica con la ayuda de ciertos procesos y métodos para llegar al conocimiento y por ende a la verdad. En las ciencias humanísticas, tiene un lugar primordial el Derecho, objeto de estudio de la investigación jurídica. El investigador no nace, se va formando en la vida académica de manera lenta, pausada, ordenada y el trabajo de tesis es relevante en este proceso formativo. En México tenemos un gran camino por recorrer, trabajar más, apostarle a la educación y la investigación, todo esto se logra con la colaboración de gobierno, universidades, sector público y privado, solo así podremos avanzar como país.

Palabras clave: Investigación, investigación jurídica, métodos, tesis, universidades.

Abstract. *Research is a fundamental pillar in the life of universities, this human intellectual activity is part of our daily life but becomes scientific with the help of certain processes and methods to reach knowledge and therefore the truth. In the humanistic sciences, Law has a primordial place, object of study of the juridical investigation. A researcher is not born, is formed in academic life in a slow, and orderly way and thesis work is relevant in this formative process. In Mexico we have a great way to go, more work, bet on education and research, all this is achieved with the collaboration of government, universities, public and private sector, only so we can move forward as a country.*

¹ Profesora investigadora de tiempo completo en la Universidad Panamericana campus Guadalajara.

Keywords: *Research, legal research, methods, thesis, universities.*

I] ¿Qué es la investigación y cuál es su problemática?

En la vida de las universidades se busca desarrollar entre otras actividades la ciencia, la docencia, la investigación y la difusión. En el modelo de la Universidad Panamericana, tenemos como bases la identidad cristiana, la gestión de cambio y la infraestructura o talento humano, dichas bases sostienen cuatro pilares fundamentales: la unidad, la investigación, la vinculación y la educación.²

En este trabajo, hablaremos de la importancia de la investigación en la vida universitaria y como factor de cambio para el desarrollo de nuestro país, ¿qué es la investigación?, ¿por qué decimos que la investigación es un elemento esencial en la búsqueda de la verdad?, ¿por qué es tan importante en el quehacer universitario?, ¿qué papel juega la investigación para el crecimiento de un país?, en fin, una serie de preguntas que nos llevan a reflexionar sobre la importancia de dicha actividad. En este orden de ideas, trataré de ir resolviendo los cuestionamientos antes postulados tomando en cuenta las reflexiones de expertos en el tema y a partir de una visión propia como profesora de investigación.

Por investigación, según el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*³: *la acción y efecto de investigar*. A su vez, investigar es un vocablo que deriva del idioma latín *investigare*. Investigar es hacer diligencias, emprender acciones para buscar o descubrir una cosa. Por tanto, es acertado afirmar que investigar representa un proceso social que consiste en la realización de una importantísima tarea humana, la realización de actividades orientadas al descubrimiento, a indagar, a buscar una cosa o un objeto epistemológico, dentro de la idea de la protociencia en cuanto a lo que es el conocimiento teórico o filosófico, que es la raíz de toda ciencia; así, el descubrimiento de

² Modelo Universidad Panamericana, plática con el Dr. Juan de la Borbolla Rivero, Rector de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara, durante el Curso de Inducción de dicha Universidad, México, 29 de julio de 2017.

³ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 19ª edición, Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1970, p.764

los principios científicos o de la verdad, es el objetivo de toda ciencia.⁴

Según Carlos Arellano García se pueden destacar los siguientes elementos como parte de una investigación⁵: i.- La investigación es un proceso social e interindividual elevada actividad intelectual humana; ii.- Esta actividad intelectual se realiza mediante el empleo de métodos y técnicas (metodologías); iii.- En la investigación no se puede partir de cero. Antes es necesaria la adquisición de conocimientos, en especial, los grados del conocimiento humano, la protociencia, la ciencia y la metaciencia; iv.- La investigación pretende escudriñar uno o varios aspectos generales o especializados de alguna materia determinada; asimismo, abrir nuevos espacios a la investigación científica o tratar de descubrir *algo nuevo* o estudiar fenómenos sociales distintos para dar respuestas pertinentes a dichas necesidades; v.- El investigador se remite a uno o varios aspectos generales o especializados de alguna materia determinada. Cada vez las investigaciones son más específicas, pero profundas; vi.- El objeto de la investigación es ampliar o detallar el conocimiento y si es posible realizar aportaciones; vii.- También existe una parte valorativa en toda investigación; viii.- La investigación tiene una finalidad, meta o teleología; ix.- Todo conocimiento, aportación o descubrimiento debe ser utilizado para la mejora y el perfeccionamiento de la raza humana, la ciencia es un medio, no un fin.

Una vez mencionados los elementos de la investigación, podemos decir que esta actividad es primordial en la vida universitaria, en un primer momento en la preparación de un estudiante porque su formación está incompleta si nos quedamos solo en el campo docente, no más oyentes pasivos, el alumno no se debe de limitar a escuchar al profesor, *todo universitario debe de aprender a hacer investigación aunque no vaya a vivir de ello*⁶, la formación de un investigador es lenta, pausada, se puede cultivar e ir madurando desde la vida escolar.⁷

Además, en los procesos de enseñanza aprendizaje y en particular, en la educación formal se evidencia la necesidad de

⁴MIRANDA, Roxana, *et al.*, *Manual Teórico Práctico para un curso de expresión jurídica*, Universidad Panamericana, México, 2011, p. 115

⁵ARELLANO, Carlos, *Métodos y Técnicas de la Investigación Jurídica*, Porrúa, México, 1999, p. 23

⁶*Ibidem*, pp. 26-28

⁷LÓPEZ, José, *La Dirección/ Asesoría de Tesis*, Universidad Panamericana, México, 2015, pp. 47-54

desarrollar metodologías, investigaciones y demás habilidades para que el estudiante sea capaz de enfrentar fenómenos sociales, por mencionar un ejemplo, cada vez más dinámicos y dentro de dicho panorama, son pertinentes las enseñanzas enfocadas a la elaboración de investigaciones y la entrega de sus resultados mediante escritos que rescaten los resultados científicos, es decir, compartir y difundir lo estudiado, lo cual requiere de cursos adecuados, asesorías y tutorías constantes para el estudiante; tendencia que se acusa de manera particular en el nivel superior, pero, en forma lamentable, hemos visto, que casi nunca los estudiantes tienen la preparación adecuada para la realización de estas tareas, que requieren el hábito del estudio, de las pesquisas, de las lecturas y de redactar, lo cual, es menester realizar con los jóvenes talentosos que tiene México.⁸

En el campo docente, la investigación es también fundamental para el profesor, está mejor preparado y no solo se limita a repetir una serie de datos sino también explora, indaga, concientiza al alumno y ayuda a reflexionar en el conocimiento. La investigación, el observar, realizar preguntas y tratar de contestarlas, debe de ser una actividad cotidiana, diaria y permanente.

En Latinoamérica nos hemos tardado en reconocer la importancia de la investigación desde las universidades, existe una falta de competitividad en los países en vías de desarrollo y esto tiene su origen en la carencia de investigación, tenemos serias deficiencias, debemos trabajar desde el hogar y fomentar el hábito de la lectura; la academia en la formación de recursos humanos e incentivar la investigación, así se pueden formar expertos con miras a aportar soluciones a los problemas que enfrenta la sociedad.⁹

Existen solo dos universidades en América Latina que figuran como importantes en el *ranking* de universidades porque en su momento estuvieron entre las cien más relevantes del mundo, las cuales de 2014 a 2017 han descendido en su puesto, una es la Universidad Sao Paulo (USP) que ocupaba el lugar 28, ahora está en el 71 y la Universidad Nacional Autónoma de México que estaba en el sitio 58 y ahora se encuentra en el 141¹⁰, aun así tienen peso

⁸Op. Cit. MIRANDA, Roxana, *et al.*, p. 115

⁹BERNAL, César, *Metodología de la Investigación*, cuarta edición, Pearson, México, 2016, p. 21

¹⁰http://www.webometrics.info/en/Latin_America_, Fecha de consulta: agosto de 2017.

por su trabajo, la investigación es parte fundamental de su vida académica.¹¹

II] La investigación en la vida cotidiana

A *investigar se aprende investigando*¹², tal vez el primer acercamiento que tiene el alumno para realizar una investigación formal, con cierto grado de profundidad, seria, sistemática, ordenada, con el ánimo de aportar y proponer, es la tesis de licenciatura, este trabajo consiste en la presentación formal de un trabajo académico, con el propósito de explorar un tema a la luz de un enfoque o demostrar una hipótesis propuesta, siguiendo el rigor de una metodología científica, con la finalidad de llegar a conclusiones válidas y presentarlas a la comunidad de expertos en una disciplina específica¹³, pero en el camino los jóvenes estudiantes van creando una serie de mitos, pretextos, creencias o ideas erróneas que como profesores debemos aclarar o desmentir; i.- La investigación es sumamente difícil y complicada; ii.- Solo ciertas personas pueden hacerlo; iii.- La investigación no está vinculada a lo cotidiano; iv.- La investigación no sirve para nada, el mundo es tan cambiante que se convertirá en una serie de datos obsoletos; v.- No existe información; vi.- Todos los temas posibles ya se abordaron y no hay nada más que estudiar; vii.- No nos toman en cuenta, tanto trabajo, para qué.

Todos estos mitos y otros, se han ido construyendo en la vida universitaria, pero solo son eso, *mitos o habladurías*, lo cierto es que el trabajo del investigador no es difícil, ni exclusivo de los genios, solamente se requiere disciplina, conocer los procesos y herramientas fundamentales.¹⁴ Al ir descubriendo cosas, datos o acontecimientos, la investigación se disfruta, se agradece y con el paso del tiempo nos humanizamos y entendemos nuestra circunstancia.

Además, la investigación sí tiene relación con nuestra vida cotidiana, todos de alguna manera lo hacemos, en actividades diarias, como decidir que marca de automóvil compraremos, dónde comer, qué lugares visitar y por qué en un viaje, entre los jóvenes estudiantes es muy común que les atraiga algún

¹¹ MUÑOZ, Carlos, *Cómo elaborar y asesorar una investigación de tesis*, tercera edición, Pearson, México, p. 2

¹² *Op. Cit.*, LÓPEZ, José, pp. 47-54

¹³ *Ibidem*, p. 63

¹⁴ HERNÁNDEZ, Roberto, *et al.*, *Metodología de la Investigación Jurídica*, cuarta edición, McGraw Hill, México, 2006, p. xxxvii

compañero o compañera, siempre investigamos hasta el más mínimo detalle de esa persona.

Con relación a que el mundo es cambiante, efectivamente siempre estamos en proceso dialéctico como sociedad, la investigación es también evolutiva, debe considerar todo aquello que se transforma y por qué se transforma, *entre más investigación se genere, más progreso existe.*¹⁵

Tomando en cuenta los últimos tres mitos estudiantiles, que no hay información y que todo ya está ya estudiado, contestamos que son totalmente infundados, ahora los jóvenes tienen una gran biblioteca virtual, acceso a diferentes fuentes en el ciberespacio en cualquier parte del mundo, lo que sí se debe cuidar es que la información sea fidedigna; en este mundo cambiante todo puede ser objeto de observación y de estudio. Otro elemento importante a destacar es que cuando investigamos y lo difundimos o compartimos el conocimiento, contribuimos y aportamos nuestras ideas a la sociedad, a los estudiantes a la comunidad universitaria.

Aunque siempre tenemos un afán por investigar, *la investigación científica se construye y es en esencia parte de la vida diaria aunque se lleva a cabo de manera rigurosa, ordenada, sistemática, empírica y crítica; tiene además dos propósitos fundamentales: construir conocimiento o teorías y resolver problemas prácticos, gracias a esto la humanidad ha evolucionado.*¹⁶ Así, en el siguiente apartado hablaremos de qué es la investigación científica y la investigación jurídica.

III] La investigación científica

En un primer momento para profundizar en la investigación científica tenemos que hablar sobre qué es la ciencia y cuál es su finalidad, así, *la ciencia es el conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento sistemáticamente estructurado y de los que se deducen principios y leyes generales con capacidad predictiva y comprobables experimentalmente, también se define como el conocimiento cierto de las cosas por sus principios y causas*¹⁷, así este binomio indisoluble de ciencia e investigación nos lleva al camino de la verdad.

¹⁵ *Ibidem*, p. xxxviii

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* <http://dle.rae.es/?id=9AwuYaT>, Fecha de consulta: agosto de 2017.

En este orden de ideas, *la investigación científica se concibe como un conjunto de procesos sistemáticos y empíricos que se aplican al estudio de un fenómeno; es dinámica, cambiante y evolutiva. Se puede manifestar de tres formas: cuantitativa, cualitativa y mixta. Esta última implica combinar las dos primeras. Cada una es importante, valiosa y respetable por igual.*¹⁸

En el enfoque cuantitativo los planteamientos a investigar son específicos, es lo más objetiva posible, es propia de las ciencias exactas, existe una medición de aspectos específicos y tiende a hacer generalizaciones.

La investigación cualitativa incluye una gran variedad de concepciones, visiones técnicas, es flexible, está siempre sujeta a una valoración, no siempre se generaliza y podemos enmarcar aquí a las disciplinas humanísticas y por tanto el derecho. Existen también las investigaciones mixtas, donde se encuentre una parte cuantitativa (medición de datos y procesos) y una parte cualitativa.¹⁹

IV] La investigación jurídica

La investigación jurídica según el autor Héctor Fix-Zamudio es la actividad que pretende descubrir las soluciones más adecuadas para los problemas que plantea la vida social de nuestra época, cada vez más dinámica y cambiante, pues la investigación es la que tiene la posibilidad al profundizar en estos problemas, de adecuar el ordenamiento jurídico a las transformaciones y cambios sociales.²⁰

Según Covarrubias Dueñas, la investigación jurídica es el proceso social y técnico científico cuyo objeto epistemológico es el estudio de un fenómeno social a la luz del derecho, sea *a priori* o *a posteriori*, conforme a una metodología propia y demás circunstancias específicas dentro de un tiempo y espacio determinados.²¹

Carlos Arellano comenta citando a Aristóteles que el hombre es social por naturaleza, no está creado para vivir en un estado de aislamiento y para regular la convivencia con los demás integrantes de la sociedad, se requiere del Derecho. Así el derecho es indispensable para el logro de la convivencia interhumana y el

¹⁸ *Op. Cit.*, HERNÁNDEZ, Roberto, p. xxxviii

¹⁹ *Ibidem*, p. xxxix

²⁰ FIX- ZAMUDIO, Héctor, *Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas*, Porrúa, S.A. México, 1997, pp. 240, 416

²¹ COVARRUBIAS, José de Jesús, *La Sociología Jurídica en México*, Cuarta edición, Porrúa, México, 2014, pp. 13-16

desarrollo de la investigación en el campo jurídico tiene una trascendencia inaudita.²² Entonces hablar de investigación jurídica, es cuando nos dedicamos al estudio de forma ordenada y sistemática de la ciencia del Derecho.

Hablamos de forma ordenada y sistemática porque se realiza a través de métodos, concepto que viene del griego (*métodos*) y significa fin de la vía o camino, modo de decir o hacer con orden una cosa, modo de obrar o proceder; hábito o costumbre que cada uno tiene y observa; la metodología es la ciencia del método, o el estudio de los métodos que se siguen en una investigación científica o en una exposición doctrinal.²³

En este orden de ideas, haremos un recuento general de algunos de los métodos más utilizados en las ciencias sociales y específicamente en el Derecho y tomaremos en cuenta lo estudiado por algunos expertos en metodología jurídica²⁴:

Método científico: es un método fundamental de la ciencia que es instrumental con la concurrencia de todos los métodos y técnicas existentes.

Método inductivo: se utiliza a partir del estudio y análisis de hechos o fenómenos aislados, de uno en uno, de eventos individualizados; de estudios por separado de acontecimientos, los cuales posteriormente son interrelacionados o comparados, para encontrar semejanzas y diferencias y poder razonar en forma lógica, para llegar a una generalización, se puede llegar a conclusiones generales o construir modelos para otros hechos o fenómenos similares.

Los abogados somos profundos conocedores de los hechos o fenómenos sociales, desde cualquier ámbito como operador jurídico estudiamos acontecimientos, los interrelacionamos para dictar una sentencia o para formular una demanda, por dar un ejemplo.

Método deductivo: Este método tiene gran relación con la protociencia, en especial con la lógica, ya que el razonamiento lógico deductivo, inventado por Aristóteles, sigue siendo la base de la lógica, de la matemática²⁵, parte de lo general a lo particular, para el derecho es importante ya que si el método inductivo concluye con una generalización, el deductivo es la operación inversa, además se puede aplicar a todas las operaciones jurídicas

²² ARELLANO, Carlos, *Op.cit.*, pp. 33-47

²³ *Diccionario de la Real Academia Española* <http://dle.rae.es/?id=P7eTCPD> Fecha de consulta: agosto de 2017

²⁴ COVARRUBIAS, José de Jesús *Op.cit.*, pp. 16-53. ARELLANO, Carlos, *Op.cit.*, pp. 33-47

²⁵ *Idem.*

que realizan los abogados, así podemos decir que para la aplicación de dicho método se genera una operación lógica que parte de principios admitidos comúnmente como ciertos o conocimientos de carácter general a fin de inferir conclusiones particulares a partir de ellos.

Método comparativo: es útil para contrastar los hechos diversos o aislados y poder hacer una idea general de algún fenómeno social; también se pueden estudiar instituciones, códigos, constituciones y demás para observar sus semejanzas y diferencias u otras cuestiones, según sea el objeto de estudio o propósito de la comparación.

Método sistemático: mediante este proceso lógico podemos ordenar los conocimientos y elaborar sistemas coherentes, para lo cual partimos de las relaciones y vinculaciones entre los elementos del objeto investigado. Incluso puede haber una combinación entre el método inductivo y el método deductivo y se siguen ciertos criterios de clasificación.

Método histórico: su finalidad es estudiar de manera temporal y algunas veces cronológica, hechos o acontecimientos que repercutan en las instituciones jurídicas.

Método dialéctico: es la confrontación de una tesis, conocimiento, aproximación a la verdad en un contexto histórico concreto; la antítesis es lo contrario a la tesis, pero también guarda elementos de verdad, ambos se contrastan con la realidad con el hecho o fenómeno social, para llegar a una síntesis o suma de verdades de las precedentes, una nueva verdad o una nueva categoría o un concepto más perfecto de los precedentes.²⁶

Sin duda existen más métodos aplicables a las ciencias sociales y al derecho, pero consideramos importante explicar la *nomología*, como una propuesta de metodología científica para el estudio de un problema jurídico, ente u objeto gnoseológico.

La palabra *nomología* proviene de dos vocablos griegos: *nomos*, que significa norma y *logos* interpretado como tratado, ley, ciencia, estudio, arte, conocimiento; así, el término *nomología*, es el estudio de las normas²⁷, cuyo objeto principal de estudio son las normas, entendidas como las creaciones culturales en donde una comunidad determinada trata de preservar los valores, principios e intereses trascendentes, así, de pluralismo normativo y jurídico

²⁶ *Idem.*

²⁷ En cuanto a las aportaciones de los juristas Rafael Covarrubias Flores y José de Jesús Covarrubias Dueñas, a partir de sus estudios de la Sociología Jurídica, han transformado a la *Nomología* en una transdisciplina, *Vid. COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús: La Sociología Jurídica en México, Op. Cit.*, p. 456

dentro de un tiempo y espacio determinados, son objeto de nuestra transdisciplina.²⁸

Esta categoría es concebida en un tiempo reciente, no se remonta a la antigüedad; sino que surge ante las necesidades y problemática actual. El derecho es una expresión sociológica y cultural dentro de un contexto histórico determinado, así los ordenamientos son parte de una comunidad, por ello, en estas circunstancias la norma debe de ser estudiada en forma interdisciplinaria, multidisciplinaria y transdisciplinaria ya que contempla una serie de contenidos políticos, culturales, sociales y de bienestar. Por tanto, la *nomología* no es una unidad de medición de normas o de su eficacia sino es una metodología de análisis de las distintas normas de un conglomerado en un contexto histórico determinado²⁹ y su armonización con los ordenamientos jurídicos.

Así, dicha transdisciplina es básica para la comprensión de las normas en lo general y las jurídicas en lo particular, lo cual, nos lleva al estudio de su evolución y su transformación, fenómenos social y jurídico que es posible identificar de una manera más sencilla a través de los valores protegidos.³⁰ Dicho de otra forma, la *nomología* estudia el ADN, la composición genética de la norma desde lo más intrínseco, sus causas, efectos, proceso social dialéctico de formación y transformaciones permanentes de todos los contextos.³¹

Otra cuestión relevante, lo es el hecho de que las costumbres, usos, prácticas, ritos, tradiciones y otras manifestaciones culturales que reflejan la existencia de normas, son fenómenos sociales a través de los cuales diversas agrupaciones humanas, han tratado de preservar sus valores, principios, intereses o lo que consideran trascendente para sus interrelaciones o se transmiten dichos conocimientos y elementos como una herencia

²⁸ Cfr. *Idem*. Vid. MIRANDA, Roxana, *El pluralismo jurídico en México desde una perspectiva constitucional (el caso de 40 comunidades autóctonas)*, tesis doctoral, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, febrero de 2017, pp. 36-41

²⁹ La *nomología* es un término previsto por el Lic. Rafael Covarrubias Flores después de 30 años de estudio en Sociología Jurídica. Vid. COVARRUBIAS, Rafael, *La Sociología Jurídica en México, una aproximación*, Universidad de Guadalajara, México, 1998, pp. 14 y ss.

³⁰ Cfr. ESQUIVEL, Toribio, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, II tomos, segunda edición, Porrúa, México, 1984, pp. 30 y ss.

³¹ COVARRUBIAS, José de Jesús, *Constitución para México 2017 Necesidad de una norma rectora*, Porrúa, México, 2016, p. 3

cultural objetivada por la importancia que ellos han dado a dichas aportaciones que siguen practicando.³²

Aportación relevante del uso metodológico de la *nomología*, es analizar cómo o en qué medida se armonizan las normas sociales con las jurídicas, lo cual es trascendente para analizar el cumplimiento o la eficacia de las normas jurídicas; porque el Estado y los aplicadores del derecho, por más que se empeñen en querer hacer eficaces las normas jurídicas, si estas no responden a una conciencia histórica, será muy difícil que las personas, el pueblo o la agrupación a que se pretenden destinar, las cumplan, ya que no forman parte de su cultura normativa.³³

V] La tesis y su papel en la formación del investigador

*Un investigador es el que realiza actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático para aumentar los conocimientos sobre una determinada materia.*³⁴ Así, el estudiante a lo largo de su formación recibe de alguna manera, instrucción para iniciar en el camino de la investigación, desde la instrucción básica hasta la profesional lleva a cabo cuentos, ensayos, monografías, comentarios, reseñas, tesis que implican una actividad intelectual ordenada y finalmente, el trabajo de tesis para adquirir un grado académico.

Sin embargo, en algunos casos la instrucción es deficiente y se llega hasta el nivel profesional sin saber redactar adecuadamente, investigar, argumentar, ordenar ideas, citar, y se tiene la falsa idea que dichas actividades corresponden a copiar y pegar lo dicho por otros, sin procesar la información ni darle el crédito a quien lo merece.

*El investigador no nace sino se hace*³⁵, se forma a través de un proceso en la vida académica pero definitivamente se acentúa dicha formación a través del trabajo de tesis en la universidad, todos los universitarios están cabal y potencialmente preparados para afrontar este último periodo de su formación, sin excusa alguna.³⁶

³² Cfr. BONFILL BATALLA, Guillermo, *Pensar nuestra cultura*, Alianza editorial, México, 1999, pp. 10 y ss.

³³ HIGAREDA, Yolanda, *La dialéctica. Historia del pueblo mexicano a través de sus constituciones*, Porrúa, México, 2000, pp. 10 y ss.

³⁴ *Diccionario de la Real Academia Española*, <http://dle.rae.es/?id=M3a7YOZ>, Fecha de consulta: agosto de 2017.

³⁵ *Op. Cit.*, LÓPEZ, José, p. 48

³⁶ *Idem.*

Es importante que el alumno se vaya motivando poco a poco en el proceso de investigación, el profesor tiene un rol fundamental al compartir con el estudiante los beneficios de la investigación, el quehacer científico, el enriquecimiento curricular, las posibles publicaciones, la importancia de contar con trabajos de investigación para poder solicitar una beca en el extranjero, el resolver y analizar alguna problemática en el campo jurídico, las aportaciones a la comunidad universitaria, todas estas situaciones los alumnos de alguna forma las conocen, en clases las discutimos, hablamos de porqué sí vale la pena realizar una investigación científica, sin embargo, nos enfrentamos a un conjunto de problemas que trataré de ir comentando de manera general porque también ellos nos hablan de toda una serie de razones de por qué no realizar una tesis. Para lograr lo anterior, se requieren catedráticos e investigadores con vocación por el descubrimiento o las invenciones; y lo que es complementario compartir su metodología y conocimientos.

Como lo comentamos en apartados anteriores, la tesis es el desarrollo de un trabajo de investigación cuyo objetivo final es proponerlo como la culminación de estudios profesionales de licenciatura, maestría o doctorado, en estos trabajos se expone una hipótesis y se valora en la parte final, se comprueba o no, todo lo anterior de manera sistemática, es decir a través de métodos.³⁷

Las causas de porque no se hace (o termina una tesis), incluso en algunas universidades reflejan un bajo índice en el número de titulados, son una serie de problemáticas a las que se enfrenta el estudiante que lo hacen postergar la realización del trabajo o a olvidarlo para siempre³⁸:

Problemas de carácter económico, aumento de las responsabilidades de un nuevo profesionista, terror de confrontar los conocimientos adquiridos con la realidad, expectativas por descubrir y aprovechar las posibilidades de empleo, pánico por presentar el examen profesional, desaliento, apatía, desinterés, inestabilidad, altibajos emocionales, falta de experiencia para realizar investigación, desconocimiento de líneas y áreas de investigación, no pueden encontrar un tema que les guste, falta de empatía con el asesor de tesis y éste no les ayuda, deficiencias en la asesoría de tesis; facilidades de algunas universidades para titularse por otra modalidad³⁹, todo lo mencionado es una problemática real, latente con la que nos enfrentamos día a día.

³⁷ *Op. Cit.*, MUÑOZ, Carlos, p. 5

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Ibidem*, pp. 125-133

Sin embargo, la formación del investigador debe ser una prioridad en las políticas públicas de los gobiernos, el incentivar dicha actividad a través de ciertos modelos de aprendizaje desarrollados en las universidades y las instituciones oficiales, mediante planes, programas, incentivos, becas, concursos, dará mejores resultados en el desarrollo de nuestro país.

El trabajo en la investigación tiene definitivamente más beneficios que cosas en contra y de esta manera podemos afirmar que al concluir una tesis contaremos con las siguientes competencias, según lo que advertimos al concluir un curso de investigación satisfactoriamente: i.- se adquiere disciplina en la lectura, organización y sistematización de información; ii.- se trabaja en el orden; iii.- se desarrolla la redacción; iv.- se profundiza en un tema de interés; v.- se convierte en especialista sobre el tema de estudio; vi.- se ponen en práctica los métodos relacionados con las ciencias sociales; vii.- se desarrolla la habilidad de realizar análisis críticos y evaluación de posturas, figuras jurídicas, ordenamientos, etc.; viii.- se desarrolla la autoestima de la persona al saber que se es capaz de investigar, ordenar y aportar propuestas en el campo jurídico; ix.- puede abrir las expectativas para tener nuevas líneas de investigación; x.- sin duda la investigación en licenciatura podrá abrir el panorama para que después, con más trabajo y estudio empiece a formarse un futuro investigador.

Así, una vez analizados los beneficios en la investigación, consideramos que como instituciones educativas y docentes, de la mano del gobierno tenemos que trabajar, todos en conjunto creando las condiciones para que en nuestro país se realice investigación, a veces creemos que la investigación cuantitativa es la que realmente aporta, sin duda tiene un lugar importante, pero la propia de las ciencias humanísticas también es relevante,⁴⁰ desde nuestra perspectiva se puede observar, analizar y crear nuevas propuestas en el campo jurídico para beneficio de la sociedad, solo así avanzaremos como país.

Un elemento importante en la investigación es también trabajar en la divulgación del conocimiento, compartir lo adquirido, penetrar en diferentes foros, que lo trabajado sirva en la formación

⁴⁰ Los investigadores mexicanos se concentran en las áreas de las Ciencias Naturales y de Ingeniería y tienen mayor preeminencia en su conjunto sobre las Ciencias Sociales y las de Humanidades. Vid. RIVAS TOVAR, Luis Arturo, *Panorama de la Investigación en las Ciencias Sociales en México, Análisis Crítico y cuantitativo del Sistema Nacional de Investigadores* Redalyc.org/articulo.09?id=34252004 Fecha de consulta: agosto de 2017.

de alumnos pero también que influya de manera positiva en la sociedad, en los lugares más inesperados, más lejanos.⁴¹

VI | Panorama general en México

México es un país maravilloso, con una gran riqueza en recursos naturales y talento humano, sin embargo, la inversión que realiza en la educación es deficiente, según la UNESCO los países en vías de desarrollo deben de invertir el 8% de su PIB en educación y México sólo invierte el 6%; en ciencia y tecnología el 0.30% cuando la recomendación es el 1%.⁴²

En México se forman alrededor de 1,000 doctores por año, pueden sonar muchos pero cuando lo comparamos con otros países, vemos que tenemos un gran camino por recorrer: en Brasil se forman 6,000, en España 5,900, en Corea 4,000 y en Estados Unidos 45,000.⁴³ Esto es un reflejo de cómo vamos, pero no solo por ser doctor se es investigador, esto último implica un proceso formador, la integración de la docencia e investigación desde la licenciatura y después en posgrado favorece a la formación de investigadores, desarrollo de proyectos de investigación, equipos de trabajo, etc.⁴⁴

En nuestro país existe el Consejo Nacional de Ciencia y tecnología (CONACYT)⁴⁵, este es un organismo público descentralizado del gobierno federal dedicado a promover y estimular el desarrollo de la ciencia y la tecnología, creado el 29 de diciembre de 1970, cuyo propósito es favorecer la investigación para el desarrollo en diferentes áreas; a través de este órgano es posible entre otras cuestiones, conseguir becas en el caso de los estudiantes para realizar estudios de posgrados en universidades reconocidas dentro y fuera del país⁴⁶, entre otras actividades.

Además, el CONACYT administra el Sistema Nacional de Investigadores (SNI), creado el 26 de julio de 1984, para reconocer

⁴¹ HERNÁNDEZ, Rafael, Vicerrector Académico de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara, *Conferencia en el Claustro de la Facultad de Derecho*, Guadalajara, Jalisco, 9 de agosto de 2017.

⁴² Almanaque Mundial 2015, Televisa, México, 2015, p. 433 <http://www.udg.mx/es/noticia/mexico-invierte-menos-de-lo-que-indica-unesco-en-educacion-ciencia-y-tecnologia> Fecha de consulta: agosto de 2017.

⁴³ CONACYT, *Programa especial de Ciencia y Tecnología 2001-2006*, p.35

⁴⁴ RIVAS TOVAR, Luis Arturo, *Panorama de la Investigación en las Ciencias Sociales en México, Análisis Crítico y cuantitativo del Sistema Nacional de Investigadores* Redalyc.org/articulo.09?id=34252004 Fecha de consulta: agosto de 2017.

⁴⁵ www.conacyt.gob.mx, Fecha de consulta: agosto de 2017.

⁴⁶ *Idem*.

la labor de personas dedicadas a producir conocimiento científico y tecnología. El reconocimiento se otorga por pares y consiste en nombrar a determinada persona como investigador nacional, también otorga estímulos económicos cuyo monto varía según el nivel asignado.⁴⁷

Este órgano ayuda a que la actividad científica se desarrolle positivamente y que a lo largo del territorio se instalen grupos de investigación de alto nivel académico, se fomente la investigación transversal y se difunda el conocimiento; así se van consolidando los investigadores con conocimientos científicos y tecnológicos del más alto nivel para incrementar la cultura, la productividad, competitividad y bienestar social.⁴⁸

Existe toda una reglamentación en relación a los objetivos, becas, estímulos y convocatorias pero pueden participar los investigadores y tecnólogos que realicen investigación científica que presenten sus productos de trabajo debidamente documentados; se desempeñen en México cualquiera que sea su nacionalidad o sea mexicano que realice actividad de investigación científica o tecnológica en el extranjero⁴⁹ y cumplan con alguno de los siguientes requisitos: tener un convenio o contrato institucional vigente y demostrar, por medio de documento oficial que presta servicios por lo menos 20 horas a la semana para realizar investigación científica o tecnológica en alguna de las dependencias, entidades o instituciones de educación superior o centros de investigación en los sectores público, privado y social de México que tengan por objeto el desarrollo de actividades de investigación científica o tecnológica.⁵⁰

En este orden de ideas, México se está abriendo a la investigación científica, existe el esfuerzo aunque falta capacitación, recursos y el diseño de políticas públicas, sin embargo desde la educación privada y en este caso la universidad, podemos trabajar en conjunto para incentivar al alumnos en la ardua pero enriquecedora tarea de la investigación, podemos empezar desde el primer día de clases, desde nuestra asignatura, en fin, desde nuestra trinchera.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ Artículo 23 del Reglamento del Sistema Nacional de Investigadores <https://www.conacyt.gob.mx/index.php/el-conacyt/sistema-nacional-de-investigadores/marco-legal/reglamento-sni/13493-reglamento-sni/file>, consultada el 10 de agosto de 2017.

⁵⁰ *Idem.*

VII] Conclusiones

1. En la vida de las universidades, un pilar esencial y fundamental es la investigación para la sistematización del conocimiento, en la creación de la ciencia y por tanto en la búsqueda de la verdad.

2. La investigación es una tarea intelectual humana, que implica un proceso, en la cual se utilizan métodos y siempre pensando en el beneficio de la raza humana.

3. Los estudiantes a lo largo de su vida académica se van formando en la investigación, sin embargo, a la par van desarrollando una serie de mitos, pretextos o chismes de pasillo donde desvinculan a la investigación de la vida cotidiana y la consideran actividad propia de genios, de *nerds*, pero la realidad es otra, todos podemos hacer investigación y los profesores tenemos un rol fundamental en motivar y concientizar al alumno.

4. La investigación científica es aquella que produce conocimientos, que se hace de manera ordenada y sistemática con la ayuda de métodos y técnicas, la investigación jurídica es investigación científica cuyo objeto de estudio es el hecho a la luz del derecho. Existen una serie de métodos propios aplicados a esta rama de la investigación, cabe destacar la *nomología* como una aportación novedosa para el estudio de un problema jurídico, ente u objeto gnoseológico.

5. Si bien la investigación es una actividad que necesita dedicación, tiempo, orden y gusto, el investigador no nace, se hace y esa es una labor conjunta de la universidad, docente y alumno, el primer acercamiento a un trabajo de investigación con ciertos requerimientos para lograr un título académico es la tesis de licenciatura, desde ahí podemos lograr que se desarrolle el ánimo y disposición en la investigación.

6. En México existen las instancias gubernamentales que fomentan la investigación, está el CONACYT y el Sistema Nacional de Investigadores, pero falta camino por recorrer, más trabajo y disposición para la educación, el desarrollo, el apoyo a investigadores e instituciones, solo así podremos avanzar como país.

7. Se debe de fomentar la cultura investigadora como parte de la vida cotidiana, trabajar en equipo y que se interrelacionen los sectores público y privado con las universidades.

8. Una parte importante de la actividad investigadora en las universidades es la difusión, compartir el conocimiento, penetrar con nuestro trabajo, propuestas y posturas en los lugares más inesperados del mundo.

Bibliografía

- ALMANAQUE MUNDIAL 2015, Televisa, México, 2015, <http://www.udg.mx/es/noticia/mexico-invierte-menos-de-lo-que-indica-unesco-en-educacion-ciencia-y-tecnologia> Fecha de consulta: agosto de 2017
- ARELLANO, Carlos, *Métodos y técnicas de la Investigación Jurídica*, Porrúa, México, 1999
- BERNAL, César, *Metodología de la Investigación*, cuarta edición, Pearson, México, 2016
- BONFILL, Guillermo, *Pensar nuestra cultura*, Alianza editorial, México, 1999
- CONACYT, *Programa especial de Ciencia y Tecnología 2001-2006*
- COVARRUBIAS, José de Jesús, *La Sociología Jurídica en México*, Cuarta edición, Porrúa, México, 2014
- _____, *Constitución para México 2017 Necesidad de una norma rectora*, Porrúa, México, 2016
- COVARRUBIAS, Rafael, *La Sociología Jurídica en México, una aproximación*, Universidad de Guadalajara, México, 1998
- DE LA BORBOLLA, Juan, Rector de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara, *Modelo Universidad Panamericana*, plática en el Curso de Inducción, Universidad Panamericana Campus Guadalajara, México, 29 de julio de 2017
- Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 19ª edición, Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid, 1970
- Diccionario de la Real Academia Española* <http://dle.rae.es/?id=P7eTCPD> Fecha de consulta: agosto de 2017.
- ESQUIVEL, Toribio, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, II tomos, segunda edición, Porrúa, México, 1984
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas*, Porrúa, S.A. México, 1997
- HERNÁNDEZ, Rafael, Vicerrector académico de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara, *Conferencia en el Claustro de la Facultad de Derecho*, Guadalajara, Jalisco 9 de agosto de 2017
- HERNÁNDEZ, Roberto, et al., *Metodología de la Investigación Jurídica*, cuarta edición, McGraw Hill, México, 2006
- HIGAREDA, Yolanda, *La dialéctica. Historia del pueblo mexicano a través de sus constituciones*, Porrúa, México, 2000
- LÓPEZ, Miguel, *Normas técnicas y de estilo para el trabajo académico*, UNAM, México, 2009
- LÓPEZ, José, *La Dirección/ Asesoría de Tesis*, Universidad Panamericana, México, 2015
- MIRANDA, Roxana, et al., *Manual Teórico Práctico para un curso de expresión jurídica*, Universidad Panamericana, México, 2011
- MIRANDA, Roxana, *El pluralismo jurídico en México desde una perspectiva constitucional (el caso de 40 comunidades autóctonas)*, Tesis

doctoral, Universidad Panamericana Campus Guadalajara, Guadalajara, Jalisco, febrero de 2017

MUÑOZ, Carlos, *Cómo elaborar y asesorar una investigación de tesis*, tercera edición, Pearson, México

RIVAS, Luis, *Panorama de la Investigación en las Ciencias Sociales en México, Análisis Crítico y cuantitativo del Sistema Nacional de Investigadores* Redalyc.org/articulo.09?id=34252004 Fecha de consulta: agosto de 2017. http://www.webometrics.info/en/Latin_America
www.conacyt.gob.mx

Fecha de recepción: 14 de agosto de 2016

Fecha de aprobación: 4 de octubre de 2017

Jane Austen y la Educación del Jurista: Ser Introducidos en Armonías

PEDRO PALLARES YABUR¹

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El núcleo de las novelas de Jane Austen: un despertar.* III. *Las virtudes austenianas.* IV. *La contemplación de la belleza: ajustar el carácter.* V. *El carácter como totalidad de una persona ajustada.* VI. *Conclusión.*

Resumen. El núcleo de las novelas de Jane Austen es la develación del carácter. Esta personalidad se manifiesta por el vínculo entre el juicio acertado, los sentimientos ajustados, el deber cumplido, la tradición respetada, y la fidelidad a las relaciones con otros. De acuerdo con Platón, si la justicia es un bien que sólo se percibe cuando la persona es justa y dispone de un ojo interior –un carácter- para percibir lo ajustado, entonces, para la formación jurídica puede valer introducir al alumno en experiencias que le presenten armonías y equilibrio. La estructura ética de las novelas de Jane Austen, tanto por su arco narrativo como por el desarrollo de los personajes, logran introducir a los alumnos en esas experiencias que los predisponen a percibir lo justo.

Palabras clave: Jane Austen, Justicia, Educación, Belleza, Ética.

Abstract. *The essence of Jane Austen's novels is the evolving of character. This personality is manifested by the bond between a right judgment, adjusted feelings, fulfilled duty, respected tradition, and fidelity in our relationships with others. According to Plato, if justice is a good that can only be perceived when the person is just and has an inner eye -a character- able to perceive the adjusted, then, for legal education may be worth to introduce the student in experiences that presents harmony and balance. The ethical structure of Jane Austen's novels, both for their narrative arc as for the development of the characters, succeed in introducing students to those experiences that predispose them to perceive the just.*

¹ Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Panamericana campus Guadalajara.

Keywords: Jane Austen, Justice, Education, Beauty, Ethics.

I] Introducción

El pasado 18 de julio de 2017 se cumplieron los 200 años de la muerte de Jane Austen², autora de *Sense and Sensibility* (1811), *Pride and Prejudice* (1813), *Mansfield Park* (1814), *Emma* (1816), *Northanger Abbey* (1818) y *Persuasion* (1818) –las dos últimas, obras postumas-.³ Parecería curioso que una facultad de Derecho publicara un trabajo sobre una escritora que, en la cultura popular quizá se conozca como novelista romántica, cercana a la literatura adolescente. Winston Churchill fue más condescendiente con ella, pero en sus historias sólo encontró entretenimiento, no formación para la vida. En efecto, el político inglés escribió en 1943:

Los médicos intentaron alejarme el trabajo de la cama, pero no los dejo. Me han repetido 'No trabajes, no te preocupes' hasta el punto de que decidí a leer una novela. Hace mucho tiempo había leído Sense and Sensibility de Jane Austen, así que pensé en leer

² Entre las biografías que pueden ser de interés encontramos: BYRNE, Paula, *The Real Jane Austen: A Life in Small Things*, Harper Perennial, New York, 2012; TOMALIN, Claire, *Jane Austen: A life*, Penguin Books, London, 1997 o WORSLEY, Lucy, *Jane Austen at Home: A Biography*, St. Martin's Press, New York, 2017.

³ Utilizaremos las traducciones de Roberto Mares (*Sensatez y Sentimientos*), María Antonia Ibáñez (*Orgullo y Prejuicio*), Francisco Torres (*Mansfield Park*), Carlos Pujol (*Emma*), Isabel Oyarzábal (*La abadía de Northanger*) y de Francisco Torres (*Persuasión*). Debe tomarse en cuenta que [e]l problema principal con el que nos encontramos en el caso de las obras [de Jane Austen] traducidas en tantas ocasiones es que no todas las ediciones corresponden a las traducciones originales, sino que muchas son reediciones, y a veces, el nombre del traductor se ha eliminado de los créditos. Esto es preocupante, puesto que las editoriales a veces se limitan a reimprimir los textos, sin una revisión previa. De esta forma, se siguen publicando traducciones de hace décadas sin modificaciones y, por tanto, con errores. En concreto, en el año 2013 se han llegado a publicar ediciones «commemorativas» de la obra con traducciones de hace décadas (JIMENEZ CARRA, Nieves, *Traducir a Jane Austen: el reto de un estilo*, E-AESLA, Revista Digital, no. 1, 2015, <https://cvc.cervantes.es/lengua/eaesla/pdf/01/72.pdf>, Fecha de consulta: septiembre de 2017). La misma autora, en otro trabajo sostiene que el número elevado de traducciones o ediciones aparecidas desde 1924 no debe llevarnos a engaño. Muchas de ellas... son copias de otras. Algunas son resultado de la modificación de otro texto en palabras o estructuras de frases, aunque esto no impide que un análisis más detallado revela el verdadero texto original [...] Efectivamente, *Pride and Prejudice* es una obra muy traducida; sin embargo, muchas de sus ediciones son versiones repetidas o disfrazadas (JIMENEZ CARRA, Nieves, *Análisis y estudio comparativo de tres traducciones españolas de Pride and Prejudice*, Tesis Doctoral, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Málaga, 2007, pp. 112-113, 338).

Pride and Prejudice. [...] ¡Qué vida tan apacible vivían estos personajes! No les preocupaba la Revolución Francesa, o la lucha de las Guerras Napoleónicas. Sólo les importa los modales con los que controlan las pasiones naturales del mejor modo posible, al mismo tiempo, las finas explicaciones sobre pequeños incidentes.⁴

Es verdad, durante la vida de Jane Austen (1775-1817) se sucedió la Revolución Francesa, la guillotina de Robespierre y las guerras Napoleónicas con más de 300 mil bajas en el ejército inglés. Nuestra autora parece evitar esos temas, como si sus personajes vivieran ajenos a la *gran* historia de su tiempo. Sus narraciones son prácticamente domésticas: se sucede en bailes, la vida del campo, parroquias, en noviazgos y en búsqueda de matrimonios felices. En pocas ocasiones se discuten las tensiones sociales de la época: aparece un debate sobre la esclavitud en *Mansfield Park*, y otro más sobre el deber social ante los miembros de la Marina, en *Persuasion*.

Pero la vida de Austen fue todo menos encerrarse en una caja de cristal. Su padre contaba con una biblioteca bastante completa de la que sabemos que leía asiduamente. Su tía Philadelphia emigró a la India, pero no dejó de enviar cartas y productos a su familia en Inglaterra. La hija de tía *Philia*, Eliza, contrajo nupcias con un francés de cierta aristocracia que la hizo *Condesa*. Cuando Francia abolió la Monarquía a favor de la República, las preocupaciones de su prima eran conocidas y vividas de cerca por la familia Austen, quienes ofrecieron refugio a su prima. Cuando Jane Austen cumplió 20 años, a Eliza y a su esposo les fueron confiscados sus bienes. Pocos días después, el Conde murió guillotinado.

En otros momentos de su vida, ella experimentó la pobreza en la que cayó su padre y la bancarrota de uno de sus hermanos. Otros dos, Charles y Frank pertenecían a la armada naval inglesa. Uno más, fue cedido en adopción a un pariente con más recursos para convertirlo en su heredero, ofreciéndole un futuro que su familia de sangre no podría ofrecerle. Ella misma padeció el desprecio por carecer de recursos económicos, y en otro momento la humillación de rechazar un matrimonio que le habría resuelto su futuro económico. Para una mujer de su época, Jane Austen conocía excepcionalmente de cerca lo que sucedía en el mundo. ¿Entonces por qué sus novelas se reducen a escenas de la vida privada? ¿Por qué parece que vive en un mundo idílico que tanto envidiaba Churchill, casi 100 años después? ¿Se puede educar un jurista con novelas así ajenas al mundo real?

⁴ CHURCHILL, Winston, *Closing the Ring*, Houghton Mifflin, Boston, 1951, p. 425

En este artículo ofreceremos posibles ideas sobre cómo el horizonte vital descrito en las novelas de Jane Austen puede ser aprovechado en la formación jurídica. En primer lugar, desarrollaremos el *despertar* como experiencia central de la narración *austeniana*. Después, explicaremos cómo entiende esta autora el conocimiento y la puesta en práctica, dentro de su cultura, el concepto de virtud y precisaremos cuáles son las principales excelencias humanas dentro de ese horizonte ético. En tercer lugar, abordaremos uno de los promotores de la maduración del carácter de acuerdo con Austen: la contemplación de la belleza. Por último, describiremos la exigencia de armonía –de personalidades equilibradas o justas– entre todos los ámbitos de la vida humana, sin la cual no florecería la persona ni la sociedad.

Nuestro argumento, como puede intuirse, parte de la hipótesis de que a Jane Austen le interesaba principalmente definir a sus personajes a partir de su carácter, de su cualidad moral. Es decir, sus novelas no son sólo la historia de una elección matrimonial, sino más bien, ese contexto le sirve de marco para mostrar a los personajes. De este modo, su preocupación es delinear al protagonista desde su temperamento, aquella forma de ser que muestra con la acción, y que lo presenta como alguien merecedor de afecto.

Así por ejemplo, cuando las hermanas Dashwood, en *Sense and Sensibility*, intentan reconocer el tipo de relación entre la mayor con Edward Ferras, Elinor articula una descripción moral del *candidato*: sopesa su posición y sus deberes y ella misma se ubica ante lo que descubre. Por el contrario, Marianne sólo se interesa por lo que la emociona y cómo son compatibles los sentimientos que él genera en su hermana:

—De su bondad y buen juicio —continuó Elinor—, en mi opinión nadie podría dudar, nadie que lo haya conocido al punto de sostener con él una conversación sin ataduras. La finura de su inteligencia y sus principios sólo puede velarla esa timidez que a menudo lo obliga a guardar silencio. Tú lo conoces lo bastante para dar cuenta de la veracidad de sus auténticas cualidades [...] He sabido muchas cosas de él, he estudiado sus sentimientos y escuchado su parecer en asuntos literarios, o en general de buen gusto, por lo que me atrevería a afirmar que su inteligencia está bien cultivada, que su placer por la lectura es grande, su imaginación es viva, sus observaciones justas y correctas, y sus gustos puros y delicados. Sus facultades se perciben como mejores en todos los campos a medida que se le va tratando, tanto como sus modales como su físico. En una primera impresión, ciertamente, no nos deslumbra su forma de ser, y apenas puede

decirse que sea guapo, hasta que uno se percata de la expresión de sus ojos, que son extraordinariamente bondadosos, y de la dulzura general de su semblante. A estas alturas lo conozco tan bien que me parece guapo de verdad; o, si es mucho decir, casi guapo. ¿Tú que crees Marianne?

—Estoy segura de que muy pronto lo encontraré guapo, Elinor, si bien ahora no lo veo así. Cuando me pidas que lo quiera como a un hermano, dejaré de ver la imperfección de su rostro, como no la veo ahora en su corazón.

Elinor se sobresaltó al oír estas palabras, y lamentó las efusiones que la habían traicionado al hablar de él. Notaba que Edward ocupaba un lugar muy alto en su consideración. Creía que el interés era mutuo; pero necesitaba estar más segura ante de permitirse respaldar la fe que Marianne tenía en sus relaciones.⁵

Una reflexión similar la encontramos en *Pride and Prejudice*. En una conversación con Charlotte Lucas, Elizabeth Bennet, se pregunta si su hermana Jane ha logrado conquistar su pretendiente y sobre qué base: el conocimiento de su carácter o el reconocimiento de una compatibilidad emocional. Para la protagonista, no basta que se gusten, lo esencial consiste en descubrir su temperamento:

Jane... no actúa con premeditación. Todavía no puede estar segura de hasta qué punto le gusta, ni el porqué. Sólo hace quince días que la conoce. Bailó cuatro veces con él en Meryton; le vio una mañana en su casa, y desde entonces ha cenado en su compañía cuatro veces. Esto no es suficiente para que ella conozca su carácter. [...] [E]n esas cuatro veladas lo único que pudieron hacer es averiguar qué clase de bailes les gustaba a cada uno, pero no creo que hayan podido descubrir las cosas realmente importantes de su carácter.⁶

Miss Lucas no parece convencida, para ella el matrimonio no puede ser decidido a partir de una forma de ser, sino de una apuesta emocional:

—Bueno —dijo Charlotte—. Deseo de todo corazón que a Jane le salgan las cosas bien; y si se casase con él mañana, creo que tendría más posibilidades de ser feliz que si se dedica a estudiar su carácter durante doce meses. La felicidad en el matrimonio es sólo cuestión de suerte. El que una pareja crea que son iguales o se conozcan bien de antemano, no les va a traer la felicidad en

⁵ *Sense and Sensibility*, 1811, Cap. 4.

⁶ *Pride and Prejudice*, 1813, Cap. 6.

*absoluto. Las diferencias se van acentuando cada vez más hasta hacerse insoportables; siempre es mejor saber lo menos posible de la persona con la que vas a compartir tu vida.*⁷

Elizabeth, incrédula, responde: *Me haces reír, Charlotte; no tiene sentido. Sabes que no tiene sentido; además tú nunca actuarías de esa forma.*⁸

Una respuesta así, no tendría sentido si Jane Austen hubiera querido escribir novelas rosas, o historias costumbristas y emocionales. A la escritora inglesa le interesa explorar personalidades, anudar a sus personajes a partir de su carácter: ¿quiénes son en realidad? ¿Cómo podríamos reconocer su temperamento? ¿Cómo podemos ser engañados o manipulados? ¿Qué defectos en nuestro carácter nos inducen a equivocarnos o dejarnos adular?

Por eso, si Jane Austen hubiera escrito novelas rosas, llamaría mucho la atención que en el nudo central del relato –la declaración amorosa–, se omita el discurso edulcorado propio de esas historias. Los evita voluntariamente. Más aún, las únicas peticiones de matrimonio que se presentan con toda nitidez –por las palabras, las reacciones de los interlocutores, etc.– son aquellas que no funcionan.

En *Pride and Prejudice*, por ejemplo, William Collins y Fitzwilliam Darcy declaran infructuosamente su amor a Elizabeth –de forma cómica el primero y presuntuosa el segundo–. Pero en la propuesta eficaz, el segundo intento de Darcy, el discurso del protagonista se centra en una escueta referencia al pasado que produce esta reacción de Elizabeth:

*[ella] le dio a entender que sus sentimientos habían experimentado un cambio tan absoluto desde la época a la que él se refería, que ahora recibía con placer y gratitud sus proposiciones.*⁹

También, en *Sense and Sensibility* encontramos la misma sequedad:

Cuando se reunieron todos a la mesa a las cuatro en punto, unas tres horas después de su llegada, tenía ya el sí de su amada, el consentimiento de la madre de ésta, y era, no sólo en las palabras

⁷ Ídem.

⁸ Ídem.

⁹ *Pride and Prejudice*, 1813, Cap. 58.

extasiadas de un enamorado, sino también en la realidad de la razón y la verdad, el más feliz de todos los hombres.¹⁰

Lo mismo se lee en *Mansfield Park*:

Me abstengo adrede de aportar detalles sobre este punto [el modo en que Edward se declaró a Fanny], para que todo el mundo pueda libremente poner los suyos, [...] Yo sólo ruego a todos que crean que en el momento exacto en que fue completamente natural que ocurriera así [...] La dicha de Edmund al saberse amado durante tanto tiempo por semejante corazón debió de ser lo bastante grande para avalar la fuerza de las palabras con que se la describió a ella y a sí mismo.¹¹

G.K. Chesterton piensa que en esa *parquedad* se encuentra la originalidad de Austen: esa rara habilidad para captar el corazón de lo humano sin dejarse atrapar por la exuberancia o lo extravagante de una historia romántica. Si hubiera querido, hubiera sido capaz de acaramelar sus relatos, tal y como lo había mostrado en sus escritos juveniles. Escribe Chesterton:

Si parece raro calificarla como elemental, parecería igual de extraño llamarla exuberante. Estas páginas [sus obras juveniles] revelan su secreto; y es que Austen era naturalmente exuberante. Su fuerza proviene, al igual que en el origen de cualquier otra fuerza, del control y dirección de esa exuberancia. Encontramos en sus obras una presencia y un empuje de vitalidad detrás de las mil trivialidades; podría en efecto haber sido exuberante si hubiera querido [...] Jane Austen es el reverso mismo de una solterona almidonada y famélica. Podría haber sido un bufón [...] si hubiera querido. Y esto es lo que le da una fuerza infalible a su ironía. Tras la fachada desapasionada de esta artista también está la pasión; pero su pasión, tan original, era una especie de alegre burla y de espíritu combativo contra todo lo que ella consideraba mórbido, laxo y venenosamente estúpido.¹²

La genialidad de Jane Austen la constituye su *parquedad*, un escueto realismo con el que describe –o mejor dicho, no describe– lo que le importa realmente: cuál es el carácter que tiene ante sí; y a partir de él, cuáles son las emociones que *valen* de verdad, por qué motivo son auténticas; y si son auténticas, han de

¹⁰ *Sense and Sensibility*, 1811, Cap. 49.

¹¹ *Mansfield Park*, 1814, Cap 48.

¹² CHESTERTON, Gilbert Keith, *Preface, Love and Friendship and other early works*, Frederick A. Stokes Company Publishers, New York, 1922, p. xvi

aparecer sin cebarse en su propio éxito. Esa precaria descripción de emociones las rescata de lo superficial e insulso y prepara las más agudas ironías contra las emociones de adolescente inmadura. La expresión grotesca y fogosa de los sentimientos es para Jane Austen, un recurso irónico con el que describe precisamente cómo no han de ser esas emociones: anárquicas, irrazonables, insolidarias, efímeras, ruidosas.

Así está delineada, solo por referir unos ejemplos, Marianne Dashwood (*Sense and Sensibility*) o Lydia Bennet (*Pride and Prejudice*); pero más claramente en Catherine Morland, la protagonista de *Northanger Abbey*. En efecto, la Miss Morland, carecía de talento natural:

–jamás aprendió nada que no se le enseñara y que muchas veces se mostró desaplicada y en ocasiones torpe-, posición social o personalidad; por lo que [n]adie que [la] hubiera conocido [...] en su infancia habría imaginado que el destino le reservaba un papel de heroína de novela.¹³ En su formación empezó a aficionarse a las lecturas serias, que al tiempo que ilustraban su inteligencia, le procuraban citas literarias tan oportunas como útiles para quien estaba destinada a una vida de vicisitudes y peripecias.¹⁴

Las lecturas serias a las que se refiere el narrador –quien padece del mismo desajuste que el personaje– son novelas sentimentales para mujeres sin carácter. Incluso su madre busca en ellas una solución a la melancolía de su hija:

En uno de los libros que tengo arriba hay un estudio muy interesante acerca del tema. [...] Lo buscaré para que lo leas. Seguramente encontrarás en él consejos de provecho.¹⁵

Esta disposición la predispone a fallar en el juicio y suponer que la muerte de la Mrs. Tinley ocurrió a la sombra de un crimen pasional, a imitación de lo que leyó en sus novelas rosas. En efecto, algo en el carácter de Miss Morland la incapacitaba para darse cuenta del verdadero infortunio de la Abadía de Northanger. Con su imaginación desbocada, invadió por curiosidad intimidades ajenas, creyó en asesinatos impulsivos y lastimó a quien amaba:

Sus románticas imaginaciones habían concluido. Catherine había abierto los ojos del todo. Las palabras de Henry [Tinley], aunque

¹³ *Northanger Abbey*, 1818, Cap. 1.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ *Northanger Abbey*, 1818, Cap. 30.

parcas, le habían hecho ver mejor lo disparatado de sus últimas fantasías que todos sus desengaños previos. Se sentía profundamente humillada [...] Sus desvaríos, que ahora se le antojaban punibles, habían quedado a la vista de su amigo. [...] Recordó con qué sentimientos se había preparado para conocer Northanger. Comprendía que ya antes de abandonar Bath se había producido el encaprichamiento y el mal estaba hecho; parecía que todo ello fuese producto del influjo de aquella clase de lecturas a las que se había aficionado. Fascinantes como eran todas las obras de la Señora Radcliffe, e incluso las de sus imitadores, tal vez no era en ellas donde había que buscar la esencia de la naturaleza humana o, cuando menos, la de los condados del interior de Inglaterra.¹⁶

II] El núcleo de las novelas de Jane Austen: un despertar

En este pasaje se expresa un despertar, un desengañarse, a través del cual el personaje reconoce con dolor que ha cometido un error en su juicio sobre un evento o persona. Pero en el relato, también se señala que el problema no es solo un fallo en el juicio: este desatino surge de la propia forma de ser. El carácter desajustado la predispone tanto a cometer esa equivocación como a su ceguera para conocerse a ella misma. El yerro manifiesta una disonancia entre el modo de ser, el deber y la tradición. Esa dinámica se replica claramente, por mencionar un caso de cada novela, en Elizabeth Bennet –*Pride and Prejudice*–, Marianne Dashwood –*Sense and Sensibility*–, Emma Woodhouse –*Emma*–, Sir Tomas Bertram –*Mansfield Park*– o en Frederick Wentworth –*Persuasion*–. Así se describe el despertar de Marianne:

¡Oh Elinor! –exclamó-. Después de esto, voy a detestarme para siempre. ¡Qué insensible he sido contigo! ¡Contigo, que has sido mi único alivio, que has cargado con todas mis penas, que sólo por mí parecías sufrir! ¡Y he aquí mi gratitud! ¿No había otra forma de pagártelo? Sólo porque ante tus virtudes desmerezco he estado intentando acallarlas [...] Consideré lo ocurrido, vi que, desde que conocí a Willoughby el otoño pasado, mis actos no habían sido sino una sucesión de imprudencias contra mí misma, una falta de consideración hacia los demás. Vi que mis propios sentimientos habían preparado mis agonías, y que había sido mi falta de entereza ante ellos lo que casi me lleva a la tumba. Yo había sido, lo sé bien, la única responsable de mi dolencia, e incluso entonces sabía que obraba mal al descuidar mi salud de aquel modo. De haber muerto, habría sido por autodestrucción

¹⁶ Northanger Abbey, 1818, Cap. 25.

[...] Yo tenía tu ejemplo delante..., ¿y de qué me servía? ¿Acaso presté más atención a ti o a tu bienestar? ¿Acaso imité tu paciencia, o aligeré tus cargas, participando de algún modo en esas obligaciones, en esas muestras de cortesía general o de gratitud particular que hasta entonces había confiado a tu entera responsabilidad? No..., y tampoco cuando supe que eras desdichada, igual que cuando te creía feliz, hice el menor esfuerzo impuesto por el deber o la amistad; sólo yo podría ser la única en sufrir, la única en llorar mis penas, permitiendo así que tú, por quien sentía un amor sin límites, fueras desgraciada a mi costa¹⁷

Cuando Elizabeth Bennet despierta parece reconocer que su error en la conducta ante los demás, no implicaba solamente fallar en el juicio sobre un suceso: también era señal de lo propio que se conocía a ella misma. Su despertar es sinónimo de caer en la cuenta de quién es ella misma. Platón –y sin duda Sócrates– pensaban que ciertos bienes sólo son reconocibles cuando el carácter de la persona posee las excelencias apropiadas para percibir el bien al que apuntan. De tal manera que sin un carácter dispuesto hacia el estudio, por ejemplo, el personaje sería incapaz de reconocer el bien propio que se realiza con su esfuerzo por aprender. Fallará en su juicio sobre la instrucción, la disciplina para aprender; y lo más serio, será incapaz de darse cuenta de su atrofia¹⁸. Del mismo modo, el carácter desajustado de Elizabeth, le impedía reconocer lo inapropiado de sus acciones, el error en su conducta ante los demás, y peor aún la incapacitaba para conocerse ella misma. Por eso descubrir su error, es despertar para reconocer una deficiencia en su forma de ser. Por eso no oculta su dolor:

¡De qué modo tan despreciable he obrado –pensó–, yo que me enorgullecía de mi perspicacia! ¡Yo que me he vanagloriado de mi talento, que he desdeñado el generoso candor de mi hermana y he halagado mi vanidad con recelos inútiles o censurables! ¡Qué humillante es todo esto, pero cómo merezco esta humillación! Si

¹⁷ *Sense and Sensibility*, 1811, Caps. 37, 46.

¹⁸ Romano Guardini, explica que en una situación similar, Platón diría: *cada objeto necesita verdaderamente, para ser conocido, una actitud [una virtud] adecuada a él, una actitud [un carácter] que posibilite las vivencias correspondientes a ese objeto, que proporcione el punto de vista adecuado y que active el modo de ver correcto. Esto rige tanto más estrictamente, cuanto más elevado sea el objeto de que se trate. No se puede contemplar lo vital desde la actitud que se aplica al ámbito de lo mecánico, porque entonces solo se ve lo mecánico* (GUARDINI, Romano, *La muerte de Sócrates. Una interpretación de los escritos platónicos Eutífrón, Apología, Critón y Fedón*, Palabra, Madrid, 2016, p. 218)

*hubiese estado enamorada de Wickham, no habría actuado con tan lamentable ceguera. Pero la vanidad, y no el amor, ha sido mi locura. Complacida con la preferencia del uno y ofendida con el desprecio del otro, me he entregado desde el principio a la presunción y a la ignorancia, huyendo de la razón en cuanto se trataba de cualquiera de los dos. Hasta este momento no me conocía a mí misma.*¹⁹

El despertar de Emma Woodhouse es muy similar, quien había gastado sus días en juzgar a otros y entretenerse arreglando su vida como le parecía mejor. Su atrofia en el carácter le impedía descubrir quién era ella realmente, y qué valor mostraban sus acciones:

*Unos pocos minutos bastaron para revelarle lo que había en su propio corazón. [...] En aquel corto espacio de tiempo comprendió cuál había sido su conducta y vio claro en su propio corazón. Lo vio todo con una lucidez como hasta entonces nunca había tenido. ¡Qué mal se había estado portando con Harriet! ¡Con qué falta de atención y de delicadeza! ¡Qué insensato y qué cruel había sido su proceder! ¡Cómo había podido dejarse llevar por aquella ceguera, aquella locura? Se daba perfectamente cuenta de lo que había hecho y estaba tentada de aplicarse a sí misma los términos más duros. [...] ¿Cómo podía comprenderlo todo? ¿Cómo podía comprender que hubiera estado engañándose a sí misma de aquel modo hasta entonces, viviendo en aquel engaño? ¡Aquellos errores, aquella ceguera de su mente y de su corazón! Se quedó sentada, se paseó, anduvo de una a otra habitación, probó a pasear por el plantío... En todos los lugares, en todas las posiciones no podía dejar de pensar que había obrado de un modo insensato; que se había dejado engañar por los demás de un modo mortificante; que se había estado engañando a sí misma de un modo más mortificante aún; que se sentía desgraciada y que probablemente aquel día no era más que el principio de sus desgracias. Por el momento lo primero que debía hacer era ver claro, ver totalmente claro en su propio corazón.*²⁰

De modo que, si en sus novelas el momento en el que el personaje *despierta* se describe con tanto detalle, quiere decir que el arco narrativo debe transitar desde un carácter atrofiado hacia un ajustarse que permita descubrir, *¿quién soy realmente?* Entonces, si bien es cierto que el ambiente de sus historias fluye en

¹⁹ *Pride and Prejudice*, 1812, Cap. 35.

²⁰ *Emma*, 1816, Cap. 47.

torno a la vida cotidiana, el matrimonio y las fiestas; a Jane Austen le interesa, en primer lugar, develar el carácter de cada personaje, descubrir quién es cada uno y explorar cómo alguien puede ocultar su verdadero temperamento y engañar al resto. Y, en un segundo momento, describir cuáles son las características de ese temperamento ajustado.

Bajo esta lógica tiene sentido que una novela comience así:

*Emma Woodhouse, bella, inteligente y rica, con una familia acomodada y un buen carácter, parecía reunir en su persona los mejores dones de la existencia; y había vivido cerca de veintiún años sin que casi nada la afligiera o la enojase.*²¹

O que despida a Marianne Dashwood de esta forma:

*«[ella] había nacido para un destino extraordinario. Había nacido para descubrir la falsedad de sus opiniones, y para contrarrestar, con sus obras, sus más preciadas máximas.*²²

O que la toma de conciencia de Sir Thomas Bertham en *Mansfield Park* se describa así:

*a]margamente lamentaba una deficiencia que ahora casi no entendía cómo había sido posible. Con un sentimiento de desventura, se daba cuenta de que, pese al dinero y los cuidados dedicados a su rígida y costosa educación, había criado a sus hijas sin haber comprendido ellas sus deberes elementales, ni haber llegado él a conocer el carácter y la personalidad de ninguna de las dos.*²³

III] Las virtudes *austenianas*

Jane Austen describe el carácter de sus personajes a partir de las virtudes que viven o de los requerimientos del decoro, el deber o la tradición que lastiman. Así pues, ¿qué entiende por virtudes? ¿Cuáles son las excelencias que orientan a los protagonistas? ¿Cómo se educan? Alasdair MacIntyre explica que *virtud* es una excelencia que nos capacita para lograr los bienes internos de una práctica; y su carencia, un defecto que impide, no

²¹ *Emma*, 1816, Cap. 1.

²² *Sense and Sensibility*, 1811, Cap. 50.

²³ *Mansfield Park*, 1814, Cap 48.

sólo ejecutar un tipo de acción, sino contemplar el bien al que esa práctica apunta y razonar de modo adecuado a ese bien.²⁴

Por ejemplo, un alumno que carezca de la virtud de la responsabilidad, es incapaz, no sólo de cumplir adecuadamente con sus encargos, sino que también su ceguera impedirá que se dé cuenta de la excelencia que lograría ejecutando esa acción. Al mismo tiempo será incapaz de razonar adecuadamente sobre lo que se requiere para ser responsable. Un estudiante así, será incapaz de comprender por qué el profesor dispone unos comportamientos y prohíbe otros.

En consecuencia, para él, las normas de clase, en el contexto de una tradición educativa concreta –la cultura escolar-, serán vistas como una imposición externa e irrazonable; los personajes que son modelos de esos valores, le parecerán fanáticos; y la tradición que acoge narrativamente a los actores, una imposición del pasado.

Pero si un joven se inscribe a una escuela, es introducido a una tradición sobre el modo eficaz de enfrentar el trabajo académico. A través de las normas y del cumplimiento de sus deberes, –gracias a la confianza y admiración que despierten en él sus profesores- poco a poco se va acostumbrando, no sólo a realizar lo que se le pide, sino que se habitúa al bien al que apuntan esas prácticas. Con la práctica se convierte en alguien hábil, en algún nivel, para saber cómo ejecutar su trabajo, cómo compartirlo con otros como él, cómo justificarlas racionalmente, quererlas eficazmente y gozarlas establemente.

En resumen, la *excelencia* escolar sólo se logra si se siguen las *prácticas* que se protegen y promueven con las reglas y leyes de esa actividad. Éstas últimas sólo se justifican en función de las *prácticas* que se han de realizar. A su vez, las *prácticas*, tienen sentido en función de los *bienes* internos a los que apuntan esas acciones. Tenemos pues que las *leyes, reglas y principios* que sigue un aprendiz, lo introducen en unas prácticas tal y como las vive una tradición: el *novato* académico requiere de una comunidad de personas hábiles y experimentadas en las prácticas y en los bienes

²⁴ MACINTYRE, Alasdair, *Tras la virtud*, traducido por VALCÁRCEL, AMELIA, Barcelona, Crítica, 2001; el argumento que resumimos se desarrolla, principalmente en el capítulo 16 del libro, pp. 336-361. Por *práctica*, el escocés entiende «cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa, establecida socialmente, mediante la cual se realizan los bienes inherentes a la misma mientras se intenta lograr los modelos de excelencia que le son apropiados a esa forma de actividad y la definen parcialmente, con el resultado de que la capacidad humana de lograr la excelencia y los conceptos humanos de los fines y bienes que conlleva se extienden sistemáticamente. *Ibidem*, p. 282

internos a ellas, gracias a la cual puede ser introducido tanto a las prácticas, como a los bienes²⁵. Esa comunidad y esas prácticas comparten una historia, una herencia, una tradición gracias a la cual las hacen inteligibles, *educables* y *aprendibles*.

Para MacIntyre, Jane Austen refleja esta forma de comprender la virtud como la interacción de *prácticas*, *bienes* a los que éstas apuntan; mediante su inserción a una *tradición* que ofrece modelos, narrativas, exigencias para cada personaje; a través de *acciones* que las manifiestan; mediante *contexto* donde son inteligibles.

Para la escritora inglesa, en un mundo en apariencia idílico –bailes, bodas, vida en el campo–, se exige y se espera que cada personaje tome en serio algo realmente exigente, demandante y hasta heroico: el sentido común, la valentía, la moderación, la fortaleza para cumplir con el deber, la *propriety*, el decoro, el respeto a la tradición, la confianza. Y curiosamente, la recompensa a esa fidelidad a los principios y al carácter equilibrado y humano, es una felicidad sin grandes pretensiones: la vida en bailes, cenas,

²⁵ John Finnis ofrece un listado de bienes humanos básicos que son descubiertos como logros racionales evidentes: ningún ser inteligente les negará la condición de bien autoevidente. El profesor de Oxford se refiere a la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad, la razón práctica, y la religión (cf. FINNIS, John, *Natural Law and natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 85-90). Sin embargo, MacIntyre se aleja de la postura de Finnis, a la que acusa de cierto intelectualismo. En efecto, el australiano sostiene que la razón humana, si sigue su propia estructura racional, logra descubrir cómo operar en concreto un bien elemental, valorado en sí mismo, evidente para la razón. Para este logro, no es necesario esencialmente, –al mismo tiempo en que se realiza el razonamiento–, aprender de otros, honrar una tradición, o edificar una comunidad. Por el contrario, el escocés sostiene que los preceptos de la ley natural son estructuras racionales que operan sin ser formuladas explícitamente cuando el ser humano funciona normalmente. Es decir, la ley natural *aparece* y se *experimenta* en el momento en que la persona se pregunta e investiga por la acción en que realizará *este bien*; siempre y cuando *este bien* se comprenda como un bien multiforme; un bien que es al mismo tiempo (i) de la *persona*, (ii) del *personaje* –el fin propio del *officium*– (iii) de la comunidad relevante para esa acción y ese personaje. En otras palabras, una persona sólo experimenta la ley natural, cuando ella en cuanto estudiante, debe aprender qué acción logra el fin propio de *esta comunidad académica* a la que pertenece; al mismo tiempo cómo esa acción, hace eficaz los bienes que se requieren para ser *este estudiante*. Entonces, al elaborar ese argumento, aparece una estructura racional que señala una inclinación por el bien en cuanto *persona humana* que se pone en juego con esa acción. Sólo así aparece la ley natural o «la fórmula ideal de desarrollo de un ser determinado (MARITAIN, Jacques, *Man and the State*, Chicago, Chicago University Press, 1951, p. 88)». El argumento completo de MacIntyre se puede ver en MACINTYRE, Alasdair, *Teorías del derecho natural en la cultura de la modernidad avanzada*, en Doxa, Cuadernos de Filosofía, 35, 2012, pp. 513-526

libros, conversaciones, excursiones, un buen matrimonio y la armonía familiar. La virtud, en Jane Austen, no se entiende si no está inserta en una tradición.

El catálogo de virtudes *austenianas* se puede reducir, según MacIntyre, a cuatro tipos de *prácticas* sobre bienes humanos: la constancia, la autenticidad, el autoconocimiento y la afabilidad. Gracias a la primera, el personaje logra consistencia propia y unidad narrativa: el personaje es una auténtica persona ante otro, reconocible por ellos y por él mismo. De este modo, las heroínas que son *constantes* en el carácter, en su deber, en el respeto a la tradición, logran un final feliz.

Un buen ejemplo es Elinor Dashwood, en *Sense and Sensibility*. Sin pretenderlo, queda atrapada entre la espada y la pared. Por un lado, debía guardar un secreto que se le había comunicado abusando de su confianza: el compromiso entre Lucy Steele con Edward Ferras –Elinor sentía afecto por éste-. Y por el otro, debía mantenerse fuerte para servir de apoyo a su hermana Marianne –quien padecía una injusta desilusión amorosa-. Cuando el compromiso de Edward y Lucy sale a la luz, Marianne –una sentimental- se sorprende de que su hermana no hubiera estallado en llanto y tragedia, como ella pensaba que se debía actuar. Elinor le responde que el cumplimiento del deber y del decoro, la habían llevado a soportar y a madurar sus sentimientos, aunque de forma dolorosa. La constancia, la fidelidad a sus compromisos, la habían ajustado. Ahora, parece concluir la mayor de las Dashwood, era ella quien podía gozar de unos sentimientos más profundos y duraderos: porque estaban ajustados. La cita es larga, pero vale la pena reproducirla:

Sé lo que quieres decir. Pones en duda mi capacidad de sentir. Durante cuatro meses, Marianne, he llevado en el alma toda esa incertidumbre, sin ser libre de hablar de ella en ningún momento y con ninguna persona; he sabido que tú y tu madre serían totalmente infelices si se les hubiese revelado, y todo ello sin posibilidad siquiera de prepararse por algún medio. Ella me lo dijo..., en cierta medida fui obligada a escucharlos de labios de la misma persona que con su antiguo compromiso arruinaba todos mis planes; y me lo dijo, y así lo pensé, como un triunfo. Por eso he tenido que luchar contra la suspicacia de esta persona, esforzándome en fingir indiferencia cuando más afectada me sentía; y más de una vez..., más de una vez he tenido que soportar el escuchar impávida el relato de sus esperanzas y exaltaciones... Me he visto separada de Edward para siempre, sin conocer un solo motivo que pudiera hacer el vínculo menos deseable a mis ojos. Nada ha demostrado que sea indigno, ni nada ha probado

*su indiferencia hacia mí. He tenido que combatir los desprecios de su hermana, y la insolencia de su madre; y he sufrido los castigos del amor sin disfrutar ninguna de sus ventajas. Y todo eso ha sucedido en una época en la que, como tú bien sabes, no sólo yo era infeliz. Si me vez capaz, quizás, de haber tenido algún sentimiento, seguramente imaginarás ahora que sí he sufrido. La moderación con que finalmente puedo considerar lo ocurrido, el consuelo que he buscado y deseado, no se han conseguido sino tras esfuerzos dolorosos y constantes; no han nacido por sí solos; no han podido ser mi alivio desde el principio... No, Marianne. Y si el silencio no me hubiera atado, quizá nada habría podido privarme, ni siquiera lo que debía a mis allegados, de manifestar sin reparo lo muy infeliz que era.*²⁶

La segunda virtud es la *autenticidad*, práctica que permite indirectamente distinguir la apariencia de virtud de la excelencia real. Todos los antagonistas carecen de esta virtud; incluso, muchos de ellos esconden su impericia en una máscara: John Willoughby –*Sense and Sensibility*-, George Wickham –*Pride and Prejudice*-, Frank Churchill –*Emma*- o Henry y Mary Crawford –*Mansfield Park*-.

Un mejor ejemplo, entre autenticidad como virtud y la tradición como educadora de la misma, lo encontramos en el famoso diálogo de Elizabeth Bennet con Mr. Darcy, cuando éste le propone matrimonio por primera vez. Sobre él, recae la obligación por costumbre de exaltar el mérito de su amada, pero Darcy señala la irracionalidad de un matrimonio tan desigual. Sobre Elizabeth, la tradición imponía el deber de agradecer la propuesta antes de declinarla. Ella prefiere desatender esa carga:

*En estos casos creo que se acostumbra a expresar cierto agradecimiento por los sentimientos manifestados, aunque no puedan ser igualmente correspondidos. Es natural que se sienta esta obligación, y si yo sintiese gratitud, le daría las gracias. Pero no puedo; nunca he ambicionado su consideración, y usted me la ha otorgado muy en contra de su voluntad.*²⁷

Más adelante, en el despertar de Elizabeth, ella descubre que de haber seguido esa tradición hubiera reconocido que estaba equivocada desde el principio. Se había predispuesto en contra de Darcy, –no sólo por culpa de su orgullo y prepotencia-, sino porque había creído una información, confidencial y delicada, que le había compartido Mr. Wickham. ¿Por qué la había tomado como válida si su informante era prácticamente un desconocido para ella? Si

²⁶ *Sense and Sensibility*, 1811, Cap. 37.

²⁷ *Pride and Prejudice*, 1813, Cap. 34.

hubiera seguido las reglas del decoro, tendría que haber dudado de la veracidad de lo que le narraba Mr. Wickham.

Esta ruptura contra la tradición, el rechazo a cumplir con los deberes esperados para su personaje y posición –vinculados esencialmente a una cultura- la habían dejado vulnerable y abandonada a su orgullo y prejuicio. Se había puesto en riesgo de traicionarse a sí misma. Elizabeth descubre esta ruptura entre el abandono de *los buenos modales* y su falsedad: «Hasta este momento no me conocía a mí misma». Más adelante, tras su reconciliación con Darcy reconoce que:

[d]espués de haberle rechazado tan odiosamente cara a cara, no podía tener reparos en decirle lo mismo a todos sus parientes. [...] No vamos a discutir quién estuvo peor aquella tarde. Bien mirado, los dos tuvimos nuestras culpas. Pero me parece que los dos hemos ganado en cortesía desde entonces. [...] Me porté mal, pero fue sin intención. Nunca quise engañarle, y sin embargo muchas veces me equivoco.²⁸

La tercera virtud *austeniana*, es el *autoconocimiento*, la capacidad eficaz de descubrir a partir de una honesta reflexión, quiénes somos en realidad. El *despertar* del que hemos hablado, se lograba gracias a la reflexión eficaz sobre la propia vida. Un autoconocimiento que surgía de una especie de arrepentimiento. Es el *autoexamen* –la sincera entrevista consigo misma, la *contemplación* y *reflexión* de la vida digna que se pone en juego con la acción- lo que permite el reconocimiento y confesión de la propia culpa o de su *carácter atrofiado*.

La cuarta virtud es la *afabilidad*, mejor dicho, la *amabilidad* por la que el poseedor tiene cierto afecto real -no simulado- por las personas. En Jane Austen la vida social, y las virtudes que la permiten, no busca administrar egoísmos a base de cálculos utilitarios o amenazas que se logran por la interacción, sino construir auténticas relaciones personales reconocibles en la felicidad *hogareña*. Darcy, en *Pride and Prejudice*, reflexiona que la falta de cordialidad causaba su atrofia moral:

He sido toda mi vida un egoísta en la práctica, aunque no en los principios. De niño me enseñaron a pensar bien, pero no a corregir mi temperamento. Me inculcaron buenas normas, pero dejaron que las siguiese cargado de orgullo y de presunción. Por desgracia fui hijo único durante varios años, y mis padres, que eran

²⁸ *Pride and Prejudice*, 1813, Cap. 35, 48.

*buenos en sí, particularmente mi padre, que era la bondad y el amor personificados, me permitieron, me consintieron y casi me encaminaron hacia el egoísmo y el autoritarismo, hacia la despreocupación por todo lo que no fuese mi propia familia, hacia el desprecio del resto del mundo o, por lo menos, a creer que la inteligencia y los méritos de los demás eran muy inferiores a los míos. Así desde los ocho hasta los veintiocho años, y así sería aún si no hubiese sido por usted, amadísima Elizabeth. Se lo debo todo. Me dio una lección que fue, por cierto, muy dura al principio, pero también muy provechosa. Usted me humilló como convenía, usted me enseñó lo insuficientes que eran mis pretensiones para halagar a una mujer que merece todos los halagos.*²⁹

Como puede verse, las virtudes *austenianas* permiten a sus personajes conocerse a sí mismos y entablar relaciones significativas con los demás. El contexto donde sucede esta reflexión se circunscribe a los modos propios de una tradición cultural concreta. Aun así, en la entraña de esas prácticas que sólo se comprenden desde una comunidad histórica específica, se recubre el núcleo de prácticas que realizan el *telos* del ser humano.

Para MacIntyre, el mérito de la escritora inglesa es descubrir que las virtudes están impregnadas de la historia y de la comunidad en la que se encuentran. O dicho al revés, Austen se sirve de cuatro prácticas en las que se espera *excelencia* por parte de sus personajes, gracias a las cuales éstos pueden razonar y participar eficazmente en una tradición.

Evidentemente Austen no articula una teoría de lo que es la una virtud en cuanto tal, ni estructura una explicación académica. No. Ella *identifica la esfera social dentro de la cual puede continuar la práctica de las virtudes*.³⁰ Lo que en Aristóteles sería la *polis*, o en Tomás de Aquino la comunidad de coordinación completa (el reino o la *ciudad-medieval*), en Jane Austen es la vida en Mansfield, o la expectativa familiar en Pemberley, o la tradición aprendida en Norland, o los requerimientos que piden los problemas en la Abadía de Northanger. IV.- La contemplación de la belleza: ajustar el carácter

Sólo dos de las heroínas *austenianas* acompañan al resto de los personajes en su *despertar*. Ellas no necesitan hacerlo. Entran en escena como el modelo de virtudes que tanto valora la escritora inglesa. Las conocemos ya ajustadas. Nos referimos a Elinor Dashwood –*Sense and Sensibility*- y a Fanny Price –*Mansfield Park*-. La primera es consultada por el resto de personajes; comparten con

²⁹ *Pride and Prejudice*, 1813, Cap. 35.

³⁰ Op. cit. MACINTYRE, Alasdair, *Tras la virtud*, p. 355

ella las acciones; le ofrecen sus motivos como a la espera de su aprobación; le solicitan la ejecución de encargos delicados para realizarlos en su nombre.

En cambio, Fanny es tímida, pobre, no muy guapa e insignificante para casi todos en el lugar donde vive. Incluso al lector puede parecerle insípida en comparación con Elizabeth Bennet, por ejemplo. Parece que Jane Austen la despojó de cualquier cualidad que no fuera su buen juicio o su carácter ajustado; da la impresión de que así quiso *colocarla* entre los personajes atrofiados de *Mansfield Park*. C.S. Lewis apunta:

Pero a pesar de que Fanny es insípida, que no es lo mismo que mojigata o pedante, siempre está en lo correcto en el sentido de que, para ella, y sólo ella se da cuenta, que el mundo de Mansfield Park siempre aparece tal y como, en la visión de Jane Austen, es en realidad. Desengañada, es espectadora de engaños.³¹

Fanny Price es peculiar no tanto porque en ella aparecen todas las virtudes a las que hemos hecho referencia. Es la única, que elabora una explicación de lo que significa para ella la contemplación. Elizabeth Bennet y Elinor Dashwood realizan actividades estéticas, pero no nos comparten lo que piensan sobre ellas.

En cambio, Fanny Price nos ofrece una explicación de aquella belleza que contempla: las cosas no sólo están ahí, sino que su orden, brillo y belleza significan una llamada a reconocerse en ellas. Como si existieran para ser observadas y de esa atenta mirada nosotros pudiéramos conocer quiénes somos en realidad. Así, por ejemplo, al contemplar la grandeza de una noche estrellada exclama:

¡Aquí hay armonía! —dijo—. ¡Hay serenidad! ¡Hay eso que deja atrás a la pintura y a la música, y sólo la poesía es capaz de reflejar! ¡Aquí hay lo que puede apaciguar las tribulaciones, y elevar el corazón al arrobamiento! Cuando contemplo una noche como ésta, siento como si no hubiera maldad ni sufrimiento en el mundo; y desde luego, habría mucho menos de lo uno y lo otro si se prestase más atención a la sublimidad de la naturaleza, y la gente saliese más de sí misma contemplando un pasaje así.³²

Más adelante, nos regala una explicación similar. En un paseo por un jardín de Mansfield, acompañado de la antagonista –

³¹ LEWIS, Clive Staples, *A note on Jane Austen, Essays in criticism*, vol. IV, 1954, p. 367

³² *Mansfield Park*, 1814, Cap. 11.

Mary Crawford-, se detiene a considerar lo que ha mejorado cuando en él interactúan adecuadamente la naturaleza con el ingenio humano:

Es precioso, precioso —dijo Fanny, mirando a su alrededor, mientras se sentaban juntas un día-; cada vez que vengo aquí, me sorprende más la belleza de estos arbustos. Hace tres años, esto sólo era un seto tosco en el lindero del prado; nunca me pareció que fuera nada, ni que pudiera llegar a ser nada; y ahora se ha convertido en un paseo. Y sería difícil decir si más estimable como utilidad o como ornamentación. Y puede que dentro de otros tres años hayamos olvidado... casi hayamos olvidado lo que fue antes. ¡Qué asombrosos, qué prodigiosos son los trabajos del tiempo, y los cambios del espíritu humano! —y siguiendo el último curso de sus pensamientos, añadió poco después: Si alguna facultad de nuestra naturaleza puede considerarse más sorprendente que las demás, creo que es la memoria. Los poderes, los fallos, las desigualdades de la memoria parecen más manifestaciones incomprensibles que los de ninguna otra de nuestras inteligencias. La memoria es unas veces retenedora, servicial, obediente; otras, aturrullada y endeble, otras... ¡incontrolable y tiránica! Por supuesto, somos un milagro en todos los sentidos... Pero el poder de recordar y olvidar, parecen un misterio especialmente inalcanzable.³³

Ante esta reacción, Mary Crawford, incapaz de comprender aquello que ve Fanny, responde sin saber cómo juzgar, ni cómo comportarse, ni mucho menos cómo darse cuenta de su propio desajuste. Para ella, el orden de la naturaleza no dice nada, ni afecta su juicio, ni modela sus sentimientos, ni influye en sus decisiones. Y mucho menos es capaz de guardar en la memoria - más bien en el corazón- ese tipo de experiencia. Ante la belleza, es «impasible y distraída»:

—Sí — contestó la Señorita Crawford con desinterés—, está muy bien para un lugar como éste. No se piensa en amplitud aquí... y entre nosotras, nunca había imaginado que una parroquia rural aspirase a tener un paseo de arbustos ni nada parecido.

—¡A mí me encanta ver cómo crecen los arbustos! —contestó Fanny—. El jardinero mi tío dice que la tierra de aquí es mejor que la suya, y parece que es así, a juzgar por cómo crecen los laureles y los arbustos de hoja perene en general ¡Los de hoja perene! ¡Qué belleza, qué maravilla, qué prodigio de la naturaleza, si nos paramos a pensar! En algunos países sabemos que la variedad

³³ *Mansfield Park*, 1815, Cap. 22.

está en los árboles que pierden la hoja, pero eso no hace menos asombroso que el mismo suelo y el mismo sol alimenten plantas que difieren en la primera regla y ley de su existencia. Quizá piense que exagero; pero cuando salgo, sobre todo cuando me siento al aire libre, tiendo a dejarme llevar por esta especie de inclinación al asombro. No puedo poner los ojos en el producto más vulgar de la naturaleza sin encontrar materia para las divagaciones.

—A decir verdad —replicó la Señorita Crawford—, yo soy más bien como el famoso duque de Luis XIV y confieso que no veo nada tan maravilloso en este paseo de arbustos como el estar yo en él.³⁴

A lo largo de la novela Mary Crawford se jacta de ser una *egoísta incurable*, de ir a lo suyo, de superficial. Y ese vacío se manifiesta también en su ceguera para la belleza. Su carácter atrofiado es incapaz de captar la belleza tanto de la naturaleza como de las necesidades de una persona. En cambio, para Fanny la contemplación de la belleza la saca de sí misma, *entrena* a la razón y despierta al corazón para buscar fines dignos: construir relaciones sociales valiosas.

Así pues, ¿cómo logró Fanny la madurez que la distingue del resto de personajes, si carecía de familia, dinero, belleza, medios económicos y amigos? Contemplaba. Fanny se reconoce a sí misma en el equilibrio, simetría, cadencia y orden de la naturaleza. Aprendía gracias a su capacidad para dejarse conmover por la armonía que aprecia en las cosas. En este contexto, dejarse asombrar por la belleza, no sólo es un acto de autoconocimiento personal, sino que es parte ineludible de su proceso de madurez. Los principios morales que modelan el carácter de Fanny y le ayudan a juzgar su lugar en el mundo, son afinados por su capacidad contemplativa de la belleza.

Ahora bien, para que la contemplación de la belleza consiga ese florecimiento personal, debe ser mucho más que sólo el autoconocimiento subjetivo de las propias emociones. Si lo bello fuera sólo el reconocimiento de la propia sensibilidad, entonces, ¿por qué no podemos autoasombrarnos? Más aún, ¿por qué seríamos capaces de compartir esa experiencia si sólo fuera un reflejo del mundo interior? No. Si las cosas son inteligibles, apetecibles y amables para nosotros, quiere decir que nuestra razón es capaz de conocer ese diseño; nuestros sentimientos están diseñados para gozar de esa armonía; y es propio del corazón de la persona, conmoverse ante ese llamado. Si la naturaleza expresa

³⁴ Ídem.

una armonía que podemos conocer, apreciar y gozar, es porque dice algo de nosotros mismos. Porque es connatural a nuestra existencia.

Aristóteles se dio cuenta de ello: nuestra acción imita lo que vemos en la naturaleza.³⁵ Es decir, aprendemos a operar viendo cómo lo hacen las cosas de la naturaleza: al contemplar que buscan unos fines, aprendemos a que lo hacen con un orden, etc. y a partir de ahí aprendemos algo de nosotros mismos. Tomás de Aquino siguió esa idea: la racionalidad que vemos en las cosas, nos dice algo, educa nuestro sentido de juicio y moldea nuestros juicios prácticos.³⁶

El maestro de un oficio muestra a su pupilo una serie de objetos para acostumbrarlo a ver y producir uno similar –*este es un buen jarrón y así se hace*-. El aprendiz modela el barro y lleva su vista al modelo diseñado por el maestro para guiar su propia acción. Así produce un buen jarrón, como el de su maestro, desarrolla las habilidades para imitarlo, comprende los motivos para seguir un proceso y nace en él, el gozo por esa habilidad. De la misma manera, en la naturaleza existe un modelo de *buen jarrón*, de cuya contemplación aprendemos a guiar nuestra acción: *Por eso el intelecto humano, cuya luz inteligible se deriva del intelecto divino, debe ser formado por la observación de las obras de la naturaleza, para obrar de manera similar.*³⁷

En el caso de Fanny, ella no hubiera madurado al contemplar la naturaleza si la belleza de la naturaleza únicamente fuera expresión externa de sus propios deseos interiores. Lo armónico no tendría su propiedad performativa –modeladora del carácter– si fuera solo fruto de la intimidad personalísima. En otras palabras, la noche estrellada que asombra a Fanny, no catalizaría su carácter, si la armonía de los astros fuera simplemente una extensión de sus propias emociones subjetivas.

Al igual que Fanny, la armonía que debe ser descubierta y honrada con las acciones, predispone para reconocer nuestras responsabilidades con los demás. En el horizonte moral de la heroína de *Mansfield Park*, la contemplación no solo genera autoconocimiento, sino que de ella también florece el esfuerzo

³⁵ Aristóteles, *Física*, II.4.194a.21-23.

³⁶ Cf. BROCK, STEPHEN L., *The legal character of natural law according to St. Thomas Aquinas*, Tesis doctoral, University of Toronto, 1988. Fecha de consulta: octubre de 2015 http://bib26.pusc.it/fil/p_brock/naturallawthesis.pdf.

³⁷ AQUINO, Tomás de, *Comentario a «La política» de Aristóteles*, traducido por VELÁZQUEZ, HÉCTOR, Pamplona, Cuadernos de Anuario Filosófico, 1996, Proemio.

solidario por introducir a los amigos en la misma dinámica. Que ellos también sean armonía.

Esta experiencia también aparece en *Pride and Prejudice*. Elizabeth ha recibido una carta en la que Darcy le explica su conducta y responde a los ataques con los que ella lo ha rechazado. Ella lee una y otra vez esa carta en el capítulo 36. No sólo se trata de pasar los ojos sobre unas letras, sino que de esa aclaración, ella es capaz de examinar su conducta y descubrir el verdadero carácter de Darcy, Wickam y de ella misma. Porque en la misiva no sólo se describen hechos, se *manifiestan* personas. En concreto quién es de verdad Darcy. Se trata de un verdadero *encuentro* entre Darcy y Elizabeth que libera a ésta última de su prejuicio. Nos encontramos a una manera de *contemplar*.

Agustín de Hipona describe una *conversión* similar a partir de la lectura de la Sagrada Escritura. Mientras *huía* de su conciencia, Agustín escucha una voz que venía de la casa del vecino que decía: «Toma y lee». El santo de Hipona y Elizabeth Bennet, convierten la lectura en un momento de auto-conocimiento y auto-revelación. Lo que leen deja de ser la descripción de un suceso para convertirse en un evento autobiográfico y de encuentro con alguien que no los deja indiferentes y los redime de su miseria. Para ellos, *leer* significa no sólo ver un mensaje, sino sobre todo *ser vistos* después de intentar *escapar* de esa mirada. También Elizabeth lee el tipo de persona que es Darcy a partir de la armonía que descubre en Pemberley:

Era un edificio de piedra, amplio y hermoso, bien emplazado en un altozano que se destacaba delante de una cadena de elevadas colinas cubiertas de bosque, y tenía enfrente un arroyo bastante caudaloso que corría cada vez más potente, completamente natural y salvaje. Sus orillas no eran regulares ni estaban falsamente adornadas con obras de jardinería. Elizabeth se quedó maravillada. Jamás había visto un lugar más favorecido por la naturaleza o donde la belleza natural estuviese menos deteriorada por el mal gusto. Todos estaban llenos de admiración, y Elizabeth comprendió entonces lo que podría significar ser la señora de Pemberley.³⁸

³⁸ *Pride and Prejudice*, 1812, Cap. 43. *Esta no es sólo una broma, ni debe ser interpretado como que en el fondo, Elizabeth es sólo una materialista más, que forma parte de una sociedad igualmente materialista. En este caso, los jardines, la casa, los retratos demuestran quién es realmente su dueño –representan una extensión visible de sus cualidades interiores y su verdadero carácter* (TANNER, Tony, *Jane Austen*, McMillan, Londres, 1986, p. 120).

Más adelante, Elizabeth se encuentra con un retrato de Darcy mientras visitaba Pemberley. Ella nota que ese rostro tenía aquella misma sonrisa que Elizabeth le había visto cuando la miraba. Al igual que con la relectura de la carta, Austen hace que Elizabeth vuelva al cuadro –que lo relea-:

[Ella] permaneció varios minutos ante el cuadro, en la más atenta contemplación, y aun volvió a mirarlo antes de abandonar la galería.³⁹

Por eso, las expresiones artísticas -los vehículos de belleza-, no son sólo un retrato de los sentimientos de quien lo pinta o del arquitecto que construye. Contienen una invitación ser testigos -si bien es cierto de modo cifrado- de los equilibrios de los autores, de sus luces y sombras. Al mismo tiempo nos invitan a dejarnos conmover por ellos, a hacer nuestra esa búsqueda; y, a modo de empatía, compartir una existencia común.

En resumen, las experiencias estéticas de Fanny Price y de Elizabeth Bennet, fueron pedagogas de su carácter; e indirectamente, dardos que liberaron al resto de los personajes del deterioro moral en que se encontraban. Al igual que le sucede a Agustín, son siempre una experiencia de un encuentro en cierta medida impuesto, una especie de «no huyas»: ni de ti mismo, ni de la persona que espera detrás de aquello bello que se contempla.⁴⁰

V] El carácter como la totalidad de una persona ajustada

En el ensayo sobre Jane Austen que publicó C.S. Lewis, el autor inglés concluye:

Si la caridad es la poesía del comportamiento, y el honor la retórica de nuestros actos, se sigue que en Jane Austen, los principios son la gramática de la conducta.⁴¹

En otras palabras, el amor es lo que hace atractivo a nuestro comportamiento; y la integridad, que las acciones sean convincentes; entonces, guiarse por unos principios para razonar correctamente, será la estructura que modela el carácter. Hemos dicho, además, que el carácter de la persona, la predispone a

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Cf. MARSHALL, David, *Unfolding characters: Attention and autobiography in «Pride and Prejudice»*, *Imagining selves: Essays in honor of Patricia Meyer Spacks*, editado por SWENSON, Rivka y LAUTERBACH, Elise, University of Delaware Press, Newark, 2009, pp. 209–234

⁴¹ Op. cit. LEWIS, Clive Staples, *A note on Jane Austen*, p. 370

comprender y razonar respecto a los bienes y prácticas que los realizan dentro de una tradición.

Con todo lo anterior se pone de manifiesto que para Austen, los elementos que configuran la personalidad se vinculan para que: (i) sea posible descubrir quién es de verdad un personaje a partir de alguno de los elementos que definen ese carácter. Y, (ii) estos componentes se tensen con tal fuerza que, si uno de ellos falla, el resto también fracasará en su bien propio; y dicho en sentido contrario, el ajuste de uno, equilibrará al resto.

Entonces, ¿cuáles son los elementos que configuran el carácter? En el mundo austeniano la personalidad se manifiesta en la expresión conjunta de todos estos ámbitos: i.- el juicio certero; ii.- los sentimientos adecuados e intensos; iii.- el comportamiento y acciones apropiados; iv.- el deber cumplido; v.- la tradición honrada; vi.- la madurez de las interacciones sociales; vii.- la profundidad y alcance de la felicidad lograda y; viii.- la adquisición de virtudes. De este modo si una persona es incapaz de pensar certeramente, padecerá de sentimientos desajustados, incumplirá sus obligaciones y lastimará a sus conocidos.

Un ejemplo de esta conexión es Emma. Una mujer inteligente, segura de sí e independiente: «era propensa a tener una idea demasiado buena de sí misma». En un diálogo entre dos de sus mejores amigos, El Mr. Knightley utiliza la lectura para mostrarle a la Mrs. Weston, los desajustes de la Miss Woodhouse:

Emma siempre se ha propuesto leer cada vez más, desde que tenía doce años. Yo he visto muchas listas suyas de futuras lecturas, de épocas diversas, con todos los libros que se proponía ir leyendo... Y eran unas listas excelentes, con libros muy bien elegidos y clasificados con mucho orden, a veces alfabéticamente, otras según algún otro sistema. Recuerdo la lista que confeccionó cuando sólo tenía catorce años, que me hizo formar una idea tan favorable de su buen criterio que la conservé durante algún tiempo; y me atrevería a asegurar que ahora debe de tener alguna lista también excelente. Pero ya he perdido toda esperanza de que Emma se atenga a un plan fijo de lecturas. Nunca se someterá a nada que requiera esfuerzo y paciencia, una sujeción del capricho a la razón.⁴²

Su temperamento la inclina a equivocarse en el juicio sobre su amiga Harriet: la manipula para rechazar la propuesta matrimonial que le hiciera Robert Martin, ¿por qué llegó a esa conclusión? Emma reconoce que prefería la soltería de su amiga, -

⁴² Emma, 1816, Cap 5.

con el riesgo de sumirla en la pobreza- a perderse de alguien que la entretuviera. Ese fallo, la lleva también a exponer a Harriet al desprecio de Mr. Elton y a que se ilusionara desorbitadamente con George Knightley. En otro momento, Emma insulta por divertirse, -incumpliendo con un deber-, a la Señora Bates. En otro momento, lastimará a Jane Fairfax, al romper las normas tradicionales del decoro en el juego. Todo ello sin ser capaz de darse cuenta de su atrofia, y sin conocer quién era ella misma.

Como puede verse, en los personajes de Austen, el fallo en un ámbito del carácter, es sólo un aspecto de otros desajustes que aparecen en algún momento. En *Pride and Prejudice* puede que la incapacidad de Collins para comprender el ridículo al que se expone es afín a su limitada empatía con la pobreza a la que condenaría a las Bennet, a la fractura de las reglas del decoro al presentarse con Darcy, etc. En esa misma novela, Lydia Bennet es incompetente para razonar con prudencia sobre su matrimonio; es insensible a las consecuencias que la huida traería a sus hermanas; es incapaz de valorar la reducción en su horizonte de su felicidad; y, lo más grave, su ruptura interior le impide darse cuenta de esos daños.

En esta escritora, cada personaje manifiesta con tanta fuerza estas conexiones, que cada personaje podría utilizarse como ejemplo la ineptitud –en *Sense and Sensibility*- de Willoughby para darse cuenta el daño que causaba a Marianne; o la facilidad con la que Fanny Ferras y John Dashwood reducen a sus hermanas a la pobreza; etc. Incluso, la narradora que nos guía a través de *Northanger Abbey*, padece de la misma atrofia en la mirada, que le impide darse cuenta del peligro en que se encuentra Catherine Morland. Celebra su afición por la lectura, pero es incapaz de percibir que los libros moldeaban su cabeza, pero para interpretar y actuar conforme a categorías que la distanciaban de otros o desajustaban sus sentimientos. Festeja hasta la imaginación desbocada que traerá problemas a la protagonista.

En resumen, los principios éticos con los que Austen enmarca sus novelas, comenta Lewis, son tan serios y *reales* que permiten no sólo calificar el *comportamiento* de sus personajes como *adecuado* o *justo*, sino también manifestar la pertinencia de los *juicios* éticos pensados, mostrar el *tipo de persona* ante la que nos encontramos, edificar una *vida feliz* y lubricar adecuadamente nuestras *relaciones* con otros. En el mundo ético de Jane Austen, el juicio, la virtud, la felicidad y la empatía solidaria son los hilos que tensan el nudo de la existencia humana.

La biografía misma de Jane Austen también nos sirve de ejemplo. Al fallecer, sus familiares la definían más por su carácter

que por su oficio. Esto escribe su hermana Cassandra a los pocos días de la muerte de la escritora:

*He perdido un tesoro, una hermana como ella, una amiga que jamás podrá ser igualada. Era la luz de mi vida, volvía preciosa hasta la más insignificante alegría, aliviaba cualquier pena, jamás le he ocultado ni uno solo de mis pensamientos, y me siento como si hubiera perdido una parte de mí misma.*⁴³

De modo similar, su hermano James, la describe a su hermana por el tipo de carácter con el que vivía y no tanto por su oficio de escritora:

*In her (rare union) were combined
A fair form & a fairer mind;
Hers fancy quick, and clear good sense
And wit which never gave offence:
A heart as warm as ever beat,
A temper even; calm and sweet:
Though quick and keen her mental eye
Poor nature's foibles to descry,
And seemed for ever on the watch,
Some trails of ridicule to catch.
Yet not a word she ever pen'd
Which hurt the feelings of a friend.
And not a line she ever wrote
Which dying she would wish to blot
But to her family alone
Her real, genuine worth was known.
Yes, they whose lot it was to prove
Her Sisterly, her filial love,
They saw her ready still to share
The labours of domestic care,
As if their prejudice to shame
Who, jealous of fair female fame,
Maintain that literary taste
In woman's mind is much misplaced,
Inflames their vanity & pride,
And draws from useful works aside.
Such Wert thou Sister! While below
In this mixt Scene of joy & woe
To have thee with us it was given,
A special kind behest of Heaven...*⁴⁴

⁴³ Carta de Cassandra Austen a Fanny Knight, 20-Jul-1817, en AUSTEN, Jane, *Cartas*, traducido por DÍAZ, Miguel, Depoca, Madrid, 2012, p. 643

VI] Conclusión

Si Austen se mostraba aristotélica al comprender las virtudes como una práctica que se aprende en una tradición; esta interconexión entre los diversos ámbitos de la edificación de una personalidad –lo que hemos llamado *carácter*- la manifiesta como platónica. En efecto, Platón, en el tercer libro de *La República*, comienza a edificar la sociedad justa, para la cual se requiere un tipo especial de ciudadano. En los primeros dos libros había llamado otras comprensiones sobre lo justo que encontró impropias de la persona: había rechazado la justicia como los beneficios a favor del propio grupo y que se expresan en la tradición –contra Polemarco-; y mostró la inconsistencia de una definición centrada en el poder y la fuerza –contra Trasímaco-. Pero Glaucón le había lanzado una definición de justicia que requería explicación más detenida. En efecto, para éste, la justicia era, por una parte, una máscara en la que escondíamos nuestro miedo a sufrir una injusticia de la que no pudiéramos vengarnos; o además, podría ser la mueca con la que ocultábamos el temor de cometer una injusticia y ser descubiertos por los demás.

Sócrates responde con más calma este desafío. Su explicación comienza con una descripción sobre el tipo de persona capaz de comprender su visión de la justicia, y la educación que le permitiría comprender su visión de la justicia. El primer escalón por el que se educaría sobre la justicia a cualquier joven debía ser la gimnasia y la música. En otras palabras, para comprender la justicia, primero debíamos acostumbrarnos a las armonías del cuerpo y del alma; de modo que, una vez introducidos en esa lógica, las disonancias –los desajustes o las injusticias- se captarían principalmente como un asunto existencial y no primariamente como una conclusión racional. En efecto:

Aquel que ha sido educado musicalmente como se debe [...] percibirá más agudamente las deficiencias y la falta de belleza, tanto en las obras de arte como en las naturales [los actos humanos], ante las que su repugnancia estará justificada; alabará las cosas hermosas, regocijándose con ellas y, acogiéndolas en su

⁴⁴ LE FAYE, Deirdre, *Jane Austen. A family record*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 257

*alma, se nutrirá de ellas hasta convertirse en un hombre de bien. Por el contrario, reprobará las cosas feas –también justificadamente– y las odiará ya desde joven, antes de ser capaz de alcanzar la razón de las cosas.*⁴⁵

Una persona ajustada será aquella que logre armonizar las distintas facultades del ser humano; tanto en sí mismo, como en el equilibrio que edifique su comunidad.

Entonces, ¿qué aporta la lectura de Jane Austen en la formación de un jurista? El trabajo de un catador de vinos le exige omitir aquellos alimentos que afectarían la capacidad de percibir distintos sabores. Aunque su profesión implica un conocimiento técnico de vinos y su degustación, su comportamiento más allá del ámbito laboral –qué come y cómo lo saborea– afectará la eficacia en su juicio como experto. De forma análoga, siguiendo a Platón, el jurista tendría que introducirse y acostumbrarse a las armonías que pueda conocer, de modo que su capacidad de percibir lo justo se mantenga afinada.

Como hemos dicho, algunos bienes humanos, como la justicia, sólo se perciben si el sujeto posee la capacidad adecuada para reconocerlos. Es decir, sólo con un *ojo interior* habilitado y dispuesto a percibir equilibrios y armonías, el jurista es capaz de reconocer los ajustes y relaciones ajustadas sobre las que se edifica el derecho.

Las novelas de esta escritora inglesa exigen de sus personajes que vivan y edifiquen ese equilibrio como personas ajustadas. Con su lectura, tal vez, los alumnos se encontrarán con esas armonías con las que pueden irse introduciendo y acostumbrando a descubrir y edificar las relaciones jurídicas adecuadas.

Bibliografía

- AQUINO, Tomás de, *Comentario a «La política» de Aristóteles*, traducido por Velázquez, Héctor, Pamplona, *Cuadernos de Anuario Filosófico*, 1996
- ARISTÓTELES, *Física*, traducido por Calvo Martínez, Tomás, Gredos, Madrid, 1994
- AUSTEN, Jane, *Cartas*, traducido por DÍAZ, Miguel, Depoca, Madrid, 2012
- BYRNE, Paula, *The Real Jane Austen: A Life in Small Things*, Harper Perennial, New York, 2012
- BROCK, Stephen L., *The legal character of natural law according to St. Thomas Aquinas*, Tesis doctoral, University of Toronto, 1988. Fecha de consulta: octubre de 2015 http://bib26.pusc.it/fil/p_brock/naturallawthesis.pdf.

⁴⁵ Platón, *La República*, 401d-402a

- CHESTERTON, Gilbert Keith, *Preface, Love and Friendship and other early works*, Frederick A. Stokes Company Publishers, New York, 1922
- CHURCHILL, Winston, *Closing the Ring*, Houghton Mifflin, Boston, 1951
- FORD, Susan, *Ingenious Torments, or Reading Instructive Texts in Northanger Abbey: «The Mirror», «The Rambler», and Conduct Books, Persuasion on line*, vol. 31, 2010, <http://www.jasna.org/persuasions/on-line/vol31no1/ford.html>
Fecha de consulta: agosto de 2017
- GUARDINI, Romano, *La muerte de Sócrates. Una interpretación de los escritos platónicos Eutifrón, Apología, Critón y Fedón*, Palabra, Madrid, 2016
- JIMÉNEZ Carra, Nieves, *Análisis y estudio comparativo de tres traducciones españolas de «Pride and Prejudice»*, Tesis Doctoral, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Málaga, 2007
- JIMÉNEZ Carra, Nieves, *Traducir a Jane Austen: el reto de un estilo*, E-AESLA, Revista Digital, no. 1, 2015, <https://cvc.cervantes.es/lengua/eaesla/pdf/01/72.pdf> Fecha de consulta: septiembre de 2017
- LE FAYE, Deirdre, *Jane Austen. A family record*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004
- LEWIS, Clive Staples, *A note on Jane Austen, Essays in criticism*, vol. IV, 1954
- MACINTYRE, Alasdair, *Tras la virtud*, traducido por Valcárcel, Amelia, Barcelona, Crítica, 2001
- MACINTYRE, Alasdair, *Teorías del derecho natural en la cultura de la modernidad avanzada*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía*, 35, 2012
- MARITAIN, Jacques, *Man and the State*, Chicago, Chicago University Press, 1951
- MARSHALL, David, *Unfolding characters: Attention and autobiography in «Pride and Prejudice»*, *Imagining selves: Essays in honor of Patricia Meyer Spacks*, editado por Swenson, Rivka y Lauterbach, Elise, University of Delaware Press, Newark, 2009
- PLATÓN, *La República*, traducido por Eggers Lan, Conrado, vol. 94, Madrid, Gredos, 1988
- TANNER, Tony, *Jane Austen*, McMillan, Londres, 1986
- TOMALIN, Claire, *Jane Austen: A life*, Penguin Books, London, 1997
- WORSLEY, Lucy, *Jane Austen at Home: A Biography*, St. Martin's Press, New York, 2017

Fecha de recepción: 22 de agosto de 2017

Fecha de aprobación: 9 de octubre de 2017

La Nueva Edición de los Principios UNIDROIT 2016 La Regulación de los Contratos de Larga Duración

DIEGO ROBLES FARÍAS¹

SUMARIO: I. *Introducción* II. *¿Qué es el UNIDROIT?* III. *¿Qué son los Principios UNIDROIT?* IV. *Breve historia de los Principios UNIDROIT* V. *Utilidad de los Principios UNIDROIT* VI. *Estructura y contenido de los Principios UNIDROIT* VII. *Fuentes de inspiración* VIII. *Cláusulas modelo para el uso de los Principios UNIDROIT (UPICC Model Clauses)* IX. *La nueva edición de los Principios UNIDROIT 2016. La regulación de los contratos de larga duración.*

Resumen. El objetivo primordial del presente trabajo es presentar las modificaciones y adiciones a los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales que se realizaron para regular los Contratos de Larga Duración y que motivaron la cuarta edición publicada en octubre de 2016. El autor aprovecha dicha circunstancia para repasar las principales funciones y objetivos del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) que desarrolló los Principios. Se hace también una recapitulación de las principales características de los Principios, de su objetivo, su utilidad, su estructura y contenido. Se revisan las Cláusulas modelo para el uso de los Principios UNIDROIT (*UPICC Model Clauses*) publicadas en 2013 y que estandarizan y facilitan su uso entre los operadores del derecho y del comercio internacional.

Palabras clave: Principios UNIDROIT 2016, contratos internacionales, contratos de larga duración.

Abstract. *The main objective of this paper is to show all amendments and modifications done to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in order to regulate Long-Term Contracts, which also motivated to the publication of the*

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

fourth edition of said Principles in October, 2016. The author seizes this opportunity to: first, examine the main functions and objectives of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), which is the organism that developed said Principles; second, He to make a summary on the main characteristics of the Principles, their objectives, utility, structure and contents; and third, analyze the Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC Model Clauses) published in 2013, which standardize and facilitate their use among lawyers, judges, merchants, and other agents of international trade.

Keywords: UNIDROIT Principles 2016, International Contracts, Long-term contracts.

I | Introducción

Con motivo de la publicación de la cuarta edición de los *Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales* en el otoño de 2016² resulta oportuno repasar la historia de este instrumento internacional que regula, como su nombre lo dice, a los contratos comerciales internacionales. No cabe duda que los Principios UNIDROIT se han consolidado como el instrumento de derecho (*soft law*) que más influencia ha tenido en la doctrina y en la práctica comercial actual, no solo en el ámbito de la contratación internacional, sino también en el nacional o doméstico. Los Principios UNIDROIT han contribuido decisivamente a la armonización del derecho contractual en el mundo y han logrado un avance portentoso en su regulación y en el desarrollo de la teoría general de los contratos.³

Se abordarán en el presente trabajo los temas básicos para conocer y entender la función del Instituto Internacional para la

² Originalmente los Principios UNIDROIT se publicaron en 1994 y contaba con 120 artículos. Hay tres ediciones posteriores: la de 2004 con 185 artículos, las de 2010 y 2016 con 211 artículos. La edición de 2016 no incremento el número de artículos. Solo se modificaron 6 preceptos para regular los contratos de larga duración.

³ Su calidad técnica, su elevado nivel científico y su amplia difusión pública en el ámbito internacional han potenciado su extensa aplicación y proyección en la realidad económica, de la mano de los tribunales arbitrales, especialmente los administrados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI). *Vid.* De la Sierra Flores Doña, María, *Los Principios UNIDROIT como Derecho Universal de la Contratación Internacional*, eprints.ucm.es/9556/1/pc_Congreso_Rioja_2009_eprint.pdf (revisión octubre 2017) Presentado en el Congreso Internacional: Contratación y Arbitraje Mercantil Internacional. Fecha de creación: 17/07/2009, p.5

Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) cuya sede se encuentra en Roma, promotor y creador de los Principios. Se analizará también la naturaleza, funcionamiento y utilidad de este instrumento internacional. Se repasarán las Cláusulas Modelo para el uso de los Principios UNIDROIT (*UPICC Model Clauses*) promulgadas en 2013 por el UNIDROIT y que estandarizan y facilitan su uso entre los operadores del derecho y del comercio internacional. Finalmente se hará un concienzudo análisis de las modificaciones y adiciones que se realizaron a los Principios UNIDROIT con el objeto de regular de mejor manera los contratos de larga duración, contratos que han adquirido una importancia fundamental en el comercio internacional. Las adecuaciones a los principios para regular dichos contratos fueron la motivación para la publicación de la versión 2016 de los Principios UNIDROIT.

II] ¿Qué es el UNIDROIT?

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, también llamado UNIDROIT por su acrónimo francés (www.unidroit.org), es una organización intergubernamental independiente con sede en Roma, que fue fundada en 1926 como un órgano auxiliar de la antigua Liga de las Naciones (antecedente de la Organización de las Naciones Unidas).⁴ Siguiendo las vicisitudes de la Liga de las Naciones, desapareció con el retiro de Italia de dicho organismo y fue refundado en 1940.⁵

El UNIDROIT tiene como finalidad principal la modernización, armonización y coordinación del derecho privado y en particular del derecho comercial internacional. Dado su carácter intergubernamental, al inicio la forma en que perseguía sus objetivos constaba en promover convenciones internacionales (*hard law*) con la intención de unificar el derecho comercial entre los países que las aprobaban. Sin embargo, cada día era más difícil lograr los consensos necesarios para que las convenciones internacionales entrasen en vigor y se mantuviesen vigentes, por ello UNIDROIT incursionó en nuevas formas de armonizar el derecho comercial a través de instrumentos denominados *soft law*, mismos que carecen de obligatoriedad pero que influyen decisivamente en el desarrollo del derecho a través de su calidad

⁴ Los datos han sido obtenidos principalmente de la página oficial del UNIDROIT: www.unidroit.org

⁵ Vid. Rodino, Walter, en la introducción al libro *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit*, Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Panamericana, México, 1998, p. 9

intrínseca y de la autoridad de sus creadores. Dichos instrumentos pueden constar en leyes uniformes, leyes modelo, guías legales o contractuales y desde luego, los Principios, como los que nos ocupan en este trabajo. Estos instrumentos han tenido gran aceptación no solo en círculos académicos sino entre los gobiernos de distintos países, inclusive en aquellos que no forman parte del organismo.⁶

En su trabajo de armonización del derecho, UNIDROIT se encuentra a la vanguardia en cuanto a las prácticas comerciales internacionales y las nuevas tecnologías en materia de comercio electrónico. Esto le permite proponer soluciones coherentes y novedosas para los operadores del comercio en los países miembros, que llegan incluso a promover cambios en su derecho doméstico. Una vez propuestas las normas de derecho uniforme, se estudia si deben reservarse exclusivamente para transacciones transfronterizas o, como frecuentemente acontece, pueden extenderse para regular situaciones domésticas.

Más de sesenta países⁷ pertenecientes a los cinco continentes forman parte del UNIDROIT, lo que garantiza, además de su diversidad cultural, la participación del conjunto de los diferentes sistemas legales, políticos y económicos del mundo entero.⁸

La estructura jurídica del UNIDROIT está formada por tres organismos fuertemente relacionados entre sí. El Secretariado (*Secretariat*), el Consejo de Gobierno (*Governing Council*) y la Asamblea General (*General Assembly*). El *Secretariado* es el órgano ejecutivo encargado de llevar a cabo los trabajos programados por la Institución. Está encabezado por un Secretario General designado por el Consejo de Gobierno previa propuesta del Presidente del Instituto. Por su parte el *Consejo de Gobierno* es el órgano que supervisa el cumplimiento de las políticas y la ejecución de los mecanismos mediante los cuales el Instituto persigue sus objetivos estatutarios y en particular la forma como el Secretariado ejecuta el trabajo programado. Está formado por un Presidente del

⁶ Desde su fundación el UNIDROIT ha preparado más de setenta proyectos, la mayoría se han consolidado como instrumentos internacionales, entre otros, convenciones o tratados internacionales, leyes modelo, principios y guías legales o contractuales. Por otro lado, los trabajos de UNIDROIT han servido como base o fundamento de instrumentos internacionales auspiciados por organismos internacionales, de los cuales la mayoría se encuentran en vigor.

⁷ Pueden consultarse los países miembros del UNIDROIT en: <http://www.unidroit.org/about-unidroit/membership>

⁸ El UNIDROIT tiene cinco idiomas oficiales: inglés, francés, alemán, italiano y español. Los trabajos se desempeñan en inglés y francés.

Instituto y 25 miembros, todos ellos expertos en derecho comercial internacional y de gran prestigio, la mayoría jueces, árbitros internacionales, abogados practicantes, académicos y funcionarios de los diversos países miembros.

La *Asamblea General* es el órgano supremo del UNIDROIT. Se encarga de aprobar el presupuesto anual, el trabajo programado cada tres años y la elección de los miembros del Consejo de Gobierno cada cinco años. Está formado por un representante de cada uno de los países miembros. La presidencia de la Asamblea General recae de forma rotativa en algún miembro de los países que forman parte del UNIDROIT. Su gestión dura un año.

Debido a la estructura intergubernamental del UNIDROIT, las normas o leyes uniformes que promueve generalmente tomaban la forma de *convenciones o tratados internacionales (hard law)*, cuya entrada en vigor se tornaba complicada debido a los distintos derechos internos y sus procesos de promulgación de los países que debían aprobarlos y ratificarlos. Ahora el UNIDROIT ha incursionado en otras alternativas para uniformar o armonizar el derecho comercial (*soft law*), como las *leyes modelo*, que los países pueden tomar en consideración al promulgar sus leyes domésticas, los *principios* que las partes pueden elegir voluntariamente como *lex contractus* para regir sus relaciones y que también pueden ser utilizados por jueces y árbitros para dirimir las controversias que surjan al ejecutarlos o interpretarlos. Otra alternativa son las *guías legales o contractuales* que se refieren típicamente a nuevas técnicas de negocio o a nuevos tipos de transacciones comerciales o constituyen el marco de referencia (*framework*) para la organización de mercados domésticos o internacionales. Generalmente, las soluciones *hard law* como las mencionadas convenciones internacionales son convenientes cuando el ámbito de las normas propuestas trascienden las relaciones contractuales y cuando existen terceros interesados o intereses públicos involucrados, como en el caso de la legislación sobre propiedad inmobiliaria.

Existe una muy cercana relación de cooperación entre los tres organismos internacionales dedicados a la unificación o armonización del derecho. El UNIDROIT, la *Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado* y la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (UNCITRAL por sus siglas en inglés), de suerte que han sido apropiadamente llamadas *las tres hermanas*. Tomando en cuenta la experiencia del UNIDROIT en los procesos de uniformidad del derecho internacional, ha sido comisionado en diversas ocasiones para preparar estudios de

derecho comparado, proyectos de convenciones y otros instrumentos, que sirven de base para la preparación y promulgación de instrumentos internacionales promovidos por las otras dos organizaciones.

El medio de difusión más importante del UNIDROIT es su *Uniform Law Review*⁹ que se publica de forma trimestral desde 1996.¹⁰

III] ¿Qué son los Principios UNIDROIT?

Sin duda uno de los instrumentos más importantes en los que ha trabajado UNIDROIT son los *Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales*. Se discute en la doctrina y en los tribunales arbitrales si se trata de una *codificación* del derecho de los contratos internacionales (al estilo de los códigos del *civil law*)¹¹ o si su naturaleza se inclina más hacia los *restatements* del derecho anglosajón.¹² En definitiva no se trata de un código, pues es claro que sus redactores se alejaron de este modo de legislar,¹³ tampoco se identifican con las convenciones internacionales pues no tienen el carácter obligatorio y rígido (*hard law*) que caracteriza a ambos instrumentos. Se parece mucho más a los *restatements* norteamericanos (*soft law*), pero con agudas diferencias como se estudiarán adelante.

En esencia los *Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales* constituyen un cuerpo de normas y principios que regulan los contratos internacionales destinados a satisfacer las necesidades del comercio transnacional, con una

⁹ *Uniform Law Review / Revue de droit uniforme* (ISSN 1124-3694)

¹⁰ Puede consultarse en: <http://www.unidroit.org/publications/88-uniform-law-review-revue-de-droit-uniforme>

¹¹ Laudo 10,022/2000 del Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, que calificó a los Principios UNIDROIT y a los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (Principios LANDO) como la más reciente *codificación* de los usos del comercio internacional.

¹² Laudo 9.797/2000 del Tribunal Arbitral Internacional de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) que estableció que los Principios UNIDROIT *constituyen en esencia un restatement de aquellos principios directores que han encontrado consenso universal, porque representan la base de la mayoría de las nociones fundamentales que han sido aplicadas, respetuosamente en la práctica arbitral* (caso Andersen)

¹³ Las grandes codificaciones del siglo XIX se caracterizaron por constituir un conjunto sistemático de normas elaboradas por la autoridad legislativa y referida a una rama particular del ordenamiento jurídico. Estaban dotados de autonomía científica, vocación atemporal y universal. Contenían *todo* el derecho y estaban destinados a perdurar eternamente, como la física de Newton.

fuerte inclinación hacia los usos y costumbres propios de este tipo de comercio y tienen las siguientes características: no vinculantes, de carácter internacional, de contenido técnico, coherente y claro, omnicomprensivos y flexibles.

Vale la pena aclarar las expresiones *principios* y *comerciales* que se encuentran en la denominación de los Principios UNIDROIT. Al utilizar la palabra *principios* seguramente los autores han evitado referirse a la idea de *código* para distanciarse de la tradición del *civil law* y de los fundamentos que subyacen de las grandes codificaciones del siglo XIX, que inmediatamente refieren un derecho duro, poco flexible, del tipo *hard law* que contrasta con el que se contiene en los Principios. A pesar de su denominación los contenidos en el instrumento que se reseña no son principios en el sentido profundo que se utiliza, por ejemplo, para señalar a los principios generales del derecho, es decir, proposiciones que enuncian juicios de valor o directrices jurídicas de carácter tan abstracto que necesitan un proceso de concreción *a posteriori*.¹⁴ La palabra principios, como se utiliza en los de UNIDROIT debe ser entendida como normas generales y en ese sentido opuestas a normas concretas o casuísticas.¹⁵

Por otro lado, la referencia a los contratos *comerciales* o *mercantiles* que aparece en la denominación de los Principios y en el primer párrafo del Preámbulo¹⁶ no debe tomarse en el sentido que le otorgan a esos contratos los sistemas legales del *civil law*, al distinguir entre contratos *civiles* y *mercantiles*. La referencia al carácter mercantil o comercial de los contratos que se contiene en los Principios debe entenderse en su sentido más amplio, pues incluye no solo los contratos típicos del tráfico comercial, es decir, el suministro o intercambio de bienes y servicios, sino otro tipo de transacciones, como aquellas de inversión, concesiones, servicios profesionales, etc. El carácter *comercial* a que se refieren los Principios UNIDROIT tiene que ver más bien con la idea de excluir de su ámbito de aplicación aquellos contratos dirigidos al consumidor final –contratos de consumo– que en muchos países

¹⁴ Por ejemplo, el principio latino *pacta sunt servanda* conocido en la actualidad como *fuerza obligatoria de los contratos*, es un principio general de derecho de contenido técnico y abstracto que requiere de una explicación para su comprensión.

¹⁵ Vid. Díez-Picazo Luis, Roca Trias E. Y Morales A.M. *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p.79

¹⁶ En el primer párrafo del Preámbulo de los Principios UNIDROIT 2016 se lee: *Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. (énfasis añadido)*

son objeto de una regulación protectora de carácter especial y obligatoria.¹⁷

Las características de los Principios UNIDROIT son las siguientes:

No vinculantes. Puesto que no tienen la fuerza obligatoria de los códigos nacionales surgidos en el siglo XIX y que aún regulan el derecho de los países pertenecientes al *civil law*. Los Principios UNIDROIT proponen regular la contratación internacional y en consecuencia armonizar el derecho contractual, por *convencimiento* –a la manera de los modernos instrumentos *soft law*- basado en su calidad intrínseca, producto del trabajo de los más importantes juristas pertenecientes a todos los continentes y sistemas de derecho. Lejos de pretender unificar cada uno de los derechos nacionales, enuncian los principios y normas (*rules*) en materia contractual que son comunes a los principales sistemas jurídicos existentes.¹⁸ Al no ser vinculantes, las partes deben someterse voluntariamente a ellos ya sea eligiéndolos como el ordenamiento que regule al contrato (*lex contractus*) o bien cuando se haya pactado que el contrato se rija por principios generales del derecho, por la *lex mercatoria*, o expresiones semejantes.¹⁹

Esta característica hace que, en palabras del profesor Michael Joachim Bonell,²⁰ los Principios presenten una forma completamente nueva de acercarse a la regulación de los contratos comerciales internacionales.²¹ La idea de que los Principios no sean vinculantes permitió una gran discrecionalidad en su preparación y les ha otorgado mayor flexibilidad y rapidez para su adaptación a las condiciones cambiantes del comercio internacional,²² como efectivamente ha sucedido con las sucesivas ediciones de los Principios que serán mencionados más adelante.

¹⁷ Ver comentario número 2 al Preámbulo de los Principios UNIDROIT 2016.

¹⁸ Labariega Villanueva, Alfonso, *Los Principios UNIDROIT, Un código Internacional de los Contratos Mercantiles*, Revista de Derecho Privado, Año 9 número 25, enero-abril 1998, McGraw Hill, México, p.57

¹⁹ *Vid.* segundo y tercer párrafo del Preámbulo de los Principios.

²⁰ El profesor Bonell es Consejero del UNIDROIT y ha participado como director del Grupo de trabajo de todas las ediciones de los Principios UNIDROIT (*Chairman of the Working Group*). Es también Profesor de derecho (*emeritus*) de la Universidad de Rome I *La Sapienza*.

²¹ Bonell, Michael Joachim, *An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Tercera edición, Transnational Publishers, New York, 2005, p.6. En el mismo sentido se pronuncia María de la Sierra Flores Doña (*Op. cit.* p. 11) quien afirma que *entre los grandes aciertos de los Principios UNIDROIT se encuentra el haber creado un nuevo modelo de regulación de las relaciones patrimoniales privadas de carácter internacional*.

²² Bonell, *An International...*, *Op. cit.*, p.24

De carácter internacional. Los Principios tienen una vocación eminentemente internacional. Así se expresa en el Preámbulo, al establecer su propósito: *Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.* Su carácter internacional es una consecuencia del perfil multinacional del UNIDROIT y de su finalidad principal que es la armonización del derecho comercial internacional. Los principios contienen normas que son comunes a todos los sistemas legales nacionales existentes. En el contexto de los Principios, al concepto *internacional* debe darse el más amplio sentido, de tal forma que sólo queden excluidos aquellos contratos en los que no exista ningún elemento o conexión internacional, como ocurre cuando todos los conceptos relevantes del contrato están conectados con un único país. En consecuencia, quedan incluidos en el amplio concepto de internacionalidad todas aquellas soluciones de los distintos derechos nacionales, como la referencia a que las partes tengan el asiento de sus negocios o su residencia habitual en distintos países, o las más generales, como aquellas que disponen que será internacional el contrato que tenga una conexión significativa con más de un Estado, que las partes puedan escoger entre distintas leyes nacionales, que las disposiciones contractuales afecten los intereses del comercio internacional o cualquier otra disposición semejante.²³

De contenido técnico. Característica que se sustenta en el hecho de que los Principios han sido concebidos y redactados por juristas de primer nivel pertenecientes a todos los sistemas jurídicos y a todos los continentes. Se trata de académicos, jueces, árbitros, abogados postulantes, consultores y funcionarios públicos, todos ellos expertos en derecho comercial internacional, que actuaron a título personal, es decir, sin representación de sus respectivos gobiernos y sin más interés que colaborar en este esfuerzo. Como se ha dicho, la fuerza de los Principios estriba en la persuasión y no en su imposición obligatoria y ese convencimiento está sustentado por el prestigio y experiencia de los integrantes de los distintos grupos de trabajo que han participado en las cuatro ediciones de la obra.²⁴

El carácter técnico de los Principios implica también una conjunción entre tradición e innovación. Desde el inicio, el grupo de trabajo que los redactó se dividió en dos grupos: por un lado,

²³ Así se establece en el comentario número 1 al Preámbulo de los Principios UNIDROIT 2016

²⁴ En cada una de las ediciones de los Principios UNIDROIT aparece la lista de los integrantes del Grupo de trabajo que participaron en su redacción.

el de los *tradicionalistas*, que en cierto modo querían mantener los principios e instituciones pertenecientes a sus respectivos sistemas jurídicos desde tiempos inmemoriales. Frente a estos, los *innovadores* mucho más abiertos a los desarrollos teóricos modernos, aun cuando dichas novedades no pertenecieran a sus propios derechos o que no fueran mayormente aceptadas. No obstante las diferencias, ambos grupos tenían claro que su trabajo consistía en una *reestructura* del derecho contractual internacional y que por ello debían desarrollar normas enteramente novedosas.²⁵

El resultado fue una normatividad en gran medida progresista, pero fuertemente afincada en las tradiciones jurídicas ancestrales. Al final, la combinación de novedad y tradición llevó a una obra de altísima calidad técnica que cumple perfectamente con su finalidad armonizadora del derecho comercial internacional.

Coherencia y claridad. Otra característica de los Principios UNIDROIT es su coherencia interna y su claridad. Su estructura va mucho más allá de la sistematización de los códigos europeos o de los instrumentos legales (*acts*) del derecho anglosajón, más analítico y típico de su derecho estatutario. Como se analizará, además de los preceptos, denominados *artículos –black letters rules–* los Principios contienen comentarios y ejemplos que complementan y aclaran cada una de las instituciones jurídicas reguladas y que por ello otorgan una coherencia interna particular. A diferencia de los códigos continentales, en los Principios los artículos, comentarios y ejemplos forman un todo complementario y armónico indispensable para aplicar e interpretar las disposiciones contractuales y en su caso, resolver las controversias que surjan en el tráfico comercial.

Aunado a lo anterior, los Principios fueron redactados en un lenguaje claro y simple, de modo que cualquier persona educada –incluso aquellos que no ejercen la profesión jurídica– pudiera entenderlos. Los redactores evitaron el uso de la terminología particular de cualquiera de los sistemas legales existentes, optando en cambio por crear una especie de *lingua franca* que pudiera ser comprendida por los operadores del comercio en todo el mundo.²⁶

No obstante su carácter *neutral* en cuanto a los conceptos técnicos que se han venido mencionando, es preciso hacer notar que los abogados pertenecientes a los dos mayores sistemas jurídicos existentes el *common law* y el *civil law* pueden leer los Principios sin sentir que revisan una obra totalmente ajena a sus propios derechos. Al haber logrado una combinación armónica de

²⁵ Bonell, *An International...*, *Op. cit.*, p.48

²⁶ Bonell, *An International...*, *Op. cit.*, p.23

ambos sistemas y de otros menos extendidos, los redactores pudieron compaginar las instituciones fundamentales de ambas esferas y elegir las mejores soluciones para cada caso en particular, recibiendo también las propuestas de los operadores del comercio transnacional que con su experiencia enriquecieron la reglamentación del UNIDROIT.

Omnicomprendivos, flexibles. Por otro lado, los Principios UNIDROIT pretenden una regulación omnicomprendiva de los contratos comerciales internacionales, reglamentando todos los aspectos de la dinámica contractual, de modo que al revisar su estructura y contenido, salta a la vista que más que un código es, en esencia, un verdadero tratado de derecho de los contratos. Además, como se mencionó, al no ser un instrumento vinculante u obligatorio y al no depender tampoco de los procesos legislativos de un código tradicional, los Principios tienen la flexibilidad necesaria para adaptarse rápidamente a los cambios producidos por la evolución del derecho comercial internacional, así como por el desarrollo económico y de la tecnología que en la práctica afectan al comercio transfronterizo. Dicho dinamismo lo aporta también su conexión con los usos y prácticas del comercio internacional al igual que su carácter abierto lo que se aprecia con el uso, en su redacción, de cláusulas generales como la buena fe y lealtad negocial, que garantizan su actualización permanente. Todo lo anterior convierte a los Principios UNIDROIT en un instrumento dinámico que rápidamente se pone a la par de las innovaciones del comercio, como lo han constatado sus ediciones sucesivas que serán reseñadas en el siguiente apartado.

No queda duda que los Principios UNIDROIT constituyen el más moderno instrumento jurídico en materia de derecho contractual, que no obstante haber aprovechado la tradición milenaria de las instituciones jurídicas clásicas, logró combinarlas con las más recientes novedades y al haber tomado en cuenta los usos y prácticas del comercio internacional logró una regulación perfectamente adaptada a la época en que nos ha tocado vivir: globalizada, internacional, dúctil y cambiante.

IV] Breve historia de los Principios UNIDROIT

La génesis de los Principios se remonta al lejano 1971 cuando el Consejo de Gobierno del UNIDROIT incluyó dentro de su programa de trabajo lo que originalmente designó en francés como: *Essai d'unification portant sur la partie générale des contrats en vue d'une Codification progressive du droit des obligations 'ex contractu'*. Posteriormente dicho proyecto se le identificó de

manera incorrecta como *Progressive Codification of International Trade Law*. Se dice que incorrectamente porque se hacía referencia a una codificación progresiva y los Principios UNIDROIT son, precisamente, una reacción a los sistemas jurídicos codificados o de *hard law*. Finalmente al proyecto se le conocería como *Preparation of Principles for International Commercial Contracts*.²⁷ Fue hasta 1980 cuando se designó al grupo de trabajo –como se ha dicho, formado por expertos en el campo del derecho contractual y del derecho del comercio internacional- que bajo la coordinación del profesor Bonell comenzaría a preparar los distintos capítulos de los Principios.

Edición 1994. La primera edición se publicó en 1994. Sus redactores se concentraron principalmente en el derecho de los contratos internacionales y al efecto tuvieron como principios rectores las categorías abstractas de acreedor (*obligor*) y deudor (*obligee*) buscando en todo momento el equilibrio entre estas dos partes con respecto a la formación, el cumplimiento e incumplimiento de los contratos. Desde entonces el Consejo de Gobierno del UNIDROIT señaló la necesidad de monitorear su uso con una visión muy certera de que sería necesaria su adecuación y ampliación futura. Su publicación constituyó un éxito editorial en todo el mundo. Se organizaron coloquios y congresos para dar a conocer su contenido y utilidad.²⁸ Rápidamente comenzaron a ser utilizados como una opción normativa para los contratos comerciales internacionales a la que se sometían voluntariamente los operadores del comercio internacional y sus abogados y poco a poco fueron utilizados por los árbitros para dirimir las controversias surgidas de su aplicación.

Edición 2004. Muy pronto, debido al éxito de los Principios, el UNIDROIT se vio obligado a retomar los trabajos con el objetivo de publicar una segunda edición ampliada. Ésta se publicó en 2004, exactamente diez años después de la primera. Como se dijo, la primera edición se había concentrado en el derecho de los contratos internacionales y en la búsqueda del equilibrio entre acreedor (*obligor*) y deudor (*obligee*). En la segunda edición de

²⁷ La idea de preparar una especie de *Restatements* del derecho de los contratos comerciales internacionales fue iniciativa de Mario Matteucci en un congreso internacional celebrado en Roma en 1968. Vid. Bonell, *An International...*, *Op. cit.*, p. 27

²⁸ En México se organizó un seminario en las instalaciones de la Universidad Panamericana en noviembre de 1996 que dio como resultado la publicación del libro: *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit*, (Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Panamericana, México, 1998) que contiene las ponencias de los expertos que participaron en dicho evento.

2004 la perspectiva se amplió notoriamente hacia otros ámbitos pertenecientes al derecho de las obligaciones y al efecto se incrementaron 61 artículos que regulaban nuevas figuras conceptuales, como las facultades de los apoderados (*authority of agents*), los derechos de los terceros (*third party rights*), la Compensación (*set off*), la cesión de derechos (*assignment of rights*), la transmisión de obligaciones (*transfer of obligations*), la cesión de contrato (*assignment of contracts*), la prescripción (*limitation periods*) y la renuncia (*waiver*).

Edición 2010. La dinámica propia del comercio transfronterizo y sobre todo las sugerencias de la comunidad jurídica internacional justificaron una nueva edición. Como se aclara en la introducción a la edición de 2010, no se trata de una revisión a las anteriores sino de adiciones complementarias que continuaban la adecuación y puesta al día de los Principios. El objetivo primordial de esta tercera edición fue el de adicionar diversos tópicos de interés para las comunidades del comercio y del derecho internacional. Se incrementaron 26 artículos que tratan acerca de la restitución en caso de contratos nulos (*restitution in case of failed contracts*) ilegalidad (*illegality*), condiciones (*conditions*) y pluralidad de acreedores o deudores (*plurality of obligors and of obligees*).²⁹

Edición 2016. La más actual de las ediciones es también una consecuencia del carácter flexible de los Principios. Con motivo de la adopción de las *Cláusulas Modelo para el Uso de los Principios UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales (Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, también conocidas como '*UPICC Model Clauses*'), publicadas por el UNIDROIT en 2013³⁰, el UNIDROIT cayó en cuenta de la importancia de los *Contratos de larga duración (Long-term contracts)*. El objetivo principal de la cuarta edición de los Principios UNIDROIT es, precisamente, la regulación de los contratos que tienen esta característica. Para ello fueron modificados el Preámbulo y los artículos 1.11, 2.1.14, 5.1.7, 5.1.8 y 7.3.7. en total seis adecuaciones. Además se hicieron ajustes y adiciones en los comentarios a otros artículos, todos ellos en torno de los referidos contratos de larga duración. Como se ve, no se

²⁹ En cada una de las ediciones se puede consultar una tabla de correspondencias para identificar los artículos y demás provisiones que se modifican o se adicionan con las distintas ediciones de los Principios.

³⁰ Las Cláusulas Modelo para el uso de los Principios UNIDROIT (*UPICC Model Clauses*) pueden consultarse en <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses>

incrementaron el número de artículos respecto de la edición de 2010. La edición de 2016, al igual que su antecesora consta de 211 artículos.³¹

V J Utilidad de los Principios UNIDROIT

Como se mencionó, los Principios constituyen un cuerpo de normas no vinculantes que regulan los contratos comerciales internacionales, cuya finalidad principal es satisfacer las necesidades del comercio internacional, sin embargo, nada impide que las partes de un contrato doméstico –aquel que no tenga vinculación alguna con lo internacional- se sujeten expresamente a los Principios.³² Si se parte del hecho unánimemente aceptado de que los distintos derechos nacionales constituyen un obstáculo para el comercio internacional, resulta que los Principios resuelven ese problema al proponer una regulación universal para la contratación internacional, cuyas normas y principios son comunes a todos los sistemas legales nacionales existentes y tienen una altísima calidad técnica. En los comentarios al Preámbulo de los Principios se establecen sus distintas funciones las que serán reseñadas enseguida.

Los principios como la ley aplicable al contrato. Las partes pueden señalar los Principios UNIDROIT para regular el contrato – como *lex contractus*-³³ ya sea de manera exclusiva o en unión con alguno de los derechos nacionales cuyas normas serán aplicables para los asuntos no regulados por los Principios.³⁴ En estos casos es recomendable pactar al mismo tiempo una cláusula de compromiso arbitral,³⁵ pues la libertad que tienen las partes para elegir el derecho que gobernará al contrato se limita tradicionalmente a derechos nacionales. Por ello la referencia a los Principios podría ser considerada como un simple acuerdo para incorporarlos al contrato y en ese caso la ley que lo gobernaría sería la que se determinara conforme a las reglas del Derecho Internacional Privado, en consecuencia, las normas de los Principios UNIDROIT aplicarían en tanto no fueran contrarias a la ley nacional

³¹ La edición de 2016 de los Principios contiene una tabla comparativa de las adiciones y los cambios que han tenido desde su segunda edición (2004).

³² Comentario número 3 del Preámbulo

³³ Párrafo segundo del Preámbulo.

³⁴ Para ello conviene utilizar las Cláusulas modelo para el uso de los Principios UNIDROIT que se analizarán más adelante.

³⁵ Ver comentario 4-a del Preámbulo.

aplicable.³⁶ En cambio, los árbitros no están obligados a acatar las leyes domésticas y por ello pueden resolver sin limitación conforme a dichos Principios.

Además de la determinación expresa, los Principios regirán el contrato cuando las partes hagan referencia a que se gobernará por los *principios generales*, la *lex mercatoria*, los usos y costumbres del comercio internacional o cualquier otra semejante. Incluso cuando el contrato no disponga elección de ley alguna.³⁷

No obstante su utilidad principal es regir los contratos comerciales internacionales en la forma antes apuntada, existen otras funciones que serán analizadas a continuación.

Los Principios como medios para interpretar y complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme. Otra de las funciones de los Principios consiste en servir como instrumento para interpretar y complementar los instrumentos internacionales de derecho uniforme.³⁸ Como ejemplo se tiene a la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), convención muy exitosa que ha sido adoptada por más de 85 países.³⁹ Tradicionalmente, para interpretar o complementar sus disposiciones se utilizaban los criterios del derecho nacional al que se había incorporado la convención. Pero ahora los tribunales y los árbitros han abandonado ese tipo de aproximación conflictual e interpretan y complementan este tipo de instrumentos haciendo referencia a criterios autónomos de carácter internacional elegidos en cada caso particular. Ahora los Principios UNIDROIT, como cuerpo que regula los contratos transfronterizos, pueden servir para facilitar la interpretación y complementación de instrumentos internacionales de derecho uniforme como la CISG.

Los Principios como medios para interpretar y complementar el derecho nacional. Los tribunales nacionales, cuando se ven en la necesidad de resolver controversias relacionadas con contratos comerciales internacionales conforme a su propia legislación –por ejemplo, cuando las partes no se sometieron a los Principios UNIDROIT o a otros instrumentos semejantes- podrán utilizar los Principios para fundamentar sus resoluciones, pues estarían empleando estándares internacionales

³⁶ Ver comentario 4-a del Preámbulo.

³⁷ Comentarios 3 y 4 del Preámbulo.

³⁸ Comentario 5 del Preámbulo.

³⁹ Los países suscriptores de la CISG pueden consultarse en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

creados especialmente para interpretar y complementar ese tipo de contratos.⁴⁰

Los Principios como modelo para legisladores nacionales e internacionales. Como se ha señalado, los principios tienen una calidad intrínseca indiscutible dado el prestigio de los juristas que los redactaron. Los Principios constituyen una regulación de vanguardia desde el punto de vista técnico, por lo que pueden ser utilizados como modelo por los legisladores nacionales que quieran mejorar su legislación interna en materia contractual. En el ámbito internacional, será también una referencia obligada en la elaboración de proyectos de convenciones internacionales o de leyes modelo.⁴¹

Los Principios como guía para la elaboración de contratos y para regular contratos domésticos. Pueden utilizarse como guía para la elaboración de contratos internacionales, pues facilitan la identificación de aquellos aspectos modernos a ser incorporados en un contrato; además proveen un lenguaje neutro que puede ser fácilmente comprendido por todas las partes a pesar de que pertenezcan a distintas culturas o sistemas normativos, sobre todo porque los Principios son publicados en los distintos idiomas oficiales del UNIDROIT y traducidos también a otros muchos idiomas.

Pueden también servir para regular contratos domésticos sobre todo en aquellas cuestiones que el derecho nacional no prevea.

Los Principios como material didáctico. Finalmente, cada vez es más frecuente constatar que los Principios se utilizan como material didáctico en facultades de derecho de todo el mundo, con lo cual se logra transmitir a los alumnos una visión internacional de los contratos y un material de derecho comparado en la materia.⁴²

⁴⁰ Ver comentario número 6 del Preámbulo.

⁴¹ Ver comentario número 7 del Preámbulo. Los Principios UNIDROIT constituyen una fuente de inspiración para la reforma de las leyes contractuales en el mundo, como la ley de contratos de China promulgada en 1999 o el Código Civil de Rusia que entró en vigor en tres etapas: 1995, 1996 y 2002. Ambos ordenamientos tuvieron una gran influencia de los Principios UNIDROIT y de otro instrumento internacional muy exitoso: la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG).

⁴² Comentario número 8 del Preámbulo.

VI | Estructura y contenido de los Principios UNIDROIT

Es especial y muy interesante la forma en que los Principios han sido redactados. Cada institución regulada se presenta en tres partes: primero los artículos propiamente dichos, denominados *Black Letters Rules*, los que son acompañados por amplios comentarios explicativos y finalmente por ejemplos. Tanto los comentarios como los ejemplos aclaran el contenido del artículo y el ámbito de su aplicación. En ocasiones se encuentran también referencias a otros instrumentos internacionales de derecho uniforme. Los comentarios no se refieren a ningún derecho nacional, a menos que alguna norma o institución haya sido tomada de alguno y se considere oportuno indicar ese origen o, por el contrario, cuando se pretenda aclarar la exclusión de la aplicación de alguna norma nacional (el ejemplo más evidente es el artículo 3.1.2 y comentario 2 a este artículo que excluye cualquier prerequisite para la formación o conclusión de un contrato, como podría ser la *causa*, regulada en diversos derechos nacionales pertenecientes al *civil law* o la *consideration* del *common law*).⁴³

La amplitud de los comentarios a los artículos es portentosa, al igual que la calidad de su contenido, por lo que se reitera que los Principios constituyen, además de una regulación contractual, un verdadero tratado de la parte general del derecho de los contratos.

En cuanto al contenido, los Principios UNIDROIT 2016 constan de un preámbulo y de once capítulos que en total contienen 211 artículos –como se dijo, igual número que la edición de 2010– que cubren todo el espectro regulatorio de una verdadera teoría de los contratos, es decir, no se regula ningún contrato en particular. A continuación se hará una breve referencia al contenido del preámbulo y de cada uno de sus capítulos.

Preámbulo. Los Principios inician con un preámbulo que establece claramente su propósito. Ahí se señala que constituyen reglas generales para los contratos comerciales internacionales y se complementa con los comentarios que aclaran el sentido de los términos *internacional* y *comercial* que caracterizan ese tipo de contratos y que ya han sido comentados. Enseguida el preámbulo establece los casos en que pueden aplicarse los Principios: cuando las partes así lo pacten; cuando se pacte que el contrato se rija por los principios generales del derecho, la *lex mercatoria*, o

⁴³ Vid. Hartkamp, Arthur S. *Et.al.* (editores) *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International BV, The Netherlands/Ars Aequi Libri, Nijmegen, Cuarta edición, 2011, p.241

expresiones semejantes y cuando las partes no hayan elegido ninguna ley que rija al contrato. También establece otros propósitos de los Principios, como que pueden usarse para interpretar o complementar los instrumentos internacionales de derecho uniforme (por ejemplo la CISG) o para interpretar o complementar las leyes nacionales. Finalmente señala que los Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales o internacionales.

Capítulo 1. Disposiciones generales. Este capítulo señala disposiciones generales que desde nuestro punto de vista son fundamentales para entender la estructura y aplicación de los Principios. Se establecen las ideas fundamentales que subyacen en toda la regulación, como el principio de *libertad de contratación* (1.1), el de *libertad absoluta de forma* (1.2), el de *fuerza obligatoria de los contratos*, conocido en la tradición latina como *pacta sunt servanda* (1.3) y una idea fundamental en la que descansa toda su estructura: el principio de *buena fe y lealtad negocial* (*good faith and fair dealing*) el cual no puede ser excluido o limitado por las partes (1.7)⁴⁴ que incluye el novedoso concepto de *comportamiento inconsistente* (1.8). Dada la naturaleza no vinculante de los Principios (*soft law*), se establece que sus disposiciones no prevalecerán sobre las normas de carácter imperativas y por tanto de aplicación obligatoria, sean estas nacionales, internacionales o supranacionales (1.4). Además se señalan reglas para la exclusión o modificación de los Principios por las partes (1.5), su interpretación (1.6), la importancia que en la materia tienen los usos y prácticas (1.9), las reglas para notificaciones, incluyendo declaraciones, demandas, requerimientos y en general cualquier comunicación (1.10) y el cómputo de los plazos establecidos por las partes (1.12). El capítulo contiene también una serie de definiciones que aclaran el sentido de los Principios: *tribunal*, *establecimiento*, *contratos de larga duración* –introducida en la edición 2016–, *deudor y acreedor y escrito* (1.11).

Capítulo 2. Formación y apoderamiento de representantes (*formation and authority of agents*). Los Principios regulan ampliamente el proceso de formación de los contratos –lo que en el derecho civil continental se denominaría perfeccionamiento del contrato mediante el acuerdo, acuerdo de voluntades o consentimiento. Se establece la regla general consistente en que el contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta, lo

⁴⁴ Aquí se aprecia la convergencia de dos culturas jurídicas al combinar el concepto de *buena fe* del *civil law* y el de *lealtad negocial* (*fair dealing*) del *common law*.

que puede ocurrir mediante el acuerdo de las partes o bien a través de una conducta que pueda ser suficiente para concluir la existencia del acuerdo (2.1.1). En 22 artículos se regula todo el proceso de formación del contrato. Los primeros once tratan sobre la oferta y aceptación siguiendo el sistema establecido por la CISG, incluyendo la aceptación con modificaciones (2.1.11). Los demás artículos establecen regulaciones novedosas, como la confirmación por escrito, los contratos con términos deliberadamente abiertos, las negociaciones de mala fe, el deber de confidencialidad y los contratos con cláusulas estándar.

En la sección segunda se regula el aspecto externo de la representación convencional –la que se da entre el representado y el representante y también frente al tercero– y se excluye expresamente la que proviene de la ley o cuando el representante es designado por una autoridad pública o judicial (2.2.1). También trata de la representación directa, cuando el representante actúa en nombre del representado, así como la indirecta, cuando actúa en propio nombre. De igual modo la sección trata de la representación aparente, la representación oculta y cuando el representante actúa sin poder o excediéndolo (actos *ultra vires*).

Capítulo 3. Validez. Este capítulo está inspirado en el proyecto de la Convención del UNIDROIT para la Unificación de Ciertas Reglas Relacionadas con la Validez de los Contratos de Compraventa de 1972, y que fue una materia –la validez– totalmente excluida de la CISG⁴⁵. Comienza con el establecimiento del principio de *validez del mero acuerdo*, según el cual todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional (3.1.2), haciendo hincapié –en los comentarios– que no es requisito de validez ni la *consideration* anglosajona ni la *causa* regulada por muchos de los derechos de corte *civil law*. Establece también el principio consensual de los contratos y se distancia expresamente de los llamados contratos *reales*, aquellos que se perfeccionan mediante la entrega de la cosa o de su inscripción en algún registro estatal. El resto del capítulo regula los denominados vicios o defectos del consentimiento: el error, dolo, intimidación, excesiva desproporción e ilicitud.

Capítulo 4. Interpretación. En el entorno de los Principios, un contrato debe ser interpretado conforme a la intención común de las partes. Sin embargo, si dicha intención no puede conocerse, entonces el contrato se interpretará conforme al significado que le

⁴⁵ 1972 UNIDROIT Draft Convention for the Unification of Certain Rules relating to the Validity of Contracts of International Sale. *Vid.* Hartkamp, *Op.cit.*, p.249

habrían dado *personas razonables* de la misma condición de las partes y en las mismas circunstancias (4.1). Como se aprecia no se trata de un criterio abstracto de razonabilidad, es decir, del criterio del *super hombre*, sino de personas razonables de la misma condición o en las mismas circunstancias de las partes, por ejemplo, de su mismo idioma, aptitudes técnicas, experiencia profesional o de negocios, etc.

Otra circunstancia interesante es que el intérprete en su labor, debe tomar en cuenta todas las circunstancias relevantes, como las negociaciones preliminares, las prácticas o costumbres entre las partes, la conducta en la ejecución del contrato, la naturaleza y el propósito del contrato, el sentido que comúnmente se dé a los términos y conceptos del contrato en la rama del comercio o industria que corresponda y, desde luego, los usos (4.3). Se regula también la regla *contra proferentem* estableciendo que los términos oscuros suministrados por una parte se interpretarán en su contra (4.6), y las discrepancias lingüísticas propias de los contratos internacionales, las cuales se resolverán conforme al idioma en el que se redactó originalmente el contrato (4.7).

Capítulo 5. Contenido, estipulaciones a favor de terceros y obligaciones condicionales. Este capítulo está dividido en tres secciones. La primera regula el *contenido* del contrato, tema de gran actualidad y que de alguna forma sustituye al concepto de *objeto* en la mayoría de las regulaciones del *civil law*. El contenido del contrato es la reglamentación contractual, que se traduce en el conjunto de normas que rigen la relación jurídica obligatoria que surge de la celebración de un contrato, normas que tienen diverso origen, como aquellas pactadas expresamente por las partes y que por tanto son producto de su autonomía privada (normas expresas) (5.1.1) y aquellas otras normas imperativas y dispositivas, resultantes de la naturaleza y finalidad del contrato, de las prácticas establecidas entre las partes, de los usos, de la buena fe y lealtad negocial y del sentido común (5.1.2) (normas implícitas).⁴⁶ En esta sección también se establece el *deber de cooperación* entre las partes (5.1.3) y se regulan las *obligaciones de medios* y de *resultados* (5.1.4). En la segunda sección se trata de la *Estipulación a favor de tercero* y en la sección tercera de los contratos y obligaciones *Condicionales*.

⁴⁶ Vid. Robles Farías, Diego, *El Contenido de los Contratos*, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Dr. Salomón Vargas García*, Tirant lo Blanch/Universidad Panamericana, México, 2016, pp 245 *et seq.*

Capítulo 6. Cumplimiento (Performance). Este capítulo regula en dos secciones el cumplimiento en general y la Excesiva onerosidad (*hardship*). En relación al cumplimiento se establecen normas dedicadas a los problemas del cumplimiento que son conocidas en los sistemas codificados (*civil law*), como el momento de cumplimiento, el cumplimiento parcial, el lugar de cumplimiento, etc. Dedicada también varios artículos a la regulación del pago de obligaciones dinerarias –con cheque u otro instrumento, mediante transferencia de fondos, la moneda de pago y a la imputación del pago. En la sección segunda regula la Excesiva onerosidad (*hardship*) –conocida en la tradición latina como Teoría de la Imprevisión o *rebus sic stantibus*– que ocurre cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por ciertos eventos, como el incremento de los costos o la disminución del valor de la prestación (6.2.2).

Capítulo 7. Incumplimiento (Non-performance). Capítulo que se divide en cuatro secciones: Incumplimiento en general, Derecho a reclamar el cumplimiento, resolución (*termination*) y resarcimiento (*damages*). Por lo que ve al concepto de incumplimiento los Principios UNIDROIT –siguiendo a la CISG⁴⁷– adoptaron un sistema unitario según el cual por incumplimiento se entenderá cualquier falta de cumplimiento cabal (*due performance*) de las obligaciones asumidas en el contrato, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento a destiempo (7.1.1). Se regula también el derecho a retener el pago (*withholding performance*) (7.1.3) en las obligaciones bilaterales o sinalagmáticas de cumplimiento simultáneo, mientras la otra parte no cumpla con lo que le corresponde. Se establecen formas de remediar el incumplimiento (7.1.4) y la fuerza mayor (7.1.7). En la sección segunda se regula el derecho a reclamar el cumplimiento específico, tanto en las obligaciones dinerarias como en las no monetarias.

La sección tercera trata de la resolución del contrato por incumplimiento (*termination*). Dicha facultad procederá en dos casos: siempre que se trate de un *incumplimiento esencial* (*fundamental non-performance*) conforme dicho término se explica

⁴⁷ En el artículo 7.1.1 de la CISG se utiliza el término *breach* mientras que los Principios eligieron el de *non-performance*. Lo anterior en virtud de que en el derecho anglosajón el término *breach* está limitado al incumplimiento que otorga a la otra parte el derecho de reclamar daños, mientras que el término *non-performance* puede otorgar a la parte afectada otros remedios, como la resolución del contrato (*termination*) o suspensión del cumplimiento (*withholding performance*) en los que la parte que incumple no necesariamente debe pagar daños. *Vid. Hartkamp, Op. cit.*, p. 251

en el mismo artículo y cuando el obligado no cumple dentro del plazo establecido en el contrato incluyendo el periodo adicional a que se refiere el artículo 7.1.5 (7.3.1). La introducción del concepto de *incumplimiento esencial* fue tomado también de la CISG y constituye una regulación novedosa y de fundamental importancia en el entorno de los Principios UNIDROIT. En los demás artículos de esta sección se regulan los efectos de la resolución del contrato. Finalmente, la sección cuarta trata del resarcimiento de los daños provocados por el incumplimiento.

Capítulo 8. Compensación (set-off). La nota principal del derecho a compensar deudas en el entorno de los Principios es que solo procede mediante la notificación a la otra parte y surtirá sus efectos una vez notificada (8.3 y 8.4), a diferencia de la mayoría de los derechos de corte latino (*civil law*) en donde la compensación es automática (por ministerio de ley) y sin necesidad de esa notificación.

Capítulo 9. Cesión de créditos, transferencia de obligaciones y cesión de contratos. Como se aprecia, en este amplio capítulo (30 artículos) se regulan las tres figuras antes señaladas. Por lo que ve a la cesión de créditos, ésta puede realizarse sin el consentimiento del deudor cedido. Se regula también la cesión parcial, la de créditos futuros, etc. Pueden también transferirse obligaciones en cuyo caso se requiere el consentimiento anticipado del acreedor. Finalmente se regula la Cesión de contratos conocida también como cesión de posición contractual, mediante la cual se ceden la totalidad de los derechos y obligaciones del cedente en un contrato celebrado con un tercero. En este caso también se requiere el consentimiento anticipado de la otra parte.

Capítulo 10. Prescripción (limitation periods). El ejercicio de los derechos regulados por los Principios está limitado por el *periodo de prescripción* (10.1). El periodo ordinario de prescripción es de tres años que comienzan al día siguiente de aquel que el acreedor conoció o debió haber conocido que el derecho podía ejercerse. El periodo máximo de prescripción es de diez años que comienza al día siguiente del día en que el derecho podía ser ejercido (10.2). Las partes pueden modificar –sin acortar el ordinario a menos de un año y el máximo a menos de cuatro - ese periodo de prescripción. La prescripción se suspende por procedimiento judicial o arbitral, por fuerza mayor o por muerte o incapacidad.

Capítulo 11. Pluralidad de Deudores y de Acreedores. Este capítulo fue adicionado en la edición de 2010 de los Principios. Cuando varios deudores se obligan frente a un acreedor por la

misma obligación, la obligación será *solidaria* (*joint and several*) si cada deudor responde por la totalidad, y *separada* (*separate*) si cada deudor solo responde de su parte (11.1.1). La nota característica de esta regulación es que se presume solidaridad cuando varios deudores se obligan frente a un acreedor (11.1.2), situación que es distinta a la de la mayoría de los derechos continentales –y en general del *civil law*- en donde se presume la mancomunidad (separadas) a menos que las circunstancias indiquen lo contrario. Por lo que ve a la pluralidad de acreedores, se regulan tres tipos: *créditos separados* si cada acreedor solo puede exigir su parte; *créditos solidarios* si cada acreedor puede exigir la totalidad de la prestación y *créditos mancomunados* si todos los acreedores deben exigir la prestación en forma conjunta (11.2.1).

VII] Fuentes de inspiración

Como ha sido mencionado, los Principios contienen normas que son comunes a la mayoría de los sistemas legales existentes. Para lograrlo, en cada una de sus ediciones se reunió un grupo de trabajo formado por juristas pertenecientes a esos distintos sistemas, quienes lograron conjuntar una regulación con una coherencia intrínseca que no refleja necesariamente las normas comunes a los distintos sistemas nacionales, sino que contiene principios elegidos en virtud de que resuelven de la mejor manera posible los requerimientos del comercio internacional.

Sin embargo, es un hecho que los integrantes de esos grupos de trabajo tomaron en consideración los distintos derechos nacionales a los que pertenecían. Aquellos miembros pertenecientes a la tradición del *civil law* aportarían los principios y normas contenidas en los códigos nacionales más representativos y avanzados, como el Código Civil francés o Código Napoleón, el Código Civil alemán (BGB), Código Civil Italiano de 1946, el Código Civil español y el Código Civil holandés, entre otros. Mientras que los integrantes de la tradición del *common law* aportarían las reglas correspondientes a su sistema jurídico.

Resulta evidente que fueron los *Restatements* norteamericanos los que más influencia tuvieron en la conformación de los Principios UNIDROIT, tanto en el fondo como en la forma. Prueba de ello es que el concepto de contrato que prevalece en la regulación de los Principios es marcadamente anglosajón. Por otro lado, su estructura editorial (artículos, comentarios y ejemplos) inmediatamente nos refiere la de los *Restatements*. Sin embargo, la diferencia fundamental es que estos

últimos son una recopilación o reestructuración (*re-state*) del derecho de los distintos Estados de la Unión americana conforme son establecidos por los tribunales de acuerdo al sistema del *common law*, mientras que los Principios constituyen un trabajo académico y práctico que presenta las soluciones más adecuadas para cada situación jurídica, de acuerdo al criterio de sus redactores, eso sí, tomadas de todos los distintos sistemas jurídicos mundiales.

¿Qué son los *Restatements*? Como se sabe, el derecho anglosajón no es un derecho codificado –salvo algunas notables excepciones en el derecho norteamericano. Conforme cada uno de los Estados de la unión americana fueron adoptando el *common law* inglés lo interpretaron y aplicaron a través de las resoluciones de sus tribunales. Por ello es un derecho práctico, de casos (*case law*), mucho menos dogmático y estructurado que el derecho de los países del *civil law*. La forma en que se fue desarrollando el derecho estadounidense generó importantes divergencias entre los distintos Estados, lo que provocó que el *American Law Institute* promoviera la clarificación y simplificación del derecho norteamericano y su adaptación a las necesidades sociales para mejorar la aplicación de la justicia. Ese instituto promovió una serie de *Restatements* de muchas materias, entre ellas, el *Restatements of Contracts* en sus tres versiones 1932, 1952 y 1979 este último publicado en 1981 (*Restatement (Second) of the Law of Contracts*).⁴⁸ Los *Restatements* no son vinculantes,⁴⁸ y los tribunales no se encuentran obligados a adoptarlos. Tienen solo la autoridad que les brinda la reputación de la institución que los elabora y el prestigio que han obtenido con el transcurso del tiempo.⁴⁹

Otra de las fuentes que definitivamente tuvo gran influencia en los Principios es la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG). Esta convención elaborada por la UNCITRAL constituye el primer texto normativo que fusiona los sistemas del *common law* y el *civil law*. Muchas de sus normas fueron trasladadas a los Principios UNIDROIT.⁵⁰

⁴⁸ Se puede consultar el texto de los *Restatements (Second) of Contracts* en la página de *The American Law Institute*: www.ali.org

⁴⁹ Díez-Picazo, *Los Principios...*, *Op. cit.* p.81

⁵⁰ Existen otros instrumentos internacionales que también fueron tomados en cuenta como fuentes de inspiración, entre otros: *The 1974 UN Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods (as amended by the 1980 Protocol)*; *the 1983 Geneva Convention on Agency in International sale of Goods*; *the 1988 Ottawa Convention on International Factoring*; *the 2001 UN Convention on Assignment of Receivables in International Trade*; *the 1993*

Independientemente de todas las fuentes consideradas, al decidir cuál de las normas habría que adoptar para conformar los Principios UNIDROIT las decisiones no se tomaban conforme a la forma en que se regulaba alguna cuestión en la mayoría de los países o en la mayoría de los instrumentos analizados, sino mediante la determinación de aquella norma que tuviera un mejor valor de persuasión o que se adaptara de mejor manera al comercio transfronterizo, independientemente que no coincidiera con la forma en que se regulaba en la mayoría de las legislaciones.⁵¹ No fueron, en consecuencia, decisiones aritméticas basadas en función de mayorías, sino decisiones razonadas e innovadoras que dieron a la regulación de los Principios esa calidad y prestigio con la que cuenta en la actualidad.

VIII] Cláusulas Modelo para el uso de los Principios UNIDROIT (*UPICC Model Clauses*)

En mayo de 2013 el Consejo de Dirección del UNIDROIT aprobó por unanimidad un conjunto de Cláusulas Modelo – acompañadas de comentarios – para la utilización de los Principios UNIDROIT.⁵² La idea surgió en virtud de que, a diferencia de los instrumentos vinculantes como la CISG, que al ser una convención internacional (*hard law*) obliga a los países que la suscriben a aplicar sus reglas en todos aquellos casos que caigan dentro del espectro de su regulación, los Principios UNIDROIT, como instrumento *soft law* tiene un espectro de aplicación mucho más amplio del cual los operadores del comercio y del derecho internacionales no siempre son conscientes. Las Cláusulas modelo ayudan a que quienes tengan interés en utilizar los Principios lo hagan de una forma más precisa, incorporándolos desde la formación del contrato o posteriormente cuando surja alguna controversia.

UNCITRAL Model Law on Credit Transfers; the 1996 UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce; the 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and the 2002 UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation. También fueron tomados en cuenta los INCOTERMS formulados por la Cámara de Comercio Internacional con sede en París. Vid. Bonell, *An International ...*, *Op. cit.*, p. 48

⁵¹ Ver introducción a la edición de 1994, p. xv

⁵² La versión oficial puede encontrarse en: www.unidroit.org/.../commercial-contracts/upicc-model-clauses. El UNIDROIT autorizó a la Universidad Externado de 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

En la redacción de las Cláusulas Modelo, sus creadores se basaron en la experiencia cotidiana en el uso de los Principios UNIDROIT, tanto por las partes en los contratos transnacionales como por los árbitros que resuelven las controversias, de manera que las cláusulas que a continuación se presentan, reflejan la forma como efectivamente están siendo utilizados por las partes y aplicados por los árbitros y jueces.

Las Cláusulas Modelo se dividen en cuatro categorías según su objetivo sea: (i) escoger los Principios UNIDROIT como derecho aplicable al contrato, (ii) incorporar los Principios UNIDROIT como cláusulas del contrato, (iii) hacer referencia a los Principios UNIDROIT para interpretar e integrar la CIGS cuando esta última es escogida por las partes y (iv) hacer referencia a los Principios UNIDROIT para interpretar e integrar el derecho nacional aplicable, incluyendo cualquier instrumento internacional de derecho uniforme incorporado en ese ordenamiento jurídico.

Para la mayoría de las Cláusulas modelo se proponen dos versiones, una para incorporarla en el contrato (*uso precontencioso*) y otra para ser utilizada luego de que haya surgido una controversia (*uso poscontencioso*). Se transcriben a continuación cada una de las Cláusulas Modelo, no sin antes insistir en que es indispensable recurrir al documento original y leer los comentarios para entender en plenitud su alcance y su modo de empleo.

1. *Cláusulas modelo para elegir solamente los Principios UNIDROIT.*

Para incorporar en el contrato: *El presente contrato se regirá por los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016)*. Para utilizar luego de que surja una controversia: *Esta controversia será decidida de conformidad con los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016)*.

2. *Cláusulas modelo para elegir los Principios UNIDROIT integrados por un derecho nacional en particular.*

Para incorporar en el contrato: *El presente contrato se regirá por los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016) y, respecto de cualquier asunto no cobijado por dichos Principios, se regirá por el derecho [del Estado X]*. Para utilizar luego de que surja una controversia: *Esta controversia será decidida de conformidad con los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016) y, respecto de cualquier asunto no cobijado por dichos Principios, se regirá por el derecho [del Estado X]*.

3. *Cláusulas modelo para elegir los Principios UNIDROIT integrados por los Principios del derecho comercial internacional generalmente aceptados.*

Para incorporar en el contrato: *El presente contrato se regirá por los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016) y, respecto de cualquier asunto no cobijado por dichos Principios, se regirá por los principios del derecho comercial internacional generalmente aceptados. Para utilizar luego de que surja una controversia: Esta controversia se decidirá de conformidad con los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016) y, respecto de cualquier asunto no cobijado por dichos Principios, se regirá por los principios del derecho comercial internacional generalmente aceptados.*

4. *Cláusula modelo que incorpora los principios UNIDROIT como cláusulas contractuales: Los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016) se integran al presente contrato en la medida en que no sean incompatibles con las demás cláusulas del contrato.*

5. *Cláusulas modelo que hacen referencia a los Principios UNIDROIT como medio para interpretar e integrar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) cuando esta última es elegida por las partes.*

Para incorporar en el contrato: *El presente contrato se regirá por la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) interpretada e integrada por los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016). Para utilizar luego de que surja una controversia: Esta controversia será decidida de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) interpretada e integrada por los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016).*

6. *Cláusulas modelo que hacen referencia a los Principios UNIDROIT como medio para interpretar e integrar el derecho nacional aplicable.*

Para ser incorporada al contrato: *El presente contrato se regirá por el derecho [del país X] interpretado e integrado por los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016). Para ser utilizada luego de que surja una controversia: Esta controversia será decidida de conformidad con*

el derecho [del país X] interpretado e integrado por los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016).

IX] La nueva edición de los Principios UNIDROIT 2016. La regulación de los contratos de larga duración

El carácter abierto y dúctil de los Principios UNIDROIT les ha permitido adaptarse a la evolución del comercio internacional. A partir de la segunda mitad del siglo XX hemos sido testigos de un incremento de las transacciones comerciales internacionales no solo en su número, sino sobre todo en su complejidad. Los contratos transnacionales han pasado de los de ejecución instantánea (*one shot contract or contracts to be performed at one time*) como la simple compraventa internacional de mercaderías, a contratos mucho más complejos como los contratos relacionados o los de larga duración.⁵³

Por ello, la nueva edición de los Principios tuvo como propósito, precisamente, la regulación de los contratos de larga duración. ¿Qué tienen de especial este tipo de contratos? Cuando la relación jurídica creada por un contrato se proyecta en el tiempo –cuando no se agota con su celebración como los de ejecución instantánea– es común que durante su ejecución surjan situaciones que no fueron contempladas por las partes a pesar de las exhaustivas y cuidadosas negociaciones y lo detallado de su redacción. Con la finalidad de cubrir las necesidades del comercio internacional en relación con estos contratos, desde el año de 2013 el UNIDROIT anticipó el inicio de los trabajos en esa dirección. Para el 2014 se había formado un grupo de trabajo compuesto de juristas expertos que habían mostrado un interés particular en los contratos de larga duración.⁵⁴ En marzo de 2016, luego de varias reuniones de trabajo en Roma, en Hamburgo y finalmente en Oslo,

⁵³ Ver segundo párrafo del comentario número 2 del PREÁMBULO

⁵⁴ El grupo de trabajo estuvo formado por los siguientes expertos: *Michael Joachim BONELL, Emeritus Professor of Law, University of Rome I, Consultant UNIDROIT (Chairman of the Group); Christine CHAPPUIS, Professor of Law, Faculty of Law, University of Geneva, Member of the Groupe de travail Contrats Internationaux; Neil COHEN, Jeffrey D. Forchelli Professor of Law, Brooklyn Law School, New York; François DESSEMONTET, Emeritus Professor of Law, University of Lausanne; Paul FINN, Former Judge, Federal Court of Australia, Adelaide; Paul-A. GELINAS, Avocat aux Barreaux de Paris et de Montréal, Paris; Sir Vivian RAMSEY, Former Judge, Technology and Construction Court, Royal Courts of Justice, London; Christopher R. SEPPÄLÄ, Partner, White & Case LLP, Legal Advisor to the FIDIC Contracts Committee; and Reinhard ZIMMERMANN, Professor of Law, Director at the Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg.*

el grupo de expertos recomendó modificaciones y adiciones a los Principios UNIDROIT 2010, que a la postre serían aprobadas por el Consejo de Gobierno de UNIDROIT⁵⁵ para conformar la cuarta edición de los Principios, la que se conocerá como edición 2016.

Es preciso aclarar que la edición de 2010 ya cubría los contratos de larga duración –los que se denominaban: *contracts to be performed over a period of time*–⁵⁶ pero muchos aspectos no habían sido tomados en cuenta, por lo que la edición de 2016 los trataría de una manera mucho más completa. Para regular estos contratos el grupo de trabajo decidió no establecer un capítulo que tratara específicamente de los contratos de larga duración. En su lugar se hicieron adiciones y adecuaciones a los artículos existentes sin variar su número respecto de la edición anterior.⁵⁷ Como ya fue mencionado, fueron modificados el Preámbulo y seis artículos (1.11, 2.1.14, 5.1.7, 5.1.8 y 7.3.7.) además de ajustes y adiciones en los comentarios a algunos de estos y de otros artículos.⁵⁸

La edición 2016 de los Principios UNIDROIT definen los contratos de larga duración como sigue:

Art. 1.11 (Definiciones) En los presentes Principios... Contratos de larga duración se refiere a aquellos contratos que deben ser

⁵⁵ En la 95ª Sesión del Consejo de Gobierno del UNIDROIT realizada en Roma del 18 al 20 de mayo de 2016 se adoptaron las adecuaciones y adiciones recomendadas por el Grupo de Trabajo, y se instruyó al Secretariado para que procediera con la preparación y publicación de la cuarta edición de los Principios (*2016 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*) a publicarse en diciembre de 2016.

⁵⁶ Ver Art. 7.3.7 de la Edición de 2010

⁵⁷ Incluso, la única propuesta que existía para adicionar dos nuevos artículos (6.3.1 y 6.3.2 y sus respectivos comentarios) que tratarían sobre *Termination for Compelling Reason* y cuyo desarrollo fue encomendado a Sir Vivian Ramsey y al Profesor Reinhard Zimmermann, finalmente fue desechada por con el argumento de que crearía una gran incertidumbre.

⁵⁸ Los cambios presentes en la edición 2016 de los Principios fueron: *Preamble – amendments to the footnote and Comment 2; Article 1.11 – addition to black letter law and of a new Comment 3; Article 2.1.14 – amendments to black letter law and Comments 1-3, and addition of a new Comment 4; Article 2.1.15 – amendments to Comment 2 and addition of a new Comment 3; Article 4.3 – amendments to Comment 3 (which would become Comment 4) and addition of a new Comment 3; Article 4.8 – amendments to Comments 1-3; Article 5.1.3 – amendments to Comment (which would become Comment 1) and addition of a new Comment 2; Article 5.1.4 – addition of a new Comment 3; Article 5.1.7 – amendments to black letter law and Comments 2-3; Article 5.1.8 – amendments to black letter law and existing Comment (which would become Comment 1) and addition of a new Comment 2; Articles 6.3.1-6.3.2 – addition of new black letter law and Comments; Article 7.1.7 – addition of a new Comment 5; Article 7.3.5 – amendments to Comment 3 and addition of a new Comment 4; Article 7.3.6 – amendments to Comment 1, y Article 7.3.7 – amendments to black letter law and both Comments 1 and 2.*

*ejecutados durante un periodo de tiempo y normalmente incluyen, en diversos grados, complejidad en la transacción y una relación continuada entre las partes.*⁵⁹

Como se aprecia, son tres los elementos que típicamente distinguen a los contratos de larga duración: duración del contrato, una relación de largo plazo entre las partes y la complejidad de la transacción. Sin embargo, para el propósito de los Principios UNIDROIT el elemento esencial es la duración del contrato mientras que los otros dos elementos comúnmente están presentes en diversos grados, pero de ninguna manera son esenciales. En el comentario a este artículo se señalan como ejemplos de este tipo de contratos de larga duración los siguientes: agencia comercial, distribución, *outsourcing*, franquicia, arrendamiento (p.e. arrendamiento de equipo), contratos marco, contratos de inversión o concesiones, servicios profesionales, contratos de operación y mantenimiento, contratos de suministro (p.e. de materias primas), contratos de construcción y obra civil, de cooperación industrial, *joint ventures*, etcétera.⁶⁰

En el documento preparado por el Secretariado para recomendar al Consejo de Gobierno la adopción de las adiciones y adecuaciones a los Principios UNIDROIT de 2010 y que a la postre daría lugar a la edición de 2016,⁶¹ se establecen claramente los nueve rubros en que el Grupo de expertos trabajó y que serán analizado brevemente a continuación:

1. *Respecto del concepto y del derecho de Restitución por Resolución (Termination) de los Contratos de larga duración.* Como se mencionó, el Grupo de expertos se dividió el trabajo para regular los contratos de larga duración en nueve temas. El primero, encomendado a los profesores Michael Joachim Bonell y Neil Cohen, trató sobre el concepto de los contratos de larga duración y del derecho de Restitución en caso de Resolución. En primer término se modificó el comentario número 2 del Preámbulo, para establecer que los Principios UNIDROIT fueron originalmente concebidos para regular los contratos de intercambio ordinario, como los de compraventa de ejecución instantánea. Sin embargo, debido al incremento de transacciones mucho más complejas, se

⁵⁹ Traducción del autor. El texto en inglés dice: *Art. 1.11 (Definitions). In these Principles... long-term contract refers to a contract which is to be performed over a period of time and which normally involves, to a varying degree, complexity of the transaction and an ongoing relationship between the parties.*

⁶⁰ Comentario número 3 al artículo 1.11

⁶¹ <http://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2016session/cd-95-03-e.pdf>

vio la necesidad de adaptar los Principios para tomar en cuenta las características y necesidades de ese tipo de negociaciones, especialmente de los contratos de larga duración.

En segundo lugar se modificó el artículo 1.11 para incluir en las definiciones contenidas en el mismo la de los contratos de larga duración. Se adicionó el comentario número 3 a este artículo, en donde se establecieron las características principales de estos contratos y los ejemplos de algunos contratos de larga duración, que ya han sido comentados líneas arriba.

Por último, los profesores Bonell y Cohen trabajaron en la regulación del derecho a exigir la Restitución de aquello que cada parte hubiera entregado en caso de resolución del contrato. El derecho a la resolución del contrato está regulada en el artículo 7.3.1 para el caso de incumplimiento esencial de la otra parte o en caso de cumplimiento tardío. Cuando se da la resolución del contrato las partes deben restituirse todo aquello que hubieran entregado con relación a dicho contrato. Sin embargo el derecho a la restitución en caso de resolución es distinto si se trata de contratos de ejecución instantánea (*contracts to be performed at one time*) –según se regula en el artículo 7.3.6- que si se trata de contratos de larga duración.

El derecho a la restitución en relación a estos últimos contratos es tratado en el artículo 7.3.7. En él se establece que la restitución solo puede ser reclamada por aquellas prestaciones correspondientes al período posterior a que la resolución haya surtido sus efectos y siempre y cuando el contrato sea divisible (comentario 1 al artículo 7.3.7). Por tanto, como la resolución del contrato se da exclusivamente para el futuro, solo podrán reclamarse la restitución de las prestaciones adelantadas, pero no las que ya se hubieran ejecutado, porque en estos contratos el cumplimiento pudo haberse dado durante un periodo considerable de tiempo antes de su resolución.

Del mismo modo, como la resolución del contrato opera exclusivamente hacia el futuro, cualquier pago excepcional que se haya dado por prestaciones pasadas también puede reclamarse, además de los daños y perjuicios que se hayan ocasionado. Sin embargo, la regla de que el derecho a la restitución solo puede ser reclamado por el periodo posterior a que la resolución surta sus efectos no procede si el contrato es indivisible.⁶²

2. *En relación a los Contratos con términos abiertos.* Otro de los aspectos modificados o adicionados por la edición de 2016

⁶² Ayudará a entender mejor esos conceptos la lectura de los ejemplos que acompañan al artículo 7.3.7 de los Principios UNIDROIT 2016

de los Principios UNIDROIT tiene que ver con los *Contratos con términos abiertos*, trabajo que fue encomendado a Sir Vivian Ramsey. Se modificó marginalmente el artículo 2.1.14 que trata de los contratos con términos dejados deliberadamente abiertos por las partes, lo que ocurre cuando intencionalmente se deja algún término para ser acordado en negociaciones posteriores, o cuando su determinación corresponde a una de las partes o bien a un tercero. Esta situación, de acuerdo a los Principios UNIDROIT, no impide que el contrato se perfeccione.

En ese sentido, el mismo artículo agrega que la existencia del contrato no se afecta por el hecho de que las partes no lleguen a un acuerdo en relación al aspecto dejado deliberadamente abierto, o que la parte o el tercero a quienes correspondía determinarlo no lo hagan, siempre y cuando existan medios alternativos para su determinación que sean razonables dadas las circunstancias y tomando en cuenta la intención común de las partes.

Esta situación es frecuente en los Contratos de larga duración y da lugar a dos problemas: en primer lugar, establecer si el hecho de que las partes dejen deliberadamente abierto algún término impide que el contrato se perfeccione y, en segundo lugar, si ese no es el caso, qué pasa con el contrato si las partes no se ponen de acuerdo, o la parte, o el tercero a quien corresponda su determinación no lo hace.⁶³ Como se vio, la conclusión a la que llegan los Principios es que el hecho de que las partes hayan dejado deliberadamente abierto algún término del contrato no impide que el contrato se perfeccione.

Por otro lado, cuando las partes no acordaron expresamente su intención de celebrar (perfeccionar) el contrato – y quedar obligados- a pesar de los términos dejados deliberadamente abiertos, esa intención podrá inferirse por otras circunstancias como que el término que ha sido dejado abierto no tenga el carácter de esencial, el grado de definitividad del contrato como un todo y el hecho de que los términos abiertos se refieran a situaciones que por su propia naturaleza pueden ser determinados sólo en una etapa posterior o que el contrato haya sido parcialmente ejecutado.⁶⁴

En relación al segundo de los problemas mencionados antes, es decir, si las partes no consiguen llegar a un acuerdo sobre el término abierto, o si la parte o el tercero a quién correspondía su determinación no lo hacen, debe establecerse si el contrato

⁶³ Comentario 1 al artículo 2.1.14

⁶⁴ Comentario 2 al artículo 2.1.14. *Vid.* Ejemplo que se contiene en este mismo comentario

debe o no terminar. Como se mencionó, la respuesta de los Principios es que la existencia del contrato no se afecta siempre que existan medios alternativos para su determinación que sean razonables dadas las circunstancias y tomando en cuenta la intención común de las partes. ¿Pero cuáles son esos medios alternativos? Los mismos Principios establecen reglas para llenar las lagunas (*gap-filling*) que pueden ser utilizadas, por ejemplo, para la determinación del precio (5.1.7(1)) o el tiempo de cumplimiento (6.1.1). Sin embargo puede haber otras situaciones, sobre todo en relación a los contratos de larga duración, en donde esas disposiciones no sean aplicables. En ese caso, el término dejado deliberadamente abierto puede ser determinado conforme a los artículos 4.8 que se refiere a la integración del contrato o 5.1.2 que trata sobre las obligaciones implícitas.

Se puede ejemplificar lo anterior como sigue: es común que las partes en un contrato de larga duración dejen algún término para ser acordado posteriormente. La posibilidad de dejar ese término abierto solo procederá cuando se refiere a obligaciones que se ejecutarán en una etapa posterior del contrato. Por ejemplo, es frecuente que las partes acuerden el precio para el primer año del contrato y deje abierta la determinación del precio que aplicará en los subsecuentes años. De igual forma, las partes pueden dejar abierta la fecha de cumplimiento o incluso la de pago, por ejemplo, cuando la entrega de determinada máquina y el pago de su precio dependan de la resolución de la construcción del inmueble donde se instalará.⁶⁵

3. Respecto de los *Acuerdos para negociar en buena fe*, encomendado al profesor Neil Cohen. Conviene recordar que una de las ideas fundamentales que subyacen en los Principios UNIDROIT es que las partes tienen el deber de comportarse bajo parámetros de buena fe y lealtad negocial (Art. 1.7). Negociar de mala fe constituye una grave violación a ese principio. Por ello el artículo 2.1.15 establece que las partes son libres para negociar y por tanto no pueden ser responsables si no se llega a un acuerdo. Sin embargo, el derecho a entrar en negociaciones y decidir sus términos no es ilimitado, pues para empezar no debe chocar con los principios señalados por el artículo 1.7 ya mencionado. Por ello el párrafo 2 del artículo 2.1.15 establece que aquel que negocia o rompe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños causados a la otra parte, mientras que el párrafo 3 define la mala fe en particular, cuando una parte inicia las negociaciones o las continúa sin la intención de alcanzar un acuerdo con la otra parte.

⁶⁵ Ver los ejemplos 3 y 4 del comentario cuatro al artículo 2.1.14

Se consideran también negociaciones de mala fe cuando una parte, de manera deliberada o por negligencia, engaña a la otra parte respecto a la naturaleza del contrato o de alguno de sus términos, ya sea que tergiversarse (*misrepresent*) hechos o no revele aquellos que de acuerdo a la naturaleza de las partes o del contrato debieron haber sido conocidos por la contraparte o bien cuando se viola el deber de confidencialidad establecido en el artículo 2.1.16.

La mala fe en las negociaciones es particularmente grave en los contratos de larga duración. Por ello las partes pueden pactar expresamente el deber de negociar de buena fe. Dicho acuerdo implica, cuando menos, el deber de negociar o renegociar de manera seria, con la intención de llegar a la celebración o perfeccionamiento del contrato, aunque esto no implique necesariamente la obligación de llegar a un acuerdo definitivo. En los contratos de larga duración (cuyas negociaciones generalmente son complejas) las partes que han acordado negociar de buena fe probablemente convendrán en definir dicho deber a la luz de la naturaleza del contrato y del contexto comercial. Así, por ejemplo, deberán establecer los estándares de confidencialidad y elaborar una hoja de ruta con los tiempos precisos para su negociación.⁶⁶

En ese mismo sentido, cuando las partes de un contrato internacional de larga duración acuerdan trabajar de manera conjunta para resolver los problemas que puedan surgir durante su ejecución, es común que pacten el deber de *realizar su mejor esfuerzo* (*to use best efforts*) en lugar del deber de *negociar de buena fe*. Sin embargo, para los propósitos de los Principios, el deber de realizar su mejor esfuerzo incluirá el deber de negociar de buena fe como se ha establecido en párrafos anteriores.⁶⁷

4. Sobre los *Contratos con términos en desarrollo o en evolución* (*evolving terms*). La conducta desarrollada por las partes en la ejecución de los contratos de larga duración puede ayudar en su interpretación, sobre todo para determinar el sentido de la voluntad común de las partes y establecer también cuales fueron las obligaciones que asumieron cada una de ellas. Esto es particularmente relevante en los contratos de larga duración, cuyo cumplimiento es casi siempre complejo y va evolucionando en el tiempo, por lo que frecuentemente requerirá de ajustes en el curso de su ejecución. La preparación de este tema correspondió al profesor Michael Joachim Bonell y al efecto se agregaron el

⁶⁶ Vid. Comentario 3 al artículo 2.1.15

⁶⁷ Ver el comentario 3 al artículo 5.1.4 que se refiere a la regulación de las obligaciones de *resultado* (*Duty to achieve a specific result*) y las obligaciones de *medios* (*Duty of best efforts*) y relacionarlo con el comentario el comentario 3 al artículo 2.1.15

comentario número 3 y los ejemplos al artículo 4.3. (Circunstancias relevantes) que forma parte del capítulo relativo a la interpretación de los contratos. Al efecto, se estableció que la conducta subsecuente de las partes –durante la ejecución o cumplimiento del contrato- solo puede considerarse como una herramienta para su interpretación y usarse para explicar o ampliar, pero nunca para contradecir los términos del contrato como fueron pactados originalmente.

Se estableció también que para evitar incertidumbres en cuanto al contenido del contrato por la conducta de las partes durante la ejecución –sobre todo en los contratos de larga duración- existen mecanismos que pueden adoptar con respecto a las variaciones o ajustes del contrato durante su ejecución. Pueden, por ejemplo, constituirse comités especiales formados por representantes de cada parte cuya función será monitorear el cumplimiento del contrato, es decir, la conducta de cada parte durante la ejecución, y sugerir ajustes al contrato para estar en línea con su evolución. Obviamente entre más precisa sea la regulación de los procesos para ajustar el contrato menor será la necesidad de analizar las conductas informales de las partes al interpretar el contrato.

Por otro lado, en los contratos comerciales en general, pero principalmente en los complejos contratos de larga duración, es común que las partes incluyan las llamadas cláusulas de *Acuerdo total o cláusula de integración (merger or entire agreement clauses)* las cuales establecen que el contrato contiene de manera total los términos acordados por las partes y se complementa con la disposición de que cualquier modificación al contrato debe ser por escrito (*no oral modification clauses*). Se trata de determinar cuál es el efecto de ese tipo de cláusulas, sobre todo si esas disposiciones pueden quitar la relevancia a los tratos preliminares en un proceso de interpretación del contrato. Al efecto, deberá considerarse lo dispuesto por el artículo 2.1.17 que dispone que un contrato escrito que contiene la cláusula referida no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. Por lo que ve a la cláusula de que cualquier modificación al contrato debe ser por escrito, habrá que aplicar lo dispuesto por el artículo 2.1.18 que señala que el contrato no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma.⁶⁸

5. El tema relacionado con los *eventos supervinientes (supervening events)* que resultan relevantes principalmente en los

⁶⁸ Para entender estas disposiciones conviene leer el ejemplo número 9 correspondiente al artículo 4.3 de los Principios

contratos de larga duración, como son la *excesiva onerosidad* (*hardship*) y la *fuerza mayor* (*force majeure*) fue encargado al profesor Neil Cohen. La Excesiva onerosidad está regulada en la segunda sección del capítulo 6 de los Principios, mientras que la Fuerza mayor en el artículo 7.1.7.

Hay *excesiva onerosidad* (*hardship*), dice el artículo 6.2.2, 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. Deben cumplirse también los siguientes supuestos: i.- que dichos eventos acontezcan o lleguen a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; ii.- que los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; iii.- que los eventos escapen al control de la parte en desventaja; y iv.- que el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

Por su parte, la Fuerza mayor en el contexto de los Principios UNIDROIT cubre las doctrinas de la *frustración e imposibilidad del cumplimiento* del *common law* y la de *fuerza mayor* del *civil law*, pero no es idéntica a ninguna de ellas.⁶⁹ Existe Fuerza mayor, cuando el incumplimiento de una parte puede excusarse si prueba que se debió a un impedimento ajeno a su control, que al momento de la celebración del contrato no cabía razonablemente esperar, no podía haberse tenido en cuenta, evitado o superado sus consecuencias (7.1.7).

Con el objeto de explicar los efectos de la *excesiva onerosidad* y de la *fuerza mayor* en los contratos de larga duración, se adicionó el comentario número 5 al artículo 7.1.7. En ese texto se precisa que tanto la fuerza mayor, como la *excesiva onerosidad* (*hardship*) son típicamente relevantes en los contratos de larga duración y además, que los mismos acontecimientos pueden ser considerados como causantes ya de una *excesiva onerosidad* o bien de fuerza mayor.⁷⁰ En el caso de la *excesiva onerosidad*, los Principios alientan a las partes a negociar para continuar con la relación jurídica en lugar de terminarla (6.2.3).

En cambio, en el caso de fuerza mayor, en donde la parte que no ha recibido la prestación debida tiene expedito su derecho para resolver el contrato si el incumplimiento es fundamental – aunque sin el cobro de los daños causados por el incumplimiento,

⁶⁹ Vid. Comentario 1 al artículo 7.1.7

⁷⁰ Ver comentarios 5 y 6 del artículo 6.2.2

dada la fuerza mayor- es posible que las partes puedan tener el interés de continuar con su relación contractual en lugar de terminarla, por ejemplo, cuando dada la naturaleza y la duración de la relación contractual y de las cuantiosas inversiones iniciales cuya recuperación solo podrá realizarse en el largo plazo, pacten en el contrato reglas para su conservación aún en caso de fuerza mayor –cuando eso sea factible- y dejar el recurso de resolución como la última alternativa, por ejemplo, cuando haya pasado un tiempo fijado por las partes y el impedimento continúe.⁷¹

6. El deber de *cooperación entre las partes*, que resulta particularmente relevante en los contratos de larga duración fue encomendado al Profesor Michael Joachim Bonell. Se modificó el comentario 1 y se adicionó el 2 al artículo 5.1.3 que se refiere, precisamente, a la cooperación entre las partes. Además de adicionarse diversos ejemplos.

El artículo 5.1.3 (*Cooperación entre las partes*) dice: *Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última*. La obligación que tienen las partes de cooperar recíprocamente en la ejecución del contrato no es nueva en el derecho de los contratos. Por lo menos en el *civil law* diversos autores han hecho hincapié en su importancia. Por ejemplo, para Emilio Betti la idea de relación obligatoria –que surge del contrato- como instrumento de cooperación social, es la clave o hilo conductor que sirve al jurista para resolver los principales problemas del derecho de obligaciones y agrega que las relaciones que surgen de los contratos resuelven problemas de cooperación entre las partes, mientras que las que surgen de los derechos reales resuelven problemas de atribución y distribución de cosas materiales.⁷²

En ese mismo sentido los Principios establecen que un contrato no es meramente un punto de encuentro de intereses en conflicto, sino que también debe ser visto como un proyecto

⁷¹ Ver ejemplo número 3 del artículo 7.1.7

⁷² Betti, Emilio, *Teoria Generale delle Obligazioni*, Giuffrè, Milan, 1953, pp. 10 y ss. Otros autores han adoptado la idea de cooperación social, como Díez-Picazo, quien concluye que la relación obligatoria es una relación jurídica cuya función radica en que una persona puede obtener determinados bienes o servicios mediante la colaboración o cooperación de otra. Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, *Las Relaciones Obligatorias*, 5ª edición, Madrid, 1991, p. 127. En el mismo sentido, Rudolf Stammler considera las relaciones obligatorias como vínculos entre particulares para realizar entre ellos una colaboración y Pietro Perlingieri precisa que la obligación no puede ser considerada como un instrumento de subordinación del deudor al acreedor, sino como un instrumento de cooperación entre ambos (citados por Luis Díez-Picazo, *Ibidem*, p. 128).

común en el cual cada una de las partes debe cooperar.⁷³ El principio de cooperación está claramente relacionado con el de buena fe y lealtad negocial (Art.1.7) al igual que con la obligación de mitigar el daño en el evento de incumplimiento a que se refiere el artículo 7.4.8.⁷⁴ Por ello, cada una de las partes debe cooperar con la otra en la medida que la expectativa de esa cooperación resulte razonable para el cumplimiento de las obligaciones respectivas.⁷⁵ El deber de cooperación está sujeto a ciertos límites, es decir, existe en la medida que sea razonable esperarlo para permitir o hacer posible el cumplimiento de la otra parte. Dentro de estos límites las partes no solo deben abstenerse de hacer más gravoso o estorbar el cumplimiento de su contraria, sino que además tendrán el deber de realizar todos los actos necesarios para permitir el cumplimiento de esta última.⁷⁶

Sin duda el deber de cooperación es particularmente relevante en el contexto de los contratos de larga duración. Estos contratos generalmente involucran la ejecución de prestaciones de naturaleza compleja que hacen particularmente necesaria la cooperación entre las partes durante toda la vida del contrato con el objeto de alcanzar los objetivos propuestos. A manera de ejemplo, en un contrato para la construcción de una planta industrial, el dueño tendrá el deber de no permitir interferencias en el trabajo del constructor debidas a otros contratistas cuyos empleados realicen también trabajos en la obra. De igual manera, en un contrato de distribución, el proveedor tendrá el deber de abstenerse de cualquier conducta que pueda obstaculizar que el distribuidor logre los objetivos mínimos de órdenes de compra, o en el contrato de franquicia el franquiciatario deberá abstenerse de abrir y operar un negocio similar en las inmediaciones del que es objeto de la franquicia, a pesar de que la franquicia no sea con carácter de exclusividad.⁷⁷

7. Al profesor Reinhard Zimmermann le fue encomendado el tema de la *Restitución después de que el contrato ha concluido, cuando se celebró por un periodo indefinido (Restitution after Ending Contracts Entered into for an Indefinite Period)*. Se modificó el texto del artículo 5.1.8 para establecer el principio general consistente en que un contrato celebrado por tiempo indefinido

⁷³ Ver comentario 1 al artículo 5.1.3

⁷⁴ *Idem*

⁷⁵ La obligación de cooperación se encuentra también regulada, expresa o implícitamente en los artículos 5.3.3, 7.1.2 y 7.4.8, así como en los comentarios 3 al artículo 6.1.6, 3(a) del artículo 6.1.14 y 10 del artículo 7.1.4

⁷⁶ Ver comentario 1 al artículo 5.1.3

⁷⁷ Ver comentario 2 al artículo 5.1.3

puede ser terminado o resuelto por cualquiera de las partes mediante notificación hecha a la otra parte con una anticipación razonable y que los efectos de la resolución y de la restitución se regirían por los artículos 7.3.5 y 7.3.7.

La duración del contrato se establece generalmente de manera expresa en el contrato. También puede determinarse por la naturaleza y propósito del contrato, por ejemplo, un contrato celebrado para proporcionar asistencia técnica hasta lograr un trabajo especializado. Sin embargo, hay casos en que la duración no está determinada ni puede determinarse, o bien, que las partes expresamente hayan estipulado que el contrato se celebra por tiempo *indeterminado* o *indefinido*. Como fue señalado, el contrato podrá terminarse mediante la notificación que realice cualquiera de las partes con una anticipación razonable. La anticipación razonable dependerá de las circunstancias que rodean a la ejecución del contrato, como el tiempo que lleven las partes cooperando, el monto de las inversiones realizadas o el tiempo necesario para encontrar un nuevo contratante o socio, entre otras.⁷⁸

Las consecuencias de la resolución de un contrato celebrado por tiempo indefinido son las establecidas de manera general por el artículo 7.3.5: ambas partes quedarán relevadas de sus obligaciones. Sin embargo, el hecho de que el contrato haya llegado a su fin no impide a las partes ejercer el derecho que tengan a reclamar daños por cualquier incumplimiento. Tampoco la resolución afecta las disposiciones contractuales para la solución de controversias o cualquier otra disposición que pueda exigirse aun después de terminado el contrato.⁷⁹

Finalmente, por lo que ve a la restitución después de terminado o resuelto el contrato celebrado por tiempo indefinido, se señala que la ejecución de las prestaciones de las partes pueden haberse realizado durante un periodo prolongado antes de su terminación y por tanto resultaría inconveniente borrar retroactivamente esos efectos. Por tanto se afirma que la resolución es un recurso que solo tiene efectos prospectivos (hacia el futuro). En consecuencia la restitución solo puede reclamarse respecto de las prestaciones posteriores a la resolución.⁸⁰

8. El tema de la *Resolución por causa justificada o razones convincentes (Termination for Compelling Reason)* encargado a Sir

⁷⁸ Ver comentario 1 al artículo 5.1.8

⁷⁹ Ver comentario 2 al artículo 5.1.8

⁸⁰ Ver último párrafo al comentario 2 al artículo 5.1.8. Ver también artículos 7.3.7(1) y (2) y 7.3.6

Vivian Ramsey y al profesor Reinhard Zimmermann fue el único de los originalmente propuestos por el Grupo de Expertos que no fue aceptado. La propuesta original implicaba la adición de un artículo (el 6.3.1)⁸¹ junto con sus comentarios y ejemplos. Dicho artículo regularía el derecho a resolver el contrato de larga duración por causas justificadas o dicho de otro modo, por razones convincentes. Según la disposición propuesta, habría una causa justificada o razón convincente (*Compelling reason*) para que una de las partes tuviera el derecho de resolver el contrato cuando, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, fuera manifiestamente irrazonable (*unreasonable*) para la parte que ejerciera el derecho de resolución, continuar con la relación contractual.

Sin embargo resultó que en la última sesión del grupo de trabajo, celebrada en el marco de un evento organizado por invitación de la facultad de derecho de la Universidad de Oslo para presentar y analizar las modificaciones y adiciones que a la postre conformarían la edición 2016 de los Principios, los asistentes expresaron preocupaciones muy serias con respecto a este punto, principalmente con el argumento de que podría traer una gran incertidumbre, por lo que el mismo Consejo del UNIDROIT se unió a la opinión generalizada y finalmente acordó no aceptar la adición propuesta.⁸²

9. El último tema sobre el que trabajó el Grupo de expertos tuvo que ver con las *obligaciones post contractuales*, cuyo desarrollo correspondió a la profesora Christine Chappuis. Se trata de una situación que es particularmente relevante en los contratos de larga duración, cuando terminado el contrato la relación contractual continúa porque existen obligaciones que trascienden dicha resolución.

Al efecto, el artículo 7.3.5 (*efectos de la resolución en general*) establece el principio general de que la resolución del

⁸¹ El texto del artículo propuesto decía: *ARTICLE 6.3.1 (Right to terminate for compelling reason) (1) A party may terminate a long-term contract if there is compelling reason for doing so. (2) There is compelling reason only if, having regard to all the circumstances of the case, it would be manifestly unreasonable for the terminating party to be expected to continue the contractual relationship. (3) The right of a party to terminate the contract is exercised by notice to the other party. (4) Termination of the contract for compelling reason takes effect as from the time of notice.*

⁸² Documento de adopción de reglas adicionales y comentarios a los Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales, relativos a los Contratos de larga duración, adoptado por la 95ª sesión del UNIDROIT en Roma, del 18 al 20 de mayo de 2016. Puede verse el documento en:

<http://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2016session/cd-95-03-e.pdf>

contrato tiene efectos sólo para el futuro y por tanto libera a ambas partes del deber de ejecutar o recibir las prestaciones debidas,⁸³ dejando a salvo, sin embargo, el derecho a reclamar daños por el incumplimiento.⁸⁴ No obstante, existen obligaciones que no se extinguen con la resolución del contrato.⁸⁵ Entre ellas las disposiciones que establecen la ley que regiría la relación contractual y las relativas a la solución de controversias; las que regulen el deber de confidencialidad, de no competencia o de cooperación; las relativas al pago de intereses; las de devolver inventario, documentos, materiales de propaganda, indemnizaciones o costos; las que regulan la titularidad de derechos de autor, propiedad intelectual, bases de datos, etc.

Como se dijo, las obligaciones post contractuales son especialmente relevantes cuando tienen que ver con los contratos de larga duración. Al efecto el Grupo de Expertos agregó el comentario número 4 del artículo 7.3.5. En él se establece que en relación a las obligaciones que sobreviven la resolución del contrato, las partes deberían considerar las siguientes situaciones: cuáles prestaciones sobrevivirán la resolución del contrato, si estas prestaciones serán obligatorias para ambas partes o para una de ellas, por cuanto tiempo sobrevivirán, quien asumirá sus costos, cuáles serán las consecuencias en caso de que no se cumplan, etc.

Dicha regulación podrá establecerse de diversos modos: mediante una cláusula que establezca que todas las prestaciones que por su naturaleza trasciendan la terminación del contrato continuarán vigentes y por tanto seguirán siendo obligatorias; mediante un listado de las obligaciones que permanecerán vigentes aun cuando el contrato termine o mediante el establecimiento en la propia cláusula en donde se establezca la prestación de que se trate, que permanecerá vigente y continuará obligando a pesar de que la resolución del contrato. De igual modo, los redactores del contrato deberán poner especial atención en la compatibilidad de las obligaciones sobrevivientes en relación a las disposiciones domésticas, por ejemplo, cuando en las leyes del Estado en donde se ejecutarán existan limitaciones o prohibiciones que se tengan que cumplir.

Con lo anterior se da por terminada la reseña de los principales cambios a los Principios UNIDROIT que dieron lugar a la edición de 2016, con la esperanza de haber señalado con suficiente claridad la importancia que han alcanzado los contratos

⁸³ Artículo 7.3.5 (1)

⁸⁴ Artículo 7.3.5 (2)

⁸⁵ Artículo 7.3.5 (3)

de larga duración y lo necesario que resulta su regulación en los términos que aquí se señalan.

Bibliografía

- BETTI, Emilio, *Teoria Generale delle Obligazioni*, Giuffrè, Milan, 1953.
- BONELL, Michael Joachim, *Modernization and harmonization of contract law, objectives, methods and scope*, Uniform Law Review, Unidroit, Vol III, 2003
- BONELL, Michael Joachim, *An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Transnational Publishers, Tercera edición, New York, 2005
- DE LA SIERRA FLORES Doñá, María, *Los Principios UNIDROIT como Derecho Universal de la Contratación Internacional*, eprints.ucm.es/9556/1/pc_Congreso_Rioja_2009_eprint.pdf (revisión octubre 2017) Presentado en el Congreso Internacional: Contratación y Arbitraje Mercantil Internacional. Fecha de creación: 17/07/2009
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, *las Relaciones Obligatorias*, 5ª edición, Madrid, 1991
- DÍEZ-PICAZO Luis, ROCA TRIAS E. y MORALES A.M. *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002
- HARTKAMP, Arthur S. *Et.al.* (editores) *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International BV, The Netherlands/Ars Aequi Libri, Nijmegen, Cuarta edición, 2011
- LABARIEGA VILLANUEVA, Alfonso, *Los Principios UNIDROIT, Un código Internacional de los Contratos Mercantiles*, Revista de Derecho Privado, Año 9 número 25, enero-abril 1998, McGraw Hill, México
- ROBLES FARÍAS, Diego, *El Contenido de los Contratos*, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Dr. Salomón Vargas García*, Tirant lo Blanch/Universidad Panamericana, México, 2016
- RODINO, Walter, *et.al.*, *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit*, Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Panamericana, México, 1998
- RODRÍGUEZ OLMOS, Javier M. (traductor), *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
- UNIDROIT, *International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*, Rome, 2016

Fecha de recepción: 4 de octubre de 2017

Fecha de aprobación: 26 de octubre de 2017

The Principle of Common but Differentiated Responsibilities in Public International Law

JORGE ANDRÉS VILLA DELSORDO¹

SUMMARY: I. *Introduction and concept.* II. *Intergenerational equity.* III. *Legal framework and historical development.* IV. *Legal value.* V. *Conclusion.*

Abstract. The Principle of Common but Differentiated Responsibilities is a developing norm in the field of environmental law in Public International Law. Without this principle's inclusion in inter-State relations, a real application of the environmental measures intended to safeguard our planet and preserve it for future generations is close to impossible. This principle is in itself the application of environmental measures considering specific social and economic national circumstances in full compliance with sovereign equality and intergenerational equity. It is headed towards the realization of an actual sustainable development for all States, not just those who have achieved development. The following article is a detailed analysis of the principle's legal standing, historical background and current applicability in Public International Law.

Keywords: Environmental law principles, intergenerational equity principle, sustainable development, public international law.

Resumen. *El principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas es una norma en desarrollo en el campo del derecho ambiental en el Derecho Internacional Público. Sin este principio y su inclusión en las relaciones interestatales, una aplicación real de las medidas ambientales encaminadas a la protección del planeta y su preservación para generaciones futuras es prácticamente imposible. Este principio es en sí la aplicación de medidas ambientales tomando en consideración las circunstancias nacionales económicas y sociales, cumpliendo con los principios de igualdad soberana y equidad intergeneracional. Está encaminado a*

¹ Alumno de 10^o semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana campus Guadalajara.

la realización de un desarrollo sustentable real para todos los Estados, y no sólo aquellos que han logrado desarrollarse. El siguiente artículo es un análisis detallado del status legal del principio, su desarrollo histórico y su aplicabilidad actual en el Derecho Internacional Público.

Palabras clave: Principios de Derecho ambiental, principio de equidad intergeneracional, desarrollo sustentable, Derecho internacional público.

I] Introduction and concept

1. What is a developing State?

The concept of developing state arose after the end of the Second World War. There is in fact no single indicator to identify developing countries. There is a wide array of factors that are taken into consideration when development is measured, such as economic, social, political and educational factors.² The most accepted parameter for measuring a State's level of development is its Gross National Income (GNI) per Capita.³ For the current 2017 fiscal year, low-income economies are defined as those with a GNI per capita, calculated using the World Bank Atlas method, of \$1,025 or less in 2015; lower middle-income economies are those with a GNI per capita between \$1,026 and \$4,035; upper middle-income economies are those with a GNI per capita between \$4,036 and \$12,475; high-income economies are those with a GNI per capita of \$12,476 or more.⁴ Commonly the World Bank refers to low-income and middle-income countries as developing countries.⁵

2. Concept of the Principle of Common but Differentiated Responsibilities

The Charter of the United Nations contains one of the most important principles in its Purposes and Principles section: Sovereign Equality. It states that the organization is based on this

² HIRSCH, Mosche, *Developing Countries*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, June 2007, para. 1.

³ *Ibidem*, para. 2.

⁴ THE WORLD BANK, *World Bank Country and Lending Groups*, <https://datahelpdesk.worldbank.org/knowledgebase/articles/906519-world-bank-country-and-lending-groups>, last visited: 06 September 2017.

⁵ HIRSH, *op. cit.*, para. 2.

principle; hence it is applicable to all its members. This principle entails that formally all States are equal and their inter-state relations are governed by the aforementioned principle. This means that *de iure* all States are assumed to have the same rights and duties, regardless of their socio-economic characteristics.⁶

However, the Principle of Common but Differentiated Responsibilities states, in essence, that the needs of developing countries, particularly those least developed shall be given special priority. It is in itself an application of intragenerational equity amongst members of a generation, to the interstate level. Now as to the concept, leading author in the subject, Ellen Hey states that: *The concept of common but differentiated responsibilities in international environmental law entails that while pursuing a common goal, States take on different obligations, depending on their socio-economic situation and their historical contribution to the environmental problem at stake.*⁷ So, the application of this principle is key in order for a real fulfillment of a State's obligation, for it considers all factors involved. States struggling to keep up with social and economic duties towards their people cannot be expected to comply in the same manner as their developed counterparts.

II] Intergenerational equity

1. What is intergenerational equity?

When dealing with the concept of intergenerational equity, Edith Brown Weiss, a leading publicist in the matter states that: *The principle of intergenerational equity states that every generation holds the Earth in common with members of the present generation and with other generations, past and future.*⁸ This particular principle is the essence of sustainable development, for it is included in every legal instrument on the international level that includes the concept of sustainable development.

This principle has its origins in diverse religious traditions, such as the Judeo-Christian and Islamic traditions. It has been

⁶ UNITED NATIONS, *Charter of the United Nations*, Art. 2, <http://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-i/index.html>, Last visited: 16 March 17.

⁷ HEY, Ellen. *Common but Differentiated Responsibilities*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, February 2011, Oxford University Press, para. 1.

⁸ BROWN, Edith, *Intergenerational Equity*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law. February 2013, Oxford University Press, para. 1.

developed in diverse legal systems in Civil Law and Common Law traditions.⁹

2. Intragenerational Equity

The lack of equity amongst the peoples of today's countries is undoubted. People living in countries with massive human and material resources like the United States cannot be considered to be in the same economic situations as individuals living in countries like Samoa or Belize. Hence, since they are not in the same socio-economic circumstances, these countries cannot be expected to fulfill their intergenerational equity obligations in the same manner as a developed State. Edith Brown Weiss further describes it and its relationship:

*(...) equity problems are addressed in the concept of intragenerational equity, ie equity among peoples today. The quest for intergenerational equity requires that intragenerational equity issues be addressed. In practice, the two kinds of equity are joined, because poor communities cannot be expected to fulfill intergenerational obligations if they are not able to meet basic needs today.*¹⁰

As can be appreciated above, in order to fully analyze and establish the scope of application for a State's intergenerational equity obligations intragenerational equity must be taken into consideration.

3. Sustainable Development

Sustainable development is defined as a *development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*.¹¹ It has been included in a number of international legal instruments and is one of the most relevant items, if not the most in the international community's agenda. Sustainable development is the embodiment of the intergenerational equity obligations the States that make up the international community have.

Its relation with the Principle of Common but Differentiated Responsibilities is in fact that States do have to develop in a

⁹ *Ibidem*, para. 2.

¹⁰ *Ibidem*, para. 11.

¹¹ BEYERLIN, Ulrich, *Sustainable Development*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, October 2013, Oxford University Press, para. 1.

sustainable way, but a State cannot be forced to comply with that which it is incapable of doing. The obligation and responsibility to develop in a sustainable way, respecting intergenerational equity exists, there is no doubt. However a developing State can only comply with the aforementioned in the manner in which its social and economic circumstances allow it to do so.

III J Legal framework and historical development

The Principle of Common but Differentiated Responsibilities has been included in a number of legal instruments throughout history. The most important of these, being the following:

1. Stockholm Declaration

The Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, which took place on June 16, 1972 in Stockholm, Sweden, was the first of many legal instruments to come, which are meant to safeguard the environment.

In its Principle 12 it states that: *Resources should be made available to preserve and improve the environment, taking into account the circumstances and particular requirements of developing countries (...)*.¹² It is clear evidence that developing countries, given their specific situation, need to be treated in a differentiated manner regarding their common environmental duties.

It even goes a little further in specifying how developing countries exist under a different set of circumstances and how those situations have to be considered: *(...) it will be essential in all cases to consider the systems of values prevailing in each country, and the extent of the applicability of standards which are valid for the most advanced countries but which may be inappropriate and of unwarranted social cost for the developing countries.*¹³

2. Convention on Biological Diversity

The Convention on Biological Diversity contains a reference to the content of this principle in its article 20 (4), in which it states that: *The extent to which developing country Parties will effectively*

¹² UNITED NATIONS, *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*, Principle 12, <http://www.un-documents.net/unchedec.htm>, last visited: 16 June 1972.

¹³ *Ibidem*, Principle 23.

*implement their commitments under this Convention (...) will take fully into account the fact that economic and social development and eradication of poverty are the first and overriding priorities of the developing country Parties.*¹⁴ This convention was signed in 1992 and it currently has 196 State Party. It is the first treaty or convention to contain a reference to developing countries and their special needs. The most important aspect of this convention with regards to the Principle of Common but Differentiated Responsibilities is that it considers the social and economic needs of developing States to have an overriding importance.

3. Rio Declaration

The Rio Declaration on Environment and Development, held in Rio de Janeiro, Brazil on June 14, 1992 has a direct link with the previously mentioned Stockholm Declaration and has as its main purpose the safeguarding and protection of the environment.

It is the first international legal instrument that actually mentions the Principle by name. On its Principle 7 it very clearly states the following: *In view of the different contributions to global environmental degradation, States have Common but differentiated responsibilities.*¹⁵ It took the concept of Common but differentiated responsibilities and for the first time stated it in a legal instrument, acknowledging its existence.

The Declaration also includes an additional reference to the special situation of developing countries in its Principle 6. In essence, the Rio Declaration is a step further in the path to the ultimate recognition of the principle.

4. Agenda 2030

One of the most recent developments in the field of environmental protection on the international level is the General Assembly Resolution A/RES/70/1, adopted by the aforementioned United Nations organ on September 25, 2015. It is otherwise known as the *Agenda 2030: Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. It sets forth 17 goals the international community undertakes in order to achieve sustainable development as a whole. Such goals include gender equality, the

¹⁴UNITED NATIONS, Environment Assembly, *Convention on Biological Diversity*, Art. 20 (4), <https://www.cbd.int/convention/articles/default.shtml?a=cbd-20>.

¹⁵UNITED NATIONS, *The Rio Declaration on Environment and Development*, Principle 7, <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>.

ending of poverty, hunger, the reduction of inequality amongst many others.

In the Declaration section, in the *Our shared principles and commitments* section, it contains a specific reference to the Rio Declaration and the principles therein contained and it makes special emphasis on the Principle of Common but Differentiated Responsibilities. It states the following: 12. *We reaffirm all the principles of the Rio Declaration on Environment and Development, including, inter alia, the Principle of Common but Differentiated Responsibilities, as set out in principle 7 thereof.*¹⁶ This recent resolution is a clear example of the international community's will to commit to this principle.

5. Paris Agreement

Finally, the most recent and binding legal instrument that mentions and contains the Principle of Common but Differentiated Responsibilities is the Paris Agreement. It was, as its name provides, signed in Paris, France on 2015, entering into force on November 4, 2016. It currently has 197 States Party, out of which 139 have already ratified it.

The convention makes two specific and clear references to the Principle at hand. It begins by stating it in the preamble of the convention as follows: *In pursuit of the objective of the Convention, and being guided by its principles, including the principle of equity and common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances.*¹⁷ Furthermore, in its article 2, it states that: *2. This Agreement will be implemented to reflect equity and the Principle of Common but Differentiated Responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances*¹⁸ In both these references, their wording recognizes the importance of the different specific circumstances under which a State is, for these will dictate the State's degree or manner of compliance. Basically, the entirety of

¹⁶ UNITED NATIONS, General Assembly, *Agenda 2030: Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, seventieth session, 21 October 2015, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E, Last visited: 09 September 2017.

¹⁷ UNITED NATIONS, *Paris Agreement*. Art. 2 (2), http://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf.

¹⁸ *Idem*.

the agreement must be interpreted and analyzed in light of this very important principle.

6. *The International Court of Justice and the Principle*

The Court has never actually employed the principle in one of its resolutions, however in its Judgment on the merits of the Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, the ICJ considered the economic circumstances and the resources at a State's disposal in order to demand such States compliance with an international obligation. It did so, when it compared the United States and Nicaragua and their respective resources.¹⁹ Although it was not done regarding environmental obligations it did entail international legal obligations.

IV] Legal value

The Principle of Common but Differentiated Responsibilities, according to leading publicist Ellen Hey, *clearly has normative implications, i.e. implying commitments, possibly duties, on the part of developed States vis-à-vis developing States.*²⁰

As the field of environmental law is a developing one, this principle could even be considered as a developing norm in the aforementioned field. The International Court of Justice has recognized the importance of developing norms in the 1997 Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project:

Throughout the ages, mankind has, for economic and other reasons, constantly interfered with nature. In the past, this was often done without consideration of the effects upon the environment. Owing to new scientific insights and to a growing awareness of the risks for mankind - for present and future generations - of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. This need to reconcile

¹⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Judgment of June 27, 1986, para. 157, <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>.

²⁰ HEY, *op. cit.*, para. 18.

*economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development.*²¹

This judgment very clearly reflects the importance of considering new standards in the field of environmental law. Environmental protection is ever evolving and the standards and norms that accompany this development should be taken into consideration. The Principle of Common but Differentiated Responsibilities has been developed over time in several legal instruments as was detailed above, therefore, the principle should be taken into consideration and valued as essential for a real application of environmental protection.

V] Conclusion

In conclusion, the Principle of Common but Differentiated Responsibilities is essential for a real application of the legal instruments that regulate the environment and its protection. Without this principle, these instruments and treaties would remain an ideal and not a real regulation; protection of the environment would be something desired and not a realistic concept.

Sources

BEYERLIN, Ulrich, *Sustainable Development*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, October 2013, Oxford University Press, para. 1.
BROWN, Edith, *Intergenerational Equity*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law. February 2013, Oxford University Press, para. 1.
HEY, Ellen, *Common but Differentiated Responsibilities*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, February 2011, Oxford University Press, para. 1.
HIRSCH, Mosche, *Developing Countries*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford University Press, June 2007, para. 1.
INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Judgment of June 27, 1986, para. 157, <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>.
INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project*, Judgment of September 25, 1997, para. 140, <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>
THE WORLD BANK, World Bank Country and Lending Groups, <https://datahelpdesk.worldbank.org/knowledgebase/articles/906519->

²¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project*, Judgment of September 25, 1997, para. 140, <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>.

world-bank-country-and-lending-groups, Last visited: 06 September 2017.

UNITED NATIONS, *Charter of the United Nations*, Art. 2, <http://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-i/index.html>, Last visited: 16 March 17.

UNITED NATIONS, *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*, Principle 12, <http://www.un-documents.net/unchedec.htm>, last visited: 16 June 1972.

UNITED NATIONS, *Environment Assembly, Convention on Biological Diversity*, Art. 20 (4), <https://www.cbd.int/convention/articles/default.shtml?a=cbd-20>.

UNITED NATIONS, General Assembly, *Agenda 2030: Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, seventieth session, 21 October 2015, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E, Last visited: 09 September 2017.

UNITED NATIONS, *Paris Agreement*, Art. 2 (2), http://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf.

UNITED NATIONS, *The Rio Declaration on Environment and Development*, Principle 7, <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>.

Fecha de recepción: 3 de abril de 2017

Fecha de aprobación: 30 de septiembre de 2017

Actualidad legislativa

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
09 SEMESTRE II
2017
AÑO 5

Los Bancos y la Administración de Fincas Rústicas en Fideicomiso

RICARDO CAMPIRANO GUTIÉRREZ¹

SUMARIO: I. *Los bancos y la administración de fincas rústicas en fideicomiso.* II. *¿Qué es administrar?* III. *¿Qué debemos entender por fincas rústicas?* IV. *Criterios judiciales.* V. *¿Es aplicable a los bancos la prohibición contenida en el Artículo 106, Fracción XIX, Inciso g) de la Ley de Instituciones de Crédito?* VI. *Opciones para sustraerse legalmente del ámbito de aplicación del Artículo 106, Fracción XIX, Inciso g) de la Ley de Instituciones de Crédito.* VII. *Interpretación histórica por encima de la interpretación literal.* VIII. *Conclusión.*

Resumen. Este estudio analiza los orígenes y evolución histórica en México de la prohibición de los bancos para administrar fincas rústicas mediante fideicomiso (actualmente contenida en el Inciso g) Fracción XIX del artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito) con la finalidad de determinar su alcance y sentido, examinando opciones ante la prohibición existente.

Palabras Clave: Fideicomiso de administración, fincas rústicas, instituciones de crédito.

Abstract. *This study analyzes the origins and historical evolution of the prohibition of the banks to manage rustic property by means of trust (currently contained in subparagraph g) fraction XIX of article 106 of the Law of Credit Institutions) in Mexico. In order to determine their scope and sense, examining options to the existing prohibition.*

Keywords: *Trust administration, rustic property, credit institutions.*

¹ Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara y Posgrado en Derecho Corporativo y Económico y Societario por la misma institución.

I] Los bancos y la administración de fincas rústicas en fideicomiso

Recientemente algunos bancos se han negado a aceptar el cargo de fiduciarias bajo el argumento de que se encuentran impedidos para administrar fincas rústicas y no estar en los casos de excepción previstos en ley.

El Artículo 106, Fracción XIX, Inciso g) de la Ley de Instituciones de Crédito² en vigor (LIC) establece que las instituciones de crédito tienen prohibido, en la realización de operaciones de fideicomiso, administrar fincas rústicas a menos que hayan recibido la administración para: (i) distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores.- (ii) pagar una obligación.- o (iii) garantizar el cumplimiento de una obligación con el valor de la misma finca o de sus productos. En cualquiera de los casos de excepción, la administración no puede exceder el plazo de dos años, salvo los casos de fideicomisos a la producción o fideicomisos de garantía.

En el contexto de la prohibición, surgen las siguientes interrogantes: ¿qué debemos entender por *administrar*? ¿qué significado se debe dar a la expresión *fincas rústicas*? ¿la prohibición es aplicable a los bancos? ¿qué opciones existen para sustraerse legalmente del ámbito de aplicación de la prohibición?

II] ¿Qué es *administrar*?

De acuerdo con el Diccionario Jurídico Mexicano³ el administrador es la persona física o moral que desenvuelve sobre bienes ajenos una actividad dirigida a hacerlos servir en provecho de alguien y la función de administrar participa de la naturaleza del mandato pues el administrador actúa en nombre y por cuenta ajena.

Por su parte, la Enciclopedia Jurídica de la OMEBA define *administración* como un mandato conferido a una persona para que ejerza la dirección, gobierno y cuidado de bienes ajenos, ya sea de una herencia, de un menor, de un incapaz, de una sociedad, un Estado, etc.⁴

² Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990.

³ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Carmen García Mendieta, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, pág. 103.

⁴ OMEBA, *Enciclopedia Jurídica OMEBA (Vol. I)*, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1954, p.103

Sobre la administración en fideicomiso, Rodolfo Batiza señala que el *fideicomiso de administración* es aquél en que el fideicomitente entrega bienes inmuebles al fiduciario para que se encargue de administrarlos y de realizar los diversos actos que de ahí resultan: celebración de contratos de arrendamiento, cobro de rentas, reparaciones, pago de impuestos, promoción de juicios de desahucio, etc., todo ello en interés del fideicomisario, quien por lo general es el mismo fideicomitente.⁵

Como podemos advertir de las opiniones anteriores, el acto de administración puede entenderse (incluso desde la perspectiva del fideicomiso) como el acto que se efectúa por nombre y cuenta ajena, que tiene por objeto la realización de actividades dirigidas al cuidado de bienes ajenos para hacerlos servir.

En el mismo sentido se han pronunciado algunos tribunales de nuestro país a través de criterios judiciales que se refieren en específico al mandato, siendo relevante la concepción que respecto de éste hay en cuanto al acto de administración, considerando como tal: (i) al que tiene por objeto la conservación y beneficio de los bienes administrados, su mejoramiento, la defensa de los derechos del administrado, y el aprovechamiento de sus frutos y rentas en beneficio del titular (tesis I.9o.C.102 C)⁶.- (ii) al que tiende a su conservación y mantenimiento (tesis I.3o.C.97 C)⁷.- (ii) al que tiende a asegurar la conservación de los bienes y derechos integrantes de un patrimonio, y de ser posible, agregarle valor (tesis I.4o.C.38 K)⁸.

Ante la falta de una definición universal, podemos tomar los elementos comunes de la doctrina y tribunales, conjuntándolos en sus coincidencias: administrar es el acto a través del cual se conservan y mantienen los bienes y derechos integrantes de un patrimonio, mejorándolos de ser posible, en beneficio de su titular.

⁵ BATIZA, Rodolfo, *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria*, Editorial Porrúa, México, 1977, p. 95.

⁶ Noveno Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVII, junio de 2003, p. 1041.

⁷ Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXI, junio de 2013, Tomo 2, p. 1277.

⁸ Cuarto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIX, febrero de 2009, p. 1817.

III] ¿Qué debemos entender por *fincas rústicas*?

En cuanto a la acepción *fincas rústicas* contenida en el Inciso g), Fracción XIX del Artículo 106 de la LIC, existen distintas maneras de llegar a su significado.

1. Definición de finca rústica conforme al Decreto de 1836⁹

La prohibición contenida en el Artículo 106, Fracción XIX, Inciso g) de la LIC tiene su primer antecedente en el decreto de 1856¹⁰, que retomó la definición contenida en el diverso decreto de 1836. El decreto de 1836 definió la expresión *fincas rústicas* de la siguiente manera:

Que bajo la denominación de fincas rústicas se comprende toda propiedad rural con el nombre de hacienda, rancho, huerta u otro nombre semejante, cualquiera que sea su ubicación, dentro o fuera de la población, con casa o sin ella, cuyos frutos pertenezcan a la agricultura; excepto aquellos sitios en poblado que se cultiven por mero recreo, sin especial utilidad del propietario.

Esta definición fue adoptada en la Instrucción para la Cobranza del Arbitrio Extraordinario de 13 de octubre de 1838, en su numeral 11:¹¹

Del mismo modo en el Decreto de 1856 se incorporó la definición contenida en el Decreto de 1836, usando la acepción *finca rústica* para referirse a cualquier propiedad rural con el nombre de hacienda, rancho, huerta o cualquier otro, sin importar su ubicación (dentro o fuera de la población), sin casa o con ella, cuyos frutos pertenezcan a la agricultura, salvo los sitios en poblado que se cultiven por recreo sin especial utilidad de su propietario.

Siendo evidente que desde la perspectiva del legislador de esa época, el elemento determinante para considerar a una finca como *rústica* no es su ubicación, sino su vocación agrícola, tan es

⁹ Decreto de 3 de octubre de 1836, publicado el 14 de octubre de 1836 en el *Diario del Gobierno de la República Mexicana*.

¹⁰ Decreto de 25 de junio de 1856, publicado el 10 de julio de 1856 en el *Diario Oficial del Supremo Gobierno de la República Mexicana*.

¹¹ ARRILLAGA, Basilio José, *Recopilación de Leyes, Decretos, Bandos, Reglamentos, Circulares y providencias de los Supremos Poderes y Otras Autoridades de la República Mexicana*, Editorial J.M. Fernández de Lara, 1842, México, p. 376.

así que en el Artículo 11 del Decreto de 1866¹² se estableció que *se reputa finca rústica todo terreno con casa o sin ella, dentro o fuera de las poblaciones, en que por especulación se ejerza algún ramo de agricultura* demostrando nuevamente que la el distintivo de las fincas rústicas es la vocación agrícola y no su ubicación.

Esta definición complementa el sentido de la disposición que constituye el origen de la prohibición contenida actualmente en el Artículo 106, Fracción XIX, Inciso g) de la LIC.

En sentido estricto y de acuerdo al método de interpretación histórico y sistemático, la definición señalada es la que tendría que emplearse para interpretar la norma que en este documento se analiza.

2. Definición de finca rústica en el catálogo de leyes federales vigentes

A la fecha ninguna de las leyes federales vigentes establece una definición de *finca rústica*. Lo más cercano está en el Reglamento de la Ley Agraria en materia de ordenamiento de la Propiedad Rural¹³, que en su Artículo 2 define a la *propiedad rústica*:

Artículo 2º. - Para los efectos de este Reglamento se entenderá por: [...] X. Propiedad rural: El derecho que se tiene sobre los predios rústicos, esto es, aquéllos que se encuentran ubicados fuera de la zona urbana de la ciudad en territorio nacional, independientemente del régimen de propiedad al que pertenezcan,

Conforme a lo anterior, el factor que determina si un predio es o no *rústico*, es completamente distinto al factor determinante contenido en el decreto de 1836 pues en el referido decreto, el carácter rústico no dependía de la ubicación, sino de la vocación.

3. Definición establecida en la legislación local y ordenamientos municipales

¹² Decreto de 26 de mayo de 1866, publicado el 28 de mayo de 1866 en el Diario del Imperio.

¹³ Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 28 de noviembre de 1990, abrogando al diverso Reglamento publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 1996, y que en su Artículo 3 definía a la propiedad rural como *Los predios rústicos que se encuentran en territorio nacional, independientemente del régimen de propiedad al que pertenezcan*. omitiendo definir el término predio rústico.

La legislación local y los ordenamientos municipales establecen sus propias definiciones de *finca rústica*. Algunas de ellas consideran que el factor determinante es su vocación; otras tantas, el de su ubicación. Como ejemplo, tomemos la definición de *predio rústico* establecida en el Código Urbano para el Estado de Jalisco¹⁴:

Artículo 5°. Para los efectos de éste Código, se entiende por: [...] XV. Áreas y predios rústicos: Las tierras, aguas y bosques que son susceptibles de explotación racional agropecuaria, piscícola, minera o forestal; así como los predios comprendidos en las áreas de reservas de un centro de población, donde no se hayan realizado obras de urbanización;

El legislador de Jalisco se apega más al espíritu de la norma y del legislador federal en 1836, pues el carácter determinante de un predio rústico no es su ubicación, sino el destino o vocación de la tierra.

En sentido similar se aprobó la Ley de Desarrollo Urbano del Estado de Baja California¹⁵:

ARTÍCULO 40.- El esquema de ordenamiento territorial de un Programa Regional de Desarrollo Urbano clasificará las áreas y predios en las categorías siguientes: [...] II. Rústico. Que comprende las tierras, aguas y bosques en estado natural que por sus características lo hacen susceptible de explotación racional, agropecuaria, piscícola, minera o forestal;

Así, podría tomarse como definición de *predio rústico* la contenida en cada ordenamiento local o municipal, pero ello implicaría analizar el Artículo 106, Fracción XIX, Inciso g) de la LIC, desde una perspectiva local; los alcances de la norma dependerían de la legislación local vigente en cada Estado o municipio, lo que podría ser contrario a derecho (en la medida que se considere que el legislador local, en alcance a la norma federal, regula ámbitos que son de la competencia federal).

IV] Criterios judiciales

Fuera del criterio judicial que referiré (que indica que el carácter *rústico* lo determina la ubicación del predio, lo que es

¹⁴ Decreto publicado en el Periódico Oficial del Estado de Jalisco el 27 de septiembre de 2008.

¹⁵ Decreto publicado en el Periódico Oficial de Baja California el 31 de enero de 1977.

contrario a la visión del legislador de 1836), no existen tesis o jurisprudencias que con claridad establezcan una definición de *finca rústica*.

*El Carácter de urbano o rústico de un predio, no queda al arbitrio de las partes, sino a su ubicación; es decir, que si éste se encuentra enclavado dentro de la zona urbana de la ciudad, se trata de un predio urbano y si se encuentra ubicado fuera de la zona urbana, se trata de un predio rústico.*¹⁶

V] ¿Es aplicable a los bancos la prohibición contenida el Artículo 106, Fracción XIX, Inciso g) de la LIC?

Para responder a la pregunta es necesario desentrañar el origen de esa disposición y repasar algo de historia (tedioso pero necesario para entender el contexto en el que nace la prohibición y determinar si resulta aplicable o no a los bancos). Aparentemente la respuesta a la interrogante es clara si consideramos que conforme a la LIC en vigor, los bancos son instituciones de crédito; pero existen consideraciones y elementos suficientes para concluir que la prohibición a la que nos referimos no es aplicable a los bancos, sino a diversas instituciones de crédito distintas de los bancos.

En 1856, en el contexto de las Leyes de Reforma, Ignacio Comonfort promulgó el *Decreto del gobierno sobre desamortización de fincas rústicas y urbanas que administren como propietarios las corporaciones civiles o eclesiásticas de la República*¹⁷.

Como reacción ante la creciente concentración de bienes inmuebles en manos de las instituciones clericales, el decreto tuvo por objeto establecer una restricción total para cualquier corporación civil o eclesiástica para adquirir bienes raíces distintos a los afectos a su servicio o su objeto. Traduciéndose ello en una incapacidad generalizada para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces salvo los destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución.¹⁸ El decreto de 1856 fue ratificado en los siguientes términos:

¹⁶ Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XIV, septiembre de 1994, p. 392, de rubro Predio urbano y rústico. Diferencias entre.

¹⁷ Decreto de 25 de junio de 1856, ratificado el 28 del mismo mes y año, publicado el 10 de julio de 1856 en el *Diario Oficial del Supremo Gobierno de la República Mexicana*.

¹⁸ Ello se evidencia con el Artículo 25 del Decreto: Artículo 25. Desde ahora en adelante, ninguna corporación civil o eclesiástica, cualquiera que sea su carácter, denominación u

EL C. IGNACIO COMONFORT, Presidente Sustituto de la República Mexicana a los habitantes de ella, sabed: que el Congreso Constituyente, en uso de la facultad que tiene para revisar los Actos del Ejecutivo, decreta lo que sigue: Se ratifica el Decreto de 25 del corriente expedido por el Gobierno, sobre desamortización de las fincas rústicas y urbanas de las corporaciones civiles y religiosas de la República.¹⁹

Esto es relevante porque la propia ratificación del decreto vino a aclarar lo que se comprendía dentro de la acepción de *bienes raíces*, quedando claro que se refería tanto a fincas urbanas como a fincas rústicas.

En 1857 el Constituyente promulga la Constitución Política de la República Mexicana. Su Artículo 27 prohibió a las corporaciones civiles y eclesiásticas la adquisición o administración de inmuebles, salvo los destinados directamente a su objeto o servicio, evidenciando la creación de un régimen especial para las corporaciones civiles o eclesiásticas:

Art. 27. La propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización. La ley determinará la autoridad que debe hacer la expropiación y los requisitos con que ésta haya de verificarse. Ninguna corporación civil o eclesiásticas, cualquiera que sea su carácter, denominación u objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces, con la única excepción de los edificios destinados inmediata o directamente al servicio u objeto de la institución.

En este momento histórico, la existencia de latifundios y la concentración de la riqueza en manos de la iglesia, con apego al Decreto de Comonfort, motivaron la prohibición constitucional de que las corporaciones civiles y eclesiásticas adquirieran inmuebles. Por lo que la norma claramente buscó combatir el latifundismo y la concentración de riqueza en la iglesia. Ello se puede constatar con el propio análisis que el Constituyente de 1917 efectuó respecto del Artículo 27 de esta Constitución de 1857 en el Diario de Debates (ver numeral 5).

En 1884 se promulgó el Código de Comercio. Reguló entre otras cosas el funcionamiento de los bancos, reproduciendo el

objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces, con la única excepción que expresa el Artículo 8o., respecto de los edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución.

¹⁹ Código de la Reforma, Imprenta Literaria, C. del Seminario N. 6, 1861.

régimen constitucional especial aplicable a éstos sobre propiedad inmobiliaria. En su Artículo 960²⁰ impidió a los bancos adquirir o poseer bienes salvo los necesarios para sus oficinas y dependencias y los recibidos en pago o adjudicación por créditos concedidos, caso último en el que se impuso la obligación de enajenarlos en cierto tiempo.

En 1897, estando en vigor la Constitución de 1857, se dictó la primera Ley de Instituciones de Crédito²¹ que replicó también el régimen especial aplicable a bancos sobre propiedad inmobiliaria. En su articulado (Arts. 100 y 101²²) se estableció la prohibición a las instituciones de crédito para adquirir inmuebles, exceptuando los necesarios para sus oficinas o dependencias, o los que tuvieran que adjudicarse o recibir al cobro de sus créditos y en los casos de excepción debía efectuarse la enajenación forzosa. Lo anterior en sintonía con el Artículo 27 Constitucional vigente en ese momento, reflejando también el espíritu del entonces Artículo 960 del Código de Comercio. Similar disposición se estableció en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1924 y la de 1925.

En 1901 el Artículo 27 Constitucional se reformó para permitir a las corporaciones e instituciones civiles la adquisición y administración de sus edificios destinados a su objeto, los

²⁰ Artículo 960. Los bancos no podrán adquirir ni poseer bienes raíces, con excepción de los necesarios para establecer sus oficinas y dependencias, y de los que tuvieren que recibir en pago o adjudicarse en remate, porque no puedan cubrirse sus créditos de otra manera. Sin embargo, respecto de estos últimos, los bancos tendrán obligación de enajenarlos dentro de dos años si dichos bancos no fueren hipotecarios, y dentro de cinco si lo fueren. Si los bancos no verificaren la venta dentro de dichos plazos, la Secretaría de Hacienda los mandará sacar a remate por el corredor adscrito al banco, y en la misma forma consignada en el Artículo 982.

²¹ Esta Ley, dictada el 19 de marzo de 1897, regulaba a los Bancos Hipotecarios y Bancos de Emisión o Refaccionarios, sin que las notas características de dichos tipos de Banco sean relevantes para los efectos del presente, bastando con saber que las únicas instituciones de crédito reguladas eran estos dos tipos de Banco.

²² Artículo 100. Queda prohibido a las instituciones de Crédito adquirir, por cualquier título, bienes raíces, con excepción de los necesarios para establecer sus oficinas o dependencias, y de los que tuvieren que adjudicarse o recibir, al cobrar sus créditos, o al ejercitar los derechos que les confieran las operaciones que lleven a término. Artículo 101. En los casos de excepción del artículo anterior, los Bancos están obligados a enajenar, dentro de tres años, si son Hipotecarios, o de dos años si son de Emisión o Refaccionarios, los inmuebles que se hubiesen visto en la necesidad de adquirir. Si transcurridos dichos plazos no se hubiese transferido la propiedad, la Secretaría de Hacienda mandará sacar a remate los inmuebles.

inmuebles y capitales impuestos sobre inmuebles requeridos para su sostenimiento y cumplimiento de su fin:

Art. 27. La propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización. La ley determinará la autoridad que debe hacer la expropiación y los requisitos con que ésta haya de verificarse.

Las corporaciones e instituciones religiosas cualesquiera que sean su carácter, denominación, duración u objeto, y las civiles cuando estén bajo el patronato, dirección o administración de aquéllas o de ministros de algún culto, no tendrán capacidad legal para adquirir en propiedad o administrar más bienes raíces que los edificios que se destinen inmediata y directamente al servicio u objeto de dichas corporaciones e instituciones. Tampoco la tendrán para adquirir o administrar capitales impuestos sobre bienes raíces.

Las corporaciones e instituciones civiles, que no se encuentren en el caso expresado, podrán adquirir y administrar, además de los referidos edificios, los bienes inmuebles y capitales impuestos sobre ellos, que se requieran para el sostenimiento y fin de las mismas, pero con sujeción a los requisitos y limitaciones que establezca la ley federal que al efecto expida el Congreso de la Unión.

En este momento histórico, el Constituyente reconsideró el régimen especial de propiedad inicialmente sostenido en 1857 y abrió la esfera del derecho de propiedad de inmuebles a las corporaciones e instituciones civiles *no secularizadas* con la limitante de ser bienes necesarios para su sostenimiento y fines, además de edificios para su servicio u objeto.

En 1917 se reformó la constitución de 1857 modificándose (entre otros) el texto del Artículo 27 Constitucional; con relación a la capacidad para adquirir inmuebles, se mantuvo la prohibición recaída sobre las instituciones religiosas y se establecieron disposiciones especiales para sociedades comerciales por acciones y bancos.

El 1 de diciembre de 1916, en la sesión Inaugural del Congreso Constituyente, al analizar el Artículo 27 de la Constitución de 1857 el Constituyente manifestó²³:

El artículo en cuestión, además de dejar en vigor la prohibición de las Leyes de Reforma sobre la capacidad de las corporaciones civiles y eclesiásticas para adquirir bienes raíces, establece

²³ *Diario de los Debates del Congreso Constituyente, Periodo Único*, Estados Unidos Mexicanos, Tomo I número 12.

también la incapacidad de las sociedades anónimas, civiles y comerciales, para poseer y administrar bienes raíces, exceptuando de esa incapacidad a las instituciones de beneficencia pública y privada, únicamente por lo que hace a los bienes raíces estrictamente indispensables y que se destinen de una manera inmediata y directa al objeto de dichas instituciones, facultándolas para que puedan tener sobre los mismos bienes raíces capitales impuestos e intereses, los que no serán mayores, en ningún caso, del que se fije como legal y por un término que no exceda de diez años.

La necesidad de esta reforma se impone por sí sola, pues nadie ignora que el clero, incapacidad para adquirir bienes raíces, ha burlado la prohibición de ley, cubriéndose de sociedades anónimas; y como por otra parte, estas sociedades han emprendido en la República la empresa de adquirir grandes extensiones de tierra, se hace necesario poner a este mal un correctivo pronto y eficaz, porque, de lo contrario, no tardaría el territorio nacional en ir a parar, de hecho o de una manera ficticia, en manos de extranjeros.

La modificación al Artículo 27 Constitucional abonó dos disposiciones particulares contenidas en las fracciones IV y V (misma que a la fecha no ha tenido reforma alguna), que constituyen regímenes especiales: (i) por regla general, las sociedades comerciales por acciones no podían adquirir fincas rústicas y.- (ii) los bancos podrían tener capitales impuestos sobre fincas urbanas y rústicas, pero no podrían tener inmuebles en propiedad o administración sino los bienes raíces necesarios para su objeto directo.

Es importante distinguir conceptualmente los alcances de cada Fracción del Artículo 27 Constitucional. Mientras que la Fracción IV se refiere específicamente a sociedades comerciales por acciones (sobre las que recae la prohibición de adquirir, poseer o administrar fincas rústicas), la Fracción V se ocupa de los bancos autorizados conforme a las leyes de instituciones de crédito, instituciones a las que se permitía tener capitales impuestos sobre fincas urbanas y rústicas, y tener en propiedad y administración los bienes raíces necesarios para su objeto directo.

Conviene hacer especial énfasis en que la prohibición de administrar, adquirir o poseer fincas rústicas, conforme a la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional, recayó sobre las sociedades comerciales por acciones, y no así sobre los bancos, lo que permite concluir que mediante la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional se creó un régimen de propiedad especial aplicable a las sociedades comerciales (consistente en la prohibición de adquirir, poseer o administrar fincas rústicas); y mediante la Fracción V del

Artículo 27 Constitucional se creó un régimen de propiedad especial aplicable a los bancos, permitiéndoles tener capitales impuestos sobre bienes urbanos y rústicos, pudiendo tener en propiedad y administración los inmuebles necesarios para cumplir su objeto.

La primera regulación de las operaciones de fideicomiso en nuestro país se incluyó en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1925²⁴, encomendando la regulación de los denominados *bancos de fideicomiso* a una ley especial. Adopta el régimen especial de la Fracción V del Artículo 27 Constitucional y lo extiende a las instituciones de crédito. Bajo esta Ley (art. 1) se regulaban: (i) instituciones de crédito y (ii) establecimientos cuyo objeto exclusivo o principal fueran las operaciones bancarias.

En cuanto a las instituciones de crédito (art. 6) éstas eran de 6 clases: bancos hipotecarios, bancos refaccionarios, bancos agrícolas, bancos industriales, bancos de depósito y descuento y bancos de fideicomiso. No se concibió que una sociedad distinta a un banco pudiera ser una institución de crédito.

Los bancos de fideicomiso se definían de la siguiente manera (art. 73): *Los bancos de fideicomiso sirven los intereses del público en varias formas y principalmente administrando los capitales que se les confían interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser omitidos éstos o durante el tiempo de su vigencia.*

Siendo destacable que antes de la Ley General de Instituciones de Crédito de 1932, el fideicomiso era visto como un mandato irrevocable cuyo objeto era la administración, que conforme a la Ley se encomendaba a los bancos de fideicomiso. Entonces a los ojos del legislador, solamente los bancos de fideicomiso podían fungir como fiduciarias y su objeto era la administración de capitales; lo que implicaba que a los bancos, en tanto instituciones de crédito, les resultaba aplicable el régimen especial contenido en la Fracción V del Artículo 27 Constitucional y no el diverso contenido en la Fracción IV; y conforme al régimen de la Fracción V del Artículo 27, los bancos sí podían administrar todo tipo de inmuebles necesarios para su objeto directo; es decir, los bancos de fideicomiso (cuyo objeto era la administración de capitales) no vulneraban la disposición constitucional.

²⁴ Publicada en el Diario Oficial el 16 de enero de 1925.

En su Artículo 256²⁵ esta Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios replicó el régimen especial de la Fracción V del Artículo 27 Constitucional; estableció la prohibición para las instituciones de crédito (incluyendo por supuesto dentro de la acepción *instituciones de crédito* a los bancos de fideicomiso) de adquirir por cualquier título, bienes raíces, con excepción de: (i) los necesarios para establecer sus oficinas o dependencias, y (ii) los que transitoriamente y previo permiso de la Secretaría de Hacienda, tuviera que adjudicarse o recibir al cobrar sus créditos, o al ejercitar los derechos que les confieran las operaciones que lleven a término.

Igualmente estableció para los casos de excepción, una regla consistente en que las instituciones de crédito deberían enajenar, dentro de 3 años si fueran bancos hipotecarios, y dentro de 2 años en cualquier otro caso, los inmuebles que hubieran adquirido, so pena de remate por la Secretaría de Hacienda (art. 257²⁶).

Tomando en cuenta que la prohibición de administrar, adquirir o poseer fincas rústicas establecida en la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional no era aplicable a los bancos, no tenía sentido establecer en la ley una norma que fuera desarrolladora de los alcances del régimen contenido en la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional pues: (i) las únicas instituciones de crédito reguladas en la ley eran bancos; (ii) solamente los bancos de fideicomiso podrían ser fiduciarias; y (iii) el objeto de los bancos de fideicomiso era propiamente la administración.

Por ende, es entendible que bajo la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios no existiera una prohibición expresa para las instituciones de crédito relacionada con la administración de fincas rústicas.

La Ley de bancos de fideicomiso de 1926²⁷ reguló con un poco de mayor amplitud la figura del fideicomiso y las actividades que podrían efectuarse a través de éste; seguía considerando al fideicomiso como un mandato irrevocable cuyo fin era la

²⁵ Art. 256.- *Queda prohibido a las instituciones de crédito adquirir por cualquier título bienes raíces, con excepción de los necesarios para establecer sus oficinas o dependencias y de los que transitoriamente y previo permiso de la Secretaría de Hacienda, tuviere que adjudicarse o recibir al cobrar sus créditos, o al ejercitar los derechos que les confieran las operaciones que lleven a término.*

²⁶ Art. 257.- *En los casos de excepción del artículo anterior, las instituciones de crédito están obligadas a enajenar dentro de tres años si son Bancos Hipotecarios, o de dos años en cualquier otro caso, los inmuebles que se hubieran visto en la necesidad de adquirir. Si transcurridos dichos plazos no se hubiere transferido la propiedad, la Secretaría de Hacienda mandará sacar a remate los inmuebles.*

²⁷ Publicada el 17 de julio de 1926 en el Diario Oficial.

administración.²⁸ En su articulado no se contenía prohibición expresa para los bancos de fideicomiso relacionada con la administración de fincas rústicas; por el contrario, su Artículo 13²⁹ señalaba que podían ser objeto de fideicomiso los bienes inmuebles (sin distinguir entre rústicos y urbanos).

Ello de ninguna manera entraba en conflicto con las disposiciones del Artículo 27 Constitucional pues el fideicomiso era visto como un mandato irrevocable de administración y no existía transmisión de propiedad por la fiduciaria. Aunque hay que decirlo, suponiendo que la concepción del fideicomiso fuera bajo la óptica de la teoría del patrimonio/afectación, aún en ese caso el actuar de las fiduciarias (presuponiendo la adquisición de inmuebles) sería constitucionalmente válido al ser la adquisición de inmuebles parte del objeto del banco, situación que era permitida por la Fracción V del Artículo 27 Constitucional.

Pero lo verdaderamente relevante es que no se contenía prohibición para los bancos de fideicomiso en relación a la administración de fincas rústicas, lo que resultaba consistente con el sistema normativo vigente en ese momento pues: (i) el régimen que expresamente prohibía la administración de fincas rústicas era la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional -solamente aplicable a sociedades por acciones distintas a bancos y (ii) los bancos podían administrar toda clase de inmuebles siempre y cuando ello fuera necesario para su objeto, y el objeto de los bancos de fideicomiso era precisamente la administración.

A finales de 1926, la Ley de bancos de fideicomiso fue abrogada por la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios³⁰, misma que incorporó en su articulado prácticamente el texto íntegro de la Ley de Bancos de Fideicomiso.

Es importante señalar que en este momento histórico, el legislador seguía considerando al fideicomiso como un mandato irrevocable por virtud del cual se entregaban al banco bienes para

²⁸ La visión del fideicomiso como mandato irrevocable se puede apreciar de la lectura de los Artículos 1 y 6: *Artículo 1. Los bancos de fideicomiso tendrán por objeto principal y propio, las operaciones por cuenta ajena y en favor de tercero que autoriza esta Ley, y cuya ejecución confíe a su honradez y buena fe. Artículo 6.- El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario.*

²⁹ *Artículo 13.- Pueden ser objeto del fideicomiso bienes inmuebles y derechos reales, así como cualquiera clase de valores, créditos, títulos, dinero efectivo, bienes muebles en general y cualesquier derechos, excepto los que conforme a la ley no puedan ser ejercidos sino directamente e individualmente por la persona a quien pertenecen [...].*

³⁰ Publicada en el Diario Oficial el 29 de noviembre de 1926.

su disposición en beneficio de un tercero llamado fideicomisario; y los bienes se consideraban salidos del patrimonio del fideicomitente en la medida que ello fuera necesario para su ejecución, o al menos, gravados a favor del fideicomisario. Ello conforme a los Artículos 102 (que es réplica del Artículo 6 de la Ley de Bancos de Fideicomiso) y 108 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios³¹. El legislador no consideraba al fideicomiso un acto en virtud del cual se produjera una verdadera afectación patrimonial (teoría patrimonio/afectación) sino que vislumbraba al fideicomiso como un mandato, es decir, el legislador no consideraba que la entrega de bienes en fideicomiso fuera una adquisición, sino un mandato. Esta observación es importante porque en su Artículo 119 Fracción II se encontraba prevista expresamente la administración de inmuebles (sin exclusión de fincas rústicas) como operación permitida a las instituciones fiduciarias:

Art. 119.- Además de las operaciones comprendidas en la Sección anterior, los bancos de fideicomiso podrán encargarse de todas las que se encomienden a su honradez y buena fe, en virtud de los contratos de mandato, comisión, depósito u otro cualquiera, y especialmente podrán: [...] II.- Administrar bienes, sean muebles o inmuebles, con sujeción a las instrucciones que reciban de los propietarios y a los pactos que con ellos ajusten; [...]

Sin que este texto fuera contrario al párrafo V del Artículo 27 Constitucional vigente en ese momento porque conforme a esta ley, las únicas instituciones fiduciarias eran bancos de fideicomiso, y como tal, en su carácter de bancos, podían tener en propiedad o administración bienes raíces necesarios para su objeto directo, y el propio numeral 119 señalaba como objeto de los bancos de fideicomiso la administración de bienes inmuebles.

³¹ Art. 102. El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario. Art. 108. Los bienes entregados para la ejecución del fideicomiso, se considerarán salidos del patrimonio del fideicomitente, en cuanto sea necesario para dicha ejecución o por lo menos como gravados a favor del fideicomisario. En consecuencia, no serán embargables ni se podrá ejercitar sobre ellos acción alguna en cuanto perjudique al fideicomiso. Lo dispuesto en este artículo no impedirá que se demande la nulidad del fideicomiso cuando éste se haya constituido en fraude de los acreedores o sea ilegal por otro motivo.

Debiendo acotar también que bajo la óptica de esta Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, a los bancos de fideicomiso no les era aplicable la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional (misma que prohíbe a las sociedades por acciones la propiedad, administración y posesión de fincas rústicas) pues las fiduciarias solamente podían ser bancos (que actuando como mandatarios, no adquirían bienes, solo los administraban), regidos por la Fracción V y no por la IV.

Es decir, la prohibición de administrar o adquirir fincas rústicas contenida en la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional no era aplicable a los bancos de fideicomiso porque: (i) en su calidad de bancos, se regían por la Fracción V del Artículo 27 Constitucional; y (ii) los bancos fiduciarios no adquirían bienes, sino que solamente recibían su administración derivado de la concepción del fideicomiso como mandato que excluía la afectación patrimonial, y la afectación de bienes en fideicomiso no se consideraba una adquisición como tal por parte de la fiduciaria.

Esta ley arrastró la prohibición para las instituciones de crédito establecida en la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1925, por virtud de la cual las instituciones de crédito no podían adquirir, por cualquier título, bienes raíces (con los mismos casos de excepción y plazos para realizar la enajenación en los casos de excepción).

A pesar de la prohibición, la propia ley consideraba la administración de inmuebles (rústicos y urbanos) como una actividad propia de los bancos de fideicomiso a través de la cual no se violaba la restricción de adquisición de inmuebles, pues el fideicomiso no implicaba adquisición, por ser un mandato. Y como se sostuvo anteriormente, aún en el caso de considerarse como verdadera enajenación, la enajenación estaría permitida por la norma constitucional al versar sobre inmuebles necesarios para el cumplimiento del objeto de los bancos (específicamente del banco de fideicomiso).

En 1932 se publicó en el Diario Oficial la Ley General de Instituciones de Crédito³², misma que, como se advierte de su

³² Publicada en el Diario Oficial el 29 de junio de 1932 (abrogando a la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1926), expedida por Pascual Ortiz Rubio en ejercicio de facultades extraordinarias en materia de crédito y moneda por conferidas por el Congreso de la Unión al titular del Ejecutivo mediante decreto publicado en el Diario Oficial el 3 de febrero de 1932 (que adiciona la Ley de Ingresos del Erario Federal para 1932, que en su Artículo 21 fracción II facultó al Ejecutivo para expedir las disposiciones necesarias para que legisle en materia de moneda, instituciones de crédito y pensiones en general). Así, no existió proceso legislativo como tal, sino que esta ley fue expedida directamente por el Ejecutivo sin haber sido objeto de discusión o debate.

propia exposición de motivos³³, rompe con la visión del fideicomiso como mandato y reconoce la teoría de la afectación; reconoce que la actividad fiduciaria puede realizarse por sociedades que no sean bancos y establece la prohibición de quienes actúen como fiduciarias para administrar fincas rústicas.

Esta ley contemplaba, en su Artículo 1, como *instituciones de crédito* a las instituciones nacionales de crédito, bancos y otras sociedades, de tal manera que previó la existencia de sociedades fiduciarias o sociedades de fideicomiso que sin ser bancos, se catalogaban como instituciones de crédito. Se dejó atrás la noción de *bancos de fideicomiso* y se adoptó la concepción de bancos que realizan actividades fiduciarias y sociedades que sin ser bancos eran sociedades de fideicomiso. Ello se reafirma con el contenido de algunas de sus disposiciones como los Artículos 7 (establece que el uso de la palabra *banco* se encuentra reservado exclusivamente a las instituciones de crédito y que sólo las instituciones para operar en los términos de la sección sexta del capítulo II del título I de la ley -que regula a las fiduciarias- pueden utilizar en su denominación las palabras *sociedades de fideicomiso* u otras similares, y 17 (señala el capital mínimo de las instituciones que se organicen para operar como instituciones de crédito, estableciendo el capital para cada tipo de actividad, así como el capital requerido para actuar únicamente como instituciones fiduciarias).

En su Artículo 12 estableció que solamente podían operar como instituciones de crédito (al amparo de las concesiones otorgadas por el Gobierno Federal) las empresas organizadas como sociedades anónimas, es decir, sociedades por acciones, y que éstas podían tener una o más actividades (como la hipotecaria,

³³ Para que la institución pueda vivir y prosperar en nuestro medio, se requiere, en primer término, una definición clara de su contenido y de sus efectos, siendo esta definición materia de la Ley de Títulos y de Operaciones de Crédito, y una reglamentación adecuada de las instituciones que actúen como fiduciarias. Quedará el fideicomiso concebido como una afectación patrimonial a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de un fiduciario, precisándose así la naturaleza y los efectos de ese instituto que a la Ley actualmente en vigor concibe obscuramente como un mandato irrevocable. Siguiendo en ello el precedente ya establecido por la Ley actual, la nueva Ley sólo autoriza la constitución de fideicomiso, cuando el fiduciario es una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado, y mantiene todas las prohibiciones conducentes a impedir que, contra nuestra tradición jurídica, el fideicomiso dé lugar a sustituciones indebidas o a la constitución de patrimonios alejados del comercio jurídico normal. La nueva Ley conserva, también, respecto a las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias, la facultad de aceptar y desempeñar mandatos y comisiones de toda clase, de encargarse de albaceazgos, sindicaturas, tutelas, liquidaciones y, en general, de aceptar la administración de bienes y el ejercicio de derechos por cuenta de terceros. Destruye, pues, la nueva Ley, toda confusión entre el fideicomiso y los actos de administración.

depósito en cuenta de ahorro, expedición de bonos de caja, bonos hipotecarios o fiduciarias).

Considerando que conforme a esta ley, podían existir sociedades por acciones que siendo bancos también realizaran operaciones fiduciarias, y que también podían existir sociedades por acciones que sin ser bancos, fueran sociedades de fideicomiso, y que la afectación fiduciaria implicaba para la institución fiduciaria la adquisición del bien, ¿cómo se relacionan las sociedades por acciones que solamente realizaran operaciones fiduciarias con inmuebles (sociedades de fideicomiso) con las fracciones IV y V del Artículo 27 Constitucional? Para responder a esta pregunta hay que tener presente que la primera reforma al Artículo 27 Constitucional se publicó hasta el 10 de enero de 1934, por lo que el texto vigente en 1932 era el publicado en 1917.

Así, las sociedades fiduciarias o de fideicomiso que no fueran bancos, no podían considerarse como *bancos* a los que se refiere la Fracción V del Artículo 27 Constitucional, sino que tenían que ser consideradas como *sociedades por acciones* a las que se refiere la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional por no ser bancos.

Ahora, el contenido del Artículo 90, Fracción VI de la Ley General de Instituciones de Crédito, que es el antecedente directo del Inciso g) Fracción XIX del Artículo 106 de la LIC en vigor, establecía:

Artículo 90.- Las sociedades y los departamentos autorizados al efecto, conforme al Artículo 3º, para actuar como fiduciarias, podrán igualmente: [...] VI. Administrar toda clase de bienes que no sean fincas rústicas, y aceptar y desempeñar toda clase de mandatos y comisiones;

Pudiendo advertirse que en principio, se autorizaba a las fiduciarias para administrar toda clase de bienes a excepción de fincas rústicas; pero, ¿a qué obedeció tal prohibición, siendo que en las leyes anteriores no se realizaba tal exclusión?

Ello puede explicarse considerando que esta ley, respecto de la que abroga, presenta un cambio relevante: prevé que sociedades que no sean bancos puedan fungir como fiduciarias. Es decir, las Sociedades de Fideicomiso (que no son bancos) pueden ser fiduciarias, por lo que la ley buscó la manera de hacer consistente tal situación, con el régimen especial de sociedades por acciones (distintas a bancos) contenido en el Artículo 27 Constitucional.

Entonces la redacción del Artículo 90 de la ley se vuelve consistente con el texto de la Fracción IV del Artículo 27

Constitucional, pues reconoce que la actividad fiduciaria puede ser realizada por instituciones fiduciarias o de fideicomiso que son sociedades por acciones distintas de los bancos, y como tal, sujetas al régimen de la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional.

Así, reconociendo la ley que la actividad fiduciaria podría realizarse por sociedades organizadas como bancos (reguladas por la Fracción V del Artículo 27 Constitucional) y por sociedades por acciones que no fueran bancos (reguladas por la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional) se introdujo la Fracción VI del Artículo 90 de la ley.

De tal manera que la existencia de la Fracción VI del Artículo 90 de la esta ley, puede explicarse considerando que:

(i) si la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional prohíbe a las sociedades comerciales por acciones (distintas de bancos) la adquisición, administración y posesión de fincas rústicas.- (ii) pero la Fracción V del Artículo 27 Constitucional permite a los bancos la adquisición y administración de toda clase de inmuebles (urbanos y rústicos) siempre que sean necesarios para el cumplimiento de sus fines.- (iii) entonces, las actividades de fideicomiso pueden ser realizadas por sociedades por acciones distintas de bancos, por lo que en concordancia a la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional, no podrán administrar fincas rústicas.

Siendo consistente considerar que la Fracción VI del Artículo 90 de esta ley claramente sigue, o se encuentra en consonancia con la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional, que no regula a los bancos sino a sociedades mercantiles por acciones, como lo es la sociedad de fideicomiso o sociedad fiduciaria.

Debiendo considerar también que dicha disposición no resulta aplicable a Bancos, cuyo régimen especial se regula por la Fracción V del Artículo 27 Constitucional.

El 27 de agosto de 1932 se publicó en el Diario Oficial la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Esta Ley regula al fideicomiso como operación de crédito, complementando a la Ley General de Instituciones de Crédito, que regulaba la actividad de las instituciones de crédito.

El Artículo 350³⁴ de esta ley establece quiénes pueden ser fiduciarias, señalando que solamente pueden serlo las instituciones

³⁴ Artículo 350. *Sólo pueden ser fiduciarias las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito.*

En caso de que al constituirse el fideicomiso no se designe nominalmente la institución fiduciaria, se tendrá por designada la que elijan el fideicomisario o, en su defecto, el Juez de Primera Instancia del lugar en que estuvieren ubicados los bienes, de entre las instituciones expresamente autorizadas conforme a la ley.

autorizadas para ello por la Ley General de Instituciones de Crédito (es decir, bancos, sociedades nacionales de crédito y otras sociedades como las sociedades de fideicomiso). Este numeral conservó su texto íntegro (al margen de una reubicación, pasando de ser el Artículo 350 al Artículo 385 con motivo de la reforma publicada el 23 de mayo de 2000) hasta el 13 de junio de 2003, que modificó su texto permitiendo que fueran fiduciarias no sólo las instituciones reguladas por la Ley General de Instituciones de Crédito, sino las reguladas por las demás leyes.

En 1941 se promulgó la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares; conserva la prohibición para administrar fincas rústicas en el desempeño de las operaciones fiduciarias, pero establece supuestos de excepción, ampliando el margen de acción de la administración fiduciaria.

En el Artículo 44, Inciso g) ³⁵ de esta ley se recoge la prohibición que ocupa este estudio, y además se establecen las hipótesis de excepción a la regla.

Sobre el proceso legislativo de esta ley, en la sesión del 4 de marzo de 1941 se remitió el proyecto del Ejecutivo de la Ley General de Instituciones de Crédito y en sesión del 18 de marzo de 1941 se presentó ante la Cámara de Diputados el dictamen de la Comisión de Crédito, Moneda e Instituciones de Crédito sobre el proyecto de ley, agregando al dictamen el texto de la ley con modificaciones menores, siendo finalmente el aprobado. En la exposición de motivos de la iniciativa de ley, se advierte lo siguiente:

Las operaciones de depósito de ahorro y las operaciones fiduciarias de han regulado de modo que tanto pueden estar encomendadas a sociedades constituidas con este solo objeto,

El fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse. Salvo lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, cuando la institución fiduciaria no acepte, o por renuncia o remoción, cese en el desempeño de su cargo, deberá nombrarse otra para que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, cesará el fideicomiso.

³⁵ Artículo 44.- *Las sociedades o las instituciones de crédito que disfruten de concesión para llevar a cabo operaciones fiduciarias, estarán autorizadas en los términos de esta Ley:*

[...]

g). - Para administrar toda clase de bienes inmuebles que no sean fincas rústicas, a menos que en este último caso hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la adquisición exceda del plazo de dos años.

como incorporadas, mediante la concesión especial correspondiente, a cualquiera de las instituciones bancarias, o de inversión a que nos hemos referido, por reputar que estas formas de operar, lejos de ser incompatibles con cada una de ellas, pueden ser muy bien complementarias de los cometidos propios de dichas instituciones.

El capítulo dedicado a las instituciones fiduciarias apenas si sufre modificaciones, como no sea añadir a la enumeración de sus cometidos algunos que pueden resaltar propios de estas instituciones, y ciertas normas nuevas por las cuales deben regirse las operaciones de inversión que realice la institución en ejercicio de fideicomiso, mandato, o comisión, cuando de la naturaleza de éstos, o de las instrucciones recibidas, no resulten indicaciones suficientemente precisas. Sin desvirtuar la naturaleza jurídica del fideicomiso, se ha prescrito la notificación obligatoria a los interesados de las operaciones que se realicen en cumplimiento de sus encargos y de los datos que permitan identificar los bienes destinados al fin respectivo, siempre que sea posible, o cuando no se haya renunciado a ella expresamente, y con el fin de hacer más real la responsabilidad de estas instituciones en el cumplimiento de sus obligaciones.

En el dictamen en mención se confirma la concepción histórica en el sentido que tanto los bancos de depósito, como otras instituciones, pueden realizar las operaciones de fideicomiso, directamente o a través de sus departamentos:

Todas estas instituciones, así como los bancos de depósito, pueden tener anexos departamentos fiduciarios y de ahorro, sin perjuicio de que también se puedan llevar a cabo estas operaciones por instituciones independientes. La regulación en materia de depósito de ahorro ofrece tan firmes seguridades al depositante, que es de esperar que contribuya eficazmente al desarrollo del pequeño ahorro de nuestras clases más modestas, fuente indiscutible de prosperidad y de mejoramiento social y político.

Esta reflexión se ve reflejada en el penúltimo párrafo del Artículo 2³⁶ de esta ley. Pudiendo advertir que en el contexto de

³⁶ Artículo 2o. Para dedicarse al ejercicio de la banca y del crédito se requerirá concesión del Gobierno Federal, que compete otorgar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, apreciando la capacidad técnica y moralidad del solicitante.

La Secretaría de Hacienda sólo podrá rechazar el otorgamiento de una concesión cuando invoque los motivos que señala la parte final del párrafo anterior, con el parecer, en tal sentido, de la Comisión Nacional Bancaria o del Banco de México.

esta Ley, las actividades fiduciarias podrían llevarse a cabo por sociedades que no fueran bancos, por lo que seguía teniendo sentido la prohibición establecida en el Inciso g) de su Artículo 44 en tanto resultaba necesario para ser reflejo del régimen especial aplicable a sociedades comerciales por acciones distintas de bancos establecido en la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional.

El 31 de diciembre de 1982 se publicó la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, nacionalizando la banca. En esta ley no se establece disposición alguna en relación a la prohibición de actividades fiduciarias sino mediante remisión a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. Esta ley de 1982 no dejó sin efecto a la de 1941, sino que se emitió al margen de aquélla, conteniendo disposiciones por virtud de las cuales se nacionalizó la banca para que todo el sistema bancario fuera prestado por sociedades nacionales de crédito de conformidad a las disposiciones de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.

En estos términos, el Artículo 44, Inciso g) de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares conservaba su vigencia por remisión de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, lo que resultaba un sinsentido ideológico puesto que tal disposición tenía por efecto reflejar el régimen de propiedad especial contenido en la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional, que a su vez tenía como finalidad evitar los latifundios y concentración de tierras en manos privadas.

El 14 de enero de 1985 se promulgó la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, que abrogó a su similar de 1982 y a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941. En esta Ley Reglamentaria se retomaron algunas disposiciones contenidas en la abrogada Ley

Las concesiones que otorgue el Gobierno Federal se referirán a alguno de los siguientes grupos de operaciones de banca y crédito: (i) El ejercicio de la banca de depósito.- (ii) Las operaciones de depósitos de ahorro.- (iii) Las operaciones financieras con emisión de bonos generales y bonos comerciales.- (iv) Las operaciones de crédito hipotecario con emisión de bonos y garantía de cédulas hipotecaria.- (v) Las operaciones de capitalización, y.- (vi) Las operaciones fiduciarias.

Las sociedades para las que haya sido otorgada concesión en los términos de las fracciones anteriores, serán instituciones de crédito.

Las concesiones para realizar las operaciones de depósitos de ahorro y para llevar a cabo las operaciones fiduciarias a que se refieren las fracciones II y IV, podrán ser otorgadas bien a sociedades con el solo objeto de practicar las operaciones referidas, o bien a sociedades que practiquen o se propongan practicar las operaciones especificadas en las fracciones I, III, IV y V.

En ningún caso podrán otorgarse concesiones a una misma sociedad, para llevar a cabo más de uno de los grupos de operaciones a que se refieren, respectivamente, las fracciones I, III, IV y V.

General de Instituciones de Crédito; concentra el servicio de banca y crédito en sociedades nacionales de crédito de los siguientes tipos: (i) instituciones de banca múltiple.- (ii) Instituciones de banca de desarrollo. La prohibición que nos ocupa se incluyó, mediante una nueva redacción, en su Artículo 84, Fracción XVIII, Inciso d)³⁷.

Pudiendo confirmarse que la disposición prohibiendo a las fiduciarias la administración de fincas rústicas se retomó a pesar de que la misma obedece a una finalidad proteccionista, siendo inconsistente con la nacionalización de la banca.

Como se mencionó, esa disposición fue creada para implementar el régimen especial contenido en la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional; por ello, la disposición deja de tener sentido y se convierte en letra muerta, siendo una reminiscencia proteccionista que dejó de tener vigencia material al ser la banca un servicio público nacionalizado.

En 1990 se publica la Ley de Instituciones de Crédito (que abroga a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito) y privatiza la banca. Esta ley, además de devolver la banca a manos privadas, prevé como las únicas instituciones de crédito a las instituciones de banca múltiple y banca de desarrollo (es decir, sólo a bancos), dejando atrás la concepción de 1941 (que distinguía de bancos, sociedades nacionales de crédito y otras sociedades como las sociedades de fideicomiso).

La prohibición de administrar fincas rústicas en la realización de operaciones de fideicomiso, nacida en 1941 en un contexto distinto al de 1990, se retoma en términos idénticos bajo el Artículo 106 Fracción XIX, Inciso d) de esta ley³⁸.

Siendo indudable que la prohibición contenida en el Inciso d) de la Fracción XIX del Artículo 106, no es sino una réplica de la prohibición inicialmente contenida en el Artículo 44 Inciso g) de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares

³⁷ Artículo 84.- A las instituciones de crédito les estará prohibido: [...] XVIII. En la realización de las operaciones a que se refiere la fracción XV del Artículo 30 de esta Ley: [...] d) Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la adquisición exceda del plazo de dos años.

³⁸ Artículo 106.- A las instituciones de crédito les estará prohibido: [...] XIX. En la realización de las operaciones a que se refiere la fracción XV del Artículo 46 de esta Ley: [...] d) Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la administración exceda del plazo de dos años.

de 1941, debiendo señalar que como se indicó anteriormente, esta disposición nació en el contexto de una ley que: (i) englobaba bajo la noción de *instituciones de crédito* a los bancos, a las sociedades nacionales de crédito y a otras sociedades como las sociedades de fideicomiso; (ii) reconoció que las operaciones de fideicomiso podrían prestarse por instituciones que no fueran Bancos, sino solamente sociedades mercantiles; y (iii) pretendía ajustar al marco de la Fracción VI del Artículo 27 constitucional a las instituciones que sin ser bancos, adquirieran inmuebles mediante fideicomiso.

Por ello, considerando que en virtud de esta Ley de 1990, el servicio de banca y crédito (y operaciones de fideicomiso) se concentró en las instituciones de crédito, es indudable que la prohibición contenida en la Fracción XIX del Artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito resultaba un sinsentido, pues solamente los bancos podrían ser fiduciarias y los bancos se regulan por el régimen especial contenido en la Fracción V del Artículo 27 Constitucional.

Tan es así que a la fecha de promulgación de esta ley, el Artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito seguía conservando su redacción original, estableciendo que solamente podrían ser fiduciarias las instituciones autorizadas para ello por la Ley General de Instituciones de Crédito, es decir, solamente bancos.

Lo que implica que si el régimen aplicable a los Bancos, desde el contexto del Artículo 27 Constitucional, se encuentra inmerso en su Fracción V (que dicho sea de paso, conserva su redacción original desde 1917), con mayor razón dejó de tener sentido la prohibición, misma que busca reflejar el espíritu de la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional.

El 6 de enero de 1992 se reformó la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional. Modifica el régimen aplicable a las sociedades por acciones distintas de bancos eliminando la prohibición absoluta en relación a la propiedad, administración y posesión de terrenos rústicos, permitiendo lo anterior solamente en la extensión necesaria para el cumplimiento de su objeto y establece medios de control a la propiedad de tierras con vocación agrícola, ganadera o forestal.

La Fracción IV del Artículo 27 Constitucional fue modificada en los siguientes términos, permaneciendo vigente a la fecha:

IV. Las sociedades mercantiles por acciones podrán ser propietarias de terrenos rústicos, pero únicamente en la extensión que sea necesaria para el cumplimiento de su objeto. En ningún caso las sociedades de esta clase podrán tener en propiedad tierras dedicadas a actividades agrícolas, ganaderas o

forestales en mayor extensión que la respectiva equivalente a veinticinco veces los límites señalados en la Fracción XV de este artículo. La ley reglamentaria regulará la estructura de capital y el número mínimo de socios de estas sociedades, a efecto de que las tierras propiedad de la sociedad no excedan en relación con cada socio los límites de la pequeña propiedad. En este caso, toda propiedad accionaria individual, correspondiente a terrenos rústicos, será acumulable para efectos de cómputo. Asimismo, la ley señalará las condiciones para la participación extranjera en dichas sociedades.

La propia ley establecerá los medios de registro y control necesarios para el cumplimiento de lo dispuesto por esta fracción;

Si se considera que el Artículo 106 Fracción XIX, Inciso d) de la Ley de Instituciones de Crédito tenía por objeto reflejar el régimen constitucional de la Fracción IV del Artículo 27 de la Constitución de 1917 (que establecía la prohibición de las sociedades comerciales por acciones adquirir, poseer o administrar fincas rústicas) y que a partir de la reforma constitucional de 1992, la prohibición constitucional para las sociedades mercantiles por acciones respecto de adquirir fincas rústicas se flexibilizó al punto de permitirles la propiedad hasta la extensión necesaria para el cumplimiento de su objeto, el Artículo 106 Fracción XIX, Inciso d) de la Ley de Instituciones de Crédito debió ser modificado en consecuencia.

Ello a pesar de que la mera existencia del Artículo 106 Fracción XIX, Inciso d) de la Ley de Instituciones de Crédito era ociosa toda vez que solamente podían fungir como fiduciarias las instituciones previstas por la Ley de Instituciones de Crédito, es decir, bancos (mismos que se sujetan al régimen especial previsto por la Fracción V del Artículo 27 Constitucional).

El 13 de junio de 2003 se reformaron tanto la Ley de Instituciones de Crédito como la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. En lo que hace a la Ley de Instituciones de Crédito, se recorre en el Artículo 106, Fracción XIX el Inciso d) al actual Inciso g) y se agrega la excepción de fideicomisos a la producción o fideicomisos de garantía³⁹. En cuanto a la Ley General

³⁹ Artículo 106.- A las instituciones de crédito les estará prohibido: [...] XIX. En la realización de las operaciones a que se refiere la fracción XV del Artículo 46 de esta Ley: [...] g) Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la

de Títulos y Operaciones de Crédito (Artículo 385), se amplía la posibilidad de actuar como fiduciarias a otras instituciones distintas a las establecidas en la Ley de Instituciones de Crédito.

Como se advierte de la exposición de motivos que impulsó la reforma, se reconoció, en relación a la administración de fincas rústicas, que la regulación específica en lo que hace a cada intermediario financiero cambiaba de acuerdo a su dimensión y naturaleza, proponiendo exceptuar del límite temporal de dos años para el caso que los bancos administren fincas rústicas en fideicomiso de garantía o a la producción para propiciar condiciones más favorables para reactivar el crédito en el campo; acotando además que para el resto de los intermediarios financieros, la limitación debía ser general salvo fideicomisos en garantía⁴⁰.

La relevancia de lo anterior es que se reconoce que pueden ser instituciones fiduciarias entidades distintas de Bancos; lo que implica que esos entes, que no son Bancos, pero sí pueden ser sociedades mercantiles, quedan sujetas en lo aplicable al régimen establecido en la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional, por lo que la disposición contenida en el Inciso g) de la Fracción XIX del Artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito vuelve a adquirir sentido y aplicación real.

De lo que se puede concluir que la prohibición contenida en el Artículo 106, Fracción XIX, Inciso g) de la Ley de Instituciones de Crédito readquirió sentido al preverse que otras instituciones distintas de los bancos fueran fiduciarias, pues aquéllas no encuentran cabida en la Fracción V del Artículo 27 Constitucional.

Pudiendo entonces realizar una interpretación conforme y concluir que la prohibición contenida en el Artículo 106, Fracción XIX, Inciso g) de la Ley de Instituciones de Crédito es aplicable solamente a las fiduciarias que se regulan por la Fracción IV del Artículo 27 Constitucional. Es decir, no aplican a los bancos.

administración exceda del plazo de dos años, salvo los casos de fideicomisos a la producción o fideicomisos de garantía.

⁴⁰ De la exposición de motivos: *Respecto de la administración de fincas rústicas en fideicomiso la regulación específica para cada intermediario financiero cambia de acuerdo con su dimensión y naturaleza. En este tema, se propone exceptuar del tiempo límite de dos años para administrar dichas fincas para el caso de que los bancos administren fincas rústicas en fideicomiso de garantía o a la producción. Con ello, es factible que haya condiciones mucho más favorables para reactivar el crédito en el campo. Para el resto de los intermediarios financieros, se propone que sea general la aplicación del límite de dos años al término para administrar en fideicomiso dichas fincas, con excepción de los fideicomisos de garantía.*

Considerar lo contrario, es decir, considerar que la prohibición sí aplica a los bancos implicaría la clara inconstitucionalidad de la disposición por ser contraria a la disposición contenida en la Fracción V del Artículo 27 Constitucional, que permite a los bancos administrar todo tipo de inmuebles siempre que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto, y es por demás claro que el objeto de los bancos que realizan operaciones de fiduciaria, es la administración.

Similar criterio se sostuvo en el año de 1976 emitido por una sala auxiliar, que totalmente indica que las sociedades mercantiles por acciones se encuentran constitucionalmente facultadas para adquirir o administrar fincas rústicas cuando ello sea necesario para cumplir sus fines⁴¹:

En conclusión, el Artículo 106, Fracción XIX, Inciso g) de la Ley de Instituciones de Crédito no es oponible a bancos, y en caso que lo fuera, sería una norma claramente inconstitucional.

VI] Opciones para sustraerse legalmente del ámbito de aplicación del Artículo 106, Fracción XIX, Inciso g) de la Ley de Instituciones de Crédito

Con independencia de lo señalado en apartados anteriores, aun considerando que a los bancos sí les resulta aplicable la prohibición, es de considerar que existen las siguientes opciones para alejarse del supuesto de prohibición contenido en la norma que hemos venido analizando:

i. Encomendar la administración del patrimonio a un tercero distinto de la fiduciaria. La prohibición de las instituciones de crédito consiste en *administrar*. Si tienen prohibido administrar, entonces la administración del patrimonio fideicomitado se

⁴¹ Sala Auxiliar, *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 139-144, Séptima Parte, p. 95. *SOCIEDADES MERCANTILES POR ACCIONES. CONSTITUCIONALMENTE ESTAN FACULTADAS PARA ADQUIRIR, POSEER O ADMINISTRAR FINCAS RUSTICAS CUANDO ESOS ACTOS SON INDISPENSABLES PARA SUS FINES SOCIALES. Una recta interpretación de la fracción IV del Artículo 27 constitucional conduce a concluir que la prohibición que establece la primera parte de ese precepto en el sentido de que las sociedades mercantiles por acciones, no pueden adquirir, poseer o administrar fincas rústicas, no es absoluta, toda vez que la segunda parte de ese precepto contempla diversas hipótesis en las que sí es posible la adquisición, posesión y administración de tales inmuebles, como cuando las sociedades de esta clase se constituyen para explotar cualquiera industria fabril, minera, petrolera o para algún otro fin que no sea agrícola, entre los que se incluye, obviamente, el avícola, situaciones en las que están facultadas para realizar esos actos en la extensión estrictamente necesaria para su objeto social.*

encomienda a un tercero que no sea la fiduciaria. Esto tiene por efecto no incurrir en la prohibición puesto que la fiduciaria no llevaría a cabo la administración, sino que ésta la desempeñaría un tercero.

ii. Incluir en el fideicomiso una obligación cuyo cumplimiento se garantice con parte del patrimonio fideicomitado al cual se habría integrado una finca rústica. Como ejemplo, el fideicomiso puede diseñarse para que el propietario del terreno puede aportar la finca rústica y un tercero realice su desarrollo, y establecer que parte de la finca rústica sirve como garantía del pago de los honorarios del desarrollador.

iii. Si el inmueble rústico se localiza en una localidad en la que el ordenamiento municipal le dé ese carácter por su vocación, previamente a aportarlo al fideicomiso, realizar sobre el inmueble alguna obra de urbanización (algún servicio) para modificar su vocación.

VII] Interpretación histórica por encima de la interpretación literal

En palabras de Miguel Villoro Toranzo, el derecho es un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica⁴².

Al estar frente a la prohibición que se analiza, de naturaleza prohibitiva, tajante en cuanto a su enunciado, surgen las interrogantes: ¿por qué existe esa prohibición? ¿qué finalidad persigue? ¿es compatible con nuestro sistema de derecho? ¿soluciona problemas reales? Estas interrogantes no pueden responderse realizando una interpretación literal.

La prohibición que ha sido analizada, aparentemente no deja lugar a dudas si se analiza desde la interpretación literal: la norma dice lo que dice, es clara y contundente, y por ello, fuera de los casos de excepción, los bancos no pueden administrar fincas rústicas en fideicomiso. Pero si leemos atrás de las palabras, podemos apreciar que la norma, a pesar de estar dotada de un texto claro, puede ser errónea y disconforme no sólo con el sistema normativo, sino con la realidad misma. La prohibición, creada ante la problemática histórica de la inminente concentración de tierras a manos de la iglesia y corporaciones, deja de ser una solución en la medida que la realidad histórica cambia y en la medida en que el

⁴² VILLORO Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980, p. 127.

problema desaparece. La norma, creada en determinado contexto histórico, puede llegar a perder sentido cuando el contexto histórico ha cambiado. Una norma con claros fines proteccionistas deja de tener sentido cuando el contexto histórico es una economía global.

Así, para desentrañar el verdadero sentido de la norma, y hacer que ésta cumpla con su función de solucionar problemas reales, es necesario acudir a la interpretación histórica, apartándose de la interpretación literal.

Además, la idea de aplicar el método de interpretación histórico por encima del literal, en lo que hace a la Fracción V del Artículo 27 Constitucional, no es algo novedoso sino que ya ha sido sostenida por la Corte como se puede corroborar con diversas jurisprudencias (Tesis P./J. 59/2000⁴³ y P./J. 60/2000⁴⁴), en las que la Corte ha determinado que para interpretar adecuadamente la norma, es necesario acudir al método de interpretación histórica ante la insuficiencia del método literal.

VIII] Conclusión

A partir del análisis de la prohibición estudiada, aplicando el método histórico, y ante la búsqueda de que la norma cumpla con su función solucionadora de los problemas reales, es posible desentrañar el sentido y alcances de la misma; el análisis así efectuado permite concluir que la prohibición resulta aplicable a instituciones de crédito distintas de los bancos, pero no a los bancos. La evolución histórica y el contenido mismo de la Fracción V del Artículo 27 Constitucional (que autoriza a los bancos administrar todo tipo de inmuebles siempre que sean necesarios para cumplir su objeto), conlleva a sostener que el Artículo 106, Fracción XIX, Inciso g) de la Ley de Instituciones de Crédito no es oponible a bancos; y en caso que sí fuera aplicable, entonces sería una norma claramente inconstitucional.

Bibliografía

ARRILLAGA, Basilio José, *Recopilación de Leyes, Decretos, Bandos, Reglamentos, Circulares y providencias de los Supremos Poderes y Otras Autoridades de la República Mexicana*, Editorial J.M. Fernández de Lara, México, 1842.

⁴³ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XI, Junio de 2000, p. 7.

⁴⁴ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XI, Junio de 2000, p. 11.

BATIZA, Rodolfo, *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria*, Editorial Porrúa, México, 1977.

Código de la Reforma, Imprenta Literaria, C. del Seminario N. 6, 1861.

Disponible en:

<http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080022715/1080022715.PDF>. Última consulta: 07 de octubre 2016.

Diario de los Debates del Congreso Constituyente, Periodo Único, Estados Unidos Mexicanos, Tomo I número 12. Disponible en:

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/Proy_CPEUM_exp_mot_01dic1916.pdf, Última consulta: 07 de octubre 2016.

Diario del Gobierno de la República Mexicana. Disponible en:

<http://www.hndm.unam.mx/consulta/publicacion/visualizar/558075be7d1e63c9fea1a216?anio=1836&mes=10&dia=14&tipo=publicacion>. Última Consulta: 31 de marzo 2017.

Diario Oficial del Supremo Gobierno de la República Mexicana. Disponible en:

<http://www.hndm.unam.mx/consulta/publicacion/visualizar/558075be7d1e63c9fea1a223?intPagina=2&tipo=publicacion&anio=1856&mes=07&dia=10>. Última consulta: 31 de marzo 2017.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México,

Diccionario Jurídico Mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982.

OMEBA, *Enciclopedia Jurídica OMEBA (Vol. I)*, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1954.

Fecha de recepción: 1 de mayo de 2017

Fecha de aprobación: 26 de octubre de 2017

El Código de Ética de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados (BMA): ¿Una Nueva Ética para los Profesionales del Derecho?

YURIXHI GALLARDO MARTÍNEZ¹

SUMARIO: I. Los códigos de ética y el ejercicio de la profesión jurídica. II. El Código de Ética Profesional de la BMA de 1948. III. El Código de Ética Profesional de la BMA de 2017. IV. Diferencias entre el Código de Ética Profesional de 2017 y el Código de Ética Profesional de 1948: ¿Una nueva ética para los profesionales del Derecho?

Resumen. La colegiación de los profesionales y la ética, son dos temas cuyo análisis resulta oportuno en relación al ejercicio del Derecho. Recientemente en el país han sido aprobadas leyes estatales que regulan el ejercicio de la profesión, entre ellas la Ley para el Ejercicio de las Actividades Profesionales del Estado de Jalisco que entró en vigor el primero de enero del 2016.² El propósito de este trabajo es comentar el Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, (BMA) que fue presentado en febrero de 2017 y sustituye al Código de Ética Profesional del mismo organismo que estuvo en vigor desde 1948. Inicia el texto con una reflexión acerca del papel que juegan los Códigos de Ética en el ejercicio de la profesión jurídica. Posteriormente, presenta el contenido del código de 1948. En tercer término, analiza el código recientemente aprobado. En cuarto lugar, se realiza un análisis comparativo entre el nuevo código y el anterior. Y al final se responde si el código recientemente publicado plantea una nueva ética para los profesionales del Derecho.

Palabras clave: Código de Ética, Colegiación, Ética jurídica, Ética profesional, Profesionales del Derecho

Abstract: *Mandatory association and ethics are two important subjects to be taken into account when studying the exercise of the legal profession. In the past few months, Mexico has*

¹ Profesora investigadora, Facultad de Derecho. Universidad Panamericana. ygallard@up.edu.mx.

² Decreto publicado en el Periódico Oficial *El Estado de Jalisco* el día 1 de diciembre de 2015.

approved several laws and regulations regarding the exercise of the profession, among which can be noted: the Ley para el Ejercicio de las Actividades Profesionales del Estado de Jalisco (Law for the Exercise of Professions of the State of Jalisco) which came into force on January 1st, 2016. The purpose of this work is to comment the Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, (BMA) (Code of Professional Ethics of the Mexican Bar Association), which was presented in february 2017 and substitutes the Code of Professional Ethics of the same institution which was in force since 1948. Thirdly, the recently promulgated code is analyzed. Fourthly, a comparative study between the two codes is done. And finally, the question whether if the new code represents a new ethic for lawyers is answered.

Keywords: Code of Ethics, Legal Ethics, Legal Professionals, Mandatory Bar Association, Professional Ethics.

I] Los códigos de ética y el ejercicio de la profesión jurídica

El estudio de la ética y por lo tanto el de la ética profesional, al ser una concreción de la ética general, presenta varios dilemas. Quizá el primero de ellos corresponde al fenómeno de la diversidad de opiniones éticas.³ Por lo tanto, al hablar de ética surge la necesidad de fijar postura en relación a la existencia de una o varias éticas. Sin embargo, los códigos de ética, incluidos los códigos de ética profesional, ante la imposibilidad de coincidir en relación a la existencia de una o varias éticas son un punto de encuentro en relación a la ética o las éticas. Además, permiten esclarecer el contenido ético. Utilizo el verbo esclarecer, porque la ética como ciencia que hace referencia a la bondad o maldad de cierta conducta, en este caso de los profesionales del Derecho, tiene un referente realista que permite conocer la bondad o malicia de esos actos. En relación al ejercicio de la profesión jurídica, hay también un referente objetivo o realista, es más, se puede decir, que se está frente a una sola ética: la ética del profesional del Derecho. En base a lo anterior, si se desea conocer cuáles actos son considerados

³ García Huidobro, Joaquín señala que el problema de la diversidad de opiniones ética es: *Lo bueno parece ser sólo bueno para una persona o grupo determinados, pero esto depende de las convicciones e intereses vigentes en cada momento y no podría ser establecido con carácter absoluto o definitivo*, GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, La Diversidad de Opiniones Éticas. Análisis de un Argumento Antinaturalista, *Persona y Derecho*, España, 1999, Vol. 40, p. 54.

éticamente buenos y cuáles éticamente malos, el punto de referencia objetivo es la conducta que se espera del profesional del Derecho o los principios en los cuáles se ha sostenido la profesión a lo largo de la historia. En cualquiera de los dos supuestos, existe una referencia obligatoria a la naturaleza de la profesión jurídica.⁴ Es decir, quiénes acuden a solicitar los servicios de un profesional del Derecho, esperan que su conducta se lleve a cabo de determinada manera. Siendo así, algunos códigos, entre ellos el que ha motivado estas líneas, se sostienen en un análisis de la profesión jurídica a lo largo de la historia. No se presenta la misma situación con otros códigos en México, por ejemplo, el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación o el Código Nacional Mexicano de Ética Judicial. En estos últimos, su contenido viene determinado por lo regulado en una norma positiva.⁵

Por otra parte, Skuczynski sostiene que los códigos han ido apartándose de la terminología ética. Han reemplazado el lenguaje ético con un lenguaje profesional que pueda proveer a la codificación un carácter neutral.⁶ En este sentido, la neutralidad del lenguaje en los códigos es consecuencia del problema de la diversidad de opiniones éticas.⁷ Sin embargo, desde otra perspectiva puede resultar positivo vincular cada vez más la ética al lenguaje de la profesión, porque precisamente la ética de los profesionales del Derecho, encuentra su raíz en la identidad de la profesión jurídica.⁸ Es decir, sin olvidar el origen de la ética profesional en la ética general, puede ser hoy en el Derecho muy oportuno vincular el lenguaje de los códigos al lenguaje de la profesión, al menos en nuestra tradición jurídica, precisamente por la riqueza de los orígenes de la profesión.

La ética profesional es un asunto trascendental para el desarrollo de las sociedades, por lo que no puede dejarse su aplicación únicamente a la conciencia de los propios profesionales. En referencia a este tema, el texto del Código de Ética del Poder

⁴ Aparisi sostiene que los dos pilares sobre los que se sostiene la ética de los profesionales son la dignidad humana y la naturaleza de la profesión jurídica. APARISI-MIRALLES, Ángela, *Ética y deontología para juristas*, EUNSA, 2006, p. 93

⁵ Cfr. Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, Presentación

⁶ SKUCZYNSKI, Pawel Teodor, Status of Legal Ethics, en Peter Lang GmbH, *Internationaler Verlag der Wissenschaften*, p. 17

⁷ Sin embargo, valdría la pena subrayar que es imposible sostener una neutralidad. Siempre un planteamiento ético obedece a una comprensión de la realidad de determinada manera.

⁸ En este sentido, el pasado 22 de junio la *American Bar Association* dio a conocer algunos ajustes en su sección de Derecho Internacional, entre ellos, que el Comité de Ética Internacional será movido a partir de agosto del año en curso de la División Constitutiva a la División de Práctica Jurídica.

Judicial de la Federación que respecto a la ética señala: *Si bien la ética se traduce en un comportamiento humano que se caracteriza en ser unilateral, inherente a la conciencia del sujeto y sólo imperativo para él, resulta vital para la sana convivencia dentro de una colectividad, y particularmente importante en la función judicial para la trascendencia social que adquiere (...).*⁹ La conducta ética de los profesionales del derecho no es un asunto unilateral, si por unilateral se entiende que son normas impuestas por el propio sujeto. La profesión ejerce una función social y el ejercicio ético de la profesión no viene impuesto por el propio sujeto. Ya sea que se considere a la ética profesional vinculada a la ética general o se considere que los profesionales determinan el contenido de esa ética o la ley positiva, en ninguno de los tres supuestos las normas éticas son normas unilaterales.

1. Los códigos de ética en el Derecho

Los códigos de ética profesional cumplen con objetivos distintos. La clasificación de Aparisi de los códigos de ética,¹⁰ los divide atendiendo a su finalidad, a los destinatarios y al contenido. De acuerdo a su finalidad los códigos se clasifican en códigos promocionales, códigos educativos y códigos prescriptivos. En relación a los destinatarios distingue entre códigos generales, particulares e interpersonales; según el contenido, entre muy extensos y detallados, hasta muy concretos y breves.¹¹ Al aproximarse al estudio de un código en particular, resulta conveniente identificar la finalidad del código.

En comparación con la antigüedad de la profesión jurídica, los códigos de ética son un instrumento reciente que regula la conducta de los profesionales. Siendo así, ¿cómo regulaban los profesionales del Derecho su conducta antes de los primeros códigos?, ¿cómo sabían qué actos eran éticamente buenos y cuáles no? Louis Parley sostiene que la conducta de los profesionales se basaba en percepciones innatas de lo que constituía la conducta ética de la profesión o en ciertos casos la tomaban de otras áreas del Derecho relevantes para los abogados, por ejemplo, las obligaciones fiduciarias.¹² Sin que el autor profundice en el

⁹ Cfr. Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, Presentación

¹⁰ Cfr. APARISI-MIRALLES, *Op. cit.*, p. 120-122

¹¹ *Id.*

¹² Cfr. PARLEY, Louis, A Brief History of Legal Ethics, *Family Law Quarterly*, Vol. 33, No. 3, Fall 1999, p. 637-645, <http://www.jstor.org/stable/25740231> 01/07/2014 consultado el 22 de junio de 2017

contenido de esas percepciones innatas, se sabe que todas las sociedades han tenido principios éticos.

Se puede tomar de referencia al Derecho Romano, Ulpiano después de definir la justicia señala: *Los principios del derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo.*¹³ Otro ejemplo al que hace referencia Ulpiano está presente hasta nuestros días: *El que ejerce jurisdicción, ni debe administrarse justicia á sí mismo, ni á su mujer o á sus hijos, ni á sus libertos o á los demás que tiene consigo.*¹⁴ La imparcialidad, principio de ética profesional que evoca el texto, está recogido no sólo en códigos de ética, sino también en legislaciones. Por ejemplo, en México, el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación¹⁵ lo regula al igual que el Código Nacional Mexicano de Ética Judicial.¹⁶ Por otro lado, el artículo 100 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala: (...) *La ley establecerá las bases para la formación y actualización de funcionarios, así como para el desarrollo de la carrera judicial, la cual se regirá por los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia.*¹⁷ Por lo que lo que ha sido un principio de ética profesional desde los romanos, es ahora en México derecho positivo.

Para ampliar el ámbito de referencia y contextualizar el desarrollo de los códigos de ética, mencionaré algunos datos en relación a la profesión jurídica en Estados Unidos de América, por la cercanía del país, por el desarrollo de la profesión que ha tenido y por su impacto en el mundo. El primer código que regulaba a los abogados es el Código de Alabama de 1887, previo a dicho Código, fueron determinantes las aportaciones de David Hoffman, quién publicó en 1836 la obra *Resolutions In Regard to Professional Deportment*.¹⁸ También fue importante el pensamiento de George Sharswood quién publicó la obra: *A compend of Lectures on the Aims and Duties of the Professional of Law*. Maxwell identifica una

¹³ Digesto, Libro II, Título I, n. 10, 1. GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso, *El Digesto de Justiniano, Lex Nova*, Valladolid, 2004, Tomo I, p. 199

¹⁴ Digesto, Libro II, Título I, n. 10, 1. *Ibid.*, p. 246

¹⁵ Cfr. Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, art. 2

¹⁶ Cfr. Código Nacional Mexicano de Ética Judicial, art. 4

¹⁷ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 100

¹⁸ Cfr. HOFFMAN, David C., *Fifty Resolutions in Regard to Professional Deportment*, 1836, <http://lonang.com/commentaries/curriculum/professional-deportment/> consultado el 20 de junio de 2017. Resulta particularmente interesante la resolución número cincuenta, en la que el abogado establece que leería las cuarenta y nueve resoluciones previas dos veces al año, durante su vida profesional.

diferencia fundamental entre el pensamiento de Hoffman y de Sharswood *But the two men differed as to the nature and extent of professional accountability. Hoffman preferred relying on the lawyers, conscience, while Sharswood embraced the external guidelines of law and the legal process.*¹⁹ El pensamiento de Sharswood, de forma directa tuvo un impacto, toda vez que, en 1887, *Alabama Bar Association* publicó su código de ética. Se atribuye una gran influencia de las obras de Sharswood en el desarrollo de la ética profesional,²⁰ de forma tal que la idea de contar con lineamientos externos de Derecho ha prevalecido hasta ahora.

En el orden de las ideas anteriores, las reglas más antiguas de la *American Bar Association* se remontan al año de 1908 con el *Canons of Professional Ethics*, cuyas últimas modificaciones se realizaron en el año de 1963.

*The Canons consisted of about forty numbered paragraphs, each expressing a norm and, in some instances, a brief explanatory comment of each explanation. The Canons were not inspired purely by disinterested concerns with improving the ethical conduct of lawyers. Rather, they were largely motivated by the influx of Catholic immigrants from Italy and Ireland and Jews from Eastern Europe in the latter part of the nineteenth century. Just as labor unions of the time joined in demanding restrictive immigration laws to restrain competition for Jobs, the established bar adopted educational requirements, standards of admission and "canons of ethics" designed to maintain a predominantly native-born, White, Anglo-Saxon, Protestant monopoly of the legal profession.*²¹

El *Model Code of Professional Responsibility* de 1969 fue otro instrumento que regulaba la conducta profesional, aunque aún sigue vigente en algunos Estados, entre ellos Nueva York.²² Por otra parte, ciertos acontecimientos han impulsado el desarrollo de la ética profesional. El caso de Watergate, fue un parteagüas: *Times have changed. The emphasis on legal ethics began in 1974 as part of what Spiro Agnew referred to as our post-Watergate morality. Some ridicule this movement as based on a false assumption that*

¹⁹ MAXWELL, Bloomfiel, David Hoffman and the Shaping of a Republican Legal Culture, *Maryland Law Review*, Vol. 38, 1979, p. 673, 687

²⁰ *Id.*

²¹ MONROE, H. Freedman, Smith, Abbe, Understanding Lawyer's ethics, *Lexis Nexis*, 2004, Newark. p. 3

²² *Ibid.*, p. 5

more study of ethics will make us more ethical. These people often think that ethics can be taught only at mother knee.²³ Con independencia de las concepciones en torno a la ética de quienes impulsaron su desarrollo, el hecho es que la importancia de su estudio resultó evidente.

Posteriormente, el *Model Rules of Professional Conduct*, fue adoptado por la *American Bar Association* el 2 de agosto de 1983. Dicho documento es resultado de un trabajo que inició en 1977, cuando fue establecida la *Commission of Evaluation of Professional Conduct*, conocida como *Kutak Commission*, en honor a Robert J. Kutak, quién la presidía. Esta comisión trató de superar las deficiencias del *Model Code*, el cual, era el instrumento de conducta profesional vigente hasta el momento. *Kutak characterized the Model Code as incoherent, inconsistent, and unconstitutional, and noted that its ambiguous and contradictory language could be use unfairly against lawyers in malpractice actions.*²⁴ La Comisión fue integrada por abogados de reconocido prestigio.

En el año de 1997, la *American Bar Association* estableció nuevamente una comisión de evaluación de las reglas de conducta profesional *Commission on Evaluation of the Rules of Professional Conduct (Ethics 2000 Commission)*, con el propósito de realizar revisiones a las reglas modelo establecidas en el año de 1983. En el periodo comprendido entre los años de 1983 y 1997, las reglas modelo, habían sufrido treinta enmiendas.²⁵ Por otra parte, había una gran disparidad entre las reglas de conducta adoptadas en los distintos Estados; aunque la gran mayoría había adoptado las reglas modelo, otros no. El Estado de California²⁶ es la gran excepción a la adopción de las reglas modelo. Nueva York, las ha adoptado, pero con considerables diferencias.²⁷

La profesión, la cual siempre ha estado en una evolución constante, tiene que adecuarse a las situaciones de la vida

²³ DZIENKOWSKI, John S, *The Lawyer's Deskbook on Professional Responsibility*, ABA, 2012, Thomson, p. ix

²⁴ MONROE, *op. cit.*, p. 5

²⁵ Cfr. VEASEY, E. Norman, *Commission on Evaluation of the Rules of Professional Conduct (Ethics 2000) Chair's Introduction* ABA, EUA, 2002, p. xxi-xxiv, http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/e2_k_chair_intro.authcheckdam.pdf consultado el 20 de junio de 2017

²⁶ Cfr. *Lawyers Manual*, http://lawyersmanual.bna.com/mopw2/3300/split_display.adp?fedfid=449643&vname=mopcref1&fcn=1&wsn=1&fn=449643&split=0 Consultado el 17 de julio de 2015

²⁷ Cfr. MONROE, *op. cit.*, p. 5

contemporánea. Parte de esos cambios son a los que Veasey hace referencia: el desarrollo tecnológico, la prestación de los servicios jurídicos, el escrutinio público de los abogados, la preocupación constante acerca de la honestidad del abogado, entre otros. *These changes have been highlighted by increased public scrutiny of lawyers and an awareness of their influential role in the formation and implementation of public policy; persistent concerns about lawyer honesty, candor, and civility.*²⁸ En virtud de lo anterior, la American Bar Association creó en 2009 la *Commission 20/20*²⁹ cuyo propósito era llevar a cabo una revisión del ABA Model Rules of Professional Conduct: y realizar una revisión del sistema norteamericano de regulación profesional del abogado en el contexto de los avances tecnológicos y el desarrollo de la práctica jurídica global.³⁰

En Estados Unidos de América, las fuentes de responsabilidad profesional jurídica no se limitan a las enunciadas hasta este momento como bien señala Dzienkowski, *The sources of the law of legal ethics are numerous. In addition to the ABA Model Rules and the Restatement, each jurisdiction has its own rules. There is also the case law, the commentators, and advisory ethics opinion of various bar associations as well as the opinions of the ABA Ethics Committee, which have become particularly influential.*³¹ Los jueces cuentan con el Model Code of Judicial Conduct,³² además, existen otros documentos para sectores específicos, entre ellos: *Ethical Standards in the Public Sector*.

2. Los códigos de ética de los profesionales del Derecho en México

Por lo que respecta a los Códigos de Ética en México, resulta obligatoria la referencia al Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México. Es el colegio de abogados de mayor

²⁸ VEASEY, *op. cit.*, p. xxi-xxiv

²⁹ AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Commission on Ethics 20/20*, ABA, EUA, 2012

³⁰ (...) perform a thorough review of the ABA Model Rules of Professional Conduct and the U.S. system of lawyer regulation in the context of advances in technology and global legal practice developments. AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Commission*, *op. cit.*

³¹ DZIENKOWSKI, *op. cit.*, p. xii

³² The Model Code of Judicial Conduct establishes standards for the ethical conduct of judges and judicial candidates. It is not intended as an exhaustive guide for the conduct of judges and judicial candidates, who are governed in their judicial and personal conduct by general ethical standards as well as by the Code. The Code is intended, however, to provide guidance and assist judges in maintaining the highest standards of judicial and personal conduct, and to provide a basis for regulating their conduct through disciplinary agencies.

antigüedad en el país, fue fundado en 1760.³³ Constituido en ese momento como el Ilustre y Real Colegio de Abogados de México. De acuerdo al texto presentado como historia del organismo, se advierte que los matriculados en aquél colegio eran los que podían litigar en las Audiencias de la Corte en México. Dicho criterio cambió cuando se consumó la independencia, es decir, hasta 1821. La ética de los abogados era un asunto que según muestra la propia institución preocupaba desde sus inicios. Siendo así, en 1891 establecieron un Consejo de Disciplina.

*(...) cuando se incluyó en la organización del Colegio un Consejo de Disciplina que debía cuidar del decoro y la moderación en el ejercicio profesional, con facultades, inclusive, para expulsar a aquellos sujetos que se habían hecho culpables de faltas a la ética profesional, siempre que merecieran pena mayor de seis meses de prisión impuesta en sentencia ejecutoriada.*³⁴

Actualmente, el Colegio ha adoptado los criterios del Consejo del Colegio de Abogados de la Comunidad Europea.³⁵ Destaca la apelación a un derecho uniforme en relación a la normas deontológicas, idea que resulta particularmente interesante como mecanismo para impulsar el desarrollo de la deontología jurídica.³⁶

Por lo que respecta a la Barra Mexicana, Colegio de Abogados (BMA), es una asociación de carácter nacional. Fue fundada el 29 de diciembre de 1922, y tiene como fines entre otros, velar por el buen nombre de la profesión.

(...) velar por el buen nombre de la profesión, defender los intereses colectivos del grupo, prestar a los asociados el apoyo moral de que hubieran menester en los casos que establezca el reglamento o acuerde la asamblea general o el Consejo; fomentar el espíritu de la justicia entre los particulares entre sí y en el de los funcionarios encargados de administrarla y procurar que el ejercicio de la abogacía no se aparte nunca de los estrictos

³³ Cfr. ILUSTRE Y NACIONAL COLEGIO DE ABOGADOS, <http://www.incam.org.mx/historia.php>, consultado 21 de junio de 2017

³⁴ *Id.*

³⁵ ILUSTRE Y NACIONAL COLEGIO DE ABOGADOS, *Código de Ética*, <http://www.incam.org.mx/codigoEtica-I.php>, consultado 21 de junio de 2017

³⁶ Sin embargo, por superar el alcance de este estudio, no podrá ser abordado en estas páginas.

*preceptos de la moralidad y se ajuste a la doctrina de la ciencia jurídica.*³⁷

Los propios estatutos establecen además como fin de la asociación el procurar que el ejercicio de la profesión sea apegado a las normas de la moral, el derecho y el propio Código de Ética Profesional que adopten.³⁸ A través de su normativa se materializa la promoción y sanción de la ética profesional, toda vez que de conformidad con el artículo 15 de los estatutos se establece una sanción a quienes violen las normas de ética profesional: *Los asociados que violen las normas de ética profesional serán excluidos de la Asociación, mediante acuerdo de la Asamblea General y previo dictamen de la Junta de Honor.*³⁹ La Junta de Honor, es un órgano interno dentro de la agrupación que regula sus actividades a través de una normativa específica, entre dicha normativa se encuentra el Reglamento de Procedimiento para el Trámite de Quejas ante la Junta de Honor,⁴⁰ sin embargo, no es pública la información acerca de las actividades de la Junta. Por lo tanto, en este apartado permanece la duda si el organismo cumple con el anhelo planteado. El contar con información disponible respecto a las sanciones que establezca el organismo permitiría conocer si efectivamente se sanciona a quienes incurren en violaciones a la ética del propio organismo. Además, contribuiría a la función social de la profesión, toda vez que quienes contraten los servicios de un profesional del Derecho podrían conocer su trayectoria.

Además, destacan las circulares que hacen referencia a la educación jurídica continua, la circular 21/2008 de fecha 24 de octubre de 2008, referente al Criterio Mínimo de Actividades de Educación Jurídica Continua, la cual establecía que los asociados dentro de las 10 horas obligatorias anuales de educación jurídica continua, dos deben corresponder a aspectos de ética

³⁷ Cfr. BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados, *Estatutos de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados*, Artículo 1, consultado el 21 de junio de 2017, <http://www.bma.org.mx/assets/estatutos.pdf>, consultado el 21 de junio de 2017

³⁸ Cfr. *Ibid.* Artículo 2, f. III

³⁹ *Ibid.* Artículo 15

⁴⁰ Cfr. BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados, *Reglamento de Procedimientos para el Trámite de Quejas ante la Junta de Honor*, consultado el 21 de junio de 2017, <http://www.bma.org.mx/assets/reglamento-de-la-junta-de-honor.pdf>

profesional.⁴¹ Posteriormente, a través de la Circular 02/2015⁴² se establecieron 20 horas de formación continua como requisito para la certificación profesional. En este sentido, la medida de impartir educación jurídica continua en temas relacionados con la ética profesional resulta una medida promotora de la ética profesional.

Adicionalmente, a través del documento denominado Declaración de Deberes, el organismo señala que la roseta es signo distintivo que se otorga a sus afiliados y (...) *se recibe como signo del compromiso asumido para respetar y hacer respetar el Código de Ética.*⁴³ Si bien es cierto que existe un compromiso de la organización con la promoción de la ética que se materializa en su signo distintivo, a través de la educación jurídica continua y en el Código de Ética Profesional, reflexionar y ponderar el impacto de esto en el ejercicio de la profesión podría mostrar otras alternativas.

II] El código de ética profesional de la BMA de 1948

El Código de Ética Profesional hace una consideración a la escritura fundacional de la Asociación:

Que en dicho instrumento los barristas empeñaron solemnemente su honor en la observancia de ciertos principios de moralidad, entre ellos, los dos fundamentales de que «el concepto del honor y de la dignidad profesionales, así como el sincero deseo de cooperar a la buena administración de justicia, deben estar por encima de toda idea de lucro en el ejercicio de la abogacía y de que «el patrocinio de una causa no obliga al abogado a otra cosa que a pedir justicia y no a obtener éxito favorable a todo trance.»⁴⁴

Siendo así, enunciaba cuatro principios en el texto: honor y dignidad profesionales; deseo de cooperar a la buena administración de justicia; superar la idea de lucro en el ejercicio de la abogacía, y, por último, obligación del abogado de pedir justicia

⁴¹ BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados, *Criterio Mínimo de Actividades de Educación Jurídica Continua*, <http://www.bma.org.mx/assets/circular-no21-puntos-etica.pdf>, consultado el 21 de noviembre de 2017

⁴² BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados, *Circular 02/2015*, <http://www.bma.org.mx/Documento.aspx?CveTipoDocumento=1&CveDocumento=1123>, consultado el 22 de junio de 2017

⁴³ Cfr. BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados, *Roseta de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Declaración de Deberes*, consultado el 1 de agosto de 2016, <http://www.bma.org.mx/assets/roseta.pdf>

⁴⁴ BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados, *Código de Ética Profesional (1948)*, <http://www.bma.org.mx/assets/codigo-etica-profesional.pdf> consultado el 21 de junio de 2017.

más allá del éxito a cualquier precio. El código se conforma por cincuenta y un artículos divididos en cuatro secciones: la primera de ellas referente a normas generales; la segunda, a relaciones del abogado con los tribunales y demás autoridades; tercera, relaciones del abogado con su cliente; cuarta, relaciones del abogado con sus colegas y con la contraparte. Destaca en el artículo primero la referencia al deber profesional, así como a las normas morales.⁴⁵ El artículo 19 del citado código hace referencia a la aplicación del mismo y señala:

*En la observancia y aplicación de este código se atenderá el espíritu de elevada moral y superior justicia que lo inspira. En consecuencia, al resolver sobre las quejas o acusaciones que se presenten por infracción de sus preceptos, se tomarán en cuenta todas las circunstancias del caso para determinar, en conciencia, si se ha violado dicho espíritu.*⁴⁶

Resulta peculiar afirmar que se juzgará en relación a la violación del espíritu de elevada moral y superior justicia.

El artículo primero describe la esencia del deber profesional, considerando al abogado como un servidor del derecho y coadyuvante de la justicia.⁴⁷ De entrada, la redacción del artículo resulta de difícil aplicación al caso concreto. La descripción que se hace del deber profesional va en el mismo sentido: (...) *deber profesional es defender diligentemente y con estricto apego a las normas morales, los derechos de su cliente.*⁴⁸ Además, dicha definición está dirigida a aquellos abogados que en sentido estricto son abogados (*Del lat. advocatus*) s m y f. *Persona legalmente autorizada para defender en juicio, por escrito o de palabra, los derechos o intereses de los litigantes, y también para dar dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que le consultan.*⁴⁹ Por lo tanto, en esta definición de deber profesional tendría que ser entendida en un contexto más amplio, donde no se hiciera referencia de forma exclusiva a los clientes. El abogado que se dedica a la impartición de justicia tiene un deber profesional como

⁴⁵ *Ibíd.*, Artículo 1. Esencia del deber profesional. El abogado ha de tener presente que es un servidor del derecho y un coadyuvante de la justicia; y que la esencia de su deber profesional es defender diligentemente y con estricto apego a las normas morales, los derechos de su cliente. (Código de 1948)

⁴⁶ *Ibíd.*, Artículo. 19

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Ibíd.*, Artículo 1

⁴⁹ VILLA-REAL MOLINA, Del Arco Torres, Miguel Ángel, *Diccionario de Términos Jurídicos*, Comares, Granada, 2da. edición, 2006, Voz Abogado, da, p. 2

abogado y su labor no hace referencia a un cliente en particular. El mismo supuesto se presenta en otras áreas donde se desempeñan abogados, por ejemplo, los dedicados a las labores académicas.

Para Skuczynski, existen tres tradiciones de la ética jurídica en el último par de siglos. La primera de ellas es la francesa que hace referencia a la virtud y la ética; la segunda, la ética de los abogados norteamericanos que hace referente a la obligación y lealtad, del cliente; la tercera, la de los abogados alemanes que hace referencia a la obediencia y el cumplimiento del rol social.⁵⁰ En este sentido, el código que estoy comentado parecía identificarse en ciertos aspectos con cada una de las grandes tradiciones a las que hace referencia Skuczynski.

Con base a lo anterior, el cuadro que presento sintetiza el contenido deontológico del código. En algunos casos hace referencia expresa a la noción de deber. Sin embargo, del título del propio código se desprende que todas las conductas constituyen en sí mismas un deber, toda vez que se está ante un código deontológico. Considero como elementos deontológicos a los distintos deberes, virtudes o principios que contienen los códigos.

CUADRO 2.1

ELEMENTOS DEONTOLÓGICOS CONTENIDOS EN EL CÓDIGO DE ÉTICA PROFESIONAL DE LA BARRA MEXICANA COLEGIO DE ABOGADOS

ARTÍCULO	ELEMENTOS DEONTOLÓGICOS
Art. 1	Deber profesional
Art. 2	Honor profesional
Art. 3	Honradez
Art. 4	Deber de abstenerse de abusos del procedimiento
Art. 5	Prohibición del cohecho
Art. 6	Libertad en el ejercicio de la profesión
Art. 7	Defensa de indigentes
Art. 8	Defensa de acusados
Art. 9	Búsqueda de la justicia
Art. 10, 11 y 12	Secreto profesional
Art. 13, 14, 15, 16	Publicidad
Art. 17	Puntualidad
Art. 20	Deber hacia los tribunales y autoridades
Art. 21	Prohibición de ayuda a quienes no están autorizados para ejercer la abogacía

⁵⁰ SKUCZYNSKI, *p. cit.*, p. 18

Art. 25	Deber de no ejercer influencia personal sobre el juzgador
Art. 26 – 28	Deber de atención personal del abogado a su cliente
Art. 29	Deber de reconocer la responsabilidad por negligencia, error inexcusable o dolo
Art. 30	Conflicto de intereses
Art. 31, 32, 33	Renuncia al patrocinio
Art. 34, 35, 36, 37, 38, 39, 48	Honorarios y cuota <i>Litis</i>
Art. 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47	Fraternidad y respeto entre abogados
Art. 49, 50	Asociaciones de abogados

Fuente: elaboración propia con datos del Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana Colegio de Abogados de 1948, 2016.

III] El código de ética profesional de la BMA de 2017

El Código de Ética Profesional de la BMA que está vigente fue aprobado por la Asamblea General Extraordinaria del Colegio, celebrada el día primero de febrero 2017 y sustituye al que estuvo vigente desde 1948. La finalidad del código es conformar (...) *pautas de actuación que, al ser aceptadas, guíen la conducta profesional y contribuyan a orientar la actuación, incluso ante posibles dilemas en los que ninguna de ellas sea claramente preferible a la otra*.⁵¹ En este sentido, es un código con una finalidad educativa. Sin embargo, entre las razones expresadas en el preámbulo y que han motivado su creación está la de sancionar aquellas conductas no éticas.⁵² Intención esta última que también tenía el código de 1948.

Asimismo, el Preámbulo destaca los cambios que ha tenido la profesión a lo largo de los años, entre ellos.

⁵¹ Cfr. BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados, *Código de Ética...*, *op. cit.*, p. 5

⁵² No se ha pretendido construir una teoría ética o dar una fundamentación a la actuación individual, al desarrollar las conductas esperadas que en tales principios y valores se sustentan; se pretende dar las bases para la aquiescencia reflexiva a partir de la cual todo abogado debe cimentar su actuación profesional. Se persigue, también, que existan elementos con objetividad suficiente para permitir su vigilancia y control, pues el mejoramiento de la profesión para beneficio de la sociedad y de los profesionistas mismos es tarea común, cuya dirección corresponde a la organización que los representa. BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados, *Código de Ética...*, *op. cit.*, p. 4

*(...) crecimiento cuantitativo y cualitativo de la profesión, a su entorno mundial, a la nueva concepción de los derechos humanos, a las nuevas tecnologías y aun al uso lingüístico. Hemos pasado de un ejercicio profesional marcadamente individual a un ejercicio en el que tienen importancia relevante las organizaciones y en el que la interdisciplinariedad entre abogados que practican diversas especialidades y con profesionistas de otras disciplinas, se ha convertido en una exigencia.*⁵³

El crecimiento cuantitativo de la profesión resulta fácil de determinar, basta con mirar el constante incremento de las escuelas de Derecho, para el ciclo escolar 2016-2017 el número de escuelas ascendió a 1770.⁵⁴ En relación al crecimiento cualitativo de la profesión, no se tienen datos que permitan determinar si efectivamente así ha sido. Por el contrario, los datos disponibles llevan a pensar lo contrario, cito por ejemplo, el Índice de Estado de Derecho 2016 del *World Justice Project*, donde México ocupa el lugar 88 de 113, es decir, está entre los treinta países donde los servidores públicos son más corruptos.⁵⁵ Por ejemplo, por lo que respecta a justicia civil y justicia penal, México está ubicado en los lugares más bajos de la región; en el primer caso, en la posición 26/30, y por lo que respecta a la justicia penal en la posición 27/30.⁵⁶

Por otra parte, el país ha sufrido cambios importantes en el sistema jurídico más allá de la nueva concepción de los derechos humanos. En México, por ejemplo, la reforma penal ha significado romper un paradigma no sólo en la impartición de justicia, sumado a esto tiene que imponerse dicho paradigma para que la enseñanza del derecho sea acorde a las necesidades de la profesión en la actualidad. Otra razón que impulsó la creación del nuevo código hace referencia al cumplimiento efectivo y la aplicación de tales normas, tema que será abordado posteriormente.

En virtud de lo anterior, el nuevo código enuncia como principios y valores de la profesión: Diligencia, Probidad, Buena Fe, Libertad e Independencia, Justicia, Lealtad, Honradez, Dignidad y Respeto. En comparación con el código anterior, que enunciaba sólo cuatro principios, y que he ya mencionado, el nuevo código

⁵³ BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados, *Código de Ética (2017)*, Preámbulo

⁵⁴ CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE LA ENSEÑANZA Y EL APRENDIZAJE DEL DERECHO A.C., *Las Escuelas de Derecho en México*, http://www.ceead.org.mx/infografia_ies.html, consultado el 21 de junio de 2017

⁵⁵ The World Justice Project, *Rule of Law Index*, Washington, DC: WJP, 2016, p. 21

⁵⁶ *Ibid.* p. 111

recoge nueve. El texto aclara que se trata de principios y valores constitutivos de la profesión, entendida esta en su función social: al servicio del Derecho y como coadyuvante de la justicia.⁵⁷ Sin embargo, resulta difícil de comprender la función social de la profesión, toda vez que el texto hace referencia al Derecho sin especificar qué se entiende por Derecho. En este sentido, se omite seguir el consejo dado por Justiniano: *Conviene que el que haya de estudiar el derecho, conozca primero de dónde proviene la palabra ius (derecho). Llámase así de iustitia (justicia); porque, según lo define elegantemente Celso, es el arte de lo bueno y equitativo.*⁵⁸ Por otra parte, se evoca a la justicia.

TABLA 3.1 PRINCIPIOS EN LOS CÓDIGOS DE ÉTICA PROFESIONAL DE LA BMA

Código de 1948	Código de 2017
Honor y dignidad profesionales	Dignidad
Deseo de cooperar a la buena administración de justicia	Justicia
Superar la idea de lucro en el ejercicio de la abogacía	Respeto
Obligación del abogado de pedir justicia más allá del éxito a cualquier precio	Honradez
	Lealtad
	Diligencia
	Probidad
	Buena Fe
	Libertad e Independencia

Fuente: elaboración propia con datos de los Códigos de Ética Profesional de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, 2017

Sin pretender formular una definición, como lo indica el Preámbulo, aparece un texto aclaratorio de cada uno de los principios y valores. No en todos los casos se cumple el objetivo. Por ejemplo, por lo que respecta a la diligencia, se enuncian cuatro características: prontitud, interés, conocimiento y pericia. Sin embargo, en el artículo segundo se establece que el abogado debe actuar con conocimiento y pericia técnica, y se dejó de lado la prontitud y el interés. Es decir, si un principio del código es la

⁵⁷ Cfr. BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados, *Código de Ética...*, op. cit., p. 2

⁵⁸ Digesto, Libro I, Título I, n. 1. García del Corral, op. cit., p. 197

diligencia, podría ser más simple establecer como deber del abogado actuar diligentemente. Por lo que respecta a la buena fe, el texto enuncia que (...) *ajustando su conducta al modelo de comportamiento admitido como socialmente correcto, bajo el convencimiento propio de que así debe ser.*⁵⁹ En relación a la probidad, la conducta ha de tener tres características: conducta guiada por el convencimiento de hallarse asistido de la razón, en segundo lugar, cumplimiento cabalmente con los deberes, y por último incurrir en actuaciones abusivas o inmorales.⁶⁰ Sin embargo, al hacer referencia a la inmoralidad de las acciones, se abre una amplia puerta de discusión.

Los principios y valores cumplen con la función de ser la base para la interpretación y aplicación de todo el código, de conformidad por lo señalado en el artículo primero. Se entiende el contexto en el que se habla de principios y valores, sin embargo, no se especifica qué se entiende por principios y por valores. Por una parte, afirma que la ética es una cuestión que atañe a la persona individual, por otro lado, hace referencia a que se ha tratado de (...) *identificar las directrices que por siglos han sido consideradas como los principios constitutivos de la profesión (...).*⁶¹ Puede entenderse que los principios y valores que el código enuncia están asentados en el desarrollo que ha tenido la profesión. Siendo así, la ética deja de ser un asunto meramente individual, es decir, tiene un referente objetivo que son las directrices que por siglos han sido consideradas como los principios constitutivos de la profesión.

Por lo que respecta al texto, aclara que se trata de normas de conducta profesional. Consta de treinta y seis artículos, divididos en ocho capítulos. El primer capítulo hace referencia a los principios y normas generales y está conformado por seis artículos. El segundo capítulo se refiere a las relaciones con los Jueces, Autoridades, Árbitros o Mediadores. En dicho apartado la redacción es peculiar, toda vez que está compuesto de tres artículos. El primero de ellos, el artículo siete, hace referencia al deber; el artículo ocho a lo que el abogado no debe; mientras que el artículo noveno nuevamente enuncia lo que el abogado debe. El capítulo tercero, está conformado por normas que regulan las relaciones con el cliente. El cuarto capítulo se refiere a las relaciones con otros Abogados y Terceros. Por lo que respecta al quinto, hace referencia al Secreto Profesional. El capítulo sexto se

⁵⁹ Cfr. BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados, *Código de Ética...*, op. cit, p. 4

⁶⁰ *Ibid.*, p. 4

⁶¹ BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados, *Código de Ética...*, op. cit, p. 3

refiere a los Honorarios y Gastos. El capítulo séptimo aborda la Publicidad y Prácticas Desleales. Por último, el capítulo octavo explica la aplicación del Código.

En relación al capítulo segundo, resulta novedoso que se haga referencia expresa a las relaciones con los Árbitros o Mediadores. El código anterior en el artículo dieciocho hacía extensivo el contenido del código a cualquier actividad del abogado, sin embargo, resulta novedoso hacer referencia a árbitros y mediadores. Por otra parte, del texto del capítulo se desprende que el abogado debe *9.1 Hacer su mejor esfuerzo para evitar los conflictos y, en su caso, para solucionarlos.*⁶² Lo que permite comprender un modo de entender el ejercicio profesional más allá del conflicto.

Por lo que respecta al capítulo tercero donde se regula las relaciones del abogado con el cliente, un cambio sustancial entre el código anterior y el nuevo es que el código anterior establecía que el abogado debía indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados al cliente, regulación que es omitida en el nuevo código.

Por lo que respecta al capítulo cuarto, se conserva lo regulado en el código anterior en relación a la asociación que puede tener el abogado con otros profesionistas que presten servicios distintos a la abogacía. En tal sentido establece cuatro deberes: el deber para otros profesionistas de respetar el código; el segundo hace referencia a que no puede darse la asociación si hay incompatibilidad entre la abogacía y los otros servicios; el tercero es el deber de informar si está asociado con profesionistas que no sean abogados; y, por último, toda opinión de carácter jurídico deberá ejecutarse bajo su responsabilidad.⁶³

El capítulo quinto regula el secreto profesional. En el Código anterior ese tema era abordado en los artículos décimo, décimo primero y duodécimo. El nuevo Código establece expresamente que la prohibición de grabar conversaciones con los clientes, contrarios o terceros.⁶⁴ Por otra parte, se establece la obligación de que el abogado haga respetar el secreto profesional a su personal y a cualquier persona que colabore con él. En relación a la naturaleza del secreto profesional, el nuevo código sigue considerándolo como un deber y un derecho.

El capítulo sexto regula lo referente a gastos y honorarios. El artículo veintisiete del nuevo código establece trece criterios que

⁶² *Ibíd.*, Art. 9.1

⁶³ *Ibíd.*, Art. 21

⁶⁴ *Ibíd.*, Art. 25

el abogado deberá tomar en cuenta para determinar la retribución. También eran trece los criterios establecidos en el artículo 35 del código anterior. Sin embargo, el nuevo código ha añadido el referente al trabajo colectivo de colaboración jurídica y ha omitido el que hacía referencia a si el abogado solamente patrocinó al cliente, o si también lo sirvió como mandatario.⁶⁵

El capítulo séptimo enuncia lo que considera prácticas desleales, entre ellas, ofrecer servicios gratuitos o con costo simbólico a cambio de obtener la contratación de servicios.⁶⁶

El capítulo octavo, establece que el Código puede ser aplicado también a quienes sin ser miembros del Colegio se someten a los procedimientos del órgano competente para aplicar el Código.

IV] Diferencias entre el Código de Ética Profesional de 2017 y el Código de Ética Profesional de 1948: ¿una nueva ética para los profesionales del Derecho?

Una vez comentado el contenido de los dos códigos, sintetizo las diferencias haciendo una comparación. En términos generales, por lo que respecta a lo regulado en el código anterior bajo el título de normas generales, el nuevo código ha organizado el contenido distinguiendo entre lo que el abogado debe y no debe hacer. El código de 2017 suprimió el texto que aparecía en el artículo primero del código anterior que se refería a la esencia del deber profesional. El texto afirmaba que el abogado debe defender diligentemente y con estricto apego a las normas morales, los derechos de su cliente. Por otra parte, el nuevo texto del artículo primero enfatiza la función social del abogado. La función social del abogado va más allá de defender diligentemente y con apego a las normas morales los derechos del cliente, en este sentido me parece que puede profundizarse a través del código o de otros medios en qué consiste la función social de la profesión. El abogado también cumple con su función social cuando realiza la defensa de personas en estado de vulnerabilidad, por citar un ejemplo.

Por otro lado, se suprimió en el artículo primero la remisión a las normas morales, se limita a hacer referencia a los valores y principios que inspiran en el Código y que he comentado. En este sentido, el código sigue la tendencia ya comentada de utilizar un lenguaje neutral sin referencia a la ética. Por otro lado, el artículo

⁶⁵ Cfr. Art. 35

⁶⁶ *Ibid.*, Art. 33

tercero en el punto 3.1 hace referencia a que el abogado debe abstenerse de aconsejar o realizar actos contrarios a las leyes o a los principios y valores éticos, sin referirse a normas morales.

Por lo que respecta al honor profesional que era mencionado en el código anterior en el artículo segundo y cuya defensa era obligación del abogado, desapareció esa mención en el presente código. Sin embargo, el contenido de lo que aparecía bajo el rubro de defensa del honor profesional, prevalece toda vez que el punto 2.4 señala que el abogado debe denunciar, por los medios lícitos y ante las instancias correspondientes, cualquier conducta reprochable de jueces, autoridades o compañeros de profesión. En otro apartado, el artículo tercero del código anterior hacía referencia a la honradez e incluía en ella a la probidad y buena fe, el nuevo código incluye la honradez, probidad y buena fe. Sumado a lo anterior, el nuevo código omite la referencia expresa a defensa de indigentes. En su lugar, se hace referencia en el artículo segundo a la prestación de servicios gratuitos o a muy bajo costo, a quienes se encuentren en condiciones de vulnerabilidad.⁶⁷ Además, se omite la referencia expresa a la obligación del abogado en acusaciones penales.

En relación a la publicidad, se omite la referencia expresa a formación de la clientela que regulaba el artículo décimo tercero. Por otra parte, la regulación de la publicidad en el nuevo código se hace en el capítulo séptimo, vinculándolo a la regulación de las prácticas desleales. Se ha omitido la referencia expresa a la prohibición de solicitar asuntos por avisos, circulares o entrevistas, sin embargo, el nuevo Código sólo hace referencia a abstenerse de hacer publicidad directa o indirectamente. Se ha omitido la prohibición expresa a utilizar la prensa.

Como había señalado al inicio del texto, el preámbulo del nuevo código enunciaba el deseo del cumplimiento efectivo y la aplicación del código. El código anterior señalaba que ante el supuesto de violaciones al código, éstas deberán ser resueltas y en su caso sancionadas por la Junta de Honor. El nuevo código establece que las normas serán aplicables a los integrantes del Colegio, a los no integrantes del Colegio que acepten someterse a los procedimientos correspondientes. Se hace una referencia a los Estatutos del Colegio y a los Reglamentos correspondientes. Sin embargo, el nuevo texto no amplía información que permita presumir una mayor aplicación del código y las sanciones correspondientes. Quizá, esta la omisión más grande del nuevo código. El gran reto de este código o cualquier otro código de ética

⁶⁷ *Ibíd.*, Art. 2.5

es su aplicación, y de la lectura del mismo, no se desprenden nuevas medidas para su aplicación efectiva.

De lo afirmado hasta este momento sostengo que el Código de Ética Profesional de la BMA, de 2017 no presenta una nueva ética para los profesionales del Derecho. Lo anterior, dado que los elementos deontológicos en el código de 2017, son básicamente los mismos elementos en el código del 2017, son los mismos elementos. El nuevo código sigue fundamentando el origen de su contenido en los principios y valores que han sido reconocidos socialmente como determinantes de una buena práctica.

Bibliografía

AMERICAN BAR ASSOCIATION, Commission on Ethics 20/20, ABA, EUA, 2012,

http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/aba_commission_on_ethics_20_20.html.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, Commission, op. cit.

APARISI-MIRALLES, Ángela, Ética y deontología para juristas, EUNSA, 2006, p. 93.

BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados, Artículo 1, Estatutos de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, consultado el 21 de junio de 2017, <http://www.bma.org.mx/assets/estatutos.pdf>, consultado el 21 de junio de 2017.

BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados, Circular 02/2015, <http://www.bma.org.mx/Documento.aspx?CveTipoDocumento=1&CveDocumento=1123>, consultado el 22 de junio de 2017.

BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados, Código de Ética Profesional (1948), <http://www.bma.org.mx/assets/codigo-etica-profesional.pdf>, consultado el 21 de junio de 2017.

BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados, Criterio Mínimo de Actividades de Educación Jurídica Continua, <http://www.bma.org.mx/assets/circular-no21-puntos-etica.pdf>, consultado el 21 de noviembre de 2017.

BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados, <http://www.bma.org.mx/historia.html>, consultado el 21 de junio de 2017.

BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados, Reglamento de Procedimientos para el Trámite de Quejas ante la Junta de Honor, consultado el 21 de junio de 2017, <http://www.bma.org.mx/assets/reglamento-de-la-junta-de-honor.pdf>.

BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados, Roseta de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Declaración de Deberes, consultado el 1 de agosto de 2016, <http://www.bma.org.mx/assets/roseta.pdf>.

CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE LA ENSEÑANZA Y EL APRENDIZAJE DEL DERECHO A.C., Las Escuelas de Derecho en México, http://www.ceed.org.mx/infografia_ies.html, consultado el 21 de junio de 2017.

CÓDIGO DE ÉTICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Art. 2.

CÓDIGO DE ÉTICA PROFESIONAL DE LA BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados (1948).

CÓDIGO DE ÉTICA PROFESIONAL DE LA BARRA MEXICANA, Colegio de Abogados (2017).

CÓDIGO NACIONAL MEXICANO DE ÉTICA JUDICIAL, Art. 4.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Art. 100.

HOFFMAN David C., Fifty Resolutions in Regard to Professional Department, 1836, <http://lonang.com/commentaries/curriculum/professional-department/> consultado el 20 de junio de 2017.

DIGESTO, Libro II, Título I, n. 10, 1. García del Corral, Ildelfonso, El Digesto de Justiniano, Lex Nova, Valladolid, 2004, Tomo I, p. 199.

DZIENKOWSKI, John S, The Lawyer's Deskbook on Professional Responsibility, ABA, 2012, Thomson, p. ix.

GARCÍA HUIDOBRO, Joaquín, La Diversidad de Opiniones Éticas. Análisis de un Argumento Antinaturalista, Persona y Derecho, España, 1999, Vol. 40, p. 54.

ILUSTRE Y NACIONAL COLEGIO DE ABOGADOS, Código de Ética, <http://www.incam.org.mx/codigoEtica-l.php>, consultado 21 de junio de 2017.

LAWYERS MANUAL,

http://lawyersmanual.bna.com/mopw2/3300/split_display.adp?fedfid=449643&vname=mopcref1&fcn=1&wsn=1&fn=449643&split=0. Consultado el 17 de julio de 2015.

MAXWELL, Bloomfiel, David Hoffman and the Shaping of a Republican Legal Culture, Maryland Law Review, Vol. 38, 1979, p. 673, 687.

MONROE, H. Freedman, Smith, Abbe, Understanding Lawyer's ethics, Lexis Nexis, 2004, Newark. p. 3.

PARLEY, Louis, A Brief History of Legal Ethics, Family Law Quarterly, Vol. 33, No. 3, Fall 1999, p. 637-645, <http://www.jstor.org/stable/25740231> 01/07/2014. Consultado el 22 de junio de 2017.

SKUCZYNSKI, Pawel Teodor, Status of Legal Ethics, Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, p. 17.

THE WORLD JUSTICE PROJECT, Rule of Law Index, Washington, DC: WJP, 2016, p. 21.

VEASEY, E. Norman, Commission on Evaluation of the Rules of Professional Conduct (Ethics 2000) Chair's Introduction ABA, EUA, 2002, p. xxi-xxiv, http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/e2k_chair_intro.authcheckdam.pdf. Consultado el 20 de junio de 2017.

VILLA-REAL MOLINA, Del Arco Torres, Miguel Ángel, *Diccionario de Términos Jurídicos*, Comares, Granada, 2da edición, 2006, Voz Abogado, p. 2.

Fecha de recepción: 3 de julio de 2017

Fecha de aprobación: 4 de octubre de 2017

Contratación Pública y Normas Anticorrupción

SERGIO E. HUACUJA BETANCOURT¹

SUMARIO: I. *La contratación pública.* II. *Control de la corrupción en las contrataciones públicas: Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas.* III. *Disposiciones de prevención y combate a la corrupción en las contrataciones públicas, contenidas en los ordenamientos secundarios del Decreto de 18 de julio de 2016.*

Resumen. Mediante el decreto de 18 de julio de 2016, por el que se publicaron los ordenamientos derivados de la Reforma Constitucional de 2015 en materia de combate a la corrupción, se estableció que la Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA) entraría en vigor al año siguiente, abrogando a su vez la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (LFRASP) y la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas (LFACP). El comentario que sigue tomará en consideración los elementos y caracteres comunes en ambos ordenamientos que rigen la contratación pública, el análisis sucinto de la LFACP y las disposiciones de los ordenamientos secundarios contenidos en el Decreto de 18 de julio de 2016, referidas a la materia de la contratación pública y la prevención y combate a la corrupción respecto de ella.

Palabras clave: Contrataciones públicas, Reforma Anticorrupción.

Abstract. *Due to the decree published July 18th 2016, which included the complementary laws regarding the constitutional reform of 2015 in matters of avoiding corruption, it was established that the General Law of Administrative Responsibilities (GLAR) would be in forced the next year abrogating the Federal Law of Public Server's Administrative Responsibilities (FLPSAR) and the Federal Anticorruption Law in Public Contracts (FALPC).The*

¹ Profesor de Posgrado de la Universidad Panamericana, la Escuela Libre de Derecho y el Instituto Nacional de Administración Pública. Coordinador del Comité Anticorrupción de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados de México.

following text explains the common dispositions contained in the previous mentioned laws concerning public contracts, a brief analysis of the FALPC, and the secondary laws' dispositions contained on the July 18th 2016's decree in matters of public contracts and techniques to avoid corruption within them.

Keywords: *Public contracts, Anticorruption Reform.*

I] La contratación pública

La contratación pública encuentra su justificación en la constatación del hecho de que para la satisfacción de necesidades de carácter colectivo y para el cumplimiento de los fines que persigue el gobierno, se requiere administrar recursos humanos, materiales y financieros que, en su conjunto, constituyen el ejercicio del poder de compra del Estado.

Esto se aplica en las distintas latitudes de nuestro mundo y, desde luego, en el caso de México, debiendo apegarse los contratos públicos celebrados (de naturaleza *administrativa* de acuerdo con lo que por ella entiende la doctrina), tanto en sus actos preliminares, como en su formalización y ejecución, a un conjunto de disposiciones que rigen esta materia, mismos que definen la extensión o alcance de las obligaciones asumidas en dichos instrumentos entre las partes.

1. Marco normativo

Los contratos públicos se suscriben en general entre un ente público y un particular, pero en todo caso se trata de instrumentos sujetos al derecho público y, en específicamente, al administrativo, debido a que su fin último es el bien común que prevalece sobre el interés privado que puedan tener las partes, dado que los contratos constituyen parte de los instrumentos mediante los cuales el Estado cumple los fines que le están asignados por su marco constitucional y normativo.

El proceso de contratación pública se encuentra regulado por diversas disposiciones contenidas en numerosos ordenamientos y, toda vez que las autoridades deben fundamentar y motivar sus actos, en ejercicio de competencias expresas, las contrataciones públicas deben apegarse a tales normas, que determinan por ende su ámbito de validez.

Pueden mencionarse, por tanto, diversos ordenamientos, entre los cuales hay que considerar los tratados internacionales

suscritos por México con capítulo de compras del sector público. A manera de ejemplo, cabe citar los siguientes: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 134.; Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP), conjuntamente con su Reglamento (RLAASSP); Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria (LFPRH); Ley de Coordinación Fiscal (LCF); Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos (LMEUM); Ley de Ingresos de la Federación (LIF); Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA); Código Civil Federal (CCF); Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC); Ley Federal sobre Metrología y Normalización (LFSMN); Ley de la Propiedad Industrial (LPI); Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA); Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP); Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LFTAIP); Ley del Servicio de Tesorería de la Federación (LSTF); Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos (LFRASP); Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM) y su Reglamento (RLOPSRM); Código de Comercio (CC); Ley Federal de Competencia Económica (LFC); Código Fiscal de la Federación (CFF); Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF); Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA); Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas (LFACC, en vigor hasta julio de 2017); Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción (LGSNA); Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA, en vigor a partir de julio de 2017); Código Penal Federal (CPF); Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación (LFRCF).

2. Directrices del Artículo 134 Constitucional

La Constitución de nuestro país, establece los principios que rigen el uso de recursos económicos públicos, uno de los cuales es destinarlos a la contratación pública:

Los recursos económicos de que dispongan la Federación, los estados, los municipios, y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México² y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se administrarán con eficiencia,

² A partir del Decreto de Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 29 de enero de 2016, se cambia la denominación de Distrito Federal, por Ciudad de México.

eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

(...)

Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas, mediante convocatoria pública, para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes. Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

En consecuencia, todo procedimiento llevado a cabo por los entes públicos debe acreditar de manera expresa que su instrumentación y resultado se apegan a los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez y que se asegura la obtención de las mejores condiciones para el Estado en la contratación pública.

3. Los dos grandes rubros o materias sujetos a contratación: adquisiciones y obras públicas y criterios de distinción para la aplicación del marco normativo

Entre los ordenamientos mencionados, destacan dos que son los principales para regular las materias posibles que pueden constituir el objeto de la contratación pública: las obras públicas y servicios que con ellas se relacionan y las adquisiciones de bienes o celebración de contratos de arrendamientos y servicios.

En general, los contratos que tengan por objeto la realización de obras públicas tendrán como marco regulatorio la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM) y su Reglamento. Sin embargo algunas dudas pueden presentarse respecto de los *servicios* relacionados con ellas, que son enumerados por las diez fracciones de su Artículo 4.

Por otra parte, los contratos relacionados con adquisición de bienes distintos de los inmuebles, así como los arrendamientos o prestación de servicios, se regulan por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y su Reglamento (LAASSP).

En algunos contratos, puede plantearse la duda de cuándo aplicar uno u otro ordenamiento y para elucidar la respuesta existen algunos criterios de aplicabilidad.

La compra que realicen las dependencias y entidades de materiales para efectuar obras públicas, es materia de la LAASSP y no de la LOPSRM, incluyendo la instalación, cuando su precio sea inferior al de los bienes adquiridos. Esto se aplica también en caso de contratación de mantenimiento a inmuebles, cuando la adquisición represente monto mayor que la mano de obra o pago de trabajos de instalación o de dichos servicios, siempre que no se trate de modificar el inmueble mediante trabajos que podrían caer en la categoría de *obra pública*.

En la presente colaboración, abordaremos aspectos que consideramos importantes de la contratación pública regulada por la LAASSP, sin pretender agotar el tema, dadas las limitaciones del presente espacio de lectura.

4. Procedimientos de contratación según la LAASSP

En la LAASSP existen tres procedimientos para llevar a cabo la contratación de adquisición de bienes, arrendamientos o servicios, contemplados en las tres fracciones de su Artículo 26, a saber: la licitación pública, la invitación a cuando menos tres personas y la adjudicación directa.

En virtud de la instrucción contenida en el primer párrafo del Artículo 134 constitucional, la licitación tiene prioridad sobre los otros dos, es decir es el modo natural y general de contratar, establecido como *principio* para ello, pero no es necesariamente el único, toda vez que los entes públicos están obligados a buscar la obtención de las mejores condiciones disponibles para el Estado, en cuanto a *precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes*, lo cual tiene a su vez prioridad sobre el procedimiento seleccionado, porque el ente público puede optar por la invitación a cuando menos tres proveedores o la adjudicación directa, como excepciones a la licitación, si se fundamenta y motiva que por dicha selección se obtuvieron las mejores condiciones referidas en la Constitución y en el segundo párrafo del Artículo 40 de la LAASSP, mediante dictamen, en algunos casos, del Comité de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios de la Dependencia o Entidad de que se trate.

A continuación examinaremos los rasgos principales de cada uno de los procedimientos mencionados.

5. Licitación pública

Es un procedimiento administrativo que tiene por objeto que una dependencia o entidad del Gobierno Federal convoque a los proveedores y contratistas, para que éstos, en igualdad de circunstancias, concurren a ofrecerle las mejores condiciones de contratación, que debe seguir varios principios:

Concurrencia, para garantizar la amplia difusión de la convocatoria del ente contratante y para favorecer que exista libre competencia entre el mayor número de proveedores posible. Para ello, la convocatoria a la licitación se publica en el Sistema Público de Información Gubernamental conocido como *CompraNet* y un extracto en el Diario Oficial de la Federación, y cualquier modificación de requisitos se difunde por *CompraNet*.

Igualdad, en el mismo sentido del principio anterior, para fortalecer la libre competencia entre los participantes, en condiciones equivalentes para todos ellos, por lo que los requisitos establecidos en la convocatoria a la licitación deberán ser los mismos para todos los participantes y no contener requisitos que limiten la libre participación de los licitantes. Sin embargo, esto no impide ciertas consideraciones especiales favorables para algunas categorías de potenciales participantes, como en el caso de las empresas micro, pequeñas y medianas (MIPYMES). En este sentido, el párrafo segundo del Artículo 29 de la LAASSP es categórico, al disponer que:

Para la participación, adjudicación o contratación de adquisiciones, arrendamientos o servicios no se podrán establecer requisitos que tengan por objeto o efecto limitar el proceso de competencia y libre concurrencia. En ningún caso se deberán establecer requisitos o condiciones imposibles de cumplir. La dependencia o entidad convocante tomará en cuenta las recomendaciones previas que, en su caso, emita la Comisión Federal de Competencia, en términos de la Ley Federal de Competencia Económica.

Publicidad, que implica que los participantes tienen en todo tiempo el derecho de conocer los detalles del procedimiento, desde su inicio hasta su conclusión con el fallo respectivo.

Derecho de oposición, para que los participantes puedan impugnar las fases de los procedimientos de adjudicación invocando las irregularidades que pudiesen acarrear su nulidad, previa declaratoria de la autoridad competente.

La licitación pública se lleva a cabo mediante varias etapas que se desarrollan previamente, durante o de modo posterior a la terminación del procedimiento.

Previas al inicio:

Elaboración de una preconvocatoria, antes de la publicación de la convocatoria a la licitación, difundiendo en su caso los proyectos de convocatoria en CompraNet, durante un plazo mínimo de diez días hábiles, a fin de que los interesados puedan emitir comentarios o sugerencias, para consideración del ente convocante.

Durante el procedimiento:

*Elaboración y publicación de la convocatoria a la licitación*³, después de la revisión de los comentarios recibidos, difundiéndola en CompraNet y mediante un extracto que se publica en el Diario Oficial de la Federación.

*Junta(s) de aclaraciones*⁴, que la convocante está obligada a realizar al menos en una sesión, para dar oportunidad a los licitantes de plantear dudas y comentarios sobre el pliego de requisitos. Las solicitudes de aclaración deben remitirse al menos con veinticuatro horas de anticipación al momento de iniciar la junta de aclaraciones, con una carta de manifestación de interés; el ente convocante debe responder en forma cabal y expedita a los cuestionamientos recibidos.

*Registro previo de participantes y revisión de documentación*⁵, etapa potestativa para la convocante y las partes, y consiste en que se podrá efectuar el registro preliminar de los participantes en el evento, y realizar revisiones previas a la documentación exigida por la convocatoria, si es distinta a la de las proposiciones.

*Acto de presentación y apertura de proposiciones*⁶, que es el acto más importante del procedimiento, en el que se reciben las

³ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] art. 30; Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] arts. 35, 39, 40 & 42.

⁴ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] arts. 33 & 33 bis; Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] arts. 45 & 46.

⁵ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] art. 34 in fine.

⁶ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] art. 35; Reglamento de la Ley

ofertas de los licitantes en sobre cerrado, se procede a su apertura, se le da lectura en voz alta a la parte económica y se hace constar la documentación que se recibe para su revisión posterior, haciendo constar las omisiones que se detecten, sin hacer pronunciamiento de la convocante, salvo el caso de ofertas subsecuentes de descuento⁷.

Acto de fallo⁸, en el que el ente convocante, fundada y motivadamente, acepta o rechaza una proposición, ya sea en junta pública o a través de CompraNet. A partir de la emisión del fallo se hacen exigibles los derechos y obligaciones inherentes al modelo de contrato que se adjunta a la convocatoria a la licitación, previa solicitud de entrega de los bienes o de prestación del servicio, sin perjuicio de la formalización posterior del contrato en un plazo de quince días naturales, contados a partir de la emisión del fallo, que es obligatoria si se trata de operaciones iguales o superiores a trescientas veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal⁹.

Es de tenerse presente que la convocatoria a la licitación, el contrato y sus anexos, serán las fuentes generadoras de los derechos y obligaciones entre las partes, de modo que si llegare a existir una inconsistencia o discrepancia, prevalecerá la primera sobre el segundo¹⁰.

Posteriores al procedimiento:

Formalización del contrato, como ya se mencionó, entre la dependencia o entidad convocante y el licitante ganador dentro de los quince días naturales, a partir de la emisión del fallo.

Ejecución del contrato que fue formalizado en la forma y términos definidos por la convocante en el modelo de contrato

de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] arts. 47 & 48.

⁷ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] arts. 48-50.

⁸ Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] arts. 37 & 46.

⁹ A partir del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 27 de enero de 2016, se crea la Unidad de Medida y Actualización (UMA), como una unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia para determinar la cuantía de pago de obligaciones, que sustituye al salario mínimo. Por lo tanto, cualquier mención que en las leyes se realice al salario mínimo como unidad de referencia, se deberá entender que aplica la nueva UMA.

¹⁰ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] art. 45 second to last paragraph.

adjunto a la convocatoria ¹¹, siendo responsabilidad del administrador del contrato verificar el adecuado cumplimiento de las obligaciones contractuales.

*Pago*¹² en un plazo que no deberá exceder de veinte días naturales, contados a partir de la fecha de entrega de los documentos al cobro, previa constancia de recepción de los bienes o de los servicios a satisfacción¹³, según el principio general de precio fijo, con excepción de fórmulas de ajuste incluidas en la convocatoria, siguiendo la regla de invariabilidad general de sus términos¹⁴, salvo que se trate de precios oficiales o circunstancias económicas de orden general, como resultado de eventos supervenientes ajenos a la voluntad de las partes que provoquen directamente un aumento o decremento en los precios de los bienes aun no entregados, prestados o pagados, en cuyo caso se deberán pagar, siguiendo al efecto los lineamientos que emita la Secretaría de la Función Pública.

La mora del pago por parte del Gobierno Federal, otorga el derecho de exigir el reconocimiento de gastos financieros¹⁵ y se permite únicamente la cesión de los derechos al cobro, previo consentimiento de la dependencia o entidad, pero nunca la subrogación total o parcial de los derechos y obligaciones establecidos en el contrato.

6. Clasificación de las licitaciones

Las licitaciones pueden clasificarse, según los medios empleados para el procedimiento, o según la nacionalidad de los potenciales participantes y/o el origen de los bienes.

¹¹ Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] arts. 45 & 46.

¹² Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] arts. 44 & 45 f. VII.

¹³ Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] arts. 89 first paragraph & 94 second paragraph.

¹⁴ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] arts. 26 & 52 last paragraph.

¹⁵ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] art. 51.

a. Por los medios empleados¹⁶

Licitaciones Presenciales, en las que los licitantes entregan sus ofertas por escrito, en sobre cerrado, durante el acto de presentación y apertura de proposiciones, modalidad derogada tácitamente desde la entrada en vigor del Acuerdo que estableció el uso obligatorio de CompraNet, publicado en el DOF el 28 de junio del 2011.

Licitaciones Electrónicas, que constituyen el principio general, en las que los licitantes participan por la vía de CompraNet, utilizando los medios de identificación electrónica certificados por la Secretaría de la Función Pública, de conformidad con el segundo párrafo del numeral 27 de la LAASSP.

Licitaciones Mixtas, en las que los licitantes pueden participar en forma presencial o electrónica en la o las juntas de aclaraciones, en el acto de presentación y apertura de proposiciones y en el acto de fallo.

b. Por la nacionalidad de los potenciales participantes¹⁷ y/o el origen de los bienes

Nacionales, debiendo cumplir como requisitos: abiertas a la participación solamente de personas de nacionalidad mexicana; con bienes que se ofrezcan producidos en México y que reúnan, cuando menos, el 65% de grado de contenido nacional; y el monto a contratar sea inferior a los umbrales previstos en los Tratados de Libre Comercio con Capítulo de Compras de Gobierno suscritos por México, a menos que se apliquen o afecten las reservas pactadas por México en dichos tratados o se trate de la aplicación de alguna medida de transición establecida en esos acuerdos comerciales¹⁸ o se trate de arrendamientos y servicios, en los que podrán participar solamente personas de nacionalidad mexicana, sin importar el origen de los bienes. En este tipo y en igualdad de condiciones, tienen preferencia las micro, pequeñas y medianas empresas nacionales¹⁹.

¹⁶ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] art. 26.

¹⁷ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] art. 28.

¹⁸ According to *Reglas para la aplicación de las reservas contenidas en los capítulos o títulos de compras del sector público de los tratados de libre comercio suscritos por los Estados Unidos Mexicanos* Diario Oficial de la Federación [DO], 28 de diciembre de 2010 (Mex.).

¹⁹ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] art. 36 bis, second to last paragraph.

Internacionales bajo la Cobertura de Tratados, obligatorias cuando existe algún Tratado de Libre Comercio aplicable con Capítulo de Compras Gubernamentales, debiendo cumplir cinco condiciones:

Primero, sólo pueden participar nacionales de México o del país con el que se haya suscrito un Tratado aplicable; segundo, los bienes ofrecidos deben ser producidos en México, o en algún país que permita cumplir las reglas de origen; tercero, el monto a contratar debe estar dentro de los umbrales previstos en los tratados; cuarto, el bien o servicio a contratar debe estar contemplado en los anexos de los tratados, y cinco, el ente convocante también debe estar incluido en la lista de entes públicos obligados a aplicar el tratado.

Internacionales abiertas, que se llevan a cabo cuando el ente convocante no está incluido en los listados de tratados aplicables y se haya declarado desierta una licitación pública nacional o cuando se establezca así en las contrataciones financiadas con créditos externos otorgados al Gobierno Federal o con su garantía, pudiendo participar licitantes de cualquier nacionalidad, sin exigir grado de contenido nacional, ni cumplimiento de reglas de origen ni lugar de fabricación.

Sin embargo, es procedente aplicar un margen de preferencia nacional de hasta 15% para bienes nacionales, con respecto a los de importación. La Secretaría de Economía determinará mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación, los casos en que los licitantes deberán manifestar ante la convocante que los precios que presentan en su propuesta económica no se cotizan en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional²⁰.

7. Invitación a cuando menos tres personas

Como excepciones a la licitación, que es el procedimiento de principio, la LAASSP contempla otros dos procedimientos: la invitación a cuando menos tres personas y la adjudicación directa (Artículo 26, fracciones II y III).

La invitación a cuando menos tres personas, puede realizarse por razón del monto a contratar, cuando no se rebasan los límites que para este propósito determinó en su primera sesión

²⁰ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] art. 28; Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] art. 37.

del año el Comité de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del ente público, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 42 de la LAASSP y 73 del RLAASSP; o en razón de la naturaleza de los bienes o servicios o por los fines que se persiguen con la contratación, cuando el área requirente justifica, con el documento a que hace referencia el Artículo 71 del RLAASSP, que se cumple alguna de las causas previstas en el Artículo 41 de la LAASSP.

Características de la invitación a cuando menos tres personas²¹:

i.- La invitación se entrega en forma directa a los interesados (a través de CompraNet, si el procedimiento es electrónico, o en su domicilio, en el caso de que el medio sea mixto) y se difunde con fines informativos en CompraNet y en la página de internet de la dependencia o entidad. Los no invitados no pueden presentar propuestas.

ii.- El criterio de invitación, bajo responsabilidad de la convocante, se sustenta en la capacidad de respuesta inmediata; la solvencia técnica, económica y legal suficiente para cumplir los compromisos asumidos con la dependencia o entidad; y, que el tipo de bienes o servicios requeridos, sea acorde con la actividad comercial o industrial que desempeñe el invitado.

iii.- El acto de apertura de proposiciones y el fallo pueden hacerse con o sin la presencia de los licitantes.

iv.- El único plazo exigido es el que debe mediar entre la entrega de la última invitación y la apertura de los sobres, que debe ser de cuando menos cinco días naturales.

v.- Es potestativo para la convocante llevar a cabo una junta de aclaraciones.²²

vi.- Si se declara desierto el procedimiento, podrá adjudicarse el contrato en forma directa, siempre que se mantengan los requisitos establecidos como causa de desechamiento del evento anterior.

8. Adjudicación directa

Este procedimiento está contemplado, pero no exhaustivamente regulado por la LAASSP, debiendo cada

²¹ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] art. 43.

²² Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] art. 77 second to last paragraph.

dependencia o entidad definirlo en sus respectivas Políticas, Bases y Lineamientos²³.

Características de la adjudicación directa, en razón del monto a contratar, por cuantías que no justifiquen realizar licitación o invitación, y sin rebasar los límites previstos para adjudicaciones en el Presupuesto de Egresos de la Federación para cada ejercicio fiscal:

i.- El ente convocante debe contar con suficiencia presupuestal.

ii.- No se toma en cuenta el Impuesto al Valor Agregado para determinar el monto de la operación.

iii.- No deben fraccionarse las operaciones para hacerlas encuadrar en alguno de los supuestos de excepción señalados en la Ley²⁴.

iv.- Para cada ente público, este procedimiento no debe representar más del 30% del volumen anual de adquisiciones presupuestado, del cual al menos la mitad debe realizarse a favor de las micro, pequeñas y medianas empresas²⁵.

v.- Si la adjudicación rebasa trescientas veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal (trescientas UMA's), el ente público deberá contar con al menos tres cotizaciones con vigencia mínima de treinta días anteriores a la fecha en que se realizará el evento, a excepción de no existir cuando menos tres personas que puedan cotizar el bien o el servicio en la zona geográfica en que se llevará a cabo el procedimiento²⁶.

vi.- En caso de montos dentro de los rangos máximos de invitación a cuando menos tres personas, es posible la adjudicación directa sólo cuando medie autorización expresa del Oficial Mayor o su equivalente²⁷.

vii.- Cuando en una misma dependencia o entidad existan áreas que por sí mismas realicen contrataciones de bienes o de servicios, serán consideradas como centros de ejercicio

²³ Article 79 of RLAASSP states that for a direct acquisition, the information contained in the sole supplier registry *Compranet* may be used.

²⁴ Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] art. 74.

²⁵ Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] art. 76.

²⁶ Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] art. 75.

²⁷ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] art. 42 second paragraph.

presupuestario independiente y, por ende, aplicarán los rangos establecidos en el Presupuesto de Egresos de la Federación atendiendo a su volumen anual de adquisiciones presupuestado²⁸.

La adjudicación directa también puede llevarse a cabo, en razón de la naturaleza de los bienes o servicios o por los fines que se persiguen con la contratación, pero el área requirente debe justificar la existencia de alguna de las circunstancias previstas en la LAASSP²⁹, que acrediten que no conviene realizar una licitación pública y que además se obtienen las mejores condiciones para el Estado por esta forma de contratación.

i.- El ente público (área requirente y convocante o encargada de la contratación) debe definir, fundada y motivadamente, las razones por las cuales el caso concreto se ajusta a alguna de las hipótesis de excepción de la LAASSP.

ii.- Debe justificarse la selección del procedimiento de la adjudicación, y los motivos de no emplear alguno de los otros dos.

iii.- Además de la hipótesis de excepción admitida por la LAASSP, debe demostrarse el cumplimiento de los criterios de eficiencia, eficacia, imparcialidad, honestidad y economía, para sustentar la adjudicación, emitiéndose el dictamen correspondiente por el Comité de Adquisiciones (CAAS) del ente público y será bajo la estricta responsabilidad del titular del área requirente la selección del procedimiento a aplicar y su dictamen³⁰.

9. Garantías a otorgar por el participante en los procedimientos

La LAASSP contempla cuatro tipos de garantías a otorgar por los proveedores o licitantes, según proceda, respecto de sus obligaciones, además de aquellas garantías no mencionadas por la ley, como la de confidencialidad: i.- El cumplimiento en tiempo y forma en la entrega de los bienes o la prestación de los servicios

²⁸ Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] art. 73.

²⁹ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] arts. 22 f. II, 40 & 41; Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] art. 72.

³⁰ Los casos previstos en las fracciones I, III, VIII, IX segundo párrafo, X, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII y XIX del Artículo 41 de la LAASSP deben ser previamente dictaminados por el CAAS.

contratados³¹; ii La debida aplicación del anticipo recibido³²; iii.- La calidad de los bienes entregados o servicios proporcionados, o afrontar los vicios ocultos que pudieran existir³³; iv.- Los daños y perjuicios que se puedan producir debido a la interposición de una inconformidad notoriamente improcedente³⁴.

Respecto de las garantías, el Artículo 103 del RLAASSP precisa que pueden otorgarse por las formas que dispone el Artículo 137 del Reglamento de la Ley del Servicio de la Tesorería de la Federación, que es completado por los Artículos 141 del CFF y 79 del RLFPRH, para establecer las opciones de otorgamiento de las garantías, debiendo los entes públicos mencionar en sus Políticas, Bases y Lineamientos, la forma considerada más adecuada a la obligación a garantizar. A su vez, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público emitió en el DOF, con fecha 8 de septiembre de 2015, las Disposiciones Generales a que se sujetarán las garantías otorgadas a favor del Gobierno Federal para el cumplimiento de obligaciones distintas de las fiscales que constituyan las dependencias y entidades en los actos y contratos que celebren, estableciendo en la disposición Quinta, las formas de garantizar obligaciones no fiscales, obligatorias para dependencias y entidades, dentro de las cuales se pueden citar: i.- Depósito de dinero constituido a través de billete de depósito, expedido por institución de crédito autorizada; ii.- Fianza otorgada por institución autorizada; iii.- Depósito de dinero constituido ante la Tesorería; iv.- Carta de crédito irrevocable, expedida por institución de crédito autorizada; v.- Seguro de caución; vi.- Cheque certificado o de caja expedido a favor de la Tesorería, y vii.- Cualquier otro que en su caso autorice la Tesorería.

La disposición Quinta precisa que en la constitución de la garantía deberán observarse las disposiciones específicas aplicables a cada tipo de garantía y las previstas para la obligación principal que deba garantizarse.

³¹ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] art. 48 f. II.

³² Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] art. 48 f. I.

³³ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] art. 53, para. 2

³⁴ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] art. 70; Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] art. 120.

La forma más comúnmente utilizada en la contratación pública es la fianza, otorgada por institución autorizada y el cheque certificado o de caja expedidos a favor de la Tesorería, entidades o tesorerías de las entidades federativas, según corresponda.

La calificación y aceptación de las garantías corresponde a las Dependencias, a través de sus unidades administrativas que las soliciten, en su carácter de auxiliares de la Tesorería y tratándose de las entidades, corresponde a ellas mismas la calificación y aceptación de las garantías³⁵. Sin embargo, la competencia de calificación de las garantías corresponde a la Tesorería y sus auxiliares, para que el ente público pueda emitir el Oficio de aceptación o rechazo de la garantía constituida por el proveedor obligado³⁶.

Respecto de las garantías constituidas, que pueden presentarse por medios electrónicos, el ente público es responsable de conservar la documentación y ejercitar los derechos que correspondan y cuando las cancelen, deberán comunicarlo a la Tesorería de la Federación dentro de los quince días hábiles siguientes a la cancelación³⁷.

Los entes públicos no pueden entregar ningún tipo de garantía ni efectuar depósitos para respaldar el cumplimiento de sus obligaciones, aunque se trate de contratos entre entes públicos.

Respecto de la divisibilidad de la garantía, desde la convocatoria a la licitación pública o la invitación a cuando menos tres personas, en el clausulado del modelo de contrato correspondiente debe estipularse de manera clara y expresa si la garantía de cumplimiento será divisible o indivisible. Será divisible, cuando por las características de los bienes a entregar o de los servicios a prestar, los primeros pueden funcionar por estar completos o los segundos pueden ser prestados de forma independiente³⁸, considerando el principio del Artículo 2003 del

³⁵ *Disposiciones Generales*, Sexta, Diario Oficial de la Federación [DO], 8 de septiembre de 2015 (Mex.).

³⁶ *Ibid.* Séptima y Octava, de conformidad con el Reglamento de la Ley del Servicio de Tesorería de la Federación [RLSTF] [Federal Treasury Service Law Regulation].

³⁷ Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria [RLFPRH] [Regulation of the Federal Budget and Fiscal Responsibility Law], art. 79, f. V, art. 55, para. 2; Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] art. 82, para. 2.

³⁸ Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] art. 39, f. II,

CCF, de aplicación supletoria a la LAASSP de conformidad con lo dispuesto en su Artículo 11, el cual señala que las obligaciones son divisibles cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de cumplirse parcialmente y son indivisibles si las prestaciones no pudiesen ser cumplidas sino por entero. Es decir, el cumplimiento de las obligaciones divisibles puede darse en partes y, por ende, es factible recibir o dar por cumplidas de forma aislada partes de tal obligación, como en el caso de los contratos plurianuales y los abiertos, en los que la garantía puede reducirse de forma proporcional a los bienes entregados o servicios prestados por el proveedor, conforme transcurre la vigencia del contrato y en la medida que se vayan cumpliendo las obligaciones contractuales a satisfacción³⁹.

Una vez cumplidas las obligaciones del proveedor a satisfacción del servidor público facultado para ello (en general el administrador del contrato), debe proceder inmediatamente a extender la constancia de cumplimiento de las obligaciones contractuales para que el proveedor dé inicio a los trámites para la cancelación de su garantía⁴⁰.

10. Contrato resultante del procedimiento seguido

De modo natural, una vez concluido el procedimiento de licitación, invitación o adjudicación, el ente público y el proveedor seleccionado proceden a firmar el contrato respectivo. Si no se firma en el plazo ya mencionado de 15 días naturales posteriores al fallo o notificación de adjudicación, es posible sancionar al proveedor si la demora le es imputable, pero las obligaciones a su cargo se inician desde el momento en que se le notifica el fallo o adjudicación.

Ahora bien, la formalización, que si bien es obligatoria, no impide ni es causa para que antes de suscribirlo, se empiecen a cumplir las obligaciones que se establecieron en la convocatoria a la licitación, invitación o solicitud de cotización. Por su parte, el ente público convocante una vez que ha dado el fallo, también está

subsec. i), no. 5, & art. 81, f. II; Secretaría de la Función Pública, *Criterio AD-02/2011 sobre la divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones contractuales*, No. 2.

³⁹ Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] arts. 81 f. II & 87 last paragraph.

⁴⁰ Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] art. 81, f. VIII.

obligado a firmar el contrato, pues no existe disposición jurídica que permita omitir su suscripción, salvo que medie una causal superveniente y que esté debidamente fundada y motivada; por tal razón, el adjudicado tiene el derecho de inconformarse por la falta de firma del contrato, con fundamento en el Artículo 65, fracción V, de la LAASSP.

Tanto la LAASSP como su Reglamento contienen disposiciones que establecen el contenido de todo contrato en estas materias⁴¹, el cual debe contemplar los siguientes aspectos:

i.- Datos de la dependencia o entidad, como persona moral que suscribirá el acuerdo de voluntades.

ii.- La indicación del procedimiento conforme al cual se llevó a cabo la adjudicación del contrato, precisando en su caso su carácter nacional o internacional e indicando como prioridad de validez, que en caso de discrepancia entre la convocatoria a la licitación pública, la invitación a cuando menos tres personas o la solicitud de cotización y el modelo de contrato, prevalecerá lo establecido en la convocatoria, invitación o solicitud respectiva.⁴²

iii.- Autorización del presupuesto para cubrir el compromiso derivado del contrato (suficiencia presupuestal, con el número del oficio respectivo, incluyendo el caso de ampliación de recursos). En contratos plurianuales, se incluye el desglose de los importes a ejercer en cada ejercicio.⁴³

iv.- Acreditación de la existencia y personalidad del licitante adjudicado, mediante escritura constitutiva de personas morales y poderes con los cuales se representa, o identificación de personas físicas y, en su caso, poder a favor de la persona que lo represente. En licitaciones de carácter nacional, el adjudicado debe acreditar su nacionalidad mexicana, y en las internacionales bajo cobertura de tratados, que es mexicano o es nacional de algún país con el cual México tiene celebrado un Tratado de Libre Comercio con Capítulo de Compras de Gobierno, con la legalización o apostillado correspondiente de la autoridad competente en el país de que se

⁴¹ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] art. 45; Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] art. 39, f. II, subsec. i) & art. 81.

⁴² Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] art. 81, f. IV.

⁴³ Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] art. 39, f. II, subsec. i), No. 7.

trate, misma que tendrá que presentarse redactada en español o acompañada de la traducción correspondiente.⁴⁴

v.- Descripción pormenorizada de los bienes, arrendamientos o servicios objeto del contrato adjudicado a cada uno de los licitantes en el procedimiento, debiendo coincidir con la que se consideró en la convocatoria a la licitación, invitación o solicitud de cotización y en su caso las modificaciones que se hayan considerado o aprobado en la o las juntas de aclaraciones. En general la descripción detallada se contiene en un anexo, cuando se trata de componentes o de servicios complejos.

vi.- Precio unitario y el importe total a pagar por los bienes, arrendamientos o servicios, o bien, la forma en que se determinará el importe total.

vii.- Precisión de si el precio es fijo o sujeto a ajustes y, en este último caso, la fórmula o condición en que se hará y calculará el ajuste, señalando el o los indicadores o medios oficiales que se utilizarán.

viii.- En el caso de arrendamiento, la indicación de si éste es con o sin opción a compra.

ix.- Porcentajes de los anticipos que, en su caso, se otorgarían.

x.- Porcentaje, número y fechas o plazo de las exhibiciones y amortización de los anticipos que se otorguen.

xi.- Forma, términos y porcentaje para garantizar los anticipos y el cumplimiento del contrato.

xii.- La fecha o plazo, lugar y condiciones de entrega.

xiii.- Moneda en que se cotizó y se efectuará el pago respectivo, el cual podrá ser en pesos mexicanos o moneda extranjera de acuerdo a la determinación de la convocante, de conformidad con la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos (LMEUM).

Desde la entrada en vigor de la reforma a la LAASSP publicada en mayo del 2009 en el DOF, la convocante puede permitir, desde la convocatoria a la licitación e invitación, la o las monedas en las cuales se puede presentar la propuesta económica y por ende con la que se deberá liquidar la obligación de pago al proveedor. Esta determinación debe considerar el tipo y origen del bien o insumos del servicio objeto del procedimiento de contratación y, en su caso, el lugar de contratación.

Ahora bien, cuando se prevé el pago en moneda distinta a la nacional, en los contratos se debe establecer que el pago se hará

⁴⁴ Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] art. 48 f. VI.

en dicha moneda o monedas, pero en los términos del Artículo 8 de la LMEUM que establece: las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio vigente en el lugar y fecha en que deba hacerse el pago.

xiv.- Plazo y condiciones de pago del precio de los bienes, arrendamientos o servicios, señalando el momento en que se haga exigible el mismo.

xv.- Los casos en que podrán otorgarse prórrogas para el cumplimiento de las obligaciones contractuales y los requisitos que deberán observarse.

xvi.- Causales para la rescisión de los contratos, en los términos previstos en la LAASSP.

xvii.- Previsiones relativas a la devolución y reposición de bienes por motivos de fallas de calidad o cumplimiento de especificaciones originalmente convenidas.

xviii.- Señalamiento de las licencias, autorizaciones y permisos que conforme a otras disposiciones sea necesario contar para la adquisición o arrendamiento de bienes y prestación de los servicios correspondientes, cuando sean del conocimiento de la dependencia o entidad.

xix.- Condiciones, términos y procedimiento para la aplicación de penas convencionales por atraso en la entrega de los bienes, arrendamientos o servicios, por causas imputables a los proveedores.

xx.- Responsabilidad del proveedor para caso de violaciones en materia de derechos inherentes a la propiedad intelectual. Y cuando deriven de servicios de consultorías, asesorías, estudios e investigaciones, prever que invariablemente se constituirán a favor de la dependencia o de la entidad, en términos de las disposiciones legales aplicables.

xxi.- Procedimientos para resolución de controversias, distintos al procedimiento de conciliación previsto en la LAASSP y su Reglamento, incluyendo, en su caso, al arbitraje.

xxii.- Los demás aspectos y requisitos previstos en la convocatoria a la licitación e invitaciones a cuando menos tres personas, así como los relativos al tipo de contrato de que se trate.

Los contratos incluyen a sus Anexos, que en general son mencionados en el cuerpo mismo del contrato y de los cuales se precisa que *forman parte del mismo*. Se trata de documentos que tienen la finalidad de acompañar el acuerdo de voluntades para detallar o puntualizar aspectos técnicos o jurídicos. Sobre estos, el penúltimo párrafo del Artículo 45 de la LAASSP establece que: *Para*

los efectos de esta Ley, la convocatoria a la licitación, el contrato y sus anexos son los instrumentos que vinculan a las partes en sus derechos y obligaciones. Las estipulaciones que se establezcan en el contrato no deberán modificar las condiciones previstas en la convocatoria a la licitación y sus juntas de aclaraciones; en caso de discrepancia, prevalecerá lo estipulado en éstas.

Por este motivo, generalmente se incluyen como anexos del contrato los anexos técnicos, los dictámenes de adjudicación, en su caso, y la propuesta del proveedor.

11. Penalizaciones y deductivas aplicables al proveedor

Los Artículos 53 y 53 Bis de la LAASSP regulan las penas convencionales y las deducciones a cargo de los proveedores adjudicados en algún procedimiento realizado de conformidad con la misma ley.

Penas convencionales:

Se establecen por atraso en el cumplimiento de las fechas pactadas de entrega o de la prestación del servicio y se determinan en función de los bienes o servicios no entregados o prestados oportunamente. En el caso de operaciones con ajuste de precios, la penalización se calcula sobre el precio ajustado.

Como ya se mencionó a propósito del contrato, deben incluirse en él las condiciones, términos y procedimiento para la aplicación de penas convencionales por atraso en la entrega de los bienes, arrendamientos o servicios, por causas imputables a los proveedores⁴⁵.

Además, por disposición expresa del RLAASSP, en los contratos se debe mencionar que el pago de los bienes, arrendamientos o servicios quedará condicionado, proporcionalmente, al pago que el proveedor deba efectuar por concepto de penas convencionales por atraso, en el entendido de que si el contrato es rescindido no procederá el cobro de dichas penas ni la contabilización de las mismas al hacer efectiva la garantía de cumplimiento, estableciendo que la suma de todas las penas convencionales aplicadas al proveedor no deberá exceder el importe de la garantía de cumplimiento para la partida de que se trate.⁴⁶

⁴⁵ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [LAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Law] art.45, f. XIX.

⁴⁶ Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público [RLAASSP] [Acquisitions, Leases and Services of the Public Sector Regulation] artS. 95 & 96.

Es pues obligatorio para las dependencias y entidades incluir un rubro de penas convencionales en los contratos cubiertos por la LAASSP, siendo estas penas sanciones económicas por incumplimiento a alguna o algunas obligaciones contractuales. El término debe ser referido, sin embargo, solamente a la falta de cumplimiento de una obligación de dar o de hacer por parte del proveedor, dentro del plazo convenido, es decir al atraso en dicho cumplimiento, lo que implica la falta de oportunidad respecto de lo pactado y comprometido ante la dependencia o entidad. En relación a las penas convencionales propiamente dichas, lo fundamental para establecer la sanción por incumplimiento, es el factor tiempo, correlativo al factor de oportunidad de todo contrato. Así pues, se incurre en incumplimiento, para efectos de la LAASSP, cuando la entrega de los bienes o el inicio de la prestación del servicio no se llevan a cabo por causas imputables al proveedor obligado, en la fecha convenida entre las partes.

La precisión es conveniente, toda vez que el párrafo segundo del Artículo 53 de la LAASSP, se refiere a otro tipo de hipótesis relativas a la sanción económica resultante de defectos y vicios ocultos respecto de los bienes o los servicios entregados o prestados, y al respecto dispone lo siguiente: Los proveedores quedarán obligados ante la dependencia o entidad a responder de los defectos y vicios ocultos de los bienes y de la calidad de los servicios, así como de cualquier otra responsabilidad en que hubieren incurrido, en los términos señalados en el contrato respectivo y en la legislación aplicable.

De conformidad con lo dispuesto por el apartado A, numeral 3 del Criterio AD-05 de la Unidad de la Unidad de Normatividad de Contrataciones Públicas de la Secretaría de la Función Pública (SFP), emitido en 2008 y actualizado en diciembre de 2010, las dependencias y entidades tienen a su cargo establecer en sus Políticas, Bases y Lineamientos (PBL), las previsiones o detalles sobre la procedencia, determinación y aplicación de las penas convencionales.

Además, es obligatorio y no potestativo para la dependencia o entidad su inclusión en el contrato respectivo, con independencia del procedimiento de contratación, internacional o nacional, que se hubiese utilizado, así como del tipo de contrato otorgado (cerrado, abierto, plurianual, abastecimiento simultáneo, cualquier otra modalidad de contratación, o la combinación de algunas de estas formas de contratación).

Deducciones:

De conformidad con la LAASSP y su Reglamento, pueden establecerse en la convocatoria a la licitación, invitaciones a cuando

menos tres personas y contratos, deducciones al pago de bienes o servicios con motivo del incumplimiento parcial o deficiente en que pudiera incurrir el proveedor respecto a las partidas o conceptos que integran el contrato, precisando el límite de incumplimiento a partir del cual podrán cancelar total o parcialmente las partidas o conceptos no entregados, o bien rescindir el contrato. Las deducciones por incumplimientos parciales o deficientes serán determinadas en función de los bienes entregados o servicios prestados de manera parcial o deficiente. Dichas deducciones deberán calcularse hasta la fecha en que materialmente se cumpla la obligación y sin que cada concepto de deducciones exceda a la parte proporcional de la garantía de cumplimiento que le corresponda del monto total del contrato y los montos a deducir se deberán aplicar en la factura que el proveedor presente para su cobro, inmediatamente después de que el área requirente tenga cuantificada la deducción correspondiente.⁴⁷

De conformidad con lo anterior, en la aplicación de deducciones en el contrato o, como son también conocidas, las deductivas, se debe considerar o mencionar claramente, cuáles son los estándares y conceptos sobre los cuales se van a aplicar las mismas a partir de que el proveedor está incurriendo en un cumplimiento parcial, inadecuado, incorrecto o deficiente de sus obligaciones contractuales en los términos previstos en las normas antes transcritas.

Las deducciones deben determinarse puntualmente, así como los criterios para aplicarlas, bajo dos tipos de consideraciones: i.- criterio de cantidad, relativo al déficit en la cantidad de los componentes del servicio o bien de que se trate, y, ii.- criterio de calidad, relativo a las deficiencias de niveles del servicio a prestar o de estándares a satisfacer por los bienes a entregar (SLA's como son conocidos o acuerdos mínimos de niveles de servicios).

Ambos criterios son preliminares indispensables en la determinación de las deducciones a aplicar, pues a su vez indican de manera objetiva, de conformidad en general con los anexos técnicos de los contratos o los términos de referencia de las convocatorias, invitaciones o solicitudes de los procedimientos de contratación, los componentes o elementos inherentes a la

⁴⁷ Artículo 53 Bis de la LAASSP; Artículo 97 del RLAASSP; que establecen además que El Oficial Mayor o equivalente de la dependencia o entidad, o bien el servidor público en el que éste delegue la facultad, deberá establecer el límite máximo que se aplicará por concepto de deducción de pagos a partir del cual se podrán cancelar la o las partidas objeto del incumplimiento parcial o deficiente, o bien, rescindir el contrato.

integridad del bien o servicio (*quantum*), así como los elementos o factores desagregados que fueron pactados para el estándar de calidad de la prestación del servicio o características definitorias del bien a entregar (*qualitas*). La carencia en una u otra dimensiones, cuantitativa y cualitativa, establecen el grado de deficiencia en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor, por virtud del contrato otorgado.

12. Controversias y medios para dirimirlas

En los contratos públicos, existen en general cuatro vías posibles para dirimir controversias entre el ente público y su proveedor:

i.- Utilizando el procedimiento de conciliación previsto en los Artículos 77 a 79 de la LAASSP y 129 a 136 de su Reglamento, a substanciar mediante solicitud presentada ante la Secretaría de la Función Pública.

ii.- Mediante el arbitraje u otros mecanismos de solución de controversias pactados por las partes en el contrato, previstos en los Artículos 80 a 83 de la LAASSP y 137 de su Reglamento, no pudiendo ser materia de él cuestiones relativas a la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos y los que disponga el Reglamento de la Ley, que indica además que la cláusula arbitral debe ser firmada por los directores generales de dependencias o equivalentes en las entidades, con riesgo de incurrir en responsabilidad en caso de establecer de manera irregular esta opción.

iii.- En general, en el contrato se inserta lo que establece el Artículo 85 de la LAASSP: Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de los contratos celebrados con base en esta Ley, serán resueltas por los tribunales federales, en los casos en que no se haya pactado cláusula arbitral o medio alternativo de solución de controversias, o éstas no resulten aplicables, por lo que en general esta vía resulta casi la única en la materia.

iv.- Queda abierta por último la opción mencionada en el Artículo 86 de la LAASSP, en el sentido que las leyes específicas de las entidades, pudiesen contemplar otras vías para dirimir controversias, en cuyo caso serían específicamente aplicables en la especie.

II] Control de la corrupción en las contrataciones públicas: Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas

Como complemento a la materia de la contratación pública, se encuentra la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas (LFACP), que desde su publicación en el DOF el 11 de junio de 2012 ha permanecido sin cambios, para inhibir la práctica de conductas de corrupción, habiéndose inspirado en las tres convenciones internacionales anticorrupción, de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, ratificadas por México.

Este ordenamiento, con la salvedad ya mencionada del término de su vigencia con motivo de la entrada en vigor el 19 de julio de 2017 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, con alcance que rebasa la LAASSP y la LOPSRM, presenta las siguientes características principales:

1. Objeto ⁴⁸

Consiste en establecer procedimientos, autoridades encargadas de su aplicación, responsabilidades y sanciones a imponer a personas físicas y morales en dos hipótesis. (i) Con independencia de su nacionalidad, por conductas sancionables en contrataciones públicas federales. (ii) A nacionales, por conductas sancionables en transacciones comerciales internacionales.

2. Ámbitos de aplicación

Material. La LFACP considera contrataciones públicas federales los procedimientos de contratación, sus actos previos, y aquéllos que deriven de la celebración, ejecución y cumplimiento de contratos en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios, obra pública y servicios relacionados con la misma, que lleven a cabo entes públicos del orden federal o locales y municipales con uso de recursos federales, en términos de los ordenamientos legales en materia de contrataciones públicas y con independencia del régimen especial de contratación o del esquema que se utilice para su realización, incluyendo actos y

⁴⁸ Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas [LFACP] [Federal Law on Anticorruption in Public Procurement] art. 1, f. I - III.

procedimientos relativos a concurso o convocatoria o licitación pública para el otorgamiento de permisos y concesiones de carácter federal o su prórroga, así como cualquier otra autorización o trámite relacionados con las contrataciones públicas⁴⁹.

Asimismo considera transacciones comerciales internacionales los actos y procedimientos relacionados con la contratación, ejecución y cumplimiento de contratos en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios de cualquier naturaleza, obra pública y servicios relacionados con la misma; los actos y procedimientos relativos al otorgamiento y prórroga de permisos o concesiones, así como cualquier otra autorización o trámite relacionados con dichas transacciones, que lleve a cabo cualquier organismo u organización públicos de un Estado extranjero o que involucre la participación de un servidor público extranjero y en cuyo desarrollo participen, de manera directa o indirecta, personas físicas o morales de nacionalidad mexicana.⁵⁰

*Personal (sujetos obligados).*⁵¹ Personas físicas o morales, de nacionalidad mexicana o extranjeras, que participen en las contrataciones públicas de carácter federal, en su calidad de interesados, licitantes, invitados, proveedores, adjudicados, contratistas, permisionarios, concesionarios o análogos; así como los accionistas, socios, asociados, representantes, mandantes o mandatarios, apoderados, comisionistas, agentes, gestores, asesores, consultores, subcontratistas, empleados o que con cualquier otro carácter intervengan en las contrataciones públicas, por cuenta o en interés de los primeros.

Personas físicas o morales de nacionalidad mexicana que participen, de manera directa o indirecta, en el desarrollo de transacciones comerciales internacionales.

Servidores públicos que participen, directa o indirectamente, en las contrataciones públicas de carácter federal, que como tales además están sujetos al régimen de responsabilidades establecidas en el Título Cuarto de la Constitución.

Espacial México, en relación a conductas consideradas contrataciones públicas federales. Cualquier otro país, sin

⁴⁹ Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas [LFACP] [Federal Law on Anticorruption in Public Procurement] art. 3, f. III.

⁵⁰ Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas [LFACP] [Federal Law on Anticorruption in Public Procurement] art. 3, f. XVI.

⁵¹ Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas [LFACP] [Federal Law on Anticorruption in Public Procurement] art-2, f. I - IV.

condición de reciprocidad (no sujeto a tratados vigentes), en relación a transacciones comerciales internacionales.

3. Autoridades y órganos de aplicación ⁵²

La Secretaría de la Función Pública (SFP), en el ámbito de la Administración Pública Federal y de la Procuraduría General de República (PGR), así como de las entidades federativas, los municipios y los órganos político administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) que lleven a cabo contrataciones públicas de carácter federal. Además, la SFP así como los titulares de los Órganos Internos de Control y los titulares de las áreas de quejas y de responsabilidades de dichos Órganos, serán autoridades competentes para la investigación, tramitación, sustanciación y resolución, en su caso, del procedimiento y recurso establecidos en la Ley.

i.- La Cámara de Senadores y la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión; ii.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Consejo de la Judicatura Federal y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; iii.- El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (hoy Tribunal Federal de Justicia Administrativa); iv.- Las Juntas de Conciliación y Arbitraje, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje y los tribunales agrarios; v.- El Instituto Federal Electoral (actualmente el INE); vi.- La Auditoría Superior de la Federación; vii.- La Comisión Nacional de los Derechos Humanos; viii.- El Instituto Nacional de Estadística y Geografía; ix.- El Banco de México; x.- Los demás órganos públicos autónomos que determinen las leyes.

4. Tipos de conductas sancionables ⁵³

En contrataciones públicas federales, realizadas por particulares, en caso que:

i.- Prometa, ofrezca o entregue dinero o cualquier otra dádiva a un servidor público o a un tercero, a cambio de que dicho servidor público realice o se abstenga de realizar un acto relacionado con sus funciones o con las de otro servidor público, con el propósito de obtener o mantener un beneficio o ventaja, con

⁵² Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas [LFACP] [Federal Law on Anticorruption in Public Procurement] art. 4, f. I - XI.

⁵³ Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas [LFACP] [Federal Law on Anticorruption in Public Procurement] Arts. 8, f. I - VIII & 9.

independencia de la aceptación o recepción del dinero o de la dádiva o del resultado obtenido.

ii.- Cuando la promesa u ofrecimiento de dinero o cualquier dádiva se haga a un tercero, que de cualquier forma intervenga en el diseño o elaboración de la convocatoria de licitación pública o de cualquier otro acto relacionado con el procedimiento de contratación pública federal.

iii.- Ejecute con uno o más sujetos acciones que impliquen o tengan por objeto o efecto obtener un beneficio o ventaja indebida en las contrataciones públicas.

iv.- Realice actos u omisiones que tengan por objeto o efecto participar en contrataciones públicas no obstante que por disposición de ley o resolución administrativa se encuentre impedido para ello.

v.- Realice actos u omisiones que tengan por objeto o efecto evadir los requisitos o reglas establecidos en las contrataciones públicas o simule el cumplimiento de éstos.

vi.- Intervenga en nombre propio pero en interés de otra u otras personas que se encuentren impedidas para participar en contrataciones públicas con la finalidad de que ésta o éstas últimas obtengan, total o parcialmente, los beneficios derivados de la contratación.

vii.- Obligue sin tener derecho a ello, a un servidor público a dar, suscribir, otorgar, destruir o entregar un documento o algún bien, con el fin de obtener para sí o un tercero una ventaja o beneficio.

viii.- Promueva o use su influencia, poder económico o político, reales o ficticios, sobre cualquier servidor público, con el propósito de obtener para sí o un tercero un beneficio o ventaja, con independencia de la aceptación del servidor o de los servidores públicos o del resultado obtenido.

ix.- Presente documentación o información falsa o alterada con el propósito de lograr un beneficio o ventaja.

En transacciones comerciales internacionales, realizadas por particulares, en caso que: Por sí o a través de un tercero, prometan, ofrezcan o entreguen dinero o cualquier otra dádiva indebida, a un servidor público extranjero o a un tercero, a cambio de que dicho servidor público realice o se abstenga de realizar un acto relacionado con sus funciones o con las de otro servidor público extranjero, con la finalidad de obtener o mantener un beneficio o ventaja, con independencia de la aceptación o del resultado obtenido.

5. Procedimiento de investigación ⁵⁴

La investigación, previa al procedimiento administrativo sancionador, puede iniciarse de oficio o por denuncia presentada mediante CompraNet, o la formulada por instituciones públicas contratantes o cualquier otra autoridad, las cuales deberán remitirla a la SFP u OIC, o la de particulares en la que señalen, bajo protesta de decir verdad, las presuntas infracciones, con sanción en caso de falsedad.

La ley admitió la posibilidad de recibirse denuncias anónimas a través de los medios establecidos para tal efecto, o denuncias internacionales formuladas por un Estado extranjero u organismo u organización públicos internacionales, en las que se deberán precisar las presuntas infracciones, sin detrimento de las vías de la denuncia ciudadana.

En todo caso las autoridades competentes tienen la obligación de mantener con carácter confidencial la identidad de las personas denunciantes, así como la de aquéllas que pretendan acogerse al beneficio de reducción de sanciones de la ley.

Todo servidor público tiene obligación de denunciar por escrito las acciones u omisiones de las que tuviere conocimiento en ejercicio de sus funciones y que pudieren ser sancionables, incurriendo en responsabilidad en caso de omisión.

Una vez recibida la denuncia, corresponde a las autoridades competentes el inicio en su caso de la investigación y los sujetos de investigación deberán atender los requerimientos fundados y motivados, formulados por las autoridades competentes, pudiendo imponérseles multas.

Las instituciones públicas contratantes deben atender las solicitudes de información requeridas por las autoridades competentes, pudiendo imponérseles multas salvo que exista mandato legal o judicial o causa justificada que se los impida.

Las autoridades de investigación podrán llevar a cabo las diligencias para mejor proveer que se estimen necesarias, incluyendo solicitud de documentación e información a cualquiera otra persona física o moral, tendiente a comprobar las presuntas infracciones.

Una vez que se concluyan las diligencias de investigación, las autoridades de investigación procederán al análisis de la información recabada, para determinar la procedencia del inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador.

⁵⁴ Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas [LFACP] [Federal La won Anticorruption in Public Procurement] arts. 10 - 17.

Si no encontrasen elementos suficientes para demostrar la existencia de la infracción y la probable responsabilidad del infractor, se emitirá acuerdo de conclusión y archivo del expediente, sin perjuicio de que pueda abrirse nuevamente la investigación si se presentan nuevos indicios y no hubieren prescrito las facultades para sancionar.

6. Procedimiento administrativo sancionador ⁵⁵

Si como resultado de la investigación se advirtieren elementos suficientes que hagan presumir la existencia de alguna de las infracciones mencionadas la autoridad competente dictará acuerdo de inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador.

Dentro de los 15 días hábiles siguientes a que surta efectos la notificación del acuerdo de inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador, el presunto infractor podrá manifestar lo que a su derecho convenga, por escrito firmado bajo protesta de decir verdad o mediante comparecencia ante la autoridad competente, debiendo dar respuesta a todos y cada uno de los actos que se le imputan, ofreciendo y presentando las pruebas que estime pertinentes.

Si el presunto infractor confesara su responsabilidad, se procederá de inmediato a dictar resolución, salvo que las autoridades competentes dispongan la recepción de pruebas para acreditar la veracidad de la confesión.

Si el presunto infractor no manifestare por escrito lo que a su derecho convenga o no compareciere dentro del plazo previsto o dejare de responder alguna de las conductas o hechos que se le imputan, éstos se tendrán por ciertos, salvo prueba en contrario.

Desahogadas las pruebas, se concederá al presunto infractor un plazo de cinco días hábiles para formular alegatos. Transcurrido este plazo, se cerrará la instrucción y se dictará la resolución que corresponda en un plazo que no excederá de 40 días hábiles.

La resolución que se dicte decidirá sobre la inexistencia de responsabilidad o sobre la imposición de las sanciones, debiendo notificarse en un plazo no mayor de 10 días hábiles. Los sujetos sancionados en términos de la ley, podrán interponer el recurso de revisión previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo o acudir en demanda de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

⁵⁵ Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas [LFACP] [Federal La won Anticorruption in Public Procurement] arts. 18 - 26.

7. Sanciones ⁵⁶

Se prevén las siguientes sanciones para las Personas Físicas:

i.- Multa equivalente a la cantidad de 1,000 a 50,000 veces el salario mínimo diario general vigente para el Distrito Federal (actualmente UMA's).

ii.- Tratándose de permisos, concesiones, autorizaciones o trámites relacionados con Contrataciones Públicas federales o Transacciones Comerciales Internacionales, la multa máxima prevista en el párrafo anterior podrá incrementarse hasta en un 50%, cuando existan elementos objetivos para determinar por parte de la autoridad competente que el beneficio obtenido por el infractor fue superior a la multa máxima.

iii.- Para el caso de Contrataciones Públicas Federales realizadas en términos de los ordenamientos legales en materia de contrataciones públicas, si la multa máxima resulta menor al 30% del monto del contrato, se impondrá una multa de entre el 30 y hasta el 35% del monto del contrato si este último le fue adjudicado al infractor.

iv.- Inhabilitación para participar en contrataciones públicas de carácter federal por un periodo que no será menor de tres meses ni mayor de ocho años.

Respecto a Personas Morales:

v.- Multa equivalente a la cantidad de 10,000 hasta 2'000,000.00 de veces el salario mínimo diario general vigente para el Distrito Federal, aplicándose el mismo criterio que para las personas físicas (UMA's).

vi.- Inhabilitación para participar en contrataciones públicas de carácter federal por un periodo que no será menor de tres meses, ni mayor de diez años.

Es de recordar que las multas tienen el carácter de créditos fiscales y se fijan en cantidad líquida, ejecutándose de la misma manera.

Asimismo, las facultades de imposición de sanciones administrativas prescriben en diez años, contados a partir del día siguiente de aquél en que se hubieren cometido las infracciones o a partir del momento en que hubieren cesado, si fueren de carácter continuo.

También existe la posibilidad de que la persona que hubiere incurrido en alguna de las infracciones o que participe en su realización, pueda confesar su responsabilidad con el objeto de

⁵⁶ Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas [LFACP] [Federal Law on Anticorruption in Public Procurement] art. 27, f. I & II.

acogerse al beneficio de reducción de sanciones,⁵⁷ y su aplicación tendrá por efecto una reducción de entre el 50% y el 70% del monto de las sanciones que se impongan al responsable.

Si ya se hubiere iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionador, si el presunto infractor confiesa su responsabilidad sobre los actos que se le imputan, se le aplicará una reducción del 50% del monto de las sanciones que se impongan, siempre que lo haga dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a que surta efectos la notificación del acuerdo de inicio del procedimiento.

8. Nuevo marco constitucional anticorrupción en desarrollo

El 27 de mayo de 2015 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción, instaurando el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA).

La reforma eliminó de golpe la iniciativa para crear un Órgano Encargado de Combatir la Corrupción, para centrarse en fortalecer y rediseñar el marco institucional existente en torno de cuatro órganos principales que son: la Auditoría Superior de la Federación, el Tribunal de Justicia Administrativa, la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción y la Secretaría del Ejecutivo Federal encargada del Control Interno y a los propios Órganos Internos de Control, más otras dos figuras más, los Comités Coordinador y de Participación Ciudadana.

Para que el funcionamiento de los órganos del SNA y la entrada en vigor pleno de las disposiciones que integran la reforma constitucional comentada fueran viables, sus Artículos transitorios previeron la elaboración y aprobación de diversas leyes, la mayoría de las cuales, salvo la relativa a evaluación, se publicaron en el decreto de fecha 18 de julio de 2016 ya mencionado. Dichas leyes previstas en la reforma constitucional de 27 de mayo de 2015 son:

Ley General que establezca las bases de coordinación del Sistema Nacional Anticorrupción.

Ley General que distribuya competencias entre los órdenes de gobierno para establecer las responsabilidades administrativas de los servidores públicos, sus obligaciones, las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que éstos incurran y las que correspondan a los particulares vinculados con faltas

⁵⁷ Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas [LFACP] [Federal Law on Anticorruption in Public Procurement] art. 31.

administrativas graves que al efecto prevea, así como los procedimientos para su aplicación.

Ley que instituya el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

Reformas a la organización y facultades de la Auditoría Superior de la Federación (pueden ser reformas a la vigente Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación).

Reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (a fin de fortalecer a la Secretaría encargada del control interno del Ejecutivo Federal).

Reformas, en su caso, a las demás que normen la gestión, control y evaluación de los Poderes de la Unión y de los entes públicos federales.

III J Disposiciones de prevención y combate a la corrupción en las contrataciones públicas, contenidas en los ordenamientos secundarios del Decreto de 18 de julio de 2016

Tanto la administración de recursos como la intervención en procedimientos de contrataciones públicas, pueden relacionarse con hipótesis previstas en la Ley General de Responsabilidades Administrativas que entrará en vigor el 19 de julio de 2017, que contiene causales de responsabilidad no grave en las nueve fracciones de su Artículo 49, así como causales de responsabilidades graves en sus Artículos 52 a 64, que comprenden, a saber: cohecho (Artículo 52); peculado (Artículo 53); desvío de recursos públicos (Artículo 54); utilización indebida de información (Artículo 55); abuso de funciones (Artículo 57); actuación bajo conflicto de interés (Artículo 58); contratación indebida (Artículo 59); enriquecimiento oculto u ocultamiento de conflicto de interés (Artículo 60); tráfico de influencias (Artículo 61); encubrimiento (Artículo 62); desacato (Artículo 63); obstrucción de la justicia (Artículo 64); todo ello como resultado de la reforma ya mencionada de 27 de mayo de 2015.

En particular, es de considerarse lo establecido en la obligación prevista en la fracción IX del Artículo 49 de la nueva Ley General de Responsabilidades Administrativas, cuya omisión es considerada como causal de responsabilidad no grave y que consiste en que todo servidor público debe cerciorarse, antes de la celebración de contratos de adquisiciones, arrendamientos o para la enajenación de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza o la contratación de obra pública o servicios

relacionados con ésta, que el particular manifieste bajo protesta de decir verdad que no desempeña empleo, cargo o comisión en el servicio público o, en su caso, que a pesar de desempeñarlo, con la formalización del contrato correspondiente no se actualiza un Conflicto de Interés.

Las manifestaciones respectivas deberán constar por escrito y hacerse del conocimiento del Órgano interno de control, previo a la celebración del acto en cuestión, agregando que en caso de que el contratista sea persona moral, dichas manifestaciones deberán presentarse respecto a los socios o accionistas que ejerzan control sobre la sociedad y precisando que se entiende que un socio o accionista ejerce dicho control cuando se trate de administradores o formen parte del consejo de administración, o bien conjunta o separadamente, directa o indirectamente, mantengan la titularidad de derechos que permitan ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital, tengan poder decisorio en sus asambleas, estén en posibilidades de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de tomar las decisiones fundamentales de dichas personas morales.

Asimismo, es de considerarse respecto de las causales de responsabilidades consideradas como graves, que éstas pueden estar referidas a los procedimientos de contratación, pero además el ordenamiento en comento prevé específicamente en su Artículo 59, como conducta o tipo de contratación indebida, cuando el servidor público que autorice cualquier tipo de contratación, así como la selección, nombramiento o designación, de quien se encuentre impedido por disposición legal o inhabilitado por resolución de autoridad competente para ocupar un empleo, cargo o comisión en el servicio público o inhabilitado para realizar contrataciones con los entes públicos, siempre que en el caso de las inhabilitaciones, al momento de la autorización, éstas se encuentren inscritas en el sistema nacional de servidores públicos y particulares sancionados de la Plataforma Digital Nacional cuya creación y funcionamiento están previstos en el mismo ordenamiento y en la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, asimismo publicada el 18 de julio de 2016.

Además de las menciones efectuadas respecto del Artículo 134 constitucional relacionadas con las contrataciones públicas contenidas en ordenamientos derivados de la reforma de 27 de mayo de 2015 en materia de combate a la corrupción, publicados el 18 de julio de 2016, es de considerarse asimismo el contenido de la reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal publicada con el conjunto de leyes secundarias en esa

misma fecha, que tiene repercusión en materia de aplicación de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público. En dicho ordenamiento, se reformaron los Artículos 19; 26; 31, fracciones XII, XXI, XXIV, XXIX, XXX, XXXIII y XXXIV; 37; 44 y 50, y se derogaron las fracciones XXII, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXXI y XXXII del Artículo 31, principalmente para precisar los asuntos encomendados a la Secretaría de la Función Pública en el Artículo 37.

En el texto reformado de Artículo 37, se estableció en la fracción IX una atribución de vigilancia de cumplimiento de normatividad aplicable a dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, consistente en fiscalizar directamente o a través de los órganos internos de control, que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y la Procuraduría General de la República cumplan con las normas y disposiciones, entre otras materias, relativas a contratación de adquisiciones, arrendamientos y servicios. Asimismo, la fracción XXI confirmó la atribución otorgada a la misma dependencia por la versión vigente en 2012, consistente en establecer y conducir la política general de las contrataciones públicas reguladas por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Es de precisar que en la nueva redacción de julio de 2016, se eliminó la facultad que le correspondía a esta Secretaría en materia de desincorporación de activos. Se incluyeron los criterios contenidos en las leyes mencionadas, derivados del Artículo 134 constitucional y se adicionó la facultad de emitir instrumentos normativos que se requieran para las contrataciones públicas, lo que es de hecho una facultad reglamentaria. Se estableció la facultad que ya se ejercía, pero con rango de inclusión legislativa, de asesoría normativa con carácter preventivo en procedimientos de contratación. Se adicionó la facultad de propiciar la coordinación, cooperación y búsqueda de homologación en materia de contrataciones, con los demás poderes públicos, entes autónomos y los órdenes de gobierno locales. Se precisó que la homologación a buscar estaría encaminada a establecer un sistema de contrataciones nacional y articulado.

Por otra parte es de considerarse, en relación a las disposiciones de la nueva Ley General de Responsabilidades Administrativas mencionadas previamente a propósito del Artículo 134 constitucional, que el contenido del Título Quinto relativo a las infracciones y sanciones de la LAASSP, deberá adecuarse a las disposiciones del nuevo régimen de responsabilidades aplicables a todo servidor público, con carácter de ordenamiento nacional o general, el cual tendrá plena vigencia a partir del 19 de julio de

2017, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo tercero transitorio del decreto de publicación de la Ley General de Responsabilidades Administrativas de 18 de julio de 2016.

Guardando afinidad con las disposiciones mencionadas, es de considerarse que con fecha 5 de enero de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo por el que se establece la obligación de incorporar a CompraNet la información relativa a la planeación de las contrataciones y la ejecución de contratos que regula la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las Mismas, a través del cual, la Secretaría de la Función Pública, merced a las atribuciones conferidas en el Artículo 37, fracciones XXI y XXIII, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, establecerá acciones que propicien la integridad y la transparencia en la gestión pública, la rendición de cuentas y el acceso por parte de los particulares a la información que aquella genere, a través de un solo medio de difusión electrónica.

En este orden de ideas, y como antecedente, a partir del año 2012, se inició un movimiento global para promover la divulgación de información sobre contrataciones públicas y la participación de diversos actores en las mismas, cuyo resultado fue la creación de la Alianza para las Contrataciones Abiertas, en la cual México ha sido un activo protagonista, desde la adopción en el año de 2013 del compromiso del Gobierno Federal de apoyar sus principios, hasta la realización de acciones concretas en la materia con la participación de representantes de la sociedad civil, del sector privado y del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales. Dicha Alianza ha diseñado el Estándar de Datos de Contrataciones Abiertas, como una herramienta que permite difundir públicamente de manera homologada y organizada, información sobre el ciclo de la contratación pública, para lo cual México fue considerado un país idóneo para la validación del referido Estándar y el Gobierno Federal ha aceptado la adopción del mismo, aplicándose actualmente como proyecto piloto en algunas contrataciones representativas del ámbito federal.

Por tal motivo, el Estándar de Datos de Contrataciones Abiertas señalado, está armonizado con el marco que regula las contrataciones públicas sujetas a las leyes de la materia, por lo que dicho Estándar constituye el referente conforme al cual CompraNet debe alinearse para difundir la información relativa a la planeación de las contrataciones y la ejecución de los contratos, de manera que CompraNet se erige en el sitio electrónico para la difusión de la información correspondiente.

El 12 de enero de 2017, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación sendas reformas al Reglamento Interior de la Secretaría de la Función Pública, a fin de adecuar su marco competencial a las nuevas atribuciones que se le confieren dentro del Sistema Nacional Anticorrupción, dentro de las cuales se encuentra el ámbito de la contratación pública, dejando en claro que ciertas facultades residuales las conservará su homóloga de Hacienda y Crédito Público.

Esperemos lo mejor de este esfuerzo reformador, por la convicción que compartimos los más de que la transparencia, la participación y el imperio de la ley son los mejores instrumentos que en todo el orbe han demostrado inhibir la desviación del poder por parte de unos en perjuicio de las mayorías, no sólo en las contrataciones públicas, sino en todos los ámbitos de actuación del Estado Mexicano.

Bibliografía

- (i) Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
- (ii) Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas.
- (iii) Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
- (iv) Reglamento de la Ley del Servicio de Tesorería de la Federación
- (v) Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.
- (vi) Reglas para la aplicación de las reservas contenidas en los capítulos o títulos de compras del sector público de los tratados de libre comercio suscritos por los Estados Unidos Mexicanos Diario Oficial de la Federación [DOF], 28 de diciembre de 2010.

Fecha de recepción: 27 de junio de 2017

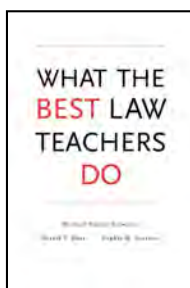
Fecha de aprobación: 9 de octubre de 2017

Reseña de libros

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
09 SEMESTRE II
2017
AÑO 5



“What the Best Law Teachers Do” (“Lo que Hacen los Mejores Maestros de Derecho”) Michael Hunter Schwartz, Gerald F. Hess & Sophie M. Sparrow¹

GUILLERMO A. GATT CORONA²

*“In education, there is neither the teacher nor the taught;
there is only the continuous process of learning³”*

*“A quienes en el tiempo han sido mis alumnos,
con profundo agradecimiento por lo que me han enseñado⁴”*

Resumen. Este artículo presenta las ideas principales extraídas de la obra “What the Best Law Teachers Do”. Las conclusiones a las que llegamos después del extensivo estudio a excepcionales maestros de derecho que hicieron los autores son importantes enseñanzas para todos los catedráticos de Derecho que se interesen por seguir mejorando en su vocación educativa.

Palabras clave: Aprendizaje, enseñanza del Derecho.

¹ SCHWARTZ Michael Hunter, HESS Gerald F, & SPARROW Sophie M., *What the Best Law Teachers Do*, Harvard University Press, Cambridge, 2013.

² Abogado y Notario Público, Profesor de Derecho en la universidad Panamericana y el ITESO.

³ Jiddu Krishnamurti.

⁴ Agradezco al Lic. J. Francisco Macías Calleja y Andrea Gatt Ontiveros por su revisión y comentarios a este texto.

Abstract. *This article presents the author's extractions and opinions about the book "What the Best Law Teachers Do". The conclusions to which we arrive after an extensive study of exceptional professors are important teachings for all of those devoted to the education of Law.*

Keywords: *Learning, teaching Law.*

Alguna vez le preguntaron al Padre Xavier Scheifler Amézaga, S.J., por qué tenía en su oficina una imagen de la obra de Francisco de Goya y Lucientes llamada simplemente "Saturno" o también "Saturno devorando a su hijo".⁵ Scheifler respondió algo así como *No quiero que se me olvide que a los hijos y a las instituciones hay que dejarlos crecer, dejarlos ser ellos mismos, dejarlos que superen a las personas que les dieron origen. Hay que evitar devorarlos por el miedo a perder el control sobre lo que uno puede considerar su creación.*⁶ Me parece fundamental que quienes tenemos el privilegio de ser catedráticos de Derecho, lo recordemos constantemente.

Después de impartir clases por más de dos décadas, me enorgullece enormemente encontrarme en el ámbito personal, profesional y académico con quienes, habiendo sido mis estudiantes en algún momento, hoy me han superado ampliamente en conocimiento y ejercen con congruencia ética su profesión. Sería hipócrita no reconocer que, en otros casos, me cuestiono de forma crítica cuando advierto que algún exalumno, exitoso en lo económico o lo político ha dejado de vivir los valores y virtudes que en cada clase busco expresar y se hacen notar por no servir a su cliente, corromperse o buscar simplemente su propio bienestar económico, dejando a un lado el reconocimiento de la persona en el otro (el cliente, el tribunal, la contraparte). ¿Qué más pude haber hecho? ¿Que debería haber realizado de manera distinta?

Resulta cada vez más claro que el gran reto de quienes impartimos clases por mucho tiempo consiste precisamente en no creer que el hecho de tener muchos años de experiencia es suficiente para enfrentarse al nuevo grupo. Las reformas en el derecho, la multiplicidad de fuentes, los cambios generacionales y

⁵ La obra puede admirarse en el Museo del Prado en Madrid. Técnica mixta sobre revestimiento mural tralsadado a lienzo, 1820-1823. www.museodelprado.es/coleccion/artista/goya-y-lucientes-frandisco-de consultado el 05 de agosto, 2017.

⁶ RODRÍGUEZ BELTRÁN Rubén, *El Viejo Scheifler* en *Magis*, No. 401, Diciembre 2007 – Enero 2008.

las distintas formas de formar juristas requieren de nuestra adaptación, creatividad y esfuerzo permanente. Debemos constantemente recordar que lo fundamental no es que los estudiantes vean todo lo que sé, sino que el profesor pueda de la mejor manera, coadyuvar en su formación (en lo estrictamente jurídico y, por supuesto, especialmente con el ejemplo, en lo ético).

Afortunadamente, quienes participan en el diseño curricular de las distintas Facultades del Derecho han adoptado cada vez más la actitud de reflexionar y modificar para mejorar. Un buen ejemplo, fue el Congreso CEEAD de Educación Jurídica que tuvo lugar en Guadalajara en abril de 2017 en diversas sedes, entre ellas, la Universidad Panamericana, el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO) y la Universidad de Guadalajara. Así, hoy se ponen en práctica, se ensayan y enriquecen distintas técnicas de formación jurídica con modelos por competencias, métodos del caso y del proyecto, clínicas, *moot courts*, entre otros.

Éste es el marco en el que Schwartz,⁷ Hess⁸ y Sparrow⁹ presentan su libro *What the Best Law Teachers Do*. El texto (355 páginas divididas en 10 capítulos) busca responder justamente a esa pregunta: ¿Qué es lo que hace que un profesor de derecho sea considerado por sus alumnos, exalumnos y pares como uno de los mejores?

Los autores buscaban estudiar a quienes eran calificados como *profesores de derecho extraordinarios* quienes, acorde principalmente a quienes asistieron a sus cátedras, tienen efectos significativos, positivos y de largo alcance en sus alumnos. De entre más de 250 candidatos, eligieron a 26 maestros cuya calidad en la enseñanza era calificada como desafiante e inspiradora. A través del texto, Schwartz, Hess y Sparrow deshilvanan los atributos que estos profesores de toda clase de Universidades en los Estados

⁷ Schwartz es un autor prolijo y ha publicado entre otras obras las siguientes: (i) *Expert Learning for Law Students*, Carolina Academic Press, 2ª Edición, 2008, (ii) *Teaching Law by Design: Engaging Students from the Syllabus to the Final Exam* en coautoría con Sophie M. Sparrow, Carolina Academic Press, 2016, (iii) *Techniques for Teaching Law* en coautoría con Steven I. Friedland, Carolina Academic Press, 2011, (iv) *Contracts* en coautoría con Adrian Walters, Carolina Academic Press, 2ª Edición, 2015, entre otros.

⁸ Autor también de (i) *Civil Procedure* en coautoría con Scott R. Bauries, Carolina Academic Press, 2015 y (ii) *Teaching Law by Design for Adjuncts*, en coautoría con Sophie Sparrow, Carolina Academic Press, 2010.

⁹ Autora también de (i) *Working Together in Law: Teamwork and Small Group Skills for Legal Professionals* en coautoría con Eileen Scallen, Carolina Academic Press, 2014, (ii) *Teaching Law by Design for Adjuncts*, en coautoría con Gerald F. Hess, Carolina Academic Press, 2010.

Unidos de América¹⁰ tienen para dejar una huella tan honda en sus educandos.

En cada capítulo, los autores no solo reflejan sus hallazgos, sino que transcriben lo que dijeron los exalumnos y pares, y ellos mismos en entrevistas, a través de las múltiples facetas de estos académicos. Los profesores examinados tenían algunas características comunes: i.- Estructuraban a conciencia sus sesiones de clase para lograr determinados fines (aunque con enorme flexibilidad para temas coyunturales o inquietudes del alumnado);¹¹ ii.- mostraban interés en sus pupilos,¹² retroalimentando su aprendizaje,¹³ y sabiendo resolver con inteligencia y creatividad (pero sin hostilidad) los problemas que en ocasiones pueden significar las conductas de algunos estudiantes,¹⁴ iii.- hacían que las clases resultaran relevantes y iv.- eran extremadamente efectivos con sus métodos de enseñanza,¹⁵ incluyendo un importante énfasis en el método socrático.¹⁶

Como dice Pérez Hurtado, al definir los conocimientos, habilidades y actitudes que deben adquirirse... así como los mecanismos para garantizarlos y evaluarlos, podemos concentrarnos en lo realmente importante para cada etapa de formación y encausaremos mejor las expectativas que se tienen para la Licenciatura en Derecho.¹⁷

En la propuesta de los autores, el curso debe buscar ser inspirador y auto sustentable. Los contenidos son relevantes e indispensables (no importa qué método formativo se emplee, los alumnos deben saber qué y cuándo, para poder responder con

¹⁰ *The subjects teach at law schools in every region in the country and, in very rough terms, they teach at law schoold distributed equally throughout the US News rankings.* SCHWARZ et. al., *Op. cit.*, p. 14.

¹¹ *Ibidem*, p. 183.

¹² *While technique influences student learning, law teachers' attitudes and relational behaviours are even more critical to the learning process... Every day in class, the teachers we studied connect with their students on a personal level and show their passion for teaching and student learning. These teachers show their caring and passion in a wide variety of ways, such as listening carefully, visibly delighting in students' insights and questions, teaching with energy and enthusiasm, being encouraging and empathetic, and being flexible.* *Ibidem*, p. 187.

¹³ *Ibidem*, p. 273.

¹⁴ *Ibidem*, p. 241.

¹⁵ *Ibidem*, p. 177.

¹⁶ *Ibidem*, p. 222.

¹⁷ PÉREZ HURTADO Luis Fernando & ESCAMILLA CERÓN Sandra, *¿Cómo Mejorar la Enseñanza del Derecho en México?* en ABA ROLI MÉXICO, *Dilemas Contemporáneos Sobre el Ejercicio de la Abogacía en México*, Iniciativa para el Estado de Derecho, México, 2015, p. 8

precisión el para qué y el cómo), pero no suficientes, los autores afirman:

El desarrollo personal excepcional es inspirador y auto sustentable. Mucho después que el curso ha concluido, los estudiantes se sienten inspirados a continuar con su exploración y desarrollo, y han aprendido cómo aprender en ese campo del conocimiento. En síntesis, el desarrollo personal excepcional incluye tanto la motivación intrínseca para ser personas que aprenden de manera vitalicia, y las habilidades de auto regulación necesarias para lograrlo.¹⁸

Es indispensable que los futuros abogados conozcan el Derecho, lo cuestionen, analicen y critiquen, para poder enfrentarse con éxito a los retos que implica la profesión y a saber responder con sólidas convicciones éticas. Tendrán en sus manos el patrimonio, empleos, libertad y familia de otros; deben ser capaces de reconocerse como personas inteligentes que podrán dirimir estos temas de manera cabal. Resulta sin duda cierto que:

Uno de los más importantes retos de la educación en materia jurídica se encuentra en lograr el equilibrio, y sobre todo la complementación, entre una experiencia de corte académico, con una lógica y ritmos peculiares, con la praxis y conocimientos que supone el ejercicio de la abogacía en el foro. En este sentido, se torna indispensable tener en cuenta datos importantes. Por ejemplo, prácticamente en todos los países desarrollados ningún estudiante trabaja como pasante antes de terminar su carrera.¹⁹

El académico debe ser capaz de convencer al estudiante que el éxito profesional no se mide solamente (ni especialmente) por el logro económico que pueda tener, sino por una multiplicidad de elementos donde destacan reducir la impunidad y la corrupción, reducir la brecha injusta de riqueza, otorgar certeza jurídica a quienes tradicionalmente no la tienen, fortalecer la protección a la dignidad de la persona humana, coadyuvar al bien común.²⁰

¹⁸ *Exceptional personal development is inspiring and self-sustaining. Long after the course has ended, students feel inspired to continue their exploration and development, and they have learned how to learn in the field. In short, exceptional personal development includes both the intrinsic motivation to be life-long learners and the self-regulation skills needed to do so.* SCHWARZ et. al., *Op. cit.*, p. 31. (Traducción del autor).

¹⁹ HERNÁNDEZ FRANCO Juan Abelardo et al, *Nuevos Perfiles de la Educación Jurídica en México*, Editorial Porrúa – Universidad Panamericana, México, 2006, p. 18.

²⁰ SCHWARZ et. al., *Op. cit.*, p. 72.

Para lograr eso, el profesor de Derecho debe generar una comunicación efectiva con sus estudiantes, lo cual inicia con ideas tan elementales como aprenderse el nombre de cada uno de ellos y tratarlos (y exigir que el trato entre ellos sea igual) con profundo respeto,²¹ especialmente en aquellos temas en los que se tienen diferencias – aún profundas – en convicciones fundamentales.²²

En tanto que estos profesores de Derecho sobresalientes transmiten altas expectativas a cada uno de sus alumnos, también encuentran la manera de individualizar dichas expectativas. Asumen que cada estudiante trae consigo sus propias debilidades y fortalezas, y que cada estudiante inicia desde un lugar único y se enfrenta a retos distintos.²³

Los estudiantes aprenden más (en la opinión de los autores) cuando los profesores utilizan su experiencia para conectar la teoría (y los valores inherentes a ésta) con el foro práctico²⁴ y reciben retroalimentación positiva.²⁵ Además, los alumnos desarrollan más sus capacidades cuando logran advertir su propio potencial, como lo señalan los autores: *Profesores excepcionales como estos ven el potencial y la promesa que significan sus estudiantes y les ayudan a ver esas cualidades en ellos mismos.*²⁶

Schwartz, Hess y Sparrow sugieren además que los profesores tenemos que buscar ser atentos, auténticos y apasionados, siendo congruentes, empáticos, expresivos y humildes como sugiere Ruthann Robson, profesor de Derecho Familiar:

Impartir cátedra en el salón de clases no se trata solo de desempeño. Creo que uno debe tener un ego particularmente fuerte, y al mismo tiempo, ningún ego cuando uno da clases. Es importante poder confrontar la mirada de todos los estudiantes y ser el centro de atención, asumiendo el control y no dejando que algún estudiante en particular pueda descarrilar la clase. Es

²¹ *Ibidem*, p. 78.

²² *Ibidem*, p. 81.

²³ While these outstanding law teachers convey high expectations for every student, they also find ways to individualize their expectations. They assume that each student brings her own strengths and weaknesses, that every student starts from a unique place and faces different challenges. *Ibidem*, p. 132. (Traducción del autor).

²⁴ *Ibidem*, p. 66.

²⁵ *Ibidem*, p. 130.

²⁶ Exceptional law teachers like these see the potential and promise in their students and help students see those qualities in themselves. *Ibidem*, p. 91. (Traducción del autor).

*igualmente importante comprender que la clase no es sobre mí o acerca de sentirme bien. El proyecto central es el aprendizaje del alumno.*²⁷

Eso no significa que el profesor no sea exigente. Al contrario, es una falta de respeto al alumno, no requerir del estudiante prepararse de una manera comprometida, sería y profunda con los contenidos, y generar las competencias necesarias para desarrollar la profesión con las cualidades que éste se ha propuesto, tal como lo señala Cary Bricker, una de las profesoras referidas en el texto: *Mis clases implican mucho trabajo, y los estudiantes tienen que estar listos para trabajar. El nivel de las clases es muy alto. Los estudiantes deben tomar ser convocados y estar preparados.*²⁸

*El Maestro de Derecho debe presentarse ante el salón de clases no a exhibir su conocimiento, sino a aprovecharlo para coadyuvar en la formación de sus estudiantes... sabiendo despertar el interés y el espíritu crítico de cada joven al desarrollar sus habilidades pedagógicas con la mayor calidad posible – no solo saber, sino saber enseñar y acompañar en el aprendizaje-. El académico ha de exigir de cada estudiante su potencial; si no lo hace, está desperdiciando y engañando a sus pupilos.*²⁹

Puede argüirse que el libro no aporta ideas originales, pero tenerlas en mente resulta siempre enriquecedor. También ha de señalarse que en ocasiones no refleja la vida cotidiana de una Universidad en México, sino más bien, el estilo de una Universidad norteamericana, con las diferencias culturales, laborales y sociales que eso implica; es absolutamente cierto y por ende, el lector tendrá que discernir cuáles de las propuestas resultan válidas y valiosas para nuestro entorno.

Las respuestas podrían parecer relativamente obvias, pero la conclusión final es contundente: Hay que entregarse, y reconocer la profunda valía de cada alumno, generando una relación personal

²⁷ *Teaching in the classroom is not purely performance. I think that one has to have an exceedingly strong ego and simultaneously no ego when one is teaching. It is important to be able to endure the glare of student attention and be center stage, assuming control and not letting particular students derail the class. It is equally important to understand that the class is not 'about' me or about me 'feeling good'. The central project is the student's learning. Ibidem, p. 58. (Traducción del autor).*

²⁸ *My classes are a lot of work, and students must be ready to work. Classes are pitched really high. They have to get called on and must be prepared. Ibidem, p. 124.*

²⁹ GATT CORONA Guillermo Alejandro, *Los Jóvenes Abogados en un México Convulso*, en ABA ROLI MÉXICO, *Op. cit.*, p. 20.

con cada uno de ellos. Pero más que eso, hay que convencer a cada uno de los estudiantes de todas las expectativas que tenemos (como académicos y como sociedad) puestas en ellos y el reconocimiento de sus valores para que ellos se exijan, hasta que duela.

El aprendizaje extraordinario incluye tanto el desarrollo intelectual como el personal. El desarrollo intelectual excepcional incluye una comprensión profunda de la doctrina, políticas y teoría. El desarrollo intelectual también comprende una muy amplia gama de habilidades, tales como análisis jurídico, pensamiento crítico, juicio profesional, escritura, asesoría y argumentación. El desarrollo personal excepcional incluye la auto-comprensión, confianza, motivación intrínseca, y el compromiso con el aprendizaje vitalicio. La identidad profesional, el profesionalismo, responsabilidad y la sed de justicia son también partes del desarrollo personal para los futuros juristas.³⁰

La vocación de ser profesor de Derecho requiere pasión, entrega y por supuesto, reconocimiento en la dignidad y altos atributos de los estudiantes. Exigir, corregir y evaluar son indispensables, pero solo se puede hacer mejor si se valora a todos los alumnos: A los mejores, a los que más problemas pedagógicos tienen³¹ y a la casi siempre olvidada *clase media*. El texto de Schwartz, Hess y Sparrow no solo podrá inspirarnos, sino dar ciertas sugerencias de cómo, con pequeños cambios, podemos ser mejores artífices en el acompañamiento de aprendizaje, formación y crecimiento técnico y ético de nuestros alumnos. También puede enseñarnos que la presunción, humillación y distancia personal en ningún caso alientan a que el estudiante realmente se forme.³²

³⁰ SCHWARZ et. al., *Op. cit.*, pp. 287-288. *Exceptional learning includes both intellectual and personal development. Exceptional intellectual development includes deep understanding of legal doctrine, policy, and theory. Intellectual development also encompasses a wide range of skills, such as legal analysis, critical thinking, professional judgment, writing, counseling, and advocacy. Exceptional personal development includes self-understanding, confidence, intrinsic motivation, and the commitment to lifelong learning. Professional identity, professionalism, responsibility, and the thirst for justice are part of personal development for future lawyers as well.* (Traducción del autor).

³¹ *Ibidem*, p. 87.

³² *The twenty-six teachers described in this study consistently choose to develop personal connections to their students. They know their students' names, backgrounds, and personal experiences. They view their students as collaborators and colleagues. They show profound respect to their students and insist that their students respect their teachers, their fellow students, and everyone else in the law school community.* SCHWARZ et. al., *Op. cit.*, p. 18.

Profesores hay muchos, Maestros (así, con mayúscula) muy pocos. Nuestro anhelo permanente debe ser llegar algún día a serlo.

*Quello che fa di una classe una buona classe non è che vi si apprendano date e dati ma che si stabilisca un dialogo continuo, un confronto di opinioni, una discussione su quanto si apprende a scuola e quanto avviene di fuori.*³³

Umberto Eco

Bibliografía

- DE GOYA, Francisco, www.museodelprado.es/coleccion/artista/goya-y-lucientes-frandisco-de consultado el 05 de Agosto, 2017
- ECO, Umberto, *A che serve il professore?* L'Espresso, Abril 07, 2007 en espresso.repubblica.it/opinioni/la-bustina-di-minerva/2007/04/17
- GATT CORONA, Guillermo Alejandro, *Los Jóvenes Abogados en un México Convulso*, en ABA ROLI MÉXICO
- HERNÁNDEZ FRANCO, Juan Abelardo, Olaiz Gonzalez, Jaime & RÁMIREZ GARCÍA, Hugo Saúl, *Nuevos Perfiles de la Educación Jurídica en México*, Editorial Porrúa, 2006
- PÉREZ HURTADO, Luis Fernando & Escamilla Cerón, Sandra, *¿Cómo Mejorar la Enseñanza del Derecho en México?* en ABA ROLI MÉXICO, Dilemas Contemporáneos Sobre el Ejercicio de la Abogacía en México, Iniciativa para el Estado de Derecho, México, 2015
- RODRÍGUEZ BELTRÁN, Rubén, *El Viejo Scheiffler en Magis*, Diciembre 2007 – Enero 2008
- SCHWARTZ, Michael Hunter, HESS, Gerald F, & SPARROW, Sophie M., *What the Best Law Teachers Do*, Harvard University Press, Cambridge, 2013

Fecha de recepción: 11 de agosto de 2017

Fecha de aprobación: 30 de septiembre de 2017

³³ ECO Umberto, *A che serve il professore?*, L'Espresso, Abril 07, 2007 en espresso.repubblica.it/opinioni/la-bustina-di-minerva/2007/04/17 consultado el 07 de Agosto, 2017. Traducción de Luis E. Gatt Corona: *Lo que hace de una clase una buena clase no es que se aprendan fechas y datos, sino que se establezca un diálogo continuo, un debate de opiniones, una discusión sobre lo que se aprende en la escuela y lo que llega de afuera.*

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA