

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA®**
CAMPUS GUADALAJARA

NÚMERO
17 SEMESTRE II
2021

ISSN - 2395-9541

PERSPECTIVA JURÍDICA UP, año 9, número 17, semestre II, julio-diciembre de 2021, publicación semestral editada por Centros Culturales de México, A.C., ubicada en Av. Álvaro Del Portillo número 49, Colonia Ciudad Granja, C.P. 45010, Zapopan, Jalisco, México, Tel. (33)13682200. Correo electrónico: mtovarh@up.edu.mx, Editor Responsable: Diego Robles Farías. Reserva de derechos al uso exclusivo número 04-2014-121714090400-102, ISSN 2395-9541, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Licitud de título y contenido número en trámite, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Diseño editorial e impresión: Editorial y Servicios Creativos, S. de R.L. de C.V., calle Mazamitla 3042-1, Colonia Vallarta Poniente, C.P. 44110 Guadalajara, Jalisco, México, Tel. (33)18171385. Este número terminó de imprimirse el día 30 de marzo de 2022 con un tiraje de 300 ejemplares.

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

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

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

Fecha límite de recepción de artículos para el próximo fascículo: 30 de abril de 2022. Se resolverá sobre su aceptación el 31 de mayo de 2022.

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

Comité Directivo 2021-2022

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

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

MTRA. GABRIELA DEL CARMEN DE ALBA LETIPICHIA
Directora de Posgrados

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

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

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

MTRA. ANA KARENINA URZÚA LAMAS
Secretaria Académica de Posgrados

Comité Editorial

DR. DIEGO ROBLES FARÍAS
Editor General

MTRO. MANUEL ENRIQUE TOVAR HERNÁNDEZ
Coordinador Editorial

LIC. ROMINA GUARNEROS GALAZ
Coordinadora del Comité Editorial

VALERIA BARRIOS SAGLIMBENI

JUAN PABLO GASTÉLUM LUGO

ANDREA LUNA OCHOA

LAURA SABLJAK

Mensaje de la directora

Estimada Comunidad Académica,

Para la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara, es muy satisfactorio poner a su disposición el número 17 de nuestra revista Perspectiva Jurídica UP, resultado de la reflexión jurídica, no sólo de nuestros profesores y alumnos, sino de una comunidad jurídica cada vez más amplia.

En esta edición, comenzamos con la publicación de algunos de los trabajos presentados en nuestro Quinto Congreso Internacional de Derecho Mercantil, en los que podemos leer a Daniel Echaiz Moreno, José de Jesús Gómez Coteró, Francisco González de Cossío, Víctor Manuel Peña Briseño y Diego Robles Farías.

Más adelante nos encontramos con los ensayos jurídicos de Lizbeth Bernal López, Jesús Tlacaheel Covarrubias Miranda y José Centeotl Covarrubias Miranda, Héctor Herrera Ordóñez, Sebastián Iñaki Lizárra García y Alejandro Aparicio Meléndez, María Elena Miranda Delgado, Laura Sabljak y Roxana Paola Miranda Torres e Indira Sofía Soria Morales.

Concluyendo con las reseñas de libros que hacen Nuria González Martín del libro Derecho Contractual Internacional de Diego Robles Farías; y Juan Alberto Ruvalcaba González del libro Introducción a la Responsabilidad Civil Extracontractual de Jorge Medina Villanueva.

La Facultad de Derecho, por conducto de su revista Perspectiva Jurídica UP, agradece a los autores por compartir con nosotros sus reflexiones y a ustedes por consultarla y permitir que nuestra revista continúe consolidándose como un medio de difusión del saber jurídico .

Zapopan, Jalisco, marzo de 2022

Dra. Isabel Álvarez Peña
Directora de la Facultad de Derecho

Editorial

Durante el mes de noviembre de 2021 se celebró en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara, el Quinto Congreso Internacional de Derecho Mercantil, en el que participaron ponentes mexicanos y extranjeros. El congreso se celebró por vía remota por causa de la pandemia de COVID 19. A pesar de ello, tuvo un gran éxito, principalmente por la calidad de los ponentes, el número de asistentes y la excelente organización por parte de la facultad de derecho de la Universidad.

En el presente ejemplar de la revista *Perspectiva Jurídica UP* se publican cinco de las ponencias de los congresistas, a saber: la de Daniel Echaiz Moreno, sobre *El planeamiento corporativo de empresas familiares a través del protocolo familiar*; la de José de Jesús Gómez Coterero, cuyo tema son los *Esquemas reportables y deber de diligencia*; la de Francisco González de Cossío, intitulada *Guardando las apariencias: la apariencia como motivo para cuestionar árbitros o sus decisiones*; la de Víctor Manuel Peña Briseño, cuyo título es la *Responsabilidad del accionista de control ante el adquirente de acciones por las contingencias de la sociedad emisora de las acciones objeto de enajenación* y la de Diego Robles Farías, sobre *La interpretación de los contratos internacionales*.

Participan también en esta edición los ensayos de Lizbet Bernal López sobre las *Deficiencias legislativas en la figura del Juicio de Amparo frente a particulares*; Jesús Tlacaclé y José Centeotl Covarrubias Miranda, sobre *Remote hearings in international arbitration after the COVID-19 outbreak*; Héctor Herrera Ordóñez sobre *El lenguaje inclusivo en los Estatutos Sociales de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados*; Sebastián Iñaki Lizárraga García y Alejandro Aparicio Meléndez sobre *La estructura económica distributista de la Sociedad Cooperativa en México*; María Elena Miranda Delgado, sobre *El nombre como elemento*

esencial del derecho humano a la identidad; Laura Sabljak y Roxana Paola Miranda Torres, sobre *La protección de los pueblos indígenas en tiempos de pandemia*; Indira Sofía Soria Morales sobre *El derecho a la privacidad en contraposición a la identidad facial como herramienta de seguridad en el Estado Mexicano* y

Finalmente, se publican dos reseñas de libros publicados por profesores de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara: el de Jorge Medina Villanueva intitulado *Introducción a la Responsabilidad Civil Extracontractual* preparada por Juan Alberto Ruvalcaba González y el de Diego Robles Farías cuyo título es *Derecho Contractual Internacional* que redacta Nuria González Martín. Ambos títulos publicados por la editorial Tirant lo Blanch.

Zapopan, Jalisco, marzo de 2022
Dr. Diego Robles Farías
Editor general

Contenido

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

Editorial..... p. 7

Congreso de Derecho Mercantil

El planeamiento corporativo de empresas familiares a través del protocolo familiar
por **DANIEL ECHAIZ MORENO**..... p. 13

Esquemas reportables y deber de diligencia
por **JOSÉ DE JESÚS GÓMEZ COTERO**..... p. 43

Guardando las apariencias: la apariencia como motivo para cuestionar árbitros o sus decisiones
por **FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO**..... p. 53

Responsabilidad del accionista de control ante el adquirente de acciones por las contingencias de la sociedad emisora de las acciones objeto de enajenación
por **VÍCTOR MANUEL PEÑA BRISEÑO**..... p. 77

La interpretación de los contratos internacionales
por **DIEGO ROBLES FARÍAS**..... p. 85

Estudios jurídicos

Deficiencias legislativas en la figura del Juicio de Amparo frente a particulares
por **LIZBET BERNAL LÓPEZ**..... p. 101

Remote hearings in international arbitration after the COVID-19 outbreak
por **JESÚS TLACAELEL COVARRUBIAS MIRANDA y JOSÉ CENTEOTL COVARRUBIAS MIRANDA**..... p. 121

Lenguaje inclusivo en los Estatutos Sociales de la <i>Barra Mexicana, Colegio de Abogados</i> por HÉCTOR HERRERA ORDÓÑEZ	p. 135
La estructura económica distributista de la Sociedad Cooperativa en México por SEBASTIÁN IÑAKI LIZÁRRAGA GARCÍA y ALEJANDRO APARICIO MELÉNDEZ	p. 155
El nombre como elemento esencial del derecho humano a la identidad por MARÍA ELENA MIRANDA DELGADO	p. 191
La protección de los pueblos indígenas en tiempos de pandemia por LAURA SABLJAK y ROXANNA PAOLA MIRANDA TORRES	p. 221
El derecho a la privacidad en contraposición a la identidad facial como herramienta de seguridad en el Estado Mexicano por INDIRA SOFÍA SORIA MORALES	p. 235

Reseñas de libros

Reseña del libro Derecho Contractual Internacional Autor: Diego Robles Farías por NURIA GONZÁLEZ MARTÍN	p. 259
Reseña del libro Introducción a la Responsabilidad Civil Extracontractual Autor: Dr. Jorge Medina Villanueva por JUAN ALBERTO RUVALCABA GONZÁLEZ	p. 269

Congreso de Derecho Mercantil

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO

17 SEMESTRE II
2021

El planeamiento corporativo de empresas familiares a través del protocolo familiar

DANIEL ECHAIZ MORENO¹

SUMARIO: I. *Ideas preliminares.* II. *La empresa familiar.* III. *El protocolo familiar.* IV. *Conclusión.*

Resumen. Las empresas familiares son un fenómeno mundial de gran trascendencia por el elevado número de ellas y por el papel que desempeñan en la economía internacional, sin embargo, se ven agobiadas por el problema de la transición generacional que, en muchas ocasiones, marca el inicio del fin de la empresa familiar. Desde la perspectiva jurídica, se viene implementando el llamado *protocolo familiar*, el cual es un instrumento contractual que favorece a la gestión de las empresas familiares y respecto del cual se abordará en el presente documento.

Palabras clave: Empresa familiar, planeamiento corporativo, transición generacional, grupos económicos, protocolo familiar.

Abstract. *The family businesses are a world phenomenon of great transcendence due to the high number of them and their role in the economy, nevertheless, they meet overwhelmed by the problem of the generational transition that, on many occasions, it marks the beginning of the end of the family business. From the legal view, there is a contractual instrument called family protocol that favors the management of the family businesses.*

Keywords: *Family business, corporate planning, generational transition, economic groups, family protocol.*

¹ Catedrático de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Universidad de Lima, ESAN Graduate School of Business, Universidad Continental y Universidad Tecnológica del Perú.

I] Ideas preliminares

Pese a la existencia de casos emblemáticos como el proveniente de la experiencia *fordiana*, continúa siendo recurrente en nuestro medio menospreciar a la empresa familiar por considerarse pequeña, atribuyéndosele un significado que, en muchas ocasiones, linda con lo peyorativo. Es pues común asociar el concepto de empresa familiar con un diminuto negocio individual, incluso informal, restringido a una pareja de cónyuges, a un padre y sus hijos o a unos hermanos fundadores.

Sin embargo, la realidad es que las empresas familiares son un gran motor en la economía, apreciándose que grandes organizaciones profesionales y globales no dejan de ser empresas familiares. Así lo considera el socio fundador y vicepresidente del *Owner Managed Business Institute*, John Davis, quien afirma: *Hay una creencia errónea de que los negocios familiares son inferiores. Sin embargo, en general, la combinación de familia y negocios funciona muy bien. En promedio, los negocios familiares tienen un mejor desempeño que el resto.*²

Es así como, de acuerdo con los estudios de demografía de empresa, la gran mayoría de las empresas de todos los países desarrollados, en los que se ha respetado la libertad de iniciativa, son empresas familiares; al mismo tiempo, se observa que la presencia de empresas familiares resulta superior en los países más avanzados y que antes alcanzaron un nivel elevado de desarrollo.³ Existen estudios en el mundo que describen que las empresas familiares existen desde el principio del capitalismo. Asimismo, se afirma que casi el 90% de las empresas y negocios en el mundo son de propiedad familiar, representan el 75% de las unidades productivas, ofrecen el 70% de los puestos de trabajo disponibles y responden por el 80% del Producto Bruto Mundial.⁴

El 95% de las empresas en Estados Unidos son familiares y totalizan el 50% del Producto Interno Bruto. Otro estudio en el mismo país establece que, de 15 millones de empresas existentes,

² IProfesional, *El abc de las empresas familiares, según John Davis*, Buenos Aires, <https://www.iprofesional.com/management/65740-el-abc-de-las-empresas-familiares-segun-john-davis>, consultado en octubre de 2021.

³ Aragon & Aragon Guatemala Law Firm. *La sucesión en la empresa familiar*, Guatemala, <http://www.aragonyasoc.com/news/sucesion.html>, consultado en el año 2021.

⁴ Universidad de Buenos Aires, *La empresa familiar en el mundo*. Curso Gestión de Empresas Familiares, Buenos Aires, http://cursos.fadu.uba.ar/demos/006/01_05.php?id_alumno=&id_curso=&id_modulo=, consultado en octubre de 2021.

14.5 millones son controladas por una familia, con el 42% de la fuerza laboral.⁵ Tal es el caso de las 100 mayores empresas estadounidenses que aparecen en un artículo de la revista *Family Business Magazine* (2002). Wal-Mart, propiedad de la familia Walton, es la empresa familiar de mayores dimensiones, y fue fundada en 1962. Wal-Mart registra ventas superiores a los 165 billones de dólares al año y da empleo a más de 1'140,000 personas.⁶

Otras empresas familiares muy exitosas en Estados Unidos son *American International Group* (seguros) de la familia Greenberg; *Koch Industries* (combustibles y agricultura) de la familia Koch; *Motorola* (comunicaciones) de la familia Galvin; *Carlson* (hoteles) de la familia Carlson; y *Loews* (tabaco y hoteles) de la familia Tisch. También resultan notables *Anheuser-Busch*, *Gap*, *Marriott*, *Levi Strauss*, *Enterprise Rent a Car*, *Hallmark*, *Johnson*, *Estée Lauder*, *McGraw-Hill*, *Amway* y la legendaria *The New York Times*, una de las empresas familiares más antiguas, fundada en 1851.⁷

Por otro lado, la empresa familiar es muy común en los estratos de la pequeña y mediana empresa de Europa, lo cual no obsta que en varios países europeos existan grandes empresas multinacionales controladas por grupos familiares, como *Peugeot* o *Moët Chandon*. En España se estima que existen 2.5 millones de empresas familiares, lo que supone un 65% de las empresas españolas. Estas empresas familiares emplean a 9.5 millones de personas y generan el 65% del PIB.

En lo concerniente al continente asiático, se afirma que en Japón el 90% de sus empresas se consideran familiares o de propiedad familiar. Y es que, en concreto, una empresa familiar puede ser desde una simple bodega hasta una multinacional con miles de empleados.

Latinoamérica no es indiferente a esta realidad, es así que en países como Panamá el 63% de las empresas son familiares, mientras que en Argentina el cálculo supera el 80% de las

⁵ Universidad de La Sabana, *Empresa familiar*. Investigaciones de la Escuela de Dirección y Negocios INALDE, Bogotá, <https://www.inalde.edu.co/investigacion/empresas-familiares-y-gobierno-corporativo/>, consultado en octubre de 2021.

⁶ Cfr. SCHINWALD, Josef, *El caso Sam Walton & Wal-Mart*. Portal Ganar Opciones, <http://ganaropciones.com/walmart.htm>, consultado en octubre de 2021.

⁷ Cfr. BELAUSTEGUIGOITIA, Imanol, *Luz y sombra en las empresas familiares*, Dirección estratégica, Ciudad de México, <http://direccionestrategica.itam.mx/Administrador/Uploader/material/Luz%20y%20sombra%20Imanol.pdf>, consultado en el año 2021.

compañías, las cuales generan cerca del 70% del empleo del país.⁸ En Colombia, la Superintendencia de Sociedades presenta el factor propiedad como el criterio principal para identificar una empresa familiar, en la cual los miembros de una misma familia deben poseer más del 50% del capital de una sociedad para llegar a ser familiar; en base a esto se informa que las empresas familiares representan el 68% de las empresas colombianas. En el Perú, siguiendo el común denominador del resto de América Latina, casi todos los grandes grupos empresariales (Romero, Brescia, Raffo, Olaechea, Ormeño, Añaños y Wong, entre otros) son de propiedad familiar.

II] La empresa familiar

1. Antecedentes

Es menester señalar que, en realidad, existen pocas instituciones tan longevas y universales como la empresa familiar según lo afirma William O'Hara, responsable de la investigación de *Family Business Magazine* y autor del libro *Siglos de éxito*, quien escribió precisamente aquí: *Antes de las corporaciones multinacionales había empresas familiares. Antes de la revolución industrial, había empresas familiares. Antes de la iluminación de Grecia y el imperio de Roma había empresas familiares.*⁹

En efecto, remitiéndonos a los hechos apreciamos que la empresa de mayor longevidad en el mundo ha sido familiar. Se fundó en Japón, en el 578 por la familia Kongo Gumi. En aquel año el príncipe Shotoku se llevó a la familia Kongo desde Korea hasta Osaka, para construir un templo budista, que aún puede verse en el centro de la ciudad. Desde entonces, las 39 generaciones de la familia Kongo y su compañía siguieron operando en Osaka. En tiempos recientes, el 80% de la facturación de esta empresa se debió a la construcción y reparación de templos budistas. Sus oficinas se ubicaban en un castillo original del siglo XVI, reconstruido por la propia empresa, y en el que residió su último presidente Toshitaka Kongo. Lamentablemente en el 2006 y después de 1428 años de operaciones, la compañía Kongo Gumi

⁸ Cfr. IProfesional, *El abc de las empresas familiares, según John Davis*, Buenos Aires, <https://www.iprofesional.com/management/65740-el-abc-de-las-empresas-familiares-segun-john-davis>, consultado en octubre de 2021.

⁹ Citado por HARO, Sebastián, *Cuando el trabajo y la familia confluyen*, http://sebastianharo.netfirms.com/articulos/Revista_Decision/16_empresas-familiares-cuando-el-trabajo-y-la-familia-confluyen.htm, consultado en el año 2021.

quebró.¹⁰ En Europa, la empresa familiar más longeva se fundó en 1141 en Italia. Es el grupo Barone Ricasoli, dedicado a la producción de vino y aceite de oliva. Los barones de Ricasoli recibieron sus tierras de la República de Florencia; actualmente sus propiedades ascienden a 3,600 acres y su principal línea de negocio es la producción de vino.¹¹

Saliendo del Lejano Oriente y España, las empresas familiares que más abundan en esta lista son de Italia y Francia, seguidas a cierta distancia por Inglaterra y Alemania, tal es el caso de la empresa de fundición de campanas *Marinelli Pontificia Fonderia di Campane*, creada en la ciudad italiana Agnone en el 1000; las campanas producidas por esta empresa siguen sonando desde Pekín hasta Jerusalén, pasando por Nueva York.¹²

América Latina está bien representada por Hacienda Los Lingues, de Chile, fundada en San Fernando en 1575. Estos viñedos fueron concedidos a Melchor Jufre del Águila por el rey Felipe II por *méritos de guerra*. Hoy día es un hotel que produce vinos en asociación con el barón de Rotschild, y posee igualmente una de las caballerizas más prestigiosas de América: el Establo Aculeo, que alberga caballos descendientes de los traídos por los árabes a España en el 711.¹³

Todos estos casos reseñados líneas arriba, reflejan una de las características más sobresalientes y peculiares de las empresas familiares, cual es su vocación de permanencia a largo plazo. Sin embargo, configuran casos excepcionales, pues las empresas familiares se han caracterizado históricamente por su elevado índice de mortandad, como consecuencia -en buena medida- de una deficiente interrelación entre la familia y la empresa.

En sus orígenes, el Código de Napoleón mostró una profunda desconfianza hacia las sociedades de familia, pues la sociedad y la familia son dos agrupaciones que no parecen

¹⁰ ... la caída de la empresa más antigua del mundo no sólo se debió a cambios culturales y regulatorios sino también a errores propios. Durante los '80, en pleno auge de la burbuja inmobiliaria japonesa, Kongo Gumi se endeudó furiosamente para especular en real estate. El estallido de la burbuja, en 1992, dejó a la empresa con millonarias deudas. Cfr. Lecciones de la quiebra de una empresa familiar de 1400 años de antigüedad. En Portal Materia Biz, <http://www.materiabiz.com/mbz/capitalhumano/nota.vsp?nid=30335>

¹¹ Cfr. Portal de Barone Ricasoli. En: <http://www.ricasoli.it/>

¹² Cfr. Marinelli Pontificia Fonderia di Campane, *Storia*, Molise, http://www.campanemarinelli.com/italiano/storie_campane.php?img=storia (traducción libre), consultado en el año 2021.

¹³ Cfr. Los Lingues, *Antecedentes históricos*, Portal de Hacienda Los Lingues, San Fernando, http://www.loslingues.com/antecedentes_historicos.html, consultado en el año 2021.

compatibles. Ciertamente, son dos agrupaciones de personas y de bienes; en la familia, como en la sociedad, hay riquezas por repartir y muchas personas susceptibles de administrarlas, pero precisamente las reglas de repartición de los bienes y de los poderes no son las mismas en los dos agrupamientos. De allí un doble temor:

i.- En primer lugar, temor a que el recurso a la sociedad permita desplazamientos patrimoniales clandestinos, simulados, que sea instrumentos de donaciones disfrazadas, de particiones desiguales que escapen al Derecho de los regímenes matrimoniales y de las sucesiones.

ii.- En segundo lugar, temor también a que el recurso a la forma societaria permita eludir las reglas de gestión en el seno de la familia y las reglas de repartición de los poderes, especialmente la de los regímenes matrimoniales.

Empero esta desconfianza, sin haber desaparecido por completo, está al hilo del tiempo, fuertemente desdibujada. En efecto, después de la última guerra mundial, la empresa está en el centro de la preocupación del legislador: sin duda, él se preocupa más de la empresa que de la familia. Hoy, la mayoría de las empresas importantes están explotadas en forma societaria: i.- por razones civiles porque el empresario quiere limitar su responsabilidad (sobre todo en períodos de crisis económicas en que las quiebras se multiplican). ii.- por razones fiscales puesto que la explotación en forma societaria suele presentar ventajas fiscales. iii.- por razones sociales ya que la explotación en forma societaria puede permitirle, en ciertas condiciones, obtener los mismos beneficios de protección, acordados a los asalariados por las leyes de la seguridad social.

La importancia de las empresas familiares en la economía mundial es patente. Los datos proporcionados por el Instituto de Empresa Familiar indican que, en Estados Unidos, las empresas familiares generan entre el 40% y 60% del PIB, y el 50% de los empleos en ese país, mientras que, en la Unión Europea, más del 60% de las empresas son familiares y emplean a 100 millones de personas.¹⁴

Debido a ello, en las últimas tres décadas las empresas familiares han experimentado un creciente interés tanto mediático

¹⁴ Cfr. TÁPIES LLORET, Joseph, *De empresa familiar a familia empresaria*, Madrid, Ediciones Deusto, s/f, https://www.cpii.org.ar/Descargas/Informaci%C3%B3n%20T%C3%A9cnica%20de%20Inter%C3%A9s/de_empresa_familiar_a_familia_empresaria.pdf, consultado en octubre del 2021.

como académico; consecuentemente y con el propósito de proteger y promover la empresa familiar, el legislador ha debido admitir el desarrollo de las sociedades de familia, es decir, la intrusión de la sociedad en la familia, con lo cual mezcla el Derecho de Sociedades y el Derecho de Familia:¹⁵ perfecta integración jurídica con visión globalizante.

Desde sus inicios -en los años 80 del siglo pasado- la disciplina de la empresa familiar ha tenido una buena acogida y un gran crecimiento, según lo demuestra la existencia de instituciones internacionales dedicadas a este colectivo empresarial, tales son los casos de asociaciones de empresarios familiares (como el *Family Business Network* y el Instituto de la Empresa Familiar), grupos de consultores especializados (como el *Family Firm Institute*) o círculos de investigadores y académicos (como el *International Family Enterprise Research Academy*).¹⁶

2. Definición

La relación entre la familia (como organización social: *principium urbis et quasi seminarium republicae*) y la empresa (como organización económica) es natural porque originariamente la empresa nace de la familia (primaria comunidad de trabajo) y la sociedad mercantil nace de la familia de mercaderes (en la que el padre vincula a sus hijos al negocio o éstos lo suceden en él, transformando la comunidad hereditaria en sociedad, esto es la sociedad general o compañía -*de cum panem*: quienes comparten el mismo pan-, germen de la actual empresa colectiva).

La familia es organización social y, como tal, origen de la organización política y la organización económica, mostrándose entonces como la organización natural, elemental y original que da vida a las otras. El *Codice Civile* italiano de 1942 se sirve del concepto *familiar* para enunciar la fórmula general definitoria de los *pequeños empresarios* como aquellos que ejercen una actividad profesional organizada preferentemente con el trabajo propio y de los componentes de la familia, lo cual no quiere decir que no existan grandes empresarios familiares porque el criterio dimensional para definir a los pequeños es doble: preferencia del trabajo sobre el capital y, dentro del trabajo, preferencia del propio y familiar sobre el ajeno.

¹⁵ Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, (coord.), *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, Tomo II.

¹⁶ Para mayor información cfr. *Instituciones*. En Portal La empresa familiar, Madrid, <http://www.laempresafamiliar.com/instituciones/>

En otro lugar y momento hemos definido a la empresa como *la agrupación dinámica de elementos diversos, organizados económicamente dentro de un marco jurídico para la producción o comercialización de bienes o para la prestación de servicios*.¹⁷ Cuando la empresa es familiar, la cuestión específica es la compatibilidad entre el *afectio familiae* y el *afectio societatis*, es decir, la relación entre lo familiar y lo empresarial en la gestión, entre la estructura orgánica familiar y la estructura orgánica corporativa, entre los derechos y deberes del familiar y los derechos y deberes del socio, entre el crecimiento biológico de la familia a través de las generaciones y el crecimiento institucional de la empresa a través de la expansión en el mercado.

El problema se reconduce, como todo el tema del gobierno, a la atribución de poder, también aquí amenazado de concentración abusiva en aquellos que se erigen en custodios e intérpretes de las esencias familiares y quienes se creen legitimados para ejercer el mando e imponer a los otros, reglas a la medida de los poderosos, por encima incluso de las normas legales imperativas, hasta hacer de la sociedad *cerrada* un recinto hermético en el que no penetren los extraños, ni siquiera el legislador. Esta es la patología muchas veces recurrente en la que caen muchas empresas familiares.¹⁸

Por empresa familiar se entiende a aquella organización de carácter económico cuyo objeto principal sea la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, cuya propiedad pertenece, en su totalidad o en una mayoría, a un grupo de personas unidas por un vínculo familiar, habitualmente los descendientes del fundador de la misma. Otros factores que suelen tenerse en cuenta a la hora de valorar si una empresa es o no familiar es que la mayoría de los órganos de administración y control sean nombrados por un grupo familiar o que algún miembro de la familia participe en dichos órganos.

Entre sus características positivas destacan la gran atención que prestan a la calidad de sus productos, el conocimiento profundo (del sector, los proveedores y los clientes), la perspectiva de inversión a largo plazo, las culturas empresariales más humanas y los bajos costes laborales. En una compañía familiar bien integrada, los valores y principios comunes pueden dar una fuerza

¹⁷ ECHAIZ MORENO, Daniel, *La empresa en el Derecho moderno*, Lima, Editorial Gráfica Horizonte, marzo del 2002, p. 36

¹⁸ Cfr. OLIVENCIA, Manuel, *Recomendación sobre el buen gobierno de las empresas familiares*, En *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, Gráficas Aguirre Campano, octubre-diciembre del 2006, N° 262

sinérgica insuperable al trabajo empresarial, difícil de encontrar en otro tipo de empresa. No obstante, también presentan algunos rasgos negativos como los problemas que se derivan de las relaciones demasiado próximas entre los directivos que son miembros de la familia, la poca o nula formación que reciben los accionistas pasivos, los intereses divergentes entre accionistas activos y pasivos, la falta de profesionalización, el nepotismo y la dificultad de atraer al mejor talento disponible en el mercado.

Manuel Pavón Sáez afirma que la principal característica que distingue a la empresa familiar de la que no lo es radica, precisamente, en la participación de la familia en la propiedad, y muchas veces también en la gestión. Esto es lo que le confiere su fuerza, puesto que se trasladan a la empresa los principios, los valores y los lazos que unen a la familia. Sin embargo, también es lo que expone a la compañía a situaciones en las que se tiene que elegir entre apoyar a la familia o a la empresa.¹⁹

Por su parte, desde la doctrina francesa, Michel Grimaldi explica que la definición de empresa familiar puede ser restringida o amplia.²⁰ Conforme a una definición restringida, la empresa familiar es aquella donde el empresario trabaja con su cónyuge y/o sus hijos (con uno, muchos o todos ellos); así la empresa familiar se confunde con la explotación familiar. Pero si se sigue una definición amplia, la empresa familiar es aquella cuyo propietario es una persona física que ejerce una influencia directa sobre su explotación, sea porque la dirige el mismo, sea porque le pone su nombre y la controla efectivamente dirigiéndola; ésta, que a veces se le califica como *empresa patrimonial*, se caracteriza por la ausencia de separación entre el capital y el gerenciamiento, adjudicándosele el carácter familiar porque si la persona física que la posee tiene una familia (esposa, hijos, etcétera), ésta se encuentra interesada en la empresa, aunque no trabaje allí (por ejemplo: la esposa tiene interés por el régimen matrimonial, mientras que los hijos tienen interés por su vocación sucesoria).

Entonces, si nos remitimos a la definición amplia anteriormente referida, las empresas familiares tienen en Francia una importancia económica muy grande. A veces son de grandes dimensiones y cotizan en la Bolsa de Valores, como Carrefour, L'Oreal, Peugeot y Michelin, pero más frecuentemente son

¹⁹ PAVÓN SÁEZ, Manuel, *¿Primero la familia o la empresa?* En *Diario Gestión*, Lima, 18 de enero del 2008, p. 30

²⁰ Cfr. GRIMALDI, Michel, *Sociedad y empresa familia*, En Kemelmajer de Carlucci, Aída, (coord.) *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, Tomo II, pp. 55 a 68

pequeñas o medianas. Lo cierto es que, en conjunto, representan más del 80% del universo de empresas francesas y, en peso económico, más del 65% del Producto Nacional Bruto de Francia, siendo que la política del gobierno francés es estimular la iniciativa individual en materia de creación de empresas.

Joseph Tápies Lloret señala que, aunque el término *empresa familiar* se ha convertido en algo muy común hoy en día, existe un debate sobre cómo se define una empresa familiar y cuáles son las características que la diferencian del resto de las empresas. En la Cátedra de Empresa Familiar de la Escuela de Negocios de la Universidad de Navarra (IESE) se ha aceptado como definición de empresa familiar aquella en la que la familia posee una participación accionarial suficiente para ejercer el control y/o tiene suficiente representación en los órganos de gobierno para influir en las decisiones de gobierno corporativo, pudiendo o no intervenir en la gestión del día a día. Además, la familia debe haber dado pruebas explícitas de que piensa traspasar la propiedad y sus valores empresariales a la siguiente generación.²¹

La complejidad y el riesgo de fracaso de la sucesión en las empresas familiares son muy altos, por lo que Joachim Schwass afirma que:

*En muchos casos, el fundador sabe enfrentar la sucesión y el sucesor carece de una comprensión exhaustiva y sistemática de los obstáculos inminentes. Puede ponerse demasiado énfasis en la preparación para la transición y no suficiente en los cambios evolutivos en el ciclo de vida de la empresa.*²²

Las empresas familiares han tomado tanta importancia en la economía que ya se habla de una línea completa de especialización donde no sólo se estudian las situaciones empresariales como la planeación de la nueva generación (sucesión), la solución de conflictos (familia vs. empresa), la contabilidad y el patrimonio, sino que también se relacionan los aspectos macroeconómicos y microeconómicos de dichas organizaciones, lográndose así una mayor comprensión de este instrumento del desarrollo.²³

²¹ Cfr. TÁPIES LLORET, Joseph, Op Cit.

²² Citado por FERMÍN, J. J., *Empresas de familia (II)*, En Portal del Diario El Tiempo, Caracas, <http://www.eltiempo.com.ve/noticias/default.asp?id=155251>, consultado en el año 2021.

²³ Cfr. GUERRERO, Manuel, *Las empresas familiares*, Portal GestioPolis, Bogotá, <http://www.gestiopolis.com/canales/emprendedora/articulos/no14/empresasfamiliares.html>, consultado en el año 2021.

En este punto, cabe hacer una diferenciación conceptual: se considera *empresa familiar* a aquella empresa cuya administración y propiedad está en poder de una o más familias, mientras que la *familia empresaria* corresponde a un equipo de personas, con vínculos familiares entre ellos, que promueven la implantación de *buenas prácticas* y el desarrollo de las ventajas competitivas en los negocios de los cuales son propietarios, entendiendo que estas empresas son y/o serán fuente de generación de valor para ellas.

3. Gobierno y transmisión

Junto a los órganos de dirección de la empresa previstos por la legislación societaria (junta de socios y directorio), suele contemplarse la constitución de otros órganos de carácter familiar, como son la junta de parientes y el consejo de familia.

i.- La junta de parientes.- Es un foro familiar en el que todos los integrantes de la familia (socios o no de la empresa familiar) pueden participar y manifestar sus inquietudes.

ii.- El consejo de familia.- Es un órgano integrado por miembros de la familia (usualmente, el fundador y representantes de todas las ramas familiares) al cual suele otorgársele, entre otras funciones, canalizar hacia la empresa familiar las inquietudes de la familia, promover la aplicación del protocolo familiar y su modificación, establecer criterios de resolución de conflictos, planificar programas educativos y de información respecto a la empresa familiar, promover el desarrollo de los jóvenes de la familia creando un fondo de becas, fijar normas de comportamiento de los miembros de la familia dentro de la empresa familiar y mediar en posibles conflictos familiares.

Por otro lado, el control de acceso a la propiedad de la empresa y su limitación a extraños es una preocupación constante en las empresas familiares. Todos los miembros de la familia se comprometen a seguir una política de transmisión de las participaciones de la empresa familiar, *inter-vivos* o *mortis causa*, basada exclusivamente en la idea de consanguinidad (por naturaleza o adopción) con el fundador de la empresa, admitiéndose en determinados casos las transmisiones a favor de cónyuges y afines.

4. Fortalezas

Para la Confederación de Empresarios de Navarra, las principales fortalezas de la empresa familiar son las siguientes, a saber:²⁴

i.- El compromiso y la dedicación al negocio.- *El hecho de que los puestos relevantes de dirección de la empresa estén ocupados frecuentemente por miembros de la familia, así como la identificación del prestigio de la marca con el prestigio familiar, motiva que la entrega de sus miembros al negocio sea permanente e ilimitada.*

Así, en el Perú, la familia Añaños está ligada al negocio de bebidas gaseosas; en Chile, la familia Luksic, a la minería; en México, la familia Azcárraga, a los medios de comunicación; y, en Alemania, la familia Porsche, a los autos deportivos.

ii.- Unidad y cohesión del equipo directivo.- *Las relaciones de proximidad existentes entre los miembros de un grupo familiar que ocupan cargos directivos pueden facilitar, en mayor medida, el conocimiento y comprensión de las decisiones adoptadas por los otros familiares-gestores.*

iii.- Expectativa de inversión a largo plazo.- *El futuro económico de la familia suele estar ligado, de una manera importante, al éxito y continuidad del negocio a largo plazo, lo que contribuye a su estabilidad.*

iv.- Conocimiento profundo del producto y del mercado objetivo.- *La mayor parte de las empresas familiares suelen dedicarse a la fabricación o distribución de productos o servicios de alta calidad muy específicos, con origen en el ingenio y la visión emprendedora del fundador. Dichos productos están dirigidos a una clientela muy concreta que recibe una atención completa y personalizada, lo que genera una gran confianza y fidelidad por su parte.*

Ejemplo de esto es el Diario El Comercio de la familia Miró Quesada.

v.- Estabilidad laboral y culturas empresariales más humanas.- *Los empresarios familiares sienten una mayor responsabilidad hacia los trabajadores que les han ayudado a poner en marcha o continuar con su negocio.*

²⁴ Confederación de Empresarios de Navarra, *Empresa familiar*, s/f, Navarra, p. 13, http://www.cen7dias.com/documentos/documentos_boletines/52/cef.pdf, consultado en octubre de 2021.

vi.- Importante capacidad de autofinanciación.- *Los empresarios familiares suelen emplear su patrimonio personal en financiar el desarrollo del negocio.* Esto puede tornarse peligroso ya que no hay una clara distinción entre dos esferas distintas: el patrimonio familiar y el patrimonio empresarial. Si bien dicha confusión supone que la empresa cuente con atractivas fuentes de financiamiento, para los titulares de dicha empresa es contraproducente ya que la imagen de la empresa podría ser artificiosa.

vii.- Alta capacidad para poder adaptarse a las variaciones del mercado.- *Suelen presentar una mayor flexibilidad competitiva y capacidad de ajuste productivo en los períodos de declive económico.*

5. Debilidades

La misma Confederación de Empresarios de Navarra enumera las principales debilidades de la empresa familiar, las cuales son las siguientes:²⁵

i.- Tránsito de los conflictos familiares a la empresa y viceversa.- *Existe un alto riesgo de que las desavenencias familiares afecten a las decisiones empresariales, que acabarán estando dirigidas por motivaciones personales.* Cabe citar el divorcio de Donald e Ivana Trump, que le costó al primero más de 25 millones de dólares y deshizo su imperio por completo, lo que él resurgió después de una década, a finales de los noventa del siglo pasado.

ii.- Confusión entre propiedad, trabajo y capacidad de dirección.- *Resulta habitual en las empresas familiares el considerar que los miembros de la familia poseen, en virtud de dicha condición, el derecho y el deber de trabajar en el negocio, con independencia de su voluntad, preparación y capacidad profesional.* Sin embargo, todo depende de la propia filosofía corporativa. Así, el bufete español Garrigues fue fundado en 1941 por los hermanos Joaquín y Antonio Garrigues Díaz-Cañabate,²⁶ pero hoy en día su presidente Antonio Garrigues Walker declara:

²⁵ Confederación de Empresarios de Navarra, *Empresa familiar*, s/f, Navarra, p. 14, http://www.cen7dias.com/documentos/documentos_boletines/52/cef.pdf, consultado en octubre de 2021.

²⁶ Cfr. Portal Institucional de Garrigues, *Historia Garrigues*, Madrid, s/f, http://www.garrigues.com/esp/conocenos.aspx?ep=AreaCorporativa/Conocenos/HistoriaGarrigues/1941_1949, consultado en el año 2021.

Soy el único Garrigues que queda en la firma... y téngase en cuenta que estamos refiriéndonos a un despacho de 2137 profesionales.²⁷

iii.- Incoherencias retributivas entre empleados familiares y no familiares.- *En muchos negocios de carácter familiar la retribución satisfecha a los trabajadores-familiares no guarda correspondencia alguna con sus capacidades y méritos reales, tanto por exceso como por defecto.* En efecto, un trabajador que por el hecho de pertenecer a la familia propietaria percibe una retribución excesiva no se siente motivado a perfeccionar su labor o corregir sus errores, sino que por el contrario dilapida la riqueza generada por los otros miembros de la familia. A la par, un trabajador que por el hecho de pertenecer a la familia propietaria percibe una retribución diminuta o no percibe retribución tampoco se siente motivado a realizar una labor adecuada, ya que considera que lo suyo no es un trabajo sino un favor hacia la empresa de la familia.

iv.- Secretismo.- *Este dificulta de una manera importante la comunicación y el acceso a determinada información de los directivos no familiares del negocio, que se sentirán desplazados del ámbito de toma de decisiones.* La transparencia, actualmente tan valorada en el mercado, a propósito de la doctrina del *corporate governance*, se afecta seriamente cuando las comunicaciones son accidentadas, parciales o tergiversadas.

v.- Falta de liderazgo a partir de la segunda generación.- *El papel aglutinador del fundador de la empresa, patriarca de la familia desaparece cuando las generaciones posteriores acceden a la propiedad y dirección del negocio.* Esto suele suceder en todas aquellas empresas (no necesariamente familiares) donde el fundador eclipsa la labor de los otros, constituyéndose en una pieza imprescindible, a tal punto que el valor de la empresa está en función de la presencia activa de aquel fundador. De ahí que cuando Steven Jobs, fundador de Apple, anunció el pasado 14 de enero del 2009 que se alejaba por seis meses, debido a problemas de salud, las acciones de la compañía se desplomaron inmediatamente en 10% de su valor.²⁸

²⁷ GARRIGUES WALKER, Antonio, *Planificar la sucesión en la empresa familiar es vital*. Entrevista, En Cuadernos, Madrid, s/e, s/f, p. 14, http://www.garrigues.com/doc/AreaComunicacion/CentroPrensa/GarriguesMedios/entrevista_AGarrigues.pdf, consultado en el año 2021.

²⁸ Cfr. Business Leone, *Steve Jobs se aleja de cargo por razones médicas*, En Portal Business Leone, 15 de enero del 2009, <http://www.businessleone.com/index.php/tecnologia/jefe-de-apple-dice-que-se-aleja-de-cargo-por-razones-medicas>, consultado en el año 2021.

vi.- Dificultades a la hora de la planificación en la sucesión.- *El miedo a las desavenencias que pueden surgir en el ámbito familiar como consecuencia del inicio de un proceso abierto de planificación de la sucesión provoca que el mismo trate de retrasarse hasta que resulte inevitable.* El propio Antonio Garrigues Walker, anteriormente citado, aborda esta cuestión -refiriéndose a los estudios de abogados- en los siguientes términos:

El sector de la abogacía es especialmente complicado porque la mayoría de los despachos tienen una raíz familiar. Nosotros hemos resuelto este problema profesionalizando la gestión e imitando los modelos de despachos más avanzados, como los bufetes anglosajones, tanto ingleses como americanos. En estos despachos hay una norma -que se aplica en Garrigues-, la cual afecta a la manera de organizar la sucesión familiar: está prohibido que los socios incorporen a sus hijos a la firma. La razón es evitar que los trabajadores que lleguen tengan la sensación de que la familia ocupa todo el proceso de dirección.²⁹

vii.- Confusión entre patrimonio empresarial y patrimonio familiar.- *Puede que las necesidades financieras de los miembros de la familia prevalezcan sobre los intereses de la empresa, con independencia de que puedan resultar incompatibles.* Ya nos pronunciamos sobre este punto cuando abordamos las fortalezas de la empresa familiar, lo que también aquí es aplicable.

viii.- Dificultades financieras.- *La especial reticencia que suele existir en estos negocios a la hora de facilitar la entrada a la propiedad de personas ajenas a la familia, unido al hecho de que llega un momento en que el patrimonio familiar no resulta suficiente para respaldar el desarrollo del negocio, provoca que las empresas familiares encuentren serias dificultades para poder llegar a financiar su crecimiento o internacionalización.*

ix.- Dificultad en la aplicación de mecanismos correctores.- *El hecho de que los trabajadores sean, a su vez, familiares puede suponer un impedimento para la efectiva aplicación de los mecanismos correctores previstos en la empresa frente a comportamientos inadecuados.* Hay ocasiones en que la aplicación de mecanismos correctores (como una amonestación) puede generar discrepancias por el control y terminar con la partida de algún miembro de la familia, tal como sucedió hace poco en el Grupo Serratosa: *Pablo Serratosa se desvincula de los órganos ejecutivos del grupo de empresas familiar después de 15 años de*

²⁹ GARRIGUES WALKER, Antonio, Op.Cit., p. 13

trayectoria. Uno de los herederos del imperio Serratosa abandona por discrepancias con la estrategia de futuro del grupo, que dirige con mano firme su hermano Javier Serratosa.³⁰

6. Problemática

Atravesamos un momento crucial en la historia de las empresas familiares latinoamericanas. Las transiciones generacionales y las presiones competitivas de la globalización están obligando a las empresas de propiedad familiar, muchas de ellas actores dominantes en las economías de la región, a adaptarse a una serie de problemas crecientemente complejos. Desafíos tales como planificar el retiro de los patriarcas que, por décadas, han ocupado las posiciones de liderazgo; seleccionar y preparar a sus sucesores para la dirección y el gobierno corporativo; gestionar los conflictos; fomentar la colaboración entre un grupo cada vez más complejo de accionistas familiares; y administrar las dinámicas generacionales tanto en la empresa como al interior de la familia, dominan -como nunca antes- la agenda de este tipo de compañías.³¹

Pese a que cada empresa configura un mundo, con sus características y problemáticas propias, podemos afirmar que existe un preocupante denominador común entre ellas: apenas una de cada cuatro empresas familiares sobrevive el paso a la segunda generación y sólo una décima parte llega a los nietos, principalmente por una desorganización de las relaciones entre la familia y la empresa, diferencias generacionales, mala planeación de la sucesión, excesivo crecimiento que desborda la capacidad administrativa y deficiente negociación de conflictos, entre otras razones. Estadísticamente, las sociedades familiares se enfrentan a la dificultad de su propia supervivencia como corporación tras la muerte o jubilación de su fundador, hecho que se incrementa exponencialmente en la segunda y tercera generación.³²

³⁰ El País, *Pablo Serratosa deja la dirección del grupo familiar por discrepancias internas*, En Diario El País, Valencia, 2 de abril del 2007, https://elpais.com/diario/2007/04/03/cvalenciana/1175627880_850215.html, consultado en el año 2021.

³¹ Cfr. LANSBERG, Ivan & GERSICK, Kelin, *Sello de familia*. En *Harvard Business Review América Latina*, Santiago, Impact Media Comercial, agosto del 2006, Volumen 84, N° 8.

³² Cfr. OGLIASTRI, Enrique, *Protocolo de empresas familiares*. En *Revista Punto de Equilibrio*, Lima, Universidad del Pacífico, http://www.puntodeequilibrio.com.pe/punto_equilibrio/01i.php?pantalla=noticia&iid=15539&bolnum_key=21&serv_key=2100, consultado en el año 2021.

La coyuntura económica, jurídica y social actual ha hecho necesario tomar en consideración los conflictos específicos que habitualmente presenta la empresa familiar, los cuales se derivan fundamentalmente de las relaciones entre la familia, la propiedad y la empresa. Estos mecanismos de solución pasan por la implantación y la adaptación de ciertos instrumentos y órganos de gobierno de la familia empresaria y de la empresa familiar de manera que garanticen o faciliten el desarrollo y la supervivencia de la empresa familiar.

Si el empresario quiere dar continuidad a la empresa familiar deberá planificar y organizar adecuadamente aspectos como las relaciones económicas tanto suyas como la de los herederos con sus respectivos cónyuges, su sucesión, las relaciones entre los socios de la empresa y, en general, las relaciones familia-empresa, así como los órganos que han de servir para dirigir y encauzar tales relaciones.

La continuidad de los negocios familiares es baja: en el Perú se estima que sólo 20% y 5% alcanzan con éxito la segunda y tercera generación, respectivamente. Sin lugar a duda, la mayoría de las crisis son originadas involuntariamente, pues ningún empresario piensa en dañar su negocio o las relaciones familiares cuando decide que su familia se relacione con la empresa que él fundó.³³

El problema esencial de la empresa familiar, según entiende la Unión Europea, consiste en sensibilizar, informar y formar a los empresarios con antelación y dedicación al cambio generacional. La idea básica es que la empresa familiar tiene, como empresa que es, los mismos problemas que cualquier otra y, además, tiene otros derivados del hecho de que sus dueños y gestores son miembros de la familia.

Como bien sostiene Antonio Sánchez-Crespo Casanova, está muy bien estudiar los aspectos puramente empresariales, y hasta es posible que en las empresas familiares estos aspectos requieran un tratamiento diferenciado del resto de las empresas, pero mientras no organicemos y sensibilicemos a la familia empresaria todo eso servirá muy poco. Es la familia la que marca la diferencia, la que imprime carácter a la empresa y, por lo tanto, la

³³ Cfr. SCERPELLA, Luis, *De empresa familiar a familia empresaria*, En Portal De Gerencia, http://www.degerencia.com/articulo/de_empresa_familiar_a_familia_empresaria, consultado en el año 2021.

clave para garantizar el éxito del cambio generacional y de su dirección y gestión en condiciones de eficacia y competitividad³⁴.

Un mecanismo eficiente de solución a la problemática de la empresa familiar lo hayamos, a decir de Sergio Koremblit, a través de la denominada *profesionalización de las empresas familiares*,³⁵ la cual transita por varias etapas, cuales son:

i.- El desarrollo de un protocolo familiar para evitar que un eventual conflicto entre los miembros de la empresa familiar afecte el desempeño del negocio.

ii.- La apertura de la empresa para el ingreso de terceros (incorporación o designación de gerentes y/o directores independientes).

iii.- La incursión en el mercado de capitales.

Si bien todos los aspectos referidos son importantes, nosotros nos ocuparemos del desarrollo del primer punto referido a la configuración del protocolo familiar como figura que permite hacer frente el escollo de la transmisión de la propiedad de unos familiares a otros. Tener un plan de sucesión ha sido identificado como un punto clave a la hora de asegurar el éxito y la supervivencia de la empresa familiar. Si tradicionalmente ésta se veía enfrentada ante el reto de identificar posibles sucesores, actualmente cobra cada vez más importancia el proceso de transición generacional: identificar al candidato óptimo y establecer metas en el proceso pues se sabe que el problema de las empresas familiares no está tanto en su nacimiento, sino en su desarrollo y continuidad.

III] El protocolo familiar

1. Antecedentes

La sucesión en una empresa familiar está cargada de resistencia por parte de la generación mayor ante la falta de voluntad para soltar las riendas y hay veces en que la propia siguiente generación se resiste al no sentirse preparada para asumir las responsabilidades del liderazgo. La solución, como afirma

³⁴ Cfr. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, Antonio, *¿Empresa familiar o familia empresaria?* En La empresa familiar, http://www.microsoft.com/spain/empresas/legal/empresa_familiar_iii.msp, consultado en el año 2021.

³⁵ KOREMBLIT, Sergio, *Transparencia avanza en empresas familiares medianas en el país*, En *Diario Gestión*. Lima, 23 de abril del 2008, p. 12

Ernesto Poza, es que las dos generaciones actúen a la una: la generación *senior* mantiene los valores y las prácticas básicas, y la generación *junior* busca la adaptación necesaria para tener éxito en un sector empresarial en constante cambio.³⁶ En una empresa sana, la generación *senior* deja libertad a la generación *junior* para centrarse en el futuro y esto se logra mediante la suscripción del protocolo familiar, herramienta que constituye una respuesta (o ingenio que ofrece la *praxis* jurídica) para prevenir o, al menos, administrar toda la problemática que plantea la titularidad, la sucesión y el gobierno de la empresa familiar.

Con razón se ha afirmado que la continuidad multigeneracional suele exigir que se redefina el modelo empresarial en la siguiente generación. Incluso para mantener un nicho de mercado, la siguiente generación debe redefinir, como mínimo, sus procesos empresariales para seguir siendo competitiva. Las estrategias de crecimiento requieren innovaciones más espectaculares.³⁷

Una sucesión descuidada puede poner en peligro una fortuna que costó años amasar. Muchos viejos propietarios que tienen sus bienes invertidos en la empresa familiar no comprenden con qué rapidez se pueden evaporar años de esfuerzo conjunto a causa de los errores de los herederos. Éstos ponen su patrimonio en riesgo, por ejemplo, si innecesariamente ofrecen su casa como garantía de un préstamo para financiar nuevos negocios o planes de expansión.³⁸

El proceso por el cual el sucesor se *afirma* es complejo, dado que depende no sólo de lo que puede lograr por sí mismo, sino que también requiere del valor de la generación de los mayores porque no basta establecer su presencia en el mundo en general, sino hacerlo a la sombra siempre presente de los ascendientes de la familia. Los sucesores demuestran su eficacia a través de las medidas que toman en situaciones críticas, lo cual podría implicar la transformación de un departamento, el aumento significativo de

³⁶ POZA, Ernesto, *Family Business*, Nueva York, Editorial Thomson Financial, 2006, segunda edición.

³⁷ Cfr. Cámara de Comercio, Industria y Navegación de España, *Las ventajas competitivas de la empresa familiar*, En Portal del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España. Madrid, 25 de junio del 2008, <https://www.camaras.org/publicado/empresafamiliar/claves/view.php?ID=44>, consultado en el año 2021.

³⁸ Amplia explicación sobre el particular en: LANSBERG, Iván, *Los sucesores en la empresa familiar*, Buenos Aires, Ediciones Gránica, 2000.

las cifras de ventas o el desarrollo o lanzamiento de una nueva línea de productos.

Los protocolos familiares se han desarrollado originariamente en Estados Unidos desde la década del 60 del siglo pasado, trasladándose luego a Europa (especialmente, España) y algunos países latinoamericanos.

La existencia de acuerdos entre miembros de una familia sobre sus modos de actuar al hacer negocios conjuntos es, probablemente, tan antigua como la misma existencia de las empresas familiares de negocios. No obstante, el Derecho recién les ha prestado atención a los protocolos familiares en época reciente, como sucede por ejemplo en España con el Real Decreto N° 171/2007 de fecha 9 de febrero del 2007 por el cual se regula la publicidad registral de los protocolos familiares.³⁹ Aquí se lee que dicha norma: *tiene por objeto la regulación de la publicidad de los protocolos familiares de las sociedades mercantiles no admitidas a cotización y especialmente el acceso al registro mercantil de los mismos* (artículo 1), definiéndose al protocolo familiar como:

Aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad (artículo 2 inciso 1).

2. Definición

La Asociación Madrileña de la Empresa Familiar sostiene:

El protocolo familiar regula las relaciones de la familia empresaria y responde a la propia realidad tanto de la familia como de la empresa. Así, ha de ser la conclusión que se obtenga tras un trabajo en la familia, la empresa y la propiedad. Supone un proceso con componentes jurídicos, económicos y empresariales, pero sobre todo, es un proceso de trabajo psicológico y emocional con la familia que, en ocasiones, no se tiene en cuenta en su justa medida, al presentarse el protocolo familiar como un documento normalizado que podríamos calificar como preparado para llevar. En definitiva, la labor ha desarrollado está en obtener la cohesión, la armonía y la comunicación familiar en torno a la

³⁹ En la bibliografía española que comenta este Real Decreto, cfr. por todos: FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, *El protocolo familiar, Empresa familiar y publicidad registral*, Madrid, Editorial Aranzadi, 2008.

*realidad de la empresa, haciendo compartir la visión o el sueño de futuro de los familiares, con el fin de obtener las reglas que esa familia se da a sí misma para establecer sus relaciones familia-empresa. (...) Estas normas, al referirse a sistemas complejos en continuo movimiento, nunca pueden ser normas inamovibles, por lo que el protocolo familiar ha de contar con las previsiones que contengan la adaptación a la realidad del contexto familiar y empresarial siempre que se den las condiciones que indiquen su variación.*⁴⁰

Las rivalidades y tensiones estructurales que acontecen en una gran parte de las empresas familiares se relacionan usualmente con la ausencia del protocolo familiar. Este instrumento ha sido objeto de un amplio estudio dentro del campo de la *family company*, encontrándose entre las principales definiciones que procuran acotar dicha realidad las siguientes: un estatus familiar, una normativa y un acuerdo marco.

Como estatus familiar implanta reglas de juego. En tanto normativa, regula las relaciones profesionales y económicas entre la familia y la empresa, teniendo como objetivo principal asegurar la continuidad de ésta sin perjudicar la convivencia familiar. Y, como acuerdo marco, es firmado entre familiares socios (actuales o previsiblemente futuros) de una misma empresa, que regula la organización y gestión de la misma, así como las relaciones económicas y profesionales entre la familia, la propiedad y la empresa, con la finalidad de darles continuidad de manera eficaz y con éxito a través de las siguientes generaciones familiares.

Teniendo presente las anteriores definiciones, consideramos que, cualquiera que sea el alcance de la regulación que finalmente se adopte en una empresa familiar, el protocolo familiar no es más que el documento básico en el que ésta se cimienta, documento que además de contener esta normativa por la que se regulan las relaciones personales, profesionales y económicas entre la familia y la empresa y entre éstas y la gerencia, tiene entre sus principales objetivos la preservación de la continuidad de la empresa familiar, ayudándola en su desarrollo. Así, el protocolo familiar es un documento que acuerdan los miembros de la familia, el cual define la forma cómo se adoptarán las decisiones más importantes y que se construye mediante un proceso negociado, con el apoyo de algún moderador o consejero que no pertenezca a la familia. El protocolo familiar no es un documento puramente legal ni un *acuerdo de accionistas*. La

⁴⁰ Asociación Madrileña de la Empresa Familiar, *Introducción al protocolo familiar*, Madrid, <https://efamiliar.org/protocolo-familiar/>, consultado en octubre del 2021.

institucionalización comienza por establecer un consejo familiar que funciona independientemente de la empresa y representa la máxima autoridad en asuntos familiares. La primigenia función de dicho consejo será acordar el protocolo familiar y su propio funcionamiento.⁴¹

Francisco Vicent Chulià considera que el protocolo familiar -equivalente al *shareholders agreement* de la *close corporation* en Estados Unidos- es un acuerdo entre accionistas familiares titulares de bienes y derechos que desean gestionar de manera unitaria y preservar a largo plazo, cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia y la empresa.⁴²

Somos de la opinión que el concepto de protocolo familiar debe girar, no prioritariamente en torno al documento, sino más bien a partir del proceso de gestación que permite arribar en él, inciéndose así en la negociación de la familia, el establecimiento de una política corporativa, la determinación de la misión y la visión de la empresa, la ponderación de los intereses en juego, etcétera, todo lo cual finalmente se sintetiza en el documento que contiene el protocolo familiar. Siendo ello así, es menester atender a su naturaleza abierta que le permite aplicar la consigna *adoptar-adaptar*: adoptar nuevos conceptos para adaptarse al cambio. La profesionalización de la empresa familiar, dentro de un contexto de *corporate governance*, es la finalidad intrínseca del protocolo familiar, el cual posibilita que la empresa, aún siendo familiar, trascienda a sus titulares.

3. Etapas

Pueden reconocerse hasta siete etapas nítidamente diferenciadas por las que atraviesa el protocolo familiar: la planeación, la consulta, la elaboración, la deliberación, la aprobación, la aplicación y la revisión.

La planeación significa que, como parte del planeamiento estratégico de la empresa familiar, se considera pertinente elaborar un protocolo familiar, a efectos de asegurar la continuidad de la misma, incorporar un socio estratégico, acceder a mayores mercados, internacionalizar el negocio, profesionalizar la empresa, transitar de una generación a otra, cotizar en el mercado bursátil,

⁴¹ Cfr. OGLIASTRI, Enrique, Op. Cit.

⁴² VICENT CHULIÀ, Francisco, *Organización jurídica de la empresa familiar*, En Revista de Derecho Patrimonial. Madrid, Editorial Aranzadi, 2000-1, N° 5, p. 38

etcétera. Quiere decir entonces que el protocolo familiar es parte del plan corporativo de la *family company*.

Por su parte, la consulta implica que todos los involucrados directamente con la empresa familiar (socios familiares, socios no familiares, directores y gerentes) participen, asentando posición respecto a la necesidad de contar con un protocolo familiar y los alcances del mismo. No se trata de imponerlo compulsivamente, sino que se tornará mucho más efectivo cuando realmente forme parte de la cultura empresarial y existan incentivos para aplicarlo.

La elaboración atañe a la preparación de la versión preliminar del protocolo familiar, como un primer bosquejo que se somete a consideración de los miembros del consejo de familia. Llegamos así a la deliberación, que en un escenario ideal concluirá con la aprobación, quizás de una versión renovada del protocolo familiar.

Empero, no se ha transitado todo este camino para quedarnos con un mero documento, sino para que su contenido sea aplicado, es decir, busca la materialización de lo previsto en sus cláusulas. Y, finalmente, atendiendo al carácter dinámico de la empresa (especialmente, de la empresa familiar por su estrecha relación con una institución también pro-activa, como es la familia), se requiere la constante y/o periódica revisión del protocolo familiar para que no se convierta en un texto inerte sino en una normatividad real y con contenido práctico.

4. Contenido

En la Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar, de España, se indica que la estructura más habitual del protocolo familiar contiene: la introducción, los pactos sociales o estatutarios, los pactos parasociales o extraestatutarios, los órganos de carácter familiar y la cláusula de cierre.⁴³

En la introducción se incluyen anotaciones sobre el fundador (quién es), el origen de la empresa (cómo surgió), la filosofía corporativa (en qué se sustenta), el ámbito de sus actividades (hasta dónde alcanza), el posicionamiento de la compañía (cómo se ve), etcétera.

Respecto a los pactos sociales o estatutarios tenemos los concernientes al régimen jurídico de las acciones o participaciones (limitaciones temporales a la transmisibilidad), las mayorías exigibles para la adopción de acuerdos (mayorías calificadas para

⁴³ Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de España, *Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar*, Madrid, noviembre del 2008, pp. 59 y 60

ciertos acuerdos trascendentales), los criterios para establecer la composición del directorio (voto acumulativo), los acuerdos sobre agrupación de voto (sindicación), etcétera.

En cuanto a los pactos parasociales o extraestatutarios son de mencionar las reglas para la incorporación de nuevos miembros (admisión), la política remunerativa (escala profesionalizada por meritocracia), las causales para la exclusión de los miembros (matrimonio no aprobado), la cualificación exigible al sucesor (haber alcanzado la gerencia de una empresa no perteneciente al grupo), etcétera. Aquí es pertinente citar el caso del Grupo Manucci:

Precisamente, este año la familia Manucci, propietaria de dos empresas de transportes en Trujillo y Manucci Diesel (concesionario de Nissan y Volvo), firmó un protocolo en el que se decidió que los parientes de la cuarta generación que quieran ocupar algún puesto en las compañías Manucci deben haber cursado los estudios requeridos para el cargo al que postulan y tener por lo menos dos años de experiencia en otra empresa, de preferencia de la competencia. «Buscamos que nuestros descendientes le otorguen valor agregado a las compañías del grupo», dice Carlos José Manucci Tapia, gerente general de Manucci Diesel y miembro de la tercera generación (con más de 50 primos hermanos) de una empresa familiar que se fundó en 1931.⁴⁴

Los órganos de carácter familiar suelen ser la junta de familia, el consejo de familia y el comité de seguimiento del protocolo familiar, aunque varía en cada family company. Por ejemplo, respecto al Grupo Porsche, que después de tres generaciones sigue en manos de la familia Porsche, se ha escrito: En la época, la familia Piech-Porsche se componía de diez miembros, Louise y Ferry, más los cuatro hijos que cada uno de ellos había tenido en su matrimonio. Ferry decidió que cada miembro vivo de la familia tuviera un 10% del capital. Igualmente creó un consejo de administración formado por doce miembros en los que seis eran representantes de los empleados y los otros seis, entre los cuales [estaba] el presidente, representarían a la familia. De esta manera se aseguraba el 50% de los votos. Esta organización se ha mantenido hasta el presente. Como representantes de la familia están Ferdinand Piech y su hermano Hans Michael, su primo Wolfgang Porsche y su sobrino Ferdinand Porsche. En los últimos

⁴⁴ Diario El Comercio, *Claves para las empresas familiares*, Lima, 2 de noviembre del 2008, <http://www.elcomercio.com.pe/edicionimpresa/HTML/2008-11-02/claves-empresas-familiares.html>, consultado en el año 2021.

años, Porsche AG se ha convertido en el fabricante de automóviles más rentable del mundo.⁴⁵

Por último, la cláusula de cierre (también denominada cláusula protocolar o cláusula de gratitud) expresa el agradecimiento de la familia a los fundadores de la empresa, así como las pautas para la revisión periódica del protocolo familiar.

No obstante lo anterior, existe una variedad de repertorios en cuanto al contenido del protocolo familiar; así por ejemplo Antonio Sánchez-Crespo Casanova plantea que el mismo contenga los principios generales de la empresa familiar, su reestructuración, el gobierno y la dirección tanto de la familia como de la empresa, la sucesión en la gestión, el trabajo de los miembros de la familia, los derechos económicos de los socios, la propiedad de la empresa familiar, el compromiso familiar y la cláusula de cierre⁴⁶.

5. Características estructurales

i.- Es un contrato marco.- Sirve de marco general al que han de ajustarse otros pactos complementarios de carácter concreto, como las capitulaciones matrimoniales y los testamentos. En caso de conflicto, prevalece el protocolo familiar.

ii.- Es un contrato nominado.- El *nomen juris* más utilizado es *protocolo familiar*.

iii.- Es un contrato atípico.- No se encuentra regulado en la legislación peruana, pudiendo celebrarse por la manifestación de voluntad de los contratantes, gracias al principio de libertad de contratación en su vertiente de libertad contractual.

iv.- Es un contrato asociativo.- Su objeto es el desarrollo de una actividad empresarial en común, con prestaciones paralelas y no contrapuestas. Además, cumple con otras características comunes a los contratos asociativos, como la indeterminación -típica- del número de partes; no limita la adhesión de otros contratantes; y las prestaciones son autónomas, por lo que no se

⁴⁵ El Mundo, *La familia Porsche-Piech, al asalto de Volkswagen*, En Portal Nueva Economía, Madrid, 7 de mayo del 2006, <http://www.elmundo.es/suplementos/nuevaeconomia/2006/323/1146952808.html>, consultado en el año 2021.

⁴⁶ SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, Antonio, *El protocolo de la familia García o cómo hacer un protocolo familiar*, Madrid, Grupo Lexconsult Abogados, s/f, <http://www3.unileon.es/personal/wwdfcsr/ppt/elprotocolodelafamiliagarcia.ppt#390,1,Diapositiva1>, consultado en el año 2021.

pierde la relación jurídica emanada del contrato al no adquirir o perder eficacia alguna prestación individual.

v.- Es un contrato plurilateral.- Contará con tantas partes contratantes como familiares socios suscriban el protocolo familiar.

vi.- Es un contrato de duración.- Las prestaciones no se ejecutan instantáneamente, sino que se extienden en el tiempo (tracto sucesivo) para cumplir las actividades de gestión.

vii.- Es un contrato principal.- Su autonomía revela más bien que suele venir acompañado de otros contratos (accesorios).

viii.- Es un contrato consensual.- No requiere una forma determinada y, menos aún, solemne, requiriéndose tan solo el acuerdo de voluntades (libertad de forma).

ix.- Es un contrato organizacional.- Al calificar como un código de conducta posibilita la organización (y reorganización) de la empresa familiar.

x.- Es un contrato dinámico.- Tiene vocación de adaptación al cambio de circunstancias, no permaneciendo inmutable a través del tiempo.

6. Finalidad

No le falta razón a José Manuel Calavia Molinero cuando sostiene que *el protocolo familiar debe ser como un «traje a la medida» que hay que elaborar para cada empresa familiar teniendo en cuenta sus peculiaridades y que se debe retocar cada cierto tiempo para irlo adaptando adecuadamente a las posibles nuevas peculiaridades de la empresa familiar concreta.*⁴⁷ En efecto, en las empresas familiares se interrelacionan tres sistemas integrados: los propietarios (como el socio minoritario), los administradores (como el gerente) y los familiares (como el fundador), pudiendo ser que una misma persona ocupe dos o hasta tres de las anteriores posiciones.

En ese sentido, la conjunción de dichos sistemas provoca múltiples y complejas relaciones entre los propietarios, los administradores y los familiares, cuyos intereses podrían entrar en conflicto. Así, el protocolo familiar busca la continuidad exitosa de la empresa familiar y, por ello, procura evitar los errores más usuales en la gestión del negocio, con el propósito de mantener a

⁴⁷ CALAVIA MOLINERO, José Manuel, *Sociedad holding familiar: protocolo familiar y estatutos sociales*, Barcelona, Mazars & Asociados Abogados y Asesores Fiscales, junio del 2006, p. 20, http://www.mazars.es/pdf/73_EMPRESA%20FAMILIAR.JUNIO%202006.doc, consultado en el año 2021.

lo largo del tiempo las fortalezas (de unidad y dedicación) para que no se transformen en debilidades (de desunión y desinterés).

Por consiguiente, el protocolo familiar tiene como finalidad garantizar la continuidad de la empresa familiar en manos de la familia propietaria, evitando los conflictos o, de darse dichos conflictos, contando con mecanismos para solucionarlos. En tal orden de ideas, regula la relación entre la familia y la empresa, profesionaliza los procesos de dirección estratégica, institucionaliza los valores familiares, promueve la identificación corporativa a partir de la unidad familiar, etcétera.

Sin embargo, lejos estará un protocolo familiar de cumplir su finalidad si es que incurre en los típicos errores que conllevan al fracaso del mismo, como son la confusión del documento (el protocolo familiar) con su contenido (reglas para la empresa familiar y la familia empresaria), dándosele más importancia al primero; la carencia de un adecuado diagnóstico *ad-hoc* para que el protocolo familiar sea realmente *un traje a la medida*, lo que supone que desconozcan las fortalezas, las oportunidades, las debilidades y las amenazas (análisis FODA); la falta de visión respecto a las siguientes generaciones, por lo que el protocolo familiar termina restringiéndose sólo a los fundadores; la limitación a meras cuestiones patrimoniales, desatendiendo aspectos personales, éticos y axiológicos; el criterio ritualista que concibe al protocolo familiar como un simple documento de adhesión en vez de un auténtico acuerdo de voluntades; el temor a abordar abiertamente lo concerniente a la sucesión familiar, por considerarse una muestra de ambición de las generaciones venideras; etcétera.

IV] Conclusión

El protocolo familiar constituye, hoy en día, un adecuado instrumento jurídico-empresarial para la gestión de una empresa familiar, que en el Derecho comparado se reconoce con oponibilidad *erga omnes* cuando se publicita. Si bien permite establecer las líneas maestras de actuación corporativa de la referida empresa familiar con políticas de transparencia (*corporate governance*), asegurando la sucesión del mando en base al *know-how* y el *expertise* de la *family company*, exige a su vez el firme compromiso de los miembros de la familia de distinguir entre las esferas de la *empresa familiar* y la *familia empresaria*, estableciendo en el protocolo familiar no sólo cuestiones de índole jurídica, sino por sobre todo de alcance económico y familiar. En suma, el protocolo familiar muestra claramente un fenómeno

contemporáneo: la contractualización en las familias empresarias para la gestión de las empresas familiares.

Bibliografía

Aragon & Aragon Guatemala Law Firm. *La sucesión en la empresa familiar*, Guatemala, <http://www.aragonyasoc.com/news/sucesion.html>, consultado en el año 2021

Asociación Madrileña de la Empresa Familiar, *Introducción al protocolo familiar*, Madrid, <https://efamiliar.org/protocolo-familiar/>, consultado en octubre del 2021

BELAUSTEGUIGOITIA, Imanol, *Luz y sombra en las empresas familiares*, Dirección estratégica, Ciudad de México, <http://direccionestrategica.itam.mx/Administrador/Uploader/material/Luz%20y%20sombra%20Imanol.pdf>, consultado en el año 2021

Business Leone, *Steve Jobs se aleja de cargo por razones médicas*, En Portal Business Leone, 15 de enero del 2009, <http://www.businessleone.com/index.php/tecnologia/jefe-de-apple-dice-que-se-aleja-de-cargo-por-razones-medicas>, consultado en el año 2021

CALAVIA MOLINERO, José Manuel, *Sociedad holding familiar: protocolo familiar y estatutos sociales*, Barcelona, Mazars & Asociados Abogados y Asesores Fiscales, junio del 2006, http://www.mazars.es/pdf/73_EMPRESA%20FAMILIAR.JUNIO%202006.doc, consultado en el año 2021

Cámara de Comercio, Industria y Navegación de España, *Las ventajas competitivas de la empresa familiar*, En Portal del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España. Madrid, 25 de junio del 2008, <https://www.camaras.org/publicado/empresafamiliar/claves/view.php?ID=44>, consultado en el año 2021

Confederación de Empresarios de Navarra, *Empresa familiar, s/f*, Navarra, http://www.cen7dias.com/documentos/documentos_boletines/52/cef.pdf, consultado en octubre de 2021

Diario El Comercio, *Claves para las empresas familiares*, Lima, 2 de noviembre del 2008, <http://www.elcomercio.com.pe/edicionimpresa/HTML/2008-11-02/claves-empresas-familiares.html>, consultado en el año 2021

ECHAIZ MORENO, Daniel, *La empresa en el Derecho moderno*, Lima, Editorial Gráfica Horizonte, marzo del 2002

El Mundo, *La familia Porsche-Piech, al asalto de Volkswagen*, En Portal Nueva Economía, Madrid, 7 de mayo del 2006, <http://www.elmundo.es/suplementos/nuevaeconomia/2006/323/1146952808.html>, consultado en el año 2021

El País, *Pablo Serratos deja la dirección del grupo familiar por discrepancias internas*, En Diario El País, Valencia, 2 de abril del 2007, https://elpais.com/diario/2007/04/03/cvalenciana/1175627880_850215.html, consultado en el año 2021

- FERMÍN, J. J., *Empresas de familia (II)*, En Portal del Diario El Tiempo, Caracas, <http://www.eltiempo.com.ve/noticias/default.asp?id=155251>, consultado en el año 2021
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, *El protocolo familiar, Empresa familiar y publicidad registral*, Madrid, Editorial Aranzadi, 2008
- GARRIGUES WALKER, Antonio, *Planificar la sucesión en la empresa familiar es vital*. Entrevista, En Cuadernos, Madrid, s/e, s/f, http://www.garrigues.com/doc/AreaComunicacion/CentroPrensa/GarriguesMedios/entrevista_AGarrigues.pdf, consultado en el año 2021
- GRIMALDI, Michel, *Sociedad y empresa familia*, En Kemelmajer de Carlucci, Aída, (coord.) *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, Tomo II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000
- GUERRERO, Manuel, *Las empresas familiares*, Portal GestioPolis, Bogotá, <http://www.gestiopolis.com/canales/emprendedora/articulos/no14/empresasfamiliares.html>, consultado en el año 2021
- HARO, Sebastián, *Cuando el trabajo y la familia confluyen*, http://sebastianharo.netfirms.com/articulos/Revista_Decision/16_empresas-familiares-cuando-el-trabajo-y-la-familia-confluyen.htm, consultado en el año 2021
- IProfesional, *El abc de las empresas familiares, según John Davis*, Buenos Aires, <https://www.iprofesional.com/management/65740-el-abc-de-las-empresas-familiares-segunjohn-davis>, consultado en octubre de 2021
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, (coord.), *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, Tomo II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000
- KOREMBLIT, Sergio, *Transparencia avanza en empresas familiares medianas en el país*, En *Diario Gestión*. Lima, 23 de abril del 2008
- LANSBERG, Iván, *Los sucesores en la empresa familiar*, Buenos Aires, Ediciones Gránica, 2000
- LANSBERG, Ivan & GERSICK, Kelin, *Sello de familia*. En *Harvard Business Review América Latina*, Santiago, Impact Media Comercial, agosto del 2006, Volumen 84, N° 8
- Los Lingues, *Antecedentes históricos*, Portal de Hacienda Los Lingues, San Fernando, http://www.loslingues.com/antecedentes_historicos.html, consultado en el año 2021
- Marinelli Pontificia Fonderia di Campane, *Storia*, Molise, http://www.campanemarinelli.com/italiano/storie_campane.php?img=storia (traducción libre), consultado en el año 2021
- Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de España, *Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar*, Madrid, noviembre del 2008
- OGLIASTRI, Enrique, *Protocolo de empresas familiares*. En *Revista Punto de Equilibrio*, Lima, Universidad del Pacífico, http://www.puntodeequilibrio.com.pe/punto_equilibrio/01i.php?pantalla=noticia&id=15539&bolnum_key=21&serv_key=2100, consultado en el año 2021
- OLIVENCIA, Manuel, *Recomendación sobre el buen gobierno de las empresas familiares*, En *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, Gráficas Aguirre Campano, octubre-diciembre del 2006, N° 262

PAVÓN SÁEZ, Manuel, *¿Primero la familia o la empresa?* En *Diario Gestión*, Lima, 18 de enero del 2008

POZA, Ernesto, *Family Business*, Nueva York, segunda edición, Editorial Thomson Financial, 2006

Portal de Barone Ricasoli. En: <http://www.ricasoli.it/>

Portal Institucional de Garrigues, *Historia Garrigues*, Madrid, s/f, <http://www.garrigues.com/>

[esp/conocenos.aspx?ep=AreaCorporativa/Conocenos/HistoriaGarrigues/1941_1949](http://www.garrigues.com/esp/conocenos.aspx?ep=AreaCorporativa/Conocenos/HistoriaGarrigues/1941_1949), consultado en el año 2021

Portal Materia Biz, *Lecciones de la quiebra de una empresa familiar de 1400 años de antigüedad*, <http://www.materiabiz.com/mbz/capitalhumano/nota.vsp?nid=30335>, consultado en el año 2021

SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, Antonio, *El protocolo de la familia García o cómo hacer un protocolo familiar*, Madrid, Grupo Lexconsult Abogados, s/f,

<http://www3.unileon.es/personal/wwdfcsrr/ppt/elprotocolodelafamiliagarcia.ppt#390,1,Diapositiva1>, consultado en el año 2021

SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, Antonio, *¿Empresa familiar o familia empresaria?* En *La empresa familiar*,

http://www.microsoft.com/spain/empresas/legal/empresa_familiar_iii.mspx, consultado en el año 2021

SCERPELLA, Luis, *De empresa familiar a familia empresaria*, En Portal De Gerencia,

http://www.degerencia.com/articulo/de_empresa_familiar_a_familia_empresaria, consultado en el año 2021

SCHINWALD, Josef, *El caso Sam Walton & Wal-Mart*. Portal Ganar Opciones, <http://ganaropciones.com/walmart.htm>, consultado en octubre de 2021

TÁPIES LLORET, Joseph, *De empresa familiar a familia empresaria*, Madrid, Ediciones Deusto, s/f,

https://www.cpii.org.ar/Descargas/Informaci%C3%B3n%20T%C3%A9cnica%20de%20Inter%C3%A9s/de_empresa_familiar_a_familia_empresaria.pdf, consultado en octubre de 2021

Universidad de Buenos Aires, *La empresa familiar en el mundo*. Curso Gestión de Empresas Familiares, Buenos Aires,

http://cursos.fadu.uba.ar/demos/006/01_05.php?id_alumno=&id_curso=&id_modulo=, consultado en octubre de 2021

Universidad de La Sabana, *Empresa familiar*. Investigaciones de la Escuela de Dirección y Negocios INALDE, Bogotá,

<https://www.inalde.edu.co/investigacion/empresas-familiares-y-gobierno-corporativo/>, consultado en octubre de 2021

VICENT CHULIÀ, Francisco, *Organización jurídica de la empresa familiar*, En *Revista de Derecho Patrimonial*. Madrid, Editorial Aranzadi, 2000-1, N°

5

Esquemas reportables y deber de diligencia

JOSÉ DE JESÚS GÓMEZ COTERO¹

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Características*. III. *Sujetos obligados*. IV. *Obligación a cargo de los contribuyentes*. V. *Efectos de la revelación*. VI. *El secreto profesional*. VII. *Su responsabilidad civil*. VIII. *Política fiscal de la empresa*. IX. *La debida diligencia*. X. *Compliance y Derecho Tributario*.

Resumen. En este artículo, el autor nos señala las características de la introducción de los esquemas reportables en la legislación mexicana, así como las obligaciones que adquieren los contribuyentes y los asesores fiscales de reportarlos a las autoridades fiscales. Además, se estudia si esta práctica es contraria al secreto profesional a como es entendido por nuestra normatividad. Finalmente se estudia el papel que el *deber de diligencia* debería tener en las políticas empresariales que buscan una conducta responsable.

Palabras clave: Esquemas reportables, secreto profesional, compliance, debida diligencia.

Abstract. *In this paper, the author treats the characteristics of the disclosure of tax schemes and the obligations of taxpayers under Mexican law. It studies if this obligation is contrary to the professional secrecy in Mexico. Also, it analyses the role of due diligence in corporations in the search for responsible conduct.*

Keywords: *Disclosure schemes, professional secrecy, compliance, due diligence.*

¹ Es Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana. Tiene un segundo Doctorado por la Universidad del País Vasco. Autor de Libro *La Simulación Tributaria, Análisis Jurídico y Sociológico*, Editorial Themis, 2ª Edición México 2021

I] Antecedentes

Con el fin de combatir a las planeaciones fiscales, se han adoptado diversas medidas, dentro de las cuales, destaca la necesidad de que los contribuyentes revelen sus mecanismos de planeación fiscal agresivos.

El objetivo principal, es proporcionar información oportuna a las administraciones tributarias sobre estas estructuras potencialmente agresivas o abusivas de planeación fiscal, e identificar tanto a los promotores (asesores) como a los usuarios de dichas estructuras, bajo la premisa de que, su detección oportuna permitirá a las administraciones tributarias responder de manera eficiente ante los cambios en el comportamiento de los contribuyentes, a través de políticas operacionales, y cambios en la legislación y en la regulación.

También se busca provocar que los contribuyentes evalúen de manera más cuidadosa la implementación de una estructura de planeación fiscal agresiva, sí ésta tiene que ser revelada, máxime, si las consecuencias fiscales de dichas estructuras pueden conllevar sanciones y penalizaciones.

Siguiendo las recomendaciones BEPS, en el año de 2020, México estableció en los artículos 197 a 202 del Código Fiscal de la Federación², un régimen de divulgación de las estructuras de planeación fiscal agresiva bajo la denominación: *De la Revelación de Esquemas Reportables*.

II] Características

Son esquemas reportables: cualquier plan, proyecto, propuesta, asesoría, instrucción o recomendación externada de forma expresa o tácita, con el objeto de materializar una serie de actos jurídicos que genere o pueda generar, directa o indirectamente, la obtención de un beneficio fiscal en México y tenga alguna de las características generadas en la norma.

Los temas materia de reporte se pueden clasificar en: i.- Planeaciones internacionales; ii.- Planeaciones nacionales; iii.- Generalizados: aquéllos que buscan comercializarse de manera masiva a todo tipo de contribuyentes o a un grupo específico de ellos, y aunque requieran mínima o nula adaptación para adecuarse a las circunstancias específicas del contribuyente, la forma de obtener el beneficio fiscal sea la misma; iv.- Personalizados: cuando

² Emitido mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1981.

se diseñan, comercializan, organizan, implementan o administran para adaptarse a las circunstancias particulares de un contribuyente específico.

III] Sujetos obligados

Los sujetos obligados a revelar son en primer lugar los Asesores Fiscales. Para efectos de la ley, Asesor Fiscal es cualquier persona física o moral que, en el curso ordinario de su actividad, realice actividades de asesoría fiscal, y sea responsable o esté involucrada en el *diseño, comercialización, organización, implementación o administración* de la totalidad de un esquema reportable o quien pone a disposición la totalidad de un esquema reportable para su implementación por parte de un tercero.

IV] Obligación a cargo de los contribuyentes

Los Contribuyentes también tendrán la obligación de revelar esquemas reportables, cuando:

i.- El Asesor Fiscal no le proporcione el número de identificación del esquema reportable emitido por el SAT, ni le otorgue una constancia que señale que el esquema no es reportable.

ii.- El esquema reportable haya sido diseñado, organizado, implementado y administrado por el contribuyente. En estos casos, cuando el contribuyente sea una persona moral, las personas físicas que sean los asesores fiscales responsables del esquema reportable que tengan acciones o participaciones en dicho contribuyente, o con los que mantenga una relación de subordinación, quedarán excluidas de la obligación de revelar.

iii.- El contribuyente obtenga beneficios fiscales en México de un esquema reportable que haya sido diseñado, comercializado, organizado, implementado o administrado por una persona que no se considera Asesor Fiscal conforme al artículo 197 del Código Fiscal.

iv.- Cuando el Asesor Fiscal sea un residente en el extranjero sin establecimiento permanente en territorio nacional de conformidad con la Ley del Impuesto sobre la Renta, o cuando teniéndolo, las actividades atribuibles a dicho establecimiento permanente no sean aquéllas realizadas por un Asesor Fiscal conforme al artículo 197 del Código Fiscal.

v.- Se considere que no es reportable o cuando exista un impedimento legal para que el Asesor Fiscal revele el esquema

reportable. En estos casos el asesor fiscal, deberá expedir una constancia en la que justifique y motive sus razones.

vi.- Cuando exista un acuerdo entre el Asesor Fiscal y el contribuyente para que sea este último el obligado a revelar el esquema reportable

V] Efectos de la revelación

No implica su aceptación o rechazo.

La información presentada no podrá utilizarse como antecedente de la investigación por delitos fiscales, salvo los casos previstos en los artículos 113 y 113 bis. (Tráfico de comprobantes fiscales) y comprobantes que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados.

La información tendrá el tratamiento de secreto fiscal.

Las autoridades fiscales podrán ejercer sus facultades de comprobación.

Los asesores fiscales estarán obligados a proporcionar la documentación e información que soporte que han cumplido con las disposiciones de la ley.

Se establecen infracciones y sanciones relacionadas con el incumplimiento a las obligaciones relacionadas con la revelación de esquemas reportables, que pueden llegar a \$ 20,000,000.00. (1,000,000.00 U.S. dlls)

La revelación de esquemas reportables no constituirá una violación a la obligación de guardar un secreto conocido al amparo de alguna profesión.

Este último tema, ha generado gran preocupación, no sólo por la posible violación al secreto profesional, sino, además, por la responsabilidad en la que el Asesor Fiscal puede incurrir, específicamente la penal.

VI] El secreto profesional

En relación con el secreto profesional, es importante señalar que en México no existe una regulación a nivel federal de la figura, sino que la misma se ha dejado bajo la potestad de cada una de las entidades federativas.

A manera de ejemplo la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en la Ciudad de México³, en su artículo 36 señala: *Todo profesionista estará*

³ Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1945.

obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confíen por sus clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas.

Por su parte, la Ley para el ejercicio de las profesiones del Estado de Jalisco⁴, señala en su Artículo 8: *Son obligaciones de los profesionistas que ejerzan en el Estado: III. Guardar el secreto profesional respecto a la información que maneje por tal motivo, salvo los informes legales que deban rendir ante las autoridades competentes.*

Lo anterior plantea la problemática de que el secreto profesional tiene una excepción que se actualiza, cuando se deban presentar informes obligatorios que establezcan las leyes respectivas, como lo es, el caso de la figura de los esquemas reportables.

Cabe señalar que esta premisa se repite en las legislaciones locales de las otras entidades federativas de nuestro país.

No obstante lo anterior, serán finalmente los tribunales quienes tendrán la última palabra sobre los alcances del *Secreto Profesional*; y si éste es oponible a la figura de los *Esquemas Reportables*; y en caso de que no lo sea, ¿Cuáles serían las consecuencias para los Asesores Fiscales y sus clientes?

VII] Su responsabilidad civil

La relación existente entre el cliente y el asesor fiscal es un contrato de prestación de servicios a cambio de una remuneración, que obliga al asesor a realizar su actividad profesional con la debida diligencia y acorde con las leyes fiscales.

En ese sentido, el asesor fiscal responde frente a su cliente de los daños causados como consecuencia del incumplimiento, cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones asumidas, de manera que la acción civil contra el asesor fiscal requiere acreditar la concurrencia de una acción u omisión por parte de aquél, un resultado dañoso y una relación de causalidad entre ambos.

En México, hoy se discute la indemnización por daño moral, regulado en el artículo 1916 del Código Civil Federal⁵, y en el que una de sus hipótesis se refiera al daño *reputacional* que el asesor pueda ocasionar a su cliente, supuesto que de actualizarse obligaría a reparar el daño mediante una indemnización en dinero que determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el

⁴ Emitida mediante decreto publicado en el Periódico Oficial El Estado de Jalisco el 27 de enero de 1998.

⁵ Emitido mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación en 1928.

grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, así como las demás circunstancias del caso.

VIII] Política fiscal de la empresa

Dentro de los Principios de Gobierno Corporativo de la Organización Para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) se establece como responsabilidad del Consejo de Administración de las compañías, como facultades indelegables en materia fiscal: i.- La determinación de la estrategia fiscal; ii.- La política de control y gestión de riesgos fiscales; iii.- La aprobación de operaciones con especial riesgo fiscal o con falta de transparencia y de aquellas con partes vinculadas; iv.- Y la supervisión de los sistemas diseñados para garantizar que la organización cumple con la legislación vigente, incluyendo expresamente las normas tributarias.

El incumplimiento a estas previsiones podría llevar a la empresa a incurrir en una hipótesis de Responsabilidad Penal de la Persona Moral.

Al respecto cabe recordar que, en México en el año 2016, el legislador nacional adoptó importantes medidas para regular la responsabilidad de las personas morales, así como las implicaciones de las sanciones que se les pueden imponer.

Uno de los requisitos para que opere la responsabilidad penal de las personas morales, incorporado en el texto del artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP)⁶, es la condición de que las personas jurídicas, sólo serán penalmente responsables cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización.

En relación con lo anterior, cabe señalar, en la línea de pensamiento de Gómez Jara,⁷ que *el núcleo* de la responsabilidad de la persona jurídica, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, a lo que habrá que agregar la falta de cultura de cumplimiento de la legalidad.

El debido control, es un concepto jurídico indeterminado que como tal supone que la indeterminación del supuesto de hecho

⁶ Emitido mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014.

⁷ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuestas reconciliadoras*, Diario La Ley No 8724, Sección Documento online, 17 de marzo de 2016, Editorial la Ley, La Ley 1514/2016

no se traduce en indeterminación en la aplicación de la norma, pudiendo hablarse de unidad de solución justa, sino que es preciso que quienes ostentan facultades decisorias, de organización y control hayan incumplido gravemente sus deberes de supervisión, vigilancia y control.⁸

Este elemento ha dado origen a lo que en el mundo se conoce como *compliance* o en su traducción *Cumplimiento Normativo* el que adquiriere una importancia muy relevante dentro de la vida de las organizaciones empresariales a partir de la reforma del CNPP.

El *compliance*, nos refiere Carlos Bonachía,⁹ involucra la observancia del debido control en la organización, lo que hace importante para una empresa, el disponer de políticas de *corporate compliance*, que se basen en criterios de debido control y cumplimiento normativo y en la prevención del delito; debiendo señalarse que será necesario que se hayan adoptado y ejecutado de manera eficaz modelos de organización y gestión adecuados para prevenir delitos, o reducir el riesgo de su comisión, es decir, que se disponga de políticas efectivas como sistemas y protocolos de supervisión y de control del cumplimiento normativo, y además de detectar los riesgos legales, establezcan mecanismos internos de prevención, gestión y control de los mismos, lo que implica adoptar medidas de *debida diligencia empresarial*.

IX J La debida diligencia

Esta se refiere al cuidado razonable que debe tener una persona, lo que implica la capacidad de la empresa para establecer normas y procedimientos orientados a la prevención y eliminación de los delitos que puedan surgir en el seno de una persona jurídica lo que se logra a través de la implantación de sistema de gestión de riesgos (*compliance*) que pueden abarcar una sola disciplina o varias.

⁸ Cfr. AYALA DE LA TORRE, José María, *Compliance*, Editorial Claves Prácticas Francis Lefebvre, Madrid, España, 2016, pp. 48

⁹ BONACHÍA, Carlos, *La consolidación de la figura del compliance officer tras la nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en 2015*, LegalToday, 2015, Recuperado de: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/la-consolidacion-de-la-figura-del-compliance-officer-tras-la-nueva-regulacion-de-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-en-2015>

Si son eficaces, buscan asegurar que los riesgos y amenazas sean oportunamente abordados, lo que implica cuidar la reputación, integridad y confianza de una organización.

Para Ayala de la Torre,¹⁰ el *compliance* es el resultado de que una organización cumple con sus obligaciones. La función de cumplimiento corresponde, por una parte, a la alta dirección de la compañía, que debe ser su principal promotor y, por otra parte, a los empleados, quienes deben observar las obligaciones de *compliance*, e informar sobre sus inquietudes y los errores que adviertan en el sistema.

La función de cumplimiento debe considerar, además, tanto normas nacionales, como normas que gozan de un principio de extraterritorialidad, así como sus reformas y actualizaciones. De igual manera debe incluir tanto a las normas que son obligatorias y aquellas que si bien no lo son, dado su contenido, no pueden pasarse por alto, como el caso del *soft law* que, si bien son instrumentos no obligatorios, contienen o establecen principios aceptados en el ámbito internacional, cuya fuerza deriva de la interdependencia o interrelación con los instrumentos jurídicos obligatorios.

El *compliance* pretende reducir riesgos económicos para la empresa, la función de cumplimiento debe conocer en detalle el negocio y atender a una finalidad reputacional de la empresa, en tanto que le interesa que el mercado la perciba como una compañía con una cultura de cumplimiento de sus obligaciones, de manera que una organización que pretenda tener éxito a medio plazo, debe mantener una cultura de integridad y de cumplimiento, lo que le da una oportunidad para ser una organización de éxito sostenible.

X] *Compliance* y derecho tributario

En materia tributaria, el *compliance* resulta fundamental en tanto que las normas fiscales afectan a la totalidad de las operaciones de las empresas, por lo que se requiere el conocimiento de toda la legislación aplicable, así como de los criterios de su aplicación por parte de las autoridades fiscales, ello con el fin de adoptar las mejores decisiones a fin prevenir un riesgo fiscal, máxime que el cumplimiento en materia fiscal es visto como elemento de buena gestión empresarial.

¹⁰ AYALA DE LA TORRE, José María, *Compliance*, Editorial Claves Prácticas Francis Lefebvre, Madrid, España, 2016, pp. 27

El *compliance* fiscal implica, la implantación de sistemas de cumplimiento, que faciliten el diseño de mecanismos de detección y corrección de incumplimientos y atribuir relevancia probatoria a las certificaciones que acreditan que se cumplen los manuales de buenas prácticas.¹¹

Los protocolos de *compliance* tributario señala García Novoa¹² son el contrapunto de un nuevo modelo de relaciones que se está abriendo paso entre los obligados tributarios y las Administración Tributaria; en especial, con los contribuyentes personas jurídicas, que desarrollan una actividad empresarial o profesional, considerando la importancia de la gestión de riesgos fiscales.

Y que si bien son los intermediarios fiscales quienes pueden ofrecer a sus clientes opciones de planificación fiscal agresiva, es el contribuyente quien establece su propia estrategia de gestión del riesgo tributario y quien determina el grado de riesgo tributario al que se quiere exponer.

En ese sentido, si las administraciones tributarias pueden poner de manifiesto que los procesos de gestión de riesgos que ponen en práctica son eficaces, será más probable que los grandes contribuyentes corporativos establezcan relaciones con las administraciones tributarias basadas en la cooperación y la confianza.

En segundo lugar, se recomienda establecer estándares de gestión de riesgos fiscales, respecto del cual el autor hace referencia a la norma UNE 19602¹³ la cual plantea un estándar

¹¹ En España se ha desarrollado la Norma UNE 19602, redactada por el Subcomité Técnico CTN 307 SC2 *Compliance*, la cual conformará en España un estándar nacional sobre *compliance* tributario, la Norma debe entrar en vigor en el primer semestre del año 2019 y completará el Código de Buenas Prácticas Tributarias aprobado por la Agencia Tributaria en el Foro de Grandes Empresas

¹² GARCÍA NOVOA, César, *Dossier: Compliance Tributario, el escudo fiscal indispensable para la reputación empresarial y las buenas prácticas corporativas*, No. 88, Thomson Reuters, Febrero 2019, pp. 7

¹³ Su finalidad es, por un lado, prevenir y minimizar los riesgos tributarios, suministrando a las compañías criterios para implantar un sistema de cumplimiento de sus obligaciones fiscales que reduzca tales riesgos. Y en caso de incurrir en los mismos, se pretende instaurar mecanismos de detección y corrección, así como reglas de aprendizaje para evitarlos en el futuro.

Los objetivos concretos de la UNE 19602 son: i.- Difundir una cultura de prevención y cumplimiento en la organización; ii.- Establecer medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir riesgos tributarios y reducir, de forma significativa, su posible comisión; iii.- Dar una mayor garantía de seguridad y confianza ante la Administración tributaria, órganos de

nacional sobre *compliance*, así como al estándar ISO 19600 de 2015, que establece recomendaciones, que pueden funcionar como un parámetro a la hora de evaluar la implantación de un sistema de gestión de *compliance*, que es un referente internacional en materia de buenas prácticas; norma ésta última que, además de ser el referente internacional en materia de buenas prácticas relativas a *compliance*, se puede aplicar a todo tipo de empresas y es personalizable y compatible con diferentes sistemas de gestión. Cabe señalar que actualmente la ISO 19600 fue superada por la ISO-UNE 37301 Sistema de Gestión *Compliance*.

Para la aplicación práctica de los sistemas de *compliance* tributario, es fundamental determinar la voluntad de los sujetos y, en especial, de las empresas, de cumplir las normas tributarias, por ello es por lo que la OCDE están incrementando las exigencias sobre los órganos de dirección de las empresas en la gestión de los riesgos, incluyendo los de tipo fiscal. Así se han establecido medidas para incluir como facultades indelegables de los órganos de administración la determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, así como el establecimiento de medidas de vigilancia para prevenir delitos fiscales.

En ese sentido, es la *Debida Diligencia* la clave de una conducta empresarial responsable.

Bibliografía

AYALA DE LA TORRE, José María, *Compliance*, Editorial Claves Prácticas Francis Lefebvre, Madrid, España, 2016

BONACHÍA, Carlos, *La consolidación de la figura del compliance officer tras la nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en 2015*, LegalToday, 2015, Recuperado de: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/la-consolidacion-de-la-figura-del-compliance-officer-tras-la-nueva-regulacion-de-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-en-2015>

GARCÍA NOVOA, César, *Dossier: Compliance Tributario, el escudo fiscal indispensable para la reputación empresarial y las buenas prácticas corporativas*, No. 88, Thomson Reuters, Febrero 2019

GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuestas reconciliadoras*, Diario La Ley No 8724, Sección Documento online, 17 de marzo de 2016, Editorial la Ley, La Ley 1514/2016

gobierno, accionistas e inversores. Su objetivo es establecer un marco referencial sobre los sistemas de gestión de *compliance* tributario.

Guardando las apariencias: la apariencia como motivo para cuestionar árbitros o sus decisiones

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO*

De nuestra conducta respecto del público

El respeto a la opinión exige que nos abstengamos de todo aquello que, a pesar de ser intrínsecamente bueno, no ofrece al mismo tiempo una apariencia de bondad. Como la sociedad es nuestro único juez en todo lo que mira a nuestra conducta externa, y ella generalmente juzga por las apariencias, claro es que por más inocentes que sean los móviles a los ojos de la moral y del decoro, la sociedad nos condenará irremisiblemente; y entonces, el escándalo que habremos causado, vendrá a turbar completamente la satisfacción que hayamos podido encontrar en la pureza de nuestra conciencia.

Manual de Carreño¹

SUMARIO: I. Casos. II. Comentario. III. Conclusiones

Resumen. El análisis del cumplimiento del requisito de imparcialidad por los árbitros ha incluido la apariencia que las circunstancias generan. Su alcance preciso, alcance e implicaciones, sin embargo, no eran claros y generaban diferencia de opinión. Cuatro casos recientes han utilizado la *apariencia* como premisa dispositiva de la conclusión a la que llegaron, que ha sido severa.

* Árbitro internacional. Abogado de parte en casos complejos, particularmente de construcción y energía. (www.gdca.com.mx) Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx.

Este ensayo fue publicado por vez primera en la Revista *Spain Arbitration Review* del Club Español del Arbitraje (2021). Se publica en este medio con su autorización.

¹ CARREÑO, Manuel Antonio, *Manual de Carreño. Urbanidad y Buenas Maneras*, Editorial Nueva Imagen, 2018.

Al hacerlo, han contribuido en forma importante al acervo de conocimiento sobre la materia.

Palabras clave: Arbitraje, imparcialidad, independencia, apariencia, recusación, nulidad de laudos.

Abstract. *Fulfillment of the impartiality requirement by arbitrators has included assessing the appearance of circumstances. The precise scope and implications however were not clear and were debated. Four recent cases have used the concept of appearance as the dispositive reason to reach serious decisions involving the validity of the award. In so doing, they have contributed to the corpus of knowledge on the matter.*

Keywords: *Arbitration, impartiality, independence, appearance, recusal, nullity of awards.*

Las apariencias son *socialmente* importantes. ¿Deben serlo *jurídicamente*? Casos recientes sostienen que sí. Que, como advertí en un ensayo de 2002,² el árbitro se parece a la mujer del Príncipe según Maquiavelo: *no sólo debe ser casta y pura, debe aparentarlo.*

No es evidente, sin embargo, cuándo existe un problema de apariencia. Tampoco cuál deber ser la consecuencia. Y en una materia que reposa en la *especialidad*, no es inusual que sus practicantes no sean vastos detonando así relaciones frecuentes que podrían suscitar cuestionamientos de apariencia. Pero el que los verdaderos expertos no abundan ocurre en todas las materias especializadas. Ello lógicamente genera interacción frecuente entre los expertos— y en capacidades diferentes. Esa interacción frecuente engendra relaciones humanas: a veces profesionales, a veces académicas, a veces sociales. Dicho nido de relaciones torna relevante y frecuente la discusión sobre cuándo se generan situaciones que suscitan dudas de apariencia y cuándo no. Casos recientes ponen el tema en la mira de una manera digna de escudriñar. A continuación, resumo los casos, para luego ponderar sus implicaciones y al final poder proponer algunas conclusiones.

² GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Independencia, Imparcialidad y Apariencia de Imparcialidad de los Árbitros*, *Jurídica - Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N° 32, 2002, p. 459. Cfr. González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, 5ª Ed., Porrúa, México, 2018, p. 480 y ss.

I | Casos

Casos recientes han tomado decisiones importantes utilizando como premisa nodal la apariencia de imparcialidad:

- *Halliburton Company v Chubb Bermuda Insurance Ltd* (antes *Ace Bermuda Insurance Ltd*), [2020] UKSC 48. Sentencia de la Corte Suprema de Inglaterra de 27 de noviembre de 2020 (*Halliburton v Chubb*).
- *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.A.R.L. v Kingdom of Spain*, Caso CIADI No. ARB/13/36, emitido por un comité *ad hoc* en un proceso de nulidad de un laudo de inversión conforme al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI). Laudo de 11 de junio 2020 (*Eiser v España*).
- Caso *BEG S.P.A. v Italy*, Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 20 de mayo de 2021 (*BEG v Italia*).
- Decisión de 22 de diciembre de 2020 de la primera Cámara (derecho civil) del Tribunal Federal Suizo en el caso *Sun Yang v. World Antidoping Agency (WADA) y Fédération Internationale de Natation (FINA)* en la cual se solicitó la nulidad del laudo arbitral del *Tribunal Arbitral du Sport* en el caso CAS 2019/A/6148 (*Sun Yang v WADA y FINA*).

Estos casos citan conducta de un árbitro como generadora de un problema de apariencia: en los primeros tres casos existió una falta de revelación. En el cuarto manifestaciones en redes sociales. En todos, lo ocurrido arrojó consecuencias delicadas. El análisis seguido en cada uno hace una aportación interesante a la materia.

1. *Halliburton v. Chubb*

Halliburton v. Chubb involucró designación repetida de un árbitro en tres casos con cierto traslape sustantivo involucrando a una de las partes en disputa, que no fue revelada por error inintencional. La cuestión a resolver fue doble: en palabras de la Corte Suprema de Inglaterra: (i) *Hasta qué punto un árbitro puede aceptar designaciones en múltiples casos respecto de la misma materia o una materia con traslapes sustantivos con solo una parte en común sin que ello genere riesgo de sesgo; y (ii) hasta qué punto puede hacerlo sin revelar*³.

³ El texto original se encuentra redactado de la manera que sigue:

La Corte analizó la cuestión bajo un cuádruple prisma: i.- el deber de imparcialidad, ii.- deber de revelación, iii.- privacidad y confidencialidad, y iv.- si una falta de revelación es demostrativa de una falta de imparcialidad. A continuación, resumo el razonamiento seguido.

A) *Imparcialidad*

La Corte comenzó por calificar el deber de imparcialidad como *cardinal*. Y dicho deber se extiende a todo juzgador, juez o árbitro. Siendo una situación intelectual, y ante la imposibilidad de *abrir ventanas al alma* (*make windows into a man's soul* en sus palabras) para constatar su ánimo (consciente o inconsciente), explicó que era necesario enfocarse en lo que se observa: en las apariencias⁴. Y al respecto expuso el siguiente parámetro de análisis (el test a aplicar): *Si un observador sensato e informado consideraría que los hechos generan una posibilidad de sesgo*.

Dicho estándar de referencia es tildado de *observador objetivo*. Es semejante al de dudas justificadas de la *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), que es el estándar en México⁵ y muchas otras jurisdicciones importantes del mundo. La Corte Suprema lo explicó como ni complaciente ni displicente; ni indebidamente sensitivo o sospechoso⁶.

La disquisición tacleó desde el comienzo las implicaciones de la cuestión, poniéndolas en el centro de discusión⁷: Existen muchos practicantes que su subsistencia depende en un grado significativo su actuar como árbitros. Esto puede derivar en un desaliento al momento de tomar acción que alejan a las partes de un arbitraje, por ejemplo, el claro manejo de los casos en contra de los deseos de los equipos legales de quienes están representando a las partes en los casos.

(i) *Whether and to what extent an arbitrator may accept appointments in multiple references concerning the same or overlapping subject matter with only one common party without thereby giving rise to an appearance of bias, and (ii) whether and to what extent the arbitrator may do so without disclosure.*

⁴ *Halliburton v Chubb*, párrafo 51. Texto original: *Whether the fair-minded and informed observer, having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased.*

⁵ Artículo 1428 del Código de Comercio.

⁶ *Halliburton v Chubb*, párrafo 53.

⁷ *Ibidem*, párrafo 59. Texto original: *There are many practitioners whose livelihood depends to a significant degree on acting as arbitrators. This may give an arbitrator an interest in avoiding action which would alienate the parties to an arbitration, for example by assertive case management against the wishes of the legal teams who are presenting their clients' cases.*

La aplicación apropiada del test objetivo (*fair-minded and informed observer*) debe tomar en cuenta:

- Las características del arbitraje internacional;
- El derecho a designar expertos;
- Industria compuesta por personas dedicadas a actuar como árbitros;
- El que las partes pueden tener información limitada de la persona designada, su reputación y experiencia – aunque en casos importantes ocurra que las partes dediquen recursos importantes a investigar a la persona para cerciorar que se trata de una persona adecuada (la reputación y la experiencia son las consideraciones de un observador objetivo al analizar si existe apariencia de sesgo); y
- La utilización de tácticas de los representantes para ganar el caso, mismas que pueden incluir oportunismo. Ante ello, el juez debe ser cuidadoso en que exista una verdadera posibilidad de sesgo.

La Corte Suprema hizo ver que el deber aplica por igual a todos los miembros del tribunal arbitral. Haciendo eco de debates que el medio arbitral ha vivido, y casos que han hecho una distinción entre presidente y coárbitros⁸, concluyó por rechazar la distinción en aplicación respecto del coárbitro y el presidente del tribunal.

B) Revelación

La Corte analizó la cuestión sobre si la revelación es un deber jurídico o una buena práctica. Tomo nota que la corte inferior (la Corte de Apelación) la caracterizó como un deber jurídico. Asintió con dicha conclusión razonando que:

- Es un término implícito en el *contrato* entre el árbitro y las partes. No sólo es buena praxis, es un deber jurídico: ello incluye no sólo el deber de revelar cuando nombrado, sino el deber de revelar al momento de pre-designación; de consideración como árbitro.
- Sin dicho paso, las partes no se enterarán de la existencia de circunstancias que pudieran dar dudas justificadas sobre el deber de imparcialidad de un árbitro. Si no se entiende como tal y se observa, pueden existir circunstancias que justifiquen un cuestionamiento (inclusive la nulidad de un laudo, pero que nunca salen a relucir. Por ende, la obligación de revelación se relaciona con el deber de justicia (*fairness*) pues es necesario para que la parte esté enterada de los vínculos que puedan existir.

⁸ Por ejemplo, el siguiente caso de Estados Unidos: *Certain Underwriting Members of Lloyds of London v Florida* (2018) 892 F 3d 501; 2018 US App Lexis 15377 the United States Court of Appeals for the Second Circuit.

- Consideró significativo el que tres instituciones arbitrales carentes de un interés en el resultado del caso, sino un interés en la integridad y reputación de Inglaterra como sede, abogaran a favor de reconocer tal deber jurídico. Razonaron que promovían la transparencia en arbitraje y son consistentes con las mejores prácticas de la *International Bar Association* (IBA) y los requisitos de instituciones como la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) y la *London Court of International Arbitration* (LCIA).

La conclusión a la que se arriba es que la obligación de revelar, es un deber jurídico; asegura la integridad del proceso arbitral.

La Corte Suprema trató tres temas relacionados con esta conclusión: el estándar de revisión a seguir, el momento para hacerlo, y si dicha conclusión no propicia sobre-litigiosidad:

- *Estándar*: la Corte explicó que la obligación de revelación implica un examen objetivo. Difiere de la apreciación (subjetiva) sobre si existen dudas justificadas sobre imparcialidad. El deber legal de revelar se detona por circunstancias de menos importancia: siempre que sean relevantes y materiales respecto de la determinación sobre la imparcialidad del árbitro y podrían razonablemente arrojar una conclusión adversa.
- *Tiempo*: Respecto del tiempo, que puede tener una incidencia importante en la determinación, concluyó que las circunstancias que deben evaluarse son aquellas existentes al momento de la evaluación del cuestionamiento (no el momento en que ocurrió la no-revelación).
- *Litigiosidad*: La Corte analizó si ello no invita sobre-litigiosidad. Observando que empíricamente no había elementos para considerarlo, hizo ver que la revelación de un hecho que no justifica cuestionamiento no debe preocupar pues, de ocurrir, el cuestionamiento (por ejemplo, por motivos tácticos) sería rechazado. Pero si no se exige revelación pueden existir hechos que justifiquen el cuestionamiento que nunca habría ocurrido por el hecho que no se reveló.

C) *Privacidad y confidencialidad*

La Corte exploró el impacto que el deber de revelación tiene respecto de la privacidad y la confidencialidad. Surge la duda respecto de: ¿debe el árbitro, previo a revelar, obtener el consentimiento expreso de las partes del arbitraje sobre si la revelación debe hacerse? La Corte sostuvo que no.

Lo anterior porque el árbitro puede revelar la existencia del arbitraje y la identidad de la parte en común sin la necesidad de obtener consentimiento expreso por ello. El consentimiento puede

inferirse de la acción de buscar nominación o la designación como árbitro. Está implícito. Un consentimiento adicional para dicha revelación específica es por ende innecesario. Como resultado, el deber de respetar la privacidad y la confidencialidad no deben entenderse en el sentido que prohíben todas las formas de revelación de la existencia de un arbitraje. Pero el deber de revelar no significa que el árbitro tiene un cheque en blanco en el uso de la información: debe usarse únicamente para el objetivo para el cual fue divulgado; no debe utilizarse para revelar lo que sea.

D) Parcialidad demostrada por no revelar

Sobre la ausencia de revelación como motivo para *ipso facto* concluir ausencia de imparcialidad, la Corte de Apelación sostuvo que: *la falta de revelación de una cuestión que debió ser revelada significa que, una vez examinada no da lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad del árbitro, no puede en sí justificar una inferencia de sesgo aparente; se necesita algo más*⁹.

La Corte Suprema analizó la aseveración y, aunque no es claro si confirma o revoca dicho razonamiento, dijo dos cosas interesantes:

*Un árbitro, como un juez, debe siempre estar despierto a la posibilidad de sesgo aparente, sea actual o subconsciente. La posibilidad de sesgo inconsciente de parte de un tomador de decisión es conocida, pero su ocurrencia en un caso particular no lo es. La alegación de sesgo subconsciente aparente que se presenta en este caso es difícil de establecer y de refutar. Una manera en que el árbitro puede evitar la apariencia de sesgo es revelando cuestiones que podrían discutiblemente dar lugar a una posibilidad de sesgo*¹⁰.

Un árbitro puede no divulgar por motivos totalmente honorables, como lo son olvidar, descuido o no percatarse cómo algo puede parecerle a un observador objetivo. Sin embargo, por más comprensibles que sean las razones, la no-revelación en un

⁹ *Halliburton v Chubb*, párrafo 38. Texto original: (...) *non-disclosure of a matter which should have been disclosed but did not on examination give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality could not in and of itself justify an inference of apparent bias; something more was required.*

¹⁰ *Ibidem*, párrafo 70. Texto original: *An arbitrator, like a judge, must always be alive to the possibility of apparent bias and of actual but unconscious bias. The possibility of unconscious bias on the part of a decision-maker is known, but its occurrence in a particular case is not. The allegation, which is advanced in this case, of apparent unconscious bias is difficult to establish and to refute. One way in which an arbitrator can avoid the appearance of bias is by disclosing matters which could arguably be said to give rise to a real possibility of bias.*

caso en que ésta debió ocurrir inevitablemente influye en el pensar del observador¹¹.

Conclusión: no revelar constituye la violación a un deber jurídico, mas no es probativo de parcialidad; puede sin embargo incidir en la determinación de *apariencia* de imparcialidad.

2. *Eiser v. España*

En *Eiser v. España* se solicitó la nulidad de un laudo de inversión puesto que uno de los árbitros del tribunal arbitral examinado tenía un vínculo con los expertos ofrecidos por una de las partes: durante 15 años utilizó los servicios periciales del perito y la firma de la que es parte. Y dicho vínculo no fue revelado en el arbitraje. El Comité *ad hoc* sostuvo que el vínculo tenía por efecto:

- Que el tribunal se constituyó incorrectamente pues el árbitro debió haber revelado la relación con el perito. Ello actualiza la causal de nulidad de laudo contenida en el artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI¹².
- Un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento pues la relación pudo haber tenido un efecto material en el laudo¹³. Ello actualizó la causal de nulidad del artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI.

Algunos aspectos del razonamiento seguido son dignos de destacar dado los fines de este ensayo. El Comité *ad hoc* comenzó por indicar que no puede haber mayor amenaza a la legitimidad e integridad de un proceso o laudo que la ausencia de imparcialidad e independencia de los árbitros. En sus palabras: no puede haber mayor amenaza a la legitimidad e integridad del procedimiento o bien del laudo, mismo que pueden carecer de parcialidad o independencia de más de un árbitro¹⁴.

¹¹ *Ibidem*, párrafo 73. Texto original: *that an arbitrator may fail to make disclosure for entirely honourable reasons, such as forgetfulness, oversight, or a failure properly to recognise how matters would appear to the objective observer. But (...) [h]owever understandable the reasons for it, the fact of non-disclosure in a case which calls for it must inevitably colour the thinking of the observer.*

¹² *Eiser v España*, párrafo 228.

¹³ *Ibidem*, párrafo 253.

¹⁴ *Ibidem*, párrafo 175. Texto original: *there can be no greater threat to the legitimacy and integrity of the proceedings or of the award than the lack of impartiality or independence of one or more of the arbitrators.*

Cimentó el principio haciendo alusión al caso *Blue Bank*¹⁵, donde se indicó¹⁶:

La imparcialidad se refiere a la ausencia de la influencia o predisposición hacia una parte. La independencia se caracteriza por la ausencia en el control externo. La independencia e imparcialidad protegen a las partes de los árbitros que han sido influenciados por los factores externos a los hechos del caso. Los artículos 57 y 14(1) de la Convención del CIADI no requieren la probanza de una dependencia o influencia actual, sin embargo; es suficiente establecer la *aparición* de dependencia o sesgo.

El Comité *ad hoc* explicó que no puede existir un proceso justo ni el ejercicio del derecho de la defensa ante un tribunal que no es independiente e imparcial¹⁷. Para realizar la determinación anterior enfatizó que: *Lo que importa es que un observador independiente, haciendo una evaluación objetiva de los hechos, concluya que hubo una aparición de influencia manifiesta por parte del árbitro*¹⁸.

El motivo: la relación entre el árbitro y el perito crean una *aparición manifiesta de sesgo (creates a manifest appearance of bias)*¹⁹, puesto que: *Dicha falta de independencia e imparcialidad, si bien manifiestamente actual o aparente por tan solo un árbitro, en un tribunal arbitral compuesto por tres, constituye una desviación de una regla fundamental del procedimiento*²⁰.

Ello pues: si la manifiestamente aparente falta de imparcialidad por el árbitro pudo haber tenido un efecto material en el laudo de acuerdo con los artículos 52(1)(a) y 52(1)(d), es decir,

¹⁵ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/20, Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal, 12 de noviembre de 2013.

¹⁶ *Eiser v España*, párrafo 206. Texto original: *Impartiality refers to the absence of bias or predisposition towards a party. Independence is characterized by the absence of external control. Independence and impartiality both protect parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case. Articles 57 and 14(1) of the ICSID Convention do not require proof of actual dependence or bias; rather it is sufficient to establish the appearance of dependence or bias.*

¹⁷ *Ibidem*, párrafo 239. En sus palabras: *There can be no right to a fair trial or a right of fair defense without an independent and impartial tribunal.*

¹⁸ *Ibidem*, párrafo 219. Texto original: *What matters is that an independent observer, on an objective assessment of all the facts, would conclude that there was a manifest appearance of bias on the part of the arbitrator.*

¹⁹ *Ibidem*, párrafo 220.

²⁰ *Ibidem*, párrafo 243. Texto original: *such lack of independence and impartiality, whether actual or manifestly apparent, by even one arbitrator, in a three-member tribunal, constitutes a departure from a fundamental rule of procedure.*

si la desviación de la regla fundamental del procedimiento fue seria²¹.

Explayó los efectos de la apariencia de imparcialidad de formas diversas. Por ejemplo, hizo la (interesante) apreciación que la unanimidad del laudo no cura la apariencia de imparcialidad de un árbitro. Vale la pena citar su explicación *in extenso*²²:

La unanimidad no obstaculiza la anulación. Esto es axiomático, ya que es imposible para el comité de anulación perforar el velo de las deliberaciones del tribunal o votación de los árbitros. Independientemente de la independencia e imparcialidad de los otros dos árbitros en el Tribunal, es de esperarse que cada miembro del Tribunal, incluyendo [el árbitro], haya influenciado a los otros dos con sus puntos de vista y análisis durante las deliberaciones. Está en la naturaleza de las deliberaciones que los árbitros intercambien opiniones mismas que son persuadidas o influenciadas por las opiniones de sus colegas. Eso nos hace concluir que sería peligroso el mantener que los puntos de vista y análisis [del árbitro] no hayan tenido algún tipo de peso material en las opiniones de sus colegas. No es improbable que hayan tenido dicho efecto, por lo tanto, el excluir esta posibilidad como consideración iría en contra de la naturaleza de las deliberaciones.

Los puntos de vista de cada árbitro influyen y se espera que influyan en los puntos de vista de los otros durante las deliberaciones. La influencia [del árbitro] en sus co-árbitros pudo haber sido percibida de manera diferente en cada aspecto material,

²¹ *Ibidem*, párrafo 244. Texto original: *whether the manifestly apparent lack of impartiality on the part of [the arbitrator] may have had a material effect on the Award under Article S2(1)(a) and Article S2(1)(d), i.e. whether the departure from a fundamental rule of procedure was serious.*

²² *Ibidem*, párrafos 246 y 250. Texto original: (...) *unanimity does not impede annulment. This is axiomatic because it is impossible for an annulment committee to pierce the veil of a tribunal's deliberations or poll arbitrators. Irrespective of the independence and impartiality of the two other arbitrators on the Tribunal, each member of the Tribunal, including [the arbitrator], is expected to have influenced the other two with his views and analysis, during the course of deliberations. It is in the very nature of deliberations that arbitrators exchange opinions and are persuaded or influenced by the opinions of their colleagues. That makes us conclude that it would be unsafe to hold that [the arbitrator's] views and analysis could not have had any material bearing on the opinions of his fellow arbitrators. It is not improbable that they had such effect and, therefore, excluding this possibility from consideration would go against the nature of deliberations.*

The views of each arbitrator influence and are expected to influence the views of the others, during deliberations. The influence of [the arbitrator] on his co-arbitrators would have been perceived differently in every material respect, had they known the full facts and extent of his and [his firm's] longstanding relationship with the [expert's firm] and the [expert].

habiendo tenido todos los hechos y el alcance de las relaciones de [su despacho] con el [despacho del experto] y el [experto].

Como puede observarse, la *apariencia* de imparcialidad fue una cuestión crucial en la determinación de la existencia de dos causales de nulidad del laudo.

3. *BEG v Italia*

BEG v Italia ventiló la validez de un laudo arbitral que versó sobre una disputa relacionada con una planta hidroeléctrica en Albania. Uno de los árbitros del tribunal arbitral que emitió el laudo fue miembro del Consejo de Administración, vicepresidente y apoderado de una entidad aguas-arriba de una de las partes.

La Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo comenzó su análisis haciendo la siguiente declaración de principio: *Para poder determinar si un tribunal se puede considerar independiente para efectos del artículo 6 § 1, debe prestarse atención, inter alia, en la designación de los miembros y el término de la misma, la existencia de garantías afuera de la presión y el hecho de presentar una independencia aparente.*²³

Concluyó que el vínculo del árbitro con la parte tenía por efecto el que careciera de independencia e imparcialidad objetiva, lo cual se traducía en una violación a su derecho a un juicio justo de conformidad con el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que dice: *En la determinación de sus derechos civiles y obligaciones (...) todos están sujetos a una audiencia justa (...) por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley*²⁴.

El vínculo entre el árbitro y una de las partes resultaba era contrario a ello por motivos de *apariencia*. Y como explicó: *las apariencias pueden tener cierta importancia, un principio que es reflejado en el refrán no solo debe hacerse justicia, debe aparentarse*²⁵.

Repitió y reiteró el punto más adelante: *La Corte reitera que las apariencias tienen cierta importancia (...) visto desde el punto*

²³ *BEG v Italia*, párrafo 128. Citas omitidas. Texto original: *In order to ascertain whether a tribunal can be considered independent for the purposes of Article 6 § 1, regard must be had, inter alia, to the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of safeguards against outside pressures and the question whether it presents an appearance of independence.*

²⁴ Texto original: *In the determination of his civil rights and obligations (...) everyone is entitled to a fair (...) hearing (...) by an independent and impartial tribunal established by law.*

²⁵ *Ibidem*, párrafo 132. Texto original: *even appearances may be of a certain importance, a principle that is reflected in the adage justice must not only be done, it must also be seen to be done.*

de vista de un observador externo, pueden legítimamente existir dudas con respecto a su imparcialidad²⁶. Como puede observarse, las apariencias figuraron en forma importante en el razonamiento de la Corte de Estrasburgo.

4. Sun Yang

En *Sun Yang v WADA y FINA* el señor Sun Yang, nadador nacional de la República Popular de China, campeón de la medalla de oro en 2012, fue sujeto a un control de dopaje. Existió una manipulación y destrucción del contenedor que contenía la prueba de dopaje, incluyendo el romper el formato del control de dopaje. El tribunal arbitral determinó que ello actualizó el caso particular de dopaje (*doping*) consistente en manipulación (*tampering*), lo cual fue contrario al artículo 2.5 de las *FINA Doping Control Rules*²⁷. Como resultado, se sancionó al nadador con ineligibilidad durante ocho años²⁸.

El Tribunal Federal Suizo anuló el laudo.²⁹ El motivo fue que se hallaron tweets en redes sociales emitidos por el presidente del tribunal arbitral que decían lo siguiente (que cito en el idioma original y *ad extenso* dada su importancia analítica y trascendencia en lo ocurrido):

*Show the HORROR THIS IS CHINA TODAY!! I'm sure nobody will have the courage to respond to me!!! Ambassador of China to Italy, where are you??? Are you silent on the tortures on dogs in Yulin???*³⁰

*Let's multiply our messages! Invade in China with our protest against horror and torture on stray dogs and cats, as they try to invade our markets with fake products!! Raise our voice, otherwise we are in complicity!*³¹

²⁶ *Ibidem*, párrafo 149. Texto original: *The Court reiterates that even appearances may be of a certain importance (...) seen from the point of view of an external observer, could legitimately give rise to doubts as to his impartiality.*

²⁷ CAS 2019/A/6148 - *World Anti-Doping Agency v. Sun Yang & Fédération Internationale de Natation*. Laudo de 28 de febrero de 2020.

²⁸ El tiempo obedeció a que existía una violación anti-dopaje previa (de 2014) que, conforme al régimen aplicable, exige duplicar la sanción ante dopaje por reincidencia.

²⁹ *Sun Yang c. 1. Agence Mondiale Antidopage (AMA), 2. Fédération Internationale de Natation (FINA)*. 4A_318/2020. Arrêt du 22 décembre 2020, Ire Cour de droit civil.

³⁰ Tweet de 28 de mayo de 2018.

³¹ Tweet de 20 de mayo de 2018.

Hell forever for those bastard sadic Chinese who brutally killed dogs and cats in Yulin, with the complicity of the Chinese authorities !!!³²

This yellow face Chinese monster smiling while torturing a small dog, deserves the worst of the hell!!! Shame on China, pretending to be a superpower and tolerating these horrors!!³³

Racist???? Me?? hey guy, I repeat: those horrible sadics are CHINESE! not French or Italian or Polish! And I think they deserve a worse hell than the one in which they torture innocent animals!!Chinese is Yulin!!! Do you want to defend!! come on, shame!!!³⁴

Old yellow-face sadic trying to kill and torture a small dog: this is China's picture!!! Westerners doing rich business with China bear in mind these atrocities³⁵

Torturing innocent animal is a flag of Chinese! Sadics, inhumans with the protection of Chinese authorities and the tolerance of western powers focusing on more business with China, regardless any massive violence! Shame on china and their protectors!³⁶

El Tribunal Federal Suizo anuló el laudo. Razonó que lo acontecido generaba un problema de *apariencia*. Así lo vería un tercero observador razonable. El párrafo que engloba la parte medular del razonamiento dice:³⁷

Poco importa que el árbitro incriminado sea subjetivamente consciente o no del hecho que sus declaraciones parezcan criticables desde el punto de vista objetivo. Sólo la apreciación objetiva de las circunstancias alegadas es decisiva para fundar una demanda de recusación. Si las circunstancias citadas,

³² Tweet de 3 de julio de 2018.

³³ Tweet de 28 de mayo de 2019. Este mostró un video de personas que arrojaban cosas a un perrito.

³⁴ Tweet de 28 mayo de 2019.

³⁵ Tweet de 2 de junio de 2019 en respuesta a una publicación de otra persona en redes sociales.

³⁶ Tweet de 9 de junio de 2019.

³⁷ Párrafo 7.9. En palabras del tribunal (...) *importe peu que l'arbitre incriminé soit, subjectivement, conscient ou non du fait que ses déclarations apparaissent critiquables d'un point de vue objectif. Seule l'appréciation objective des circonstances alléguées à l'appui d'une demande de récusation est en effet décisive. Or, en l'occurrence, les circonstances précitées, considérées du point de vue d'un tiers raisonnable en ayant connaissance, sont de nature à faire naître un doute sur l'impartialité de l'arbitre mis en cause et à créer une apparence de prévention. Sur le vu de ce qui précède, le motif de récusation avancé par le requérant s'avère fondé. Il y a dès lors lieu d'admettre la demande de révision et, partant, d'annuler la sentence attaquée (...).*

consideradas desde el punto de vista de un tercero razonable que tenga conocimiento de lo ocurrido son del género que puede hacer dudar sobre la imparcialidad de un árbitro por crear una apariencia de precaución. Dado lo que se observa, el motivo de recusación presentado es fundado. Hay lugar a admitir la demanda de revisión y anular el laudo (...)

Como puede verse, la *apariencia* fue un motivo clave de la conclusión. La conclusión detona discusiones diversas, como la exhaustividad con la que debe investigarse un árbitro (lo que algunos llaman *deber de curiosidad*), lo que implica para la libertad de expresión de los árbitros, y su aportación a la jurisprudencia de dopaje (es extremadamente raro que se anule un laudo de dopaje). Sin embargo, nuestro enfoque será la cuestión de apariencia. Al respecto, el Tribunal Federal Suizo hizo algo interesante. Dejó claro que la conclusión no descansa en la existencia de activismo *per se*. Puso un ejemplo llamativo: si un árbitro indio que se opusiera en redes sociales a la crueldad visible en una corrida de toros, ¿sería ello suficiente para cuestionar al árbitro si fuera designado en un caso que involucre una sanción disciplinaria en contra de un atleta español?

La respuesta probablemente sería *negativa* —en ausencia de circunstancias corroborativas. Éstas se encontraron presentes en este caso: el árbitro en el caso utilizó expresiones extremadamente violentas, en forma repetida, y que aludían a la nacionalidad y raza. El Tribunal Federal citó las frases *yellow face Chinese monster smiling while torturing a small dog deserves the worst of the hell; those horrible sadics are CHINESE!; Old yellow-face said trying to kill and torture a small dog*, entre otros. De estas frases, nótese el acento subjetivo: la apelación a China y las características físicas. Al respecto, el Tribunal Federal Suizo concluyó que las palabras *yellow face* fueron lamentables (*maladroit*, en sus palabras) y que tales calificativos eran inadmisibles. Constituyeron el *quid* de la determinación de hechos que generaban un problema de *apariencia*.

II] Comentario

Aceptar que la apariencia *sin más* es motivo suficiente para cuestionar a un árbitro o la validez o ejecutabilidad de un laudo tiene implicaciones interesantes e importantes. Las comentaré a la luz de las características del sistema arbitral internacional y su praxis.

Es conveniente comenzar por dejar claro lo que se discute de lo que no: este ensayo se circunscribe a la apariencia *desnuda*; sino motivo alguno adicional que permita concluir que se acredita la falta de imparcialidad; su ausencia solo se aparenta. La aclaración es pertinente pues es fácil que el diálogo sobre ello se desvíe a discusiones sobre parcialidad *demostrada*. Inclusive se observa que parte del debate existente incluye considerar que no revelar algo digno de revelación puede ser motivo suficiente para concluir que ha quedado demostrada la ausencia de imparcialidad—algo que no puede concluirse de los casos recientes. Lo que los casos han hecho es mucho más sutil: habiendo determinado que no hay parcialidad *demostrada*, el que existan circunstancias que solo generan sospecha, *apariencia*, es *eo ipse* suficiente para cuestionar con éxito. El tema, correctamente planteado, es sutil y profundo.

Comencemos de general a particular: se observa algo interesante en el medio arbitral. Quienes se dedican a esta materia aparecen en capacidades diversas en casos diversos. Ello ha detonado una pregunta que deseo escudriñar en el contexto de nuestro tema (apariencia): ¿es ello aceptable? Se trata de una pregunta sencilla, pero que si se considera con detenimiento se descubrirá que es sutil y profunda, asimismo, percibo que es poco explorada.

Antes de contestar, doy contexto a la interrogante. Se observan árbitros en un caso que son abogados de parte en otros, y aún expertos en otro. Me vienen a la mente personas con las cuales he compartido tribunales arbitrales, que en casos posteriores he designado como árbitros en casos que abogo (pues como co-árbitro constaté su seriedad, inteligencia y profundidad), y que en otros casos me encuentro sea como expertos, asesores o representantes. De la interacción nace amistad—a veces intensa.³⁸ En algunos casos, personas que actuaron—inclusive actúan—como árbitros se convierten en adversarios: ambos representamos a clientes distintos involucrados en una disputa sometida al arbitraje.

Expuesto el contexto, retomemos la interrogante: ¿es deontológicamente aceptable lo anterior? Debemos comenzar por reconocer que lo descrito no es frecuente. La apreciación *in limine* es útil pues algunos estamos tan inmersos en ello que ya no nos percatamos de lo peculiar que ello puede parecer a otros.

³⁸ Cuando la amistad se funda en este tipo de relaciones suele existir algo distinto a lo que se observa cuando la actuación como árbitro ocurre ante una amistad pre-existente: un valor entendido consistente en que el deber de imparcialidad no cede ante una relación social, por más intensa que sea la amistad. Y ello propicia una amistad profunda: una basada en respeto.

El fenómeno descrito deriva del régimen, filosofía y praxis arbitral.³⁹ Su frecuencia ha crecido pues su utilización ha crecido, no sólo en volumen, ha crecido en variaciones sutiles⁴⁰. Ello es resultado de la creciente utilización de la herramienta arbitral para materias, problemas y retos diversos, y en la medida en que la sofisticación y experiencia de estas materias y problemas crece, también crece la frecuencia y peculiaridad del fenómeno observado.

Debemos comenzar por comprender que el reflejo analítico de muchos será una predisposición contraria a la que tienen (tenemos) quienes lo vivimos con frecuencia:⁴¹ quienes provienen del litigio están acostumbrados a que existen dos bandos: los abogados y los jueces. Éstos no se mezclan: mientras que los jueces tienen *su* espacio y hacen *sus* relaciones (profesionales y sociales) con sus pares, los abogados también tienen *su* espacio, en donde ocurre lo mismo: interacción de personas con el mismo perfil. Y como agua y aceite, no se mezclan.

³⁹ El arbitraje se funda en la libertad. La libertad para resolver los problemas de una manera diversa a la opción natural (el derecho fundamental a obtener justicia del Estado). Y dicha libertad supone mayoría de edad de sus actores. Es decir, no es un régimen tutelar del género que se observa en otras materias. Es una materia que contiene pocos límites para permitir que sus artesanos hagan lo que quieran en aras de colmar las necesidades y preferencias de los intereses que representan. Se trata por ende de un régimen dúctil. Ello hace de la materia una valiosa: confiere a sus participantes elementos para hacer lo que quieran en aras de colmar las necesidades y preferencias que puedan tener: de dar valor. Ello es valioso por útil. Pero aparejada a dicha libertad hay—como en toda libertad—un límite: que no haya un motivo *de principio* para establecer un límite. Y es en este contexto que surge la interrogante planteada en el texto.

⁴⁰ Como todo mercado, ante su desarrollo surgen sub-mercados o segmentos de mercado. Y en estos también hay participación de practicantes de arbitraje. Ejemplifica el punto del financiamiento de casos. Dicha actividad exige insumos de expertos. Opiniones de personas que en otras capacidades actúan como árbitros o abogados de parte.

⁴¹ La práctica frecuente, particularmente cuando intensa, arroja lecciones que se asimilan y decantan en formas de manejar la situación. Quienes creen en el arbitraje lo hacen con ética: sabemos que tenemos en nuestras manos un valor importante. Si a ello se suma las psicologías de grupo existentes (la comunidad del arbitraje se caracteriza por premiar la virtud; la especialización; la preparación), como resultado se decantan paulatinamente normas sociales que acendran el valor. Éstas se interiorizan. Se convierten no solo en naturales a nuestra práctica, sino consustanciales a la misma. Y así operamos. Por ende, cuando alguien las cuestiona esgrimiendo dudas que están resueltas por nuestra forma de concebir y entender nuestra praxis, nos mostramos sorprendidos: *¿por qué el (a veces acerbo) cuestionamiento, si lo que ocurre está bien?* razonan algunos. Y se maneja bien. Si se pondera sobre esto, se observará que detrás de todo hay un problema de comunicación.

Con este trasfondo, es con algo de sorpresa que un litigante observa que en el arbitraje ambos bandos están mezclados: los juzgadores (los árbitros) y los abogados de parte se relacionan en el mismo espacio social. Y no sólo eso, a veces se identifican: ambos actúan en casos diversos en capacidades diversas. Esto hace del arbitraje una materia peculiar, cuando se le compara con otras en donde ocurre adjudicación.

Con dicho contexto, deseo proponer una contestación a la interrogante que sirva de inicio de una discusión. Propongo que no hay motivo *de principio* para cuestionar lo descrito. Es posible que existan motivos *casuistas* para objetarlo, pero no admiten generalización. Exigen tomar medidas *en ciertos casos*, respecto *de ciertas personas*, pero no exige una solución *genérica*. Propondría que adoptar prohibiciones genéricas ante situaciones casuistas tendría como resultado mal-derecho: límites que vedan opciones para quienes desean utilizar la ductilidad de la materia para resolver sus problemas de una manera acorde a las características del problema, las necesidades de sus partes, o simplemente sus preferencias. Es decir, en una frase, se trataría de *sobre-regulación*.

Habiendo propuesto que no hay motivos *de principio* para repudiar lo descrito, es de reconocerse que puede haber motivos para actuar *en ciertos casos*. Dependiendo de la particular situación de las partes o las circunstancias de un caso en particular. Para ejemplificar, comenzaré con un escenario sencillo que iré complicando *in crescendo*.

Piéñese en la situación en que Juana Pérez es árbitro en caso 1 y abogado de parte en caso 2, con las siguientes variantes:

- La árbitro en caso 1 es abogada de parte en caso 2, y no existe coincidencia de partes. En este caso, no hay motivo alguno para cuestionar. No se observa lesión a derecho de parte alguna. Por ende, el único cuestionamiento que puede hacerse es de principio: ¿hay algo *in natura* incorrecto en la actuación dual árbitro y abogado de parte?
- Se escuchan algunas quejas al respecto, quejas que por más que agujoneo no encuentro sustanciación: a las personas (que son pocas) que les he escuchado este cuestionamiento, se caracterizan por no dar explicación, solo suposición, al indagar sobre el motivo por el cual les preocupa. En los casos en que ello ha ocurrido, observo que la observación (a veces crítica) proviene de colegas especializados y dedicados al litigio judicial.⁴² Mi

⁴² La excepción a esta aseveración lo son las voces críticas del *double-hatting* en arbitraje de inversión. Ello está motivado por el problema de conflictos sustantivos (*issue-conflicts*). Esto

lectura de ello es que no es más que un caso de preferencias adaptativas; de *path dependence*: preferimos aquello a lo que estamos acostumbrados. Cuando los he interpelado para conocer el motivo que anima su inquietud, nunca he escuchado una razón por la que deba concluirse que actuar como abogado de parte y como árbitro es inherentemente incorrecto.

- Juana Pérez es árbitro en caso 1 entre A y B y abogada de parte en caso 2 donde participan B y C: existe coincidencia de una de las partes en ambos casos. En esta situación habría que indagar cómo llegó a ser árbitro (quién la designó). En caso que haya sido designado en caso 1 por la parte que representa en caso 2, habría un vínculo del género que debe revelarse. Ello no significa que automáticamente deja de existir independencia o que es *ipso iure* imparcial. El que dicho vínculo sea un óbice exige discernir otras cosas. Es para realizar esta determinación que surge el deber de revelar.
- Juana Pérez y John Smith son árbitros en caso 1 y son abogados de parte de partes distintas en caso 2. No se observa necesidad de tener que revelar nada: no hay derecho alguno lesionado.
- Juana Pérez es árbitro en caso 1 y experto en caso 2. De no haber coincidencia de partes, no hay nada que revelar.
- Juana Pérez es árbitro en caso 1 entre A y B. Se convierte en experto de parte en caso 2 entre A y B. No hay nada que revelar pues ambas conocen todo.
- Juana Pérez es árbitro en caso 1 entre A y B. Se convierte en experto de parte en caso 2 entre B y C, siendo ofrecida por C. No hay nada que revelar: en caso 1, no hay interés alguno que pueda ser lesionado. Tampoco en caso 2: fue designado por C, por lo que no hay vínculo.
- Juana Pérez es árbitro en caso 1 entre A y B. Se convierte en experto de parte en caso 2 entre B y C, siendo ofrecida por B. Existe un vínculo con una de las partes en caso 2 que debe revelarse en caso 1.
- Juana Pérez representa a A en caso 1 en contra de B, cuyo abogado es John Smith. En caso 2, Juana Pérez y John Smith son ambos designados árbitros por A y B. No hay nada que revelar, todos conocen todo.
- Juana Pérez representa a A en caso 1 en contra de B, cuyo abogado es John Smith. En caso 2, Juana Pérez es designada árbitro por A en contra de B, representado por John Smith. No es necesario revelar: todos conocen todo. Esta situación es interesante, sin embargo, pues suscita preocupaciones de difícil generalización.

es distinto, y suscita cuestiones distintas, a lo aquí tratado, por lo que no lo abordo. (De desear abundar, *vid.* González de Cossío, Francisco, *Issue Conflicts: A Net Cast Too Wide?*, *BCDR International Arbitration Review*, Vol. 6, Issue 1, junio 2019, pp. 107–126. (www.gdca.com.mx/publicaciones))

- Primero, ¿será ello aceptable? ¿Existirá un vínculo suficiente para recusar con éxito? La respuesta podría ser positiva, pero imposible de concluir apodícticamente: puede haber circunstancias que maticen.⁴³ Por ejemplo, la ausencia de concurrencia; el que haya pasado tiempo. E inclusive cuando ello no ocurre, hay personas tan correctas, tan definidas, tan claras en sus deberes en capacidades diversas, que es posible que se acepten. En el ejemplo descrito, ello es decisión de B. Para que pueda ejercerla en forma informada, debe revelarse.⁴⁴
- Segundo, ¿puede (¿debe?) presumirse la existencia de animadversión como resultado de la rivalidad existente al defender un interés diverso? ¿Es ello motivo para recusar?⁴⁵ Mientras que en algunos casos la rivalidad genera situaciones desagradables, en otros es semilla de una amistad (como en kindergarten: de una pelea de puños nace una amistad).
- Juana Pérez representa a A en caso 1 en contra de B, cuyo abogado es John Smith. En caso 2, Juana Pérez es designada árbitro por A en contra de C, representado por John Smith. Es necesario revelar en caso 2 el vínculo en caso 1.
- Juana Pérez representa a A en caso 1 en contra de B, cuyo abogado es John Smith. En caso 2, ambos son designado árbitros por X y Y. ¿Deben revelarse ello? Propondría que solo si las características del caso 1 fueron tales que se generó animadversión. Ello pues tendrán que trabajar juntos y la animadversión puede no lograrlo. Con la revelación, las partes pueden tener elementos para discernir si desean que esas partes sean árbitros en caso 2.⁴⁶ (Esta hipótesis trae aparejada una serie

⁴³ En un caso en el que actué como abogado de parte, mi adversario escogió como árbitro a un socio anterior del abogado de cabecera de mi cliente (que fue quien me invitó a representar) y con el cual el abogado de cabecera y árbitro designado habían tenido una separación desagradable. ¿Es recusable dicho árbitro? El abogado de cabecera me transmitió su preocupación respecto del árbitro pues su relación estaba seriamente lastimada. Y lo que el árbitro haría sería pasar juicio sobre la legalidad de la estrategia de negocios creada y defendida por el abogado de cabecera: clima propicio para hacer quedar mal a su anterior socio. No había actuación alguna que sirviera de asidero para una recusación, sin embargo.

⁴⁴ Cuando lo desconoce, lo cual no ocurre en el ejemplo planteado, sino el siguiente: escenario (j), pero menciono para hacer ver los matices que pueden existir.

⁴⁵ Los lineamientos de la *International Bar Association* sobre Conflicto de Interés en Arbitraje Internacional consideran la enemistad en la lista *naranja*, es decir, como situaciones que deben ser analizadas caso por caso para determinar si una situación determinada puede dar lugar a dudas justificadas sobre de imparcialidad e independencia. (*Enmity exists between an arbitrator and counsel appearing in the arbitration* es la forma en que está contemplado en el lineamiento 3.3.7).

⁴⁶ Esto añade una capa adicional de análisis que nos sitúa fuera de la materia de este ensayo, pero que es pertinente a la consideración pues, al pactar arbitraje las partes desean que el tribunal arbitral funcione debidamente. Que cumpla sus objetivos. La experiencia

de problemas que ni siquiera intentaré resolver, pues son totalmente casuistas. Por ejemplo, si una de las partes objeta, pero la otra consciente. ¿El que una de las partes haya designado al árbitro conociendo la animadversión debe ser una consideración? ¿Permitirá razonar que la designación fue de mala fe: para sabotear el buen funcionamiento del tribunal en caso 2?

Los hechos descritos no agotan el tema.⁴⁷ La realidad es sencillamente demasiado compleja para presentar un listado exhaustivo de todo lo que puede ocurrir. Es previsible que existan matices que realizar, sobre todo respecto de las respuestas propuestas, mismas que variarán dependiendo de las circunstancias del caso. Además, no abordan otras situaciones como lo pueden ser el compartir órganos en organizaciones diversas (como personas morales, organizaciones altruistas, instituciones arbitrales).

Esto último ocurre no infrecuentemente por alguno de los siguientes dos factores: las personas a quienes se les confía actuar como árbitro suelen ser ya sea especialistas o personas respetadas; con autoridad (en su sentido sociológico). Dichas características motivan actuación en capacidades diversas. En sí, propongo que ello no debe preocupar —especialmente si se considera la opción: vetar a dichos personajes como árbitros implicaría reducir innecesariamente el universo de opciones para decidir problemas o para ocupar órganos de importancia: un resultado innecesariamente sobre-prohibitivo. Lo que dicho análisis propicia sin embargo es decantación de lo que debe exigirse para actuar como árbitro, de lo que no. Y ello puede generar problemas de *apariencia*.

Si se observan los escenarios propuestos, el factor que detona el deber de revelar es ya sea la existencia de coincidencia *de partes*, no la pluralidad *de roles*. O que hay algo en las relaciones entre los representantes que debe ser conocido. Pero no es la actuación en capacidades diversas *en sí* lo que motiva el cuestionamiento. Esto es importante, pues está en el centro de

internacional arroja casos en que el tribunal arbitral no funcionó bien, y en ocasiones generó demoras y a veces causales de nulidad. Es por ello que merece ser considerado como algo a revelar—aunque exceda el foco de atención original: independencia e imparcialidad respecto de las partes y sus abogados.

⁴⁷ Divulgo haber revisado los escenarios descritos varias veces, haciendo en cada ocasión matices. Y de ello nuevos escenarios e ideas han surgido. Entre más pienso sobre las mismas, más reflexiones novedosas surgen. Por ende, suplico que se entiendan como un análisis en ciernes, no una forma conclusiva de entenderlos.

discusión. Debe ser el foco de la atención y es lo que debe normar la solución al problema.

La duda que ello suscita es si ello es deontológicamente aceptable. Propondría que la respuesta correcta a dicha posibilidad es positiva. Milita a favor de no adoptar reglas o prohibiciones *generales*, sino formas diversas de decidir. *La adopción de una regla genérica es apropiada cuando las circunstancias admiten generalización tal que justifica la regla*. Cuando ello no es el caso, la mejor aproximación a los dilemas que el tema detona es adoptar decisiones particularistas:⁴⁸ justo lo que el derecho arbitral y la mayoría de los reglamentos arbitrales hace: confiar la decisión a un séquito de expertos invitados por las instituciones arbitrales a ocupar órganos de decisión.

Lo anterior es útil de enfatizar pues se observa una tendencia reciente a querer atender esta temática con reglas, más que estándares. Propongo que el régimen actual—que exige ser independiente e imparcial: dos estándares preñados de contenido—es una solución más apropiada a la problemática enfrentada que comenzar a elaborar reglas detalladas diversas que generalizan a partir de la excepción.

El foco de atención debe ser *uno*, y se mantiene constante en todos los escenarios polifacéticos que pueden darse: la *imparcialidad*. Lo anterior es digno de énfasis puesto que se observa que muchos cuestionamientos parecen poner el acento en aspectos secundarios. Lo que la descripción demuestra, propongo, es que *el valor a fomentar para que todo el sistema funcione es la existencia de imparcialidad*. Enfocarse en otras cosas distrae. Provoca decisiones subóptimas.

Es cierto que la imparcialidad es un estado de ánimo. Y en ausencia de una ventana al alma de las personas, la forma en que uno puede aquilatar la existencia de imparcialidad es observando los hechos: algo así como el cuadro clínico que usan los médicos para del mismo extraer conclusiones indirectas sobre causas: patologías. Pero el ejercicio, que de sí no es reprochable, es necesariamente imperfecto. Dicha imperfección (que no señalo con el afán de cuestionar sino evidenciar algo que de ello se deriva) tiene como resultado, dado el *Zeitgeist* visible hoy en día, que, entre las ranuras del sistema, se cuelen árbitros que son parciales

⁴⁸ Como explica Frederick Schauer, existen dos formas de tomar decisiones: (1) basada en reglas (*rule-based decision-making*), y (2) basada en las particularidades del caso (*particularistic decision-making*) Schauer, Frederick, *Playing by the Rules, A Philosophical Explanation of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Law Series, Oxford, New York, 1991, pp. 149 y ss.

pero que los hechos no permiten recusar exitosamente. O siquiera exigir revelación.

Tomar nota de lo anterior es importante pues parecería que mucha de la crítica visible tolera *parcialidad* siempre que sea *independiente*. Como resultado, algunos sortean el sistema a su favor, eligiendo árbitros parciales, mas no recusables.⁴⁹ Ello es lamentable pues el valor que debe ser el foco de atención es la *imparcialidad*, no la *independencia*.

III] Conclusiones

El concepto jurídico *imparcialidad* no sólo consiste en la libertad de espíritu, sino la apariencia de ello. Como dice el viejo adagio, “no solo debe hacerse justicia, sino que debe aparentarse que se hace”. Como se dijo en *R v. Sussex Justices, ex parte McCarthy*: “Not only must Justice be done; it must also be seen to be done⁵⁰.”

El aforismo es aplicable al arbitraje, como casos recientes lo demuestran. Y los principales corolarios que la experiencia comentada arroja son los siguientes:

- Los requisitos de independencia e imparcialidad aplican por igual a todos los miembros del tribunal arbitral. No existe diferencia entre co-árbitro y presidente.
- La determinación sobre el cumplimiento de los requisitos de independencia e imparcialidad sigue un análisis mixto: objetivo y subjetivo.⁵¹ Mientras que el *subjetivo* versa sobre las características de la persona (su reputación, trayectoria, comportamiento), el *objetivo* consiste en qué opinaría un tercero observador desinteresado que es sensato y está informado. Un *fair minded and informed observer sees conduct as giving rise to justifiable doubts as to the arbitrator’s impartiality* – *Halliburton* dixit. Y es en dicho contexto que la apariencia puede jugar un papel.

⁴⁹ Estos son los verdaderamente peligrosos. Algunas personas recurren a ellos para sacar ventaja. Esta praxis es deplorable. Utiliza la maravilla del valor del arbitraje para propiciar exactamente lo que se quiso evitar. Éste debe ser nuestro foco de preocupación, no discusiones exageradas sobre actuación en roles diversos.

⁵⁰ [1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233.

⁵¹ El momento de la evaluación es importante. *Halliburton v Chubb* sostiene que ello debe ocurrir al momento de la evaluación de los hechos, no necesariamente al momento en que ocurrió la no-revelación. Ello no es abordado *expressis verbis* por otros casos, pero el método seguido podría apoyarlo. Habrá que ver qué dice la experiencia posterior (pues la determinación no carece de implicaciones).

- Este régimen es el mejor método para manejar el dilema que se observa con frecuencia en arbitraje. Contrasta con la adopción de reglas genéricas o prohibitivas, que son imperfectas y subóptimas. Que sobre-regulan innecesariamente restándole opciones al usuario. Logra de mejor manera la sabia advertencia del Manual de Carreño:

A veces los malos se presentan en la sociedad con cierta apariencia de bondad y buenas maneras, y aun llegan a fascinarla con la observancia de las reglas más generales de la urbanidad, porque la urbanidad es también una virtud, y la hipocresía remeda todas las virtudes. Pero jamás podrán engañar por mucho tiempo, a quien sepa medir con la escala de la moral los verdaderos sentimientos del corazón humano⁵².

Bibliografía

CARREÑO, MANUEL ANTONIO, *Manual de Carreño. Urbanidad y Buenas Maneras*, Editorial Nueva Imagen, 2018

GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Independencia, Imparcialidad y Apariencia de Imparcialidad de los Árbitros*, *Jurídica - Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N° 32, 2002

GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Arbitraje*, 5ª Ed., Porrúa, México, 2018

GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Issue Conflicts: A Net Cast Too Wide?*, *BCDR International Arbitration Review*, Vol. 6, Issue 1, junio 2019

SCHAUER, FREDERICK, *Playing by the Rules, A Philosophical Explanation of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Law Series, Oxford, New York, 1991

⁵² CARREÑO, Manuel Antonio, *Manual de Carreño. Urbanidad y Buenas Maneras*, Editorial Nueva Imagen, 2018, p. 37.

Responsabilidad del accionista de control ante el adquirente de acciones por las contingencias de la sociedad emisora de las acciones objeto de enajenación

VÍCTOR MANUEL PEÑA BRISEÑO¹

SUMARIO: I. *La responsabilidad del accionista de control por las contingencias de la emisora de acuerdo con el negocio subyacente.* II. *Aspectos a considerar por el Tribunal Judicial o Arbitral que resuelve controversias surgidas ante la aparición de contingencias no develadas en la transacción.* III. *Opciones legales del comprador ante la aparición de contingencias que afectan a la emisora.* IV. *Solución propuesta.*

Resumen. Para el análisis del alcance legal de la responsabilidad del accionista de control ante el adquirente de acciones por las contingencias de la emisora, se debe develar la verdadera intención del adquirente de dichas acciones, descubriendo el negocio subyacente. Una vez descubierta la existencia de las contingencias ocultadas o no reveladas, se da origen a diversas acciones legales. La propuesta en este sentido es la de tomar ciertas previsiones al momento de celebrar el contrato de enajenación de acciones de control, estableciendo claramente la motivación y el criterio de valoración del paquete accionario y si está o no ligado a la consistencia patrimonial de la sociedad emisora.

Palabras clave: Responsabilidad del enajenante, acciones de control, contingencias, recursos legales.

Abstract. *For the analysis of the legal scope of the responsibility of the controlling shareholder in front of the acquirer of shares for the contingencies of the issuer, the true intention of the acquirer of said shares must be revealed, discovering the underlying business. Once the existence of hidden or undisclosed contingencies is discovered, they give rise to various legal actions.*

¹ Catedrático en el Posgrado de Derecho Procesal Civil y Mercantil en la Universidad Panamericana (México).

The proposal in this sense is to take certain provisions at the time of signing the contract for the sale of control shares, clearly establishing the motivation and the valuation criteria of the share package and whether it is linked to the equity consistency of the issuing company.

Keywords: Responsibility, controlling shares, contingencies, legal resources.

En este artículo se dilucidará que, para analizar y resolver conforme a derecho el alcance legal de la responsabilidad del accionista de control ante el adquirente de acciones por las contingencias de la emisora, es menester develar la verdadera intención del adquirente de dichas acciones, descubriendo el negocio subyacente. El vendedor no responde ni garantiza la consistencia del patrimonio social salvo pacto en contrario. Por otro lado, el adquirente del paquete accionario de control que descubre la existencia de contingencias que le fueron ocultadas o no reveladas en la información financiera usada para determinar el valor de la transacción, permite ejercitar diversas acciones legales dependiendo si es su voluntad continuar con la transacción o que esta se nulifique judicialmente al acreditarse en juicio el dolo o la mala fe de la parte enajenante. Finalmente, se propone que es recomendable tomar ciertas previsiones al momento de celebrar el contrato de enajenación de acciones de control estableciendo claramente la motivación y el criterio de valoración del paquete accionario y si está o no ligado a la consistencia patrimonial de la sociedad emisora.

I] La responsabilidad del accionista de control por las contingencias de la emisora de acuerdo con el negocio subyacente

Con la finalidad de dilucidar el alcance legal de la responsabilidad del accionista de control ante el adquirente de acciones por las contingencias de la sociedad emisora de las acciones objeto de la enajenación, se impone la necesidad de analizar en cada caso concreto el verdadero negocio subyacente. A primera vista pudiera parecer que estamos ante la presencia de un simple contrato mediante el cual se enajenan estas acciones y que la responsabilidad del enajenante es similar a la que tiene todo aquel que transmite un bien o derecho en los términos del Código Civil.

Sin embargo, es imprescindible en el tema que nos ocupa conocer cuál fue la voluntad negocial del comprador:

- ¿Adquirir el control de la empresa con independencia de su valor patrimonial?
- ¿Decidir como titular de las acciones de control el futuro de la empresa?²
- ¿Apoderarse de intangibles de la empresa (patentes, marcas, franquicias, concesiones o licencias gubernamentales, contratos de distribución exclusiva; contratos de suministro de medicamentos para el sector público, etc.)?³
- ¿Para el comprador del paquete accionario de control significó un negocio financiero con pronto retorno de capital y/o dividendos interesantes?⁴
- ¿Se tomó en consideración por las partes el valor del precio del paquete accionario con base al valor del activo frente al pasivo o el EBIDTA⁵ del negocio?

Todas estas consideraciones deberán ser analizadas cuando surja con posterioridad un conflicto derivado de la aparición de obligaciones contractuales ruinosas, o pasivos contingentes que no fueron revelados en los estados financieros que sirvieron de base para fijar el precio del paquete accionario de control. En los ejemplos anteriores queda de manifiesto que la verdadera intención del adquirente de las acciones de control no tenía relación directa con los reales estados financieros de la empresa, pues sus motivaciones fueron de otra índole.

De ahí la trascendencia del análisis de la verdadera voluntad contractual subyacente al momento de decidir el conflicto surgido por la aparición de contingencias relacionadas con pasivos contingentes o deudas no declaradas al momento de la transacción.

² Existen casos en que se adquiere el control de una empresa para desaparecerla del mercado y eliminar competencia.

³ Una empresa del ramo farmacéutico con problemas financieros a la cual le habían sido adjudicados importantes contratos de suministro de medicamentos por el Sector Salud, fue adquirida por otra empresa que tuvo la intención de aprovechar dichos contratos haciendo abstracción de la situación financiera de la emisora.

⁴ Una empresa del ramo financiero ubicada al norte de nuestro país, adquirió el control de empresas medianas exitosas ofreciendo a los enajenantes el mejorar los estados financieros de la empresa adquirida y revenderla con interesantes ganancias.

⁵ El EBIDTA es un indicador contable de la rentabilidad de una empresa. Se calcula como ingresos menos gastos, excluyendo los costos financieros (impuestos, intereses, depreciaciones y amortizaciones de la empresa). EBIDTA son las siglas en inglés de *Earnings Before Interest, taxes, depreciation and amortization*.

II] Aspectos a considerar por el tribunal judicial o arbitral que resuelve controversias surgidas ante la aparición de contingencias no develadas en la transacción

Partiendo del principio *pacta sunt servanda* que establece que los pactos deben cumplirse en los términos contratados y que recoge el artículo 78 del Código de Comercio, al dirimir una controversia suscitada entre las partes (enajenante y adquirente) se impone la necesidad de analizar la buena fe que los usos y costumbres mercantiles impone a los contratantes, antes, durante y después de celebrado el contrato de enajenación del paquete accionario. Inclusive ante el alegato de la parte adquirente de la aparición de *pasivos ocultos*, habría que dilucidar a través de los pertinentes elementos de convicción que aporten las partes, si dichos pasivos fueron ocultados intencionalmente por el enajenante (obrando de mala fe) o sí por causa de negligencia o impericia del adquirente o sus asesores no fueron descubiertos oportunamente actualizando la *doctrina de los actos propios*, según la cual es inadmisibles que cualquiera de los contratantes ejercite acciones legales que implican volver sobre sus propios actos o pretendan interpretaciones al contrato que contravienen su propia conducta anterior o posterior a la celebración y firma del sinalagmático y que exteriorizan su real voluntad.

Al dirimir una controversia por cualquiera de los motivos antes expuestos, la autoridad judicial, el panel arbitral o quien resuelva el método alternativo de solución de conflictos, elegido por las partes, deberá dilucidar la naturaleza jurídica y la voluntad negocial subyacente para decidir conforme a derecho, y en especial, si hubo pacto expreso de garantía de la consistencia patrimonial de la sociedad. Sobre este particular, Halperin⁶ afirmaba que *el enajenante transfiere sus derechos de socio y no una cuotaparte (contra valor del patrimonio social) ni una cuota-parte en el dominio de la empresa comercial*. Esta tesis restrictiva la recoge la Dra. Soyla H. León Tovar⁷ para diferenciarla de la tesis *realista* que establece que la garantía de la consistencia patrimonial de la sociedad es un elemento o cláusula natural del contrato que *salvo o exclusión*

⁶ Halperin, Isaac, *Sociedades anónimas*, DePalma, 1975, p.316 *vid. apud.* Hernán Racciati y Alberto Antonio Romano en su Ponencia *Venta de Participaciones Societarias de Control y Pasivos Ocultos*, VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, 1995.

⁷ León Tovar, Soyla H, *Pactos de Socios de la Sociedad Anónima*, 2ª. ed, Tirant lo Blanch, México, 2017, p. 217

expresa forma parte de las obligaciones a cargo del vendedor, de ahí la importancia de dilucidar el motivo determinante de la voluntad (Art. 1813 del Código Civil Federal, de aplicación supletoria en términos del artículo 2 del Código de Comercio⁸)

En este mismo sentido, la doctrina comercialista clásica, a partir de Halperin⁹ señala que:

La naturaleza del negocio implica una desvinculación entre el patrimonio de la sociedad cuyas acciones se transfieren y el precio del negocio, pues el vendedor no es responsable ni garantiza la consistencia del patrimonio social, por cuanto el enajenante transfiere sus derechos de socio y no una cuota parte del patrimonio social (...) solamente en supuestos de dolo o de aplicación del instituto de la lesión (doctrina del art. 954 CC). El comprador podría reclamarle al vendedor al comprobar que el patrimonio contable de la sociedad no era el real al momento de concluirse el negocio de transferencia de acciones y, por ende, de controlar la sociedad.

III] Opciones legales del comprador ante la aparición de contingencias que afectan a la emisora

El adquirente del paquete accionario que le permite el control de la sociedad emisora, dependiendo cual haya sido su real motivación para esta adquisición, puede elegir entre las siguientes opciones legales:

- Demandar por incumplimiento contractual si en el pacto se estableció la garantía de la consistencia patrimonial de la sociedad;
- Demandar la acción redhibitoria o *quanti minoris* que daría lugar a una reducción del precio a juicio de peritos;
- Demandar la nulidad del contrato de compraventa de las acciones por dolo o mala fe, que traería como consecuencia la invalidez del contrato y que previa declaración judicial hará que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban, devolviendo cada parte lo que hubiesen obtenido.

Si en el contrato se fijó pena de indemnización contra el que no lo cumpliere, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita; pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra, en los términos del artículo 88 del Código de Comercio. Especial mención merece el considerar el origen del pasivo contingente

⁸ Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 7 de octubre al 13 de diciembre de 1889.

⁹ *Vid. apud. Efraín Hugo Richard. – Conferencia Naturaleza de la transferencia de paquete de control de acciones y prescripción (en torno a fallo dividido de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, junio 2000.*

aparecido después de consumada la transmisión de las acciones materia de la enajenación.

En el supuesto de que apareciese un crédito fiscal como consecuencia de haber deducido un gasto para efectos del Impuesto Sobre la Renta y acreditado el Impuesto al Valor Agregado utilizando facturas emitidas por operaciones simuladas¹⁰, dicha contingencia no puede ser imputada a los accionistas enajenantes, toda vez que deberán ser reclamadas al órgano de administración en los términos de lo dispuesto por los artículos 161 y 162 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, con independencia de que en el desempeño de su encargo hubieren incurrido en ilícitos del orden criminal que con pena privativa de libertad y obligación de reparar el daño imponen la legislación penal al regular el *delito de administración fraudulenta*, la legislación fiscal al regular el *delito de defraudación fiscal*¹¹ o cualesquiera de los delitos especiales cometidos en situación de concurso regulados por la Ley de Concursos Mercantiles¹².

En cualquiera de los anteriores supuestos, la aparición de contingencias como las mencionadas, no podrían servir como argumento que justifique reclamación alguna en contra del enajenante, salvo que hubiere fungido también como *administrador general único* o parte del *consejo de administración* de la emisora, situación que obligadamente implicaría su conocimiento y responsabilidad frente a la aparición de estos pasivos contingentes.

IV] Solución propuesta

La experiencia forense aconseja plasmar en el contrato de enajenación de las acciones de control que, en su caso, el precio pactado tiene relación directa con el activo de la sociedad después de deducir el pasivo de la misma y si el enajenante responde entonces y otorga garantía de la consistencia patrimonial de la sociedad. De no ser así, es incuestionable que el enajenante no responderá por la aparición de contingencias que afecten al patrimonio social, salvo que de manera dolosa u obrando de mala fe éstas hubieren sido ocultadas por el enajenante en los estados

¹⁰ Se conocen como EFOS a aquellas empresas que facturan operaciones simuladas para deducirlas de impuestos.

¹¹ Artículos 108 y 109 del Código Fiscal de la Federación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1981.

¹² Artículos 271 al 277 Ley de Concursos Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 2000.

financieros que sirvieron como base para fijar los términos de la transacción.

En todo caso es recomendable que la parte adquirente reserve un porcentaje del precio pactado para garantizar la posible aparición de estas contingencias hasta que se concluya un minucioso *due dilligence* que refleje la verdadera situación patrimonial de la emisora. La parte del precio reservada, para seguridad de las partes, puede quedar en depósito de una institución fiduciaria, la cual liberará el pago correspondiente cuando el adquirente, dentro de un término fijado de común acuerdo, manifieste por escrito a la fiduciaria su conformidad con la liberación del saldo del precio dejado en garantía o bien, transcurrido dicho término sin oposición fundada del adquirente, proceda la entrega al enajenante de dicho saldo pendiente o la liberación de la correspondiente garantía que se hubiese constituido.

Bibliografía

- HALPERIN, Isaac, *Sociedades Anónimas*, DePalma, 1975
LEÓN TOVAR, Soyla H, *Pactos de Socios de la Sociedad Anónima*, 2ª. Ed, Tirant lo Blanch, México, 2017

La interpretación de los contratos internacionales

DIEGO ROBLES FARÍAS¹

SUMARIO: I. Interpretación como parte de la hermenéutica y sus fundamentos éticos y políticos. II. Intención común vs. literalidad del contrato. III. Criterios de interpretación de los contratos internacionales: criterio subjetivo y criterio de razonabilidad. IV. Circunstancias relevantes a tomar en cuenta en la interpretación. V. Reglas especiales de interpretación. VI. El problema de las lagunas en los contratos.

Resumen. La función primordial de los contratos es permitir que las partes determinen sus relaciones jurídicas privadas como mejor les parezca. Por ello es indispensable establecer con precisión la intención común de las partes al momento de contratar. Por su parte, a la interpretación corresponde constatar y en su caso complementar dicha intención común de los contratantes, con el objeto de que el acuerdo surta plenos efectos legales. En el presente trabajo analizaremos la forma en que se regula la interpretación en los principales instrumentos de derecho uniforme que han surgido para regular los contratos internacionales.

Palabras clave: Interpretación, instrumentos de derecho uniforme, contratos internacionales.

Abstract. *The primary function of contracts is to enable the parties to determine their private legal relationships as they see fit. Therefore, it is essential to establish precisely the common intention of the parties at the time of contracting. On the other hand, the purpose of interpretation is to ascertain and, if necessary, complement the common intention of the contracting parties, in order for the agreement to have full legal effects. In this paper, we will analyze the way in which interpretation is regulated in the main uniform law instruments of that have emerged to regulate international contracts.*

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

Keywords: *Interpretation, uniform law instruments, international contracts.*

I] Interpretación como parte de la hermenéutica y sus fundamentos éticos y políticos

La interpretación de los contratos forma parte de la *hermenéutica* o teoría general del análisis y comprensión de las expresiones humanas. La hermenéutica parte del hecho de que la interpretación de cualquier expresión humana –hablada, escrita o mediante conductas– se encuentra influenciada por su contexto, de ahí la necesidad de establecer su sentido correcto de acuerdo a las circunstancias en las que se expresa. Por ejemplo, en materia de ambigüedad de las palabras, un poeta podrá emplearla a propósito, como herramienta de estilo literario y el intérprete tendrá que tomarla en cuenta para comprender lo que el poeta pretende transmitir. Por el contrario, las partes de un contrato y su intérprete deben evitar en lo posible las ambigüedades para que tanto los contratantes como los terceros puedan determinar con precisión su contenido obligacional.

Lo mismo ocurre con las *lagunas*. Las lagunas que puedan existir en el texto de un contrato podrán llenarse a través de la interpretación constructiva, con el objeto de que pueda darse al contrato un sentido razonable y determinar con la mayor precisión posible a qué se obligaron las partes. Por el contrario, un crítico de literatura o de cine, se equivocaría en su quehacer si completara el drama que el autor intencionalmente dejó inconcluso. Por ello –siguiendo a Canaris y Grigoleit– *el texto puede ser más inteligente que su autor*, en el sentido de que el texto de un contrato puede tener un significado que no fue considerado por los autores pero que permite dar sentido y efecto jurídico al acuerdo.²

La interpretación de los contratos se fundamenta en la *autonomía privada* que incluye la *libertad de contratación*. Ambas figuras tienen un amplio reconocimiento tanto en los sistemas jurídicos nacionales, como en los instrumentos de derecho uniforme que regulan los contratos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), los Principios del UNIDROIT

² CANARIS, Claus-Wilhelm & GRIGOLEIT, Christoph, *Interpretation of Contracts*, in *Towards a European Civil Code*, Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Chantal Mak, Edgar Duperron, Eds. Wolters Kluwer, Law & Business, Netherlands, 4o. edition, 2011, p. 588

Sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT), los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), el Código Europeo de Contratos (CEC) y el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).

La autonomía privada protege el derecho de las partes para normar sus relaciones jurídicas con libertad –salvo los límites establecidos por el derecho– y tiene sólidos fundamentos éticos y políticos que veremos adelante. El buscar el sentido correcto del acuerdo a través de la interpretación constituye un complemento de dicha autonomía privada.

Desde el punto de vista ético, la obligación de respetar la autonomía privada, parte del reconocimiento de la libertad y dignidad de los seres humanos y su derecho al libre desarrollo de su personalidad o *autodeterminación*,³ una noción que ha tenido reconocimiento universal a partir de la *Ilustración*. La libertad de contratación constituye la expresión jurídica de la autodeterminación de los seres humanos y, por tanto, forma parte del concepto más amplio de autonomía privada.

Por otro lado, la libertad de contratación tiene correlación con las ideas de *democracia* y *separación de poderes* que pertenecen a la teoría política, pues se basan en los mismos conceptos fundamentales de libertad y de igualdad de los ciudadanos. El concepto político de democracia tiene un vínculo evidente con el derecho contractual, por ello Hans Kelsen afirmaba que el contrato privado significa *un notorio método democrático de producción de derechos y obligaciones*, porque los sujetos obligados participan en la creación de la norma obligatoria.⁴ Del mismo modo, el carácter democrático del contrato se ve claramente reflejado en la redacción de uno de los artículos más famosos del Código civil francés: Art. 1103.- *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi a ceux qui les ont faites*. Del mismo modo, el concepto político de separación de poderes tiene también estrecha relación con la libertad de contratación, pues esta última constituye un contrapeso a la concentración del poder en el gobierno, al permitir que sean los gobernados los que

³ La frase: *Faber est suae quisque fortunae* (Cada cual es artífice de su propio destino), atribuida a Pseudo Salustio y a Apio Claudio el ciego; citada también por Cornelio Nepote, Cicerón y Séneca, ha tenido gran reconocimiento en la actualidad en sus diversas formas, entre ellas: la autodeterminación, *la búsqueda de la felicidad, el hombre es el arquitecto de su propio destino* (repetida por Albert Einstein, José Ortega y Gasset y Amado Nervo) u otras expresiones semejantes.

⁴ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo, UNAM, 1982, p. 287

normen sus propias relaciones jurídicas privadas sin intervención del poder público.

Finalmente, la interpretación jurídica es un *saber prudencial*, porque –como afirma Rodolfo L. Vigo– procura deliberar, investigar y valorar las alternativas jurídicas que se le ofrecen a un sujeto en un tiempo y en un lugar determinado, para luego posibilitar la elección que clausure la deliberación, escogiendo aquella conducta más ajustada a derecho y aportando las razones y argumentos que respalden tal opción.⁵

Como ha quedado patente en los párrafos anteriores, la función primordial del contrato es permitir que las partes determinen sus relaciones jurídicas privadas como mejor les parezca. A la interpretación de los contratos corresponde, de manera complementaria, constatar y en su caso complementar, dicha voluntad común, con el objeto de que el acuerdo surta sus efectos legales. Por ello la interpretación de los contratos tiene como fundamento la referida libertad de contratación, y esta a su vez se afianza en principios éticos y de teoría política, de ahí su importancia desde el punto de vista de la teoría y la práctica jurídica.

Todos los instrumentos de derecho uniforme que han surgido para regular los contratos internacionales –CISG, Principios UNIDROIT, PECL, CEC, DCFR– tienen disposiciones acerca de la interpretación de los contratos. En los siguientes apartados estableceremos la forma en que se regula la interpretación de los contratos internacionales en los referidos instrumentos de derecho uniforme.

II] Intención común vs. Literalidad del contrato

En materia de interpretación de los contratos existe una controversia respecto de qué es lo que debe prevalecer: la intención común que motivó a las partes a contratar, o el texto del acuerdo, es decir, su sentido literal. La primera postura fortalece el valor de la *justicia* en virtud de que las obligaciones que crea el contrato son limitaciones a la libertad esencial de los seres humanos y por ello se considera que solo pueden obligarse cuando aceptan conscientemente. Por el contrario, el sentido literal del contrato protege la *seguridad jurídica*, la confianza en la literalidad del mismo de las partes o de los terceros vinculados con el contrato.

⁵ VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación jurídica (del modelo positivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 1999, p. 146-147

Esta controversia se remonta al derecho romano clásico, donde pueden encontrarse dos máximas antagónicas:

- i.- La atribuida a PAPIANO: (criterio subjetivo) *IN CONVENTIONIBUS CONTRAHENTIUM VOLUNTATEM POTIUS QUAM VERBA SPECTARI PLACUIT*.⁶ (Se determinó que en las convenciones se atiende a la voluntad de las partes, más bien que a las palabras).
- ii.- La atribuida a PAULO: (criterio objetivo) *CUM IN VERBIS NULLA AMBIGUITAS EST, NON DEBET ADMITTI VOLUNTATIS QUAESTIO*.⁷ (Cuando no hay ambigüedad en las palabras, no debe admitirse cuestión sobre la voluntad).

Cuando el proceso de interpretación enfatiza la intención común de las partes se denomina *criterio subjetivo*, mientras que cuando el acento se pone en el sentido literal de las palabras se le denomina *criterio objetivo*. Claramente se puede calificar la máxima atribuida a Papiniano como perteneciente al criterio subjetivo y la de Paulo al criterio objetivo. Esta diferenciación es importante porque la adopción por las distintas legislaciones de alguna de las posturas anteriores indica –hasta cierto punto– el grado de evolución del derecho del país que la establece.

Aquellas jurisdicciones cuyos sistemas legales no han alcanzado un nivel avanzado tienen generalmente una fuerte tendencia hacia el formalismo y, en consecuencia, favorecen el criterio objetivo, es decir, la literalidad de los contratos o al menos un sistema mixto objetivo-subjetivo.⁸ Por el contrario, aquellos países más desarrollados, que han logrado establecer un verdadero estado de derecho, cuentan con un sistema jurídico avanzado y un cuerpo judicial preparado desde el punto de vista ético y técnico, poseen normas jurídicas más refinadas y por tanto aceptan el criterio subjetivo, como puede constatarse en la regulación de

⁶ D. 50,16,219

⁷ D. 42,25,1

⁸ Por ejemplo, el CC Federal (México) dice: Art. 1851.- *Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquella.*

Francia,⁹ Italia¹⁰ y Alemania,¹¹ así como en los Instrumentos de derecho uniforme ya mencionados.¹²

La interpretación del contrato no constituye una actividad extraordinaria. Todos los contratos deben ser interpretados, pues al ejecutar las conductas previstas en el mismo, las partes externan un entendimiento que les permite actuar en consecuencia. Esta es la interpretación o *hermenéutica autónoma*, la que se genera por las mismas partes. Sin embargo, cuando surge un conflicto entre ellas y por tanto interviene un tercero que interpreta e impone su determinación (un juez o un árbitro), estamos frente a la interpretación o *hermenéutica heterónoma*.

Una comprensión distorsionada de lo que debe entenderse por interpretación estableció, indebidamente, que la de los contratos no procede cuando sus términos son claros y no dejan duda sobre la voluntad de los contratantes (*in claris non fit interpretatio*).¹³ Se trata de una postura equivocada, porque a pesar de que el texto de un contrato sea meridianamente claro, cuando surge un conflicto entre las partes acerca de la forma en que entendieron las palabras o respecto de alguna cuestión no convenida (*lacunae*), debe buscarse la intención común a través de la interpretación.

Por otro lado, sería totalmente injusto e ineficiente que un contrato se considerara inválido siempre que las partes entendieran sus términos de manera distinta y por lo tanto surgiera un conflicto entre ellas. Si así fuera, se privaría al contrato de su función primordial, que es producir efectos jurídicos, y se dañaría gravemente el tráfico jurídico y económico. Por tanto, es indispensable otorgar certeza legal a las partes y a los terceros que confían en la eficacia de los contratos. Esto nos lleva a considerar que, bajo ciertas circunstancias, es justo sujetar a la parte disidente

⁹ Code: Art. 1188.- Un contrato se interpreta según la intención común de las partes y no según el significado literal de sus términos. Cuando no pueda determinarse esta intención, el contrato se interpretará según el sentido que le daría una persona razonable en la misma situación.

¹⁰ Codice: Art. 1362 Al interpretar el contrato, hay que averiguar cuál era la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras. Para determinar la intención común de las partes, hay que valorar su conducta general incluso después de la conclusión del del contrato

¹¹ BGB: Par. 133 Al interpretar una declaración de intenciones, hay que indagar en la verdadera intención y no atenerse al significado literal de la expresión.

¹² CISG: Art. 8; Principios UNIDROIT: Art. 4.1; PECL: Art. 5:101 y DCFR: II.-8:101

¹³ En ese sentido los hermanos Mazeud afirmaban: *Un texto claro no se interpreta, se aplica. El juez que se entregara a la interpretación de un texto claro lo desnaturalizaría.* MAZEUD, H.L. y J., *Lecciones de Derecho Civil*, Vol. 1, parte II, Ejea, Buenos Aires, 1960, p. 378

al contrato incluso cuando parezca que no está de acuerdo con los términos del mismo. En contrapartida, resulta también justo proteger la confianza que depositaron en el texto del contrato, tanto la parte contraria, como los terceros que de alguna forma se relacionan con el mismo.¹⁴ El principio de auto determinación –del cual deriva la libertad para contratar– debe corresponderse con el de responsabilidad, que restringe la auto determinación en tanto sea necesario para proteger la confianza depositada en el contrato por las partes y los terceros, y la función de los mercados.¹⁵

Por ello, a pesar de que un contrato haya sido cuidadosamente redactado y su contenido sea claro desde el punto de vista gramatical, lógico y jurídico, una correcta comprensión de esta materia nos llevará a las siguientes conclusiones:

- i.- Para determinar correctamente el contenido obligacional, el propósito y la validez de un contrato es necesaria su interpretación.
- ii.- La interpretación heterónoma (por el juez o árbitro) solo se justifica cuando ha surgido un conflicto entre las partes, a pesar de que los términos del contrato sean claros y aparentemente no dejen duda sobre la intención común de las partes.
- iii.- La función primordial del contrato es permitir a las partes establecer y regular sus relaciones personales como mejor les plazca. La función de la interpretación es averiguar cuál fue la intención común de las partes referida al momento en que las partes contrataron.
- iv.- Dicha intención común puede ser la actual (real) o, en su caso, la presunta. Esta última se determinará de acuerdo al criterio de una persona razonable, como veremos en el siguiente apartado.

III] Criterios de interpretación de los contratos internacionales: criterio subjetivo y criterio de razonabilidad

Como lo señalamos, Todos los instrumentos de derecho uniforme que han surgido para regular los contratos internacionales contemplan disposiciones acerca de la interpretación de los contratos. Es muy discutida la utilidad de estas reglas de

¹⁴ Como los inversionistas que adquieren acciones de una sociedad ya constituida.

¹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm & GRIGOLEIT, Christoph, *opus cit*, p. 591

interpretación, ya que como dijimos, la hermenéutica establece que toda comunicación humana debe ser interpretada en el marco de su contexto, por lo que la comprensión de cualquier comunicación dependerá de las circunstancias en las que se exprese y habrá que analizarla en cada caso. Por ello las reglas potenciales de interpretación son ilimitadas y hay quienes consideran que es inútil establecer normas que las regulen. Algunas legislaciones de avanzada siguen este criterio, como el Código Civil Holandés (*Dutch Burgerlijk Wetboek*) que trata muy someramente de la interpretación o el Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*), que se abstiene completamente de establecer normas de interpretación.

No obstante, otras muchas jurisdicciones han decidido regular ampliamente la interpretación de los contratos, como el Código civil francés, el italiano y el español,¹⁶ así como todos los instrumentos de derecho uniforme que regulan los contratos.¹⁷ Sin embargo estas normas deben considerarse como meramente enunciativas, dado que la labor del intérprete le permitirá utilizar todos los medios (legales) a su alcance para encontrar el sentido del contrato.

La regulación de la interpretación de los contratos, como aparece en los instrumentos de derecho uniforme que regulan los contratos internacionales, es un sistema de dos vías. Primero debe buscarse la intención común de las partes (criterio subjetivo) y solo cuando ésta no puede determinarse, deberá establecerse la intención presunta, a través del significado que le daría al contrato una persona *razonable* (criterio de razonabilidad). De esta manera se fortalece el principio de conservación del contrato, el cual consiste en que, frente a una controversia, imprecisión o laguna, el contrato no se invalide, sino que pueda surtir efectos.

A manera de ejemplo basta señalar la redacción del siguiente artículo de los Principios UNIDROIT:¹⁸

ARTÍCULO 4.1 (Intención de las partes) (1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. (2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes.

¹⁶ CC Francés, Art. 1156 y ss.; CC Italiano, Art. 1362 y ss. y CC español, Art. 1281 y ss.

¹⁷ CISG, Art. 8; Principios UNIDROIT, Art. 4.1 al 4.8; los PECL, Art. 2.102 al 5.101; el DCFR, Art. II- 4:102 al II-8:10; CEC, Art. 39 al 41

¹⁸ Utilizaremos la regulación de la Interpretación en los Principios UNIDROIT como base para el presente trabajo.

El párrafo 1 del artículo anterior establece el *criterio subjetivo* o la búsqueda de la intención común de las partes, mientras que el número 2 señala el *criterio de razonabilidad*, el cual, como señalamos, es supletorio y solo aplica cuando no puede determinarse la voluntad actual o real de las partes.¹⁹

El criterio subjetivo. La regulación de la interpretación de los contratos internacionales optó por el criterio subjetivo como primera opción en la búsqueda del sentido del contrato. Sin embargo, esto no quiere decir que se abandonó totalmente la importancia de la literalidad del contrato. Se tiene que partir del supuesto de que la letra del contrato contiene la intención verdadera de los contratantes, porque todo proceso de interpretación debe partir de una manifestación, verbal, escrita o de cualquier otro tipo. Solo cuando surge un conflicto entre las partes o respecto de terceros con interés jurídico respecto del verdadero sentido del contrato, se justifica el proceso de interpretación. Por ello el aforismo *in claris non fit interpretatio* no debe desecharse de plano, sino considerarlo una presunción *iuris tantum* y para romper la presunción en favor de la literalidad del contrato, deben existir verdaderos argumentos de peso.

El criterio de razonabilidad. Cuando la intención común de las partes no puede determinarse, el contrato debe ser interpretado de acuerdo con el sentido que le daría una persona razonable. No se trata del criterio de una persona razonable desde el punto de vista abstracto, del prototipo de persona razonable dotada de todas las virtudes. Los instrumentos de derecho uniforme definen a la persona razonable como aquella que se encuentra en la misma situación de las partes, con el mismo nivel de conocimiento, destreza técnica, experiencia en los negocios e incluso, con el mismo conocimiento del idioma de las partes.

Las reglas de interpretación de los contratos anteriores y las que veremos adelante aplican no solo al acuerdo contractual, sino a los actos unilaterales e incluso a cualquier comunicación entre las partes.²⁰

¹⁹ En el mismo sentido se regula la interpretación en la CISG, Art. 8; los PECL, Art. 5:101; el DCFR, Art. II-8:101; así como en el CC italiano, Art. 1362 y en el CC francés, Art. 1188 (actual, después de la reforma de 2016).

²⁰ Art. 8 CISG; Art. 4.2 Principios UNIDROIT

IV] Circunstancias relevantes a tomar en cuenta en la interpretación

Los instrumentos de derecho uniforme establecen un listado de *circunstancias relevantes* que deben ser tomadas en cuenta en el proceso de interpretación de los contratos:²¹ i.- las negociaciones previas entre las partes; ii.- las prácticas que ellas hayan establecido entre sí; iii.- los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato; iv.- la naturaleza y finalidad del contrato; v.- el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y vi.- los usos.

Debe tenerse en cuenta que dicho listado no constituye un conjunto de normas definitivas u obligatorias, sino que son meros aspectos o recomendaciones de particular importancia desde el punto de vista razonable, que pueden ser tomados en consideración por el intérprete. Sin embargo, existe un número infinito de factores que pueden incidir en el proceso de interpretación. Por ello, consideramos que tal listado es de muy poca utilidad, pues sus señalamientos, además de ser obvios, siempre estarán incompletos.

V] Reglas especiales de interpretación

Existen también ciertos principios que deben tomarse en cuenta en el proceso de interpretación y que marcan directrices, sobre todo en la hermenéutica heterónoma, que corresponde a los jueces y árbitros.

1.- *La interpretación sistemática y la interpretación eficaz.* La interpretación sistemática establece que tanto el contrato, como su contenido –incluyendo los términos y expresiones utilizados– deben ser interpretados como un todo, sin considerar que existe jerarquía alguna entre sus disposiciones y sin importar tampoco el orden en que aparezcan.²²

Sin embargo, existen excepciones. Las declaraciones contenidas en el preámbulo pueden resultar relevantes para interpretar las cláusulas operativas del contrato, lo mismo que, en caso de conflicto, las cláusulas o disposiciones de carácter específico deberán prevalecer sobre aquellas disposiciones más generales. De igual modo, las partes pueden establecer

²¹ Principios UNIDROIT, Art. 4.3; PECL, Art. 5:102; DCFR, Art. II-8:102

²² Principios UNIDROIT, Art. 4.4; PECL, Art. 5:105; DCFR, Art. 8:105.

expresamente una jerarquía entre las diferentes disposiciones del contrato.²³

Por otro lado, la interpretación eficaz consiste en que los términos de un contrato deben ser interpretados de manera que se de efectos a todos ellos, en lugar de que se prive de efectos a alguno. Este es un principio lógico, dado que las partes del contrato son seres razonables y debe suponerse que lo celebran para producir efectos y que el lenguaje utilizado tiene ese mismo propósito.²⁴

2.- *Interpretación del contrato cuando se utilizan términos estándar.* En la contratación internacional es frecuente que las partes hagan referencia y se sometan a normas contractuales estándar como los INCOTERMS.²⁵ Cuando el contrato hace referencia a dichos términos estándar no deberán aplicarse los criterios *subjetivo* y de *razonabilidad* antes expuestos, sino que, dada la especial naturaleza y propósito de los términos estándar, su interpretación deberá sujetarse preferentemente a la definición que los mismos instrumentos establecen o al modo como los interpretan los operarios del comercio internacional.²⁶

3.- *Interpretación contra proferentem o contra stipulatorem.* Prácticamente todos los instrumentos de derecho uniforme y los principales derechos europeos²⁷ contienen una disposición en el sentido de que cuando los términos de un contrato no son claros y estos fueron dictados, redactados o provistos por una sola de las partes, se preferirá la interpretación que perjudique a quien ocasionó la oscuridad del texto. Esta fórmula, denominada interpretación *contra proferentem* o también *contra stipulatorem*, tiene su fundamento en el derecho romano con base en las siguientes máximas:

²³ Comentario al artículo 4.4 de los Principios UNIDROIT.

²⁴ Principios UNIDROIT, Art. 4.5; PECL, Art. 5:106; DCFR, Art. 8:106

²⁵ Los INCOTERMS constituyen un instrumento de derecho uniforme desarrollado por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que tienen por objeto regular e interpretar de manera uniforme algunos aspectos del contrato de compraventa de mercaderías, proporcionando un conjunto de once *términos comerciales* que son *normas estándar* no vinculantes –*soft law*– respecto al lugar y condiciones de entrega o de destino, el traslado del riesgo y la distribución de ciertos gastos entre las partes. *Vid.* ROBLES, Farías Diego, *Derecho Contractual Internacional*, Tirant lo blanch, México, 2021, p.180

²⁶ *Vid.* Comentario No. 4 al artículo 4.1 de los Principios UNIDROIT.

²⁷ CC italiano, Art. 1370; CC español, Art. 1288; CC Austria (ABGB), par. 915; Principios UNIDROIT, Art. 4.6; PECL, Art. 5:103; DCFR, Art. II-8:103(1), CEC, Art. 40(3).

i.- Contra proferentem: *CUM QUAERITUR IN STIPULATIONE, QUID ACTI SIT, AMBIGUITAS CONTRA STIPULATOREM EST.* (Cuando hay una disputa, en una negociación, sobre lo establecido con una cláusula, la ambigüedad se vuelve contra el autor de la cláusula misma.)²⁸

ii.- Contra stipulatorem: *IN STIPULATIONIBUS QUUM QUAERITUR, QUID ACTUM SIT, VERBA CONTRA STIPULATOREM INTERPRETANDA SUNT.* (Cuando en las estipulaciones existan dudas sobre lo que se ha indicado entre las partes, las palabras deben ser interpretadas en contra del estipulante).²⁹

Dos son los requisitos para que proceda esta regla de interpretación: que la redacción de todo o parte del contrato resulte de dudosa inteligencia, es decir, que no sea de clara redacción, fácil comprensión y unívoco sentido y que la oscuridad del contrato sea atribuible a una sola de las partes, ya sea porque lo redactó, porque ocasionó la oscuridad al proveer la información utilizada al redactarlo, o al inspirar o condicionar las estipulaciones. De lo anterior resulta evidente que no podrá aplicarse esta regla cuando el contrato haya sido elaborado por ambas partes.

La regla impone que el contrato sea interpretado en contra de los intereses de quien ocasionó la confusión, en virtud de que se violó el deber de claridad que le impone la buena fe. Esto no implica que entre varias interpretaciones posibles se tenga que elegir, necesariamente, la más perjudicial para el estipulante, sino que cuando la interpretación de un contrato obligara a elegir entre dos únicos significados, uno que perjudique y otro que beneficie al estipulante, deberá optarse por el primero, de tal forma que no obtenga provecho de la oscuridad y no vulnere la confianza que en él depositó la contraparte.

4.- *Discrepancias lingüísticas.* Esta regla de interpretación establece que cuando el contrato se redacta en varios idiomas y existen discrepancias entre las distintas versiones, deberá prevalecer la interpretación acorde con el idioma en que se redactó originalmente, a menos que las partes hayan señalado de manera expresa algún idioma oficial, en cuyo caso la versión que se encuentre en ese idioma será la que se considere válida para los efectos de la interpretación.³⁰ Sin embargo, cuando las partes contratan con base en algún instrumento internacional, como por

²⁸ Cels. D.34,5,26

²⁹ D. XLV, I, 38, § 18.

³⁰ Art. 4.7 de los Principios UNIDROIT.

ejemplo los INCOTERMS, deberá preferirse la interpretación conforme a los términos utilizados por ese instrumento.

5.- *Cláusula de integridad (merger clause)*. Concluidas las negociaciones, las partes pueden incluir en el contrato celebrado por escrito, una cláusula que establezca que el documento contiene la totalidad de lo pactado entre ellas y que por lo tanto quedan sin efecto cualquier otra declaración o acuerdo previos (*cláusula de integridad o merger clause*). En caso de controversia, impide que cualquiera de las partes alegue que existen acuerdos diferentes o complementarios a los que constan en las cláusulas escritas del contrato. No obstante, todos los tratos anteriores, verbales o escritos, aun cuando no forman parte del acuerdo final, servirán para interpretar el contrato en caso de controversia.

Las cláusulas de integridad cubrirán exclusivamente los acuerdos anteriores a la celebración final del contrato, sin embargo, las partes podrán celebrar acuerdos posteriores, formales o informales que sí pasarán a formar parte del contrato a menos que hayan pactado que la cláusula de integridad comprenderá también futuros acuerdos informales. A falta de la cláusula de integridad, todos los acuerdos previos o posteriores que puedan ser debidamente probados, formarán parte del acuerdo contractual.³¹

La cláusula de integridad no constituye, necesariamente, la prueba definitiva de que el texto del contrato contiene la verdadera intención común de las partes. La presunción de que el documento escrito constituye el acuerdo total y correcto de las partes puede ser refutado si alguna de las partes prueba mediante evidencias sólidas, que la intención común de las partes es distinta o va más allá del texto contractual.³²

VI] El problema de las *lagunas* en los contratos

Es frecuente que los contratos presenten *lagunas*. Las lagunas pueden surgir porque las partes no previeron o deliberadamente dejaron sin acuerdo alguna situación particular que es necesaria o al menos importante para que el contrato produzca sus efectos. El principio de conservación del contrato implica que, cuando la laguna no afecte elementos esenciales del contrato –como las partes el precio o el objeto– deberá subsanarse o llenarse para que el acuerdo pueda surtir sus efectos.

Las lagunas de un contrato pueden llenarse de distintas formas:

³¹ Principios UNIDROIT, Art. 2.1.17; PECL, Art. 2:105(1); DCFR, Art. II.- 4:104(1)

³² CANARIS, Claus-Wilhelm & GRIGOLEIT, Christoph, *opus cit*, p. 605

Normas suplementarias. Los mismos instrumentos de derecho uniforme establecen mecanismos para suplementar los términos omitidos por las partes, como en relación a la calidad de los productos³³, el precio³⁴, el tiempo de ejecución³⁵, el orden de ejecución³⁶, el lugar de cumplimiento³⁷, o la moneda del contrato³⁸. Como se aprecia, se trata de disposiciones que cualquier persona razonable hubiera tomado en cuenta de haberlas previsto en el contrato.

Términos u obligaciones implícitos. Otra forma de llenar las lagunas es a través de los denominados términos u obligaciones implícitos, que junto con las términos o cláusulas expresas forman parte del contrato. Se trata de cuestiones que no fueron previstas por las partes pero que son indispensables o por lo menos evidentes para la correcta ejecución del acuerdo y que resultan obligatorios, aunque las partes no las hayan acordado.³⁹ No requieren, necesariamente, que se expresen en el contrato, por ser tan obvias que se suponen incluidas en el mismo. Las cláusulas o términos implícitos del contrato pueden provenir de la naturaleza y la finalidad del contrato, de las prácticas establecidas entre las partes y los usos, de la buena fe y la lealtad comercial o del sentido común.⁴⁰

³³ Principios Unidroit Art. 5.1.6, PECL, Art. 6.108; DCFR, Art. II:9-108

³⁴ Principios Unidroit Art. 5.1.7, PECL, Art. 6.104; DCFR, Art. II: 9-104

³⁵ Principios Unidroit Art. 6.1.1; PECL, Art. 7.102; DCFR, Art. II: 2-102

³⁶ Principios Unidroit Art. 6.1.4; PECL, Art. 7.104; DCFR, Art. III-2.104

³⁷ Principios Unidroit Art. 6.1.6; PECL, Art. 7.101; DCFR, Art. III-2.101

³⁸ Principios Unidroit Art. 6.1.10; PECL, Art. 7.108; DCFR, Art. III-2.109

³⁹ Un ejemplo de obligación implícita es la obligación que tiene la agencia que renta un automóvil de entregar al arrendatario las llaves del vehículo aunque nada se haya pactado al respecto.

⁴⁰ Los Principios UNIDROIT señalan: ARTÍCULO 5.1.1 (Obligaciones expresas e implícitas) Las obligaciones contractuales de las partes pueden ser expresas o implícitas. ARTÍCULO 5.1.2 (Obligaciones implícitas) Las obligaciones implícitas pueden derivarse de: (a) la naturaleza y la finalidad del contrato; (b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos; (c) la buena fe y la lealtad comercial; (d) el sentido común. En el mismo sentido: PECL, Art. 6.102; DCFR, Art. II-9:101(1)

Estudios jurídicos

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
17 SEMESTRE II
2021

Deficiencias legislativas en la figura del Juicio de Amparo frente a particulares

LIZBET BERNAL LÓPEZ¹

SUMARIO: I. Introducción II. Falta de regulación del Juicio de Amparo frente a particulares en la Carta Magna. III. Ambigüedad del Juicio de Amparo frente a particulares en la Ley de Amparo. IV. Incumplimiento ejecutoria amparo en relación con el Juicio de Amparo frente a particulares. V. Análisis de criterios jurisprudenciales en relación con el Juicio de Amparo frente a particulares. VI. Conclusiones. VII. Propuesta.

Resumen. El presente artículo de investigación, analiza desde un punto de vista jurídico-integral, la figura del Juicio de Amparo frente a un particular, con el objetivo de resaltar las deficiencias legislativas que existen dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la ley de amparo vigente. Sintetizar y especificar, la esfera bajo la que gira la figura del Juicio de Amparo frente a un particular, resulta crucial, toda vez que se está en debate frente a los derechos fundamentales del gobernado.

Destacando que en todo momento se mantiene una postura a favor de la figura, tomando en cuenta el principio de progresividad de los derechos fundamentales, en donde invariablemente se debe optar por una mejor protección de los mismos, esto implica el paulatino avance para conseguir su total cumplimiento. Lo anterior se traduce en que al paso de los años la protección de los derechos fundamentales bajo ninguna circunstancia debe ir en declive, si no, buscar su progreso gradual, para de esta forma buscar su máxima protección, es así, ampliando y precisando el concepto de autoridad responsable para efectos del Juicio de Amparo.

Palabras clave: Juicio de Amparo, acto de autoridad, autoridad responsable, actos de particulares.

¹ Licenciada en Derecho, egresada de la Universidad del Valle de Atemajac (UNIVA), alumna activa en la maestría en Juicio de Amparo en UNIVA.

Abstract. *This research article, analyzes from a comprehensive legal point of view, the figure of the amparo trial against a particular, with the objective of stand out the deficiencies that exist in the Political Constitution of the United Mexican States and the Amparo Law. Synthesizing and specifying the sphere under which the figure of the amparo trial against a particular turn, is crucial, because of the fundamental rights of the governed are being debated.*

Emphasizing at all times, the position in favor of the figure is maintained, considering the principle of progressiveness of fundamental rights, where invariably it should be searched better protection of them, this implies the gradual progress to achieve their full compliance. The foregoing means that over the years, the protection of fundamental rights must not decline in any way, the idea is to search their gradual progress and maximum protection, for example, expanding and specifying the concept of responsible authority for the purposes of the amparo trial.

Keywords: *Amparo trial, act of authority, responsible authority, acts of individuals.*

I] Introducción

A lo largo de los años, el Juicio de Amparo ha sido de vital importancia en México, se ha caracterizado por ser un procedimiento de carácter constitucional, con la finalidad de proteger a los miembros de la sociedad en general en el goce de sus garantías constitucionales y derechos humanos.

Existe un riesgo constante que representa la posible vulneración de los derechos fundamentales, por lo anterior es necesario establecer estrictamente los casos de procedencia del Juicio de Amparo, a efecto de que no quepa margen de interpretación del mismo.

A una norma que estuvo vigente por más de setenta años en nuestro país, se le llega a dar un giro importante emanado de las reformas constitucionales del 6 de junio del año 2011 publicadas en el Diario Oficial de la Federación, seguido de la expedición de la "Nueva Ley de Amparo", reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril del año 2013, en la cual en su artículo 5° fracción II, párrafo segundo a la letra nos dice "Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos

equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general."²

Lo previo deja un amplio margen de interpretación en cuanto a la procedencia del Juicio de Amparo frente a actos de particulares, lo cual es fundamental debido a que el Juicio de Amparo es el medio de protección de las garantías y derechos humanos consagrados en la Carta Magna.

II] Falta de regulación del Juicio de Amparo frente a particulares en la Carta Magna

El Juicio de Garantías en nuestro ordenamiento jurídico, tiene cuna en los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de ahí nace la ley reglamentaria en materia. Cuando se habla de procedencia del Juicio de Amparo, se debe remitir al artículo 103 de la Carta Magna, o al artículo 1º de la Ley de Amparo, el anterior siendo una transcripción del sustento constitucional previsto por el precepto antes mencionado. El cual a la letra dice:

Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la autonomía de la Ciudad de México, y

III. Por normas generales o actos de las autoridades de las entidades federativas que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.³

Como se analizó previamente, el artículo 103 constitucional establece los supuestos de procedencia del Juicio de Amparo, que se reduce en dos supuestos, el primero es la violación a los Derechos Humanos o Garantías consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados

² Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión. *Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Ed. Gallardo ediciones. México.2020.p. 12.

³Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Ed. Berbera editores. México, 2020 p. 108.

Internacionales que el Estado Mexicano sea parte, ya sea por un acto, omisión o una norma general; y el segundo supuesto es la invasión de esferas de competencia.

Se aprecia que el artículo 103 constitucional establece los supuestos de procedencia del Juicio de Amparo en forma limitativa, pues en su primera fracción prevé los casos en que las autoridades violen las garantías individuales en perjuicio del quejoso, así como en las siguientes: cuando por la invasión de competencia o soberanía de las autoridades federales y locales se cause una infracción a los derechos subjetivos públicos del gobernado el acto emitido por éstas, por violentar la garantía de legalidad lo que ha provocado plantearse, a raíz de diversas opiniones doctrinales, lo innecesario de estas dos últimas fracciones del artículo en cuestión, dado que en lo previsto en la primera de ellas se cubre cabalmente el ámbito de procedencia del Juicio de Amparo.⁴

Asimismo, luego de haber realizado un minucioso análisis en el artículo 107, se desentrañó que el mismo establece los principios y bases rectoras del Juicio de Amparo, y que, en ningún renglón del citado precepto se regula la figura del Juicio de Amparo frente a particulares.

Los numerales 103 y 107 son el origen legal del Juicio de Amparo, por lo que la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe de preservar el dogma establecido por la Carta Magna, lo que conduce a lo que es materia de estudio, en la Carta Magna no se establece base alguna de procedencia del Juicio de Amparo en frente a un particular que realice actos equivalentes a los de la autoridad y que dichos actos estén regulados por una norma general, en ese orden de ideas, se desentraña la siguiente cuestión: ¿El hecho de que en sede constitucional no se haya establecido la procedencia del Juicio de Amparo frente a particulares provoca algún vicio, en los artículos 1º y 5º de la Ley de Amparo, al no haberse ajustado a las bases constitucionales?⁵

Dejando de lado la discusión sobre la inconstitucionalidad o no de la figura en comento, se piensa la constitución efectivamente provoca un vicio en la Ley de Amparo, toda vez que no se prevé

⁴ CONTRERAS CASTELLANOS, Julio. *El Juicio de Amparo, principios fundamentales y figuras procesales*. Ed. Mc Graw Hill. México. 2009. P. 37.

⁵ MIJANGOS y GONZÁLEZ Javier. *El Juicio de Amparo en contra de particulares*. Visto en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4317/19.pdf>. Fecha de consulta 05 de octubre 2021.

expresamente la procedencia de los actos de particulares para efecto del Juicio de Amparo, esto debido a que el párrafo segundo del artículo 5° de la ley en materia, establece de manera genérica la hipótesis. Esto es que, tanto el juzgador, como el abogado postulante pueden interpretar y aplicar la ley a su utilidad.

III] Ambigüedad del Juicio de Amparo frente a particulares en la Ley de Amparo

Como se ha referido con anterioridad, dentro del artículo 5° de la Ley de de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establecen las partes del Juicio de Amparo, como lo son: Quejoso, Autoridad Responsable, Tercero Interesado y Ministerio Público Federal. La materia de estudio gira en torno a la autoridad responsable, insaturada en la fracción segunda del precepto citado. Con la expedición de la nueva ley de amparo en el año 2013, se adicionó un párrafo a la segunda fracción, el cual instituye la figura del Juicio de Amparo en frente a particulares, que a la letra nos dice:

Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.⁶

Dentro del párrafo puntualizado, se abre expresamente la posibilidad de promover un Juicio de Amparo frente a actos provenientes de particulares. En donde destacamos las siguientes características para que los actos de particulares puedan considerarse actos de autoridad para efectos del Juicio de Amparo: i.- Que los particulares realicen actos equivalentes a los de la autoridad; ii.- Que dichos actos afecten derechos en los términos de la fracción segunda del artículo 5° de la ley de amparo; y iii.- Que dichos actos equivalentes o funciones estén determinadas por una norma general.

Como se aprecia, es necesario que los actos de particulares cumplan las anteriores particularidades para que se puedan considerar como autoridad responsable en un juicio de garantías.

Dentro de la primera característica se hace referencia a cómo deben constituirse los actos de los particulares, y de esta forma se hace alusión al vocablo "equivalentes". En donde se

⁶ Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión. *Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Op. Cit. p. 12.

puede considerar que el término utilizado y empleado por el legislador puede ser subjetivo.

Por otro lado, el Diccionario del Español de México, del Colegio de México, advierte que la expresión equivalente refiere a:

Que es igual a otra cosa en cada uno de sus elementos, partes, propiedades o funciones.

Para poder determinar los actos de particulares, equivalentes a los de la autoridad y en relación a lo que se puntualiza en la definición anterior en lo relativo a que para que dos personas o cosas se estimen equivalentes es necesario considerar sus elementos, partes, propiedades o funciones iguales. Por lo que nos remitimos a las características del acto de autoridad:

- i.- Tiene que emanar de un ente público, a excepción del Juicio de Amparo frente actos de particulares.
- ii.- Imperatividad.
- iii.- Coercitividad.
- iv.- Unilateralidad.
- v.- Relación de *Supra* a subordinación.

De esta forma, se aprecia que los actos de particulares equivalentes a los de la autoridad, en todo momento van a carecer del primer elemento, como lo es, que el particular pertenezca a un ente público por lo que podemos considerar el término *equivalentes* como *similares, análogos, parecidos*, debido a que los actos que emitan los particulares para efectos del Juicio de Amparo, en ningún momento serán idénticos o exactos por carecer del factor *ente público*.

En ese orden de ideas, se examina, al emplearse la expresión *equivalentes*, como se apreció en las distintas definiciones de distintos diccionarios; existe quienes consideran que algo equivalente constituye algo idéntico en todas sus partes, elementos y características, por otro lado existe quienes consideran que lo equivalente es similar o análogo, por lo que se estima que el legislador a la hora de prever esta figura, debió concretar con exactitud lo que se pretende con el término, debido a la importancia y las contradicciones que puede traer consigo en materia de elementos del acto de autoridad, porque si bien es cierto, los actos de autoridad deben cumplir con los cinco requisitos mencionados, también es cierto que ningún acto de particular cumplirá el requisito referente a que el acto tiene que emanar de un ente público.

Asimismo, el segundo elemento que señala el párrafo segundo de la fracción segunda del artículo 5° de la Ley de Amparo, nos dice que dichos actos afecten derechos en los términos de la fracción misma. Para esto debemos remitirnos al

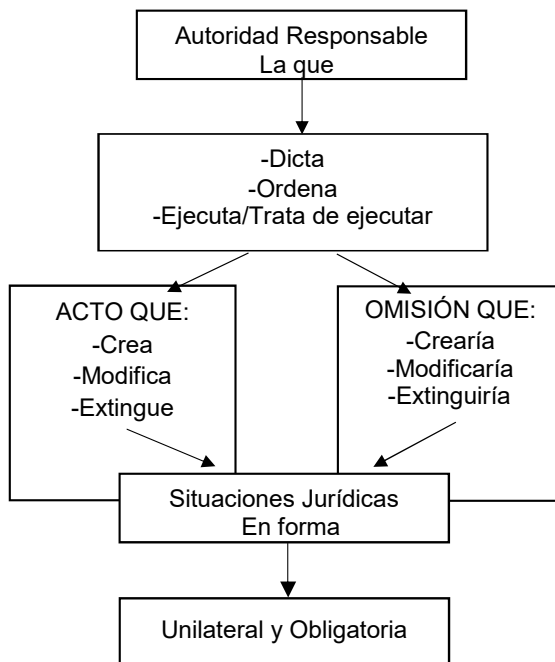
resto de la fracción en estudio, que sería únicamente el primer párrafo, que nos habla del concepto genérico de la autoridad responsable, que a la letra señala:

La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.⁷

De lo anterior se debe desentrañar, en qué términos se afectan derechos dentro de la redacción del párrafo.

Examinando la composición del primer párrafo de la fracción segunda del artículo 5º, se puede traducir que se violan derechos fundamentales, cuando la autoridad: dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.⁸

Podemos responder a la cuestión ¿Cómo se afectan derechos en términos de la fracción segunda del artículo 5º de la ley de amparo? De la siguiente manera:



⁷ Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión. *Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Op. Cit. p. 12.

⁸ *Ídem*.

En síntesis, cuando en los elementos de un acto de particular, se hace referencia a que se deben afectar derechos en términos de la autoridad responsable, es necesario que el acto de particular se realice en las mismas condiciones señaladas por el párrafo primero del artículo en análisis. Por tanto, la segunda característica de los actos de particulares para efectos del Juicio de Amparo, en lo referente a que dichos actos afecten derechos en los términos de la fracción segunda del artículo 5° de la ley de amparo, se traduce en el mapa conceptual elaborado.

Por otro lado, la última característica que señala la figura del Juicio de Amparo frente a particulares consiste en que los actos equivalentes o funciones estén determinadas por una norma general, y para efectos del análisis es necesario definir lo que se entiende por normas generales, en la ley de amparo vigente dentro del artículo 107, se establece la procedencia del Juicio de Amparo indirecto, en donde la primera fracción decreta qué se entiende por normas generales.

Para efectos de determinar la procedencia del Juicio de Amparo frente a un particular, el acto u omisión que emita el particular debe de estar regulado por alguna de las normas señaladas en los incisos del artículo 107 de la ley en materia, por lo que de igual forma se considera que el legislador dejó abierto un margen de interpretación al determinar que los actos de particulares deben estar regulados por una norma general, por lo que nos arroja distintas cuestiones:

¿Es necesario que en la norma general sean consagrados de forma genérica los actos de un particular o es necesario que se especifique?⁹

¿Qué tipo de funciones que realiza un particular deben estar previstos en una norma general?¹⁰

IV] Incumplimiento ejecutoria de amparo en relación con el Juicio de Amparo frente a particulares

Los artículos 103 y 107 constitucionales, bien mencionados anteriormente, son los preceptos reglamentarios del juicio de garantías. En donde la fracción XVI del 107, señala lo siguiente:

XVI. Si la autoridad incumple la sentencia que concedió el amparo, pero dicho incumplimiento es justificado, la Suprema

⁹ MIJANGOS y GONZÁLEZ, Javier. *Op. Cit.*

¹⁰ *Ídem.*

Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento previsto por la ley reglamentaria, otorgará un plazo razonable para que proceda a su cumplimiento, plazo que podrá ampliarse a solicitud de la autoridad. Cuando sea injustificado o hubiera transcurrido el plazo sin que se hubiese cumplido, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable y a consignarlo ante el Juez de Distrito. Las mismas providencias se tomarán respecto del superior jerárquico de la autoridad responsable si hubiese incurrido en responsabilidad, así como de los titulares que, habiendo ocupado con anterioridad el cargo de la autoridad responsable, hubieran incumplido la ejecutoria.

Si concedido el amparo, se repitiera el acto reclamado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley reglamentaria, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable, y dará vista al Ministerio Público Federal, salvo que no hubiera actuado dolosamente y deje sin efectos el acto repetido antes de que sea emitida la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo podrá ser solicitado por el quejoso o decretado de oficio por el órgano jurisdiccional que hubiera emitido la sentencia de amparo, cuando la ejecución de la sentencia afecte a la sociedad en mayor proporción a los beneficios que pudiera obtener el quejoso o cuando por las circunstancias del caso, sea imposible o desproporcionadamente gravoso restituir la situación que imperaba antes de la violación. El incidente tendrá por efecto que la ejecutoria se dé por cumplida mediante el pago de daños y perjuicios al quejoso. Las partes en el juicio podrán acordar el cumplimiento sustituto mediante convenio sancionado ante el propio órgano jurisdiccional.

No podrá archivarse Juicio de Amparo alguno, sin que se haya cumplido la sentencia que concedió la protección constitucional;¹¹

Dentro de la fracción anterior nos encontramos frente al supuesto en que la autoridad responsable para efectos del Juicio de Amparo, incumple una sentencia que concede el amparo, la que determina la destitución del cargo que desempeña la autoridad responsable, asimismo, la Carta Magna, prevé el incumplimiento justificado de la misma, casos en que la autoridad reincide, cumplimiento sustituto de las sentencias y refiere a que ningún Juicio de Amparo puede archivarse sin antes cerciorarse de su

¹¹ Cámara de diputados del H. Congreso de la Unión. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Op. Cit.* p. 117.

cumplimiento, sin perjuicio de las sanciones en materia penal a las que puede ser acreedor la autoridad que no acata la sentencia protectora.

Si bien es cierto que el legislador a la hora de implementar la figura del Juicio de Amparo frente a actos provenientes de particulares, tuvo una visión proteccionista y progresista de los derechos fundamentales, también es cierto que no previó de manera exhaustiva todos los ejes que abarcan esta figura.

Lo anterior en base a que, la Constitución anuncia la consecuencia en razón del incumplimiento de la sentencia de amparo, sin embargo, no enfatiza una distinción en el término *autoridad* en dicha fracción, por lo tanto, debe entenderse que dicha sanción es aplicable tanto para la autoridad, como para los particulares que son autoridad para efectos del Juicio de Amparo.

La fracción en análisis, como la figura jurídica en general, da hincapié a un margen extenso de interpretaciones; en el entendido de que *no hay pena sin ley*, se debe prever una sanción específica para los supuestos en que los particulares incumplan una sentencia de amparo.

V] Análisis de criterios jurisprudenciales en relación con el Juicio de Amparo frente a particulares

Como es sabido, en el año 2013 surgió la llamada "Nueva Ley de Amparo", en donde se previó por primera vez la figura en comento, sin embargo, en el tiempo en que estaba vigente la legislación anterior en materia, se suscitó controversia al respecto a nivel jurisprudencial, caso contrario, a partir de la expedición de la Ley de Amparo vigente, existen escasos criterios jurisprudenciales en materia. Posteriormente se analizan.

1.- Evolución jurisprudencial respecto del Juicio de Amparo frente a particulares antes de la Nueva Ley de Amparo de abril de 2013

a.- *Autoridades. Quienes lo son, para los efectos del amparo.*

Conforme a la tesis de jurisprudencia visible con el número 54 en la página 115 de la Sexta Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación publicado en 1965, autoridades son, para los efectos del amparo, todas aquellas personas que de hecho o de derecho "disponen de la fuerza pública". Esa tesis, formada con ejecutorias que van del Tomo IV al Tomo LXX de la Quinta Época del Semanario citado, necesita ser afinada en la época actual, en que las funciones del Poder

Ejecutivo se han desplazado con complejidad creciente a organismos descentralizados y paraestatales. Y se tiene que llegar a la conclusión de que si los particulares no pueden por su voluntad unilateral, ni por estipulación respecto de tercero (artículos 1860, 1861, 1868 y relativos del Código Civil aplicable en materia federal), imponer a otros cargas que sean exigibles mediante el uso de la fuerza pública, ni directamente ni indirectamente (acudiendo para ello a los tribunales, por ejemplo), uno de los elementos que viene a caracterizar a las autoridades, para los efectos del amparo (artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal), es el hecho de que con fundamento en alguna disposición legal puedan tomar determinaciones o dictar resoluciones que vengan, en alguna forma cualquiera, a establecer cargas en perjuicio de terceros, que puedan ser exigibles mediante el uso directo o indirecto de la fuerza pública (según que dispongan ellas mismas de esa fuerza, o que haya posibilidad de un camino legal para acudir a otras autoridades que dispongan de ella). Y cuando esas cargas sean en alguna manera exigibles mediante el uso de la facultad económico-coactiva, como impuestos, derechos o aprovechamientos (artículo 1o. fracción I, del Código Fiscal de la Federación), se estará frente a autoridades facultadas para dictar resoluciones de carácter fiscal.

12

Comentario: En el interior de la tesis jurisprudencial citada con antaño, se aprecia la necesidad del máximo órgano judicial de afinar el término autoridades, en donde se caracteriza la autoridad con el hecho de que con fundamento en alguna disposición legal puedan tomar determinaciones o dictar resoluciones que vengan, en alguna forma cualquiera, a establecer cargas en perjuicio de terceros, que puedan ser exigibles mediante el uso directo o indirecto de la fuerza pública. El anterior abstracto de la tesis jurisprudencial, determina la particularidad focal para demarcar el Juicio de Amparo en contra de un particular.

b.- Seguro Social, el Instituto Mexicano del, tiene el carácter de autoridad.

No es de tomarse en consideración el sobreseimiento propuesto por el agente del Ministerio Público Federal, fundándolo en que el Instituto Mexicano del Seguro Social no es autoridad, según lo resolvió esta Suprema Corte de Justicia, al

12 Registro digital: 251105 . Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Séptima Época . Materia(s): Común. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Volumen 145-150, Sexta Parte, página 366. Tipo: Jurisprudencia

fallar en veinticinco de enero de mil novecientos cuarenta y seis, el amparo número 8344-44-2a., promovido por Artículos Mundet para Embotelladores, S. A., porque aunque es cierto que este alto tribunal sentó tal tesis, que obra publicada en la página 731 del Tomo LXXXVII del Semanario Judicial de la Federación, un detenido estudio de los artículos 5o. y 135 de la Ley del Seguro Social obliga a una rectificación, ya que estos preceptos definen la personalidad del Instituto Mexicano del Seguro Social como entidad jurídica autónoma, con vida propia, independiente, creado para la realización de determinadas atribuciones del Estado. La característica esencial de un organismo, para que sea tenido por autoridad, es que desempeñe la función de imperio, que ordene y se haga obedecer; y a ese respecto, el Instituto Mexicano del Seguro Social está probado que desempeña esa función, según lo demuestran entre otros, los artículos 7o., 9o., 10, 28, 29, 31, 32, 46, 48, 122, 142, de la Ley del Seguro Social, 3o., 4o., 8o., 11, 16, 17 del Reglamento de Inscripción, Dirección General y Consejo Técnico, 1o., 4o., 26 y 27 del Reglamento Sobre Pago de Cuotas y Contribuciones del Seguro Social. Esas disposiciones legales contienen mandatos, imponen sanciones por desobediencia a lo mandado, establecen derechos, ordenan privaciones del derecho, cuando el afectado ha incurrido en ciertas moras, pues dicen: los patrones deberán hacer esto, los asegurados harán esto otro, el patrón está obligado, etc. En consecuencia, si el Instituto Mexicano del Seguro Social tiene la facultad de dar órdenes y hacerse obedecer, es inconcuso que es autoridad, y, por tanto, sus actos son materia de amparo, de conformidad con los artículos 103, fracción I, constitucional y 1o., fracción I, de la Ley Orgánica de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Federal.¹³

Comentario: En la resolución referente al Instituto Mexicano del Seguro Social como autoridad para efectos del Juicio de Amparo, se determina que dicho organismo, ejecuta actos de autoridad impugnables a través del Juicio de Amparo, en donde se destacan dos elementos que prevalecen hasta nuestros días: se dispone que la particularidad sustancial para que sea tenido por autoridad, es que desempeñe la función de imperio, que ordene y se haga obedecer, es decir la imperatividad en los actos, la facultad de imponer, característica de los actos de autoridad que prevalece hasta nuestros días; del mismo modo se establece que distintas disposiciones legales prevén los mandatos que desempeña el

¹³ Registro digital: 371558. Instancia: Cuarta Sala. Quinta Época. Materia(s): Laboral
Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo XCI, página 1928. Tipo: Aislada.

Instituto Mexicano del Seguro Social. Se encuentra relación de lo previo con lo que se dispone para que un particular sea autoridad para efectos del Juicio de Amparo, que sus funciones estén reguladas por una norma general.

c.- Comisión Federal de Electricidad.

La determinación mediante la cual apercibe al consumidor de realizar o realiza el corte del suministro de energía eléctrica, constituye un acto de autoridad impugnabile a través del Juicio de Amparo.

La determinación por la cual la Comisión Federal de Electricidad apercibe de realizar o realiza el corte del suministro de energía eléctrica a los consumidores, constituye un acto de autoridad susceptible de impugnarse mediante el juicio de garantías, en virtud de que, con fundamento en las facultades que le otorga la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, a través de dicho acto extingue unilateralmente una situación jurídica que afecta la esfera legal del gobernado, pues aunque la relación existente entre el particular y la referida comisión deriva de un contrato de adhesión, ello no significa que ambas partes se encuentren en un mismo plano, como particulares, sino en un nivel de supra a subordinación, al imponer el referido organismo su voluntad sin el consenso del afectado. Es decir, la citada comisión ejerce facultades de decisión que le están atribuidas en un ordenamiento legal y que, por ende, constituyen una potestad administrativa, cuyo ejercicio es irrenunciable, al ser de naturaleza pública la fuente de tal potestad, lo que revela que dicho ente al emitir tal acto, es una autoridad para efectos del Juicio de Amparo; lo anterior no implica que en todos los casos la indicada comisión deba ser considerada como autoridad para tales efectos, sino sólo cuando ejerce facultades de decisión que le estén atribuidas por ley y que afecten la esfera de derechos del gobernado.¹⁴

Comentario: La anterior resolución resulta clave para el análisis y propuesta de los actos de particulares para efectos del Juicio de Amparo, el principal argumento bajo el que se basa nuestro Alto Tribunal, versa sobre la capacidad decisoria que tiene la Comisión Federal de Electricidad para ejercer actos de manera unilateral sobre los gobernados y que de esta forma su actuar se encuentra regulado por una norma general, facultades de decisión

¹⁴ Registro digital: 186337. Instancia: Segunda Sala. Novena Época.

Materia(s): Administrativa. Tesis: 2a./J. 91/2002. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XVI, agosto de 2002, página 245. Tipo: Jurisprudencia

atribuidas por la ley y que afectan la esfera de derechos de los gobernados.

Dentro de los argumentos expuestos dentro de la ejecutoria detrás de la tesis jurisprudencial citada se encuentran los siguientes: 'autoridad' para los efectos del Juicio de Amparo, que se contenía en la jurisprudencia que al rubro reza: 'AUTORIDADES PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO.', en el que comprendía únicamente a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias ya legales, ya de hecho y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen.

d.- Derechos fundamentales. Su vigencia en las relaciones entre particulares.

La formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público, ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones a dichos derechos por parte de los actos de particulares. En este sentido, resulta innegable que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no ofrece ninguna base textual que permita afirmar o negar la validez de los derechos fundamentales entre particulares; sin embargo, esto no resulta una barrera infranqueable, ya que para dar una respuesta adecuada a esta cuestión se debe partir del examen concreto de la norma de derecho fundamental y de aquellas características que permitan determinar su función, alcance y desenvolvimiento dentro del sistema jurídico. Así, resulta indispensable examinar, en primer término, las funciones que cumplen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. A juicio de esta Primera Sala, los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva). En un sistema jurídico como el nuestro -en el que las normas constitucionales conforman la ley suprema de la Unión-, los derechos fundamentales ocupan una posición central e indiscutible como contenido mínimo de todas las relaciones jurídicas que se suceden en el ordenamiento. En esta lógica, la doble función que los derechos

fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares. Sin embargo, es importante resaltar que la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado, en virtud de que en estas relaciones, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del intérprete. Así, la tarea fundamental del intérprete consiste en analizar, de manera singular, las relaciones jurídicas en las que los derechos fundamentales se ven encontrados con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos; al mismo tiempo, la estructura y contenido de cada derecho permitirá determinar qué derechos son sólo oponibles frente al Estado y qué otros derechos gozan de la pretendida multidireccionalidad.¹⁵

Comentario: En el interior de la tesis jurisprudencial que se emitió un año antes de la expedición de la nueva ley de amparo, se establecen distintos criterios medulares en el estudio de la vigencia de los derechos humanos frente a los actos de particulares. Se traduce en lo siguiente, si bien es cierto, la carta magna no establece de manera expresa la posibilidad de que los particulares violenten o agraven Derechos Fundamentales, también es cierto que no resulta obstáculo inalterable, ya que se determina que los derechos fundamentales ocupan una posición central e indiscutible como contenido mínimo de todas las relaciones jurídicas que se suceden en el ordenamiento, es importante resaltar que la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora.¹⁶

2.- Evolución jurisprudencial respecto del Juicio de Amparo frente a particulares desde la expedición de la Nueva Ley de Amparo de abril de 2013 a la actualidad.

Anteriormente, se analizó a través del tiempo los criterios jurisprudenciales y tesis aisladas que contienen información relevante para lo que es materia de estudio, sin embargo, aún después de la expedición de la nueva ley de amparo, en donde ya

¹⁵ Registro digital: 161328. Instancia: Primera Sala. Novena Época.

Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a./J. 15/2012 (9a.). Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XVI, agosto de 2011, página 245. Tipo: Aislada.

¹⁶ *Ídem*.

se prevé la figura del Juicio de Amparo en contra de particulares, los criterios que se han pronunciado y las tesis aisladas siguen siendo contradictorias.

a.-Universidades privadas. Cuando realizan actos relacionados con la inscripción o ingreso, evaluación, permanencia o disciplina de sus alumnos, no tienen el carácter de autoridad responsable para efectos del Juicio de Amparo. El artículo 5º, fracción II, párrafo segundo, de la Ley de Amparo prevé que, para efectos de esa ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esa fracción y cuyas funciones estén determinadas por una norma general. Ahora bien, el hecho de que una universidad privada realice actos relacionados con la inscripción o ingreso, evaluación, permanencia o disciplina de sus alumnos, con motivo de la aplicación de la normativa interna, no conlleva que se constituya en un particular que realiza actos de autoridad para efectos del Juicio de Amparo (por más que el estudiante pueda considerar que afecta sus derechos), ya que la relación entre las universidades particulares y sus educandos tiene su origen en una disposición integrada al orden privado y no constituye un acto unilateral, sino de coordinación, atendiendo a que aquéllas tienen como objeto prestar servicios educativos en los niveles medio superior y superior y actúan con base en su normativa interna, que obliga únicamente a quienes por voluntad propia deciden adquirir el carácter de alumnos y tienen conocimiento de que ante el incumplimiento de lo acordado en la relación contractual, pueden tomarse las medidas disciplinarias correspondientes, las que no constituyen un acto de autoridad para efectos del Juicio de Amparo.¹⁷

Comentario: De la tesis de jurisprudencia previamente citada emitida en el año 2018 se destaca que si bien es cierto, en las universidades privadas a diferencia de la educación federal o pública, se cobra un monto referente a las colegiaturas, inscripciones, mensualidades, según sea el caso, y que se rigen con una normatividad dentro de la institución; también es cierto que las mismas deben ajustarse a los lineamientos establecidos por la Secretaría de Educación Pública, para que de esta forma la Universidad tenga validez oficial; y que del mismo modo, a la par

¹⁷ Registro digital: 2017394. Instancia: Segunda Sala. Décima Época. Materia(s): Común. Tesis: 2a./J. 65/2018 (10a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 56, Julio de 2018, Tomo I, página 647. Tipo: Jurisprudencia

de la normatividad interna, se rigen bajo la normatividad propuesta por la Secretaría de Educación Pública, esto quiere decir, que conforme al artículo 107 de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la normatividad interna de las universidades no puede ser considerada como una norma general, pero a diferencia de la Ley General de Educación, si puede ser considerada como norma general en términos del mismo precepto, y que de igual forma la Ley General de Educación es reglamentaria del artículo 3° constitucional. En ese orden de ideas, no obstante que las universidades operan bajo su propia normatividad, operan de igual manera bajo la normatividad que funcionan las universidades públicas.

En ese marco, la tesis jurisprudencial emitida, excluye a las universidades privadas del supuesto establecido por el artículo 5° fracción segunda párrafo segundo de la ley de amparo vigente, por el razonamiento citado, respecto de la normatividad, en donde las universidades privadas cumplen con los demás requisitos señalados para los actos de autoridad para efectos del Juicio de Amparo. Se considera que en la legislación se debe de precisar el alcance de los actos de particulares, de igual forma en lo relativo a la regulación de dichos actos en normas generales.

b.- Comisión Federal de Electricidad.

No es autoridad para efectos del Juicio de Amparo contra actos previstos en el contrato de suministro de energía.

La interpretación teleológica del régimen jurídico especial que tutela esa actividad de la empresa productiva del Estado, lleva a considerar que su objetivo es garantizar que el servicio se preste, ello en un sistema de libre competencia. De ahí que no la ejerce en un plano de supra a subordinación porque el contrato de adhesión no somete arbitraria y unilateralmente la voluntad de los contratantes a las condiciones de la empresa; máxime que su contenido es verificado por la Comisión Reguladora de Energía y la Procuraduría Federal del Consumidor para asegurar que no contenga cláusulas leoninas, abusivas o inequitativas para el contratante, mientras se protege la actividad comercial de la sociedad. En esa virtud, tales actos, incluido el corte del suministro en términos del contrato, forman parte de esa relación comercial y la vía procedente para dirimir lo relativo es la ordinaria mercantil. Sin que esto impida que cuando la empresa realice actos que vulneren derechos humanos fuera de lo estipulado y aceptado por las partes, o cuando aplique normas que se estimen inconstitucionales, se le pudiera señalar

*como autoridad responsable. Cuestión que deberá ser analizada en cada caso concreto por el juzgador de amparo.*¹⁸

Comentario: En el año 2002, se emitió una tesis jurisprudencial respecto del mismo supuesto establecido en la tesis jurisprudencial que nos ocupa surgida en el año 2018; sin embargo, gozan de argumentos y criterios totalmente *contrarios*, no obstante, de que se trata de una hipótesis idéntica. En donde antiguamente se consideraba que la determinación por la cual la Comisión Federal de Electricidad apercibe de realizar o realiza el corte del suministro de energía eléctrica a los consumidores, constituye un acto de autoridad susceptible de impugnarse mediante el juicio de garantías, debido a las facultades que le son otorgadas por la normatividad, y se sostiene que las partes no se encuentran en un plano de coordinación pues aunque la relación existente entre el particular y la referida comisión deriva de un contrato de adhesión, ello no significa que ambas partes se encuentren en un mismo plano, como particulares, sino en un nivel de supra a subordinación, al imponer el referido organismo su voluntad sin el consenso del afectado y que de esta forma la comisión ejerce facultades de decisión que le están atribuidas en un ordenamiento legal y que, por ende, constituyen una potestad administrativa. En sentido contrario la resolución que se emitió en el año 2018, contiene argumentos enteramente contrarios a los que se habían sostenido con antaño, en la cual se afirma que los actos no se ejercen en un plano de supra a subordinación porque el contrato de adhesión no somete arbitraria y unilateralmente la voluntad de los contratantes a las condiciones de la empresa, y que igualmente lo anterior comprende una relación comercial. Se destaca que en la tesis jurisprudencial en análisis en ningún momento se saca a colación el tema del actuar de dicha comisión bajo los parámetros de Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.

De la anterior tesis jurisprudencial, vemos materializada la incongruencia que existe al pasar de los años respecto de la autoridad responsable para efectos del Juicio de Amparo, toda vez que en el año 2002, no obstante que no existía la figura del Juicio de Amparo en contra de particulares, se emitió un criterio jurisprudencial en donde se catalogaba a la Comisión Federal de

18 Registro digital: 2016656. Instancia: Segunda Sala. Décima Época. Materia(s): Común, Administrativa, Civil. Tesis: 2a./J. 30/2018 (10a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 53, abril de 2018, Tomo I, página 532. Tipo: Jurisprudencia

Electricidad como autoridad para efectos del juicio de garantías; por otro lado, en el año 2018 se emitió un criterio totalmente incongruente al anterior, determinando que la Comisión anteriormente citada no es autoridad para efectos del juicio de garantías, corroborando una vez más la inconsistencia de la figura.

VI] Conclusiones

Primera.- Anteriormente a la “Nueva Ley de Amparo” del año 2013, se suscitaban conflictos en relación con los actos de particulares para efectos del Juicio de Amparo, toda vez que no estaba regulada la figura en la ley reglamentaria. Se pensaría que, con prever una figura en la legislación, quedarían resueltas este tipo de controversias. Se reflexiona que, por el contrario, no solo es necesario establecer una figura jurídica en razón de las necesidades de la sociedad, es elemental que esta figura se instaure de manera precisa, eliminando términos ambiguos, en donde se haga un estudio histórico, doctrinal y conceptual; a efecto de que no sea letra muerta en la legislación y que no sigan presentándose contradicciones.

Segunda.- Se analizó el fundamento constitucional del Juicio de Amparo, previsto en los artículos 103 y 107 de la carta magna, en donde se destaca el artículo 103 por ser la procedencia genérica del Juicio de Amparo, en el cual se acentúa que no se prevé que los actos u omisiones que violenten derechos humanos y garantías, pueden ser emanados por una autoridad y en los casos que la ley reglamentaria señale, por particulares. A lo largo del 107 constitucional se establecen los principios y bases del mismo, dejando abierta la controversia respecto al incumplimiento de una sentencia de amparo. En donde se enfatiza que, en ninguno de los dos preceptos legales referidos, se hace referencia a los actos de particulares para efectos del Juicio de Amparo.

Tercera.- Se considera que al ser una ley reglamentaria de disposiciones constitucionales, la misma debe reglamentar la materia de protección constitucional al tenor de las medidas constitucionales y de esta forma no salirse del marco constitucional que se establece para el Juicio de Amparo, asimismo, se piensa que existe un vicio entre del precepto constitucional correspondiente a la procedencia genérica del Juicio de Amparo, la ley de amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la figura del Juicio de Amparo en frente a particulares, toda vez que no establece de forma limitativa la figura y se propicia la posibilidad de que la misma sea interpretada en base a distintos criterios.

Cuarta.- De igual manera se analizó el fundamento legal de la figura del Juicio de Amparo frente a de particulares, previsto en el artículo 5° fracción segunda párrafo segundo de la ley de amparo vigente, en donde establece las bases para que un particular tenga la calidad o sea catalogado como autoridad responsable para efectos del Juicio de Amparo, en donde se resalta que se utiliza el término "equivalentes" el cual puede ser un concepto con distintas acepciones contrarias por parte de distintos diccionarios; asimismo se determina que se deben violar derechos humanos en términos de la fracción primera que refiere a la autoridad responsable, en donde se analiza que un particular en todo momento va a carecer de fuerza pública directa y por último se determina que los actos de particulares deben estar previstos en una norma general más no se especifican que tipo de actos deben estar previstos en una norma general y qué tipo de norma general, entre otras deficiencias.

VII] Propuesta

Se propone adicionar un apartado a la fracción I del artículo 103 constitucional en donde se establezca la posibilidad de que los particulares pueden ejercer actos de autoridad para efectos del Juicio de Amparo, asimismo, adicionar una fracción al artículo 107 constitucional en donde se instauren las particularidades de esta figura, y de igual manera se propone que se adicione dentro de la fracción XVI la sanción a la que será acreedor el particular que incumpla la sentencia que conceda el amparo al quejoso y que de igual manera se reglamente dentro de la Ley de Amparo. En ese orden de ideas, se modificaría el artículo 1° de la Ley de Amparo vigente, por la adición a la fracción I del 103 constitucional, y aunado a lo anterior, se modificaría el artículo 5° fracción II párrafo segundo de la citada ley.¹⁹

19 Más información dentro de mi tesis de Licenciatura de título "Análisis y propuesta de los actos de particulares para efectos del Juicio de Amparo" realizada en la Universidad del Valle de Atemajac UNIVA.

Remote hearings in international arbitration after the COVID-19 outbreak

JESÚS TLACAELEL COVARRUBIAS MIRANDA¹
JOSÉ CENTEOTL COVARRUBIAS MIRANDA

SUMARIO: I. *Introduction*. II. *Rationale for the term Remote hearings*. III. *Legal framework for Remote hearings*. IV. *Parties right to be heard and equal treatment in International Arbitration*. V. *Cost-Efficiency of Remote hearings*. VI. *Conclusion*.

Resumen: Este artículo analiza las audiencias remotas en el contexto del COVID-19, como alternativa a las audiencias presenciales. Asimismo, expone el marco jurídico de las audiencias a distancia en el arbitraje internacional, teniendo en cuenta las facultades del tribunal arbitral y el reglamento institucional de arbitraje. Además, afirma de forma concisa en el contexto de las audiencias remotas, la igualdad de trato de las partes y la eficiencia de los costes de las audiencias. Por último, establece lo que hay que tener en cuenta para determinar la forma más adecuada de llevar a cabo las audiencias.

Palabras clave: Audiencias remotas, derecho a ser oído e igualdad de trato, rentabilidad, reglas de arbitraje, pandemia COVID-19.

Abstract. *This article analyses the remote hearings in the context of the COVID-19 Pandemic, as an alternative to in-person hearings. Likewise, it states the legal framework for remote hearings in international arbitration considering the power of the arbitral tribunal and the institutional arbitration rules. Furthermore, this article concisely asserts in the context of remote hearings, the parties' equal treatment and the cost efficiency of the hearings.*

¹ Alumnos de la licenciatura en derecho en la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara y participantes en dos ocasiones del Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot en Hong Kong.

Finally, it establishes what to consider in order to determine the most appropriate manner to conduct the hearings.

Keywords: *Remote hearings, right to be heard and equal treatment, arbitration rules, COVID-19 Pandemic.*

I] Introduction

On 31 December 2019, Wuhan Municipal Health Commission reported new pneumonia cases in Wuhan, Hubei Province, eventually a novel coronavirus was identified² as SARS-COV-2 Coronavirus, which causes COVID-19 disease.³

When the SARS-COV-2 Coronavirus strike the world, it was necessary to stop the physical interaction in pursuance of a common interest *i.e.* to defeat the virus, however, this implicated a great challenge to humankind. As a consequence, the COVID-19 Pandemic accelerated the use of digital technologies and conferencing tools.⁴ Evidently, arbitration was not excluded, *ergo*, these IT tools⁵ had to be incorporated; most of the hearings had to be held remotely to avoid the possibility of virus transmission among the participants.

Nevertheless, not all the arbitration institutions were prepared to hold remote hearings; for some arbitrators, lawyers, experts and witnesses this was a titanic challenge. In this regard, there were several cases where the arbitration agreement provided for physical hearings in a specific location, but due the impossibility of physical interaction, public restrictions and travel bans, the hearings had to be held by using IT tools. As a result, an issue that

² WHO. 27 April 2020. *Archived: WHO Timeline- COVID-19.* available at: <https://www.who.int/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19>

³ WHO. 20 October 2020. *Coronavirus disease (COVID-19): How is it transmitted?* available at: <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19-how-is-it-transmitted>

⁴ OECD. 23 June 2021. *How will COVID-19 reshape science, technology and innovation.* Available at: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/how-will-covid-19-reshape-science-technology-and-innovation-2332334d/>

⁵ Information Technology tools are purported to solve problems through the use of technology, in the present case in relation to the communication. See. Slyter, Kirsten, *What is information technology? A Beginner's guide to the World of IT.* 2 February 2019. Available at: <https://www.rasmussen.edu/degrees/technology/blog/what-is-information-technology/>

arose was whether the arbitral tribunal had the power to conduct the hearings remotely against the consent of one of the parties, or in some cases even both.

The implementation of this new means of communication seemed to be the best solution, albeit, not all coincide since there are benefits and disadvantages, in both remote and physical hearings. This article intends to approach the different perspectives regarding this issue.

II] Rationale for the term *remote hearings*

Remote hearings are defined as *hearings that are conducted using communication technology to simultaneously connect participants from two or more locations*⁶ e.g. telephone and videoconference.⁷ In this sense, the terminology *virtual hearings* is not appropriate since it refers to something not physically existent, however, in this kind of hearings where the participants are in different places, they are not virtual, they exist and communicate using technology; therefore, the most suitable term to define these hearings is the denomination provided above.⁸

III] Legal framework for remote hearings

1. *Arbitration Rules regulation*

Due to the COVID-19 Pandemic, several hearings had to be conducted remotely or adjourned in order to ensure the safety of the participants and to avoid travel restrictions, nonetheless, not all the arbitration rules provided for remote hearings. Since arbitration rules are a source of the powers of the arbitral tribunal,⁹ the

⁶ SCHERER, Maxi. Chapter 4: The Legal Framework of Remote Hearings, in Scherer, Maxi; Bassiri, Niuscha et al. (eds.), *International Arbitration and the COVID-19 Revolution*, Kluwer Law International 2020, p. 68.

⁷ Videoconference refers to “technology which allows two or more locations to interact simultaneously by two-way video and audio transmission, facilitating communication and personal interaction between these locations”. See Hague Conference on Private International Law, *Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the Evidence Convention* (2020), p. 15, para. 10. available at: <https://assets.hcch.net/docs/569cfb46-9bb2-45e0-b240-ec02645ac20d.pdf>

⁸ *Op. Cit.* SCHERER, Maxi, p. 69.

⁹ 'Chapter 5. Powers, Duties, and Jurisdiction of an Arbitral Tribunal', in Blackaby Nigel , Constantine Partasides , et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Sixth

existence of a provision regulating remote hearings should be considered as a parameter to determine whether or not the arbitral tribunal has the power to conduct the hearings remotely.

Before the Pandemic some rules expressly established videoconference in furtherance of holding evidentiary hearings: 2012 SCAI Rules;¹⁰ 2014 LCIA Rules;¹¹ 2013 UNCITRAL Rules;¹² 2017 MKAS Rules;¹³ 2018 ICAC Rules;¹⁴ 2018 AIAC Rules;¹⁵ 2013 AAA Rules.¹⁶ Conversely, there were arbitration rules that did not specifically provide for such means of communication: 2018 VIAC

Edition), 6th edition (© Kluwer Law International; Oxford University Press 2015) pp. 305 - 352 para. 5.10.

¹⁰ NATER-BASS, Gabrielle; PFISTERER, Stefanie; *Chapter 3, Part II: Commentary on the Swiss Rules, Article 25 [Evidence and hearings, II]*, in Arroyo, Manuel (ed.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, 2^a ed, Kluwer Law International, 2018, p. 695, para. 46. Brunner, Christoph; *Chapter 3, Part I: Introduction to the Swiss Rules of International Arbitration*, in Arroyo, Manuel (ed.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, 2^a ed, Kluwer Law International, 2018, p. 442, para. 16. Girsberger, Daniel; Voser, Nathalie; *Chapter 4: The Arbitral Procedure in Girsberger, Daniel, Voser, Nathalie International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, Kluwer Law International; Schulthess Juristische Medien AG, 2016, p. 245, para. 1009. Karrer, Pierre; *Institutional Arbitration Article-by-Article Commentary on Swiss Rules*, Schütze (edr.), C.H. Beck Hart Nomos, 2013, p. 390, para. 170. See Art. 25(4) SCAI Rules.

¹¹ SCHERER, Maxi; RICHMAN, Lisa; GERBAY, Remy; *Chapter 15 Hearings, Witnesses and Experts*, in Scherer, Maxi; Richman, Lisa; et al., *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A User's Guide*, Kluwer Law International, 2015. p. 222, para. 2. See Art. 19(2) LCIA Rules of 2014.

¹² See Art. 28(4) UNCITRAL Rules.

¹³ See Art. 30(6) MKAS Rules.

¹⁴ See Art. 47(4) ICAC Rules.

¹⁵ See Art. 28(4) AIAC Rules.

¹⁶ See R-32C AAA Rules.

Rules;¹⁷ 2017 SCC Rules;¹⁸ 2018 HKIAC Rules;¹⁹ DIS Rules;²⁰ 2007 DIAC Rules²¹ and 2017 ICC Rules²². The mere fact that these rules did not include a provision for remote hearings does not mean that it is not possible to implement them, but it can be controversial.

Following this line of thought, the CIETAC and the ICSID do not regulate remote hearings in their respective arbitration rules,²³ but they have been using technology for remote arbitration administration for several years before the COVID-19 outbreak.²⁴ In addition, the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration does not expressly state the form of the oral hearing, however, since it has embraced modern means of communication

¹⁷ HAHNKAMPER, Wolfgang; *VIAC Rules of Arbitration 2018, Article 30 [Oral Hearing]*, in *Vienna International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber (ed.), Handbook VIAC Rules of Arbitration and Mediation: A Practitioner's Guide*, 2 ed, Verlag WKÖ Service GmbH, 2019, p. 215. *Cfr.* Art. 30 VIAC Rules.

¹⁸ Even though that it is not expressly settled in the rules the possibility of remote hearings, some authors establish that the arbitral tribunal can conduct its deliberations by means that do not require physical presence, such as videoconferencing; see Ragnwaldh, Jakob, Andersson, Fredrik, Salinas Quero, Celeste; *Chapter 5: The Proceedings Before the Arbitral Tribunal*, in Ragnwaldh, Jakob, Andersson, Fredrik, et al., *A Guide to the SCC Arbitration Rules*, Kluwer Law International, 2019, p. 82. See Art. 25(2) SCC Rules.

¹⁹ The arbitral tribunal can determine the manner in which witnesses or experts are examined, the HKIAC Rules allow for videoconference to hold oral hearings, See Moser, Michael J.; Bao, Chiann; *Conduct of the Arbitration (HKIAC Rules, Articles 13–22, 25–26, 30–31)*, in Moser, Michael J., Bao, Chiann, *A Guide to the HKIAC Arbitration Rules*, Oxford University Press, 2017, p. 194, para. 9.167. See Arts. 22.4–22.5 HKIAC Rules of 2018.

²⁰ Rolf Trittman, Rolf, Schardt, Ramona; *The Proceedings Before the Arbitral Tribunal, Article 29: Oral hearing*, in Flecke-Giammarco, Gustav, Boog, Christopher, et al. (eds.), *The DIS Arbitration Rules – An Article-by-Article Commentary*, Kluwer Law International, 2020, p. 474, para. 1. See Art. 29 DIS Rules.

²¹ See Art. 28 DIAC Rules of 2007.

²² See Art. 24 ICC Rules 2017 provides the use of videoconference for case management conferences. The new ICC Arbitration Rules from 2021 added the possibility to hold remote hearings, see Art. 26 ICC Rules 2021. In addition, the ICC during the COVID-19 outbreak settled “the ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic”, available at: <https://iccwbo.org/publication/icc-guidance-note-on-possible-measures-aimed-at-mitigating-the-effects-of-the-covid-19-pandemic/>

²³ See Art. 35 CIETAC Rules & Art. 32 ICSID Rules.

²⁴ SHAUGHNESSY, Patricia Louise; *Chapter 2: Initiating and Administering Arbitration Remotely*, in Scherer, Maxi, Bassiri, Niuscha et al. (eds.), *International Arbitration and the COVID-19 Revolution*, Kluwer Law International, 2020, p. 37.

and modernized arbitration laws, it should be interpreted broadly, encompassing physical and remote hearings.²⁵

2. *Arbitral tribunal's power to conduct the hearings remotely*

In this context, the issue that arose is whether the arbitral tribunal had the power to conduct the hearings remotely against the consent of one of the parties. The arbitral tribunal has a duty to respect the procedural agreements reached by the parties²⁶, consequently, in principle, if the parties did not agree to conduct the evidentiary or legal hearings remotely it is highly recommendable that the arbitral tribunal obtains the parties consent for the implementation of such technology.²⁷

Nevertheless, all around the world, there are different perspectives concerning this issue. On the one hand the Austrian Supreme Court (*Oberster Gerichtshof*) on a landmark case rendered a decision establishing that the arbitral tribunal was empowered to conduct remote hearings even when one of the parties had objected to the use of videoconference technology during the COVID-19 pandemic,²⁸ the Court relied on Article 6 ECHR²⁹ relating to the parties' right to get equal access to justice and to be heard, since in-person hearings during the COVID-19 pandemic could lead to a stalemate of the proceedings.³⁰ In

²⁵ STEIN, Erica; Chapter 9: Challenges to Remote Arbitration Awards in Setting Aside and Enforcement Proceedings, in Scherer, Maxi, Bassiri, Niuscha et al. (eds.), *International Arbitration and the COVID-19 Revolution*, Kluwer Law International, 2020, p. 173. See Art. 24 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

²⁶ SMAHI, Nadia, *Due Process Under the Swiss Rules of International Arbitration*, in Scherer, Matthias (edr.), *ASA Bulletin*, Kluwer Law International, vol. 38, issue 4, 2020, pp. 942-943. Kaufmann- Kohler, Gabrielle; Rigozzi, Antonio; *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, Oxford University Press, 2015, p. 316, paras. 6.62-6.63.

²⁷ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; SCHULTZ, Thomas; *The Use of Information Technology in Arbitration*, Jusletter, Dec. 2005, para. 170. Bateson, David; *Virtual Arbitrations: The Impact of COVID- 19*, *Indian Journal of Arbitration Law*; Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University, Jodhpur, 2020, vol. IX, issue 1, p. 168.

²⁸ Supreme Court of Austria (*Oberster Gerichtshof*). 23 July 2020. Case No. 18 ONc 3/20s available at: <https://n9.cl/ptb5>

²⁹ See Art. 6 European Convention on Human Rights. Available at: https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf

³⁰ SCHERER, Maxi; SCHWARZ, Franz; ORTNER, Helmut; JENSEN, J. Ole; *In a 'First' Worldwide, Austrian Supreme Court Confirms Arbitral Tribunal's Power to Hold Remote Hearings Over One Party's Objection and Rejects Due Process Concerns*, *Kluwer Law Arbitration Blog*, 24 October 2020, available at:

addition, the US District Court for the Northern District of Illinois Eastern Division decided that remote hearings did not infringe parties' right to be heard, albeit that the arbitration agreement provided for in-person hearings.³¹ Moreover, the same approach was taken by the England and Wales High Court of Justice, the Court decided that remote hearings should be held in order ensure the safety of the participants³², furthermore, the Federal Court of Australia rejected the possibility to vacate the hearings when one of the parties requested it, since there was no guarantee that the situation would get better sooner; hence, it conducted the hearings remotely.³³

On the other hand, the Swiss Federal Tribunal rendered a decision stating that the COVID-19 pandemic was not a sufficient reason to impose remote hearings in state court proceedings against the consent of one of the parties.³⁴ Furthermore, in a recent case the Swiss Federal Tribunal reaffirmed that an arbitral tribunal may refuse to reschedule a hearing without violating one parties'

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/10/24/in-a-first-worldwide-austrian-supreme-court-confirms-arbitral-tribunals-power-to-hold-remote-hearings-over-one-partys-objection-and-rejects-due-process-concerns/>

³¹ US District Court for the Northern District of Illinois Eastern Division. 12 August 2020. Case No. 20 C 4700. available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/illinois/ilndce/1:2020cv04700/378723/14/>

³² Blackfriars Ltd, Re England and Wales High Court, United Kingdom, 6 April 2020, Case No. [2020] EWHC 845 (Ch) available at: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2020/845.html>, para. 38.

³³ Capic v Ford Motor Company of Australia Limited (Adjournment) [2020] FCA 486 Federal Court of Australia 15 April 2020, available at: <https://jade.io/article/725605>.

³⁴ Schweizerisches Bundesgericht 6 July 2020 available at: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F146-III-194%3Ade&lang=de&type=show_document Zaugg, Niklaus; Shafiri, Roxana; *Imposing Virtual Arbitration Hearings in Times of COVID-19: The Swiss Perspective*, Kluwer Arbitration Blog, 14 January 2021, available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/14/imposing-virtual-arbitration-hearings-in-times-of-covid-19-the-swiss-perspective/> Boller, Urs; Mimoza, Ademaj; Federal Supreme Court: No Legal Basis for Conducting the Main Hearing via Video Conference in Civil Proceedings Without the Parties' Consent. *Meyerlustenberger Lachenal (MLL)*. 13 October 2020. available at: <https://www.mll-news.com/federal-supreme-court-no-legal-basis-for-conducting-the-main-hearing-via-video-conference-in-civil-proceedings-without-the-parties-consent/>

right to be heard, considering the specific circumstances of the case.³⁵

The previous cases demonstrate that each situation should be analysed particularly, as it was held by the Federal Court of Australia when determining whether evidence of witnesses should be taken by videoconference or in person: “[a]t the end of the day, the exercise of the discretion as to what is appropriate in a particular case will involve a balancing exercise as to what will best serve the administration of justice consistently with maintaining justice between the parties [...]”³⁶. This same approach has been taken by various scholars and experienced lawyers.³⁷

IV] Parties right to be heard and equal treatment in international arbitration

Parties’ rights’ to be heard and equal treatment are fundamental principles of justice³⁸, for instance the UNCITRAL

³⁵ In this case, the Swiss Federal Tribunal considered that the party that was requesting to reschedule the hearing as a dilatory tactic. See Hirsiger-Meier, Valentina & Frommelt Lukas. *Swiss Supreme Court confirms that an arbitral tribunal may under certain circumstances refuse to reschedule a hearing without violating one party’s right to be heard*. 31 August 2021. *Global Arbitration News*. Available at: <https://globalarbitrationnews.com/swiss-supreme-court-confirms-that-an-arbitral-tribunal-may-under-certain-circumstances-refuse-to-reschedule-a-hearing-without-violating-one-partys-right-to-be-heard/>

³⁶ *Australian Competition & Consumer Commission v StoresOnline International Inc.* Federal Court of Australia 6 July 2009 available at: <https://n9.cl/2x1kg>, para. 14.

³⁷ SCHERER, Maxi; *Remote hearings in International Arbitration: An Analytical Framework*, in Scherer, Maxi (ed.), *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2020, vol. 37, issue 4, p. 425. Backsmann, Till Alexander; Fröhlingsdorf; Joseph; Chapter IV: Science and Arbitration, *The Vienna Propositions for Innovative and Scientific Methods and Tools in International Arbitration*, G. Innovative Information and Communication Technology as Tools for Cost Efficient and Reasonable Conduct of International Arbitral Proceedings Cultural Challenges and Conflicts, in Klausegger, Christian, Klein, Peter. et al. (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2020, vol. 2020, p. 422. Stein, Erica; 'Chapter 9: Challenges to Remote Arbitration Awards in Setting Aside and Enforcement Proceedings', in Maxi Scherer, Niuscha Bassiri, et al. (eds.), *International Arbitration and the COVID-19 Revolution*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2020). p. 172. Beserman Balco, María Solana; *COVID-19 and new ways of doing arbitration: are they here to stay?*, in Bosco Lee, João and Mange, Flavia (eds.), *Revista Brasileira de Arbitragem*, Kluwer Law International, 2020, vol. XVII, issue 67, p. 137.

³⁸ BORN, Gary. (2021). *International Commercial Arbitration*. 3rd edition. Kluwer Law International. P. 2334.

Model Law enshrines these basic rights in Art. 18.³⁹ Hereof, under the NYC and the UNCITRAL Model Law an award may be unenforceable⁴⁰ or set aside⁴¹ if a party was unable to present its case. In this line of thought, the issue that emerges is if remote hearings compromise the aforementioned rights.

The right to be heard does not guarantee a right to in-person hearings in all circumstances⁴², it has been established that the two essential elements of every hearing are the orality and the synchronous exchange of arguments.⁴³ Therefore, the notion *oral hearing* cannot be strictly settled as an in-person hearing because in both, in-person and remote hearings are performed through a synchronous exchange of oral arguments; with the main difference being the use of technological tools in remote hearings,⁴⁴ hence, the concept *oral hearing* encompasses both, remote and in-person hearings. Furthermore, applying the principle of *functional equivalent approach*⁴⁵ based on the functions of both kinds of hearings, it is determined that the same objective can be achieved via in-person or remote hearings.

Furthermore, there are some issues that could arise during remote hearings that could compromise the equal treatment of the parties; for instance, where a party has better technological equipment than the others.⁴⁶ Some authors established that a

³⁹ UNCITRAL Model Law. (2016). Art. 18 *The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.*

⁴⁰ New York Convention. (1958). Art. V(I)(d).

⁴¹ UNCITRAL Model Law. (2016). Art. 34, 36.

⁴² BATESON, David; Virtual Arbitrations: The Impact of COVID- 19, Indian Journal of Arbitration Law; Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University, Jodhpur, 2020, vol. IX, issue 1, p. 160.

⁴³ SCHERER, Maxi. (2020). Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical framework. Journal of International Arbitration. P. 420.

⁴⁴ BATESON, David; Virtual Arbitrations: The Impact of COVID- 19, Indian Journal of Arbitration Law; Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University, Jodhpur, 2020, vol. IX, issue 1, p. 160.

⁴⁵ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, p.27, para. 50; UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, pp. 16-17, para. 20.

⁴⁶ BACKSMANN, Till Alexander; FRÖHLINGS DORF; Joseph; Chapter IV: Science and Arbitration, The Vienna Propositions for Innovative and Scientific Methods and Tools in International Arbitration, G. Innovative Information and Communication Technology as Tools for Cost Efficient and Reasonable Conduct of International Arbitral Proceedings

remote hearing could not be the most suitable manner to proceed.⁴⁷ Nevertheless, protocols or guidelines specialized in this matter can be implemented to prevent these kind of risks, such as the Seoul Protocol which establishes minimum industry standards⁴⁸ (video, audio, and so on) to ensure that each party is in the same condition to present its case during the remote hearing. Moreover, in the *Sino Dragon* case one of the parties complained that it was unable to present its case due technological difficulties during a witness examination; however, the Federal Court of Australia held that the party was responsible for the technical problems and that videoconference does not in itself produce real unfairness.⁴⁹

VJ Cost-efficiency of remote hearings

The efficiency of the proceedings in international arbitration is of sum importance, under a vast majority of institutional arbitration rules, the arbitral tribunal has the duty to avoid unnecessary delay and expense, and instead, provide efficient and expeditious means to ensure the cost-efficiency of the proceedings; for instance, the LCIA Arbitration Rules 2020⁵⁰, the Swiss Rules 2021.⁵¹ In this line of argument, the arbitral tribunal must assess which is the most suitable and cost-efficient manner to proceed

Cultural Challenges and Conflicts, in Klausegger, Christian, Klein, Peter. et al. (eds.), Austrian Yearbook on International Arbitration, 2020, vol. 2020, p. 422.

⁴⁷ STEIN, Erica; 'Chapter 9: Challenges to Remote Arbitration Awards in Setting Aside and Enforcement Proceedings', in Maxi Scherer, Niuscha Bassiri, et al. (eds), International Arbitration and the COVID-19 Revolution, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2020). p. 176.

⁴⁸ KCAB international. Seoul Protocol on Video Conference in International Arbitration. (2020). Retrieved from: http://www.kcabinternational.or.kr/user/Board/comm_notice_view.do?BBS_NO=548&BD_NO=169&CURRENT_MENU_CODE=MENU0025&TOP_MENU_CODE=MENU0024

⁴⁹ STURZAKER, Damian; 'Sino Dragon Trading Ltd v. Noble Resources International Pte Ltd [2016] FCA 1131, Federal Court of Australia, New South Wales District Registry, NSD 1333 of 2016, 13 December 2016', A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International, p. 1; FCA, 13 Sep 2016, *Sino Dragon Trading Ltd v Noble Resources International Pte Ltd*, Federal Court of Australia, available at: <https://jade.io/article/492862>

⁵⁰ See Article 14.1 LCIA Rules.

⁵¹ See Article 19.1. SIAC Rules.

depending on the pros and cons in each case, whether with remote or with in-person hearings.

Both modalities grant certain benefits and detriments. For instance, remote hearings offer the possibility to reduce the costs of the arbitration because the parties will not have to pay the rental costs of accommodation and rental facilities for the hearings,⁵² thus, the schedule of the hearings can be more flexible⁵³ because videoconferencing systems are functional in most parts of the world.⁵⁴ Besides, the use of these means of communication reduce environmental impact⁵⁵ and in the present circumstances curtails the possibility of virus transmission. What is more, the hearings do not need to be adjourned and the disputes can be resolved in an expeditious way, as it was held by the Federal Court of Australia when determining whether the hearings should be adjourned or conducted by videoconference.⁵⁶

Even though all these advantages of remote hearings, it is of paramount importance to consider some issues that could arise if the hearings are conducted in this manner. Different time zones can portend problems regarding the setting of the timetable of the hearings, sometimes remote hearings could be scheduled at unsociable hours and an issue can emerge in relation to the parties

⁵² HAMAMA, Olga and HERRMANN, Danielle; 'Chapter 15: COVID-19 and Technology, Media and Telecommunication Disputes', in Maxi Scherer, Niuscha Bassiri, et al. (eds), *International Arbitration and the COVID-19 Revolution*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2020) p. 290

⁵³ WAINCYMER, Jeffrey Maurice; 'Online Arbitration', *Indian Journal of Arbitration Law*, (© Indian Journal of Arbitration Law; Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University, Jodhpur 2020, Volume IX Issue 1) p. 4

⁵⁴ ROGERS, Catherine and BRODLIJA, Fahira; 'Chapter 3: Arbitrator Appointments in the Age of COVID-19', in Maxi Scherer, Niuscha Bassiri, et al. (eds), *International Arbitration and the COVID-19 Revolution*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2020) p. 58.

⁵⁵ CHARLES, Philippa; 'Chapter 16: Finance Disputes and a Pandemic: The Eye of a Perfect Storm?', in Maxi Scherer, Niuscha Bassiri, et al. (eds), *International Arbitration and the COVID-19 Revolution*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2020) p. 297.

⁵⁶ *Capic v Ford Motor Company of Australia Limited (Adjournment)* [2020] FCA 486
File number: NSD 724 of 2016 Judge: PERRAM J Date of judgment: 15 April 2020
BILJANA CAPIC, Applicant:
FORD MOTOR COMPANY OF AUSTRALIA LIMITED ACN 004 116 223, Respondent
Recovered from: <https://jade.io/article/725605>.

equal treatment.⁵⁷ Consequently, the Parties should be encouraged to implement protocols that serve as a guide to the planning of the hearings, for instance the Seoul Protocol⁵⁸, which provides information about the witness examination, Video Conferencing venue, observers, documents, technical requirements, preparatory arrangements, interpretations, recordings, and other technical specifications e.g. video, audio and picture standards. In addition, currently there are platforms such as Webex and Zoom that allow an efficient conduct of the remote hearings.⁵⁹

Furthermore, another relevant matter to contemplate is the Cybersecurity and the participants technical knowledge in order to conduct the remote hearings⁶⁰ i.e. it demands the arbitrators to manage the communication tools, cybersecurity and data protection.⁶¹ Hereof, the cybersecurity measures are extremely important. In an arbitration between China and Philippines concerning a territory in the South of the Chinese Sea, the Permanent Court of Arbitration and Philippine's Department of Justice was hacked.⁶² Hence, it is recommendable for the Parties that intend to hold the hearings remotely to apply the guidance

⁵⁷ BATESON, David; Virtual Arbitration, 9(1) Indian J. Arb. L. 160–170 (2020), available at http://ijal.in/sites/default/files/Vol9Issue1/Amnd/David_Bateson-Virtual_Arbitration_The_Impact_of_COVID-19.pdf

⁵⁸ Seoul Protocol. KCAB international. 18 March 2020. Available at: http://www.kcabinternational.or.kr/user/Board/comm_notice_view.do?BBS_NO=548&BD_NO=169&CURRENT_MENU_CODE=MENU0025&TOP_MENU_CODE=MENU0024

⁵⁹ Rethinking Virtual Hearings Sue Hyun Lim (KCAB INTERNATIONAL) and Lars Markert (Nishimura & Asahi)/July 19, 2020 /Leave a comment KCAB Next. Available at: <http://arbitrationblog.kluwarbitration.com.upmx.idm.oclc.org/2020/07/19/rethinking-virtual-hearings/>

⁶⁰ FLECKE-GIAMMARCO, GEBHARD, Gustav; et al., 'Arbitrating in Uncertain Times – Institutional Responses to COVID-19', in Jörg Risse, Guenter Pickrahn, et al. (eds), SchiedsVZ | German Arbitration Journal, (© Kluwer Law International; Verlag C.H. Beck oHG 2020, Volume 18 Issue 3) p. 137

⁶¹ ROGERS, Catherine and BRODLIJA, Fahira; 'Chapter 3: Arbitrator Appointments in the Age of COVID-19', in Maxi Scherer, Niuscha Bassiri, et al. (eds), International Arbitration and the COVID-19 Revolution, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2020 p. 59

⁶² SAUNDERS, Matthew, 'Chapter 7: COVID-19 and the Embracing of Technology: A 'New Normal' for International Arbitration', in Axel Calissendorff and Patrik Schöldström (eds), Stockholm Arbitration Yearbook 2020, Stockholm Arbitration Yearbook Series, Volume 2 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2020) pp. 110.

established in the Protocol on Cybersecurity in International Arbitration.⁶³ Besides, the platform selected to hold the remote hearings must have a good security system.

VI] Conclusion

Due to the COVID-19 Pandemic all the industries had to adapt to the “new reality”; international arbitration was not the exception, and had to implement mechanisms such as remote hearings, to prevent the spread of the coronavirus disease. On this subject, in the majority of the cases in international arbitration remote hearings were the most suitable manner to proceed; nevertheless, each case must be analyzed separately to determine the best alternative. As it was established in the present article, the main aspects that must be considered to proceed with remote hearings are: arbitral tribunal’s power to direct remote hearings, parties’ equal treatment and right to be heard, cost-efficiency of the proceedings and the pros and cons presented by each particular case. Lastly, in the authors view, it must be pointed out that remote hearings are the present and the future of the manner in which hearings are conducted in international arbitration.

⁶³ ICCA-NYC Bar-CPR Protocol on Cybersecurity in International Arbitration (2020 Edition). Available at: https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/icca-nyc_bar-cpr_cybersecurity_protocol_for_international_arbitration_-_print_version.pdf

Lenguaje inclusivo en los Estatutos Sociales de la *Barra Mexicana, Colegio de Abogados*

HÉCTOR HERRERA ORDÓÑEZ¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *¿Qué es el lenguaje inclusivo?* III. *El lenguaje inclusivo y el Derecho*. IV. *Lenguaje inclusivo en las normas*. V. *Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas de enero de 2020*. VI. *La BMA y el lenguaje inclusivo*. VII. *Conclusiones*.

Resumen. En la Barra Mexicana, Colegio de Abogados no hay lugar para discriminación alguna, incluyendo la del lenguaje de sus Estatutos Sociales, cuya redacción ha sido desplazada parcialmente por los nuevos usos lingüísticos, lo cual resulta claro a la luz del el Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas de enero de 2020, y sobre todo por la realidad y el sentir a este respecto por parte de la abogacía de ese Colegio, que parece ser mayoritario. Este documento contiene razonamientos a favor de la reforma de los Estatutos Sociales de la citada Barra para contar con lenguaje inclusivo.

Palabras clave: Equidad de género, lenguaje inclusivo, no discriminación.

Abstract: *At the Mexican Bar Association there is no room for discrimination whatsoever, including that of the language in its bylaws, which drafting has been partially displaced by the new linguistic uses, which is clear in light of the Report of the Royal Spanish Academy on inclusive language and related issues of January 2020, and especially because of the reality and the feeling to this regard by the membership of that Bar Association, which seems to be the majority. This document contains reasoning in*

¹ Abogado postulante en materia ambiental egresado de la Escuela Libre de Derecho. Especialidad en Derecho Económico y Corporativo por la Universidad Panamericana y Doctor en Derecho por esa misma Universidad. Miembro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados y Expresidente de la misma. Socio de Herrera y Sato, S.C.

favor of the amendment to the bylaws of the aforementioned Bar Association to have inclusive language.

Keywords: *Gender equality, inclusive language, non-discrimination.*

I] Introducción

El propósito de este documento es expresar, de manera sintética, los razonamientos a favor de la reforma de los Estatutos Sociales de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados (en lo sucesivo *BMA*), propuesta por su Consejo Directivo, para contar con *lenguaje inclusivo*, particularmente para el cambio de la denominación social a: Barra Mexicana, Colegio de *la Abogacía*.

El Doctor Ignacio Álvarez Rodríguez² considera que los argumentos a favor y en contra del lenguaje inclusivo se dan en dos ámbitos, uno general y otro referido al Derecho,³ por ello, y en virtud de que esta opinión versa sobre una posible reforma a los Estatutos Sociales de la BMA, que constituyen el principal cuerpo de normas jurídicas internas de dicho Colegio, se aborda en este documento el tema del *lenguaje inclusivo* con una perspectiva preponderantemente jurídica, apoyada también por los más recientes razonamientos lingüísticos de la Real Academia de Española (en lo sucesivo *RAE*) a ese respecto, particularmente los contenidos en el *Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas* de enero de 2020,⁴ elaborado a solicitud de la Vicepresidenta del Gobierno Español sobre el buen uso del *lenguaje inclusivo* de la Constitución Española.⁵

² Doctor en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación. Universidad de Valladolid (Campus María Zambrano, Segovia), España.

³ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. Revista de Derecho y Cambio Social. *Lenguaje Inclusivo y Derecho*. Publicado el 1 de junio de 2018, España, p. 5. https://www.derechocambiosocial.com/revista053/LENGUAJE_INCLUSIVO_Y_DE_RECHO.pdf

⁴ Real Academia Española. *Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas*, enero 2020. https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf

⁵ Real Academia Española. Resumen de la intervención del director de la RAE en la rueda de prensa celebrada el día 20 de enero de 2020 para presentar el *Informe sobre el lenguaje inclusivo en la Constitución*, 20 de enero de 2021. <https://www.rae.es/noticia/resumen-de-la-intervencion-del-director-de-la-rae-en-la-rueda-de-prensa-celebrada-el-dia-20>

En México como en otros países hispanohablantes existe un debate sobre cómo hacer el lenguaje más inclusivo, sobre cómo expresarnos de forma tal que no se invisibilice a la mujer y, sobre todo, erradicar las manifestaciones más odiosas del sexismo en nuestro lenguaje,⁶ por ello, es de la mayor importancia considerar el tema del *lenguaje inclusivo* desde: (i) una perspectiva jurídica, particularmente en lo relativo al derecho humano a la igualdad y no discriminación; (ii) una perspectiva lingüística, especialmente la de instituciones especializadas tales como la RAE; y, (iii) una perspectiva política, particularmente en lo relativo a democracia y justicia.

En efecto, en materia de *lenguaje inclusivo* para textos jurídicos, la RAE recomienda conciliar los argumentos jurídicos, lingüísticos y políticos que se ponen en juego para dar una solución a la utilización del femenino junto al masculino.⁷ Dicha tarea no es sencilla, de hecho, la solución que se dé a este problema dependerá en buena medida del peso que, quienes elaboran y aprueban el texto jurídico, deseen otorgar a las consideraciones de las tres perspectivas referidas en el párrafo anterior.⁸

En el *Informe de la Real Academia Española sobre el uso del lenguaje inclusivo en la Constitución Española, elaborado a petición de la Vicepresidenta del Gobierno*, que es parte del *Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas* de enero de 2020, antes referido, la RAE hace las siguientes precisiones, entre otras:⁹

La Academia redacta sus recomendaciones tomando como referencia el uso mayoritario de la comunidad hispanohablante en todo el mundo. Entre las tareas de la Academia relativas al buen uso del español está la de recomendar y desestimar opciones existentes

⁶ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. Revista de Derecho y Cambio Social. *Lenguaje Inclusivo y Derecho*. Publicado el 1 de junio de 2018, España, Conclusiones, p. 17. https://www.derechoycambiosocial.com/revista053/LENGUAJE_INCLUSIVO_Y_DE RECHO.pdf

⁷ Real Academia Española. Resumen de la intervención del director de la RAE en la rueda de prensa celebrada el día 20 de enero de 2020 para presentar el *Informe sobre el lenguaje inclusivo en la Constitución*, 20 de enero de 2021, numeral 5.3 Orientaciones de una posible reforma de las expresiones referentes a cargos individuales. <https://www.rae.es/noticia/resumen-de-la-intervencion-del-director-de-la-rae-en-la-rueda-de-prensa-celebrada-el-dia-20>

⁸ Real Academia Española. *Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas*, enero 2020, inciso f), p. 16. https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf

⁹ *Ibidem* p. 5.

en virtud de su prestigio o su desprestigio entre los hablantes escolarizados. No está, en cambio, la de impulsar, dirigir o frenar cambios lingüísticos de cualquier naturaleza. Es oportuno recordar que los cambios gramaticales o léxicos que han triunfado en la historia de nuestra lengua no han sido dirigidos desde instancias superiores, sino que han surgido espontáneamente entre los hablantes. Son estos últimos los que promueven y adoptan innovaciones lingüísticas que solo algunas veces alcanzan el éxito y se generalizan. En estos procesos de innovación y cambio la Academia se limita a ser testigo del empleo colectivo mayoritariamente refrendado por los hablantes, así como a describir estos usos en sus publicaciones.

La Real Academia Española entiende que el texto constitucional ha de ser un modelo del uso común del español, y que ello ha de ser compatible con que se perciba en él su valor político como la más alta declaración de los derechos y deberes de todos los ciudadanos, sea cual sea su sexo, y especialmente como símbolo de su igualdad efectiva en todos los ámbitos de la sociedad.

No hay la menor duda de que, la precisión que hace la RAE en el párrafo anterior, resulta aplicable por analogía, a los Estatutos Sociales de la BMA, en tanto que es congruente con los principios de igualdad y no discriminación reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en lo sucesivo *Constitución*) como derechos fundamentales,¹⁰ y demás disposiciones aplicables. Consecuentemente, dichos estatutos en su lenguaje deben ser símbolo de igualdad entre todos los barristas, sea cual sea su sexo.

II] ¿Qué es el lenguaje inclusivo?

De conformidad con el *Informe sobre el lenguaje no sexista en el Parlamento Europeo*,¹¹ el lenguaje inclusivo puede definirse como aquél para evitar opciones léxicas que puedan interpretarse como sesgadas, discriminatorias o degradantes al implicar que uno

¹⁰ Ahora denominados *derechos humanos* en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹¹ Parlamento Europeo (2008); *Informe sobre lenguaje no sexista en el Parlamento Europeo*. Bruselas: Grupo de Alto Nivel sobre Igualdad de Género y Diversidad. Aprobado el 13 de febrero de 2008. http://www.fademur.es/_documentos/Informe-Eurocamara-Lenguaje-sexista.pdf

de los sexos es superior al otro, ya que en la mayoría de los contextos el sexo de las personas es, o debe ser, irrelevante.¹²

Dicha definición es congruente con los principios de igualdad y no discriminación reconocidos en nuestra Constitución.

III] El lenguaje inclusivo y El Derecho

Aunque las posturas indicadas en los siguientes dos numerales están referidas al lenguaje inclusivo y Derecho desde una perspectiva de la Constitución Española, considero que son aplicables por analogía a los Estatutos de la BMA en lo relativo al lenguaje inclusivo.

3.1 Posturas a favor

Existe apoyo de ciertos sectores doctrinales por hacer un lenguaje jurídico más inclusivo. Por ejemplo, ya en los años noventa del pasado siglo se expresaba que, la racionalidad comunicativa del lenguaje jurídico exige eliminar expresiones inapropiadas, entre ellas, *las discriminatorias*, y consecuentemente hay una *necesidad de purgar el léxico de una discriminación social, de la que no debe hacer eco la norma*.¹³

Estas posturas fundaron la propuesta de reforma a la Constitución Española en 2017.¹⁴ Son muchas las voces que desde el Derecho Constitucional defendieron la reforma de la Constitución Española, al menos en dos aspectos de la mayor importancia: *composición equilibrada de toda institución, y lenguaje no androcéntrico en su redacción y en su producción normativa*.¹⁵

¹² *Ibidem* p. 1.

¹³ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. Revista de Derecho y Cambio Social. *Lenguaje Inclusivo y Derecho*. Publicado el 1 de junio de 2018, España, p. 7. https://www.derechoycambiosocial.com/revista053/LENGUAJE_INCLUSIVO_Y_DE RECHO.pdf

¹⁴ Red Feminista de Derecho CONSTITUCIONAL (2017). *Posicionamiento de la Red Feminista de Derecho Constitucional ante le necesaria reforma de la Constitución*. 4 de diciembre de 2017. https://www.feministasconstitucional.org/wpcontent/uploads/2017/12/RFDC_posicionamiento_RefConst-4-diciembre-2017.pdf

¹⁵ TORRES DEL MORAL, Antonio; *Redacción de la Constitución en clave no masculina*, Revista de Derecho Político, No. 100, España, 2017 pp. 173 a 210. Gómez Fernández, I, *Una Constituyente feminista. ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?*, Madrid, 2017: Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad. Salazar Benítez, Octavio, *Género, poder y ciudadanía*, Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad, Extra 5, 2017, España

A fechas más recientes se ha sostenido que existe base jurídica suficiente en los países que integran la Unión Europea para construir un lenguaje jurídico igualitario.¹⁶ Aun así, quienes apoyan esta postura están conscientes de que *se trata de una tarea complicada por cuanto el lenguaje que compartimos ha sido construido históricamente sobre claves masculinas y su reformulación sobre claves igualitarias ofrece gran dificultad*,¹⁷ cuya dificultad no debe ser una excusa para no impulsar una reforma a los Estatutos Sociales de la BMA para contar con *lenguaje inclusivo*, particularmente la denominación social, por el simbolismo jurídico, político y social que ello implica. También porque creo que podría motivar a otros colegios de la abogacía en México para impulsar ese tipo de cambios a favor de la igualdad y no discriminación en el lenguaje de su normatividad interna.

3.2 Posturas en contra

Una postura en contra, apela al argumento histórico aportando un dato interesante:

*La preocupación por el uso exclusivo del masculino, data de los tiempos de la Antigua Roma, donde la Constitución dictada por Valentiniano III disponía que, en leyes, el vocablo empleado en género masculino singular comprendía también el femenino singular y ambos plurales.*¹⁸

De manera similar, la RAE ha sostenido durante muchos años que, el masculino genérico incluye al femenino, habiendo quienes sostienen que, por ello, esa regla es inamovible, lo cual es incorrecto ya que la misma RAE admite excepciones en su uso por

(Dedicado a: Revisar el pacto constituyente en perspectiva de género). Esquembre, María del Mar, *Las mujeres ante el cambio constitucional*, Algunos apuntes desde una perspectiva feminista para una *reforma constituyente* de la Constitución Española, Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad, Extra 5, España, 2017, pp. 75-92. *Cit per* Álvarez Rodríguez, Ignacio. Revista de Derecho y Cambio Social. Lenguaje Inclusivo y Derecho. Publicado el 1 de junio de 2018, España, p. 8. https://www.derechocambiosocial.com/revista053/LENGUAJE_INCLUSIVO_Y_DE_RECHO.pdf

¹⁶ Ídem.

¹⁷ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (2004). *La construcción del lenguaje europeo en la Unión Europea*. Revista de Derecho Político, No. 1, pp. 307 a 322. <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1/La%20construccion%20del%20lenguaje%20juridico%20en%20la%20UE.htm>

¹⁸ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. Revista de Derecho y Cambio Social. *Lenguaje Inclusivo y Derecho*. Publicado el 1 de junio de 2018, España, p. 8.

razones de *lenguaje inclusivo*, como se indica en el numeral 5 de este documento.

En mayo de 2021 se prohibió en Francia el *lenguaje inclusivo* en las escuelas en virtud de que el gobierno estima que *constituye un obstáculo para la lectura y la comprensión de la escritura*. Para los opositores es una aberración que pone en peligro las lenguas mientras que para sus partidarios es integrante de la construcción de un mundo más justo que ha sido regido durante siglos por el orden binario.¹⁹

Entiendo que esta oposición de Francia al *lenguaje inclusivo* es exclusivamente para efectos educativos en ese país, lo que no implica que Francia no esté de acuerdo en los principios de igualdad y discriminación, particularmente en el mundo jurídico, por ejemplo, no obstante la prohibición citada, el Ministerio de Educación de Francia respalda la feminización de algunas palabras, sobre todo las profesiones, siempre y cuando se respeten las reglas gramaticales y pide a los docentes *respetar la igualdad entre niñas y niños* a través de *la lucha contra las representaciones estereotipadas*.

IV] El lenguaje inclusivo en las normas

Hay normas jurídicas que, por un lado, e interpretadas teleológicamente, pueden servir de base para emplear lenguaje inclusivo, tales como las normas internacionales. Por otro lado, hay normas que impulsan y promueven la adopción de criterios inclusivos, tales como las normas nacionales.²⁰ Ambos tipos de normas se abordan en los siguientes dos rubros.

4.1 Normas Internacionales

En el ámbito de las Naciones Unidas, la principal norma contra la discriminación de la mujer es la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer* de 1979.²¹ Interpretada sistemática y teleológicamente, la base

¹⁹ El Mundo. *Francia prohíbe oficialmente el lenguaje inclusivo en la educación nacional*, 7 de mayo de 2021. <https://www.dw.com/es/francia-proh%C3%ADbe-oficialmente-el-lenguaje-inclusivo-en-la-educaci%C3%B3n-nacional/a-57467246>

²⁰ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. *Revista de Derecho y Cambio Social. Lenguaje Inclusivo y Derecho*. Publicado el 1 de junio de 2018, España, p. 9. https://www.derechoycambiosocial.com/revista053/LENGUAJE_INCLUSIVO_Y_DE_RECHO.pdf

²¹ ONU, *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. El 17 de julio de 1980, el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos, debidamente

para emplear lenguaje no sexista se desprende de dicha Convención, particularmente de su artículo 3 que es del tenor literal siguiente:²²

Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

En el mismo sentido la UNESCO ha resuelto lo siguiente:

La Resolución 14.1 aprobada por la Conferencia General de la UNESCO, en su 24ª reunión, apartado 1 del párrafo 2 (1987) invita al Director General, en el apartado 1) del párrafo 2):

*A adoptar, en la redacción de todos los documentos de trabajo de la Organización, una política encaminada a evitar, en la medida de lo posible, el empleo de términos que se refieren explícita o implícitamente a un solo sexo, salvo si se trata de medidas positivas en favor de la mujer.*²³

Por otra parte, la Resolución 109 aprobada por la Conferencia General de la UNESCO, en su 25ª reunión, párrafo 3 (1989) recomendó:

Continuar elaborando directrices sobre el empleo de un vocabulario que se refiera explícitamente a la mujer, y promover su utilización en los Estados Miembros; y velar por el respeto de

autorizado al efecto, firmó, *ad referendum* dicha Convención, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el día 18 de diciembre 1979. La citada Convención fue aprobada por la H. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el día 18 de diciembre de 1980, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1981. El Instrumento de Ratificación, fue firmado por el ejecutivo Federal el 2 marzo de 1981, y fue depositado ante la Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas el 23 de marzo del propio año. Fue promulgado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1985.

²² ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. Revista de Derecho y Cambio Social. *Lenguaje Inclusivo y Derecho*. Publicado el 1 de junio de 2018, España, p. 10. https://www.derechoycambiosocial.com/revista053/LENGUAJE_INCLUSIVO_Y_DE_RECHO.pdf

²³ Gobierno de España, Ministerio de Igualdad, Instituto de las Mujeres, Lenguaje no sexista. <https://www.inmujeres.gob.es/servRecursos/formacion/LenguajeNoSexista/Introduccion.htm>

esas directrices en todas las comunicaciones, publicaciones y documentos de la Organización.

4.2 Normas Nacionales

La Constitución Española al igual que nuestra Constitución, en sus orígenes no podían imponer el empleo del lenguaje inclusivo, en virtud de que son hijas de su tiempo, aunque la interpretación actualizada de algunos de sus preceptos puede servir para esos efectos.²⁴ A ese respecto, ambas constituciones protegen el principio de igualdad y de no discriminación, sobre todo en forma de derechos fundamentales, referidos en nuestra Constitución como *derechos humanos*.²⁵

V] Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas de enero de 2020

El *Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas de enero de 2020* se compone de tres partes:²⁶ (i) el *Informe de la Real Academia Española sobre el uso del lenguaje inclusivo en la Constitución española*; (ii) un documento titulado *Sobre sexismo lingüístico, femeninos de profesión y masculino genérico. Posición de la RAE*; y, (iii) dos anexos a este último documento que contienen, respectivamente, una muestra de las respuestas que el departamento @RAEinforma emite a diario a requerimiento de los hablantes sobre cuestiones de género y, por otro lado, una relación de enmiendas relacionadas con el lenguaje inclusivo incorporadas al Diccionario de la Lengua Española.²⁷

El *Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas de enero de 2020*, en relación con la

²⁴ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. Revista de Derecho y Cambio Social. *Lenguaje Inclusivo y Derecho*. Publicado el 1 de junio de 2018, España, p. 11. https://www.derechocambiosocial.com/revista053/LENGUAJE_INCLUSIVO_Y_DE RECHO.pdf

²⁵ Artículos 14 y 9.2 de la Constitución Española; 1º y 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁶ Real Academia Española. *Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas*. Numeral 1 de la Nota Introductoria, p. 2. https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf

²⁷ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. <https://dle.rae.es/>

posición de la RAE en materia de sexismo lingüístico y feminización del lenguaje, indica lo siguiente:²⁸

En el curso de la preparación del documento al que se acaba de hacer referencia, la Real Academia Española ha estimado la conveniencia de añadir otras consideraciones más generales sobre el sexismo lingüístico y la feminización del lenguaje, consideraciones que no tenían cabida en el informe relativo al uso del lenguaje inclusivo en la Carta Magna, dada la especialidad de su objeto. De lo que se trata es de poner en conocimiento de los hispanohablantes las posiciones que, desde hace tiempo, mantiene la RAE sobre esta cuestión, que se reflejan en las respuestas a las consultas lingüísticas que emite a diario y, muy especialmente, en las enmiendas y adiciones que se han introducido en el Diccionario de la lengua española. En este sentido, la Real Academia Española, de acuerdo con las corporaciones hermanas establecidas en todos los países hispanohablantes y que integran con ella la Asociación de 3 Academias de la Lengua Española, está realizando avances para dar la necesaria visibilidad a la mujer en la lengua y para adecuar el Diccionario a las realidades actuales, en la medida en que determinados usos lingüísticos se generalizan.

En el citado informe:²⁹

Se expone cómo desde hace algunos años la RAE está llevando a cabo la limpieza de las definiciones del Diccionario de las adherencias sexistas de discurso acumuladas a lo largo del tiempo debido a razones principalmente sociales y culturales. Esta depuración se realiza a través de distintos tipos de intervenciones como, entre otras, la sustitución de algunas definiciones, la eliminación de entradas, el cambio de la voz hombre por persona, la supresión de vocablos con especiales connotaciones negativas, la adición de marcas de uso aclaratorias (v.gr. 'U. como ofensivo o discriminatorio', 'poco usado', 'desusado', 'despectivo'), o la corrección de las entradas en femenino que tenían el significado de mujer de. Este documento explica asimismo la forma como se está resolviendo la hasta hace poco escasa presencia de términos femeninos dedicados a las profesiones, cargos y dignidades. Ni la lengua española ni la RAE se oponen a la creación de femeninos de profesión si están bien formados según el sistema de la lengua.

²⁸ Real Academia Española. *Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas*, enero 2020, numeral 3 de la Nota Introductoria, p.p. 2-3. https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf

²⁹ *Ibidem* p. 3.

Son muchos los que se han incorporado al Diccionario, como se advierte en el Anexo II de este dossier.

Congruente con lo referido en el párrafo anterior, el informe de referencia indica que, tradicionalmente los cargos se designaban en masculino, tales como Presidente, Defensor del Pueblo, Fiscal General, y aunque esos títulos, cargos o puestos pueden aplicarse a las mujeres usados en masculino o en femenino, se puede aludir expresamente en femenino a los cargos únicos o dignidades unipersonales (presidenta, defensora del pueblo, por ejemplo). Estas denominaciones no vienen impuestas ni por razones jurídicas ni lingüísticas sino por razones políticas o sociológicas en cuanto al alto valor simbólico y representativo que establecen de manera firme y categórica la absoluta igualdad de hombres y mujeres en el acceso a cualquier puesto de responsabilidad, e incluso enfatiza dicho compromiso, de la forma más visible que la sintaxis del texto permita.³⁰

En Europa, desde 1986 se ha venido trabajando en publicaciones instando a seguir pautas para evitar el lenguaje sexista, focalizado en contra del carácter discriminador del masculino genérico.³¹

A ese respecto, la RAE hace referencia en el informe en comento, a los siguientes argumentos sobre el lenguaje sexista:

Se considera que el uso inclusivo del masculino (tanto en singular como en plural) debe ser sustituido por otras expresiones genéricas (la ciudadanía, persona, ser humano...), por duplicaciones de género en las que la referencia a la mujer quede asegurada (los niños y las niñas), así como por medio de otros recursos gramaticales y léxicos. Basan sus propuestas en argumentos variados.

El masculino genérico es el ladrillo simbólico del patriarcado. El masculino genérico ha sido identificado con la supervivencia en el lenguaje del dominio del patriarcado y de una visión androcéntrica de la vida:

Si el significante del concepto genérico (MAESTRO, NIÑO) optó por la misma forma del masculino específico (maestro, niño) y no por la del femenino específico (maestra, niña), se debe al androcentrismo que impera también en la lengua. A través de su uso, el varón se erige en representante y dominador de la mujer.

³⁰ Real Academia Española. *Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas*, enero 2020, p. 16.
https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf

³¹ *Ibidem* p. 47.

El genérico es ante todo masculino. Por eso, aun en aquellos usos en los pudiera realizar una referencia común e indiferenciada a ambos sexos, la forma masculina provoca un rechazo subjetivo, connotaciones negativas en la mujer.

*El masculino genérico oculta a la mujer. El segundo argumento en contra del masculino genérico es de orden psicolingüístico. Se apoya en dos premisas (científicamente discutibles, pero publicitariamente acariciadoras), que se combinan con la fuerza argumentativa de un silogismo: i.- Premisa mayor: En la conciencia social no existe lo que no se nombra. ii.- Premisa menor: El masculino genérico no nombra a la mujer. iii.- Conclusión: El masculino genérico contribuye a ocultar a la mujer en la conciencia social.*³²

La posición oficial de la RAE sobre el sexismo lingüístico, femeninos de profesión y masculino genérico, de manera sintética es el siguiente:³²

La RAE está desarrollando trabajos en favor de una mayor feminización del lenguaje. Valora las críticas que viene recibiendo su utilización por considerarlo una simple supervivencia en el lenguaje del dominio del patriarcado y por constituir una visión androcéntrica de la vida. En este ámbito la RAE ha venido proponiendo alternativas al masculino genérico, como los desdoblamientos o duplicaciones de género, así como la posible sustitución de masculinos genéricos por epicenos³³ o por sustantivos colectivos o abstractos, tales como *abogacía*.³⁴

El Diccionario de la Lengua Española define *abogacía* de la siguiente manera:³⁵

³² Real Academia Española, Resumen de la intervención del director de la RAE en la rueda de prensa celebrada el día 20 de enero de 2020 para presentar el *Informe sobre el lenguaje inclusivo en la Constitución*, bajo el rubro: *Sobre sexismo lingüístico, femeninos de profesión y masculino genérico. Posición de la RAE*, 20 de enero de 2021. <https://www.rae.es/noticia/resumen-de-la-intervencion-del-director-de-la-rae-en-la-rueda-de-prensa-celebrada-el-dia-20>

³³ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. *Epiceno*: *adj. Gram. Dicho de un nombre animado: Que, con solo género gramatical, puede designar seres de uno y otro sexo; p. ej., bebé, lince, pantera, víctima*

³⁴ Real Academia Española. *Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas*, enero 2020, segunda parte: *Sobre sexismo lingüístico, femeninos de profesión y masculino genérico. Posición de la RAE*, 8.4 Sustitución de masculinos genéricos por colectivos o epicenos, p. 59. https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf

³⁵ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, edición del tricentenario, actualización 2020. <https://dle.rae.es/abogac%C3%ADa>

Del lat. mediev. advocatia, y este der. del lat. advocātus 'abogado'.

1. f. Profesión y ejercicio del abogado.
2. f. Conjunto de los abogados en ejercicio

Por todo lo anterior, es claro que la palabra *abogados*, en la denominación social de la BMA es un *masculino genérico*, es decir, un *sustantivo masculino* que, en la opinión de la FUNDÉU³⁶ *no solo se emplea para referirse a los individuos de ese sexo, sino también, en los contextos apropiados, para designar la clase que corresponde a todos los individuos de la especie sin distinción de sexos.*³⁷

En ese sentido, la palabra *abogados* en la denominación social de la BMA no es gramaticalmente incorrecta, sin embargo, puede considerarse como una continuación del lenguaje con una posición androcéntrica que invisibiliza a la mujer, no el sentido gramatical, pero sí en el sentido socio-político y jurídico actual, a la luz de los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación. Ante ese hecho, como antes se indicó, la RAE ha venido proponiendo *alternativas* al masculino *genérico*, como la posible sustitución de masculinos genéricos por epicenos o por sustantivos colectivos o abstractos, tales como *abogacía*.

En efecto, la palabra *abogacía* también es correcta gramaticalmente, conforme a su definición antes citada, por ello, la decisión del cambio corresponde a los integrantes de la BMA, toda vez que éstos, en su carácter de hispanohablantes pueden promover y adoptar innovaciones lingüísticas que la RAE reconoce. A este respecto el *Informe de la Real Academia Española sobre el*

³⁶ FUNDÉU [Fundación del Español Urgente -Fundéu RAE- es una institución sin ánimo de lucro que tiene como principal objetivo impulsar el buen uso del español en los medios de comunicación. Promovida por la Real Academia Española (RAE) y la Agencia EFE, se creó en el año 2005 fruto de un acuerdo entre EFE y el banco BBVA, con el asesoramiento de la Real Academia Española.]. <https://www.fundeu.es/Sobrefundebbva/quienes-somos/>

³⁷ FUNDÉU. De acuerdo con el precepto académico, «*los sustantivos masculinos no solo se emplean para referirse a los individuos de ese sexo, sino también, en los contextos apropiados, para designar la clase que corresponde a todos los individuos de la especie sin distinción de sexos*». Gramática, RAE, 2009. <https://www.fundeu.es/lenguaje-inclusivo/masculinogenerico.html>

lenguaje inclusivo y cuestiones conexas de enero de 2020, reconoce lo siguiente:³⁸

Entre las tareas de la Academia relativas al buen uso del español está la de recomendar y desestimar opciones existentes en virtud de su prestigio o su desprestigio entre los hablantes escolarizados. No está, en cambio, la de impulsar, dirigir o frenar cambios lingüísticos de cualquier naturaleza. Es oportuno recordar que los cambios gramaticales o léxicos que han triunfado en la historia de nuestra lengua no han sido dirigidos desde instancias superiores, sino que han surgido espontáneamente entre los hablantes. Son estos últimos los que promueven y adoptan innovaciones lingüísticas que solo algunas veces alcanzan el éxito y se generalizan. En estos procesos de innovación y cambio la Academia se limita a ser testigo del empleo colectivo mayoritariamente refrendado por los hablantes, así como a describir estos usos en sus publicaciones.

Dieciséis colegios de la abogacía española han seguido la opción de la RAE, para contar con lenguaje inclusivo, incluyendo la modificación de sus denominaciones sociales, cambiando la palabra *abogados* por *abogacía*.³⁹ Efectivamente, según el Consejo General de la Abogacía Española, varios Colegios han cambiado en los últimos tiempos sus denominaciones oficiales, pasando a llamarse *Colegios de la Abogacía* en lugar de *Colegios de Abogados*, de manera que se implante un lenguaje inclusivo e igualitario. Por el momento han realizado el cambio:⁴⁰ i.- Álava. ii.- Ilustre Colegio de la Abogacía de Albacete – Icalba. iii.- ICALI. iv.- Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona – ICAB. v.- Bizkaia. vi.- Figueres. vii.- Gijón. Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Girona. viii.- Lanzarote. ix.- Lleida. x.- Ourense. xi.- Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Reus. xii.- Il·lustre Col·legi d'Advocats de Tarragona.

³⁸ Real Academia Española. *Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas*, enero 2020, p. 4. https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf

³⁹ GONZÁLEZ DE ALEDO, Amanda. Diario de Sevilla. 22 de julio de 2019. *Iniciativa para poner un nombre igualitario al Colegio de Abogados*. https://www.diariodesevilla.es/juzgado_de_guardia/actualidad/Iniciativa-nombre-igualitario-Colegio-Abogados_0_1375062704.html CONFILEGAL. *Colegio de la Abogacía de Madrid*. 15 de enero de 2021. España. <https://confilegal.com/actualidad/colegio-de-la-abogacia-de-madrid/>

⁴⁰ Consejo General de la Abogacía Española, 6 de marzo de 2020. <https://www.facebook.com/ConsejoAbogacia.es/posts/3526723467398168>

xiii.- Tortosa. xiv.- Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Sabadell. xv.- CEAJ - Confederación Española de la Abogacía Joven.

De esos centenarios colegios de España, orgullosos de su historia, prestigio y nombre, destaco el Colegio de Barcelona, el segundo más grande de España, ahora denominado *Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona*.⁴¹

En 2019 el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid puso en marcha un plan⁴² de largo alcance que incluye medidas como la equiparación de los permisos de maternidad y paternidad y el uso de lenguaje inclusivo que se reflejará en una nueva denominación del Colegio (Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid).⁴³

VI | La BMA y el lenguaje inclusivo

El 9 de julio de 2020, la BMA y la Fundación Barra Mexicana, previas las correspondientes resoluciones de sus consejos directivos, suscribieron formalmente el compromiso de la iniciativa *He for She* de Naciones Unidas. Esto fue posible gracias al trabajo de barristas comprometidas, particularmente quienes durante el de periodo febrero 2019 a febrero 2021, trabajaron intensamente para lograrlo: Mayra Eternod, Ana María Kudisch, Adriana Hegewisch, Verónica Gómez, Ligia González y Sandra Pérez.

Los compromisos de esa iniciativa *He for She* asumidos por la BMA son los siguientes:

- i.- Modificar los 12 documentos normativos para que tengan lenguaje incluyente.*
- ii.- Reformar los Estatutos Sociales a fin de transparentar la forma y requisitos necesarios para ocupar puestos dentro del Consejo Directivo, de manera que las mujeres estén plenamente representadas.*
- iii.- Reformar el Reglamento de Comisiones de Estudio y Ejercicio Profesional para que el número de mujeres que ocupen las coordinaciones, subcoordinaciones y secretarías de las comisiones y comités sea igualitario.*
- iv.- Agregar un artículo al Reglamento de Comisiones para asegurar que en todas las ponencias y paneles en donde haya más de 2 ponentes, al menos una sea mujer.*
- v.- Creación de campañas para atraer a un mayor número de abogadas a la BMA.*
- vi.- Implementar una estrategia de comunicación para*

⁴¹ Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona. <https://www.icab.es/es/>

⁴² Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, *Plan de Igualdad de Género 2018-2022*. https://web.icam.es/bucket/DEFINITIVO_Plan%20de%20Igualdad%20de%20G%C3%A9nero%20del%20Ilustre%20Colegio%20de%20Abogados%20de%20Madrid%20Rev.pdf

⁴³ Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. 15 de febrero 2019. <https://web.icam.es/la-abogacia-madrilena-se-suma-al-reto-de-igualdad/>

promover la igualdad de género. vii.- Incluir dentro de los lineamientos para certificación de las y los barristas la asistencia de al menos a una sesión de la Comisión de Igualdad de Género. viii.- Reformar el código de ética incluyendo la obligación de las y los barristas de cumplir la normativa en todas las materias, prever sanciones ante cualquier forma de discriminación, violencia o acoso dentro del Colegio, así como un procedimiento eficaz para resolver los casos por la Junta de Honor. iv.- Lograr que los compromisos que asuma la Barra Mexicana Colegio de Abogados, sean replicados en la Fundación Barra Mexicana.

En cumplimiento de esos compromisos, los estatutos del Colegio fueron revisados por un grupo *ad hoc* a efecto de proponer una reforma para contar con *lenguaje inclusivo*.

Dicha propuesta de reforma estatutaria se deliberó y aprobó por el Consejo Directivo de la BMA en diciembre de 2020. A principios de 2021 dio inició la primera reunión del proceso de socialización de dicha propuesta con los Expresidentes de la BMA, con resultados muy alentadores en lo general, aunque con algunas diferencias respecto del posible cambio de la denominación de Barra Mexicana, Colegio de Abogados, a Barra Mexicana Colegio de la Abogacía.

En virtud de que el bienio febrero 2019-febrero 2021 estaba por concluir, los asistentes a la reunión referida en el párrafo anterior consideraron prudente que, el diálogo correspondiente con los Expresidentes y, en su oportunidad con la membresía, continuara con la nueva Presidencia y el nuevo Consejo Directivo (bienio febrero 2021-febrero 2023), de tal manera que, una vez suficientemente discutida la propuesta de reforma, se convocara a una asamblea extraordinaria para su deliberación y aprobación, en su caso.

A manera de ejemplo, se citan algunos de los cambios de la citada propuesta de reforma estatutaria: (i) el cambio de la denominación social, de *Barra Mexicana, Colegio de Abogados a Barra Mexicana, Colegio de la Abogacía*; (ii) se sustituye la expresión: *miembros del Consejo Directivo* por *quienes integren el Consejo Directivo*; (iii) se sustituye la expresión: *presidente* por *quien presida el Colegio*; (iv) se cambia la expresión: *se elegirá un primer vicepresidente* por *se elegirá a quien ocupe la primera vicepresidencia*; (v) se cambia la expresión: *las candidaturas para el cargo de primer vicepresidente* por *las candidaturas para la Vicepresidencia*; (vi) se cambió la expresión: *el primer vicepresidente suplirá al presidente en sus ausencias temporales*

por la primera vicepresidencia suplirá las ausencias de quien presida la Asociación; etc.

Es muy importante el involucramiento informado de los Expresidentes y de la membresía en ese proceso. La decisión sobre la reforma citada estatutariamente corresponde a la mayoría de los barristas que deliberarán y acordarán lo conducente en la correspondiente asamblea extraordinaria.

De hacerse este cambio, no seríamos los primeros, dieciséis colegios de la abogacía española han modificado sus denominaciones, cambiando la palabra *Abogados* por *Abogacía* como antes se indicó.⁴⁴

No sugiero hacer lo que hacen otros colegios solo por imitación. Lo hago porque tenemos las mismas razones de fondo, que corresponden esencialmente a: (i) los criterios jurídicos antes expresados, que corresponden actualmente a los regímenes democráticos que reconocen el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación; así como (ii) los criterios lingüísticos de la RAE más recientes al respecto antes referidos.

No hay lugar en la BMA para discriminación alguna, incluyendo la del lenguaje de nuestra normatividad, cuya redacción, en opinión un servidor, ha sido desplazada parcialmente por los nuevos usos lingüísticos, lo cual resulta claro a la luz del *Informe de la RAE sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas* antes citado y sobre todo por la realidad y el sentir a este respecto por parte de la *abogacía* de este Colegio, que me parece es mayoritario.

VII] Conclusiones

Por todo lo expuesto en este documento ratifico mi opinión y voto a favor de la reforma estatutaria a efecto de contar con un *lenguaje inclusivo* en los Estatutos Sociales de la BMA, en los términos propuestos por el Consejo Directivo,⁴⁵ particularmente para que la denominación del Colegio se modifique a Barra Mexicana, Colegio de la *Abogacía*.

⁴⁴ GONZÁLEZ DE ALEDO, Amanda. Diario de Sevilla. 22 de julio de 2019. *Iniciativa para poner un nombre igualitario al Colegio de Abogados*. https://www.diariodesevilla.es/juzgado_de_guardia/actualidad/Iniciativa-nombre-igualitario-Colegio-Abogados_0_1375062704.html CONFILEGAL. *Colegio de la Abogacía de Madrid*. 15 de enero de 2021. España. <https://confilegal.com/actualidad/colegio-de-la-abogacia-de-madrid/>

⁴⁵ En el entendido de que hay errores tipográficos y otros errores menores que requieren atención.

La última palabra respecto a esa posible reforma estatutaria es de los integrantes de la BMA, que expresarán lo conducente en la correspondiente asamblea extraordinaria.

De ser aprobada la citada propuesta de reforma estatutaria, la BMA tendría una razón más para celebrar uno de los pasos más importantes de su historia al adoptar un lenguaje inclusivo en sus Estatutos Sociales, particularmente el cambio de su denominación a Barra Mexicana, Colegio de la *Abogacía*, por su valor socio-político, humanista y jurídico, como la más alta declaración de los derechos y deberes de los integrantes de la abogacía de la BMA, sea cual sea su sexo, y especialmente como símbolo de su igualdad efectiva en este Colegio.

Referencias

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. Revista de Derecho y Cambio Social. *Lenguaje Inclusivo y Derecho*. Publicado el 1 de junio de 2018, España. https://www.derechocambiosocial.com/revista053/LENGUAJE_INCLUSIVO_Y_DERECHO.pdf

Artículos 14 y 9.2 de la Constitución Española; 1º y 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (2004). *La construcción del lenguaje europeo en la Unión Europea*. Revista de Derecho Político, No. 1, pp. 307 a 322.

<http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1/La%20construccion%20del%20lenguaje%20juridico%20en%20la%20UE.htm>

Consejo General de la Abogacía Española, 6 de marzo de 2020. <https://www.facebook.com/ConsejoAbogacia.es/posts/3526723467398168>

El Mundo. *Francia prohíbe oficialmente el lenguaje inclusivo en la educación nacional*, 7 de mayo de 2021. <https://www.dw.com/es/francia-proh%C3%ADbe-oficialmente-el-lenguaje-inclusivo-en-la-educaci%C3%B3n-nacional/a-57467246>

Gramática, RAE, 2009. <https://www.fundeu.es/lenguaje-inclusivo/masculinogenerico.html>

Gobierno de España, Ministerio de Igualdad, Instituto de las Mujeres, Lenguaje no sexista. <https://www.inmujeres.gob.es/servRecursos/formacion/LenguajeNoSexista/Introduccion.htm>

GONZÁLEZ DE ALEDO, Amanda. Diario de Sevilla. 22 de julio de 2019. *Iniciativa para poner un nombre igualitario al Colegio de Abogados*.

CONFILEGAL. *Colegio de la Abogacía de Madrid*. 15 de enero de 2021. España. <https://confilegal.com/actualidad/colegio-de-la-abogacia-de-madrid/>

Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, *Plan de Igualdad de Género 2018-2022*.

https://web.icam.es/bucket/DEFINITIVO_Plan%20de%20Igualdad%20de

%20G%C3%A9nero%20del%20Ilustre%20Colegio%20de%20Abogados
%20de%20Madrid%20Rev.pdf

Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. 15 de febrero 2019.
<https://web.icam.es/la-abogacia-madrilena-se-suma-al-reto-de-igualdad/>
Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona. <https://www.icab.es/es/>
Parlamento Europeo (2008); *Informe sobre lenguaje no sexista en el Parlamento Europeo*. Bruselas: Grupo de Alto Nivel sobre Igualdad de Género y Diversidad. Aprobado el 13 de febrero de 2008.
http://www.fademur.es/_documentos/Informe-Eurocamara-Lenguaje-sexista.pdf

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, edición del tricentenario, actualización 2020. <https://dle.rae.es/abogac%C3%ADa>
Real Academia Española, Resumen de la intervención del director de la RAE en la rueda de prensa celebrada el día 20 de enero de 2020 para presentar el *Informe sobre el lenguaje inclusivo en la Constitución*, bajo el rubro: *Sobre sexismo lingüístico, femeninos de profesión y masculino genérico. Posición de la RAE*, 20 de enero de 2021.
<https://www.rae.es/noticia/resumen-de-la-intervencion-del-director-de-la-rae-en-la-rueda-de-prensa-celebrada-el-dia-20>

Real Academia Española. *Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas*, enero 2020.
https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf

Red Feminista de Derecho CONSTITUCIONAL (2017). *Posicionamiento de la Red Feminista de Derecho Constitucional ante le necesaria reforma de la Constitución*. 4 de diciembre de 2017.
https://www.feministasconstitucional.org/wpcontent/uploads/2017/12/RDC_posicionamiento_RefConst-4-diciembre-2017.pdf

TORRES DEL MORAL, Antonio; *Redacción de la Constitución en clave no masculina*, Revista de Derecho Político, No. 100, España, 2017 pp. 173 a 210. Gómez Fernández, I., *Una Constituyente feminista. ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?*, Madrid, 2017: Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad. Salazar Benítez, Octavio, *Género, poder y ciudadanía*, Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad, Extra 5, 2017, España (Dedicado a: Revisar el pacto constituyente en perspectiva de género). Esquembre, María del Mar, *Las mujeres ante el cambio constitucional*, Algunos apuntes desde una perspectiva feminista para una reforma constituyente de la Constitución Española, Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad, Extra 5, España, 2017, pp. 75-92. Cit per Álvarez Rodríguez, Ignacio. Revista de Derecho y Cambio Social. Lenguaje Inclusivo y Derecho. Publicado el 1 de junio de 2018, España, p. 8.
https://www.derechoycambiosocial.com/revista053/LENGUAJE_INCLUSIVO_Y_DERECHO.pdf

La estructura económica distributista de la Sociedad Cooperativa en México

SEBASTIÁN IÑAKI LIZÁRRAGA GARCÍA
ALEJANDRO APARICIO MELÉNDEZ¹

“No confían en que el hombre corriente gobierne su casa, y menos aún quieren que gobierne el Estado. Están dispuestos a otorgarle el voto, porque hace tiempo que descubrieron que ese voto no le otorga ningún poder. No están dispuestos a darle una casa, ni una esposa, ni un perro, ni una vaca, ni un pedazo de tierra, porque esas cosas sí le otorgan poder.”

G.K. Chesterton²

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La economía distributista.* III. *La Sociedad Cooperativa en México.* IV. *La estructura distributista de la Sociedad Cooperativa.* V. *Presente y futuro de la Sociedad Cooperativa.* VI. *Conclusión.*

Resumen. Tanto el capitalismo como el socialismo concentran los medios de producción en pocas manos, sin permitirle a los trabajadores tener la calidad de propietarios. En cambio, la organización distributista democratiza la propiedad privada y busca que la tierra y el capital estén bien distribuidos entre el pueblo. La figura jurídica de la Sociedad Cooperativa en México tiene una estructura económica distributista, ya que descentraliza los medios de producción y suprime intermediarios

¹ Ambos autores son estudiantes de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara. Junto con Roberto Gómez Orea, fueron coautores del ensayo *Modelo Empresarial Distributista*, galardonado con el premio *La Economía de Francisco* organizado por la Unión Social de Empresarios de México, Capítulo Jalisco, y el Arzobispado de la Arquidiócesis de Guadalajara en 2021. De aquel trabajo se originan diversas reflexiones del presente artículo.

² CHESTERTON, Gilbert Keith, *Los límites de la cordura. El distributismo y la cuestión social*, trad. de María Raquel Bengolea, El Buey Mudo, Madrid, 2010, p. 227.

lucrativos en beneficio de los socios. Al generar mayor libertad económica, el sector cooperativista tiene potencial de mejorar las condiciones del país y sería conveniente impulsarlo como política de Estado.

Palabras clave: Sociedades Cooperativas, Derecho Societario, distributismo, economía, propiedad privada.

Abstract. *Both capitalism and socialism centralize the means of production in a few hands, preventing workers from being owners. In contrast, the distributist model democratizes private property and seeks a well distribution of land and capital among the people. Co-operatives have a distributist economic structure because they decentralize the means of production and remove profiting intermediaries to benefit all partners. The co-operative sector should be promoted as a public policy, given the economic freedom it generates.*

Keywords: *Co-operatives, corporate law, distributism, economy, private property.*

I] Introducción

José María Arizmendiarieta, sacerdote español y vasco, tecleaba en su máquina de escribir unas notas para una ponencia, que iniciaba: *La empresa capitalista, tal como está hoy concebida, es una institución social llamada a una urgente reforma*³ Dichas palabras no provenían de la mente de un activista fantasioso, ni tampoco de las clases de algún académico nublado entre teorías abstractas. Lo que propugnaba Arizmendiarieta era un mero reflejo de su labor diaria entre trabajadores, pues desde poco atrás, en los años cincuenta, había fundado Ulgor, lo que se convertiría en la Corporación Mondragón, En la actualidad el grupo cooperativo más grande en el mundo.

Mondragón ha sido un testimonio de que una corporación cooperativa—esto es, aquella empresa administrada democráticamente, en la que todos los trabajadores son dueños— puede ser sumamente exitosa. Ya no se trataba de ensayos o disertaciones, sino de una agrupación de sociedades en las que laboran miles de personas, amparadas por una estructura más justa

³ ARIZMENDIARRIETA, José María, Notas personales mecanografiadas de su ponencia *Concepto y Estructura de la Empresa*, disponibles en la biblioteca digital de Eusko Ikaskuntza, en el siguiente enlace: <https://www.eusko-ikaskuntza.eus/eu/dokumentu-fondoa/dokumentu-fondoak/do-17097/> [Consultado el 11 de diciembre de 2021].

y equitativa que aquella de las sociedades capitalistas. De ese modo, Arizmendiarieta bien pudo no haber dicho nada, pues sus acciones fueron más contundentes que cualquier discurso.

Este ensayo busca que el lector pueda conocer las ventajas patrimoniales de la cooperativa como estructura distributista, pero con el objetivo, no de que se quede en las aulas o revistas académicas, sino para exhortar su aplicación en la realidad jurídica y política. También poder conocer su historia, situación actual y propuestas para su aplicación a futuro. Es ver cómo las cooperativas pueden dar varias soluciones prácticas y concretas a teorías económicas decadentes.

Se ha decidido abordar el problema desde un enfoque multidisciplinario entre derecho y economía. No sería posible abordar esta temática desde una perspectiva puramente jurídica, ni tampoco desde una meramente económica; porque, como dijo Mantilla Molina sobre la Sociedad Cooperativa: *la sustancia económica está en ella inseparablemente unida a la forma jurídica.*⁴ La interrelación evidente entre las normas que la rigen y sus efectos en la distribución de los medios de producción conlleva a situarnos en la frontera de ambas ramas del conocimiento, unidas por la institución fundamental de la propiedad privada, la cual es a la vez titularidad jurídica y poder económico.

Así pues, el derecho societario orbita alrededor de una pregunta: ¿cómo hacer que nuestras relaciones económicas-comerciales en las empresas sean más justas? La Sociedad Cooperativa se encamina a ese fin. Su organización está enriquecida por un sano ideal de justicia social, que se aparta de la utopía socialista, acercándose mucho más a una comunidad práctica basada en la propiedad compartida y en la solidaridad mutua.

En el segundo capítulo se dará una breve sinopsis del distributismo, como una forma de organización económica alternativa al capitalismo o al socialismo. En el tercer apartado, se explorará a la Sociedad Cooperativa en un contexto mexicano. Posteriormente, en el cuarto capítulo, se demostrará la tesis principal de este trabajo: las Sociedades Cooperativas tienen una estructura económica distributista, ya que descentralizan la propiedad a través de la cooperación. Por último, en el quinto subtítulo, se invitará a que las cooperativas sean fomentadas en la

⁴ MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho mercantil*, 11ª ed., México, Porrúa, 1970, p. 295.

sociedad civil mexicana para una mejor distribución de la propiedad privada.

II] La economía distributista

En este apartado se ahondará en el distributismo, forma de organización económica que servirá para estudiar la estructura esencial de la cooperativa. La economía distributista busca ser una tercera vía ante los graves vicios tanto del capitalismo como del socialismo. Por lo que primeramente se le debe diferenciar de ambas.

Por una parte, el capitalismo puede definirse como *aquella organización económica dentro de la cual existe una clase de capitalistas, más o menos reconocible y relativamente poco numerosa, en poder de la cual se concentra el capital necesario para lograr que una mayoría de los ciudadanos sirva a esos capitalistas por un sueldo.*⁵ El capitalismo, si bien goza de libertad política y de la institución de la propiedad privada, tiende a reunir los medios de producción en las manos de pocos capitalistas, por lo que el contrato de trabajo asalariado es base indispensable para el funcionamiento del sistema.

Este es el grave problema del capitalismo. La concentración de los medios de producción en la propiedad de pocas personas genera varias deficiencias socioeconómicas. Entre ellas, se produce un desequilibrio entre los factores de producción, ya que los capitalistas son recompensados de manera desproporcionada respecto de sus trabajadores, lo cual es lógico al detentar los primeros la propiedad, el riesgo y el poder de negociación.⁶ Y también desemboca en una concentración del poder económico, lo cual lleva a una pérdida de libertad real de los trabajadores porque, como expresa Hilaire Belloc: *cuando los hombres se han convertido en esclavos de un salario, piensan en términos de*

⁵ CHESTERTON, *Op. Cit.*, p. 19.

⁶ Este desequilibrio entre los factores de producción y sus consecuencias negativas en la libertad de mercado han sido argumentados por John C. Médaille desde la perspectiva estadounidense: *In order for the economy to achieve equilibrium, both forms of labor—capital and actual labor—must get their proportionate share of the product. [...] Without distributive justice, one form of labor (usually capital) will be overcompensated and the other (actual labor) will be under-compensated. This creates an instant imbalance in the economy leading to an oversupply of capital and a shortage of aggregate demand. [...] Unless wages and profits are normalized with each other, the economy cannot be balanced, and the government must step in to prevent collapse.* Médaille, John C., *Toward a Truly Free Market. A Distributist Perspective on the Role of Government, Taxes, Health Care, Deficits and More*, Wilmington, Delaware, ISI Books, 2011, p. 69.

ingreso. Cuando son económicamente libres, piensan en términos de propiedad⁷.

Por otra parte, el socialismo es un sistema que hace a la unidad colectiva de la sociedad la responsable de todos sus procesos económicos, o de todos aquellos que afectan la vida o la subsistencia esencial.⁸ En su forma más ortodoxa, el socialismo aboga por la abolición de la propiedad privada, centralizando el dominio de los bienes necesarios para la producción en la autoridad colectiva. Tal como expresa el Manifiesto Comunista: *El proletariado hará uso del dominio público para despojar paulatinamente de capital a la burguesía, centralizando de esta manera todas las herramientas de producción en el poder del Estado, por tanto, en las manos del proletariado convertido en clase dominante*⁹ Por lo que con la solución socialista persisten los mismos problemas provenientes de la centralización capitalista, pues los trabajadores siguen sin gozar de control sobre los medios de su producción. G.K. Chesterton dice irónicamente de esto:

*Yo soy uno de los que creen que el remedio contra la centralización es la descentralización. Se ha dicho que es una paradoja. Aparentemente tiene algo de mágico y fantástico decir que cuando el capital ha llegado a estar en manos de pocos lo que corresponde es devolverlo a las manos de muchos. El socialista lo colocaría en manos de menos gente todavía; y estas personas serían los políticos, quienes, como sabemos, lo administran siempre en provecho de los muchos.*¹⁰

Ahora bien, el distributismo parte de una concepción teleológica de la economía para volver a lo más importante: el fin de la economía, que es el florecimiento de la naturaleza humana de cada persona dentro de una comunidad familiar y una comunidad política, donde se busca una correcta administración de los bienes en favor de un hogar y de un Estado. Si bien este desarrollo de la persona es su fin remoto, los fines próximos de la economía son representados de manera brillante y concisa en *Los Miserables*:

⁷ *When men have become wage slaves they think in terms of income. When they are economically free they think in terms of property.* Belloc, Hilaire, *An Essay on the Restoration of Property*, Norfolk, Virginia, IHS Press, 2002, p. 76. Traducción propia.

⁸ CHESTERTON, *Op. Cit.*, p. 21.

⁹ MARX, Karl y ENGELS, Friedrich, *Manifiesto comunista*, 3ª ed., trad. de Juan Pablo Morales A., México, Editorial Tomo, 2018, pp. 52-53.

¹⁰ CHESTERTON, *Op. Cit.*, p. 18.

Primer problema: producir riqueza.

Segundo problema: repartirla. (...)

Inglaterra resuelve el primero de los dos problemas. Crea admirablemente la riqueza, pero la reparte mal. Esta solución, que sólo está completa por uno de los dos lados, la conduce fatalmente a los siguientes extremos: opulencia monstruosa, miseria monstruosa. (...)

El comunismo y la ley agraria creen resolver el segundo problema. Se equivocan. Su reparto mata la producción. El reparto igualitario destruye la emulación. Y con ello el trabajo. Es el reparto hecho por el carnicero que mata lo que reparte. Por ello es imposible tomar en consideración estas pretendidas soluciones. Matar la riqueza no es repartirla.

Los dos problemas requieren ser resueltos conjuntamente para resolverse bien. Las dos soluciones deben combinarse para convertirse en una sola. (...)

Democratizar la propiedad, no aboliéndola, sino universalizándola, de manera que todo ciudadano sin excepción sea propietario, cosa más fácil de lo que se cree; en dos palabras, sabed producir la riqueza y sabed repartirla, y tendréis a la vez la grandeza material y la grandeza moral.¹¹

El capitalismo crea riqueza sin distribuirla, mientras que el socialismo intenta distribuirla, pero lo único que logra es dejar de crearla, asesinando la producción. Se requiere un sistema en el que la riqueza se produzca y esté bien distribuida. Pero cabe destacar que *los dos problemas requieren ser resueltos juntos para ser bien resueltos*. Esto quiere decir, que la solución no es combinar el socialismo y el capitalismo, que son dos métodos para dos problemas diferentes. Más bien, la estrategia efectiva es procurar un sistema distinto que resuelva los dos problemas, producción y distribución, a la vez.

¿Por qué no combinar socialismo y capitalismo? Porque al mezclarlos no se universaliza la propiedad, sino que sigue concentrada. El capitalismo concentra los medios de producción en las manos de pocos capitalistas y el socialismo los concentra en una administración estatal o comunal. G.K. Chesterton advertía así sobre la gran similitud, incluso complicidad, de ambos sistemas:

¹¹ HUGO, Victor, *Los Miserables*, trad. de Andrés Ruiz Merino y Elena Sandoval, Barcelona, Editorial Edhasa, 2013, pp. 694-695.

*Dos fuerzas o espíritus están ahora en la misma situación: en situación de incomodarse con cualquier división y por lo tanto con toda distribución. Creen en la unidad, en la unanimidad, en la armonía. Una de estas fuerzas es el socialismo de Estado; la otra, la gran empresa. Ya son un solo espíritu, pronto serán un solo cuerpo. Porque, puesto que no creen en la división, no pueden permanecer divididas; como creen sólo en la unión, se unirán también ellas.*¹²

Así pues, cualquier fusión de capitalismo y socialismo—como lo intentan la socialdemocracia o el Estado de Bienestar—seguirá siendo centralista. El distributismo es contrario a ambos, porque busca desconcentrar los medios de producción—la tierra y el capital—en muchísimos pequeños propietarios. Por eso también se le puede llamar *economía de propiedad*: busca que todas las personas sean propietarias de los medios con los que ellas trabajan, lo cual es necesario para su libertad y desarrollo.

Bien explicado esto, hay que dar una definición de distributismo. Sería torpe formular una nueva cuando ya existe una excelente que escribe Hilaire Belloc: *Es una sociedad en la cual la propiedad está bien distribuida y una proporción tan amplia de familias dentro del Estado SON DUEÑAS y por lo tanto controlan los medios de producción, que ello determina el carácter general de la sociedad; haciéndola no capitalista ni comunista, sino propietaria.*¹³

Ahora bien, el distributismo no funciona como una ideología que debe ser implantada, sino que defiende una serie de buenas prácticas sociales y económicas, que según las condiciones actuales e históricas, permite adaptarlo a cada cultura. Lo que busca es hacer una forma de organización económica según las particularidades de cómo cada comunidad entiende la propiedad. Se trata de buscar cómo todos los ciudadanos podemos a través de ciertas y concretas acciones distributistas ir consiguiendo una comunidad donde todos puedan detentar propiedad sobre los bienes con los que producen.

Por lo que la pregunta no va encaminada a cómo el Estado implantará el distributismo. Al contrario, uno de los pilares fundamentales del distributismo es el principio de subsidiariedad, que propugna que la organización social y económica debe hacerse

¹² CHESTERTON, *Op. Cit.*, p. 215.

¹³ *Is a society in which property is well distributed and so large a proportion of the families in the State severally OWN and therefore control the means of production as to determine the general tone of society; making it neither Capitalist nor Communist, but Proprietary.* Belloc, *Op. Cit.*, p. 29. Traducción propia.

de abajo hacia arriba, es decir, fundamentarse en las familias y comunidades más cercanas a la persona. Las organizaciones de nivel superior, como las dependencias estatales o las grandes empresas, solamente pueden justificar su existencia en cuanto ayudan y se sostienen de las familias y demás asociaciones locales o básicas.¹⁴ Esta noción se manifiesta en dos vertientes.¹⁵ La primera es una formulación negativa consistente en que *ninguna unidad más grande –ya sea social, económica o política– debe desempeñar una función que pueda ser desempeñada por una unidad más pequeña.*¹⁶ Y la segunda es una formulación positiva que afirma que la autoridad u organización superior debe prestar ayuda complementaria a la organización menor o subalterna con el fin de que esta última pueda realizar por sí misma las competencias que le son propias.¹⁷

En ese sentido, el distributismo entiende la economía no como un sistema para ser controlado por una autoridad central, ni como una selva en la que puede imperar arbitrariamente el más poderoso, sino que comprende la economía como una actividad humana en la que existen numerosos cuerpos sociales con distintas competencias y capacidades. De modo que el acercamiento distributista al fenómeno económico no puede ser unívoco, sino que debe ser modelado a escala y tamaño de cada actor económico. Así pues, nos referimos con *escalabilidad* al principio que permite adaptar el distributismo a casi cualquier persona, sea fabricante internacional o productor local. La *escalabilidad* propone que, contrario al capitalismo o el socialismo, no se requiere cambiar todo el sistema súbitamente para que funcione el distributismo. Una empresa de cualquier tamaño, una familia o aun una sola persona puede aplicarlo efectivamente en su área de

¹⁴ MÉDAILLE, *Op. Cit.*, pp. 160-161.

¹⁵ *Queda fijada una visión de la subsidiariedad que tiene una faz negativa y otra positiva. Por un lado, un principio de no-absorción de las sociedades menores por parte de las mayores, especialmente por el estado. Por otro, el principio de habilitación, que llama a que la ayuda entregada desde una sociedad a otra tenga siempre el propósito de fortalecerla.* Órtuzar Madrid, Pablo, *El principio de subsidiariedad, 4 claves para el debate*, Santiago de Chile, Instituto de Estudios para la Sociedad, 2015, p. 8.

¹⁶ TRABA-VILLAR, Ignacio, *Una nota bibliográfica: el distributismo, alternativa social y económica al capitalismo y al socialismo*, *Iberian Journal of the History of Economic Thought*, Madrid, vol. 7, núm. 2, 2020, pp. 179.

¹⁷ ATHIÉ, Rosario y ROS CODONER, Javier, *Subsidiariedad. Familia, comunidad y sociedad política*, Ciudad de México, Tirant Humanidades, 2019, p. 29.

competencia¹⁸, buscando descentralizar la propiedad, incluso en un ambiente capitalista.

El distributismo no es la solución perfecta ni la fórmula mágica que resolverá todos los problemas. Necesita labor artística humana y ser constantemente corregido, mejorado y ampliado, pero es preferible porque sienta las bases fundamentales para que la naturaleza humana pueda florecer en la economía: entiende la importancia de la dignidad humana, la justicia social como criterio de distribución de la utilidad, la regulación estatal y empresarial para proteger la libertad de los mercados, y de manera especial, la participación universal de la propiedad.

III | La Sociedad Cooperativa en México

El antecedente más importante acerca de las Sociedades Cooperativas es la *Rochdale Society of Equitable Pioneers*, una organización fundada en 1844 en Inglaterra. Esta sociedad nace en el contexto de una Revolución Industrial que había dado lugar a muchas dislocaciones sociales. Fue inicialmente formada por un grupo de obreros que no habían logrado desarrollarse en el incipiente capitalismo de la época, cuando no tenían beneficios sociales del Estado, ni siquiera gobernantes electos que los representaran. Lo único que les quedaba para sobrevivir era ayudarse mutuamente, basarse en la cooperación.¹⁹

La *Rochdale Society of Equitable Pioneers* empezó abriendo una tienda de productos alimenticios que usualmente no podían costear. Pero no sólo era una mera Sociedad Cooperativa de consumo, sino que era una organización multiusos: querían también acumular capital para ayudar a los miembros a costear viviendas o darles empleo.²⁰ La sociedad creció mucho, volviéndose un ejemplo local de éxito y en 1937 creó siete principios cooperativistas que han evolucionado constantemente hasta nuestros días y que han influenciado a numerosas Sociedades Cooperativas en el mundo.

Algunos de esos principios eran la membresía abierta, el control democrático de la sociedad, la restricción al interés sobre el capital aportado, la distribución de las utilidades en proporción

¹⁸ MÉDAILLE, *Op. Cit.*, p. 205.

¹⁹ FAIRBARN, Brett, *The Meaning of Rochdale: The Rochdale Pioneers and the Co-operative Principles*, Centre for the Study of Co-operatives, University of Saskatchewan, Saskatchewan, 1994, p. 2, <https://ageconsearch.umn.edu/record/31778/> [Consultado el 15 de diciembre de 2021].

²⁰ *Ibidem*, pp. 5-6.

a las transacciones de sus miembros, la neutralidad político-religiosa y la inversión en educación.²¹ Además, tenían una concepción federalista—similar al principio de subsidiariedad del distributismo—con la cual unían la eficiencia comercial y la autonomía local.²²

Como se puede ver, la Sociedad Cooperativa es una figura jurídica y social con una historia fascinante y de una importancia vital para combatir la pobreza y hacer accesible la propiedad de capitales. A pesar de que nació en Inglaterra, es natural que una iniciativa tan útil llegara, tarde o temprano, a la regulación mexicana. La cooperativa es una sociedad mercantil con muchas particularidades, principios y objetivos que no se dan en ningún otro tipo social. Nuestra legislación la define de manera excelente:

*Es una forma de organización social integrada por personas físicas con base en intereses comunes y en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer necesidades individuales y colectivas, a través de la realización de actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.*²³

Nótese que no se define en primer término a la Sociedad Cooperativa como una sociedad mercantil, a pesar de que tiene tal naturaleza jurídica.²⁴ El legislador prefirió definirla como *forma de organización social* y esa decisión es para celebrar, porque en la cooperativa, más que en cualquier otra sociedad mercantil, se manifiesta la necesidad natural de las personas de asociarse de manera organizada para desarrollarse económicamente.

Además, el legislador pone en el concepto legal algunos principios fundamentales del cooperativismo que se pueden rastrear desde los cooperativistas de Rochdale—como la solidaridad, el esfuerzo propio y la ayuda mutua—lo cual también refleja el espíritu de la cooperativa por ser una herramienta para el desarrollo social y no de mera especulación comercial.

Para complementar el concepto legal, es conveniente, siguiendo a Aristóteles describir la naturaleza de las Sociedades Cooperativas atendiendo su teoría de las cuatro causas²⁵. La causa

²¹ *Ibidem*, p. 25.

²² *Ibidem*, p. 15.

²³ Artículo 2 de la Ley General de Sociedades Cooperativas.

²⁴ La Sociedad Cooperativa es reconocida como Sociedad Mercantil en el artículo 1, fracción VI de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

²⁵ ARISTÓTELES, *Metafísica I*, 3, pp. 19-29; Tomás de Aquino, *ST I-II*, q. 72, art. 3 y III, q. 86, art. 6.

material de la cooperativa consiste en personas físicas asociadas entre sí. Su causa eficiente consiste en la cooperación voluntaria entre socios, que hace posible su existencia. Su causa formal es una organización comunitaria en la que todos los miembros detentan la propiedad, uniendo sus esfuerzos en un patrimonio social. Su causa final es el bien común, consistente en la satisfacción de las necesidades personales y colectivas de los socios, que es propiamente el florecimiento de las personas en cuanto a sus relaciones económicas.

Ahora bien, en México la Sociedad Cooperativa ha sufrido cambios históricos que muestran la relación tan estrecha que existe entre su regulación y la política económica. Comenzó a regularse en el Código de Comercio en 1889. Desde entonces, según Aguilar Molina, ha habido 3 estadios de la regulación de esta institución dentro de nuestro derecho, las cuales son la etapa liberal, la etapa socialista y la etapa neoliberal.

La etapa liberal, en la que se regula a la Sociedad Cooperativa como un tipo social fruto de la voluntad contractual, empieza con el Código de Comercio de 1889, pasa por la descodificación y su regulación en leyes especiales en 1927 y 1933 y termina en 1938. La etapa socialista comienza con la Ley General de Sociedades Cooperativas de 1938, en la cual se consideró a la cooperativa como una figura jurídica exclusiva para la clase trabajadora. Y la etapa neoliberal comienza con la ley que ahora está vigente, que data de 1994.²⁶

Como señala Aguilar Molina, la etapa socialista, implementada en la Ley General de Sociedades Cooperativas de 1938, es la más particular de todas, ya que:

A diferencia de lo que prescribe la ley actual, era necesario, de acuerdo con el discurso político de la época, que la sociedad quedara sometida a la constante intervención, así como la estrecha inspección y vigilancia de las autoridades, lo que impediría que se dieran desviaciones en la política social, que a final de cuentas resultó no ser otra cosa que el paternalismo del Estado, que en algunos casos impidió o por lo menos no facilitó el desarrollo del espíritu de la verdadera colaboración de los socios cooperativistas para la satisfacción de sus necesidades.²⁷

²⁶ AGUILAR MOLINA, Víctor Rafael, *La Sociedad Cooperativa moderna*, Revista Mexicana de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 2, México, 2001, p. 253.

²⁷ *Ibidem*, p. 254.

Si bien la ley de 1938 tenía fines sociales muy nobles, para que se conservara la misión de cooperación entre los trabajadores y no hubiera lucro desproporcionado, su tono fue demasiado rígido y autoritario. Entre algunas de sus disposiciones se encuentran la integración de las cooperativas por únicamente miembros de la clase trabajadora (art. 1, fr. I), la prohibición de desarrollar actividades sin antes ser aprobadas por la Secretaría de Economía Nacional (art. 8) y su vigilancia constante por esta misma dependencia (art. 82).

De esta manera, el socialismo influyó la legislación para que se intentara centralizar el poder, arruinando el objetivo inicial de la cooperativa de descentralizar el poder para que lo tengan los trabajadores o pequeños propietarios y no el gobierno. Estos vicios fueron solucionados con la ley de 1994, la cual representó un avance enorme.

La Ley General de Sociedades Cooperativas (LGSC) fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de agosto de 1994. Con ella, empieza una era de liberalización de la Sociedad Cooperativa y de la disminución de la intervención del Estado dentro de sus actividades. La vigilancia constante de la autoridad se hace presente únicamente en la cooperativa de ahorro y préstamo, con el objeto de asegurar la integridad de las finanzas y así evitar abusos dentro de la sociedad.

Las Sociedades Cooperativas pasan a ser personas morales con capacidad ilimitada, es decir, que no necesitan de un permiso de la Secretaría de Economía. Les permiten a las cooperativas de producción hacer actos de almacenaje, conservación, transporte y comercialización de productos que antes les estaban vedados por ser *finés lucrativos* en los que no había procesos de transformación.²⁸

En resumen, podemos decir que la nueva ley facilitó la vida a los cooperativistas, después de que el socialismo cardenista les impusiera hartas restricciones. Al menos en teoría, el socialismo nunca ha sido muy compatible con el cooperativismo.²⁹ Dice

²⁸ *Ibidem*, pp. 259-260.

²⁹ Si bien esta incompatibilidad es patente en la doctrina marxista más ortodoxa, en la actualidad existen movimientos de izquierda que han encontrado en las cooperativas poderosos instrumentos de cooperación comunitaria, que a la vez impulsan una romántica rebelión contra las estructuras capitalistas. Algunos ejemplos destacables son el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en Chiapas y el Movimiento de los Trabajadores Rurales Sin Tierra (MST) en Brasil. Véase: Suárez Carrera, Mario Alberto, *¿Autogestión dentro de la autonomía? La experiencia de la cooperativa de cafeticultores indígenas zapatistas Yochin Tayel Kinal, Entre Diversidades. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, Universidad

Mantilla Molina que los pensadores de izquierda repudian el cooperativismo, porque consideran que destruye la conciencia de clase y produce en ellos hábitos burgueses.³⁰

No obstante, y por fortuna, hoy la Sociedad Cooperativa es más libre, y eso es una gran ventaja para los cooperativistas, a los que ya no los obstaculiza el yugo de un intervencionismo económico exacerbado en sus actividades. Esta es una grán área de oportunidad, porque la cooperativa tiene una estructura que se distingue de todas las demás sociedades mercantiles, las cual desemboca en una reflexión importante sobre el distributismo a continuación.

IV. La estructura distributista de la Sociedad Cooperativa

Gran parte del sistema económico capitalista se organiza en la forma de las sociedades mercantiles. Los capitalistas son dueños de las sociedades mercantiles que detentan los medios de producción. A través de esas sociedades, se contrata a los trabajadores y se produce la riqueza. Esto no hace a las sociedades mercantiles intrínsecamente capitalistas, pero estas sociedades son compatibles con el capitalismo y forman una pieza de su estructura.³¹

La Sociedad Cooperativa sigue teniendo una naturaleza mercantil, pues tiene fines de especulación comercial, es decir, desarrolla actividades que le traen una utilidad a todos los socios asumiendo el riesgo del negocio. Sin embargo, tiene particularidades que la distinguen de las demás sociedades mercantiles, misma razón por la cual el legislador quiso brindarles una regulación especial y relacionada con el derecho social. Ahora

Autónoma de Chiapas, San Cristóbal de Las Casas, núm. 3, 2014, pp. 187-216; y Ortiz Pérez, Samuel, *Territorialidad cooperativa y campesina del Movimiento de los trabajadores rurales Sin Tierra (MST) de Brasil, Investigaciones Geográficas*, Universidad de Alicante, España, núm. 64, 2015, pp. 57-72.

³⁰ MANTILLA MOLINA, *Op. Cit.*, p. 288.

³¹ De acuerdo con Jacques Maritain, la estructura en la cual se sostiene el capitalismo, la cual incluye el contrato de sociedad mercantil y la retribución del capital arriesgado, no es intrínsecamente mala como aducía Marx. Más bien, el espíritu individualista de ambición excesiva por el lucro y la normalización de la usura, que se desbordan a través de dicha estructura, constituyen el verdadero problema ético, ya que instrumentalizan a la persona humana en vez de dignificarla. Maritain, Jacques, *Humanismo integral. Problemas temporales y espirituales de una nueva cristiandad*, trad. de Alfredo Mendizábal, Madrid, Palabra, 1999, pp. 151-153.

bien, ¿cuáles son las diferencias estructurales de la cooperativa respecto de las demás sociedades mercantiles?

La primera característica es que descentraliza la propiedad de los medios de producción. Esto no quiere decir que exista una división de la cosa común, al contrario, la propiedad de los medios de producción es detentada formalmente por la persona jurídica en la que se han asociado. No obstante, la descentralización se refiere a que, cuando la calidad de socio y, por ende, la *propiedad* sobre el capital social estaba en un grupo reducido de personas, en la cooperativa lo extiende a todos los participantes de la actividad económica objeto de la sociedad. Por tanto, si bien subsisten los problemas de agencia característicos de todos los tipos sociales, la cooperativa goza de una democratización de las decisiones del órgano supremo, la Asamblea General de Asociados, lo que distribuye el control entre todos los trabajadores o usuarios, de forma que idealmente todos tienen voz y voto en las determinaciones más relevantes³² que conciernen al *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius abutendi* del patrimonio común de la sociedad.

Una segunda diferencia de la cooperativa es que, en el modelo capitalista, el que produce la riqueza no tiene una relación patrimonial directa con esa riqueza, porque hay un intermediario que organiza los esfuerzos; mientras que la Sociedad Cooperativa prescinde del intermediario y lo suplanta por la cooperación mutua, que es la que organiza los esfuerzos. Por eso Mantilla Molina afirmaba de forma muy atinada que la función económica de la Sociedad Cooperativa es *suprimir el lucro del intermediario, en provecho de quienes trabajan en la empresa cooperativa, o de quienes de ella reciben servicios*.³³

La tercera y última diferencia de la cooperativa es que representa una cierta renuncia al individualismo moderno, porque la cooperación colectiva es el motor que posibilita las dos ventajas anteriores (descentralización de los medios de producción y la supresión del intermediario). Sólo un interés por el bienestar del otro, es decir, una convicción de los socios sobre la subordinación de sus intereses lucrativos personales al bien común, hace factible que se puedan hacer las mismas actividades de las sociedades capitalistas, pero con una estructura radicalmente distinta.

Y si bien esto no implica una igualación pareja de sus patrimonios, cosa que sería excesiva e injusta, sí requiere de una

³² Es decir, de las decisiones que establezcan los estatutos como competencia exclusiva de la Asamblea General de Asociados y de aquellas descritas en el numeral 36 de la Ley General de Sociedades Cooperativas.

³³ MANTILLA MOLINA, *Op. Cit.*, p. 288.

cierta equidad en las retribuciones, de modo que no haya diferencias desproporcionadas por retribuciones innecesariamente elevadas o bajas. Así se logra *que una cierta pobreza privada cree la abundancia común, la superabundancia, el lujo, la gloria para todos*.³⁴ Un magnífico ejemplo es la ya mencionada Cooperativa Mondragón, en la cual la remuneración del directivo mejor pagado no puede ser más de 6 veces superior a la más baja. Esto contrasta con las disparatadas diferencias de salarios que puede haber en otras grandes empresas, a veces ascendiendo a un múltiplo de 100.³⁵

Dicho lo anterior, a continuación se presenta un análisis de cómo cada una de las especies de Sociedad Cooperativa hacen lo siguiente: **(1)** distribuyen la propiedad de los medios de producción en aquellos que la trabajan o utilizan, **(2)** suprimen el lucro de un intermediario en beneficio de los socios y **(3)** lo logran a través de la cooperación colectiva. Este análisis se presentará desglosado para cada tipo de Sociedad Cooperativa previsto en la legislación mexicana: la cooperativa de productores, la de consumidores y la de ahorro y préstamo. El objetivo de este apartado es ahondar en la ventaja estructural de la Sociedad Cooperativa en contraste con los demás tipos sociales mercantiles.

Sociedad Cooperativa de Productores

Las Sociedades Cooperativas de productores son aquellas en las que los socios aportan su trabajo físico o intelectual para la producción de bienes y servicios³⁶, que les generan una utilidad. Esta ganancia es repartida entre los socios, dependiendo del trabajo que hayan prestado para la cooperativa, en los siguientes términos, según la LGSC:

ARTÍCULO 28. Los rendimientos anuales que reporten los balances de las Sociedades Cooperativas de productores, se repartirán de acuerdo con el trabajo aportado por cada socio durante el año, tomando en cuenta que el trabajo puede evaluarse a partir de los siguientes factores: calidad, tiempo, nivel técnico y escolar.

³⁴ MARITAIN, *Op. Cit.*, p. 238.

³⁵ AZUMENDI, Eduardo, *La cooperativa más grande del mundo demuestra su resistencia y fiabilidad*, *El Diario*, Madrid, 23 de junio de 2019. Consultado el 23 de enero de 2022 en el siguiente enlace: https://www.eldiario.es/euskadi/euskadi/pais-vasco-funciona-cooperativa-grande_1_1495462.html

³⁶ Artículo 27 de la Ley General de Sociedades Cooperativas.

Entonces, los socios de la cooperativa trabajan para producir y en función de la calidad, tiempo y nivel técnico o profesional de su labor, se les asigna una proporción de la utilidad. Esto es considerablemente distinto a un salario. Un empleado recibe un sueldo, pero no tiene poder de control sobre el fruto de su trabajo, entendido como los rendimientos generados por la empresa. Es decir, percibe un ingreso que no es proporcional a la ganancia producida por su trabajo, sino que es fijo o, en el mejor de los casos, atado a un indicador de resultados. Tal como afirma Belloc, en el modelo capitalista *el procedimiento por el cual se produce la riqueza sólo puede ser la aplicación del trabajo—cuya masa determinante ha de ser necesariamente proletaria—a la tierra y el capital, de tal modo que, de la riqueza total producida, el proletario que trabaja no recibe más que una parte.*³⁷

i.- En cambio, en la Sociedad Cooperativa de productores es el único tipo social mercantil que está en expresa y contundente rebelión a la relación de trabajo capitalista. El artículo 65 de la LGSC restringe a casos muy limitados aquellos en los cuales esta sociedad puede tener personal asalariado.³⁸ La regla general y preponderante es que todo trabajador tenga la calidad de socio con todos sus derechos, lo que incluye el reparto de rendimientos en la proporción descrita por el artículo 28, así como la participación en las Asambleas. Esto genera una descentralización de los medios de producción, ya que el poder de decisión sobre estos y las utilidades que producen se distribuyen entre todos los trabajadores.

ii.- Además, la cooperativa de productores suprime al intermediario capitalista. En otras palabras, en el capitalismo, *el productor directo* de la riqueza (el trabajador) es distinto *al dueño* de la riqueza (el capitalista). La Sociedad Cooperativa rompe esta lógica capitalista, ya que la estructura determinante y preponderante es que el *productor directo* de la riqueza sea

³⁷ BELLOC, Hilaire, *El Estado Servil*, trad. de Bruno Jacovella, Buenos Aires, La Espiga de Oro, 1945, p. 35.

³⁸ Artículo 65.- *Las Sociedades Cooperativas de productores podrán contar con personal asalariado, únicamente en los casos siguientes:*

I.- Cuando las circunstancias extraordinarias o imprevistas de la producción o los servicios lo exijan;

II.- Para la ejecución de obras determinadas;

III.- Para trabajos eventuales o por tiempo determinado o indeterminado, distintos a los requeridos por

el objeto social de la Sociedad Cooperativa;

IV.- Para la sustitución temporal de un socio hasta por seis meses en un año, y

V.- Por la necesidad de incorporar personal especializado altamente calificado. (...)

también *el dueño* de la riqueza. Por lo que la cooperativa incide en que los trabajadores tengan control sobre el fruto de su labor.

Esta es una estructura distinta, ya que el capitalista, que en las otras sociedades era el intermediario que le daba trabajo a la persona, ya no tiene el poder en la ecuación. Incluso si hubiera un inversionista que hiciera una gran aportación a la sociedad, él no tiene el poder, en virtud de que la administración es democrática³⁹. Además, se pueden limitar los intereses a las aportaciones de acuerdo con la fracción III del numeral 6 de la LGSC⁴⁰.

iii.- ¿Cómo es posible este cambio de estructura? A partir de la cooperación. Los trabajadores, en lugar de ser administrados por un tercero, quien les brinda trabajo y les paga, tienen su propia empresa. Esto implica riesgo y responsabilidades para todos los socios, que un trabajador no tendría comúnmente en una relación laboral. Pero la responsabilidad es el precio justo de ser propietario en vez de proletario.

Sociedad Cooperativa de Consumidores

Las Sociedades Cooperativas de consumidores son aquellas en las que los miembros se asocian para adquirir bienes o servicios para ellos, sus hogares o sus negocios.⁴¹

i.- En este tipo cooperativo también se pone de manifiesto la identificación con el propietario: los consumidores son dueños de su propia sociedad. Por tanto, al ser dueños de la organización social, les puede no sólo beneficiar con productos más baratos sino también ganar excedentes de la sociedad que se reparten en proporción a sus adquisiciones.⁴²

ii.- Además, en la sociedad de consumo es la que más se nota que su finalidad es suprimir a un intermediario en beneficio de los socios. Al unirse, los socios de la cooperativa pueden comprar los productos a precio de fábrica o de mayoreo. Así, adquieren bienes o servicios a un menor costo. Es evidente que aquí están reemplazando a las distribuidoras y supermercados, por lo que se ahorran pagar el precio más alto que cobran dichas empresas para tener utilidad.

³⁹ Tal como establecen los artículos 6 fracción II y 11 fracción I, de la LGSC.

⁴⁰ Artículo 6.- *Las Sociedades Cooperativas deberán observar en su funcionamiento los siguientes principios:*

(...)

III.- *Limitación de intereses a algunas aportaciones de los socios si así se pactara;*

⁴¹ Artículo 22 de la LGSC.

⁴² Artículo 24 de la LGSC.

Los supermercados y otros intermediarios comerciales se valen de la cantidad masiva de clientes que acuden a adquirir sus productos para conseguir costos más bajos y tener una utilidad mayor. La cooperativa de consumo se vale también de una multitud de consumidores, que decide consumir allí en lugar de en los supermercados tradicionales.

iii.- De esta forma se utiliza la cooperación entre muchos para traerles un beneficio común. La simplificación va conforme al principio de subsidiariedad. ¿Para qué tener grandes distribuidoras, si un grupo de compradores pueden hacer una propia y ahorrar dinero? Mientras más cercanas sean las células económicas a la gente, más poder tendrá ésta sobre aquéllas. Así sucede con las cooperativas de consumo: siempre serán más cercanas que una cadena multinacional de supermercados.

Sociedad Cooperativa de Ahorro y Préstamo

Las Sociedades Cooperativas de ahorro y préstamo son aquellas que realizan captación de recursos a través de depósitos de ahorro de dinero de sus Socios y dan préstamos en dinero a sus mismos Socios.⁴³ Coloquialmente son mejor conocidas como *cajas populares*, nombre que, por disposición de ley y para evitar fraudes, solamente pueden usar este tipo de cooperativas y está prohibido para cualquier otra empresa o establecimiento.⁴⁴

i.- En las cajas populares, los usuarios de un servicio financiero también se vuelven dueños del mismo. Todos los activos necesarios para la captación de recursos monetarios de los socios, así como para la colocación de los mismos a través del otorgamiento de préstamos, se vuelven propiedad de la empresa cooperativa, haciendo que los mismos usuarios sean los que controlan los medios de producción, en este caso, la producción de un servicio financiero.

ii.- La estructura diferente de la Sociedad Cooperativa también presupone sustituir a un intermediario, que son las instituciones bancarias, las cuales usualmente desarrollan esa actividad, pero de manera lucrativa. Esto queda aún más claro con la siguiente definición legal del artículo 2, fracción X, de la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo (LRASCAP), que establece que las cajas populares

⁴³ Artículo 33 de la LGSC. A pesar de no ser instituciones bancarias, la Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 103, fracción V, les permite a las cooperativas de ahorro y préstamo llevar a cabo operaciones de captación de recursos, con la salvedad que debe ser sólo respecto de sus socios.

⁴⁴ Artículo 33 Bis 2 de la LGSC y artículo 3 de la LRASCAP.

forman parte del sistema financiero mexicano con el carácter de integrantes del sector social sin ánimo especulativo y reconociendo que no son intermediarios financieros con fines de lucro.

Aquí podemos destacar como la ley reconoce que las cajas populares *no son intermediarios financieros con fines de lucro*. En este caso, las instituciones bancarias son los intermediarios lucrativos reemplazados por esta clase de cooperativas, ya que son intermediarias entre la captación de recursos del público y el préstamo de esos recursos al público. Sin embargo, dichas instituciones de crédito cobran intereses para ganar utilidad para los empresarios que las constituyen y que son dueñas de ella.

Contrario a los bancos, las cooperativas de ahorro y préstamo no hacen que lucre un tercero. En lugar de que los intereses beneficien a un intermediario, los intereses benefician a los usuarios mismos. Si un socio de la cooperativa pide un préstamo en ella, los intereses lo benefician a él mismo y a todos los demás usuarios que tengan cuentas de ahorro. Así, las utilidades se reparten entre los mismos usuarios.

iii.- Las cajas populares se ahorran los intereses cobrados por las instituciones de crédito, aprovechándose de la cooperación. Sólo es posible suplantar a los bancos a través de la asociación de un gran número de personas, para hacer factible la liquidez de la cual derivan las operaciones de crédito que realiza para con sus socios. El hecho de que todos ellos depositen sus ahorros, genera un patrimonio suficientemente grande como para cubrir los préstamos otorgados a ellos mismos más los gastos de operación provocados por su funcionamiento. De esta manera, la cooperación entre ellos les brinda ganancias económicas derivadas directamente de su propiedad del capital.

Subsidiariedad y escalabilidad

Las Sociedades Cooperativas promueven el principio de subsidiariedad. Suplantar intermediarios y desconcentrar de la propiedad implica reivindicar el poder de las familias y comunidades para controlar los espacios en los que laboran o participan económicamente. Además, las cooperativas tienen el potencial de devolver progresivamente a las organizaciones comunitarias (aquellas controladas directamente por las personas) las funciones que han sido centralizadas en ciclópeos y burocráticos órganos de Estado. Las cooperativas pueden constituir fondos sociales de reserva, de previsión social y de educación cooperativa. Un ejemplo es el fondo de previsión social, que es explicado de la siguiente manera por la LGSC:

ARTÍCULO 57. El Fondo de Previsión Social no podrá ser limitado; deberá destinarse a reservas para cubrir los riesgos y enfermedades profesionales y formar fondos de pensiones y haberes de retiro de socios, primas de antigüedad y para fines diversos que cubrirán: gastos médicos y de funeral, subsidios por incapacidad, becas educacionales para los socios o sus hijos, guarderías infantiles, actividades culturales y deportivas y otras prestaciones de previsión social de naturaleza análoga. Al inicio de cada ejercicio, la Asamblea General fijará las prioridades para la aplicación de este Fondo de conformidad con las perspectivas económicas de la Sociedad Cooperativa.

Las prestaciones derivadas del Fondo de Previsión Social, serán independientes de las prestaciones a que tengan derecho los socios por su afiliación a los sistemas de seguridad social.

Las Sociedades Cooperativas en general, deberán de afiliarse obligatoriamente a sus trabajadores, y socios que aporten su trabajo personal, a los sistemas de seguridad social, e instrumentar las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, así como de capacitación y adiestramiento, gozando del beneficio expresado en los artículos 116 y 179 de la Ley del Seguro Social.

De esta manera, las mismas cooperativas pueden tener sus propios fondos para desempeñar funciones, tales como la salud, la seguridad social o las pensiones, que usualmente pertenecen al gobierno federal, o a gigantescas corporaciones nacionales. Así, la gente puede controlar estos rubros de manera mucho más directa y democrática. No es viable suplantar los sistemas de seguridad y previsión social que tenemos actualmente de manera súbita, pero hacer políticas para que gradualmente puedan ser más locales es un objetivo loable. La manera en la que se agrupan las Sociedades Cooperativas también atiende a la subsidiariedad, al organizarse en federaciones, uniones o confederaciones⁴⁵, lo cual puede generar un apoyo mutuo y una subsidiariedad en funciones que no puedan desarrollar las cooperativas de manera solitaria.

Finalmente, las cooperativas también atienden a la *escalabilidad* del distributismo, pues no requieren que un grupo de personas haga una revolución o modifique la estructura total del Estado para implantar el distributismo en sus vidas. Basta la asociación a través de la cooperación mutua para practicarlo. Contrario al comunismo, que busca imponerse coactivamente para

⁴⁵ Ver el Título III, Capítulo I de la Ley General de Sociedades Cooperativas.

que todos sean comunistas, el distributismo no tiene esa intención.⁴⁶ Si bien, lo más deseable es que la organización distributista fuera la preponderante en un Estado, la empresa cooperativa puede subsistir y desarrollarse de forma independiente en un ambiente capitalista o socialista, mientras sobrevivan las más básicas libertades de asociación y de comercio.

V. Presente y futuro de las Sociedades Cooperativas

Las Sociedades Cooperativas necesitan un impulso civil y político, personas que estén dispuestas a llevar los principios cooperativistas a sus relaciones sociales y comerciales. De igual manera, es indispensable buscar que el Estado tenga una política económica seria de apoyo a las cooperativas, algo que actualmente no se da y que resulta del poco uso o conocimiento de este tipo de sociedades. Aún así, hay casos que representan el florecimiento de las cooperativas a pesar del poco apoyo estatal, y su repercusión en el nivel social de la población, el acceso a empleos y oportunidades.

Casos de éxito de una sociedad civil organizada: la justicia empieza de abajo

Después de revisar la historia de las cooperativas en México y cómo no se les daba un papel relevante dentro de la sociedad o de la planificación económica; a lo mucho eran utilizadas como pantalla de ser un Estado que vive la justicia social, pero que no le da un verdadero apoyo. Ahora es importante relatar algunos ejemplos de cooperativas que, a pesar del poco apoyo gubernamental y de las limitaciones legales que hubo en su momento, lograron marcar precedentes importantes en el desarrollo del cooperativismo en México.

1. *Compañía Manufacturera de Cemento Portland La Cruz Azul*: Conocida actualmente gracias al prestigio ganado por su equipo de fútbol en la liga mexicana, *La Cruz Azul* empezó como una sencilla empresa cementera asentada por dos hermanos ingleses en 1881⁴⁷, y tras una serie de infortunios acabó en manos de Fernando Pimentel y Fagoaga, quien logra salvarla de la quiebra en 1906, lo que la llevó a constituirse en 1909 como una Sociedad

⁴⁶ CHESTERTON, *Op. Cit.*, p. 67.

⁴⁷ RAMÍREZ GONZÁLEZ, Oswaldo, *¿Cuáles fueron los orígenes de la industria cementera La Cruz Azul?, Relatos e historias en México*, México, abril de 2018, número 116, disponible en el enlace siguiente: <https://relatosehistorias.mx/nuestras-historias/cuales-fueron-los-origenes-de-la-industria-cementera-la-cruz-azul> [Consultado el 6 de febrero de 2022].

Anónima. Tras la Revolución y la difícil situación económica del país los inversionistas fueron saliendo de esta empresa y el competidor más fuerte, cementera *La Tolteca*, intenta hacerse con las acciones de *La Cruz Azul* y eliminar a su competencia. Lo que terminó sucediendo es que fue expropiada y posteriormente comprada por los trabajadores y constituyéndose como una cooperativa con 192 socios.

Con el tiempo, esta cooperativa crecería a un nivel internacional, daría trabajo a una gran cantidad de obreros, abriría varias escuelas en Hidalgo, apoyaría al equipo de fútbol del mismo nombre y, más recientemente, promovería actividades relacionadas al cuidado del medio ambiente. Lo que resalta de *La Cruz Azul* es que las cooperativas pueden tener miras altas y amplias, pueden crecer hasta convertirse en una gran parte de la economía de un país y lograr todo esto a través del fomento de la participación de los trabajadores por medio de las cooperativas y de una buena distribución económica entre los mismos socios. De igual manera, el hecho tan importante de que hayan sido los mismos trabajadores que decidieron lanzarse a cuidar su fuente de trabajo, su medio de subsistencia, y hacerlo fructificar de una manera que no habían logrado los antiguos dueños meramente capitalistas.

2. *Caja Popular Mexicana*: La historia de las cajas populares en México se desarrollan a través de un proceso lento, pero perseverante, que orientaba sus esfuerzos en dar un apoyo financiero a aquellos que no podían acceder a préstamos formales de instituciones bancarias. Al mismo tiempo fomentaba una cultura de la buena administración para los socios de las cooperativas de ahorro y préstamo. Se constituye formalmente esta sociedad hasta 1995, con la unión de 61 cajas populares⁴⁸, bajo la figura de una cooperativa de ahorro y préstamo. A partir de entonces apoyaría a crear una red de cajas populares a lo largo del país que permitiera un acceso sencillo y cercano a personas interesadas en conseguir fondos para cumplir distintas metas en sus proyectos de vida.

Es admirable el apoyo que proporcionó a otras cooperativas como *Crescencio A. Cruz*, *Gerardo Green* y *Acremex*. El fomento del apoyo entre cooperativas para fortificarse entre ellas y demostrar el sentido cooperativo no sólo de manera interna entre sus socios, sino también de manera externa, buscando siempre el bien de la sociedad. Otro hecho relevante es que a pesar de que no tuvieran una figura jurídica propia ni una ley que las regulara

⁴⁸ Caja Popular Mexicana, *Conoce más sobre nuestra historia*, 2021, <https://www.cpm.coop/linea-de-tiempo> [Consultado el 6 de febrero de 2022].

lograron subsistir y crecer hasta poder conseguir la protección gubernamental a través de su constitución (1995) y de la Ley de Ahorro y Crédito Popular (2001).

3. *Sociedad Cooperativa Trabajadores de Pascual, S. C. L.*: Esta cooperativa comparte con *La Cruz Azul* un comienzo un tanto tortuoso, pero que representa la unión y solidaridad de los trabajadores en defensa de sus medios de producción. Inició en los años cuarenta produciendo jugos⁴⁹, y en poco tiempo ganaron bastante prestigio y permitieron a la fábrica alcanzar alrededor de 1200 empleados. La prosperidad de esta empresa duró hasta el año 1982 cuando el gobierno, ante la situación económica, decretó un aumento salarial de emergencia. La productora de jugos no cumplió con el aumento y derivó en una huelga que duró más de mil días. Hasta junio de 1985 los trabajadores consiguieron el laudo conciliatorio y, al poco tiempo de que la empresa se declarara en bancarota, ellos mismos adquirieron la empresa para trabajarla.⁵⁰

Actualmente la cooperativa Pascual sigue funcionando con una alta calidad de productos y continúa viviendo los principios cooperativistas que le permitieron salir adelante de la crisis que le dio origen.

Estos tres ejemplos demuestran cómo las cooperativas mexicanas llegaron tan lejos, a pesar de no estar incluidas en ningún plan relevante de crecimiento y apoyo a cooperativas. Lo que representan todas ellas es lo que logra la unión de la sociedad civil, de aquellos hombres y mujeres que realmente fueron capaces de pensar en alternativas y soluciones distintas para afrontar ya sea una crisis empresarial o el limitado acceso a préstamos. Las historias de estas sociedades muestran que las exigencias concretas de justicia nacen de abajo hacia arriba, de la población al gobierno. A continuación se expondrán ciertas propuestas desde la perspectiva de las políticas públicas, para apoyar al cooperativismo mexicano.

Iniciativas relevantes para el futuro de las cooperativas: el papel del Estado

El Estado como forma de organización jurídico-política permite el movimiento y la administración de grandes cantidades de recursos en todo el país. Si se pregunta por el papel del Estado

⁴⁹ Cooperativa Pascual, *Historia. La Cooperativa a través del tiempo*, <https://www.pascual.com.mx/historia/> [Consultado el 6 de febrero de 2022].

⁵⁰ PALACIOS PÉREZ, Gabriel, *La huelga refresquera que destapó una cooperativa*, Ciudad de México, La Coperacha, 16 de mayo de 2013, <https://lacoperacha.org.mx/huelga-refresquera-que-destapo-una-cooperativa/> [Consultado el 6 de febrero de 2022].

en el tema de las Sociedades Cooperativas y el distributismo es manifiesto que no se puede dejar de lado, justamente porque logra hacer que los esfuerzos que una sociedad civil tiene que acometer para alcanzar sus objetivos de justicia (como en los tres casos que ya se mencionó anteriormente) sean menos tortuosos. El mecanismo estatal llega a aligerar cargas y otorgar protecciones jurídicas para que las sociedades se desarrollen con mayor independencia y no tener que gastar sus recursos en luchar lo que el Estado puede y debe proporcionar.

Ha habido apoyos importantes (aunque pocos) a lo largo de la historia de México en el siglo XX, por ejemplo: el Banco Nacional de Fomento Cooperativo (BANFOCO) creado en 1941 y que duró hasta 1981; la Comisión Intersecretarial de Fomento Cooperativo fundada en 1978; el Plan Nacional para el Fomento Cooperativo 1980-1982, donde se habla claramente de una política social y explica cómo *el fin último de la política de desarrollo es el desarrollo social, entendido como un proceso de transformación de la riqueza nacional en un factor de justicia*.⁵¹ Se han tomado medidas en apoyo al cooperativismo, pero se necesita ver a las Sociedades Cooperativas como parte de la política pública del gobierno independientemente del partido o ideología en turno.

Es por esto que es necesario explicar dos iniciativas que se tienen actualmente para el apoyo de las Sociedades Cooperativas como parte de la política pública en materia de economía. Estas dos vías proponen a las cooperativas como un tema importante a tratar si se quiere resolver los cuestionamientos económicos que actualmente aquejan a nuestro país, y las proponen como soluciones reales, concretas y viables.

1. *Programa de Fomento a la Economía Social 2021-2024 del Instituto Nacional de la Economía Social*: En el Diario Oficial de la Federación se publicó el pasado 21 de diciembre de 2021 el *Programa de Fomento a la Economía Social 2021-2024*, como parte del Plan Nacional de Desarrollo 2019 a 2024, en este programa se mencionan muchas veces los principios de la economía distributista (conocida en México como cooperativismo), el fomento de la creación de Sociedades Cooperativas y el apoyo a lograr una economía social más justa. El gobierno se va dando cuenta de la importancia de apoyar a las cooperativas como medio viable de una economía que sepa responder a las necesidades reales y concretas de la ciudadanía. Los resultados de este programa no podemos evaluarlos hasta ver cómo se desarrollan las líneas de

⁵¹ Versión abreviada del Plan Global de Desarrollo de 1980-1982, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de abril de 1980.

acción que propone el gobierno en turno. Sin embargo, es una propuesta interesante que le da un mayor protagonismo a las cooperativas y que es importante estudiarla.

Uno de los puntos centrales de este programa es el fundamento. En una primera vista esto podría ser sin importancia: solamente revisar que estén facultadas las autoridades para hacer lo que dicen que pueden hacer; sin embargo, es importante fijarse que lo primero que cita es el artículo 25 de nuestra Constitución, en el cual se establece la obligación del Estado en apoyo a las cooperativas y otros sectores de la economía social⁵². Es un mandato imperativo constitucional que se deban destinar recursos y crear políticas sustentables que permitan el desarrollo de las cooperativas. Al igual que las cooperativas han luchado por su constitución y crecimiento jurídico, deben exigirle al Estado el ser consideradas una parte central del desarrollo económico del país, en defensa de sus derechos constitucionales.

Este programa hace un análisis de la historia de la economía social en México, poniendo como protagonista a las Sociedades Cooperativas, sobre todo de producción y las de ahorro y préstamos, reconociendo los pequeños avances que se han dado, pero también criticando la falta de reformas significativas. Por ejemplo, denuncia el hecho de que anteriormente las cooperativas estaban exentas del pago del ISR.

Lo importante de este programa es que las Sociedades Cooperativas son expresamente mencionadas para atender a los objetivos de desarrollo social. Sin ellas no sería posible la transmisión cultural y educativa de los principios de la economía social y debe reconocerse que han estado en la vanguardia del ahorro y del crédito accesible a la población con menos recursos. El siguiente punto importante son las acciones puntuales que establece el programa, de nuevo vemos el papel de las cooperativas como un eje central:

1. *Impulsar la renovación de la función pedagógica de las **cooperativas** escolares en la educación básica, para fortalecer los valores de la participación, la solidaridad, la democracia y la ayuda mutua*

⁵² Artículo 25. *La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.*

2. Promover la creación y desarrollo de **cooperativas** de consumo que se provean con organismos del sector social de la economía.
3. Impulsar la constitución de **cooperativas** de participación estatal para participar en la explotación de unidades productoras o de servicios públicos, dados en administración, o para financiar proyectos de desarrollo económico a niveles local, regional o nacional, previa adecuación del marco jurídico para viabilizar su creación.

En el tema de metas y parámetros se utiliza el conocimiento, la participación y el porcentaje de crecimiento en el ahorro de las Sociedades Cooperativas como medio para establecer qué tanto se han alcanzado los objetivos prioritarios. Con el tiempo, estos indicadores mostrarán si este programa realmente se estará cumpliendo por la administración pública, pues las ideas que contiene son valiosas, pero de nada servirán si se quedan en la mera letra de la planeación y no se implementan transversalmente.

El programa termina dramáticamente, haciendo mención de cómo alcanzaremos la sociedad justa con la que el pueblo mexicano siempre ha soñado, incluso hablan de cómo seremos *felices*. No es factible que la sola promoción de las Sociedades Cooperativas y el resto de acciones que proponen este programa vayan a llevarnos a ser una sociedad *feliz*, mas la correcta implementación del programa descrito puede arrancar un cambio cultural por el que las cooperativas sean vistas como una alternativa viable para una economía social más inclusiva y justa.

El programa se equivoca en que las acciones gubernamentales traigan como resultado la felicidad. Sin embargo, el cooperativismo contribuye a una sociedad más económicamente libre, que debe ser el fin del impulso político al cooperativismo. Debe procurarse que la economía social no sea mero eslogan electoral ni vana promesa de populistas. Se requiere una vivencia real de la propiedad cooperativa para que las personas gocen de auténtica libertad: aquella que da controlar los medios para la propia subsistencia. De este modo, como dijo don Agustín de Iturbide: *Ya sabéis el modo de ser libres; a vosotros toca señalar el de ser felices.*⁵³

2. *Iniciativa de ley para una nueva Ley General de Sociedades Cooperativas*: Esta iniciativa fue recientemente presentada, el pasado 30 de septiembre, en la Cámara de

⁵³ Discurso pronunciado por don Agustín de Iturbide y Arámburu, el 27 de septiembre de 1821. Citado en Zárate, Julio, *La Guerra de Independencia, México a través de los siglos*, tomo III, comp. Vicente Riva Palacio, México, Ballescá y Compañía, 1880, pp. 751-752.

Diputados por Luis Mendoza Acevedo, de la bancada del PAN. Es interesante que se vuelve a proponer la derogación de la ley de 1994 (que ya ha sido presentado con anterioridad, pero no se han llegado a cambios significativos) y que parte de la elaboración de este proyecto de ley incluye en sus antecedentes críticas a la falta de importancia que el Estado le ha dado a las políticas de economía social. Al tratar de la situación actual de las cooperativas en México menciona estas críticas:

1. *Ausencia de políticas públicas del estado para la promoción y fortalecimiento del cooperativismo nacional*
2. *Ineficiencia de las políticas públicas*
3. *Dispersión del movimiento nacional cooperativo*
4. *Falta de estadística y de registro del sector cooperativo*
5. *La simulación cooperativa*
6. *El modelo cooperativo distinto a la empresa mercantil*

Son los primeros dos puntos y el sexto los más relevantes, en específico en el sexto es necesario hacer una crítica de una concepción equivocada acerca de querer desnaturalizar a la cooperativa en cuanto a su estructura mercantil. Sobre los primeros dos puntos es esencial la reforma para que las cooperativas formen parte de la política pública de cualquier gobierno, que se refleje un verdadero interés por cumplir lo que manda el artículo 25 constitucional. Es así que la iniciativa propone incluir un Título especial (Título Quinto, en el Capítulo del Fomento Cooperativo) para el tipo de políticas públicas que debe implementar el Estado en apoyo a las cooperativas, y que incluye las siguientes:

1. *Políticas fiscales que den beneficio a estas sociedades.*
2. *Políticas financieras para apoyar a las sociedades de ahorro y crédito y que fomenten el comercio inter-cooperativo.*
3. *Difusión en los canales de comunicación nacionales.*
4. *El acceso a la seguridad social por parte de los socios de las cooperativas.*
5. *Políticas técnicas que permitan el acceso y el incentivo a nuevas tecnologías.*
6. *Políticas económicas que ayuden con subsidios y exenciones fiscales.*
7. *Protección de productos endógenos, especialmente de los artesanos.*
8. *Políticas de equidad, donde los socios puedan ser reconocidos con una igualdad sustantiva y no sólo formal.*

Se mencionan algunas otras políticas, lo trascendente es el hecho de que el papel que debe jugar el Estado debe estar

respaldado por una legislación acorde a los nuevos retos que se presentan a las cooperativas. Que sepan ponerse al día tanto por los factores externos del comercio, como la realidad jurídica interna del país. Que sean tomados en cuenta por el gobierno en una política pública realista y, sobre todo, en la difusión. La cuestión de la difusión de las cooperativas es de gran importancia para resaltar la relación entre un crecimiento económico social y la participación de las cooperativas en la economía de nuestro país. En este punto se unen esta iniciativa junto con el Programa.

Estas especificaciones en la nueva ley específicamente estable en el artículo 96, fracción IX lo siguiente: *Incorporación del sector cooperativo en la formulación del Plan Nacional de Desarrollo y a las instancias de participación y de representación social de las diferentes dependencias y organismos de la administración pública federal, estatal, municipal y de las Alcaldías de la Ciudad de México.* Es tomar a las Sociedades Cooperativas como parte del crecimiento económico de todos los niveles de gobierno, y que cada nuevo gobierno, sea de la ideología o del partido que sea, debe responder a ciertas directrices ya establecidas y darle continuidad a los planes concretos de fomento del cooperativismo en sus políticas públicas.

Por otro lado, la iniciativa de ley también argumenta que las cooperativas deben de ser separadas del derecho mercantil, ya que desde el punto de vista constitucional son parte del sector social de la economía.⁵⁴ Sin embargo, debe disentirse de aquella postura, ya que no hay problema en que una persona de derecho privado sea también tomada en cuenta como parte del sector social, máxime que la dicotomía entre derecho público y privado cada vez cae más en desuso.

Por otro lado, como mencionan la doctora Soyla H. León Tovar y el doctor Hugo González García, el carácter mercantil de la Sociedad Cooperativa se confirma con lo dispuesto en el art. 10 [de la LGSC] que establece a la LGSM como ley supletoria de las cooperativas; la obligada sujeción a los tribunales judiciales civiles (y mercantiles) para resolver cualquier conflicto que se suscite con motivo de la aplicación de la ley de Sociedades Cooperativas (art.

⁵⁴ De acuerdo con Martha Izquierdo: *existe una gran confusión respecto a su naturaleza jurídica pues si partimos de la idea de que las empresas cooperativas no son sociedades mercantiles, resulta un error agruparlas en ese rubro ya que deben reconocidas exclusivamente dentro del sector social de la economía como lo menciona el artículo 25 Constitucional desde 1983.* Izquierdo Muciño, Martha E., Problemas de las empresas cooperativas en México que atentan contra su naturaleza especial, *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, Bilbao, Núm. 43, diciembre de 2009, p. 108, <https://baidc.revistas.deusto.es/article/view/827>

9°, LGSC); la inscripción del acta constitutiva en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio (art. 13, LGSC), y la existencia de una empresa para la explotación de la actividad de producción, o la realización de actos de intermediación en el cambio.⁵⁵ Además, la libertad contractual de los socios de la cooperativa es una parte importante y fundamental que brinda el derecho privado. El derecho mercantil, a final de cuentas, también tiene una función social, y las cooperativas sólo tienen una naturaleza más específica de economía social, razón por la cual tienen una ley especial. Mientras dicha ley contemple las disposiciones y mecanismos para mantener la esencia del cooperativismo, no debe temerse al derecho mercantil.

3. *Programas de las entidades federativas y de la Ciudad de México*: La importancia de ordenar tanto a lo civil como al gobierno nos lleva también a mencionar nuevas iniciativas que se han implantado en Chihuahua, Jalisco y la Ciudad de México, poniendo estos tres ejemplos de políticas cooperativas que no vienen directamente mandadas por la federación y que demuestran la importancia de las entidades federativas para implementar la difusión y promoción de las cooperativas en México. A continuación se describen algunos programas gubernamentales que ponen de manifiesto la importancia de que el cooperativismo también sea considerado en las políticas públicas.

En el Estado de Chihuahua, en agosto de 2021, se dio apoyo para la creación de 108 Sociedades Cooperativas. En palabras del titular de Secretaría de Innovación y Desarrollo Económico, Antonio Eduardo Fernández Domínguez el objetivo principal del programa es que [...] *a través de la figura de las cooperativas lleguemos al desarrollo económico en regiones donde si bien hay actividades, lo que queremos es que se desarrolle con mayor formalidad, con mayor estructura.*⁵⁶

En febrero de 2021 se publicó una convocatoria para el Programa Estatal de Apoyo a Cooperativas de la Laguna de Cajititlán, en el estado de Jalisco, con el fin de reducir costos a los pescadores de esta laguna. El monto de apoyo para los pescadores asciende a 10,000,000 de pesos. Por el momento no ha salido la

⁵⁵ LEÓN TOVAR, Soyla H. y GONZÁLEZ GARCÍA, Hugo, *Sociedades mercantiles e introducción al derecho mercantil*, México, Oxford, 2015, p. 402.

⁵⁶ Gobierno del Estado de Chihuahua (página web oficial), *Apostó Estado por la economía social y apoyó a 108 Sociedades Cooperativas*, 11 de agosto 2021, disponible en el siguiente enlace: <http://www.chihuahua.gob.mx/contenidos/aposto-estado-por-la-economia-social-y-apoyo-108-sociedades-cooperativas> [Consultado el 6 de febrero de 2022].

convocatoria de este año, pero es sumamente deseable que se replique ese apoyo.⁵⁷

En la Ciudad de México se lanzó una convocatoria en enero de 2022 para organizaciones de 5 personas o más que quisieran constituirse como una Sociedad Cooperativa, este programa incluye asesoría y un apoyo económico de hasta 80,000 pesos. El objetivo del programa describe lo siguiente: *Contribuir a la generación y consolidación de fuentes de trabajo dignas entre las personas habitantes de la Ciudad de México, ofreciendo como alternativa de organización a las Sociedades Cooperativas.*⁵⁸

Ha de resaltarse cómo cada entidad decide la mejor manera de apoyar a las cooperativas según sus circunstancias y presupuesto; pero, así como debe ser una política pública nacional el que las cooperativas sean desarrolladas, también es importante que los estados y los municipios adquieran protagonismo en el movimiento cooperativo. Los programas que existen han beneficiado enormemente a la población correspondiente y es esperanzador notar cómo se ve a las cooperativas como una vía para fomentar el crecimiento de la economía social, pero hasta ahora el fomento recibido a nivel local ha sido poco y aislado.

¿Cuál es el futuro de las Sociedades Cooperativas en México?

Hay una frase de Chesterton que habla sobre lo que la gente espera del futuro: *La gente alaba el futuro porque está en blanco y sin rasgos distintivos; tienen miedo del pasado porque está lleno de cosas reales y vivas*⁵⁹ Es lo que sucede con el programa de economía social referido: la felicidad, la justicia, el bien, son batallas que requieren de un día a otro, de comenzar y recomenzar, de voltear al pasado y recordar las luchas que se

⁵⁷ Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural del Estado de Jalisco (página web oficial), *Programa de Apoyo a Cooperativas de la Laguna Cajititlán*, <https://programas.app.jalisco.gob.mx/programas/panel/programa/800> [Consultado el 6 de febrero de 2022].

⁵⁸ Dirección General de Economía Social y Solidaria de la Ciudad de México (página web oficial), https://trabajo.cdmx.gob.mx/programa_sociales_y_servicios/apoyo-para-el-desarrollo-de-sociedades-cooperativas-de-la-ciudad-de-mexico [Consultado el 6 de febrero de 2022].

⁵⁹ *People praise the future because it is blank and featureless; they are afraid of the past because it is full of real and living things.* Traducción propia. Chesterton, Gilbert Keith, *The Blunting of Our Sentiments, Collected Works. Volume XXXVI. The Illustrated London News 1932-1934*, San Francisco, California, Ignatius, 2011, pp. 389-393.

tuvieron que ganar y perder, los sacrificios de gente real que creyeron en una economía justa.

No es posible afirmar el futuro de las cooperativas o que las cooperativas traerán automáticamente un futuro mejor, pero al voltear hacia atrás es posible observar el bien que ya han conseguido hasta ahora. A pesar de no ser una parte central de las distintas políticas económicas que se han implementado en nuestro país, han logrado grandes avances en la economía social. Es así que los distintos ejemplos citados de la aplicación de las cooperativas muestran de manera clara y contundente su capacidad para hacer frente a los problemas sociales y económicos de las personas reales, y cómo con un buen apoyo estatal alcanzan un desarrollo pleno, que permite a la sociedad civil conocer un medio viable para acceder a la propiedad y a los medios para conseguirla.

VI] Conclusión

Tras haber revisado qué es el distributismo, la génesis y la naturaleza de las Sociedades Cooperativas, sus diferencias estructurales y la relación que guarda con el distributismo, y las diferentes posibilidades para mejorar las cooperativas, conviene atender a una objeción: aquella blandida por los que aducen que los objetivos del distributismo y la implementación de las Sociedades Cooperativas son metas ilusorias e idealistas, frente a la realidad de las políticas económicas capitalistas imperantes en nuestro sistema. En efecto, la experiencia nos muestra un mundo excesivamente centralizado y lucrativo, en el cual el distributismo parece una *causa perdida*. Puede ser que la tendencia individualista actual sea la antítesis del cooperativismo, y dé la impresión de que la Sociedad Cooperativa sea una *causa perdida*. No obstante, también es cierto que las cooperativas funcionan en la realidad más vívida y práctica de la sociedad mexicana, aunque sea una parte minoritaria.

En este artículo, se demostró que existen casos cooperativos triunfantes y que la Sociedad Cooperativa tiene una estructura que hace viable su implementación para atender al bien común, descentralizando los activos necesarios para la producción económica. Pero incluso si el lector creyera, aún con todo esto, que se trata de una utopía, han de citarse frente a esta objeción las palabras de Jorge Luis Borges: *los caballeros sólo defendemos*

*causas perdidas.*⁶⁰ Si el desarrollo de las cooperativas es una causa perdida, se necesitan caballeros dispuestos a luchar por ellas, personas como las que se han descrito y visualizado a lo largo de este artículo. Y por último, como dijo Chesterton: *Lo único perfectamente divino, el único atisbo del paraíso de Dios dado en la tierra, es pelear una batalla perdida y no perderla.*⁶¹

⁶⁰ Citado en LLANO CIFUENTES, Alejandro, *El diablo es conservador*, Istmo, México, 1° de septiembre de 1998, https://www.istmo.mx/1998/09/01/el_diablo_es_conservador/ [Consultado el 6 de febrero de 2022].

⁶¹ *The one perfectly divine thing, the one glimpse of God's paradise given on earth, is to fight a losing battle - and not lose it.* Traducción propia. Chesterton, Gilbert Keith, *Collected Works of G.K. Chesterton Volume XXI: Plays. Chesterton on Shaw*, San Francisco, California, Ignatius, 2011, p. 62.

Bibliografía:

AGUILAR MOLINA, Víctor Rafael, *La Sociedad Cooperativa moderna*, *Revista Mexicana de Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, núm. 2, México, 2001, pp. 253-267.

AQUINO, Tomás de, *Summa Teológica*, coord. por Hernán J. González, Argentina, 2012, versión en línea: <https://hjj.com.ar/sumat/index.html>

ARISTÓTELES, *Metafísica*, 2a. ed., trad. de Tomás Calvo Martínez, Madrid, Gredos, 1998.

ARIZMENDIARRIETA, José María, Notas personales mecanografiadas de su ponencia *Concepto y Estructura de la Empresa*, Biblioteca Digital de Eusko Ikaskuntza. <https://www.eusko-ikaskuntza.eus/eu/dokumentu-fondoa/dokumentu-fondoak/do-17097/>

ATHIÉ, Rosario y ROS CODOÑER, Javier, *Subsidiariedad. Familia, comunidad y sociedad política*, Ciudad de México, Tirant Humanidades, 2019.

AZUMENDI, Eduardo, *La cooperativa más grande del mundo demuestra su resistencia y fiabilidad*, *El Diario*, Madrid, 23 de junio de 2019. https://www.eldiario.es/euskadi/euskadi/pais-vasco-funciona-cooperativa-grande_1_1495462.html

BELLOC, Hilaire, *An Essay on the Restoration of Property*, Norfolk, Virginia, IHS Press, 2002.

—, *El Estado Servil*, trad. de Bruno Jacovella, Buenos Aires, La Espiga de Oro, 1945.

CHESTERTON, Gilbert Keith, *Los límites de la cordura. El distributismo y la cuestión social*, trad. de María Raquel Bengolea, Madrid, El Buey Mudo, 2010.

—, *Collected Works. Volume XXI: Plays. Chesterton on Shaw*, San Francisco, California, Ignatius Press, 2011.

—, *Collected Works. Volume XXXVI. The Illustrated London News 1932-1934*, San Francisco, California, Ignatius Press, 2011.

ENGELS, Friedrich y MARX, Karl, *Manifiesto comunista*, 3ª ed., trad. de Juan Pablo Morales A., México, Editorial Tomo, 2018.

FAIRBARN, Brett, *The Meaning of Rochdale: The Rochdale Pioneers and the Co-operative Principles*, Centre for the Study of Co-operatives, Saskatchewan, University of Saskatchewan, 1994. <https://ageconsearch.umn.edu/record/31778/>

GARCÍA RENDÓN, Manuel, *Sociedades Mercantiles*, 2ª ed., México, Oxford, 1993.

HUGO, Victor, *Los Miserables*, trad. de Andrés Ruiz Merino y Elena Sandoval, Barcelona, Editorial Edhasa, 2013.

IZQUIERDO MUCIÑO, Martha E., *Problemas de las empresas cooperativas en México que atentan contra su naturaleza especial*, *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, Bilbao, Núm. 43, diciembre de 2009, pp. 93-123. <https://baidc.revistas.deusto.es/article/view/827>

- LLANO CIFUENTES, Alejandro, *El diablo es conservador*, Istmo, México, 1° de septiembre de 1998, https://www.istmo.mx/1998/09/01/el_diablo_es_conservador/
- LEÓN TOVAR, Soyla H. y GONZÁLEZ GARCÍA, Hugo, *Sociedades mercantiles e introducción al derecho mercantil*, México, Oxford, 2015.
- MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho mercantil*, 11ª ed., México, Porrúa, 1970.
- MARITAIN, Jacques, *Humanismo integral. Problemas temporales y espirituales de una nueva cristiandad*, trad. de Alfredo Mendizábal, Madrid, Palabra, 1999.
- MÉDAILLE, John C., *Toward a Truly Free Market. A Distributist Perspective on the Role of Government, Taxes, Health Care, Deficits and More*, Wilmington, Delaware, ISI Books, 2010.
- ORTIZ PÉREZ, Samuel, *Territorialidad cooperativa y campesina del Movimiento de los trabajadores rurales Sin Tierra (MST) de Brasil*, *Investigaciones Geográficas*, Universidad de Alicante, España, núm. 64, 2015, pp. 57-72. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5284250>
- ÓRTUZAR MADRID, Pablo, *El principio de subsidiariedad, 4 claves para el debate*, Santiago de Chile, Instituto de Estudios para la Sociedad, 2015, <https://www.ieschile.cl/2016/03/subsidiariedad-2/>
- PALACIOS PÉREZ, Gabriel, *La huelga refresquera que destapó una cooperativa*, Ciudad de México, La Coperacha, 16 de mayo de 2013, <https://lacoperacha.org.mx/huelga-refresquera-que-destapo-una-cooperativa/>
- RAMÍREZ GONZÁLEZ, Oswaldo, *¿Cuáles fueron los orígenes de la industria cementera La Cruz Azul?*, *Relatos e historias en México*, México, abril de 2018, número 116, <https://relatosehistorias.mx/nuestras-historias/cuales-fueron-los-origenes-de-la-industria-cementera-la-cruz-azul>
- RIVA PALACIO, Vicente (comp.), *México a través de los siglos*, tomo III, México, Ballescá y Compañía, 1880.
- SUÁREZ CARRERA, Mario Alberto, *¿Autogestión dentro de la autonomía? La experiencia de la cooperativa de cafecultores indígenas zapatistas Yochin Tayel Kinal*, *EntreDiversidades. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, Universidad Autónoma de Chiapas, San Cristóbal de Las Casas, núm. 3, 2014, pp. 187-216. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=455944910007>
- TRABA-VILLAR, Ignacio, *Una nota bibliográfica: el distributismo, alternativa social y económica al capitalismo y al socialismo*, *Iberian Journal of the History of Economic Thought*, Madrid, vol. 7, núm. 2, 2020, pp. 171-182. <http://dx.doi.org/10.5209/ijhe.72213>

Legislación:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente.
- Ley de Instituciones de Crédito, vigente.
- Ley General de Sociedades Cooperativas del 15 de febrero de 1938, abrogada.

- Ley General de Sociedades Cooperativas del 3 de agosto de 1994, vigente.
- Ley General de Sociedades Mercantiles, vigente.
- Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, vigente.

El nombre como elemento esencial del derecho humano a la identidad

MARÍA ELENA MIRANDA DELGADO¹

SUMARIO: I. *El Nombre como signo de Individuación Social.* II. *Integración y Funciones del Nombre como signo relevante de la Individualidad.* III. *Nombre Personal y Personalidad Jurídica.* IV. *Protección del Nombre y la Identidad.*

Resumen. El presente artículo tiene como objeto el análisis del *nombre* como uno de los elementos esenciales de la identidad personal, busca particularmente entender cómo se integra el nombre, cuáles son las funciones que cumple, cuál es su naturaleza jurídica y de qué manera se encuentra protegido, para con estas reflexiones obtener una comprensión más clara del Derecho Humano a la Identidad.

Palabras clave: Nombre, identidad, personalidad, protección legal del nombre.

Abstract. *The purpose of this article is to analyze the name as one of the essential elements of personal identity, it seeks to understand how the name is integrated, what are the functions it fulfills, what is its legal nature and how it is protected. With these reflections we seek to obtain a clearer understanding of the Human Right to Identity.*

Keywords: Name, identity, personality, legal protection of the name.

I] El nombre como signo de individuación social

Inicia nuestro análisis del nombre como elemento esencial del Derecho Humano a la Identidad haciendo referencia a la relación que guardan los conceptos de persona, comunidad y Derecho.

La *naturaleza humana* nos orilla a la asociación, vivimos en comunidad porque ello posibilita la cooperación mutua y es el camino para que cada persona pueda realizarse y vivir una vida más plena. La

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

pacífica convivencia sólo es posible a través de la comunicación y de la creación de reglas generales que orienten las conductas particulares a objetivos comunes.

Aristóteles reconoció en el lenguaje la clara manifestación del ser social, es además el mecanismo por el cual se puede atribuir un nombre a los elementos que integran el mundo que nos rodea, lo que facilita la tarea de distinguir entre las cosas, los animales y por supuesto entre las personas. De la vida en sociedad surge la necesidad de establecer normas que coadyuven a coexistir en paz²: *El Derecho es el conjunto de normas que imponen deberes y normas que confieren facultades, que establecen las bases de convivencia social y cuyo fin es dotar a todos los miembros de la sociedad de los mínimos de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia.*³

Normas que son creadas en respuesta a las necesidades sociales de una época determinada⁴ porque la ley es reflejo de la historia, de los valores y de la cultura, es, sobre todo, espejo de la concepción filosófica que se tiene sobre el ser humano:

*El derecho surge en el umbral de la historia como una necesidad existencial del hombre, a fin de poder convivir pacíficamente con sus semejantes y realizar su personal proyecto de vida. [Es elaborado] bajo la inspiración, la orientación y el mandato de una cierta moral [...] pone de manifiesto la problemática de un pueblo, de una época; una especial manera de sentir y valorar. Conociendo el derecho podemos, por ello, penetrar en la manera de ser y actuar del pueblo.*⁵

En palabras de Bonnacase: *No puede concebirse una regla de derecho o una institución jurídica, sin sujeto de derecho...ser susceptible*

² *Por ser el derecho un fenómeno social la ciencia del derecho forma del grupo de ciencias que estudian a la sociedad desde distintos puntos de vista. [...] Toda norma es la expresión de un valor [...] La ciencia del derecho es una ciencia normativa [que estudia] el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico. Desde el punto de vista estático el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres.* KELSEN, Hans, *Teoría Pura del derecho*, 4ª Ed, Argentina, Eudeba, 2005, p. 31 y ss.

³ PÉREZ NIETO CASTRO, Leonel, *Introducción al estudio de Derecho*, 2ª Ed, Harla, México, 1992, p. 9.

⁴ *El Derecho es un sistema normativo de regulación de la conducta social, producido y garantizado coactivamente por el poder político de una autoridad soberana, que facilita y asegura la convivencia o cooperación social, y cuya validez (obligatoriedad) está condicionada por los valores jurídicos éticos de los cuales es generador y portador, respectivamente, en un momento y lugar histórico determinados.* ÁLVAREZ LEDEZMA, Mario I., *Introducción al derecho*, 1ª Ed, McGraw-Hill, México, 1995, p. 61.

⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho y persona*, 5ª ed, Astrea, Buenos Aires, 2015, p.10.

tanto de beneficiarse con sus disposiciones, como de sufrir eficazmente su coacción y de cumplir mandamientos. El sujeto de derecho se designa con el término técnico de persona.⁶

El individuo para ser reconocido como distinto de los demás miembros de un grupo debe primero ser *identificado*. Dado que la vida en común se sirve de la norma para guiar la convivencia resulta indispensable distinguir quiénes serán los responsables directos de ciertas conductas: *la sociedad humana no es concebible sin nombres personales, pues siendo un grupo organizado y dinámico, sus individuos deben cumplir tareas de cooperación y de interrelación que requieren inexcusablemente un orden mínimo que comienza por la individualización.*⁷ La distinción entre los integrantes de un grupo es imposible sin un signo diferenciador:

*Cuando el yo y el tu no bastan, cuando con ese hombre o con aquella mujer, o con el hijo mayor o el hijo menor se agota la posibilidad de individualizar al ser que se quiere mentar, se hace necesaria una voz inconfundible que evoque, sin error, la imagen de la persona mencionada, o produzca el eco apetecido en la persona llamada. [...] La voz genérica, el sustantivo común, abre paso al nombre propio que el sujeto siente como suyo, inseparablemente suyo, hasta identificarse con él.*⁸

La identificación es esencial a nivel colectivo, pero también lo es a nivel personal, porque tan básico es para el ser humano vivir en compañía, como le es exigir respeto a su *individualidad*, la *identidad se desarrolla a través de un proceso dinámico y complejo de autodefinition basado en dos mecanismos psicológicos básicos: la identificación con los otros y la diferenciación de uno mismo.*⁹

Ser reconocido como distinto e independiente del núcleo social al que se pertenece es el origen de la necesidad del nombre, como lo explica Pere Raluy: *El nombre es la rúbrica personal individualizadora del ser humano. Aún en las más primitivas sociedades, el hombre ha sentido la necesidad de un signo diferenciador, oral y - en los pueblos con*

⁶ BONNECASE, Julien, *Tratado Elemental del Derecho Civil*, Traducción y compilación: FIGUEROA ALFONZO, Enrique, *Colección Clásicos del Derecho*, Harla, México, 1993, p. 100.

⁷ PLINER, Adolfo, *El nombre de las personas. Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Derecho comparado*, 2ª Ed, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, p.49.

⁸ *Una vez señalado, 'aislado' del grupo, el individuo cobra vida propia, autónoma, y emprende la ruta de su realización personal. Ibídem p.1 y 50*

⁹ GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Derecho a la identidad y filiación: Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación fronteriza*, Dykson, S.L. Madrid, 2007, p. 32.

*lenguaje escrito - gráfico, para la distinción de unos seres humanos de otros; este signo, [...] constituye genéricamente, el nombre.*¹⁰

La sociedad nos provee de ese signo que nos permite destacar. El nombre transforma al ser humano en un individuo determinado personalizado de quien se puede predicar cualidades o a quien es posible imputar conductas, [...] designación individualizadora que [lo convierte en] sujeto de relevancia jurídica. Esta es la función primordial que corresponde al nombre de las personas.¹¹

En el Génesis encontramos ejemplos de esta necesidad de designar al cosmos:

Y llamó Dios a la luz Día, y a las tinieblas llamó Noche [...] Y llamó Dios a la expansión Cielos [...] Y llamó Dios a lo seco Tierra, y a la reunión de las aguas llamó Mares.¹² posteriormente, con la aparición de otros seres vivos, reitera la exigencia de asignarles un nombre: Dios formó, pues, de la tierra toda bestia del campo, y toda ave de los cielos, y las trajo a Adán para que viese cómo las había de llamar; y todo lo que Adán llamó a los animales vivientes, ese es su nombre. Y puso Adán nombre a toda bestia y ave de los cielos y a todo ganado del campo.¹³

En la narrativa bíblica el hombre primigenio recibe directamente del Creador la encomienda de imponer un nombre a todas las criaturas para poder distinguir a unas de las otras, Adán también da nombre a su compañera: *Y llamó Adán el nombre de su mujer, Eva, por cuanto ella era madre de todos los vivientes.*¹⁴

La antropología filosófica asegura que entre la persona y nombre existe una muy estrecha unión: *La noción de persona va ligada indisociablemente al nombre, que se adquiere o se recibe después del nacimiento de parte de una estirpe que junto con otras constituye una*

¹⁰ PERE RALUY, José, *Derecho del Registro Civil*, tomo I, Madrid, Aguilar, 1962, p. 14 citado por FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Las Leyes de Reforma a 150 años de su expedición*, Colección Facultad de Derecho de la UNAM, Biblioteca Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009, p.10, el texto vigente se puede consultar en la página: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4068/3.pdf>

¹¹ *Cuando la sociedad se torna más compleja y se organiza jurídicamente, el juego de las relaciones de derecho, las facultades, las obligaciones, las prohibiciones, las imputaciones, el ejercicio de los poderes y el establecimiento de toda clase de vínculos, serían imposibles si los titulares de derechos y los obligados no pudieran distinguirse por el signo de sus nombres.* PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 49.

¹² Biblia. Reina Valera 1960. Génesis. Capítulo 1. (1:1 - 1:10)

¹³ *Ibidem*. Capítulos 2 (2:19-2:20)

¹⁴ *Ibidem*. Capítulo 3 (3:20)

sociedad y en virtud de la cual [quien] lo recibe queda reconocido.¹⁵ La persona queda ligada al nombre y éste a su vez, se convierte en parte integral de su identidad. El nombre refleja esa doble dimensión, la de individualización, y la de reconocimiento de la personalidad:

El ser humano desde que nace hasta que muere tiende a identificarse como signo de distinción con otras personas, [...] Actualmente, ser identificado cobra mayor relevancia, en razón que hay mayor población; por tanto, la serie de relaciones públicas y privadas van en aumento, situación que genera un sin fin de actos jurídicos con sus respectivas consecuencias, mismas que pueden poner en riesgo la dignidad de la persona.¹⁶

Dentro del núcleo familiar la individuación es simple, basta con el uso de un primer nombre. Conforme crece el grupo al que se pertenece, mayor será la necesidad de que la designación sea precisa: *Identificar a una persona se logra con una serie de elementos que permiten diferenciarla de otra, en el plano normativo, esto se ha alcanzado estipulando por cada individuo un nombre; sin embargo, el nombre por sí solo es insuficiente ya que existen diversas personas con el mismo nombre, de allí que fue necesario complementarlo con el apellido paterno y materno.¹⁷* Ahí donde las homonimias sean comunes, se hará necesario recurrir al apellido: *El nombre de cada ser humano es fundamental para establecer su identidad.¹⁸*

Es la naturaleza social-racional del ser humano la que lo lleva a desarrollar su vida en compañía de otros y de ahí surge la necesidad de individualización a través del nombre. De modo que en un grupo social resulta imposible establecer la identidad sin conocer el nombre, siendo esta costumbre tan antigua como la humanidad misma: *La práctica de imponer el nombre a cada uno de los seres humanos [...] proviene de tiempo inmemorial, sin que se tenga noticia de que haya habido pueblo alguno en que no se haya atribuido nombre a sus miembros.¹⁹*

¹⁵ YEPES STORK, Ricardo, *Fundamentos de la antropología: un ideal de la excelencia humana*, Instituto de Ciencias para la Familia, Pamplona, 1996, p. 65.

¹⁶ RUBIO, Benjamín, *Derecho a la identidad. Un estudio sobre el registro de nacimiento de niños y niñas, hijos e hijas de extranjeros en situación irregular*. Serie 5, Monografías volumen 5, Instituto de la Judicatura Federal, México, 2019, p. 56 y ss.

¹⁷ *Ídem*.

¹⁸ TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Introducción al derecho civil*, México, McGraw-Hill, 2002, p.117, citado por FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *El registro del estado civil de las personas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, [s.a] p. 12, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3100/5.pdf>

¹⁹ *Ídem*.

Un breve recorrido de la evolución histórica del nombre dentro de las civilizaciones base de la herencia cultural occidental²⁰ nos muestra que en ellas se reguló al nombre de manera similar.²¹ En la Biblia sólo se indica el primer nombre y la referencia al padre señala la estirpe, no hay todavía indicio de apellido.²² Tapia Ramírez señala: *Entre los antiguos hebreos, el hijo recibía su nombre, por el que sería reconocido y llamado el resto de su vida, al octavo día de nacido, en la ceremonia de la circuncisión.*²³ Respecto a las homonimias aclara Pliner, que se salvan enunciando el nombre del padre con la expresa indicación de serlo²⁴ sin que se le atribuya carácter de designación patronímica porque no se integra de manera definitiva al nombre del hijo, ni se transmite a la siguiente generación.

La denominación en la antigua cultura griega sigue el mismo patrón de los pueblos de Oriente, sin embargo, la aplicación al nombre paterno de una peculiaridad abrió camino al primer intento

²⁰Berman en su libro *Law and Revolution, The formation of the Western Legal Tradition*, establece que el término Occidente tiene un significado que comprende una cultura y una civilización que derivaron del desarrollo histórico y estructurado del legado de antiguas civilizaciones, pero aclara que este legado *no debe ser confundido con los modelos de donde se inspiró*, ya que aun cuando Grecia, Roma e Israel constituyen los *ancestros espirituales de Occidente*, a lo largo del desarrollo histórico se adoptaron y adaptaron sólo partes de su cosmovisión. Lo que hoy conocemos como *Occidente* es en realidad el resultado de una *mezcla selectiva*, pues se adoptó una parte de la legislación romana, de Grecia su herencia filosófico-política y de Israel su legado espiritual. No obstante, todos estos aspectos fueron invariablemente transformados con el paso del tiempo y el propio desarrollo de las naciones que los adoptaron, de tal suerte que en la actualidad constituyen una parte de las leyes, la filosofía y la teología de una visión del mundo que llamamos *Cultura Occidental*. BERMAN, HAROLD, *Law and Revolution, The formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, London, 1983, p. 1-45

²¹ PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 1-40.

²² *Las Sagradas Escrituras son un interminable catálogo onomástico con precisas - y a menudo explicadas - significaciones [...] Adam significa tierra, y Eva (Hava) es vida. [...] El pueblo hebreo no conoció otros nombres que los individuales. La familia era designada con el nombre del jefe, y con un sentido de pertenencia identificado con la tradición patriarcal, de modo que la casa de Jacob su mujer, sus hijos, sus bienes, y también el acervo moral de su linaje. Pero ese nombre no se transmite ni se perpetúa. [...] se lo recordará como el fundador de una estirpe, pero su nombre no sirve para designar a sus descendientes [...] En La Biblia no existe asomo siquiera de forma alguna - ni embrionaria - de apellido.*

²³El destacado es nuestro. TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Introducción al derecho civil*, México, McGraw-Hill, 2002, p.117, citado por FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *El registro del estado civil de las personas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, p. 12, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3100/5.pdf>

²⁴ Se dirá por ejemplo *Baruj ben Itzjak*, Baruj, hijo de, Isaac. Si es una mujer, *Hadassa bass Itzjak*, Hadassa hija de Isaac. PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p.4.

de formar el patronímico: *Los griegos crean un palabra - la forma genitiva del nombre del padre - que se une al individual de la persona designada, sin la mediación de otra voz, y adquiere una apariencia de elemento integrante de ese nombre.*²⁵ Mantuvo el formato simple de nombre único de la época y el uso de una especie de patronímico a modo de *identificación de la persona con su progenitor*, que no cumplía la misión de perpetuar el linaje, ni era conservado como parte integrante del nombre para la siguiente generación. Es hasta Roma donde finalmente se crea todo un sistema onomástico.²⁶

El sistema romano de designación personal estaba compuesto por tres nombres:

i.- *Nomen*: el gentilicio es el nombre principal y era la forma oficial para llamar a la persona. Cumplía la función de apellido como lo conocemos, se usaba para distinguir a los miembros de la gens y se aplicaba sin distinción de género. *En las familias patricias el gentilicio originario se distingue por el final derivativo en ius: Fabius, Cornelius, Claudius, Emilius.*²⁷

ii.- *Cognomen*: es un tercer nombre que se agrega después del *nomen*. El uso de este patronímico se desarrolló tardíamente dentro del sistema onomástico romano y surgió de la necesidad de identificar a las distintas familias o estirpes dentro de una misma gens, cuando el *nomen* ya no fue suficiente, porque no daba indicios de la rama paterna a la que se pertenecía.²⁸

iii.- *Prenomen*: es el nombre propio de la persona, aquel por el que es conocida dentro de su casa. Tradicionalmente impuesto por el padre a su descendencia constituye el *elemento individual de la designación.*²⁹

Pliner menciona que la libertad para escoger el nombre propio o *prenomen* se amplió con la restauración de la democracia

²⁵ PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p.8.

²⁶ *Prescindiendo de los datos más antiguos, por inciertos, el sistema onomástico romano -ya estabilizado y maduro hacia el siglo III a.C.- se nos presenta con una simetría y una precisión admirables. Cada individuo lleva el nombre de la gens a la que pertenece, el nomen, y al designárselo con él se le da el sitio que le corresponde en la sociedad; para distinguirlo dentro del grupo gentilicio tiene su nombre personal, el prenomen. El crecimiento de la población de Roma hace de cada gens un mundo complejo de familias y ramas que solo tienen de común el tronco originario, y torna indispensable identificar a las distintas estirpes dentro de la populosa gens. Appio Claudio Pulcher, Cayo Claudio Nerón, Mario Claudio Marcelo, son los tres, miembros de la gens Claudia, pero de distintas familias dentro de ella. Ibidem. p. 9 y ss.*

²⁷ PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 9 y ss.

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

y la influencia griega. Un limitado catálogo de nombres y la repetición complicaban la tarea de identificación en las familias, indicativo del *elitismo* prevaleciente entre la sociedad romana.

Para lograr la distinción a través del nombre, aún en sociedades primitivas se hizo uso de diversas técnicas tales como relacionarlo parcialmente con los progenitores o estar *vinculado en ocasiones a determinadas divinidades o a atributos de las mismas, o a cualidades humanas, o a seres diversos de la creación, ya compuesto de un solo vocablo, ya de varios*.³⁰

Cuando la confusión se convierte en ordinaria porque la simple mención de un nombre trae a la mente a varias personas (homonimia) se hace necesario recurrir a otros mecanismos que ayuden a precisar de quién se trata, entre ellos los más comunes son: i.- Identificación del padre (hijo de...). ii.- Utilizar la numeración o cualquier referencia a un orden para distinguir de qué generación se trata (Carlos III; John *senior* o *junior*). iii.- El uso de apelativos en referencia a diversas características físicas, a un oficio, o a su lugar de origen.³¹

En general los *motes* o *apodos*³² no formaban parte del nombre, eran considerados agregados *personalísimos*, lo que implica que normalmente se extinguen con la muerte de la persona. No obstante, a consecuencia de su continua repetición muchos de estos apelativos fueron incorporándose al nombre del sujeto o de la familia hasta convertirse en adiciones permanentes.³³

En varios países europeos la referencia al nombre del padre, como sello distintivo, se fue transformando en una manera de

³⁰PERE RALUY, José, *Derecho del Registro Civil, tomo I*, Madrid, Aguilar, 1962, p. 14 citado por FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Op. Cit.*, p.13.

³¹ *Otra de las formas para configurar los apelativos, fue la de que hicieran referencia a una característica física: Calvo, Chaparro, Moreno, Delgado, Gordillo; o peculiaridad moral: Bueno, Valiente, Manso; o aludían a oficio o profesión: Herrero, Carretero; o bien, indicaban su lugar de origen: Valencia, del Río, del Valle; Navarro.* GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil*, 10a edición, México, Porrúa, 1990, p.345, citado por FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Op. Cit.*, p.8.

³² *Nace así el sobrenombre o simple apodo, forma de adjetivación, de carácter accidental, que no integra la designación del sujeto, pero que sirve para completar su individualización. La viva imaginación de la gente se encarga de crear esos motes, y su utilidad los convierte en permanentes. Se los tomará de una cualidad o vicio físico o moral del designado, o del lugar en que vive, o de su origen o de su oficio, o de sus aptitudes o aficiones.* PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 19 y ss.

³³ Nos comenta el autor que motes como *el Zurdo, el Flaco*, o expresiones indicativas de origen tales como Gallego, Sevillano, o lugares de residencia o vecindad como *el de Molino*, *el del Puente* incluso oficios familiares como Zapatero, Herrero, etc. que se mantienen por generaciones hasta convertirse en apellidos fijos. *Ibidem.* p. 19 y ss.

reconocer a todo el núcleo familiar, es decir se volvió una parte integral y estable, un verdadero nombre de familia que al ser transmitiendo de generación en generación fue identificado como apellido.³⁴ Cierra el apartado histórico estableciendo que a pesar de la evidencia de que el uso del nombre es *tan antiguo como el lenguaje mismo o la civilización* la reglamentación en normas jurídicas es más bien un fenómeno contemporáneo, que surge de la necesidad de resolver problemas *relacionados con la posición del individuo frente al Estado*.

Durante la Edad Media la Iglesia se encargaba de llevar el registro parroquial de los bautismos, matrimonios y defunciones. Según el multicitado autor, en los diferentes ordenamientos europeos de la época, nada se dice sobre el *Derecho al nombre* o su protección. Es hasta el siglo XVI, en el *Edicto de Amboise*, expedido por Enrique II de Francia en 1555, donde aparece una regulación más específica del nombre.³⁵

II] Integración y funciones del nombre como signo relevante de la individualidad

El Diccionario de la Real Academia Española nos dice que el término *nombre* proviene del latín *nomen* y tiene como significado *designar o identificar alguna cosa o ser*. En el caso de las personas se encuentra directamente relacionado con el *nombre propio*, así como con la noción de *el buen nombre o reputación*.³⁶

El *Black's Law Dictionary* lo define así: *La designación de una persona; palabra o combinación de palabras utilizadas para distinguir a una persona. [...] El nombre de una persona [...] es la*

³⁴ En Irlanda, Escocia, Inglaterra, Alemania, Dinamarca y Suecia, el hijo de quedó expresado ya anteponiendo al nombre del padre una partícula que tiene esa significación: O'Neil, en Irlanda; Mac Arthur en Escocia; Fitz-Gerald en Inglaterra; ya colocándola al final del nombre: Williamson; Petersen en Dinamarca; Manoilescu en Rumania. [...] En España, donde la influencia del latín perduró más, excluyendo elementos autóctonos, la modalidad se advierte en una declinación en genitivo del nombre del padre, y así Pedro se hace Peri [...] que el habla popular va cambiando: Peri, Peris, Periz, Pérez; [Fernando] Fernandi, Fernandiz, Fernández. PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 21 y ss.

³⁵ La legislación del nombre quedó fuera del Código [de Napoleón] de 1805. El movimiento codificador que dominó en casi todo el siglo XIX, siguió en ese punto al modelo francés, que sólo contenía alguna mención incidental del nombre al referirse a las enunciaciones que debían contener las actas de estado civil. *Ídem*.

³⁶ Nombre: Del lat. *nomen*, -inis. Diccionario de la Real Academia. Disponible en: <https://dle.rae.es/nombre?m=form>

*caracterización distintiva en palabras por la que uno es conocido y diferenciado de otros.*³⁷

El Diccionario Jurídico Mexicano nos ofrece como concepto del nombre *palabra o conjunto de palabras con que se designa a las personas para individualizar y distinguir unas de otras. De su naturaleza jurídica establece: el nombre es un atributo de las personas, entendiendo como atributo una característica que existe como elemento constante de algo, en este caso de las personas en derecho.*³⁸

Alfredo Orgaz explica que el nombre es: *uno de los atributos esenciales de la personalidad que permite la identificación; se compone del prenombre o nombre de pila, que singulariza e identifica a cada persona, así como del apellido o patronímico.*³⁹

Por su parte, Pliner explica: gramaticalmente la palabra nombre tiene diversas acepciones, pero es el vocablo que se emplea para designar cosas o personas con el objeto de individualizarlas [incluyendo al nombre propio y el de familia o apellido]; los que funcionan como una suerte de sistema de abscisas y coordenadas que ubican un punto -la persona- en el plano de la sociedad.⁴⁰

Se entiende que el nombre completo de una persona se integra por su nombre individual y del apellido, el primero asignado libremente al momento de nacer para diferenciarlo dentro del grupo familiar, el segundo que es el signo colectivo que distingue

³⁷ NAME: *The designation of an individual person, or of a firm or corporation. Word or combination of words used to distinguish a person. [...] A person's name [It is] the distinctive characterization in words by which one is known and distinguished from others.* Traducción propia. BLACK, Henry Campbell, *Black's Law Dictionary with pronunciations. Centennial Edition (1891-1991)*, 6th Edition, West Publishing Co., USA, 1994, p.1023

³⁸ CARPIZO, Jorge, *Diccionario jurídico mexicano*, tomo VI, México, Porrúa, p. 245, Biblioteca virtual Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, el texto vigente se puede consultar en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1173/11.pdf>

³⁹ ORGAZ, Alfredo, *Derecho civil argentino*, Córdoba, Editorial Alessandri, 1961, p. 59, citado por FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Las Leyes de Reforma a 150 años de su expedición, Colección Facultad de Derecho de la UNAM*. Biblioteca Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009, p.10, el texto vigente se puede consultar en la página: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4068/3.pdf>

⁴⁰ El sistema onomástico imperante, [...] ha ido concretándose en dos términos que constituyen una forma de denominación de las personas, de vigencia universalizada. [...] Esta fórmula está constituida por el prenombre y el apellido que, unidos, hacen el nombre de la persona. PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 41 y ss.

a la familia⁴¹ de tal forma que *solamente la unión de los dos datos constituye el signo personal diferenciador que permite aislar y señalar a un individuo determinado dentro de la colectividad.*⁴²

De lo anterior se sigue que en México el nombre completo de las personas cumple con las siguientes funciones: i.- Es indicativo de la *personalidad individual*. ii.- De la filiación y parentesco con dos familias. iii.- Es también un *medio de identificación civil*. La *propia conciencia* de la individualidad es un rasgo humano característico: *La identidad, desde una perspectiva psicológica, es una cuestión difícil de [...] Tiene que ver con cómo la persona responde a la triple pregunta de quién soy yo, de dónde vengo y a dónde voy.*⁴³ La *personalidad psicológica* se fundamenta en el *sentimiento de continuidad*, el autoconcepto es la *percepción más o menos estable que la persona tiene de sí misma y de las cualidades, los defectos y los recursos que le son particulares como alguien único y diferente de todos los demás.*⁴⁴

La *identidad se encuentra íntimamente unida al nombre* porque al mismo tiempo que señala a la persona, evoca sus *cualidades*. A mayor cercanía en la relación, mayor significado tiene pronunciar el nombre, decirlo hará aflorar una imagen mental, representación de las *características* de quien es nombrado, lo que Pliner califica como la magia evocativa del nombre: *En todos los tiempos el nombre ha sido representación, en cierta forma simbólica, del individuo. [...] la personalidad entera de un hombre [...] sus rasgos y las particularidades [...] su inteligencia, su carácter y su sensibilidad, en fin, todo su ser físico y moral, sus obras, así como sus acciones.*⁴⁵

1. El nombre de familia es indicativo de filiación y parentesco

⁴¹ SURNAME: *The family name; [...] The name of a person which is derived from the common name of his parents. [...] The last name; the name common to all members of a family.* Black's Law Dictionary. *Op. Cit.*, p. 1443.

⁴² *Al portarlo completo, su titular lleva el sello distintivo que aísla y perfila su personalidad dentro de la comunidad social en que vive.* PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 41 y ss.

⁴³ GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Derecho a la identidad y filiación: Búsqueda de orígenes en Adopción Internacional y en otros supuestos de filiación fronteriza*, Madrid, Dykson, S.L. 2007, p. 29 y ss.

⁴⁴ *Ídem.*

⁴⁵ BLONDEL, Pierre, *étude juridique sur le nom patronymique*, [s.p.i] p. 132; STOLFI, Nicola-SLOFI, Francesco. *Il nuovo codice commentato*, libro I, delle persone, [s.p.i] p. 45; La- Ilhier, *De la propriété des noms*, [s.p.i] p. 362 citado por PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 50 y ss.

El análisis de la identidad desde el aspecto biológico-genético se basa en la relación surgida del parentesco, particularmente sobre el vínculo jurídico paterno-filial y materno-filial, del que se deriva el *derecho a llevar el nombre de familia signo distintivo de la identidad colectiva*:

*El apellido del sujeto menta la familia a que pertenece y se ha estimado que su función es la de señalar la filiación de la persona que lo lleva. Indagando sobre la naturaleza jurídica del apellido [...] la marca distintiva y exterior del estado, o más exactamente aún, de ese elemento del estado que reside en la filiación en cualquiera de sus grados.*⁴⁶

El nombre completo de la persona es indicativo de la familia a la que pertenece: *Claro está que, por la fuerza de las cosas, el apellido oficia de factor denunciante de una vinculación familiar y de un nexa filiatorio, y constituye frecuentemente un indicio probatorio de posesión de estado.*⁴⁷ En México se sigue la tradición ibérica de integrar ambos apellidos, la fórmula se compone del nombre propio y de un apellido por la vía del padre y otro de la madre.

2. El nombre es un instrumento de identificación civil

Para algunos civilistas franceses el nombre más que un derecho es una *obligación personal* que permite a las autoridades una identificación en sentido de *policía civil*, porque el Estado necesita mecanismos para identificación de las personas en su territorio; es un mecanismo para asegurar el orden y la aplicación de la ley: *La ley lo establece más que en interés de la persona, en interés general y es para ella una institución de policía.*⁴⁸

En circunstancias regulares el nombre inscrito en el acta de nacimiento se convierte en un *signo que acompañará a la persona el resto de su vida*; junto a éste quedará asentado el sexo de la persona registrada. De acuerdo con Pliner una función directa del *prenombre* está en distinguir cuando se menciona a un hombre o una mujer *el nombre debe adecuarse al sexo de quien lo porta.*⁴⁹

⁴⁶ COLIN, Ambrose, en *Dalloz Périodique*, parte 4, [s.p.i] 1904, p. 2-3 citado por PLINER, *Op. Cit.*, p. 50 y ss.

⁴⁷ Actualmente el orden en que aparecen los apellidos es objeto de debate en México. Hay países en los que sólo se usa el apellido paterno: [*dato insuficiente*] porque el apellido sólo indica por lo general la [*línea*] paterna, ya que no es obligatorio el uso del doble apellido, que en algunos países es tolerado, en otros, facultativo y en otros prohibitivo. PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 53.

⁴⁸ Planiol, Ripert y Savatier, citados por BONNECASE, Julien, *Op. Cit.*, p. 128 y ss.

⁴⁹ *Ídem*.

Por regla general hay nombres claramente masculinos o femeninos, pero incluso esto ha ido cambiando por un lado hay nombres neutros, por el otro la globalización contribuye a la creciente interconexión cultural que conlleva la posibilidad de *conocer, adoptar y adaptar nombres extranjeros*, aunque no siempre correspondan al sexo.⁵⁰ No forma parte de este análisis el tema de la identidad de género, pues rebasa por mucho el objeto de nuestro estudio.

En México el sexo registrado será tomado en cuenta para la integración de la Clave Única de Registro de Población (CURP)⁵¹ que junto con la filiación y nacionalidad de padres y abuelos quedarán asentados en los libros de registro oficiales, datos que permiten una plena identificación con fines de investigación policial.⁵² En las metrópolis el constante movimiento y la enorme concentración de personas hace imposible que la identificación de individuos se base exclusivamente en el nombre. La homonimia, incluso de apellidos, obliga a hacer uso de *otros datos identificatorios* para evitar *confusiones* que pudieran llegar a ser muy graves.⁵³

⁵⁰ Junto a personas y bienes circulan también ideologías, una de las cuales ha dado un golpe de timón radical en lo relativo a la *identidad de género*, tema que no será tocado por no ser objeto de nuestro estudio. En México y América Latina es muy común asignar *Andrés* a varones y *Andrea* a mujeres, pero en Europa y particularmente en países como Grecia e Italia, *Andrea* es un *nombre masculino*, precisamente porque deriva del griego *andrós* (ἀνδρός) que significa 'hombre, varón'. Diccionario de la RAE en línea, disponible en: <https://dle.rae.es/andro-?m=form>

⁵¹ La CURP es un resumen del acta de nacimiento, se integra con 18 caracteres, entre ellos la primera letra y primera vocal del primer apellido; la primera letra del segundo apellido; la primera letra del primer nombre, pero se exceptúan los nombres compuestos cuando inician con María y José por ser nombres tan comunes y repetidos; la fecha de nacimiento y debe corresponder al género de la persona registrada indicando una *H* para los hombres o una *M* para mujeres. La Base de datos nacional de la CURP (BDNCURP) es la más robusta a nivel nacional, ya que cuenta con más de 190 millones de registros, alojando datos históricos y actuales de la población. Registro Nacional de Población, *¿Sabes cómo se conforma tu CURP?*, publicado el 07 de febrero de 2018, disponible en: <https://www.gob.mx/segob%7Crenapo/es/articulos/sabes-como-se-conforma-tu-curp?idiom=es>

⁵² *La identificación es un proceso investigativo -o su efecto- mediante el cual se reconoce si una persona o cosa es la misma que se supone o se busca. Lo primero aísla para distinguir, lo segundo verifica para comprobar.* PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 51 y ss.

⁵³ *La cuestión de establecer si quien porta un nombre es realmente su titular, o si una persona que aparece hoy y aquí con una denominación es la misma que la que la llevaba en otro tiempo o en otro lugar [...] escapa a las posibilidades determinativas del instituto que estudiamos, y es, por cierto, materia ajena a su esencia.* Citando a De Cupis [existen varios] sistemas de identificación por medio de: el nombre, el tatuaje, las marcas particulares, la fotografía identificativa, la

Lo anterior nos lleva a concluir que *el nombre ha trascendido la esfera de signo exterior* de los individuos, para convertirse en su *forma jurídica inseparable*. Sin embargo, *como medio de identificación de la persona resulta insuficiente*, es por ello que además de insertar una fotografía y demás datos personales en la identificación oficial nacional, se han buscado en la ciencia el desarrollo de métodos de *investigación* que contribuyan a dar certeza en una plena identificación personal.⁵⁴

3. La fama que acompaña al nombre

Históricamente el nombre ha fungido como evocación de la *fama o buen nombre* de una persona o su linaje.⁵⁵ Dependiendo de las circunstancias, el nombre completo puede traer honor o vergüenza.⁵⁶ El nombre completo registrado en el acta de nacimiento se compone de un elemento de libre elección, que es el nombre propio y otro impuesto, que en México está conformado por los apellidos que corresponden a ambas vías familiares.⁵⁷

En las sociedades el nombre de familia o apellido sirve como *indicador* de las casas de origen, de su buena o mala fama, la que puede remontarse a varias generaciones anteriores. Este punto se relaciona directamente con el *principio de inmutabilidad* y también con las posibles *afectaciones, positivas o negativas*, que a un nivel personal o familiar son causadas por el apellido.

antropometría. De Cupis, Adriano, *Il diritto all' identità personale*, parte I, *Il Distrito al nome*, [s.p.i] p. 11 y ss, citado por PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 51 y ss.

⁵⁴ Los estudios dactiloscópicos y dentales son práctica común para identificar individuos y cadáveres, en este sentido la ciencia ha avanzado de manera vertiginosa en los métodos de medicina genética forense. *Esa es la función del Registro del Estado Civil en cuanto a la policía del nombre*. *Ibidem*.

⁵⁵ *Y haré de ti una nación grande, y te bendeciré, y engrandeceré tu nombre, y serás bendición. Bendeciré a los que te bendijeren, y a los que te maldijeren maldeciré; y serán benditas en ti todas las familias de la tierra*. Biblia. Reina Valera 1960. Génesis. Capítulo 12. (12: 2 - 12:3)

⁵⁶ *El recuerdo de las acciones sublimes [...] En la gloria, la fama, la celebridad -así como la repulsa social, el oprobio, el deshonor- transitan por el mundo y por la historia en alas o a horcajadas del nombre, que es la personalidad misma en su trascendencia ética y jurídica*. PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 50 y ss.

⁵⁷ *el empleo del doble apellido [apellido compuesto] de antigua raigambre ibérica, que consiste en que cada persona lleva a la vez el apellido de su padre y el de su madre, unidos o no por la conjunción y [...] costumbre que empezó en España y Portugal en las familias nobiliarias durante el período visigótico, que concluyó por generalizarse a todo el pueblo e imponerse por la ley*. *Ídem*.

a. *La inmutabilidad del nombre*

El principio de inmutabilidad del nombre *constituye una regla que responde simultáneamente a la satisfacción de intereses públicos y privados.*⁵⁸ Una de las funciones del nombre es permitir a las autoridades el ejercicio de acciones de policía e investigación con fines civiles, laborales, fiscales o criminales. La sociedad demanda que haya certeza en la identificación de las personas como *principio de orden social*, lo que sería imposible si cualquiera pudiera *cambiar su identidad* sin pasar por algún tipo de control administrativo o judicial.

b. *Cambio de nombre e Identidad Oficial*

El nombre al constituirse como el signo distintivo individual exige *permanencia e inalterabilidad*, sin embargo, existen situaciones que justifican el cambio de nombre, presupuestos legales como el Reconocimiento y la Adopción, son actos generadores de un *cambio de nombre* y tienen como consecuencia la *alteración de la Identidad Oficial*.

Cabe considerar al menos otras dos situaciones: *i.- La carga negativa que para algunos conlleva el apellido familiar*, debido a que el *buen nombre* hace referencia implícita a la estima pública de toda la estirpe. Mantener una *buena reputación* es tarea que recae en todos los integrantes y la *apreciación social* no es estática, de tal suerte que *el sentimiento de injusta humillación puede generar el deseo legítimo de cambiar el nombre*, de emprender una vida diferente alejada de aquello que es un constante recordatorio del *oscuro pasado que se carga sin culpa propia.*⁵⁹ Así lo explica Mario Vargas Llosa en su opinión sobre el documental *Pecados de mi padre*:

Decir que Pecados de mi padre, es la historia de Sebastián Marroquín, único hijo varón de Pablo Escobar, el más famoso narcotraficante de Colombia, con un prontuario de fechorías y hechos violentos sin parangón que han generado en torno de su nombre una verdadera mitología, es decir muy poca cosa. [...] Él y su madre debieron huir de Colombia, una vez que consiguieron que un juez aceptara cambiar sus nombres, y, luego de una fuga

⁵⁸ PLINER, Adolfo, *El dogma de la inmutabilidad del nombre y los justos motivos para cambiarlo*, LL, 1979-D-276. citado por PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 281

⁵⁹ La comisión de delitos que traspasan fronteras y causan un alto impacto social, como el narcotráfico, atraen sobre el apellido consecuencias indeseables que inciden negativamente en la identidad personal. La fama en México de criminales de la talla de Rafael Caro Quintero o Joaquín *el Chapo* Guzmán han marcado estos apellidos por décadas, lo que sin duda afecta a la familia, particularmente a los descendientes que cargan con un estigma.

*cinematográfica [...] poco a poco fueron rehaciendo su vida y alcanzando una cierta normalidad.*⁶⁰

Otra razón por la que el aspecto psicológico puede entrar en abierto conflicto con el principio de inmutabilidad se encuentra en *la libertad* de los progenitores para asignar el nombre propio de sus hijos, lo que puede suceder bajo la influencia de una moda, así cuando la búsqueda de originalidad los invita a *inventar nombres ad hoc* que desafortunadamente pueden provocar que el nombre propio *sea fuente de vergüenza para quien lo ostenta: La identidad no es una característica estrictamente cognitiva, sino que tiene una dimensión valorativa y emocional, de manera que puede ser positiva o negativa.*⁶¹

En México el Registro Civil es regulado por las legislaciones locales de cada entidad, las que han buscado diferentes fórmulas para proteger de estas situaciones a los menores registrados: desde publicar una lista con *nombres prohibidos*⁶²; hasta ofrecer orientación para *sensibilizar* a los progenitores sobre las consecuencias indeseables de poner nombres que pudieran dar

⁶⁰ [Sebastián y su madre] debieron huir de Colombia, una vez que consiguieron que un juez aceptara cambiar sus nombres, y, luego de una fuga cinematográfica, por Ecuador, Perú, Mozambique y Brasil, recalar en Buenos Aires, donde, no sin tropiezos - incluida la cárcel, donde la viuda de Escobar pasó un tiempo acusada de lavado de dinero [...] poco a poco fueron rehaciendo su vida y alcanzando una cierta normalidad. ¿Cómo convenció Nicolás Entel a Sebastián Marroquín para que desnudara su vida ante la cámara? [...] Probablemente, la razón es la que el hijo de Escobar esgrime en el documental: por más que uno trate, no es posible huir de su pasado. VARGAS LLOSA, Mario, *Pecados de mi padre*, El País, Opinión, publicado el 30 mayo 2010. Disponible en: https://elpais.com/diario/2010/05/30/opinion/1275170411_850215.html

⁶¹ Para Erikson una identidad sana incluiría un sentimiento de saber a dónde se va y una seguridad interior relativa a que será uno reconocido y estimado por aquellos que tienen importancia para uno ERIKSON, Erik, *Insight and responsibility*, New York, Norton, 1964, p. 42 citado por GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Op. Cit.*, p.29

⁶² En Sonora en 2014 con fundamento en el artículo 46 de la Ley del Registro Civil para el Estado de Sonora se estableció *la prohibición de registrar al menor con nombre propio que sea peyorativo, discriminatorio, infamante, denigrante, carente de significado o que constituya un signo o siglas*. Dominio. FM, *Padres de familia en Sonora ya no podrán registrar a sus hijos con nombres artísticos, peyorativos, y en doble sentido*, Excelsior, Publicado el 12 de febrero 2014, disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/02/12/943413>. Artículo 46.- El oficial del registro civil orientará a quien comparezca a registrar a una persona, sobre la importancia en la selección del nombre propio, con el objeto de que el mismo, contribuya adecuadamente en el proceso del menor para forjarse una identidad. La Dirección General podrá realizar campañas de concientización entre la población, a efecto de reforzar lo dispuesto en el párrafo anterior. Ley del registro civil para el estado de Sonora, 2014.

ocasión para el acoso o la discriminación,⁶³ medidas que ayudan a reducir la posibilidad de falta de conformidad del nombre en documentos oficiales, pero incitan el debate público por considerarse limitativas de una libre elección del nombre.

Para quien se considera agraviado por su nombre, en México sólo existe la *vía jurisdiccional*, por lo que se deberá iniciar un procedimiento de *juicio civil* solicitando la alteración de la *Identidad Oficial*. El juez debe ponderar que las motivaciones expresadas, justifiquen apartarse del principio de inmutabilidad.⁶⁴ La alteración de la *Identidad Oficial* deberá quedar asentada en los registros y obliga a llevar a cabo la adecuación de los documentos e identificaciones personales.⁶⁵

III J Nombre personal y la personalidad jurídica

1. Persona y personalidad Jurídica

Dentro del marco normativo internacional puede detectarse una aparente contradicción en el artículo 6° de la Declaración Universal⁶⁶ (DUDH) en relación con la personalidad jurídica. La discrepancia se descubre al comparar las diferentes traducciones,

⁶³ En Nuevo León en el año 2017 se aprobaron reformas a los artículos 59 del Código Civil y 17 de la Ley del Registro Civil, para que los oficiales orienten a los padres *con la finalidad de que no pongan nombres raros o que sean motivo de burla por ser peyorativos, discriminatorios, infamante o denigrante*. CASAS, David, *Prohíben registrar bebés con nombres raros, denigrantes y chistosos que causen burla*, *El sol de México*, Monterrey N.L., publicado el 19 diciembre 2017. Disponible en: <https://www.elsoldemexico.com.mx/república/sociedad/prohiben-registrar-bebes-con-nombres-raros-denigrantes-y-chistosos-que-causen-burla-539350.html>.

⁶⁴ *Toda modificación del nombre legal de las personas ya sea operada por disposición expresa de la ley, ya sea por sentencia judicial, deben inscribirse en el Registro, y esas inscripciones, debidamente encadenadas mediante anotaciones marginales respectivas desde la partida de nacimiento, permiten de tal manera el reconocimiento exacto del nombre que legítimamente le corresponde a cada persona*. PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 279.

⁶⁵ Ante la Adopción Internacional entre oficiales del Registro Civil en México existe la práctica en algunas entidades federativas, de *cancelar las partidas de nacimiento originales* ante la orden del juez encargado del procedimiento de Adopción de un menor, práctica que busca proteger la nueva identidad del adoptado, pero que al romper con el encadenamiento de las notas marginales *imposibilita el ejercicio del Derecho a conocer el propio origen*, tema central de tesis doctoral, MIRANDA DELGADO, María Elena, *Contenidos y alcance de la identidad de la persona sujeta a adopción internacional en México y su conformidad con el sistema internacional de derechos humanos*, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, México, 2021.

⁶⁶ La Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).

en francés establece *Derecho a la identidad está en el reconocimiento de la personalidad jurídica*, coincide con la versión del artículo en español; pero en el texto en inglés hace referencia al *reconocimiento de la persona ante la ley*⁶⁷, abriendo la puerta para revisar las definiciones que diversos juristas ofrecen sobre los conceptos *persona y personalidad jurídica*.

En referencia a la persona Martí Andrés expone: *La definición más célebre y, al tiempo, más honda, radical, exacta y ajustada desde el punto de vista metafísico de cuantas se han propuesto a lo largo de la historia es, sin duda, la de Boecio. Boecio y, con él, Tomás de Aquino, define la persona como «sustancia individual de naturaleza racional»*.⁶⁸

Rico Álvarez, citando también al autor romano en su obra *De las personas*, introduce como nota aclaratoria de su reflexión las palabras de Tomás de Aquino, *es el ser que subsiste por sí mismo*⁶⁹ en referencia a la persona como *individuo*, es decir, como un *ser completo distinto de los demás*.⁷⁰

En su tratado *La persona y su capacidad civil*, Ramos Chaparro cita a Aramburo: *La personalidad es la cualidad jurídica de ser titular y perteneciente a la comunidad jurídica, que corresponde al hombre (como tal)*.⁷¹ Díez-Picazo y Gullón Ballesteros afirman: *Personalidad es la naturaleza jurídica del hombre, como valor superior fundamental, supuesto individual dotado de capacidad jurídica y de capacidad de obrar según su*

⁶⁷ El texto vigente en inglés se puede confrontar en la página oficial <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>

⁶⁸ BOECIO, Severino, *Liber de persona et duabus naturis*: ML, LXIV, 1343: «*Persona est rationalis naturae individua substantia*». Cf. Tomás de Aquino: *Summa theologiae* (S. Th.) I, q. 29, a. 1 citado por. MARTÍ ANDRÉS, Gabriel. *Sustancia individual de naturaleza racional: el principio personificador y la índole del alma separada. Individual Substance of Rational Nature: The Personification Principle and the Nature of the Separated Soul. Metafísica y persona*, n. 1, mayo 2017. ISSN 1989-4996, <http://www.revistas.uma.es/index.php/myp/article/view/2849/2648>

⁶⁹ BOECIO, Severino, 480 d.C.- 520/524 d.C. citado por RICO ÁLVAREZ, Fausto, *De las personas*, Porrúa, México, 2018, p. 23

⁷⁰ DE AQUINO, Tomás, *Suma Teológica*, Edición dirigida por los regentes de estudios de las Provincias Dominicanas en España. España, 2001.I.C. 3, a 5. citado. por RICO ÁLVAREZ, Fausto, *Op. Cit.* p. 24.

⁷¹ ARAMBURO, Mariano, *La capacidad civil. Estudio de las causas que la determinan, modifican y extinguen según la Filosofía del Derecho, la Historia de la legislación y el Derecho vigente en España*, 2ª ed., Madrid, [s.e], 1931, p. 31. citado por RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1995, p. 144.

*grado de autogobierno*⁷² y ofrece su definición: *La persona es el sujeto de los derechos y las obligaciones, o de modo sustancial: la persona es el ente con capacidad jurídica.*⁷³

En la misma línea Domínguez Martínez establece que *al ser humano lo acompaña la personalidad jurídica desde la concepción hasta su muerte.*⁷⁴ De Ruggiero menciona que *a todo hombre corresponde la capacidad jurídica, concepto que coincide con el de personalidad y aun cuando el ordenamiento podría limitar la capacidad de obrar bajo diferentes supuestos legales, dicha limitación no aniquila la personalidad.*⁷⁵

Dado que la personalidad es la naturaleza jurídica como *valor superior fundamental*, se entiende que *la personalidad es la condición de la persona*⁷⁶ lo que nos permiten afirmar que no existe una diferencia conceptual entre personalidad jurídica y persona frente al derecho, en la forma como se utilizan los términos en las tres traducciones del artículo 6º de la DUDH, claramente se trata de términos que tienen *idéntico significado jurídico.*⁷⁷ Según el diccionario jurídico mexicano:

Los llamados derechos de la personalidad que también se denominan derechos sobre la propia persona, individuales o personalísimos, constituyen un tipo singular de facultades reconocidas a las personas físicas para el aprovechamiento legal

⁷² DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, 6ª Ed., Madrid, [s.e] 1988, p. 140. *Ibidem*. p. 145.

⁷³ *Ibidem*. p. 126.

⁷⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 4ª ed., Porrúa, México, 1994, p.129 y ss. citado por SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio, *Inicio y fin de la personalidad jurídica*, [s.p.i] p. 9 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/3.pdf>

⁷⁵ *Distinta de la capacidad jurídica, cuyo concepto coincide con el de la personalidad es la capacidad de obrar, la idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos y ejercer sus derechos. Ya que si aquella, por regla general, no exige más que la existencia de la persona, ésta exige una efectiva capacidad de querer, que no todas las personas la poseen.* DE RUGGIERO, Roberto *Instituciones de Derecho Civil*, volumen 1, traducción. de SERRANO SÚÑER, Ramón, SANTA-CRUZ TEIJEIRO José, Madrid, Editorial Reus, 1943, p. 339. Disponible en: <https://es.slideshare.net/juanvictorgonzales/instituciones-de-derecho-civil-tomo-i-pdf>

⁷⁶YNCHAUSTI PÉREZ, Celia, GARCÍA MARTÍNEZ, Dolys; *Los derechos Inherentes a la personalidad. El Derecho a la identidad personal*, *Revista Digital de investigación jurídica Derecho y Cambio Social*, Perú, publicado el 01 de Julio del 2012, p.4

⁷⁷ *[el derecho de la personalidad] establece en qué condiciones el ser humano o sus agrupaciones son sujetos de derecho, la medida en que lo son. Persona y sujeto de derecho, son dos expresiones idénticas. Es, pues, natural calificar como derecho de la personalidad al conjunto de reglas aplicables a ellas.* BONNECASE, Julien, *Tratado elemental del... Op. Cit.* p.3

*de diversos bienes derivados de su propia naturaleza somática, de sus cualidades espirituales y en general de las proyecciones integrantes de su categoría humana.*⁷⁸

Mendoza Martínez los describe como bienes morales no patrimoniales, subjetivos y privados que no son absolutos porque la persona no está facultada para abusar de sus potencialidades y les reconoce las características de los derechos fundamentales.⁷⁹ También presenta ejemplos de otros civilistas: *La teoría de este autor español tiene una tendencia muy marcada a las ideas del italiano De Cupis; no obstante, para Castán Tobeñas, el primer derecho tutelado es el de la individualidad a través de los signos que lo distinguen, como el nombre, la presencia estética o la voz.*⁸⁰

En su estudio sobre el derecho de la personalidad jurídica Bonnacase lo define como *conjunto de reglas e instituciones que se aplican a las personas consideradas en sí misma, en su existencia, individuación y poder de acción* señala tres materias reglamentadas por el derecho civil en relación con la personalidad: i.- La existencia e individuación de las personas físicas. ii.- La capacidad de las personas físicas y sus variaciones. iii.- La existencia e individuación de las personas morales o jurídicas. Y establece como elementos de la personalidad jurídica aquellos que permiten distinguirla dentro de la sociedad: *El nombre personal; el domicilio; estado de las personas; y las actas del registro civil, que desempeñan una doble función; como elementos de individuación, y como expresión legal y auténtica de la reunión de éstos.*⁸¹

2. El nombre como elemento esencial de la personalidad

De Cupis hace una diferencia entre el concepto personalidad jurídica y derechos de la personalidad; la primera se distingue por *el reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico para realizar determinados actos; respecto a los derechos de la personalidad,*

⁷⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas, Letras D-H. UNAM. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1998. p. 1066.

⁷⁹ *erga omnes, innatos, inherentes, esenciales, intransmisibles, irrenunciables e inembargables* MENDOZA MARTÍNEZ, Lucía Alejandra, *La acción civil del daño moral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p.28 y ss. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3636/10.pdf>

⁸⁰ *El derecho a la individualidad a través de sus signos distintivos. (integrado por el) Derecho al nombre...* CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos de la personalidad*, Madrid, Reus, 1952, pp. 33-58 citado por MENDOZA MARTÍNEZ, Lucía A., *Op. Cit.* p. 32 y ss.

⁸¹ BONNACASE, Julien, *Op. Cit.* p. 100 y 185.

estos se encuentran dentro del campo de la ética y los denomina derechos esenciales de la persona —*diritti essenziali della persona*.⁸² Para este autor el nombre gira como un satélite alrededor del derecho a la identidad, figura principal que integra su constelación de derechos de la personalidad.⁸³

Por su parte Bonnescase afirma que el nombre patronímico forma parte del estado de familia de la persona, del cual es un elemento esencial y necesario y por ello debe ser protegido.⁸⁴ Critica a los autores que lo ven como derecho de propiedad; obligación legal del interés general;⁸⁵ y partiendo de la interpretación que hace sobre Planiol, Ripert y Savatier, presenta su propuesta:

De que no exista propiedad del nombre patronímico, escriben los tres autores, no hay que deducir que una persona no tenga derecho al apellido que lleva su familia. Si la sociedad marca con un signo a toda familia y a todo individuo, es por interés social, en primer término, pero es también por interés de aquellos a quienes proporciona de ese modo el signo fundamental de su identidad. [...] La marca que la sociedad fija sobre un individuo se une a él como uno de los atributos de su personalidad, y el individuo adquiere, a la vez, el derecho a usar el apellido y el de defenderlo.⁸⁶

Después de reflexionar concluye que el patronímico se constituye como elemento esencial y necesario del estado de familia, prerrogativa inviolable de la persona:

...en lo que al nombre se refiere, éste es, sencillamente, un elemento esencial y necesario del estado de las personas; contribuye a integrar la personalidad como una parte inherente al estado de familia [...] Al hacer del nombre un atributo esencial de la personalidad se obtienen resultados mucho más

⁸² DE CUPIS, Adriano, *I diritti della personalita*, t. I, vol. IV, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1973, pp. 21-24. citado por PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 41 y ss.

⁸³ DE CUPIS, Adriano, *Il diritto all' identità personale*, parte I, *Il Distrito al nome*, [s.p.i] p. 11 y ss., citado por PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 50.

⁸⁴ BONNECASE, Julien, *Tratado elemental...*, *Op. Cit.*, p. 128 y ss.

Planiol, Ripert y Savatier, concluyen: Además sería una propiedad singular esa del apellido, pues para la persona a quien designa, es más bien una obligación que un derecho. La ley lo establece más que en interés de la persona, en interés general y es para ella una institución de policía. Idem.

⁸⁶ El uso de itálicas para destacar el párrafo es propio del autor quien agrega: *Con ésta última fórmula nos encontramos ya casi ante la solución que proponemos sobre la naturaleza del nombre. Idem.*

*satisfactorios que los derivados de la tesis de la jurisprudencia sobre el derecho de propiedad. [...] puesto que la personalidad es rigurosamente inviolable en sus atributos específicos.*⁸⁷

Dado que entre las funciones del nombre están ser indicativo del vínculo de filiación, así como servir de instrumento de identificación civil, se sientan las bases para que el autor diga categórico que *la discusión sobre la naturaleza jurídica del nombre encuentra su centro en el derecho civil, no obstante, veremos que hay argumentos para afirmar que su naturaleza ha dado un salto cualitativo que lo ubica dentro de los derechos humanos, trascendiendo el ámbito privado* en el que tradicionalmente ha sido estudiado.

IV] La protección del nombre y la identidad

1. Protección del nombre

Las fórmulas de protección del nombre, la fama personal y el honor, cobran importancia en las sociedades digitales contemporáneas por el creciente volumen de información que circula en los medios de comunicación, particularmente en las redes sociales. Ello ha generado la preocupación de proteger el ejercicio de los derechos a la información, la libre expresión y libertad de prensa y también el cuidado por mantener una efectiva supervisión del manejo de *bases digitales que contienen millones de datos privados, nombres e imágenes* que pudieran ser utilizados con negligencia, propósitos de lucro o peor aún con dolo.⁸⁸

Nuestra Carta Magna establece en sus artículos 6° y 7° la libre manifestación de las ideas y la libertad de prensa.⁸⁹ El derecho a la información y estas libertades sólo se encuentran limitadas por el orden y la paz pública, cuando son consideradas un delito por atacar la moral o violentar el respeto a la vida privada. Así el buen nombre, el prestigio y el honor quedan protegidos: a) por la vía civil

⁸⁷ El uso de itálicas para destacar el párrafo es propio del autor y hace referencia a las sentencias dictadas por la corte de casación en la ejecutoria *Clrc et Quentin* del 25 de octubre 1911. *Ídem*.

⁸⁸ Jalisco incluyó en el Capítulo III del Código Civil local una serie de artículos sobre la protección de información privada que inician con el Artículo 40 Bis 1. Código Civil del Estado de Jalisco, Código publicado en la Sección Segunda del Periódico Oficial del Estado de Jalisco, el sábado 25 de febrero de 1995.

⁸⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la federación el 5 de febrero de 1917.

a través de la acción de daño moral; y b) por la vía penal al tipificar como delitos la calumnia, la difamación y las injurias.

El daño moral es el resultado de la afectación en contra de los derechos de la personalidad⁹⁰, daño que debe ser reparado porque constituye un atentado contra un derecho extrapatrimonial; [agravio moral que] se traduce en la lesión a intereses morales, como el honor, la consideración social o la vida misma[...] atentan contra la parte social del patrimonio moral y los que violentan la parte afectiva del ser humano en su esfera personalísima.⁹¹ De acuerdo con Volochinsky el daño moral consiste en el dolor, la aflicción, el pesar que causa a la víctima el hecho ilícito. No afecta al patrimonio sino a los sentimientos, afectos o creencias.⁹²

En México en 1985 se despenalizó el delito de injurias, en el año 2007 la calumnia y la difamación fueron derogados del Código Penal Federal,⁹³ siguieron la misma ruta la mayoría de los códigos locales, pero el debate sigue abierto. Tomando en consideración los artículos constitucionales en conjunto con los párrafos adicionados al artículo 1916⁹⁴ y el numeral 1916 bis⁹⁵ del Código Civil Federal, creemos que no hay necesidad de hacer de la difamación, la calumnia o las injurias un delito con pena de cárcel, especialmente porque la vía civil es más adecuada para resarcir el daño moral causado, contemplado como conducta ilícita, quedan protegidos tanto el derecho al honor, como la libre expresión y la libertad de prensa⁹⁶ no quedando impune la conducta que cause

⁹⁰ YNCHAUSTI PÉREZ, Celia, GARCÍA MARTÍNEZ, Dolys, *Op. Cit.*, p.5

⁹¹ MAZEAUD, Jean, Henri y León, *Lecciones de derecho civil. La responsabilidad civil, los cuasicontratos*, vol. II, parte 2a., traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pp. 56 y 68. citado por MENDOZA MARTÍNEZ, Lucía, *moral, Op. Cit.*, p. 52 y 53

⁹² VOLOCHINSKY, Bracey Wilson, 226 *preguntas en derecho civil. Contratos y responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica La Ley, 2002, p. 177, citado por MENDOZA MARTÍNEZ, Lucía, *Op. Cit.*, p. 52 y 53

⁹³ *La evolución respecto a la despenalización de los Delitos contra el Honor se presentó a partir de 1985, el primer delito derogado fue el concerniente a las Injurias establecido en los arts. (348 y 349), esto por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el lunes 23 de diciembre de 1985. Por lo que se refiere a los delitos de Difamación art. (350-355), Calumnia art. (356-359) y Disposiciones comunes para los Capítulos precedentes art. (360- 363); fueron derogados mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de abril de 2007. Ibidem p. 18*

⁹⁴ Art 1916 Código Civil Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1928, párrafo adicionado conforme a publicación en el DOF 13 de abril del 2007.

⁹⁵ Art 1916 bis Código Civil Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1928, párrafo adicionado conforme a publicación en el DOF 13 de abril del 2007.

⁹⁶ Art 1916 Código Civil Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1928, párrafo adicionado conforme a publicación en el DOF 13 de abril del 2007.

un daño a los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación o vida privada de una persona.

En las últimas décadas la *protección del nombre y la identidad digital* ha adquirido especial importancia, pero la protección de datos sensibles en manos de particulares⁹⁷ que pudieran ser objeto de abusos comerciales, robo o suplantación de identidad digital; así como el llamado Derecho al olvido⁹⁸ no son objeto de análisis.

2. Posturas sobre la naturaleza jurídica del nombre

La naturaleza jurídica del nombre es un tema central en la comprensión del *Derecho a la Identidad* y para ello nos apoyamos en la multicitada obra de Adolfo Pliner, *El nombre de las personas*, pero como se verá en este punto nos separamos de la tesis del autor. Iniciemos con un breve resumen de su análisis sobre las teorías que entienden al *nombre como objeto* y aquellas que lo califican como *derecho del sujeto*, para finalizar comentando nuestra postura.

Las teorías de autores como Planiol y Baudry Lacantinerie entienden el nombre como *objeto e institución de policía civil*⁹⁹ establecen que es la autoridad estatal la interesada en que cada persona permanezca individualizada e identificada a través de una designación oficial, permanente e invariable. Pliner la rechaza con el argumento de que confunde el medio instrumental con la causa

⁹⁷Cfr. Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de particulares publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de enero de 2017, se puede consultar en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPDPSO.pdf> y Ley Federal de transparencia y acceso a la información publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de mayo de 2016, se puede consultar en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP_270117.pdf

⁹⁸ El Derecho al olvido, también llamado Derecho de supresión de datos, es todavía en México poco explorado, en Europa se ha dado un avance respecto a las condiciones en las que una persona puede solicitar que se borren sus datos personales de los diferentes motores de búsqueda. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-131/12, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) del 13 de mayo de 2014, el texto vigente se puede consultar en la página:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES> consultado en diciembre del 2019 y también consultar la publicación *Derecho al olvido Cinco puntos clave* en la página de la Agencia Española de Protección de Datos, <https://www.aepd.es/es/areas-de-actuacion/internet-y-redes-sociales/derecho-al-olvido>

⁹⁹ *El nombre es la forma obligatoria de designación de las personas y el ordenamiento lo exige como medio y garantía del orden social.* PLINER, Adolfo, *Op. Cit.* p. 71 y ss.

final y basado en Orgaz la califica de concepción deshumanizante.¹⁰⁰

Nos dice el autor que las teorías de derecho privado que entienden el nombre como objeto, asimilan su naturaleza jurídica a la del estado de las personas, el apellido es *marca distintiva y exterior del estado que reside en la filiación*¹⁰¹ y toman alguna de estas posturas: i.- Lo ven como un bien de la persona integrado por el conjunto de *bienes de la vida no patrimoniales* que son inseparables de su condición. ii.- Lo conciben como una cosa inmaterial separable de la persona que entra en el tráfico jurídico como un objeto de derechos subjetivos. iii.- Le dan la jerarquía de un elemento integrante de la personalidad, con la cual se confunde en la síntesis de todos los elementos que la constituyen.¹⁰² Cierra afirmando: la naturaleza jurídica del nombre como objeto se encuentra en el campo de lo civil porque se trata de *un atributo de la personalidad y por tanto es un instituto de derecho privado*.¹⁰³

De las teorías que entienden al nombre como derecho nos dice: *No se trata ya de inquirir qué es el nombre, sino suponiéndolo el objeto de un derecho, averiguar cuál es, o en qué consiste, el derecho que tenemos sobre él*.¹⁰⁴ Menciona dos: i.- El nombre como derecho de propiedad, su titular es dueño de su nombre con título de dominio. Planiol la echa abajo *el nombre no es una cosa apropiable*.¹⁰⁵ ii.- El nombre como derecho de la personalidad: protegido desde el ordenamiento jurídico como elemento esencial de la sin el cual no se le puede concebir jurídicamente.¹⁰⁶

¹⁰⁰ *Ídem*.

¹⁰¹ COLIN, en Dalloz Périodique, [s.e], [s.l.i], parte II, 1904, p. 2-3 citado por PLINER Adolfo, *Op. Cit.*, p. 74.

¹⁰² *Ibidem* p. 71 y ss.

¹⁰³ *Entendemos que el nombre no es otra cosa que un atributo de la personalidad, elemento que la ley atribuye al individuo para integrar su personalidad [...] le sirve de signo exterior individualizante, como símbolo y asidero a la vez para captar, mentar y designar al sujeto individual humano en su plena realización física, espiritual, moral y normativa. Ibidem* p.86 y ss.

¹⁰⁴ *Ídem*.

¹⁰⁵ PLANIOL, *Traité élémentaire*, t. I, [s.p.i], p. 149, n° 397, citado por PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 90.

¹⁰⁶ *En cuanto a la determinación concreta de cuáles son estos derechos, el acuerdo general -más no unánime- existe en relación a unos pocos: a la vida, al honor, a la integridad corporal. La controversia se mantiene viva sobre el derecho a la libertad, a la intimidad, [...] el derecho a la identidad o al nombre, etc. [...] Es incuestionable, sin embargo, que el pensamiento central ha ocasionado un impacto sensible en la conciencia de los juristas. Ibidem* p. 86 y ss.

Pliner argumenta que el nombre no es un *derecho-deber*¹⁰⁷ que los elementos de la personalidad están protegidos por normas de derecho público¹⁰⁸ y que la personalidad jurídica es atribuida por la norma, porque *no hay derechos innatos*.¹⁰⁹ Su principal objeción está en los aspectos estructurales de los derechos subjetivos, la falta de elementos que den sustento a la relación jurídica: *sin sujeto pasivo no hay alteridad, existe confusión entre objeto y sujeto, se trata de unos derechos subjetivos peculiares* porque ni son adquiridos ni son susceptibles de transmisión.¹¹⁰

El nombre ha sido tradicionalmente regulado y protegido desde el derecho civil como elemento esencial de la personalidad jurídica. Nos dice Bonnecase: *El derecho de la personalidad, domina al derecho civil totalmente*.¹¹¹ Por su parte Pliner: *el quid de la cuestión está en tratar de precisar lo que el nombre es jurídicamente [...] es exclusivamente un instituto de derecho privado, que se ubica en el campo de lo civil. [...] Elemento que la ley atribuye al individuo para integrar su personalidad*.¹¹²

Dichos análisis se realizan desde la perspectiva civilista prevaleciente: Bonnecase le reconoce al nombre la calidad de derecho, Pliner se la niega porque lo considera más bien un atributo de la ley:

Creemos indiscutible que el ordenamiento jurídico ampara [la personalidad del hombre] en sus atributos esenciales, en sus elementos vitales, materiales y morales, contra ataques injustos [...] Impedido el sujeto ...del bien atribuido por el ordenamiento jurídico, cuenta con prerrogativas y facultades que le permiten defenderlo [...] lo que defienda será un atributo de su personalidad y con ello su personalidad misma agravada en su signo o contenido, o en sus elementos esenciales.¹¹³

¹⁰⁷ *El nombre no es un derecho ni un deber, ni mucho menos un derecho-deber, como se ha venido sosteniendo, a nuestro juicio con error. Ibidem. p.84.*

¹⁰⁸ *El concepto de patrimonio moral no se corresponde con ninguna figura jurídica conocida. Estaría supuestamente integrado por el conjunto de bienes de la vida no patrimoniales. Ibidem. p. 79 y 98.*

¹⁰⁹ GROSSEN, *La protection de la personnalité*, p. 11 citado por PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p.99

¹¹⁰ PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 99.

¹¹¹ BONNECASE, Julien, *Op. Cit.*, p.3.

¹¹² *El nombre puede prestarse para diferentes objetivos, pero esencialmente no puede ser sino una cosa, [...] su naturaleza sustancial, no puede ser más que una, y es la del derecho privado que nadie puede negar. PLINER, Adolfo, Op. Cit., p. 83 y ss.*

¹¹³ PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 108 y ss.

Es justo en este análisis sobre la naturaleza jurídica del nombre como *atributo legal* en el que diferimos, porque no reconoce más derecho que el que la ley otorga:

*Hay que abandonar la idea de la posibilidad de existencia de derechos emanados espontáneamente de la noción de la personalidad, porque esto es iusnaturalismo puro, y nosotros estamos estudiando el problema en el derecho positivo vigente; [...] Nuestra tesis es que el nombre integra una situación jurídica objetiva. Considerando el nombre como un atributo de la persona e insusceptible de ser objeto de un derecho subjetivo.*¹¹⁴

Aquí encontramos la mayor discrepancia con el autor en comento, pues su postura se alinea con el positivismo jurídico¹¹⁵ mientras que nosotros nos adherimos a una concepción *iusnaturalista* (*personalista, humanista*) que Pliner expresamente rechaza, aunque cita a los siguientes tratadistas que entendieron al nombre como *parte esencial* del derecho humano a la identidad:

*Para Josserand el nombre es, a la vez, uno de los elementos de la personalidad, un bien innato e institución de policía civil; para Hémard es un atributo de la personalidad y un derecho de la identidad, que es al mismo tiempo una obligación; en cambio De Cupis lo concibe como un deber de identidad hacia el Estado, y como un derecho privado afirmado por las leyes,¹¹⁶ [De Cupis considera] que la necesidad humana de diferenciarse se satisface con el bien de la identidad y éste a su vez se logra con el nombre¹¹⁷ [...] objetivación del derecho general de la identidad personal.*¹¹⁸

¹¹⁴ *Ibidem*. p. 111

¹¹⁵ KELSEN, Hans, *Op. Cit.*, p.19 y ss.

¹¹⁶ JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, [s.e], T. I vol. I, n° 219, p. 203; *Hémard civilista francés que observa el nombre como un derecho inherente a la personalidad humana, va más lejos y lo reputa un derecho a la identidad* HÉMARD, Joseph, *Précis élémentaire de droit civil*, [s.p.i], p.35; DE CUPIS, Adriano, *Il diritto al nome*, [s.p.i], p. 20-21, autores citados por PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p. 72 y 83.

¹¹⁷ Pliner agrega *No puede discutirse que la identidad -o mejor, la individualización- personal sea un bien, y muy valioso, por cierto, pero no justificamos el orden jerárquico en que coloca la identidad y el nombre el prestigioso civilista italiano, subordinando el segundo al primero, como bien-medio y bien-fin, respectivamente. Porque la individualización es, en rigor, una necesidad social y personal, y el nombre el bien que el da satisfacción, aunque no sea el único que la llena.* DE CUPIS, Adriano, *Il diritto al nome*, [s.p.i], p. 20-21, citado por PLINER, Adolfo, *Op. Cit.*, p.78.

¹¹⁸ *Ibidem* p. 95.

En estudios realizados hacia finales del siglo XX y ya en este siglo XXI encontramos diversos autores que les reconocen a los derechos de la personalidad las mismas características de *derechos esenciales*: *Los derechos inherentes a la personalidad son aquellos poderes o facultades que la norma otorga a la persona solo por ser tal y sobre bienes relacionados con su propia naturaleza y que le son intrínsecos, como la vida, el honor, la propia imagen, el nombre.*¹¹⁹ Citando a Ferrara:

*Los derechos de la personalidad son los derechos supremos del hombre, aquellos que le garantizan el goce de sus bienes personales. Frente a los derechos de los bienes externos, los derechos de la personalidad nos garantizan el goce de nosotros mismos, asegurando en particular el señorío de su persona, la actuación de su propias fuerzas físicas y espirituales.*¹²⁰

Mendoza Martínez también reconoce al nombre como derecho de la personalidad con las características de los derechos humanos: *erga omnes, innato, inherente, esencial, intransmisible, irrenunciable e inembargable.*¹²¹ Vemos que prácticamente los confunde con *derechos esenciales* y nos dicen que una vez que la persona se *ha garantizado un elemental respeto* frente al Estado, surgen los derechos de la personalidad, los que coinciden con los *más esenciales derechos humanos.*¹²²

¹¹⁹ *persona es el ser humano y personalidad es la naturaleza jurídica como valor superior fundamental, titular de derechos innatos. La personalidad es la condición de la persona* YNCHAUSTI PÉREZ, Celia, GARCÍA MARTÍNEZ, Dolys, *Op. Cit.*, p. 3 y ss.

¹²⁰ LETE DEL RÍO, José Manuel, *Derecho de la personalidad*, Madrid, Editorial Tecnos, 1986, [s.p] citado por YNCHAUSTI PÉREZ, Celia, GARCÍA MARTÍNEZ, Dolys, *Op. Cit.*, p.6 y ss.

¹²¹ *Los derechos de la personalidad se consideran innatos en cuanto emergen de la propia naturaleza del ser humano [...]; son inherentes, porque las personas no pueden despojarse de ellos y resultan esenciales debido a la misma fuente de la cual derivan, pues permiten el amplio desarrollo de las capacidades personales. [Hablamos de una intransmisibilidad total de estos bienes, que] resultan irrenunciables, porque el individuo se encuentra impedido para declinar sus atributos; son inembargables, porque [...] la persona misma es quien les da vida, fuerza e identidad, y sin [sujetos de derecho] estos atributos carecen de significado.* Mendoza Martínez, Lucía A, *La acción civil del daño moral...* p. 46 y ss.

¹²² *No tienen cabida dentro de los derechos de la personalidad—por muy amplio elenco que se formule de los mismos—todos aquéllos que, desde otra perspectiva, son considerados fundamentales.* YNCHAUSTI PÉREZ, Celia, GARCÍA MARTÍNEZ, Dolys, *Op. Cit.*, p.6 y ss.

Como vemos llega un momento en que el uso de terminología común¹²³ allana el camino para comprender que en lo relativo a *la naturaleza jurídica del nombre* hubo un salto cualitativo, por el que además de ser un elemento esencial de la personalidad, *el nombre es efectivamente un derecho humano reconocido como tal por los instrumentos internacionales y por nuestra Constitución*. Por tanto, más allá de las acciones civiles o penales que se tengan por afectaciones en su contra, la violación por parte de autoridad contra el *Derecho al nombre* hace procedente el juicio de amparo.¹²⁴

Bibliografía

Doctrina:

ÁLVAREZ LEDEZMA, Mario I., *Introducción al derecho*, 1ª Ed, McGraw-Hill, México, 1995.

BERMAN, HAROLD, *Law and Revolution, The formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, London, 1983

Biblia, versión Reina Valera 1960

BLACK, HENRY CAMPBELL, *Black's Law Dictionary with pronunciations. Centennial Edition (1891-1991)*, 6th Ed, West Publishing Co., USA, 1994

BONNECASE, JULIEN, *Tratado Elemental del Derecho Civil*, Traducción y compilación: FIGUEROA ALFONZO, Enrique, *Colección Clásicos del Derecho*, Harla, México, 1993

CARPIZO, JORGE, *Diccionario jurídico mexicano*, tomo VI, Porrúa, México

DE AQUINO, Tomás, *Suma Teológica*, Edición dirigida por los regentes de estudios de las Provincias Dominicanas en España, España, 2001

DE RUGGIERO, Roberto *Instituciones de Derecho Civil*, volumen 1, traducción. de Serrano Suñer, Ramón, Santa-Cruz Teijeiro, José, Madrid, Editorial Reus, 1943

Diccionario de la Real Academia, disponible en: www.rae.es

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 4ª Ed, Porrúa, México, 1994

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Las Leyes de Reforma a 150 años de su expedición*, *Colección Facultad de Derecho de la UNAM*, Biblioteca Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009

¹²³ Muchas veces se habla de derechos fundamentales, libertades públicas o derechos humanos, para referirse a los derechos de la personalidad; o se emplean simplemente como sinónimos. [...] La universalidad implica que el derecho pertenece a todo aquel que goce de la cualidad de ser humano como condición necesaria y suficiente para gozar de este derecho. *Ibidem*, págs. 7 y 19.

¹²⁴ Art. 103.- Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; Reformas Constitucionales en materia de Amparo y Derechos Humanos publicadas en el Diario Oficial 6 y 10 de junio de 2011.

- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *El registro del estado civil de las personas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho y persona*, 5a Ed, Astrea, Buenos Aires, 2015
- GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Derecho a la identidad y filiación: Búsqueda de orígenes en Adopción Internacional y en otros supuestos de filiación fronteriza*, Madrid, Dykson, S.L. 2007
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano* Letras D-H. UNAM., Editorial Porrúa, México, 1998
- KELSEN, HANS, *Teoría Pura del derecho*, 4ª Ed, Argentina, Eudeba, 2005
- MARTÍ ANDRÉS, Gabriel, *Sustancia individual de naturaleza racional: el principio personificador y la índole del alma separada. Individual Substance of Rational Nature: The Personification Principle and the Nature of the Separated Soul. Metafísica y persona*, n. 1, mayo 2017
- MENDOZA MARTÍNEZ, Lucía Alejandra, *La acción civil del daño moral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014
- PÉREZ NIETO CASTRO, Leonel, *Introducción al estudio de Derecho*, 2ª Ed, Harla, México, 1992
- Pliner, Adolfo, *El nombre de las personas. Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Derecho comparado*, 2ª Ed, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989
- RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1995
- RICO ÁLVAREZ, Fausto, *De las personas*, Porrúa, México, 2018
- RUBIO, Benjamín, *Derecho a la identidad. Un estudio sobre el registro de nacimiento de niños y niñas, hijos e hijas de extranjeros en situación irregular*. Serie 5, Monografías volumen 5, Instituto de la Judicatura Federal, México, 2019
- YEPES STORK, Ricardo, *Fundamentos de la antropología: un ideal de la excelencia humana*, Instituto de Ciencias para la Familia, Pamplona, 1996
- YNCHAUSTI PÉREZ, Celia, García Martínez, Dolys, *Los derechos Inherentes a la personalidad. El Derecho a la identidad personal*, Revista Digital de investigación jurídica Derecho y Cambio Social, Perú, publicado el 01 de Julio del 2012

La protección de los pueblos indígenas en tiempos de pandemia

LAURA SABLJAK¹
ROXANA PAOLA MIRANDA TORRES²

SUMARIO: I. *El derecho social.* II. *La vulnerabilidad como característica de la discriminación.* III. *Principales derechos humanos afectados durante la pandemia.* IV. *¿Cómo enfrentan las comunidades indígenas los temas relacionados con la pandemia?* V. *Conclusiones.*

Resumen. Los derechos sociales han surgido como una necesidad para el reconocimiento de la dignidad humana inherente a cada persona así como cerrar las brechas existentes entre sectores de la población que son vulnerables. Uno de esos sectores son los pueblos originarios; su vulnerabilidad ha perdurado varios siglos y el comienzo de la pandemia causada por Covid-19 ha demostrado la verdadera situación en que se encuentran. Las afectaciones a los derechos humanos que se han cometido y se siguen cometiendo en contra de estas comunidades autóctonas cobraron más relevancia en una circunstancia hostil en muchos ámbitos, las cosmovisiones y cosmogonías diferentes a las de la sociedad mestiza enfatizan una vez más la importancia de la deuda de justicia que se tiene para con los pueblos precuahtémicos.

Palabras clave: Pueblos indígenas, pandemia, derechos sociales, vulnerabilidad.

Abstract. *Social rights have emerged as a necessity for the recognition of the human dignity inherent in each person to close the existing gaps between sectors of the population that are vulnerable. One of these sectors are the indigenous peoples: their vulnerability has lasted for several centuries, and the beginning of the pandemic caused by Covid-19 has shown the true situation in which they find themselves. The violations of human rights that*

¹ Alumna del Doctorado en Derecho en la Universidad Panamericana campus Guadalajara.

² Profesora e Investigadora de tiempo completo en la Universidad Panamericana campus Guadalajara, Investigadora del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT).

have been committed and continue to be committed against these indigenous communities became more relevant in a hostile circumstance for many areas, the worldviews and cosmogonies different from those of the mestizo society once again emphasize the importance of the debt of justice that is had towards the precuauhtemic peoples.

Keywords: *Indigenous peoples, pandemic, social rights, vulnerability.*

En 2020 se propagó un brote epidémico provocado por el virus SARS-CoV-2, cuyos primeros indicios comenzaron en septiembre de 2019 en China, en poco tiempo pasó de ser una noticia mundial, a una emergencia sanitaria internacional, que hoy en día no ha sido dominada en su totalidad.

Si bien el propósito del presente artículo no es exhibir o mostrar posibles incongruencias en el manejo de las diversas situaciones derivadas de la gestión estatal interna de la pandemia, lo que sí se considera como un menester en este ámbito es proporcionar los desarrollos que han acontecido durante este tiempo y que impactan de forma directa en los derechos fundamentales, ahora aterrizados al contexto de las 68 comunidades autóctonas asentadas en territorio mexicano, o bien casi 12 millones de individuos indígenas que representan el 9.4% de la población total, aunado a los dos millones y medio de personas afromexicanas correspondientes al 2% de la población total en México³; sin perder de vista la existencia de un total de 826 pueblos originarios cuyos miembros ascienden a 45 millones de personas a lo largo de toda América Latina.

Se transitará por diferentes apartados que tendrán como finalidad dar a conocer a los lectores el significado de los derechos sociales, de la vulnerabilidad y cómo se interpreta ésta al hablar de pueblos originarios, se expondrán los principales derechos humanos afectados durante la pandemia actual, así como una aproximación al mismo problema desde la perspectiva precuauhtémica.

Las metodologías que se utilizaron para recabar y plasmar la información que se expone enseguida son: el método histórico, puesto que se explican los orígenes y conformación actual de los

³ Instituto Nacional de Geografía y Estadística, *Presentación de Resultados: Estados Unidos Mexicanos*, Instituto Nacional de Geografía y Estadística, México, 2020. Consultado en https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ccpv/2020/doc/Censo2020_Principales_resultados_ejecutiva_EUM.pdf el 14 de enero de 2022.

derechos sociales; el nomológico, que permite el análisis de fenómenos jurídicos en una época histórica dada a través de un análisis multi, inter y transdisciplinario; por último, el método jurídico, consistente que lo redactado encuentra su razón de ser en el ordenamiento legal.

I] El derecho social

El derecho social es una rama del derecho mexicano que surge a raíz de la Revolución mexicana, un conflicto que estalló en 1910 y culminó en 1917 con la expedición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el el 5 de febrero de 1917 bajo el mando de Venustiano Carranza. Se puede afirmar que en México se creó la primera constitución social que recogió la ideología y convicciones que guiaron su revolución popular.

La circunstancia en la que se expide la Constitución de 1917 implicaba ignorar que había sectores de la población marginados, sometidos, explotados por otros hombres que ostentaban mayores rangos; por ente, se hizo latente la necesidad de *emparejar* dichos sectores, esto es, ofreciéndoles una ventaja jurídica *a priori* ante aquellos que pudieran fácilmente aprovecharse y lucrar con su posición dominante, tales derechos sociales implican el ámbito laboral, agrícola y de las comunidades autóctonas.

Los artículos más emblemáticos de la Carta Magna, al momento de su entrada en vigor en 1917 fueron el 3º, 27 y 123 constitucionales, el primero aludía indirectamente al derecho a la educación; el segundo se encargaba de la propiedad de las tierras que se deposita originariamente en la Nación y del reparto agrario; mientras que el tercero regulaba los derechos de los asalariados. A esta etapa del constitucionalismo mexicano se le denomina *constitucionalismo social*, puesto que *se ubican en el rango de normas fundamentales los derechos de los grupos sociales desprotegidos y marginados. A través de ella, y del orden institucional que se fue creando, el Estado trató de equilibrar las desigualdades crónicas de la sociedad mexicana*⁴, por lo que anhela a la protección de los intereses sociales que más fueron reprimidos durante muchos siglos.

La concepción actual de este tipo de derechos se ha ido transformando tanto internacionalmente, como en el ámbito jurídico mexicano. Se reconoce el origen iusnaturalista de esta rama de los derechos humanos, la cual está enfocada a grupos

⁴ ZAPATERO, Virgilio y GARRIDO GÓMEZ, María Isabel (ed.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá, España, 2009, pp. 59-85.

particulares de individuos y de forma errónea se les compara a meras aspiraciones, sin embargo, son derechos subjetivos de prestación positiva fáctica por parte del Estado⁵, que tienden a la realización de un mejor estándar de vida de las personas, como salud, vivienda, educación, seguridad social, entre otros. Su naturaleza está estrechamente vinculada con las expectativas básicas para la dignidad humana y la satisfacción de necesidades vitales, por lo que constituyen verdaderos derechos fundamentales⁶.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) culminó en el año 1966⁷, los derechos consagrados en este documento jurídico se han reconocido con la adhesión de México a dicho pacto en el año 1981, y se han añadido con el paso del tiempo a la Constitución Política mexicana nuevos derechos sociales, ejemplo de ello son: el derecho a la protección de la salud (artículo 4º, párrafo cuarto), el derecho a una alimentación adecuada (artículo 4º, párrafo tercero), el derecho a un medio ambiente sano (artículo 4º, párrafo 5), el derecho al agua y su saneamiento (artículo 4º, párrafo sexto), el derecho a la vivienda digna (artículo 4º, párrafo séptimo), el derecho a la cultura (artículo 4º, párrafo treceavo), y el artículo 2º dedicado en su totalidad a los pueblos originarios; sin que el anterior pretenda ser un catálogo limitativo o exhaustivo de los derechos sociales actualmente contemplados.

Se puede notar que a pesar de los grandes avances que ha habido en la materia, tanto en la visión inicial de los derechos sociales en México, como en la visión moderna internacional, sigue permeando el reconocimiento de que existen grupos en situación de vulnerabilidad y potencial subdesarrollo que deben ser atendidos.

No debe comprenderse la vulnerabilidad como una condición personal, es decir, no se trata de la característica de un ser humano. Las personas no son por sí mismas 'vulnerables', 'débiles' o 'indefensas', sino que, por una condición particular, se enfrentan a un entorno que, injustamente, restringe o impide el desarrollo de uno o varios aspectos de su vida, quedando sujetas a

⁵ FABRA ZAMORA, Jorge Luis y RODRÍGUEZ BLANCO, Verónica (ed.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015, pp. 1677-1711.

⁶ GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo, *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales. Su imprescindibilidad y sus garantías*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2011, p. 51.

⁷ Firma 18 de diciembre de 1980; ratificación publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 12 de mayo de 1981.

una situación de vulnerabilidad y, por tanto, a un mayor riesgo de ver sus derechos afectados⁸.

Las violaciones a los derechos sociales pueden entenderse como relacionadas intrínsecamente con las asimétricas relaciones (intersubjetivas y colectivas) de poder existentes en las sociedades actuales y con la solución dada a los persistentes problemas ubicativos en el ámbito social⁹.

II] La vulnerabilidad como característica de la discriminación

La palabra *vulnerable* proviene del latín *vulnerabilis*, se refiere a ser herido o recibir lesión física o moralmente¹⁰. En este sentido los pueblos indígenas en México y Latinoamérica han sido molestados, lastimados, víctimas de explotación, expropiación, abuso y, por tanto, discriminación.

Las maneras han sido muchas y variadas, desde el uso del término *indio* como una expresión de vulnerabilidad y desprecio, pues dicha palabra se puede utilizar de dos maneras: la primera para determinar a los únicos depositarios de los vestigios que persisten de la civilización mesoamericana; y la segunda como una connotación infamante que implica inferioridad natural¹¹. Así, al ser un símbolo de categorización y explotación desde la Conquista, y por permanecer con algunas variantes en el mismo estado al transcurrir la historia; ser *indio* representa un estrato económico específico y se le llama así al sometido, al conquistado, al que vive en pobreza¹².

Sin embargo, a través de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales se ha tratado de reivindicar dicho término donde además se reconoce la diversidad cultural, el multiculturalismo, el pluralismo cultural y jurídico, la autonomía y libre determinación.

Actualmente, las amenazas principales para la continuidad y permanencia de los pueblos indígenas en Latinoamérica además de

⁸ LARA ESPINOSA, Diana, *Grupos en situación de vulnerabilidad*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2013, p. 26.

⁹ GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo, *Op. Cit.*, p. 51.

¹⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 2020. Consultado en: <https://dle.rae.es/vulnerable> el 14 de enero de 2022.

¹¹ BONFIL BATALLA, Guillermo, *México Profundo, una civilización negada*, Grijalbo, México, 1994, p. 10.

¹² GALL, Olivia (coord.), *Racismo, mestizaje y modernidad: visiones desde latitudes diversas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, p. 41.

su carácter vulnerable, son la discriminación, esclavitud, la expropiación de sus tierras, la total destrucción de su forma de vida y la falta de políticas públicas para enfrentar la problemática de estos pueblos; de igual forma, la depredación excesiva de los recursos naturales por parte de los gobiernos en aras del enriquecimiento, lo que ha llevado al límite al planeta, tal es el resultado de la crisis sanitaria que se vive actualmente y el etnocidio de los diferentes pueblos originarios¹³, valdría la pena reflexionar en que los países más avanzados están conduciendo al mundo al desastre mientras que los pueblos considerados como vulnerables, pobres o primitivos están tratando de salvar al planeta entero, a la *Pachamama*.

III] Principales derechos humanos afectados durante la pandemia

La pandemia surgió debido a un virus altamente contagioso que creó una tajante limitación en la protección de los derechos humanos, pero especialmente en aquellos países en vías de desarrollo, como México, mostró más que nunca que los derechos sociales son imprescindibles, justo porque se acentúa más la vulnerabilidad de algunos individuos de la sociedad, se evidenció que era más indispensable que nunca la utilización un mecanismo que subsanara las diferencias intersubjetivas y de la colectividad, pues la situación de vulnerabilidad de los grupos autóctonos ameritaba una especial consideración frente al ordenamiento jurídico por parte de los actores políticos para que se les respetaran, garantizaran, promovieran y protegieran sus derechos fundamentales.

Por lo anterior es oportuno exponer en los siguientes párrafos, los derechos fundamentales que más se consideran afectados por los acontecimientos de la pandemia en México, en el contexto de las comunidades originarias.

1. *Derecho al trabajo*

El derecho al trabajo es uno de los aspectos más controversiales hablando de personas indígenas, Además de estar expuestos a una constante discriminación por sus rasgos biológicos, elevados niveles de analfabetismo, escasa educación, lo cual los margina y los constriñe a realizar trabajos informales, mal remunerados, sin seguridad social, y con jornadas muy extensas, ahora se añaden elementos como los cambios en los hábitos de

¹³ Miranda Torres, Roxana, *Los pueblos originarios en Latinoamérica y el derecho humano a la propiedad*, Tirant Lo Blanch, México, 2019, pp. 44-48.

trabajo, dado que durante el periodo de la pandemia se asentó que no se podían realizar labores presenciales, a excepción de algunos sectores que fueron catalogados como esenciales, lo cual supuso un cambio drástico para toda la población, pero también puso en riesgo la estabilidad laboral de los individuos indígenas.

Una disminución de sus ingresos implica ya no estar en aptitud de hacer frente a necesidades básicas cotidianas, desplazándolos hacia un estado más grave de pobreza y marginándolos cada vez más.

2. *Derecho humano a las tecnologías de la información*

Las tecnologías de la información fueron el instrumento por excelencia para poder continuar con la *nueva realidad*, tanto para el trabajo desde casa, como para la educación, entre otras actividades.

Si bien el nuevo Censo de Población y Vivienda de 2020 realizado por el INEGI no se pronuncia acerca de esos datos, la Encuesta Intercensal de 2015 del INEGI¹⁴ sí menciona que solamente el 11% de los hogares indígenas cuentan con computadoras y el 9.8% cuenta con el servicio de internet, mientras que el 72.5% tiene un televisor en su hogar. Lo cual muestra la dificultad en actualizar el disfrute del derecho al trabajo y del derecho a la educación en este contexto.

El acceso a la información, se relaciona con la necesidad de que dicho contenido esté disponible en idiomas precuahtémicos, pues no todas las personas indígenas son bilingües; respecto a este tema, la *Guía para la atención de pueblos indígenas y afromexicano ante el COVID-19* elaborada por el Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas se puso a disposición a través de medios electrónicos en 61 lenguas indígenas, a pesar de que en México hay 68 agrupaciones lingüísticas y 364 variantes lingüísticas.

3. *Derecho a la educación*

La correcta actualización del derecho a la educación en pueblos precuahtémicos era compleja desde antes de la llegada de la pandemia, pues el acceso a medios de transporte para trasladarse a las escuelas, la inseguridad física a la que se exponen por tener que atravesar largas distancias, su situación económica, las barreras lingüísticas, la falta de acceso a tecnologías de la información, la discriminación por razones raciales y de género, constituían limitantes y barreras que eventualmente obligaban a los

¹⁴ Instituto Nacional de Geografía y Estadística, *Encuesta Intercensal 2015*, Instituto Nacional de Geografía y Estadística, México, 2015. Consultado en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/intercensal/2015/doc/eic_2015_presentacion.pdf el 14 de enero de 2022.

miembros de estas comunidades a dejar sus estudios y marcharse de las instituciones educativas.

Hablando en números concretos, el 64.4% de la población indígena que se ubica entre los 15 y 24 años no estudia¹⁵, si a esto se suma el cierre de las instituciones educativas como parte de la estrategia de prevención de contagios para controlar la pandemia, se puede distinguir fácilmente la grave violación a este derecho humano y el peligro que representa el hecho que el porcentaje restante de alumnos que sí estudian, terminen abandonando su etapa escolar por razones impuestas debido al Covid-19.

Varias fuentes relatan que se prepararon 100 programas escolares en 24 lenguas indígenas, y que estaba planeada la distribución de 270 mil libros escritos en lenguas indígenas y 4 millones de libros plurilingües para asegurar la permanencia de niños, niñas, adolescentes y jóvenes indígenas inscritos en instituciones educativas públicas¹⁶, no obstante, no se sabe con certeza si dichos recursos llegaron a las manos de jóvenes estudiantes indígenas.

El programa *Aprende en Casa II*, el cual se difundió a través de televisión, radio, internet y cuadernillos de trabajo, el cual se jactaba de ser incluyente, equitativo y de calidad, muestra que los materiales que fueron incluidos para la enseñanza de indígenas no se catalogaban en niveles, sino sólo en primero, segundo y complementario para primaria, sin tomar en consideración secundaria y preparatoria¹⁷. Se pusieron a disposición en 11 lenguas y 14 variantes, a pesar de que en México hay 68 lenguas y 364 variantes, por lo que se concluye que tampoco se pudo garantizar un adecuado desarrollo del derecho a la educación para las niñas, niños y adolescentes estudiantes de pueblos originarios durante la pandemia.

Lo imprescindible en este sentido implicaba garantizar el acceso a los medios tecnológicos, como computadoras o tabletas, internet para continuar con la educación en línea, asistir a las clases

¹⁵ Gobierno de México, *Mujeres indígenas, datos estadísticos en el México actual*, México, 2018. Consultado en: <https://www.gob.mx/inpi/es/articulos/mujeres-indigenas-datos-estadisticos-en-el-mexico-actual?idiom=es> el 14 de enero de 2022.

¹⁶ Latinus, *La SEP impartirá clases con programas en 24 lenguas indígenas*, México, 2020. Consultado en: <https://ichan.ciesas.edu.mx/libros-de-texto-en-lengua-indigena-contradicciones-en-la-educacion-basica-en-tiempos-de-covid-19/> el 14 de enero de 2022.

¹⁷ VILLAVICENCIO ZARZA, Frida, *Libros de texto en lengua indígena. Contradicciones en la educación básica en tiempos de Covid-19*, México, 2020. Consultado en <https://ichan.ciesas.edu.mx/libros-de-texto-en-lengua-indigena-contradicciones-en-la-educacion-basica-en-tiempos-de-covid-19/> el 14 de enero de 2022.

remotas y hacer las tareas que les sean asignadas para que no tengan que renunciar a su educación y poner a disposición materiales oportunos para el aprendizaje escolar en todos los niveles y en todas las lenguas originarias.

4. *Derecho a la salud*

El derecho a la salud, además de los otros derechos fundamentales tratados, seguramente fue uno de los derechos más vulnerados durante toda la pandemia, por un cúmulo de situaciones que pusieron en vilo la capacidad hospitalaria y del sistema de salud en su conjunto para lograr hacer frente a los estragos causados por este virus. No obstante, en el caso de las comunidades autóctonas, el acceso a la salud era un reto desde antes de que comenzara esta pandemia, pues el 78.2% de la población indígena no tiene acceso a la seguridad social, mientras que en las zonas rurales esta cifra asciende al 88.2%¹⁸.

Esta vulnerabilidad se entrelaza con el hecho que viven en zonas alejadas de centros urbanos, por ende, su acceso a servicios básicos, entre ellos la salud, son seriamente menoscabados.

Una forma de respetar su derecho a la salud de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º, apartado B, fracción III, de la Constitución Política del país, implica también integrar los conocimientos, prácticas ancestrales y medicina tradicional, puesto que para ellos es una forma de relacionarse tanto con la naturaleza, como con ellos mismos, por lo que no pueden ser simplemente ignoradas, al ser que cuentan con una cosmovisión y cosmogonía propias que los distinguen. Por ende, es indispensable ofrecer capacitaciones a los indígenas practicantes de medicina tradicional para que puedan integrar los conocimientos actuales sobre el Covid-19 con sus remedios tradicionales que mejor correspondan a sus necesidades. También se debe enfatizar la necesidad de brindar mayores cuidados tanto preventivos como curativos a personas mayores por su propensión a la mortalidad ante el contagio y proporcionar insumos de protección para personal médico indígena.

Otro factor que debió tenerse en cuenta para garantizar su derecho a la salud involucra evitar el ingreso del virus a los territorios donde se asientan, sobre todo en comunidades que cuentan con un número limitado de habitantes, por consiguiente

¹⁸ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *La pobreza en la población indígena de México 2008-2018*, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, México, 2019. Consultado en: https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/Pobreza_Poblacion_indigena_2008-2018.pdf el 14 de enero de 2022.

están en peligro de extinción, un ejemplo son los casos de los *cucapás*, *lacandonos*, *pápagos*, *seris*, las cuales son comunidades que se componen por menos de 500 individuos según los censos más recientes¹⁹, si se contagiasen todos los miembros, se estaría arrasando con los últimos descendientes y desapareciendo un pueblo originario en su totalidad: personas que representan un cúmulo de conocimientos, tradiciones, rasgos culturales e idioma irremplazables. Lo anterior también implicaría, en dado caso, respetar el derecho a la libre determinación de decidir si permanecer en aislamiento voluntario, adhiriéndose a dichas resoluciones.

5. Derecho a la alimentación

Los elevados índices de pobreza entre la población autóctona impedían adquirir una canasta básica antes del inicio de la pandemia, los datos recabados en 2018 mostraban que el porcentaje de población indígena en situación de pobreza es del 69.5% (Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social), la seguridad alimentaria se puso en vilo debido a la escasez de alimentos por falta de producción, exceso de demanda, restricciones de circulación.

La propagación del COVID-19 ha exacerbado una situación en la que ya abundan las desigualdades y discriminación. El aumento de las recesiones a nivel nacional y la posibilidad real de una depresión mundial agravarían aún más la situación, causando un temor de que muchos indígenas mueran, no sólo por el virus en sí, sino también por los conflictos y la violencia vinculados a la escasez de recursos, y en particular de agua potable y alimentos²⁰.

6. Derecho al agua

El derecho al agua y saneamiento es imprescindible para la vida, la falta de acceso a este recurso puede tener graves implicaciones en la salud y las comunidades autóctonas actualmente se encuentran exentas del disfrute de esta prerrogativa, pues solamente el 38.4% del total de población indígena en México cuenta con cobertura de agua entubada al interior de las viviendas. Lo anterior además de atentar directamente contra un derecho fundamental y la dignidad propia de las personas, también imposibilita una de las medidas de higiene

¹⁹ MIRANDA TORRES, Roxana Paola, *El pluriverso jurídico en el constitucionalismo mexicano*, Tirant Lo Blanch, México, 2021.

²⁰ Plataforma Indígena Regional frente al Covid-19, *Los pueblos Indígenas ante la pandemia del Covid-19*. Consultado en: https://observatorio.cl/wp-content/uploads/2020/05/filac_fiay_primer-informe-pi_covid19.pdf el 14 de enero de 2022.

establecidas entre las más importantes para prevenir el contagio: el lavado constante de las manos.

IV] ¿Cómo enfrentan las comunidades indígenas los temas relacionados con la pandemia?

En la historia de México, se destaca el hecho de que cuando nació nuestro mestizaje, entre otras peculiaridades, fue la circunstancia de que los españoles introdujeron virus para aniquilar masas de los integrantes de las comunidades autóctonas, de entre los que destacaron los varones, pues se considera que las mujeres son inmunológicamente más resistentes²¹.

A esta enfermedad, la bautizaron las comunidades autóctonas como el *matlazahuatl* o *vómito negro*, que era lo que hoy conocemos como la influenza o el virus de la gripe. Para los pueblos autóctonos fue una de las causas de gran mortandad, que sumada a los muertos en guerra y a los sacrificados en los procesos de explotación de actividades económicas como la agricultura y minería, factores que acabaron con un gran porcentaje de la población masculina²².

Estos fenómenos propiciaron un machismo muy especial, como lo es el caso de la cultura sincrética en México. Así, la carencia de atención en la salud a la gente en México es una característica desde siempre, se ha evidenciado la falta de atención a los enfermos, que no se cuidan las enfermedades o pandemias, la carencia de hospitales, de recursos humanos como personal médico y de enfermería, así como las medicinas, son problemas ancestrales en México, por tanto, se puede afirmar que es una necesidad ancestral no atendida.

Este hecho cobra mayor relevancia cuando se ha establecido en la Norma Rectora o Constitución, dentro del artículo cuarto, el *derecho a la salud*, pero lo cierto es que desde el *matlazahuatl* hasta el Covid-19, México no ha podido enfrentar los problemas de salud del pueblo, por lo que la atención por parte de las autoridades a la gente en este rubro ha sido mediante un trato discriminatorio, basta ver cómo las autoridades de los diversos niveles de gobierno no se han coordinado para atender a la población, resulta claro que no existe una organización entre los diversos sectores público, privado y social para atender dichos

²¹ BONFIL BATALLA, *Op. Cit.*, pp. 5 y ss.

²² COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *La Sociología Jurídica en México*, Porrúa, México, 2019, pp. 100 y ss.

males, la pandemia ha evidenciado el incumplimiento de derechos constitucionales como el acceso a los servicios de salud.

Así, el proceso de vacunación es discriminatorio para la población en lo general y respecto a las comunidades autóctonas es todavía con mayores niveles de discriminación, dado que la atención hospitalaria, el personal médico, las medicinas y en este caso, las vacunas, se han concentrado más en las áreas urbanas, con especial énfasis en la capital del país, de los entes federados y en algunas ciudades en diversas regiones.

Por lo expuesto, las comunidades autóctonas del país no son atendidas por el sector salud y es así como dichos grupos, ante tal discriminación, por ellos mismos, algunas de ellas han decidido protegerse conforme a sus propios recursos.

Es el caso de las comunidades *wixa* o *wixárika* del norte del Estado de Jalisco, quienes se han aislado, como históricamente lo han hecho ante los ataques y procesos discriminatorios o depredadores de los conquistadores o mestizos, ellos reaccionaron ante el *Covid-19* fortaleciendo su aislamiento y siguiendo sus costumbres, usos, prácticas y tradiciones de su medicina tradicional, dado su histórico y profundo conocimiento de su naturaleza y de cómo la flora es la gran fuente de las medicinas²³.

Por ello, el *Covid-19* ha sido una muestra más de una discriminación histórica, sistemática de todos los sectores y sociedad ante las comunidades autóctonas, que siguen aislados y es por ellos mismos, con sus propios medios y conocimientos, han podido salir adelante.

V] Conclusiones

PRIMERA. Aunque los cimientos sobre los cuales se erigió la Constitución federal mexicana comprenden a los derechos sociales, la población autóctona sigue expuesta a la vulnerabilidad, dicho estado se ha perpetuado en el tiempo, por lo que se puede afirmar que, aunque el sistema jurídico intenta cerrar esa brecha de una forma ficticia, en la realidad no se cumple a cabalidad.

SEGUNDA. La vulnerabilidad de los pueblos indígenas ha obedecido a la discriminación, explotación, abuso, explotación de sus recursos, ahora también por la falta de atención adecuada ante la pandemia, estas situaciones han puesto en riesgo su permanencia y continuidad.

²³ COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús y MIRANDA TORRES, Roxana Paola, *Nomología*, Tirant lo Blanch, México, 2019, pp. 805-814.

TERCERA. Se han acentuado las desigualdades con el inicio de la pandemia puesto que la actualización de estos derechos de por sí era complicada, tomando en consideración el contexto social de México, por lo que el cumplimiento de estos derechos se tornó más difícil ante un panorama de incertidumbre en todos los ámbitos, lo cual evidenció tanto la vulnerabilidad, como las violaciones a los derechos fundamentales de los miembros de estas comunidades.

CUARTA. La respuesta de las comunidades indígenas en México ante la pandemia ha sido el aislamiento voluntario y el fortalecimiento de sus prácticas ancestrales de cuidado y respeto a la madre tierra, pues para ellos la crisis sanitaria mundial es el reflejo del abuso, maltrato y daño a nuestro entorno, a la naturaleza.

Bibliografía

- BONFIL BATALLA, Guillermo, *México Profundo, una civilización negada*, Grijalbo, México, 1994
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *La pobreza en la población indígena de México 2008-2018*, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, México, 2019. Consultado en: https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/Pobreza_Poblacion_indigena_2008-2018.pdf
- COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *La Sociología Jurídica en México*, Porrúa, México, 2019
- COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús y Miranda Torres, Roxana Paola, *Nomología*, Tirant lo Blanch, México, 2019
- FABRA ZAMORA, Jorge Luis y RODRÍGUEZ BLANCO, Verónica (ed.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015
- GALL, Olivia (coord.), *Racismo, mestizaje y modernidad: visiones desde latitudes diversas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007
- GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo, *Los derechos sociales como derechos humanos fundamentales. Su imprescindibilidad y sus garantías*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2011
- Gobierno de México, *Mujeres indígenas, datos estadísticos en el México actual*, México, 2018. Consultado en: <https://www.gob.mx/inpi/es/articulos/mujeres-indigenas-datos-estadisticos-en-el-mexico-actual?idiom=es>
- Instituto Nacional de Geografía y Estadística, *Encuesta Intercensal 2015*, Instituto Nacional de Geografía y Estadística, México, 2015. Consultado en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/intercensal/2015/doc/eic_2015_presentacion.pdf

- Instituto Nacional de Geografía y Estadística, *Presentación de Resultados: Estados Unidos Mexicanos*, Instituto Nacional de Geografía y Estadística, México, 2020. Consultado en https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ccpv/2020/doc/Censo2020_Principales_resultados_ejecutiva_EUM.pdf
- LARA ESPINOSA, Diana, *Grupos en situación de vulnerabilidad*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2013
- Latinus, *La SEP impartirá clases con programas en 24 lenguas indígenas*, México, 2020. Consultado en: <https://ichan.ciesas.edu.mx/libros-de-texto-en-lengua-indigena-contradicciones-en-la-educacion-basica-en-tiempos-de-covid-19/>
- MIRANDA TORRES, Roxana, *Los pueblos originarios en Latinoamérica y el derecho humano a la propiedad*, Tirant Lo Blanch, México, 2019
- MIRANDA TORRES, Roxana Paola, *El pluriverso jurídico en el constitucionalismo mexicano*, Tirant Lo Blanch, México, 2021
- Plataforma Indígena Regional frente al Covid-19, *Los pueblos Indígenas ante la pandemia del Covid-19*. Consultado en: https://observatorio.cl/wp-content/uploads/2020/05/filac_fiay_primer-informe-pi_covid19.pdf
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 2020. Consultado en: <https://dle.rae.es/vulnerable>
- ZAPATERO, Virgilio y GARRIDO GÓMEZ, María Isabel (ed.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá, España, 2009
- VILLAVICENCIO ZARZA, Frida, *Libros de texto en lengua indígena. Contradicciones en la educación básica en tiempos de Covid-19*, México, 2020. Consultado en <https://ichan.ciesas.edu.mx/libros-de-texto-en-lengua-indigena-contradicciones-en-la-educacion-basica-en-tiempos-de-covid-19/>

El derecho a la privacidad en contraposición a la identidad facial como herramienta de seguridad en el Estado Mexicano

INDIRA SOFÍA SORIA MORALES¹

*Ni la muerte, ni la fatalidad, ni la ansiedad,
pueden producir la insoportable desesperación que
resulta de perder la propia identidad.*

Howard Phillips Lovecraft

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Actualidad en México sobre el derecho a la privacidad.* III. *Relación de la identidad facial con el derecho a la intimidad y privacidad.* IV. *Análisis del Derecho a la Identidad Facial vs la seguridad pública.* V. *¿Cuál ha sido el uso de la identidad facial en el mundo en beneficio del derecho penal?* VI. *Perspectiva de la identidad facial: desde una visión occidental y una oriental.* VII. *Postura del gobierno mexicano en cuanto a la identidad facial y sus contradicciones.* VIII. *Ciencias penales y la regulación de la identidad facial.* IX. *Predicciones para vida post-coronavirus.* X. *Conclusiones*

Resumen. La identidad facial es la tecnología que permite identificar a cada persona basándose en videos e imágenes digitales. En este sentido, el reconocimiento facial al ser una parte intrínseca de la persona, tiene relación con el derecho a la intimidad y privacidad. El artículo 16 de la Carta Magna establece que toda persona tiene derecho a la privacidad; pero hasta ahora, no se ha incorporado el concepto de identidad facial. De la misma manera, dicho artículo establece que *las comunicaciones privadas son inviolables*; sin embargo, no es absoluta la *invulnerabilidad* de la que se habla, ya que también prevé que el Estado mexicano puede intervenir en comunicaciones privadas para llegar a la información que necesite por cuestión de seguridad pública.

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad Panamericana *campus* Guadalajara.

Palabras clave: Derecho a la privacidad, derecho a la intimidad, identidad facial, seguridad pública.

Abstract. *Facial identity is the technology that permits to recognize every person through videos and digital images. In this regard, facial recognition is part of the essence of every person and therefore is related to the right to privacy. Moreover, according to article 16 of the Mexican Constitution every person has the right to privacy, however, the term of facial identity has not been included yet. In this line of thought, said article states that private communications are inviolable, nevertheless, this inviolability is not totally granted since the Mexican state is allowed to intervene to obtain information for public security purposes.*

Keywords: *Right to privacy, facial identity, public security.*

I] Introducción

México, es parte de la sociedad occidental, la cual se encuentra en constante evolución. Cuestiones que actualmente están en boga, tan solo una década atrás, no se les tenían en cuenta. Tal es el caso de la identidad facial como elemento de seguridad pública.

El artículo 16 de la Carta Magna, se establece en su segundo párrafo que:

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.

Con lo anterior, se deduce que, hasta la última reforma constitucional, no se ha incluido aún el concepto de identidad facial, ni mucho menos, alguna regulación especial sobre ésta.

Sin embargo, aunque no exista algún precepto constitucional específico sobre el tema o alguna legislación específica, es una realidad que, con el avance de los desarrollos tecnológicos, en la actualidad contamos con la posibilidad de utilizar mecanismos para la realización de nuestras labores cotidianas. Uno de estos mecanismos es la utilización de los datos biométricos de cada persona. Las cuatro características principales

de estos datos son: universales; únicos e intransferibles; permanentes; y, medibles de forma cuantitativa².

Existen diversos datos biométricos, pero el que es relevante para el presente artículo, es el rostro (reconocimiento facial). Los sistemas que utilizan el reconocimiento facial, realizan comparaciones entre muestras biométricas, una previamente recolectada y una posterior. Lo interesante del uso de la identificación facial, es que en la regulación mexicana son catalogados como datos personales; ante esta tendencia que cada vez está más en ascenso, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) emitió una Guía para el Tratamiento de Datos Biométricos³.

La Guía mencionada, emite una serie de recomendaciones con el fin de velar por la protección de los principios rectores de la protección de datos, los cuales son: licitud, lealtad, información, consentimiento, finalidad, proporcionalidad, calidad y responsabilidad⁴.

Aunque en esta guía se marcan los preceptos a seguir para quienes sean poseedores de datos biométricos de terceros, todavía quedan muchas lagunas al respecto de la identidad facial y si se pudiesen considerar como datos sensibles.

Retomando el artículo 16 constitucional, analizado en párrafos anteriores, así como en el artículo 14 del Pacto de San José, se establece el ejercicio de los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición de los datos personales), pero no hacen referencia a la identidad facial o algún otro elemento biométrico⁵.

La hipótesis sobre la cual se pretende abordar en el presente ensayo, es la siguiente: es válido decir que toda persona tiene derecho a la privacidad, de conformidad con lo estipulado en

² GONZÁLEZ, Víctor, México: Tratamiento de Datos Biométricos en la legislación mexicana, Mondaq Contributor BGBG Abogados, México, 2019, <https://www.mondaq.com/mexico/privacy-protection/795734/tratamiento-de-datos-biometricos-en-la-legislacion-mexicana>. Consultado el 23 de septiembre de 2021.

³ *Ídem*.

⁴ ACUÑA, Francisco, Guía para el Tratamiento de Datos Biométricos, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, 2018, p. 21, http://inicio.inai.org.mx/DocumentosdeInteres/GuiaDatosBiometricos_Web_Links.pdf. Consultado el 23 de septiembre de 2021.

⁵ ARREOLA, Javier, *Reconocimiento Facial: 1984 presente en 2019*, Forbes México, <https://www.forbes.com.mx/reconocimiento-facial-1984-presente-en-2019/>. Consultado el 04 de mayo de 2020.

el artículo constitucional citado, pero ésta se ve limitada cuando entra en contraposición a la seguridad nacional, al orden público, a la seguridad y salud públicas o para la salvaguarda de los derechos de terceros.

II J Actualidad en México sobre el derecho a la privacidad

El derecho a la privacidad también reconoce a los derechos relacionados con la información, como fundamentales o humanos: derecho a la información de datos personales y derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.⁶

Cuando se habla del derecho a la protección e información de datos personales, también se refiere al de intimidad y privacidad, pero el primero tiene autonomía propia.⁷

Aunque el derecho a la intimidad deriva del reconocimiento a la libertad personal en la primera generación de derechos humanos, es hasta en la tercera generación que el derecho a la intimidad alcanzó su mayor auge, para dar respuesta al fenómeno de la denominada: *liberties' pollution* (erosión sufrida por los derechos fundamentales a causa de las nuevas tecnologías).

Lo anterior motivó a que se precisara este derecho y se reconocieran nuevas ramas del mismo, tales como: el derecho al honor, a la propia imagen, a la vida privada (desde una perspectiva más amplia), a la protección de datos personales, e inclusive, está en discusión por parte de los doctrinistas, si también a la libertad informática.⁸

Ahora, siguiendo con la línea del texto, cuando se habla del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, tenemos que volver al artículo 16 constitucional, el cual, literalmente establece que *las comunicaciones privadas son inviolables*, aunque después establece que se autoriza su intervención a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, fundando y motivando la causa de su solicitud.

⁶ ARELLANO, Wilma, OCHOA, Ana María, *Derechos de privacidad e información en la sociedad de la información en el entorno TIC*, Revista IUS (online) vol. 7, n. 31, México, 2013, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472013000100010. Consultado el 06 de mayo de 2020.

⁷ Tribunales Colegiados de Circuito, *Protección de datos personales*, Tesis Aislada (Constitucional), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 70, Tomo III, 2019, p. 2199.

⁸ ARELLANO, Wilma, OCHOA, Ana María, *Derechos de privacidad e información en la sociedad de la información en el entorno TIC*, Revista IUS (online) vol. 7, n. 31.

Por lo tanto, se deduce que, en la actualidad jurídica de México, no es absoluta la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, dado que, su intervención está prevista en la Constitución bajo los casos específicos, los cuales en ocasiones son discrecionales por parte de las autoridades a cargo de las solicitudes de intervención.⁹

III J Relación de la identidad facial con el derecho a la intimidad y privacidad

La identidad o reconocimiento facial, es la tecnología que permite identificar a cada persona basándose en videos e imágenes digitales. El reconocimiento facial lleva usándose décadas para hacer comparaciones de fotografías de detenidos; no fue hasta la creación del modelo de auto-etiquetar de *Facebook*, lo que realmente le abrió los ojos a la sociedad, acerca del poder creciente de esta tecnología.¹⁰

De la descripción anterior, se deduce que la relación que tiene la identidad o reconocimiento facial con el derecho a la intimidad y privacidad, deriva de que la primera es parte intrínseca de la persona. Por lo tanto, forma parte de su esfera de derechos en cuanto al reconocimiento de la libertad personal.

El uso (sea por cualquier causa o finalidad) que puedan hacer de su identidad por medio de cualquier tecnología de reconocimiento facial, debe de ser con el conocimiento y consentimiento de la persona de la que se trate.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta que, en la actualidad, el Estado mexicano puede encontrar la manera de llegar a la información que necesite para lograr el reconocimiento facial de algún individuo, mediante la intervención en comunicaciones privadas, de conformidad con los párrafos 12 y 13 del artículo 16 constitucional.

Inclusive, el Pacto de San José prevé, en su artículo 27, que pueden suprimirse algunas de las garantías que forman parte del tratado (la prevista en el artículo 14 para el tema en cuestión), cuando se amenace la seguridad del Estado.

⁹ *Ídem.*

¹⁰ *Op. Cit.* ARREOLA, Javier, *Reconocimiento Facial: 1984 presente en 2019*, Forbes México.

IV] Análisis del derecho a la identidad facial vs la seguridad pública

Hasta ahora la hipótesis obtenida es la siguiente: la persona tiene derechos sobre su identidad facial, pero el Estado puede decidir (de manera discrecional por parte de la autoridad de la que se trate) cuándo retirarlos en beneficio de la seguridad pública.

En la hipótesis, al hablar de seguridad pública, hay que remitirse al artículo 21 de la Constitución, el cual la aborda como una función del Estado a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, que tiene como fines: salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social.

También menciona que comprende la prevención, investigación y persecución de los delitos, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos que la Constitución señala. Además, hace hincapié en que la actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de: legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos.

En este sentido, también deviene otra cuestión, ¿qué es la Seguridad Nacional? El concepto publicado recientemente por el gobierno de México, cita lo siguiente: *de acuerdo con la Estrategia Nacional de Seguridad Pública y al Plan Nacional de Desarrollo el Gobierno de México entiende a la Seguridad Nacional como la condición indispensable para garantizar la integridad y la soberanía nacionales, libres de amenazas al Estado, en busca de construir una paz duradera y fructífera.*¹¹

En cuanto a la limitación del derecho individual de la identidad facial de la persona, en contraposición con las ya mencionadas seguridad pública y nacional, y cuando su derecho vaya en contra de la salud pública o de la salvaguarda de los derechos de terceros, se obtiene lo siguiente: En un intento por analizar en una forma clara y a manera de desglose lo anterior, se plantea que el concepto de seguridad pública, engloba al orden

¹¹ Centro Nacional de Inteligencia, *¿Qué es la Seguridad Nacional?*, Gobierno de México, México, 2020, <https://www.gob.mx/cni/documentos/conoce-que-es-la-seguridad-nacional>. Consultado el 07 de mayo de 2020.

público y la salvaguarda de los derechos de terceros, o por lo menos, alude a ellos en su definición.

De cualquier manera, se estudiarán a continuación; no sin antes estipular ciertas observaciones.

Primeramente, el concepto de seguridad pública queda más claro que el de seguridad nacional, aun así, algunas partes que lo engloban quedan ambiguas, tales como el orden público, ya que, no se define ni en esa parte de la Constitución ni más adelante. Tampoco se hace la aclaración de si la salud pública viene incluida de manera implícita en la salvaguarda de los derechos de terceros (en lo referente a la integridad de las personas).

Asimismo, en el concepto de seguridad pública hace alusión a que las actuaciones de las instituciones de seguridad pública, serán bajo los principios de: legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos, pero surge una cuestión, ¿y si estos principios se contraponen al momento de actuar, por ejemplo el de la eficiencia con el de la legalidad, y por lo tanto no se puedan seguir a línea lo referido en las leyes por el beneficio de la seguridad pública? en el caso anterior, ¿qué pasaría?

La seguridad pública forma parte esencial del bienestar de una sociedad. Cuando existe un Estado de derecho, se generan las condiciones idóneas para que el individuo pueda realizar sus actividades con la confianza de que su vida, patrimonio y demás bienes jurídicos tutelados, no corran ningún riesgo o peligro.¹² Actualmente México se encuentra ante un Estado de derecho fallido, las personas no confían en que exista una seguridad pública competente. Existe delito, pero no hay castigo. Por consiguiente, reina la impunidad.

A pesar de lo descrito anteriormente, cabe destacar la evolución que ha tenido el concepto de seguridad pública, actualmente es mucho más incluyente que en el pasado. En un inicio era fácil de identificar la seguridad pública y el orden público, éste era entendido en un sentido de legalidad, en el que la autoridad ejerce sus facultades y el gobernado obedece a éstas. Con el paso del tiempo, esta concepción no ha sido suficiente. Por consecuencia, el concepto de seguridad pública en la actualidad, además de garantizar el orden público, debe de velar por los derechos y libertades de la colectividad.¹³

¹² GONZÁLEZ, José Antonio, *La seguridad pública en México*, en el libro *Los desafíos de la seguridad pública en México*, Pedro José Peñaloza & Mario A. Garza Salinas (Coord.), UNAM, México, 2002, Pp. 125-135.

¹³ *Ídem*.

La doctrina de González Fernández¹⁴, define al orden público, como *una condición necesaria para la subsistencia del Estado mismo, sin él se está en presencia de una sociedad desordenada, gobernada por el caos y la anarquía, circunstancias que conducen al Estado a su autodestrucción*. El orden público es la base para tener una cohesión social que motiva la existencia del Estado, es por esto que su preservación sea esencial para la conservación y desarrollo de los derechos fundamentales del individuo. Se puede deducir que la finalidad de la seguridad pública en su tutela del orden y paz públicos, tiene como objetivo principal la conservación del Estado de derecho.

Por lo anterior, aunque hasta ahora en México no exista, en el léxico legal, la regulación de la identidad o reconocimiento facial, en una interpretación de la norma con lo que se tiene hasta el día de hoy, se puede deducir que prevalece el orden público sobre el derecho a la libertad personal (que incluye a la intimidad y privacidad, y éstas a su vez englobarían a la identidad facial).

V] ¿Cuál ha sido el uso de la identidad facial en el mundo en beneficio del derecho penal?

Actualmente, el hecho de que se haya expandido el uso de la identidad facial, es consecuencia de la convergencia de las redes extendidas de cámaras, la mejora en cámaras 2D y 3D, bases de datos con millones de fotografías de rostros, existencia de algoritmos de aprendizaje automático, entre otros.¹⁵

Las aplicaciones de identidad facial han logrado tener mayor avance en cuanto a los temas de persecución de delincuentes, algunos que destacan son: en Nueva Delhi, India, la policía usó el reconocimiento facial para identificar a 3 mil niños perdidos y los ayudó a volver con sus familias; en Qingdao, China, en su Festival Anual de Cerveza, las cámaras permitieron detener a veinte delincuentes entre la multitud; en México, se ha utilizado para descubrir a las personas que tienen dos identificaciones oficiales (siendo una de éstas falsa); entre otros más.¹⁶

A pesar de que todos los casos anteriores fueron bastante relevantes en cuestión de ayuda a lograr los objetivos de justicia de cada Estado de conformidad con sus leyes penales, se tiene que

¹⁴ Op. Cit. GONZÁLEZ, José Antonio, *La seguridad pública en México*, en el libro *Los desafíos de la seguridad pública en México*, Pedro José Peñaloza & Mario A. Garza Salinas (Coord.), UNAM, México, 2002, Pp. 125-135.

¹⁵ ARREOLA, Javier, *Reconocimiento Facial: 1984 presente en 2019*, Forbes México.

¹⁶ *Ídem*.

destacar uno en particular: el proyecto de las policías de Orlando, Florida y Washington County, Oregon.

En este caso, las policías mencionadas, procesaron las fotografías de sus residentes con *Amazon Rekognition*¹⁷ y desarrollaron sus propias aplicaciones, con las cuales pueden comparar las caras de las personas. También procesan en tiempo real las videocámaras para identificar personas de interés que están pasando por la calle y que quieran rastrear. Esto generó oposición por parte de organizaciones defensoras de la privacidad, las cuales protestan que su uso es bastante invasivo.¹⁸ Pero ya no hay marcha atrás, los gobiernos velan por la seguridad pública y entre de más medios se alleguen para lograr el Estado de Derecho, mejor.

VI] Perspectiva de la identidad facial: desde una visión occidental y una oriental

El mundo está dividido principalmente en dos grandes perspectivas de llevar la vida; los dos enfoques son desde la cultura occidental y la oriental. De acuerdo con el reconocido filósofo Byung-Chul Han, la primera, es más individualista y reacia a sus gobiernos, no creen tanto en la colectividad y existe un ambiente de desconfianza entre la población y el gobierno, sumándole que, en algunos lugares, como es el caso de México, hay divisiones dentro del mismo pueblo, ya sea por temas de clase o raza. La segunda en cambio, es una sociedad que tiene una conciencia grupal mucho más acentuada que la otra (aunque claro que hay excepciones), los países que conforman este lado del mundo, creen en sus gobiernos y son más obedientes que los del otro lado.¹⁹

Por lo anterior, se puede deducir que, los países del bloque occidental, por su esencia mayormente individualista y por su falta de confianza hacia sus autoridades, son muy escépticos del uso de la identidad o reconocimiento facial.

En cambio, el bloque oriental, que está conformado por poblaciones, que en su mayoría aprueban a sus gobiernos y respetan -o temen- a sus autoridades, no se contraponen de una

¹⁷Amazon Web Services, Amazon Web Series, https://docs.aws.amazon.com/es_es/rekognition/latest/dg/what-is.html. Consultado el 04 de mayo de 2020.

¹⁸ ARREOLA, Javier, *Reconocimiento Facial: 1984 presente en 2019*, Forbes México.

¹⁹ HAN, Byung-Chul, *La emergencia viral y el mundo de mañana*. Byung-Chul Han, *el filósofo surcoreano que piensa desde Berlín*, El País, 2020, https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundo-de-manana-byung-chul-han-el-filosofos-surcoreano-que-piensa-desde-berlin.html?ssm=TW_AM_CM. Consultado el 11 de mayo de 2020.

manera tan renuente a las disposiciones que atañen al implemento de las tecnologías de reconocimiento facial; a excepción de lo que sucedió en el 2019, sobre las protestas en Hong Kong que duraron varias semanas y fueron bastante intensas, en lo alusivo a las cámaras de vigilancias instaladas por su gobierno.²⁰

En la actualidad, el uso de la identidad facial, tiene sus beneficios y eso se ha demostrado sobre todo en el primer trimestre de 2020, en el cual se notó la gran diferencia entre las acciones tomadas por los países del bloque occidental y el oriental (específicamente en lo referente a Europa y Asia), en cuanto al COVID-19, causante de la pandemia que se vive en el mundo actual.

Byung-Chul Han, el filósofo y escritor surcoreano citado, analiza que, los países orientales, en específico Japón, Corea del Sur, China, Hong Kong, Taiwán y Singapur, tienen una mentalidad autoritaria, por una razón de tradición cultural confucionista. Esto ha tenido como consecuencia que las medidas tomadas por los países orientales han sido mayormente acatadas por la población de manera obediente; en cambio, en los países de Europa, parece ser que no pueden controlar la pandemia, un ejemplo es el de Italia, en el que murieron cientos de personas a diario por causa del Coronavirus.²¹

Lo anterior tiene relación con la identidad facial en contraposición de la seguridad pública, en razón de que los países mencionados, en específico el caso de China, han apostado por la vigilancia digital (reconocimiento facial), este país sabe que el *Big Data* tiene el potencial para frenar lo más posible la pandemia. En Asia las pandemias no solo las combaten los virólogos y epidemiólogos (como en el caso de occidente), sino también los informáticos y especialistas en macrodatos.²²

Por lo desarrollado en párrafos anteriores, se concluye que los países de tradición oriental, a diferencia de los de tradición occidental, no tienen una conciencia crítica ante la vigilancia digital, ni siquiera en los países más liberales. China es un caso extremista en cuanto a la vigilancia digital, y aunque quizá para la visión occidental es demasiado invasivo en cuanto a la esfera de los

²⁰ MOZUR, Paul, *En las protestas en Hong Kong, los rostros son armas*, The New York Times, Hong Kong, 2019, <https://www.nytimes.com/es/2019/07/31/espanol/reconocimiento-facial-hong-kong.html>. Consultado el 08 de mayo 2020.

²¹ Op. Cit. HAN, Byung-Chul, *La emergencia viral y el mundo de mañana*. Byung-Chul Han, el filósofo surcoreano que piensa desde Berlín, El País, 2020.

²² Ídem.

derechos humanos de libertad personal, este Estado y sus gobernados, no lo ven así.

En este país, hay 200 millones de cámaras de vigilancia, muchas de ellas provistas de una técnica muy eficiente de reconocimiento facial, toda esta infraestructura de vigilancia digital, ha resultado bastante útil y eficaz para contener la pandemia, dado que, la cámara puede medir la temperatura corporal de las personas y, si ésta es muy alta, les envían un mensaje a su teléfono móvil en donde les comunican que es necesario revisarse.²³

Por otra parte, Europa está pensando de manera muy anticuada en lugar de tomar medidas más eficaces. Sus mecanismos de defensa ante la pandemia han sido cerrar fronteras de entrada de personas externas al continente, poner en cuarentena a toda la población, entre otras que, comparando los resultados entre los dos continentes, las diferencias en cuanto a eficacia, son abismales.

No fue hasta inicios del año 2021 que países como Polonia e Inglaterra, que, a pesar de ser del bloque occidental, analizaron los beneficios del uso del reconocimiento facial en los países orientales, además de su preocupación por el incremento de cepas que afectan a las vacunas. Controlan a los viajeros que ingresan a sus países, lo hacen a través de un sistema en el que las personas entran en cuarentena en un hotel donde los pueden controlar y una vez al día son contactadas para que envíen una fotografía de sí mismos en el lugar donde estén aislados. Se trata de un software de reconocimiento facial y las coordenadas GPS (Sistema de Posicionamiento Global, por sus siglas en inglés) en las que fue captada la fotografía, permitiendo así que, las autoridades controlen que se esté cumpliendo las condiciones estipuladas de cuarentena.²⁴

²³ *Ídem.*

²⁴ XIMENIS, Guillermo, *Reino Unido impone barreras ante el riesgo a cepas que afecten las vacunas*, Inglaterra, 2021, https://www.swissinfo.ch/spa/coronavirus-r-unido--previsi%C3%B3n-_reino-unido-impone-barreras-ante-el-riesgo-a-cepas-que-afecten-a-las-vacunas/46293692. Consultado el 14 de julio de 2021.

La policía Metropolitana de Londres,²⁵ había estado usando un polémico sistema de cámaras de reconocimiento facial en vivo, para identificar a delincuentes en las calles de la ciudad. Se dice polémico, dado que desató opiniones contrarias en la sociedad británica; por una parte, las organizaciones civiles, tales como *Big Brother Watch*²⁶, se mostraron fervientemente en contra del uso de las cámaras de reconocimiento facial, por motivo de violación a derechos humanos fundamentales, como lo es, la identidad facial; por otra parte, el gobierno de Boris Johnson y una serie de fallos judiciales a favor del sistema de reconocimiento facial, consideraron que se debe de implementar el mismo por el bien común y la seguridad pública.²⁷

En 2019, Clare Garvie, investigadora que estudia el reconocimiento facial en *Georgetown Law School* y, Laura Moy, directora ejecutiva del Centro de Privacidad y Tecnología de la misma universidad estadounidense, coescribieron un artículo para la revista de la institución de la que forman parte, bajo el título de: *América bajo vigilancia. Vigilancia facial en los Estados Unidos*²⁸. En éste, se analizan los sistemas de vigilancia de reconocimiento facial que se han implementado en distintos estados del país y las autoras consideran que, ha sido en perjuicio de los ciudadanos. Ya desde

²⁵ A mediados del año 2019, un hombre fue multado en Londres, Inglaterra, por cubrirse ante una cámara para evitar ser reconocido, hasta esa fecha, el Parlamento Europeo, había aprobado la creación de una base de datos con los rostros de los 500 millones de habitantes de la Unión Europea. La tecnología implementada era capaz de reconocer no solamente a una persona de cerca, sino que también puede localizar a alguien y reconocer sus movimientos y lugares a los que se dirija. Altares, Guillermo, *Las máquinas que nos vigilan. Uno de los indicios claros de que algo inquietante está ocurriendo se produce cuando las distopías comienzan a llegar al mundo real*, El País, 2019, https://elpais.com/elpais/2019/06/06/opinion/1559835014_438261.html. Consultado el 14 de julio de 2021.

²⁶ Organización no gubernamental que actúa en pro de los derechos individuales de las personas en contraposición con las estipulaciones de Reino Unido cuando se vulneren sus derechos humanos. Big Brother Watch, <https://bigbrotherwatch.org.uk/>. Consultado el 14 de julio de 2021.

²⁷ DE MIGUEL, Rafael, Nadal, Victoria, *La policía de Londres se dispone a usar las polémicas cámaras de reconocimiento facial La decisión se produce en medio de un gran debate global sobre el uso de esta tecnología*, El País, Inglaterra/España, 2020, https://elpais.com/tecnologia/2020/01/24/actualidad/1579883409_559518.html. Consultado el 14 de julio de 2021.

²⁸ GARVIE CLARE, Moy Laura, *América bajo vigilancia. Vigilancia facial en los Estados Unidos, Georgetown Law, Center on Privacy & Technology*, Estados Unidos, 2019, <https://www.americaunderwatch.com/>. Consultado el 14 de julio de 2021.

el año de 2016 (tres años antes de la investigación), el Centro de Privacidad y Tecnología de la universidad, había emitido un informe sobre el abuso policial de la tecnología de reconocimiento facial.

En el mismo artículo, las autoras recomendaron que las legislaturas estatales adoptaron una legislación en sentido común para la regulación uniforme e integral del uso de reconocimiento facial por parte de las fuerzas policiales. Se concluye en el artículo que, desde la aplicación del software de reconocimiento facial en los estados, han surgido una gran variedad de abusos y perjuicios. No hacen mención de beneficios por el uso del sistema.

Retomando lo descrito al principio de este apartado, se concluye que, entre la cosmovisión oriental y la occidental en cuanto a la libertad personal en contraposición con la seguridad pública, los ciudadanos occidentales no quieren ser vigilados y no confían en sus gobiernos ni policía. Es comprensible por los abusos que llegan a suceder, pero también se debe, tal y cómo se ha ido desarrollando, a la idiosincrasia de los países.

VII] Postura del Gobierno Mexicano en cuanto a la identidad facial y sus contradicciones

El Instituto Nacional Electoral (INE), actualmente tiene un padrón electoral con los datos biométricos de los ciudadanos, éstos son las propiedades físicas, fisiológicas, de comportamiento o rasgos de personalidad, atribuidos a una sola persona y que son medibles (incluyendo el rostro).²⁹

El Gobierno Mexicano sabe que quien tiene el *Big Data* de su población, es quien realmente detenta la soberanía en estos tiempos modernos³⁰. Ahora toma sentido que se haya incluido la palabra *soberanía* dentro del concepto de Seguridad Nacional. El Estado es conocedor de que para lograr tener cierto control de sus gobernados y sentirse libre de amenazas, necesita hacerse de la mayor cantidad de herramientas posibles, que en este caso son los datos biométricos del INE.

Lorenzo Córdova, el presidente del INE, manifestó que existe una imposibilidad legal de que el Instituto pudiese entregar los datos solicitados por la Secretaría de Gobierno a principios de

²⁹ HERNÁNDEZ, Mauricio, *Segob pide datos biométricos del padrón electoral; INE dice no*, Forbes México, México, 2020, <https://www.forbes.com.mx/segob-solicita-datos-biometricos-del-padrón-electoral-al-ine/>. Consultado el 15 de mayo de 2020.

³⁰ MAGNANI, Esteban, *Big data y política*, Nueva Sociedad N° 269 mayo-junio 2017, Argentina, 2017, <https://nuso.org/articulo/big-data-y-politica/>. Consultado el 23 de septiembre de 2021.

2020. Fue certera la posición del INE de no entregar los datos biométricos, aun cuando se argumentara por parte de la Secretaría que los necesitaba para dar cauce al proyecto del Registro Nacional de Población (RENAPO), para cumplir con el derecho a la identidad que está consagrado en la Constitución.³¹

La posición de Córdova fue muy bien vista por gran parte de la ciudadanía mexicana³², debido a que, en su mayoría, exigen que el Ejecutivo (a través de la SEGOB), no se entrometa con la información confidencial que le compete resguardar al INE, dicha institución es la tercera con mayor confiabilidad por parte de la población (seguida del Ejército y la Marina) confían en organismos con mayor independencia, tal es el caso del INE, que por ser descentralizado del Estado, tiene mayor libertad de actuación que cualquier Secretaría que está a merced del Ejecutivo.

Con esta actuación, se evitó el uso de la frase de Lord Acton: *El poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente*³³. Realmente se vivió una división de facultades en el país, en este sexenio donde impera cierto autoritarismo por parte de la silla presidencial.

Además, hasta el año de 2016, una investigación realizada por R3D (Red en Defensa de los Derechos Digitales) y del periódico El Economista, obtuvo estadísticas elaboradas en donde la renuncia de la privacidad con el creciente espionaje gubernamental, en aras de una mayor seguridad para los ciudadanos, es una farsa.

La muestra más evidente fue encontrada en Veracruz, donde a través de su Fiscalía General, ha sido el estado que desde 2013 ha ejercido mayores acciones de vigilancia a las comunicaciones privadas al pedir información de los usuarios a las operadoras de telecomunicaciones (metadatos), pero no se han

³¹ *Ídem*.

³² De acuerdo con la Encuesta Nacional de Cultura Cívica (ENCUCI) 2020, el Instituto Nacional Electoral (INE) es la tercera institución con mayor nivel de confianza de la población, con 59.6% nivel de aprobación de los entrevistados. Vallejo Guadalupe, *El Ejército y la Marina*, las instituciones en las que más confían los mexicanos, *Expansión política*, México, 2021, <https://politica.expansion.mx/mexico/2021/03/24/el-ejercito-y-la-marina-las-instituciones-en-las-que-mas-confian-los-mexicanos>. Consultado el 23 de septiembre de 2021.

³³ HUETE, Luis, *¿El poder corrompe?*, *Nuestro Tiempo* revista cultural y de cuestiones actuales N°711, Universidad de Navarra, España, 2019, <https://nuestrotiempo.unav.edu/es/colaboran/poder-corrompe>. Consultado el 23 de septiembre de 2021.

visto resultados reflejados en la baja del índice de criminalidad, proporcionales a la cantidad de información requerida.³⁴

Por lo anterior, la sociedad ya no confía en las autoridades. La impunidad rebasa cualquier situación en este país; quizá la ciudadanía no sería tan renuente a ceder parte de su privacidad, si lo que recibiera a cambio es lo tan anhelado desde siempre: la seguridad pública.

VIII] Ciencias penales y la regulación de la identidad facial

Las ciencias penales tienen un papel fundamental en la regulación que viene con el reconocimiento facial. Desde la trinchera de la investigación jurídica, se debe lograr un método jurídico que combine una reestructura social y jurídica.

Una buena utilización de la identidad facial para lograr una verdadera seguridad pública, sería de gran avance para lograr vivir realmente en un Estado de derecho, en donde lo que rija sea la justicia y el orden público, y no la impunidad y el sentir que se vive en tierra de nadie.

Para lograr que lo anterior no sea solamente un ideal utópico, se debe de buscar la creación de nuevos marcos jurídicos penales en los que se empleen sanciones pecuniarias al estilo anglosajón de daños punitivos (combinando el derecho penal con el análisis económico del derecho) en lugar de penas corporales, para así lograr ver reflejado un cambio real en la sociedad.

Los principios que den pauta al marco jurídico de la regulación de la identidad, podrían ser³⁵: i.- Derecho comparado: análisis de legislaciones extranjeras donde ya se regule el reconocimiento facial. ii.- Casos especiales: casos de uso prohibido o de alta regulación. iii.- Protección: basándose en los derechos humanos. iv.- Transparencia: comunicación entre Estado y gobernados; teniendo especial cuidado en evitar la burocracia a toda costa. v.- Creación de un comité: permanente con profesionales de diversas áreas para que la legislación esté en constante revisión. vi.- Vigilancia: instituir un organismo de vigilancia permanente que trabaje en conjunto con la Procuraduría

³⁴ SÁNCHEZ, Julio, *Contra el falso paradigma de privacidad vs seguridad*, El Economista, México, 2016, <https://www.economista.com.mx/tecnologia/Contra-el-falso-paradigma-de-privacidad-vs.-seguridad-20161203-0014.html>. Consultado el 15 de mayo de 2020.

³⁵ Arreola, Javier, *Ruta a la regulación del Reconocimiento Facial*, Forbes México, México, 2019, <https://www.forbes.com.mx/ruta-a-la-regulacion-del-reconocimiento-facial/>. Consultado el 15 de mayo de 2020.

General de la República, para velar por el buen manejo de la información de las personas.

Un primer paso sería, de acuerdo con el numeral "i" del párrafo anterior, investigar en legislaciones extranjeras sobre el tema.

Hasta mediados del 2020, se contaban 109 países en la lista de los que utilizan o han aprobado la vigilancia de reconocimiento facial. La empresa tecnológica *Surfshark* ha analizado el estado de la videovigilancia en 194 países y su conclusión fue: 109 países utilizan o han usado el reconocimiento facial. Solamente Bélgica ha declarado ilegal el reconocimiento facial y Francia y Suecia lo prohíben de manera expresa en los casos de escuelas. En Europa, la tecnología del reconocimiento facial ha sido aprobada para su uso en 32 países.³⁶

Retomando el tema mencionado en apartados anteriores de la presente investigación, se hace notoria la dicotomía entre el bloque occidental y oriental. Mientras países como China vigilan de manera excesiva a su población, en Estados Unidos, la multinacional IBM (*International Business Machines*, por sus siglas en inglés), emitió a mediados de 2020, una carta al Congreso donde asegura que no ofrecerá software de análisis o reconocimiento a las fuerzas del orden público.³⁷

En México, a principios del año 2019, el gobernador del estado de Coahuila, Miguel Ángel Riquelme Solís, anunció la compra de 1,100 cámaras de vigilancia que se estarían instalando en Saltillo y Torreón, dos ciudades estratégicas para la prevención de crímenes con la tecnología adquirida³⁸. Hasta esa fecha se anunciaba que el contrato con la empresa china *Dahua*, la vendedora de la tecnología de reconocimiento facial, aún no estaba concretado.³⁹

³⁶ Levanta la cabeza, 109 países utilizan o han aprobado la vigilancia de reconocimiento facial, Atresmedia revista digital, España, 2020, https://compromiso.atresmedia.com/levanta-la-cabeza/actualidad/109-paises-utilizan-han-aprobado-vigilancia-reconocimiento-facial_202006095edf4294f8f8bb0001657e86.html#. Consultado el 23 de septiembre de 2021.

³⁷ *Ídem*.

³⁸ Xataka México, Coahuila será el primer estado en México que instalará cámaras con reconocimiento facial: esto sabemos de la tecnología que usarán, México, 2019, <https://www.xataka.com.mx/seguridad/coahuila-sera-primer-estado-mexico-que-instalara-camaras-reconocimiento-facial-esto-sabemos-tecnologia-que-usaran>. Consultado el 23 de septiembre de 2021.

³⁹ La Redacción (seudónimo), Coahuila, primer estado que instalará cámaras con reconocimiento facial, U-GOB revista digital, México, 2019, <https://u-gob.com/coahuila->

Sin embargo, para finales de 2020, Coahuila seguía en vías de implementar el sistema de video vigilancia para identificar los rostros de las personas. El día 27 de septiembre de 2020, en la Plaza de Armas de Saltillo, tres cámaras dispuestas en una torre de seguridad, cuatro en un edificio, dos instaladas en los extremos del Palacio de Gobierno y tres más en la puerta de entrada, captaron a un grupo de feministas manifestándose por el feminicidio de la joven Alondra Gallegos. Esta fue la primera vez en México que las caras de decenas de personas quedaron grabadas en los servidores del nuevo sistema de vigilancia.⁴⁰

Un día después de la manifestación feminista, el sistema ya registraba más de 44.7 millones de capturas de imágenes de rostros en Coahuila. A decir de las autoridades, el sistema pudo distinguir a personas inclusive con cubrebocas o pasamontañas. A pesar de que el proyecto inició en 2019, no ha sido completado debido a obstáculos técnicos, legales y políticos; uno de éstos, de índole legal, ha sido la inexistencia de marcos legales que regulen el uso de datos biométricos y, las estrategias oficiales para proteger los derechos humanos en relación con la tecnología, dado que éstas han sido superficiales.⁴¹

Con lo anterior, se concluye que los estados que sean pioneros en la materia de identificación facial, tendrán que colaborar en conjunto con los analistas de ciencias penales, para definir el marco legal a seguir, basándose en el derecho existente de otros países, y así, adecuar la norma que mejor vaya con el país.

IX | Predicciones para vida post-coronavirus

Una predicción que puede suceder, es que China decida vender su sistema tecnológico de identidad facial, y México, debido a la conmoción que está viviendo, decida comprarlo, que no resultaría del todo ilógico, debido a que, como ya se mencionó en el apartado anterior, el estado de Coahuila inició trámites con

primer-estado-que-instalara-camaras-con-reconocimiento-facial/. Consultado el 23 de septiembre de 2021.

⁴⁰ PÉREZ, Federico, ROBLES, Paloma, Vigilancia biométrica: el tortuoso camino de Coahuila hacia el reconocimiento facial, Quinto Elemento, México, 2020, <https://quintoelab.org/project/vigilancia-biometrica-reconocimiento-facial-coahuila>. Consultado el 23 de septiembre de 2021.

⁴¹ *Ídem*.

este país para adquirir las cámaras de seguridad con reconocimiento facial⁴².

En China, la vigilancia excesiva de cámaras de reconocimiento facial a sus ciudadanos, era algo que inquietaba bastante antes de la pandemia por el coronavirus. Con la emergencia sanitaria, este tipo de vigilancia está siendo aceptada y bien recibida, cada vez más por su población, debido a que, en esa parte del mundo, donde las garantías de privacidad son casi inexistentes y parece ser mejor aceptado el control por parte de sus autoridades⁴³.

Entonces lo que pasará es que, lo que es la excepción a la regla (solicitar la identidad facial en casos específicos), se convierta en la regla general.

Lo anterior, naturalmente, afectaría la esfera privada de los derechos de las personas en su vida cotidiana. Se tiene que repensar la realidad actual y su relación con las ciencias penales. Esto va o puede cambiar de una manera inminente, estamos siendo avisados. A partir de lo que está sucediendo con el COVID-19 queda claro que lo que le afecte a un país le afecta al mundo.

Por consecuencia de los eventos actuales, es más que probable que cambie el *statu quo*. El derecho a la privacidad en los países occidentales se verá afectado (para bien o para mal). Una analogía que se vive en México, podría ser el caso de las facultades de comprobación electrónicas que tiene el SAT. Hoy en día, las revisiones son realizadas con información que la autoridad ya tiene de antemano, a diferencia de lo que sucedía décadas atrás, cuando la autoridad tenía que hacer visitas domiciliarias sin tener otra opción. Lo mismo podría ocurrir con el uso de la identidad facial.

Por lo manifestado en el párrafo anterior, en palabras de Dan Brown⁴⁴, surgirá la siguiente interrogante: *¿quién vigilará a los vigilantes? Si nosotros somos los vigilantes de la sociedad, ¿quién nos vigilará y procurará que no seamos peligrosos?* Es aquí donde

⁴² *Op. Cit.* La Redacción (seudónimo), *Coahuila, primer estado que instalará cámaras con reconocimiento facial*, U-GOB revista digital, México, 2019, <https://u-gob.com/coahuila-primer-estado-que-instalara-camaras-con-reconocimiento-facial/>. Consultado el 23 de septiembre de 2021.

⁴³ *Óp. Cit.* Levanta la cabeza, *109 países utilizan o han aprobado la vigilancia de reconocimiento facial*, Atresmedia revista digital, España, 2020, https://compromiso.atresmedia.com/levanta-la-cabeza/actualidad/109-paises-utilizan-han-aprobado-vigilancia-reconocimiento-facial_202006095edf4294f8f8bb0001657e86.html#. Consultado el 23 de septiembre de 2021.

⁴⁴ BROWN, Dan, *La fortaleza digital*, Editorial Libra, Estados Unidos, 1998, Pp. 146-147.

toman cabida las ciencias penales, éstas tendrán la obligación de actuar y proporcionar nuevas medidas para los nuevos problemas y retos que vendrán. Todo sea por preservar el Estado de derecho.

X] Conclusiones

De acuerdo con el desarrollo del presente artículo, se puede concluir que, de conformidad con el artículo 16 constitucional, se protege a la persona en cuanto a su derecho a la privacidad. Aunque el precepto establece que las comunicaciones privadas son inviolables, esto no es absoluto, dado que, también se prevé que el Estado mexicano pueda intervenir en las mismas en caso de necesitarlas para salvaguardar la seguridad pública. Entonces, en síntesis, los mexicanos tienen derecho sobre su privacidad —que incluye el derecho sobre su identidad facial—, pero el Estado decide de manera discrecional cuando hacer uso de su facultad para obtener los datos que requiera si el orden público corre peligro.

Otra conclusión, es que en México el concepto de orden público, queda muy ambiguo, pero de acuerdo con la doctrina estudiada, es considerada como una condición necesaria para la subsistencia del Estado mismo y así, evitar cualquier circunstancia que lo conduzca a la autodestrucción. Entonces, de acuerdo con lo previsto en la Constitución, aunque aún no exista de manera explícita en nuestras regulaciones, en una interpretación de la norma actual, se puede deducir que prevalece el orden público sobre el derecho a la libertad personal —aunque sea algo tan íntimo como la identidad facial—.

Del análisis de la conclusión anterior, deviene otra más: el problema radica en que los ciudadanos mexicanos, de acuerdo con las estadísticas obtenidas de la Encuesta Nacional de Cultura Cívica (ENCUCI) 2020, prefieren que su información confidencial, en donde hayan otorgado su identidad facial —o cualquier dato biométrico de identificación—, sea resguardado por organismos desconcentrados, tales como el Instituto Nacional Electoral (INE), en lugar de secretarías centralizadas, como es el caso de la Secretaría de Gobernación (SEGOB), que buscaba obtener los datos biométricos del INE para su Registro Nacional de Población (RENAPO). En relación con el análisis visto en el apartado VI del presente artículo, los países del bloque occidental —del que México es parte— no son partidarios de los gobiernos muy paternos o autoritarios, a diferencia de los del bloque oriental, que confían más en sus gobiernos, y siguen las órdenes tal y cómo se indican —caso de China que tiene alrededor de 200 millones de

cámaras de vigilancia de identidad facial—, en donde la mayoría de sus ciudadanos no muestran inconformidades con la vigilancia excesiva por parte de sus autoridades.

Algo más que se concluye del estudio, es que, el uso de la identidad facial tiene sus ventajas. Algunos de sus beneficios se demostraron durante la pandemia del COVID-10, en el primer trimestre de 2020. China, por sus vastas redes de vigilancia —las cuales cuentan con detector infrarrojo para medir la temperatura de las personas—, pudo detectar a tiempo a los sospechosos de haber contraído la enfermedad, y, además, les avisaba por medio de mensajes de texto a las personas que estuvieron expuestas al contagio por haber estado cerca de los sospechosos. Por tal motivo, pudieron controlar la pandemia mucho antes que cualquier otro país del mundo. En cambio, países del bloque occidental, tales como Italia, se contagiaron numerosas veces por no tener herramientas del tipo, y además por no seguir órdenes de sus autoridades en cuanto a medidas de confinamiento.

Una última conclusión es que, falta mucho por investigar sobre este tema y que beneficios y contradicciones podrían acarrear de implementarse de manera general y uniforme en México. Actualmente, Coahuila es el primer estado del país que ha implementado las cámaras de seguridad con identificación facial. Sin embargo, desde el 2019 ha intentado desarrollar su proyecto, pero se ha enfrentado con varios obstáculos debido a la falta de regulación legal en el tema y también, de cómo se abordaría desde una perspectiva que se encuadre con los derechos humanos de las personas.

Referencias

ACUÑA, Francisco, Guía para el Tratamiento de Datos Biométricos, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, 2018, p. 21, http://inicio.inai.org.mx/DocumentosdelInteres/GuiaDatosBiometricos_Web_Links.pdf.

ALTARES, Guillermo, *Las máquinas que nos vigilan. Uno de los indicios claros de que algo inquietante está ocurriendo se produce cuando las distopías comienzan a llegar al mundo real*, El País, 2019, https://elpais.com/elpais/2019/06/06/opinion/1559835014_438261.html. Consultado el 14 de julio de 2021.

Amazon Web Services, Amazon Web Series, https://docs.aws.amazon.com/es_es/rekognition/latest/dg/what-is.html. Consultado el 04 de mayo de 2020.

Amazon Web Services, Amazon Web Series, https://docs.aws.amazon.com/es_es/rekognition/latest/dg/what-is.html. Consultado el 04 de mayo de 2020.

ARELLANO, Wilma, Ochoa, Ana María, *Derechos de privacidad e información en la sociedad de la información en el entorno TIC*, Revista IUS (online) vol. 7, n. 31, México, 2013, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472013000100010. Consultado el 06 de mayo de 2020.

ARREOLA, Javier, *Reconocimiento Facial: 1984 presente en 2019*, Forbes México, <https://www.forbes.com.mx/reconocimiento-facial-1984-presente-en-2019/>. Consultado el 04 de mayo de 2020.

Big Brother Watch, <https://bigbrotherwatch.org.uk/>. Consultado el 14 de julio de 2021.

Centro Nacional de Inteligencia, *¿Qué es la Seguridad Nacional?*, Gobierno de México, México, 2020, <https://www.gob.mx/cni/documentos/conoce-que-es-la-seguridad-nacional>. Consultado el 07 de mayo de 2020.

BROWN, Dan, *La fortaleza digital*, Editorial Libra, Estados Unidos, 1998, Pp. 146-147.

DE MIGUEL, Rafael, Nadal, Victoria, *La policía de Londres se dispone a usar las polémicas cámaras de reconocimiento facial La decisión se produce en medio de un gran debate global sobre el uso de esta tecnología*, El País, Inglaterra/España, 2020, https://elpais.com/tecnologia/2020/01/24/actualidad/1579883409_559518.html. Consultado el 14 de julio de 2021.

GARVIE CLARE, Moy Laura, *América bajo vigilancia. Vigilancia facial en los Estados Unidos*, Georgetown Law, Center on Privacy & Technology, Estados Unidos, 2019, <https://www.americaunderwatch.com/>. Consultado el 14 de julio de 2021.

GONZÁLEZ, José Antonio, *La seguridad pública en México*, en el libro *Los desafíos de la seguridad pública en México*, Pedro José Peñaloza & Mario A. Garza Salinas (Coord.), UNAM, México, 2002, Pp. 125-135.

GONZÁLEZ, Víctor, *México: Tratamiento de Datos Biométricos en la legislación mexicana*, Mondaq Contributor BGBG Abogados, México, 2019, <https://www.mondaq.com/mexico/privacy-protection/795734/tratamiento-de-datos-biometricos-en-la-legislacion-mexicana>

HAN, Byung-Chul, *La emergencia viral y el mundo de mañana. Byung-Chul Han, el filósofo surcoreano que piensa desde Berlín*, El País, 2020, https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundo-de-manana-byung-chul-han-el-filosofo-surcoreano-que-piensa-desde-berlin.html?ssm=TW_AM_CM. Consultado el 11 de mayo de 2020.

HUETE, Luis, *¿El poder corrompe?*, Nuestro Tiempo revista cultural y de cuestiones actuales N°711, Universidad de Navarra, España, 2019, <https://nuestrotiempo.unav.edu/es/colaboran/poder-corrompe>. Consultado el 23 de septiembre de 2021.

La Redacción (seudónimo), *Coahuila, primer estado que instalará cámaras con reconocimiento facial*, U-GOB revista digital, México, 2019, <https://u->

gob.com/coahuila-primer-estado-que-instalara-camaras-con-reconocimiento-facial/

Levanta la cabeza, *109 países utilizan o han aprobado la vigilancia de reconocimiento facial*, Atresmedia revista digital, España, 2020, https://compromiso.atresmedia.com/levanta-la-cabeza/actualidad/109-paises-utilizan-han-aprobado-vigilancia-reconocimiento-facial_202006095edf4294f8f8bb0001657e86.html#

MAGNANI, Esteban, *Big data y política*, Nueva Sociedad N° 269 mayo-junio 2017, Argentina, 2017, <https://nuso.org/articulo/big-data-y-politica/>
PÉREZ, Federico, ROBLES, Paloma, *Vigilancia biométrica: el tortuoso camino de Coahuila hacia el reconocimiento facial*, Quinto Elemento, México, 2020, <https://quintoelab.org/project/vigilancia-biometrica-reconocimiento-facial-coahuila>

SÁNCHEZ, Julio, *Contra el falso paradigma de privacidad vs seguridad*, El Economista, México, 2016, <https://www.economista.com.mx/tecnologia/Contra-el-falso-paradigma-de-privacidad-vs.-seguridad-20161203-0014.html>. Consultado el 15 de mayo de 2020.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Protección de datos personales*, Tesis Aislada (Constitucional), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 70, Tomo III, 2019, p. 2199.

VALLEJO, Guadalupe, *El Ejército y la Marina, las instituciones en las que más confían los mexicanos*, Expansión política, México, 2021, <https://politica.expansion.mx/mexico/2021/03/24/el-ejercito-y-la-marina-las-instituciones-en-las-que-mas-confian-los-mexicanos>

Xataka México, *Coahuila será el primer estado en México que instalará cámaras con reconocimiento facial: esto sabemos de la tecnología que usarán*, México, 2019, <https://www.xataka.com.mx/seguridad/coahuila-sera-primer-estado-mexico-que-instalara-camaras-reconocimiento-facial-esto-sabemos-tecnologia-que-usaran>.

XIMENIS, Guillermo, *Reino Unido impone barreras ante el riesgo a cepas que afecten las vacunas*, SWI swissinfo.ch, Inglaterra, 2021, https://www.swissinfo.ch/spa/coronavirus-r-unido--previsi%C3%B3n-_reino-unido-impone-barreras-ante-el-riesgo-a-cepas-que-afecten-a-las-vacunas/46293692

Reseñas de libros

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
17 SEMESTRE II
2021

Reseña del libro

Derecho Contractual Internacional

Autor: Diego Robles Farías

Tirant Lo Blanch, México, 2021

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN¹



Hacer una reseña o recensión, como diríamos quienes nacimos del otro lado del *charco*, es una oportunidad única de publicitar, y así impactar, con la puesta en sociedad de una obra que se estima, desde ya, como referencia imprescindible; hacerlo cuando es la obra de un gran amigo es un deleite porque se une el orgullo de la calidad teórica/práctica que como jurista le caracteriza a nuestro autor, con el honor de cultivar la amistad de un colega que se

caracteriza, a su vez, por su calidad humana, bonhomía y generosidad. Aún con este inicio, no falto de subjetividad, no nos queda la menor duda de que la lectora o el lector coincidirán con cada apreciación vertida en este párrafo y en los subsiguientes.

Cuando hablamos de derecho internacional privado (DIPr), el área en el que se encuentra inserto el derecho contractual internacional, nuestras cátedras comienzan por enfatizar, a nuestros oyentes, que el DIPr se caracteriza por su alto grado de complejidad al interactuar la normativa convencional no solo con normas de origen doméstico o nacional sino con normas procedentes del ámbito internacional. De igual manera, cuando impartimos nuestra asignatura, de manera comprometida y seria, ponemos en evidencia la necesidad de impartir una materia de manera completa y de manera actualizada. En ese sentido, al referirnos a las fuentes internacionales expresamos que provienen de diferentes organismos, los denominados foros de codificación

¹ Postdoctora por la *Mediterranea International Centre for Human Rights Research* (MICHR) de la Università Mediterranea di Reggio Calabria, Italia. Doctora por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España. Investigadora Titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM). Investigadora Nacional, CONACyt, Nivel III.

universales o regionales destacando que entre ellos no hay jerarquía o prevalencia de unos sobre los otros.

Un DIPr que no solo maneja instrumentos internacionales de los denominados tradicionales, *Hard Law*, a través de Convenios y Pactos, entre otros, sino que interactúa con instrumentos internacionales de derecho flexible o suave, *Soft Law*, como Resoluciones, Guía de Buenas Prácticas, Recomendaciones/Conclusiones derivadas de Comisiones Especiales, entre otros y en donde subrayamos la oportunidad de complementar ambos instrumentos internacionales dando, a su vez, la actualidad necesaria a la normativa internacional gestada y creada tiempo atrás y para una realidad diferente. Por último, por acotar, ésta es un área del conocimiento jurídico cuyos sectores constitutivos de su contenido no se quedan anclados en los tradicionales, sino en los más preeminentes, a saber: 1. Competencia judicial; 2. Derecho aplicable; 3. Reconocimiento y ejecución de sentencias en el extranjero y 4. Cooperación.

Con este preámbulo, queremos presentar un panorama amplio que permita atraer, subrayar y reforzar la relevancia del derecho contractual internacional en la actualidad. A un mundo globalizado e interconectado debe corresponder un derecho del mismo tipo, es decir, un derecho internacionalizado y homogéneo que otorgue seguridad y previsibilidad a las transacciones internacionales.

Todo ello cobra sentido cuando sabemos que en México – al igual que en otros contextos internacionales- nos encontramos ante una "maraña" normativa a la cual difícilmente se le puede dar seguimiento y, mucho menos aún, se le puede dar coherencia, desde el momento mismo en el que hay contradicciones entre lo enunciado en una norma y otra, ya sea a nivel autónomo o convencional. El DIPr., como expresamos, es una materia de una complejidad altísima, se ve inmerso en una secuencia de incongruencias que produce una falta de seguridad jurídica desde el mismo momento en el que no tenemos, por ejemplo, normas específicas para dar cobertura al primero de los campos de contenido del DIPr., como es la competencia judicial internacional, base fundamental para poder dar o solicitar, por ejemplo, el reconocimiento, eficacia y ejecución a una sentencia extranjera.

Prácticamente en todos los sistemas u ordenamientos jurídicos se encuentra una clara división entre las normas procesales y las conflictuales de DIPr.; en México, además de no contar con dicha división, le agregamos la pluralidad de códigos locales y la existencia de leyes especiales que contienen normas de DIPr., de ahí que expresemos que la "dispersión normativa" implica una

necesaria armonización, unificación de los métodos o sistemas de DIPr., en la que tendría un significado de interés la puesta en común de técnicas de reglamentación flexibles, coherentes, a través, por ejemplo, de leyes modelo o a través de leyes especiales.

Por todo ello, afirmamos junto con Diego Robles, que la tendencia de la comunidad internacional se encamina hacia la uniformidad del derecho y donde más se hace evidente esa tendencia es en el derecho contractual internacional.

El libro describe la ruta que se ha seguido para lograr la uniformidad del derecho contractual internacional, a través de dos caminos: la unificación mediante la celebración de tratados internacionales (*Hard Law*) y la armonización a través de instrumentos de derecho uniforme no vinculantes, como leyes modelo, principios, etcétera (*Soft Law*), creados por instituciones internacionales, que los países pueden tomar y promulgar como derecho interno o las partes pueden someterse a ellos para regir los contratos internacionales que celebren. No olvidemos que los instrumentos de *Soft Law* tienen dos características principales, por un lado, la falta de poder de vinculación directa, tal y como acabamos de expresar y, por otro lado, su innegable influencia en el futuro desarrollo legislativo y su referencia en la actuación judicial.

En ese mismo sentido, se analizan en la obra los principales instrumentos de derecho uniforme -*Hard Law* y *Soft Law*- que pretenden regular la contratación internacional, tales como: i.- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG). ii.- Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT). iii.- Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL). iv.- Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía (CEC). v.- Draft Common Frame of Reference (DCFR). vi.- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (MLEC). vii.- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firma Electrónica (MLES). viii.- Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (E-CC). ix.- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos. x.- Términos Internacionales de Comercio de la Cámara de Comercio Internacional (INCOTERMS).

De igual manera, se repasan los principios fundamentales que rigen la contratación internacional, como la Buena Fe y Lealtad Negocial, tomado de la tradición latina (*Civil Law*) y el principio de Razonabilidad (*Common Law*). En el último capítulo se hace un ejercicio de derecho comparado acerca de la formación del

contrato internacional y la forma como se regula en los distintos instrumentos de derecho comparado.

Con todo el panorama arriba descrito, vemos cómo la obra va dirigida a la comunidad jurídica en general, y a los estudiantes de derecho en particular, en donde se cuidó el no hacer referencia al derecho nacional mexicano, únicamente a los instrumentos de derecho uniforme señalados y, por ello, puede ser utilizado en todos los sistemas jurídicos, fundamentalmente, que pertenecen a la tradición jurídica de occidente, entre los que se encuentra el *Civil Law* y el *Common Law*, dada la tendencia más actual hacia el acercamiento de las fuentes de ambas sistemas o familias jurídicas. Así lo manifiesta René David cuando nos dice que más que en la teoría de las fuentes, la diferencia fundamental entre el sistema del *Common Law* y el *Civil Law* la encontramos en la estructura que la doctrina ha dado a cada uno de ellos, en la profunda diversidad de nociones jurídicas, de los conceptos y de la ordenación de las normas de derecho que manejan sus respectivos juristas.

Ciñéndonos a la estructura de la obra, Diego Robles decidió abarcar el contenido arriba referido en el 9 capítulo. De esta manera, para poder ampliar la información vertida en los mismos, revisamos cada uno de dichos capítulos y así, el *Capítulo Primero: El derecho contractual en la época postmoderna*, contextualiza al derecho contractual internacional a través del tiempo. Se menciona la evolución que ha tenido a través de las distintas épocas y se hace especial énfasis en dos momentos que constituyen los paradigmas de la evolución del derecho actual: las grandes codificaciones del siglo XIX y los juicios de Núremberg después de la Segunda Guerra Mundial.

Con respecto al *Capítulo Segundo: Hacia la uniformidad del derecho contractual internacional*, nuestro autor se centra en el análisis del proceso de uniformidad del derecho que surge como consecuencia de la globalización y del crecimiento del comercio a nivel mundial. Se señalan las distintas familias, sistemas o tradiciones jurídicas que operan en la actualidad en el mundo, una labor de análisis comparativo realmente encomiable y hace notar la guerra que existe entre el *Common Law* y el *Civil Law*, según la Organización mundial del comercio (OMC), el Fondo monetario internacional (FMI) y, sobre todo, el Banco mundial (WB) a través de los informes *doing business* y la percepción de que el *Common Law* regula de mejor manera al comercio internacional por ser más práctico y menos dogmático. Una apreciación que no va en contra de la aseveración que hicimos al inicio de esta reseña cuando, a nivel general, vemos una tendencia hacia el acercamiento entre estos dos sistemas jurídicos o familias jurídicas que componen la

tradición jurídica de occidente. El Dr. Robles incluso llega a la conclusión que, aun visualizando dos modos de pensar, crear y ejecutar el derecho, casi siempre ambos llegan a las mismas conclusiones, pero por distintos caminos. Finalmente, cada tradición funciona correctamente en los países que tienen Estado de derecho (Rule of Law): por ejemplo, Francia y Alemania con el *Civil Law*; Inglaterra y Estados Unidos de América con el *Common Law*.

Con ello, volvemos, de nueva cuenta, a mantener que, si los distintos derechos nacionales constituyen un obstáculo para el desarrollo del comercio internacional, se concluye que uno de los medios para vencer ese obstáculo es *uniformando* el derecho comercial internacional. Finaliza este capítulo segundo con la mención de distintos instrumentos para la uniformidad (CISG, Principios UNIDROIT, Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), *Draft Common Frame of Reference*) y las instituciones internacionales que trabajan para lograrlo: HCCH, UNIDROIT, CNUDMI, ICC, CIDIP.

En el *Capítulo Tercero: Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG)*, se analiza esta Convención de 1980, un tratado internacional de *Hard Law*, proveniente del foro de codificación que representa la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, más conocida como UNCITRAL por sus siglas en inglés), y el cual inicia una nueva etapa en el desarrollo del derecho contractual internacional.

La CISG, por primera vez, combina normas provenientes de los dos –multimencionados– principales sistemas jurídicos, el *Common Law* y el *Civil Law*, logrando una regulación aceptada por un gran número de países pertenecientes a ambas familias jurídicas.

También, por primera vez, se utiliza un lenguaje legal neutro –lo que el Dr. Robles asume como una verdadera *lingua franca*– dirigido a los operadores del comercio y no a los profesionales del derecho. Un tratado internacional aceptado mundialmente por la gran mayoría de los operadores del comercio internacional y con una repercusión mundial inusitada, tanto en la conformación de otros instrumentos internacionales de derecho uniforme y en la modificación de muchos derechos nacionales, como en el mundo académico. Nuestro autor, subraya las principales aportaciones del derecho anglosajón y del latino a la Convención, así como se resalta su influencia en la conformación de un nuevo derecho contractual internacional.

El *Capítulo Cuarto: Principios UNIDROIT*, analiza los Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales

Internacionales en su cuarta edición, la más reciente, publicada en octubre de 2016 y en donde se repasa la regulación de los contratos de larga duración. Además, en el capítulo, se señala qué es el UNIDROIT, sus Principios, funciones y objetivos; además de las características, se revisan las cláusulas modelo para el uso de los Principios UNIDROIT (*UPICC Model Clauses*) publicadas en 2013, que estandarizan y facilitan su uso entre los operadores del derecho y del comercio internacional.

En el *Capítulo Quinto: La Uniformidad del Derecho Contractual en Europa y en la zona del T-MEC*, se presenta la realidad de la Unión Europea y para ello se hace un recorrido por los tres principales trabajos elaborados con: los *Principios del Derecho Contractual Europeo* (PECL), el *Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía* (CEC) y el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).

Por otro lado, al visualizar la misma necesidad de uniformar el derecho contractual en la zona del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), se analiza la situación en esta región y se propone que el proceso de uniformidad del derecho comercial internacional en la Unión Europea pueda ser un ejemplo para el mismo proceso de uniformidad en América del Norte. El desafío más importante es la renuencia a iniciar ese proceso –la influencia de Estados Unidos y Canadá pesa– para que se aplique sus respectivos derechos (*Common Law*) a los contratos transfronterizos entre los tres países. Nuestro autor, doctrinario en la materia, remarca la condescendencia de los abogados mexicanos al permitir esta circunstancia.

Con el *Capítulo Sexto: INCOTERMS 2020 (Términos Internacionales de Comercio)*, se analizan los mismos elaborados por la *Cámara de Comercio Internacional* (CCI) para estandarizar algunos aspectos específicos del contrato de compraventa de mercaderías.

Sin lugar a dudas, y así lo refuerza Diego Robles, los INCOTERMS constituyen el más exitoso de todos los instrumentos de derecho uniforme que regulan los contratos internacionales, utilizados continuamente por los operadores del comercio internacional. Lo visualiza como complemento más que útil en todos los contratos de compraventa internacional celebrados al amparo de cualquiera de los Instrumentos de Derecho Uniforme presentados. El capítulo finaliza repasando la última versión de los *INCOTERMS 2020* con especial énfasis en la entrega de la mercancía y transmisión del riesgo.

Con respecto al *Capítulo Séptimo: Los Cinco Principios que Rigen la Contratación Internacional*, se analizan: - Buena fe y lealtad

negocial; Razonabilidad; Libertad de contratación; Ausencia de formalismos o libertad absoluta de formas y Fuerza obligatoria del contrato (*pacta sunt servanda*).

Principios que se reconocen expresamente en los instrumentos de derecho uniforme que regulan los contratos internacionales (CISG, Principios UNIDROIT, PECL, DCFR); principios que constituyen una guía para interpretar los contratos internacionales y también ayudan a complementar su regulación en asuntos que las partes pueden haber pasado por alto, tales como los deberes de lealtad, de protección, de cooperación y de información, entre otros, amén de ser una herramienta para la corrección o delimitación del contenido obligacional de los contratos internacionales.

El *Capítulo Octavo: Contratación Internacional por Medios Electrónicos*, como no podría ser de otra manera, pone de manifiesto una de las principales características del derecho contractual en la época postmoderna, se refiere el Dr. Robles al paso de la contratación en papel y firma autógrafa a la contratación por medios electrónicos. En este capítulo, se analiza el impacto que ha tenido el avance de la tecnología en materia de comunicaciones electrónicas en la contratación internacional.

Para ello, se revisan los distintos instrumentos de derecho uniforme que han surgido para regular la contratación por medios electrónicos: - Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (MLEC); -Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firma Electrónica (MLES); -Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (E-CC); -Ley Modelo de la CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos.

En paralelo, el autor hace manifiesta la vinculación de dichos instrumentos con los relativos de derecho que regulan la contratación internacional como la CISG, los Principios UNIDROIT, los PECL y el DCFR, sobre todo porque algunos de estos fueron elaborados antes de que se diera la denominada Revolución digital de inicios de los 90's del siglo XX.

La conclusión es rotunda al expresar que la contratación por medios electrónicos es adecuada, porque los instrumentos que regulan la contratación elaborados con anterioridad a la mencionada Revolución digital, y un ejemplo de ello es la CISG, contempla un amplísimo margen de *autonomía privada* en donde caben, sin mayor problema, los nuevos instrumentos de regulación electrónica. Por lo que ve a los Principios UNIDROIT, los PECL y el DCFR que sí regulan la contratación electrónica, además que los

instrumentos que se mencionan en el primer párrafo de este capítulo, como complementarios a dicha regulación.

Por último, en el *Capítulo Noveno: La Formación del Contrato Internacional*, se realiza un análisis comparativo entre la forma cómo se regula la formación o perfeccionamiento del contrato en los instrumentos de derecho uniforme que regulan la contratación internacional (CISG, Principios UNIDROIT, PECL y DCFR). Se resalta que todos ellos aceptan, en principio, el perfeccionamiento a través del sistema clásico de la *oferta y la aceptación –con modificaciones y la tardía–*.

Igualmente, se hace especial énfasis en la contratación internacional a través de cláusulas estándar contenidas en formularios o condiciones generales de contratación y en la consecuente *batalla de los formularios (Battle of forms)*.

Por último, se analizan situaciones concretas que son novedosas para el *Civil Law*, como el perfeccionamiento sujeto al acuerdo de determinados temas o sujeto a una formalidad específica, el contrato con términos abiertos, las cláusulas de integridad (*Merger Clauses*) y las negociaciones de mala fe (el pre-contrato).

Don Diego Robles Farías, a quien exalto por llevar, además, tan noble nombre acuñado por generaciones en la familia de quien suscribe estas líneas y que tanto orgullo me da, nombre al que asocio con gente muy querida; ha cumplido un gran reto al proporcionar una obra inédita, erudita y necesaria para documentar y enseñar una materia pendiente de un buen espaldarazo doctrinal. Nuestro abogado, notario, doctor y docente de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, lo ha hecho de manera magistral, como sólo lo pueden hacer quienes tienen todas las nociones teóricas y lo lleva a la práctica, de quien estudia de manera incansable y quien comparte, incondicionalmente, *sin guardar ningún as bajo la manga*, su conocimiento a sus alumnos y que extiende sin límites, con esta obra magna, a la comunidad internacional.

El tesón, los años de trabajo, entrega y dedicación ha permitido que su *Alma Mater*, la Universidad Panamericana, Guadalajara, le cobijara publicando diversos capítulos, que conforman este libro, en su revista *Perspectiva Jurídica UP*. Una Universidad que tiene absoluta claridad en su proyección y en quienes van a ser parte de conducir sus enseñanzas y de lo cual tengo constancia cuando interactúo con amigos y colegas de la talla de nuestro reseñado, Diego Robles Farías, así como del renombre acuñado de Guillermo Gatt Corona, Pedro Pallarés Yabur, Dora María Sierra Madero, Hugo Sául Ramírez García,

Edmundo Romero Martínez o Eduardo Moel Modiano y María Elena Miranda Delgado, sin olvidar a Marina Vargas a quien consideramos siempre parte de la UP.

Agradecerle al amigo y colega Diego Robles el haber dedicado su tiempo y espacio al estudio y análisis del DIPr y en concreto al estudio del derecho contractual internacional, y a su familia por acompañarle y permitirle compartir sus tiempos para que escriba para el bien de la comunidad jurídica. Gracias por la oportunidad de manifestar, a través de esta reseña, mi admiración por el jurista y por la persona que representa para quienes lo conocemos, personalmente o a través de sus escritos. No hay duda, este libro no solo es altamente recomendable sino debería ser obligatorio en cada una de las escuelas y facultades de derecho, allende de los mares y de cualquier frontera.

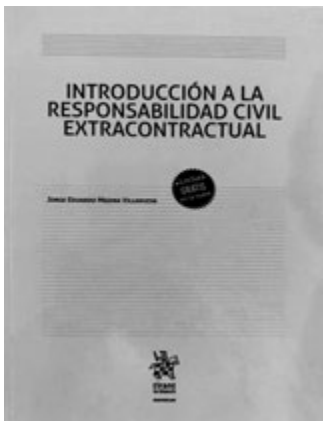
Reseña del libro

Introducción a la Responsabilidad Civil Extracontractual

Autor: Dr. Jorge Medina Villanueva

Tirant Lo Blanch, México, 2021

JUAN ALBERTO RUVALCABA GONZÁLEZ¹



Vivir en una comunidad supone no solo estar, sino también actuar de manera responsable contribuyendo al bien común, y particularmente respetando los bienes y derechos de los demás, de los otros, porque nosotros mismos somos también los otros.

Vivimos en una comunidad porque esperamos que todos los miembros que permanente o transitoriamente la integran, se comporten, como sostiene Weber, con algún grado de predictibilidad, y es que esa predictibilidad nos aporta seguridad. Esperamos que al cruzar una vialidad el conductor de un automotor se detenga frente a la luz roja, y éste espera que los automotores que conducen en sentido perpendicular, igualmente se detengan cuando la señal roja del semáforo lo indique. Si abordamos un transporte colectivo que corre sobre vías elevadas, lo hacemos porque suponemos que éstas cumplen con las máximas de seguridad y no colapsarán en cualquier momento. Subimos un juego mecánico donde nos transportan a gran velocidad, con giros repentinos y súbitos descensos, bajo la premisa de que esa diversión está fincada en la seguridad que suponemos ampara a todos los juegos del parque de diversiones. Si nadamos en una alberca con luz artificial, confiamos que tenga los aislantes y medidas de seguridad suficientes para evitar cualquier riesgo de electrificación. Y así podríamos hacer referencia a cientos de

¹ Abogado Litigante y Profesor en la Universidad de Guadalajara. Vicepresidente del Capítulo Occidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México. Doctor egresado de la Universidad Panamericana

hipótesis que se nos presentan, nos demos cuenta o no de ellas. Y es que tras mucho de lo que hacemos o hacen los demás, hay un deber de hacer o de no hacer, y precisamente es por ese deber, que ante su incumplimiento debemos responder, o nos deben responder, y reparar o compensar los daños y perjuicios provocados.

Es por eso que afirmamos que para bien de los estudiantes, de los abogados postulantes, de la judicatura y de la academia, el Dr. Jorge Medina ha hecho una gran aportación al estudio y enseñanza del Derecho civil, y en particular de la responsabilidad extracontractual, porque nos presenta una obra especializada y completa que ha titulado *Introducción a la responsabilidad extracontractual*, aunque en honor a la verdad y a su mérito, esta obra va más allá de una introducción porque nos remite al origen de la responsabilidad y luego, con profundidad, nos enseña los elementos más importantes de la responsabilidad, dialogando el autor con juristas de diversas épocas y nacionalidades, expertos, como el propio Jorge Medina, en el Derecho de Daños.

En una concepción general, Jorge Medina considera la responsabilidad extracontractual como la obligación de reparar el daño causado injustamente, idea, nos dice, que ha evolucionado desde el primitivo Derecho Romano hasta nuestros tiempos, evolución en la que se desarrolla un cambio fundamental: el paso de la venganza por parte del orden jurídico a una acción sancionatoria, y de ésta a una concepción resarcitoria, encontrando en la Escuela del Derecho Natural, con Hugo Grocio a la cabeza, la primera afirmación del principio de que el hecho ilícito es fuente de la obligación de resarcir el daño causado. Esta línea evolutiva, sostiene el autor, presenta particularidades en cada país; en el supuesto mexicano, el estado que guarda la responsabilidad, nos dice, es la consideración de la justa indemnización como un derecho humano, fruto de la reforma constitucional del 2011 y lo resuelto, en este tópico, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, el 19 de octubre de 2011, fundando su decisión en el a. 63.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Jorge Medina delimita primero el concepto de responsabilidad con tres variantes: (i) la responsabilidad penal y civil, (ii) la responsabilidad patrimonial del Estado y la responsabilidad civil, y (iii) la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

Después de desarrollar y explicar estos conceptos con meridiana claridad, Jorge Medina se concentra en la responsabilidad civil extracontractual y nos remite de la *lex aquila* a la reparación integral. Así, el Dr. Medina nos remonta a Roma

para identificar los antecedentes de la responsabilidad civil extracontractual, lo cual es tan cierto y necesario, porque en el origen de la institución podemos descubrir, desglosar y analizar los elementos de la propia responsabilidad, y apreciar la actualidad de muchos de ellos. Después, Jorge Medina nos conduce por el medioevo advirtiéndolo de la permanencia de las pautas trazadas por lo que llama la *casuística romana*, y cómo se manifiesta, nos dice, en las Siete Partidas de Alfonso el Sabio. Y luego, ya en el Renacimiento, Jorge Medina califica a Hugo Grocio como uno de los juristas más influyentes en materia de responsabilidad, y en especial, por su obra *De iure belli ac pacis*. A partir de Grocio, afirma Jorge Medina, el daño debe repararse no solo porque existe una disposición que lo sancione, sino también cuando concurren la ilicitud y la responsabilidad. Ya en el s. XIX, encuentra en Domat y en Pothier, pilares del Código Civil de Napoleón, una fusión entre la casuística romana y los postulados del derecho natural.

Analiza también los tres elementos de la responsabilidad extracontractual, a saber: el hecho generador, el daño, y la relación de causa efecto entre el hecho generador y el daño. El primero lo divide a su vez en el hecho propio, el hecho ajeno y de las cosas y la responsabilidad objetiva. El hecho propio como fuente de responsabilidad, el autor lo vincula con una conducta ilícita, así, nos dice, la ilicitud se compone de una conducta, antijurídica y culpable. Sobre los hechos ajenos, profundiza Jorge Medina, entre otros supuestos, en el deber de cuidado, vigilancia y dependencia que tiene el responsable en la persona que efectivamente causa el daño; el fundamento de esta responsabilidad según la doctrina, nos dice, es la presunción de responsabilidad, y en relación al hecho de las cosas, encuentra también el autor esta presunción de responsabilidad que se podría desvirtuar, acreditando el mantenimiento necesario o bien que el daño se produjo por fuerza mayor. En suma, la responsabilidad por el hecho ajeno y de las cosas, no existe si no hay culpa del demandado porque obró con la debida diligencia.

Para entender la responsabilidad objetiva, Jorge Medina explica las consecuencias de la profunda transformación que supuso la revolución industrial y todos los riesgos propios de las máquinas; es decir, la industrialización generó mayor progreso, pero riesgos y daños antes impensables; el dilema para los juristas fue prohibir la actividad causante del daño o bien permitirle y ordenar a resarcir el daño causado, claro está que prevaleció la segunda opción. Y bien apunta Jorge Medina, que ante las nuevas y modernas máquinas el principio de la culpa ya no era suficiente, pues muchas veces el daño aparecía sin culpa. El Profesor Medina

describe cómo los problemas derivados, en materia de daños, por el fenómeno de la revolución industrial, evolucionó por dos vías: una, reinterpretando los preceptos legales para ampliar la protección a las víctimas, la otra, mediante la expedición de leyes especiales que regulen la responsabilidad objetiva.

Jorge Medina nos va presentando y explicando los precedentes judiciales europeos que fueron configurando, en la primera vía, esta responsabilidad. Tal es el caso francés *Teffaine* en 1896, donde la Corte de Casación admite el principio de responsabilidad por hecho de las cosas, con ocasión de la explosión de una caldera. Luego, nos remite a la sentencia de esa misma Corte en 1924, con motivo de daños causados por automóviles, y que libera a la víctima de probar la culpa del deudor, en tanto que la sentencia de la Cámaras Reunidas resuelve en 1930 que la presunción de responsabilidad solo puede ser destruida por el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa de la víctima. Este principio también lo afirma, nos explica Jorge Medina, el Tribunal Supremo en España en 1943 que condena a un automovilista por atropellar a un ciclista porque *resulta evidente un hecho que por sí solo determine la probabilidad de la culpa* concluyendo que corresponde al autor del atropello la carga de la prueba que supere la presunción de su culpa.

La segunda vía se aprecia ya en México con el a. 1913 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal de 1928, que, según nos explica el Dr. Medina, prescinde totalmente de la culpa cuando se acredita el uso de las cosas peligrosas. Así, concluye el autor, el riesgo y no la culpa, es el factor determinante de la responsabilidad objetiva.

Jorge Medina profundiza en esta extraordinaria obra, en el tema del daño, y para efectos de la responsabilidad civil los agrupa en daños ajurídicos, los lícitos, los antijurídicos y los jurídicos, según sean o no indiferentes al Derecho; que su fuente sea una conducta permitida; los que generan responsabilidad extracontractual; y, por último, los que la víctima se causa a sí misma.

También el autor aborda el daño moral, y establece que, suele identificarse en sentido negativo, es decir, el daño que no recaiga en bienes materiales. Jorge Medina hace un estudio profundo y crítico, a partir del daño moral, de los daños punitivos y su introducción en México a partir de la sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia por el caso Mayan. Analiza, el Dr. Medina el daño moral en las distintas entidades federativas e identifica, como en el caso de Zacatecas, requiere la existencia de

un daño patrimonial, en tanto que en Jalisco y Puebla se vincula con los derechos de la personalidad.

Y se pregunta el autor, con ocasión de la sentencia de mérito, ¿daños punitivos? Para responder nos remite a los *punitive damages* de Inglaterra explicando su origen en el emblemático caso *Rookes v Barnard*, que estableció sus límites y requisitos, a partir de la conducta reprobable del demandado y su cálculo de que obtendría más dinero cometiendo el daño, que el que significaría la indemnización, aunque también sostiene el principio de moderación de la condena, el cual se basa en que esta figura es un arma para proteger la libertad, no para atentar en su contra.

Explica el autor esta misma figura en Estados Unidos, la cual, ha tenido un desarrollo distinto al inglés. El fin es castigar la conducta indignante del demandado y prevenirla en el futuro. Jorge Medina al desarrollar este tema no muestra cómo los *punitive damages* son un tema controvertido en el sistema jurídico norteamericano, y cómo cinco estados los prohíben, entre ellos el mismo Massachusetts.

En el análisis crítico de Jorge Medina a la introducción de los daños punitivos en México, a partir de la citada sentencia de la Primera Sala, advierte que, en principio, la responsabilidad civil no está llamada a cumplir con una función preventiva ni punitiva, pero que, una y otra, pueden cumplir una función complementaria, y concluye que lo que se condena en la sentencia dictada en el Amparo Directo 30/2013 del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, no son *punitive damages* en el sentido de la jurisprudencia inglesa y norteamericana, sino más bien, el aspecto punitivo de la reparación del daño moral. Para entender esta diferencia, el propio autor nos señala como en el *Common Law*, los daños puramente compensatorios son cuantificados de manera separada a los punitivos, lo cual no se observa en la sentencia de la Primera Sala que analiza el autor.

Sobre la cuantificación del daño moral, Jorge Medina nos muestra su complejidad, y llama a precisar el derecho lesionado, pero también en qué forma y medida afectó a la persona. El autor también se refiere al precedente de la propia Suprema Corte de Justicia que declaró la inconstitucionalidad de la norma que restringe la cuantificación, como el a. 1796 del Código Civil de Querétaro, que impone límites máximos a la indemnización, pues debe, según la ejecutoria, procurarse la proporcionalidad de una indemnización, considerando la naturaleza del daño, la posible rehabilitación, la pérdida de oportunidades de desarrollo, los daños y el lucro cesante, los perjuicios inmateriales, los gastos de asistencia jurídica, médica y psicológica, el grado de

responsabilidad y la situación económica, entre otras circunstancias.

Jorge Medina aborda como último capítulo de su importante obra, la relación de causalidad, y nos muestra que este tema no es, como lo parece, tan sencillo como una simple identificación de causa y efecto, sino que el nexo causal es en realidad un tópico complejo y de los más controvertidos de la doctrina de la responsabilidad civil, pues se pregunta ¿cuándo podemos decir que un hecho es causa de un daño? Esta pregunta exige del auxilio de las ciencias que identifiquen y expliquen el hecho generador, y luego, después de probar la causalidad física, concluir cuál o cuáles de esas causas le atribuye el Derecho consecuencias jurídicas.

Sin duda alguna, la *Introducción a la responsabilidad extracontractual* del Dr. Jorge Medina, es una magnífica obra que, por su profundidad y claridad, llevará al lector, no solo a disfrutarla por el orden y generosidad con que se nos presenta, sino también a entender y aspirar a dominar la responsabilidad extracontractual.

¡Enhorabuena!

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA