

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA®**
CAMPUS GUADALAJARA

NÚMERO
15 SEMESTRE II
2020

ISSN - 2395-9541

PERSPECTIVA JURÍDICA UP, año 8, número 15, semestre II, julio-diciembre de 2020, 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 2 de enero de 2021 con un tiraje de 300 ejemplares.

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

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

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

Fecha límite de recepción de artículos para el próximo fascículo: 28 de febrero de 2021. Se resolverá sobre su aceptación el 30 de marzo de 2021.

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

Comité Directivo 2020-2021

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

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

MTRA. GABRIELA DEL CARMEN DE ALBA LETIPICHIA
Directora de Posgrados

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

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

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

MTRA. ANA KARENINA URZÚA LAMAS
Secretaria Académica de Posgrados

Comité Editorial

DR. DIEGO ROBLES FARÍAS
Editor General

MTRO. MANUEL ENRIQUE TOVAR HERNÁNDEZ
Coordinador Editorial

LIC. ROMINA GUARNEROS GALAZ
Coordinadora del Comité Editorial

LUISA RENATA DEL CARMEN DUARTE

JUAN PABLO GASTÉLUM LUGO

LAURA SABLJAK

Mensaje de la directora

Estimada comunidad académica,

El 2020 fue un año completamente distinto, pero entre las muchas enseñanzas que nos dejó, fue que la vida continúa y que aún en las condiciones más adversas debemos seguir adelante.

La décimo quinta edición de nuestra Revista Perspectiva Jurídica UP cuenta con artículos en inglés y en español, agrupados en dos rubros, el primero de ellos *Ensayos Jurídicos*, con las aportaciones de: Diego Alejandro López Ramírez, Julián Canán Bórquez Castillo, Moisés A. Montiel Mogollón, Jorge Alberto Silva, Guillermo Gatt Corona, Luis Omar Vázquez García, Guillermo Coronado Aguilar, Romina Guarneros Galaz y Francisco Javier Lara Castro; y el segundo *Actualidad Legislativa*, con la participación de Ricardo Vinicio Rodríguez Printzen. Gracias a todos los autores por sus contribuciones.

Hacemos votos para que nuestra Revista siga siendo un instrumento de estudio y reflexión para todos, y a la que se incorporen cada vez más estudiosos del Derecho.

Dra. Isabel Álvarez Peña
Directora de la Facultad de Derecho
Enero de 2021

Editorial

En el editorial anterior, de la edición número 14, que se publicó en junio de 2020 consideré oportuno hablar de la pandemia por COVID-19. Ahí hice referencia a la manera sorpresiva y acelerada como tuvimos que adaptarnos a la nueva realidad académica de llevar el curso en línea y de la forma en que maestros y alumnos estábamos sacando lo mejor de nosotros para lograr el programa académico.

El año 2020 no fue fácil para nadie. El encierro y distanciamiento exigido por la contingencia, la enfermedad que ha afectado a muchísimas personas, la muerte de seres queridos –muchos de ellos pertenecientes a la Universidad Panamericana- han hecho de la experiencia un acontecimiento traumático. Pero también en aquel editorial reflexionaba sobre el hecho de que la humanidad está preparada para hacer frente a la pandemia, gracias a la ciencia y la solidaridad entre los países. Parece que estamos en la recta final y que, con la vacuna ya desarrollada, esta pesadilla pasará, retomaremos nuestra vida y curaremos las cicatrices que haya dejado.

Hay que ver al 2021 con optimismo, por lo menos en el ámbito académico. Tengo la certeza de que las clases presenciales se retomarán prontamente y que maestros y alumnos conviviremos de nuevo en las aulas y pasillos universitarios, que retomaremos la asistencia a conferencias y congresos, en fin, que volveremos al ritmo –aunque no igual- que teníamos antes del 2020.

Pese a todo, el trabajo de los académicos no se detuvo. Recibimos oportunamente los artículos que conforman esta edición de *Perspectiva Jurídica UP*. Ahora escriben Diego Alejandro López Ramírez, Julián Canán Bórquez Castillo, Moisés A. Montiel Mogollón, Jorge Alberto Silva, Guillermo Gatt Corona, Luis Omar Vázquez García, Guillermo Coronado Aguilar, Romina Guarneros Galaz, Francisco Javier Lara Castro y Ricardo Vinicio Rodríguez Printzen. Los artículos son

de excelente confección y de gran interés para la comunidad jurídica; abarcan temas diversos que van desde el ámbito fiscal, el laboral, la contratación internacional, hasta los de corte filosófico.

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

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

Contenido

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

Editorial..... p. 7

Estudios jurídicos

Los Daños Punitivos... ¿En el Contrato de Seguro?
por **JULIÁN CANÁN BÓRQUEZ CASTILLO**..... p. 13

Responsibilities and immunities of arbitrators in commercial
arbitration: a perspective under the Mexican Legal system
por **GUILLERMO CORONADO AGUILAR** p. 37

Un acercamiento humanista al derecho de guerra: Respuestas
desde el pensamiento de Francisco de Vitoria
por **GUILLERMO ALEJANDRO GATT CORONA** p. 61

Generalidades sobre la CISG a 40 años de su promulgación
por **ROMINA GUARNEROS GALAZ** p. 91

El *Ius Cogens*: criterio de justicia universal
por **FRANCISCO JAVIER LARA CASTRO** p. 127

Taxing the digital economy
por **DIEGO ALEJANDRO LÓPEZ RAMÍREZ** p. 161

Borderless: The applicability of Common Article 3 to Transnational
Non-International Armed Conflicts
por **MOISÉS A. MONTIEL MOGOLLÓN**..... p. 183

Construcción de la ciencia jurídica y sus doctrinas. Reflexiones
sobre la investigación jurídica
por **JORGE ALBERTO SILVA**..... p. 203

Los elementos que configuran la relación laboral
por **LUIS OMAR VÁZQUEZ GARCÍA**..... p. 225

Actualidad legislativa

Constitucionalidad de la medida impuesta a través de la
NOM-051-SCFI/SSA1-2010

por **RICARDO VINICIO RODRÍGUEZ PRINTZEN**..... p. 251

Estudios jurídicos

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
15 SEMESTRE II
2020

Los Daños Punitivos... ¿En el Contrato de Seguro?

JULIÁN CANÁN BÓRQUEZ CASTILLO¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Responsabilidad Civil*. III. *El Contrato de Seguro*. IV. *Daños Punitivos*. V. *Daños Punitivos en el Contrato de Seguro*. VI. *Conclusión*.

Resumen. Dentro del derecho de daños se encuentra la figura de los daños punitivos, los cuales han tenido un desarrollo menos extenso en los países latinoamericanos. Esta ramificación de los daños fue traída a México a través del caso *Mayan Palace*² donde la SCJN hizo un trasplante legal de la figura anglosajona en un asunto de responsabilidad civil extracontractual. Así, el presente artículo pretende sostener la procedencia de los mismos en sede contractual, y específicamente en el contrato de seguro, pero que podría ampliarse hasta el sector bancario por ser ambas instituciones financieras y para que sirva de manual introductorio para esta interesante materia.

Palabras clave: Daños Punitivos, daños morales, incumplimiento contractual, contrato de seguro, derecho de daños.

Abstract. *Punitive damages are part of tort law which has been less developed in Latin American countries. This branch of damages was brought to Mexico through the Mayan Palace case where the Mexican Supreme Court made a legal transplant of the Anglo-Saxon figure in a matter of tort liability. This article seeks to sustain that these damages can derive from contractual relationships, specifically in the insurance contract, but that they could be extended to the banking sector as both are financial institutions. It also aims to serve as an introductory manual to this interesting subject.*

Keywords: *Punitive damages, moral damages, contractual breach, insurance contract, tort law.*

¹ Maestro en Derecho de Daños por la Universidad Girona (España) y Especialista en el Contrato de Seguro por la Universidad de Externado (Colombia).

² Amparos Directos Civiles 30/2013 y 31/2013 proferidos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

I] Introducción

Las materias de responsabilidad civil y de seguros, son materias que, si bien es cierto se encuentran reguladas desde antaño en los dispositivos normativos mexicanos, no es menos cierto que no han cobrado el auge que ha tenido en distintos países de todo el continente americano. Prueba de ello es la falta o desinterés de investigación, la falta de doctrina y los pocos criterios jurisprudenciales nacionales. No obstante, el legislador mexicano se ha dado la tarea de ir haciendo las reformas necesarias para retomar el camino y por su parte, el poder judicial poco a poco ha estado dándole forma a estas materias a través de sus sentencias y criterios,³ para así intentar estar a la par del resto de los dispositivos y criterios internacionales.

Por un lado, en los campos de la responsabilidad, antes, por mencionar algunos ejemplos, en México el *quantum* indemnizatorio en el daño moral se encontraba sujeto a una fracción del daño material, la responsabilidad patrimonial del estado era parte del código civil y era limitada. Posteriormente, se legisló y se dictaron pronunciamientos en los cuales se independizaba un daño del otro, también, la responsabilidad patrimonial del estado fue derogada del código civil, para así tener su propia normativa, de la cual se advierte que es directa y objetiva, luego, jurisprudencialmente se declaró inconstitucional limitar el monto de indemnización respecto del daño moral, para que fuera a prudencia del juez tomando una serie de parámetros y así, condenar a ese daño.

Por lo que hace al daño moral, éste se encuentra regulado en el artículo 1916⁴ del Código Civil Federal y, para lo que nos

³ Debo decir que en los años sesentas, setentas y ochentas hay criterios de vanguardia emitidos por órganos facultados para ello, como los relacionados a la responsabilidad solidaria, en materia penal sobre la reparación del daño por persona distinta al inculpado (sujeta a reglas civiles), responsabilidad de los patrones, y en materia de seguros, las relativas a los cuestionarios de seguros, a los errores y omisiones provocados por las compañías de seguros, por mencionar algunos.

⁴ Artículo 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia

ocupa, ese dispositivo legal fue modificado y se le añadió lo siguiente:

El daño moral es susceptible de mediación no solo por la intensidad con la que ha sufrido la víctima, sino también por la repercusión social... la compensación civil no solo restituye al individuo afectado y sanciona al culpable, sino que también fortalece el respeto al valor de la dignidad humana (...)

de tal suerte que esta modificación a la norma deja de manifiesto que la valoración de la conducta será para que su correspondiente reparación tenga efectos disuasivos y sancionatorios.

Por otro lado, previo a referirme al contrato de seguro, señalo que México cuenta con dos Comisiones Nacionales⁵ para vigilar lo referente al CS. La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, vigila y regula a las compañías de seguros y de fianzas en general, por su parte, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros vela por los intereses de los usuarios de los servicios financieros, incluyendo los de seguros, en las relaciones individuales con las instituciones financieras.

Dicho lo anterior, vale apuntar que la vigilancia, operación y demás, está regulado por la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas - expedida en el 2013, entrando en vigor en el 2015 y por su paso abrogó la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros de 1935, y el CS está regido por la Ley Sobre el Contrato del Seguro que data de 1935, pero que tuvo su *gran* reforma en el 2013, entrando en vigor las adiciones, derogaciones y reformas hasta el 2015.

Las citadas reformas y abrogaciones en la materia aseguraticia se dan con ocasión de dos sucesos que considero importantes del marco jurídico mexicano.

de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y solo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso...

⁵ Lo que en Colombia conocen como superintendencia.

El primero de ellos, de manera *indirecta*, fue el interés por la protección del consumidor; así, el 7 de diciembre de 1982 se presenta la iniciativa del Ejecutivo Federal con la finalidad de adecuar la protección, propiciar una mejor organización y defensa de los consumidores y se menciona la importancia de elevar a rango constitucional la protección de los consumidores, resultando en el reconocimiento de dicho Derecho Humano en el párrafo tercero del artículo 28 de la Constitución Mexicana⁶.

El segundo de ellos es la preocupación por el legislador del lugar que ocupa el CS a nivel jurídico y económico. Así pues, el mencionado legislador promovió una iniciativa refiriéndose al Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 y estableció como estrategia la promoción de una regulación para que mantuviera la solidez del sistema financiero, tomando en cuenta que los seguros son un instrumento importante en el sistema financiero nacional, y dio cuenta de que en la medida de que sean solventes las entidades financieras y cumplan con sus obligaciones, se harán acreedores de la confianza del público y a mayor confianza, mayor consumo y por ende un impacto positivo en el sistema financiero⁷.

En esta guisa, Manuel Medina Magallanes, hermano del referente nacional en materia de seguros (Pablo Medina Magallanes), al presentar el libro de *La Ley Sobre el Contrato de Seguros Comentada*, confirmó lo que el legislador tenía en cuenta, que la participación de este servicio financiero tenía una penetración por debajo del 1.9% del Producto Interno Bruto nacional, a diferencia del 16.5% en el Reino Unido o el 8.6% de Estados Unidos,⁸ pero que al año 2018 ha subido hasta el 2.28 según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).⁹

Atento hasta lo aquí expuesto, el legislador presentó una iniciativa que reformaría la LCS de 1935, abrogaría la LGISMS, también de 1935 y expediría la LISF, otorgando con esto facultades a la CNSF y CONDUSEF para que se ajustarán a las sanas prácticas en materias de seguros, se abstuvieran las empresas de los servicios

⁶ Suprema Corte De Justicia De La Nación, *Acción de grupo promovida por la Profeco: Efectos de la sentencia declarativa en Decisiones Relevantantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, 2012, pp. 19-21.

⁷ Con relación a esto, la Iniciativa de decreto por el que se expide la LISF y se reforman y adicionan diversas disposiciones de la LCS, p. 1.

⁸ MEDINA MAGALLANES, Pablo, *Ley Sobre el Contrato de Seguro Comentada*, 2ª ed, Porrúa, México, 2015, p. XVII.

⁹ Estadística tomada de <https://data.oecd.org/insurance/insurance-spending.htm>. También se advierte que el promedio de penetración del PIB en la OCDE es del 8.92.

financieros de utilizar cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y de esta manera cumplir ese mandato constitucional de Protección al Consumidor.

De tal suerte que de tal iniciativa se desprende lo siguiente:

*(...) hay que tomar en cuenta que los servicios financieros constituyen una actividad privada de interés público, razón por la cual para su desempeño se requiere, en primer lugar, de la autorización del estado y, en segundo lugar, de la vigilancia y control de tales instituciones... pues es indudable que la actividad financiera no es gratuita, sino lucrativa para el particular que la desempeña y, por lo tanto la institución aseguradora no le presta un servicio al Estado sin su consentimiento, puesto que voluntariamente ha aceptado, a través de una autorización gubernamental, prestar un servicio financiero sujeto a control y supervisión en beneficio del público usuario, con respecto al cual el legislador puede establecer términos y condiciones en el que este debe desempeñarse (...)*¹⁰

Lo antes señalado patentiza la advertida preocupación del legislador de acortar la asimetría que hay entre el prestador de ese servicio financiero y sus usuarios, brindándole la protección necesaria y de esta manera generar una confianza en el público usuario para que a la postre, consuma seguros y se refleje el impacto positivo en el sistema financiero.

Sin embargo, desde mi perspectiva, esas modificaciones quedaron cortas si se comparan las normas mexicanas de seguros con las de otros países, pues hay todavía campo por recorrer para lograr lo prescrito en el mandato constitucional, y por mencionar algunas deficiencias, todavía el seguro de responsabilidad civil no se percibe desde su fin protector, que es, no solo el patrimonio del asegurado, sino también el de la víctima¹¹, el domicilio para demandar a las compañías de seguros, sigue siendo el de la CONDUSEF¹², y no el del asegurado, violando así el derecho humano a la Justicia Pronta y Expedita, oponibilidad de las

¹⁰ Amparo en Revisión. 424/2001, p. 139 y 140.

¹¹ Art. 30 de la LCS. La empresa aseguradora podrá oponer al tenedor de la póliza o a los terceros que invoquen el beneficio, todas las excepciones oponibles al suscriptor originario, sin perjuicio de oponer las que tenga contra el reclamante.

¹² Art. 277 quinto párrafo de la LISF. La competencia por territorio para demandar en materia de seguros será determinada, a elección del reclamante, en razón del domicilio de cualquiera de las delegaciones de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros. Asimismo, será competente el Juez del domicilio de dicha delegación; cualquier pacto que se estipule contrario a lo dispuesto en este párrafo, será nulo.

cláusulas limitativas del contrato al tercero beneficiario, entre otras cosas que no son sujeto de este estudio.

En el presente artículo, primero hablaremos de la responsabilidad civil y los avances que ha tenido dentro del sistema jurídico nacional, señalando los criterios que ha sustentado la Suprema Corte. De igual forma, comentaremos sobre el contrato de seguro a grandes rasgos para luego pasar al tema de los daños punitivos, y como es que México hizo el trasplante legal y sobre que bases hizo el mismo. Posteriormente, entraremos a los daños punitivos en el contrato de seguro, que elementos se deben considerar para la condena de los mismos y los pocos antecedentes que hay sobre este tema, y terminar en una conclusión sobre los daños punitivos en el contrato de seguro.

II] Responsabilidad civil

En términos generales, la responsabilidad civil es la obligación que tiene el agente dañador de reparar un daño que se le ha causado a la víctima y dejarla en la situación que se encontraba antes del hecho dañoso. El daño, puede emanar por el incumplimiento de un contrato o bien, por el deber genérico que tiene una persona de no dañar a otra. La primera de ellas es denominada responsabilidad contractual y la segunda, responsabilidad extracontractual. También, la responsabilidad puede ser por la comisión de un hecho ilícito, la contravención de leyes y costumbres, o por el uso de mecanismos peligrosos que causen daño aun cuando estaban actuando lícitamente, siendo éstas las de responsabilidad civil subjetiva y objetiva respectivamente.

En palabras de Tamayo Jaramillo, la responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar¹³.

Asimismo, la SCJN, ha proferido los siguientes criterios en cuanto a este tema:

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. SUS DIFERENCIAS. De acuerdo con la teoría de la responsabilidad civil, el que causa un daño a otro está obligado a repararlo. Este daño puede ser originado por el incumplimiento de un contrato o por la violación del deber genérico de toda

¹³ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Legis, Colombia, 2007.

persona de no dañar a otra. Así, mientras en la responsabilidad contractual las partes están vinculadas con anterioridad al hecho productor de la responsabilidad, en la extracontractual el vínculo nace por la realización de los hechos dañosos. De ahí que la responsabilidad contractual emana de un acuerdo de voluntades que ha sido transgredido por alguna de las partes, en tanto que la responsabilidad extracontractual deriva del incumplimiento del deber genérico de no afectar a terceros. Por otro lado, para que exista responsabilidad contractual basta con que se incumpla con la obligación pactada, mientras que la extracontractual puede tratarse de responsabilidad objetiva o subjetiva. La responsabilidad de índole subjetiva se funda en un elemento de carácter psicológico, ya sea porque existe la intención de dañar o porque se incurre en descuido o negligencia. En cambio, en la responsabilidad objetiva se encuentra ausente el elemento subjetivo, esto es, la culpa o negligencia.¹⁴

Y el diverso criterio:

RESPONSABILIDAD CIVIL. SU CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN. La responsabilidad civil conlleva la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados por un incumplimiento a las obligaciones asumidas (fuente contractual) o por virtud de un hecho ilícito o riesgo creado (fuente extracontractual); de ahí que, de ser posible, la reparación del daño debe consistir en el establecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios. Ahora bien, la responsabilidad civil extracontractual puede ser de naturaleza: 1) objetiva, derivada del uso de objetos peligrosos que crean un estado de riesgo para los demás, independientemente de que la conducta del agente no haya sido culposa, y de que no haya obrado ilícitamente, la cual se apoya en un elemento ajeno a la conducta; o 2) subjetiva, la cual deriva de la comisión de un hecho ilícito que, para su configuración requiere de una conducta antijurídica, culposa y dañosa.¹⁵

Luego, los daños que se causen por las responsabilidades mencionadas pueden ser de índole moral y/o patrimonial, siendo los primeros las afectaciones a la psiquis de las personas o por una sensación de inquietud, pesadumbre, presagio o incertidumbre y los segundos por el hecho de dejar de obtener ganancias (lucro

¹⁴ Tesis aislada: 1a. CXXXV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 816.

¹⁵ Tesis aislada: 1a. LII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 3, Décima Época, t. I, febrero de 2014 p. 683.

cesante) y/o por los gastos efectuados derivados del daño cometido en perjuicio de la víctima (daño emergente).

Cabe recalcar que los daños de índole moral también pueden ser por el resultado del incumplimiento de un contrato, tal y como lo prevé el artículo 1916¹⁶ del CCF mexicano. En este sentido, el Dr. SOLÉ FELIU sostiene:

*(...) conforme a ello, la jurisprudencia (española) admite que el daño moral indemnizable no es solo aquel que consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico, sino también el que deriva de un impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio o incertidumbre o el trastorno de ansiedad, impacto emocional e incertidumbre consecuente (...)*¹⁷ en opinión de la doctrina, cuando el artículo 1101 CC impone el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados, a quienes en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieron en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieron al tenor de aquella, el texto del precepto no solo se refiere a los daños patrimoniales, sino también a los morales o de naturaleza extra patrimonial.¹⁸

III] El contrato de seguro

Conforme al artículo primero de la Ley del Contrato de Seguro, el objeto del contrato relativo consiste en que la empresa aseguradora se obligue, mediante una prima, a resarcir un daño provocado por la actualización de un siniestro; esto es, su objeto es indemnizar al asegurado por el daño provocado que implicó la pérdida o deterioro de los bienes asegurados.¹⁹

¹⁶ Art. 1916 del CCF: (...) cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de pagarlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haga causado daño material, tanto en responsabilidad **contractual** como extracontractual (...)

¹⁷ SOLÉ FELIU, Josep, El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español, *InDret*, 2009, 1/2009, pp. 18-19, disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/607_es.pdf

¹⁸ *Ibidem*. SOLÉ FELIU, Josep, pp. 20.

¹⁹ Tomado por la Jurisprudencia mexicana emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte. Novena Época, Registro: 1007229, Apéndice de 2011, Tomo IV. Administrativa Primera Parte - SCJN Primera Sección - Administrativa, Materia(s): Administrativa, Tesis: 309, p. 355 SEGUROS. NATURALEZA DE LA INDEMNIZACIÓN QUE LAS INSTITUCIONES RELATIVAS PAGAN COMO CONSECUENCIA DE LA ACTUALIZACIÓN DEL SINIESTRO.

De la anterior definición se atisban las obligaciones de las partes del Contrato de Seguro. Por parte de la aseguradora la obligación de indemnizar el daño causado y por parte del asegurado, el correspondiente pago de la prima, mas no son las únicas obligaciones; las normas mexicanas disponen que las partes tienen otras obligaciones, donde analizaremos algunas que son inherentes al presente artículo.

En adición a lo anterior, cabe subrayar que la Jurisprudencia mexicana prescribe que las leyes de los consumidores son de orden público²⁰, y en virtud de ello, debemos tener presente que la autonomía de la voluntad encuentra sus límites en este tipo de normas,²¹ sin que pase por desapercibido que cuanto menor sea la parte débil de la relación, mayor es la necesidad de protección.²² Luego, la Ley de Instituciones Seguros y Fianzas es de orden público²³ y la Ley del Contrato de Seguro es de carácter imperativo,²⁴ adicionalmente, prevén derechos que son irrenunciables²⁵ salvo pacto en contrario en ciertos casos y van encaminadas junto con las disposiciones de carácter general a la

²⁰ Amparo Directo. 33/2014, p. 32. Proferido por el Ministro José Ramón Cossío Díaz de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En igual sentido la Jurisprudencia: Tesis: I.4o.A.J/34, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XX, diciembre de 2004 p. 1247 bajo el rubro SUSPENSIÓN. DEBE NEGARSE CONTRA LA APLICACIÓN DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, QUE REGULA EL REGISTRO DE CONTRATOS Y EL CUMPLIMIENTO DE CIERTOS REQUISITOS POR PARTE DE LAS EMPRESAS QUE SE DEDICAN AL COMERCIO DE VIVIENDAS EN ATENCIÓN A QUE, DE CONCEDERSE, SE AFECTARÍA EL INTERÉS DE LA COLECTIVIDAD.

²¹ La tesis que emana de la sentencia dictada por Neófito López Ramos: Tesis: I.15o.C.48 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 13 de septiembre de 2019, bajo el rubro CONTRATOS DE ADHESIÓN. SU NATURALEZA JURÍDICA. Y la Suprema Corte en el siguiente criterio: Tesis: 1a. CDXXVI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 13, Décima Época, t. I, diciembre de 2014, p. 243 bajo el rubro PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. FACTORES PARA MEDIR LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.

²² Tesis: 1a. CDXXVI/2014 (10a.) *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 13, Décima Época, t. I, diciembre de 2014, p. 243, bajo el rubro PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. FACTORES PARA MEDIR LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.

²³ Artículo 1 de la LISF.

²⁴ Artículo 204 de la LCS.

²⁵ Amparo Directo. 33/2014, pg. 32. Proferido por el Ministro José Ramón Cossío Díaz de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

búsqueda de la protección de los usuarios de los servicios financieros en su modalidad de asegurados.

Entre las obligaciones que, aunque parecieran simples, deben cumplir las aseguradoras, destacan el deber de la aseguradora de que las condiciones generales de la póliza de seguros se encuentren dentro del formulario de ofertas suministrado por la compañía,²⁶ y que ese formulario será la base del contrato, la obligación de entregar las condiciones generales de la póliza de seguros,²⁷ informar de manera clara y precisa los alcances de la póliza y las obligaciones del asegurado,²⁸ abstenerse de emplear condiciones ilegales y abusivas,²⁹ informar, por cualquier situación, la terminación del contrato para que deje de surtir efectos el contrato,³⁰ registrar los productos aseguraticios ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas,³¹ operar bajo la autorización de la misma Comisión,³² ser responsables de las fallas de la actuación de las personas morales contratadas para celebrar contratos o que funcionen como intermediarias,³³ entre las más relevantes para el presente artículo, de tal suerte que la inobservancia e incumplimiento de estas obligaciones redundan en violaciones a las normas imperativas y de orden público que rigen la materia de seguros incrementando la disparidad que hay entre las partes intervinientes en el contrato de seguro, vulnerando los derechos transcritos con antelación.

IV | Daños punitivos

Estos daños, son preponderantemente utilizados como una manera de disuadir y sancionar conductas en el derecho anglosajón. Entre los precedentes que podemos mencionar y que fue un parteaguas para la entronización de estos daños, es el caso *FORD PINTO*, donde los creadores de este vehículo a sabiendas de

²⁶ Art. 7 de la LCS.

²⁷ Art. 19, 20 y 24 de la LCS.

²⁸ Art. 200 fracción IV de la LISF.

²⁹ Disposición tercera, fracciones VI, VII, VIII de las Disposiciones de carácter general en materia de cláusulas abusivas contenidas en los contratos de adhesión.

³⁰ Disposición tercera, fracción I, inciso d de las Disposiciones de carácter general en materia de cláusulas abusivas contenidas en los contratos de adhesión y art. 14 de las disposiciones de carácter general en materia de sanas prácticas, transparencia y publicidad aplicables a las instituciones de seguros.

³¹ Art. 202 y 208 de la LISF

³² Art. 11, 200, 201, 202, 208 y demás relativos a las autorizaciones de la LISF.

³³ Art. 104 LISF.

los defectos del mismo, se percataron de que la relación con el costo-beneficio que le acarrea a la automotriz hacer modificaciones para obtener un carro más seguro, decidieron no hacerlas porque le traía mayores beneficios pagar las indemnizaciones derivadas de los daños causados por el producto defectuoso que hacer las correspondientes modificaciones al citado automotor. Como consecuencia los causantes del daño fueron condenados a pagar no solo los daños patrimoniales y morales causados a las víctimas, sino que además, fueron condenados por los daños punitivos a manera de sanción y de disuadir a esta empresa y a las dedicadas al rubro de que se alejaran de estas conductas reprochables.³⁴

Pizarro, a través de Otaola, María Agustina, define los daños punitivos como

*(...) aquellas sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (...)*³⁵

En el derecho iberoamericano, se podría decir que la figura de los daños punitivos es reciente y que en varios países no ha sido del todo bien recibida. Argentina y Chile por su parte, se refieren a ellos en los temas de protección al consumidor y, ante cierta conducta antijurídica, los prestadores de servicios o de productos se hacen acreedores a una *multa civil* para salvaguardar las asimetrías económicas entre el autor del daño y sus víctimas, justificando la aplicación de las multas en la disuasión de daños de los proveedores a los consumidores³⁶. El monto de la citada multa dependerá del prudente arbitrio judicial, quien debe ponderar una serie de variables y criterios objetivos tales como el grado de reproche, la capacidad económica del dañador, la propagación de

³⁴ De igual forma: FRAMES, Agustín Javier et al., Los daños punitivos en el derecho comparado: un largo camino recorrido y por recorrer: juicios a las tabacaleras por daños a la salud, *Difusiones Revista Digital*, Universidad Católica de Santiago del Estero. Departamento Académico San Salvador, vol.8, 2015, p. 5

³⁵ OTAOLA, María Agustina, La Justificación de los daños punitivos en el derecho argentino, *Revista de la Facultad UNC*, serie II, 2014, vol. V, p. 4.

³⁶ Así, PEREIRA FREDES, Esteban, Un alegato a favor de las consideraciones punitivas en el derecho privado. *Revista de Derecho*. Escuela de Postgrado, julio de 2015, núm. 7, p. 67, DOI:10.5354/0719-5516.2015.37264.

los efectos del daño, etc.³⁷. A mayor abundancia, es la culpa lucrativa la que da pie al estudio de la conducta al sujeto responsable y que debe ser sancionada por los daños punitivos, pues si los proveedores tienen conocimiento que los castigos son bajos y los réditos al cometer esa conducta son altos, seguirán cometiendo daños que a la larga les generará un mayor beneficio sopesando la relación que hay entre la multa y el lucro obtenido³⁸.

A su vez, México por medio del caso *Mayan Palace* hace un trasplante legal de tal figura³⁹. En ese caso, un grupo de personas acuden al renombrado hotel, y una pareja, mientras se encontraba utilizando un kayak en el lago artificial, cae al lago y este se encontraba electrificado por falta de servicio a la bomba mecánica del agua, falleciendo uno de ellos. Luego, los padres del joven demandan al complejo hotelero, y después de llevado el juicio en todas sus etapas procesales y, presentan demanda de amparo, la SCJN, lo atrae, y condena entre otros conceptos a los daños punitivos.⁴⁰ La Corte determinó que procedía la responsabilidad civil subjetiva y que rebasaba lo contractual, y que por ende se trataba de una responsabilidad civil extracontractual.⁴¹ Así las cosas, la Corte condena al Hotel al daño punitivo, ajustándose a los elementos de la procedencia para el daño moral, *i*. Derecho o interés lesionado; *ii*. Capacidad económica del sujeto dañador; *iii*. Grado de Responsabilidad, sentando un precedente en la materia de responsabilidad civil.

Derivado de esa sentencia, se crean una serie de criterios jurisprudenciales de diversa índole, pero para el artículo en cuestión, es imperativo transcribir lo relacionado al daño punitivo. De este modo, la Corte sostuvo que:

DAÑOS PUNITIVOS. CONCEPTUALIZACIÓN DE SUS FINES Y OBJETIVOS. Mediante la compensación del daño se alcanzan objetivos fundamentales en materia de retribución social. En primer lugar, al imponer a la responsable la obligación de pagar

³⁷ MÁRQUEZ, Jimena, Daño punitivo en el Derecho del Consumidor. Análisis comparativo con el derecho de los Estados Unidos, Revista de Derecho en Daños, 2019, vol.1, p.16

³⁸ *Op. cit.* OTAOLA, María Agustina, p.11.

³⁹ MUÑOZ, Edgardo, VÁZQUEZ CABELLO, Rodolfo, *El renacimiento del derecho de daños en México*, Tirant lo Blanch, México, 2019.

⁴⁰ En Ponencia de Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

⁴¹ Hago énfasis en esto, toda vez que considero que el joven falleció con ocasión de corriente eléctrica, y por la prestación de un servicio que emanaba de un pacto de voluntades, es decir, para mi criterio era Responsabilidad Civil Contractual y Objetiva, todo ello previsto también el Código Civil Federal.

una indemnización, la víctima obtiene la satisfacción de ver sus deseos de justicia cumplidos. Así, mediante la compensación, la víctima puede constatar que los daños que le fueron ocasionados también tienen consecuencias adversas para el responsable. Por otra parte, la compensación tiene un efecto disuasivo de las conductas dañosas, lo que prevendrá conductas ilícitas futuras. Así, dicha medida cumple una doble función, ya que las personas evitarán causar daños para evitar tener que pagar una indemnización y, por otra, resultará conveniente desde un punto de vista económico sufragar todos los gastos necesarios para evitar causar daños a otras personas. A dicha faceta del derecho de daños se le conoce como daños punitivos y se inscribe dentro del derecho a una justa indemnización.⁴²

Y el diverso:

DAÑOS PUNITIVOS. ENCUENTRAN SU FUNDAMENTACIÓN LEGAL EN EL ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. El carácter punitivo de la reparación del daño se deriva de una interpretación literal y teleológica del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal. Dicho artículo dispone que en la determinación de la indemnización, se valoren, entre otras circunstancias, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad y la situación económica de la responsable. De esta forma, el juez no debe solamente considerar en su condena aquellos aspectos necesarios para borrar, en la medida de lo posible, el daño sufrido por la víctima, sino que existen agravantes que deberán ponderarse en el quántum de la indemnización. Como se puede observar, este concepto no busca únicamente reparar el daño en los afectos de la víctima, sino que permite valorar el grado de responsabilidad de quien causó el daño. Tal conclusión también se deriva de los antecedentes legislativos que dieron lugar a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982.⁴³

Ahora bien, la Suprema Corte encuadra los daños punitivos dentro de la reparación del daño de carácter moral, ajustando su criterio a la antes citada modificación al artículo 1916 del CCF, de donde se advierte que, al permitir la valoración del grado de responsabilidad del causante del daño, es que se puede sancionar al mismo y disuadirlo de conductas antijurídicas posteriores.

⁴² Tesis: 1a. CCLXXII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 8, Décima Época, t. I, julio de 2014, p.142.

⁴³ Tesis: 1a. CCLXXI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 8, Décima Época, t. I, Julio de 2014, p. 143.

Con base en lo anterior, manifiesto que si bien es cierto me encuentro en favor de la figura de los daños punitivos, no comparto esa parte de la sentencia donde se encuadra el daño punitivo al daño moral, pues este último es el daño causado a la psiquis, emociones y/o integridad física de la persona, y aquel, es un aspecto de la conducta desplegada por el sujeto responsable, en otras palabras, mientras en el daño moral el objeto de estudio es la víctima e intentar reparar ese daño, en los daños punitivos lo es la reprochabilidad de esa conducta y la capacidad de disuadirlo y sancionarlo y que tiene ciertas repercusiones sociales.

V] Daños punitivos en el contrato de seguro

En párrafos anteriores mencionamos que los daños punitivos fueron traídos a México a través de una sentencia donde se determinó que el tipo de responsabilidad era subjetiva, consecuentemente extracontractual, y que es una figura altamente explorada en el derecho anglosajón, de tal forma que tanto la figura externa de origen, como el criterio acogido por el tribunal mexicano guardan una estrecha relación, pues el derecho anglosajón indica que los daños punitivos son procedentes únicamente en la responsabilidad civil extracontractual⁴⁴. Empero, este daño guarda una salvedad, y esa excepción es el incumplimiento en los Contratos de Seguro, y considero que bajo ciertas condiciones se podría ampliar a diversos servicios financieros (tarjetas de crédito y débito, créditos hipotecarios, etc.) o donde se utilicen contratos elaborados unilateralmente, en los que una de las partes no tenga capacidad de decisión sobre las cláusulas, sino únicamente la facultad de adherirse o no al contrato, por la sencilla razón de que las partes en los contratos de servicios financieros y/o de adhesión guardan la misma asimetría.

Entonces, como dice Muñoz y Vázquez Cabello:

*Por consiguiente, los daños punitivos, ahora parte del daño moral en México, podrían ser otorgados para quienes sufren de un incumplimiento contractual, convirtiéndose nuestro derecho en uno de los pocos en el punto que potencialmente permiten los daños punitivos en relaciones puramente contractuales.*⁴⁵

⁴⁴ Lo que a mi juicio es la razón por lo que el órgano jurisdiccional nacional llevo el tipo de responsabilidad hasta la subjetiva, lo que conlleva otro tipo de problemas que son ajenas como es la acreditación de la culpa.

⁴⁵ *Op. cit.* MUÑOZ, Edgardo, VÁZQUEZ CABELLO, Rodolfo, p. 148.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia canadiense dispone que los elementos a considerar para condenar a las aseguradoras son (i) los actos de mala fe llevados a cabo por la compañía de seguros y (ii) la negligencia de la compañía de seguros respecto de la reclamación presentada ante la institución financiera por el usuario del servicio financiero. Con base en esto, se hace preciso transcribir el fragmento de la sentencia canadiense:

*(...) lo que queda es el deseo de castigar adecuadamente los actos de mala fe y el trato injusto por el gerente y asesor de la compañía de seguros... en el caso, con el solo propósito de conceder daños punitivos parece ser el castigo a la mala fe de la aseguradora en el desempeño de sus obligaciones bajo lo que debió ser un contrato de buena fe por ambas partes. La aseguradora debe compensar en un tiempo apropiado. Tiene el derecho, inclusive el deber, de investigar los reclamos, por lo que lo debe hacer de manera justa y diligente... dada la naturaleza del contrato, la mala fe puede constituir un mal que resulte en acción demandable y atraer las consecuencias de los daños punitivos... una consideración importante sigue siendo la naturaleza de la disputa, que nace en el contexto de una relación contractual concerniente a los bien definidos intereses económicos y no con respecto a los intereses de la moral o de la dignidad como lo es el caso de difamación (...)*⁴⁶

Por tanto, en el derecho americano y canadiense dan cabida a los daños punitivos en tratándose de contratos de seguro de manera excepcional, y además de los elementos a considerar por el juzgador que son los propios de la responsabilidad civil- situación económica del responsable, el grado de responsabilidad y el interés o derecho lesionado -, también debe considerar la mala fe con la que se condujo la compañía de seguros antes y durante la vida del Contrato de Seguro – deber de información

⁴⁶ Fragmento de Sentencia de Canadá *Whiten v. Pilot Insurance Co.* LeBel J. {2002} 1 S. C. R. p. 672, misma que fue traducida por el suscrito. (...) *what is left is a desire to punish adequately acts of bad faith and unfair dealing by a manager and counsel of an insurance Company... in the case, the sole narrow purpose of an award for punitive damages appears to be the punishment for bad faith of the insurer in the discharge of its duties under what should be a good faith contract on both sides. The insurer must compensate in a timely manner. It has the right, even the duty, to investigate claims, but must do so fairly and diligently... given the nature of the contract, bad faith may constitute an actionable wrong and attract the Sting of punitive damages... An important consideration remains the nature of the dispute, which arose in the context of a contractual relationship concerning well-defined economic interests and not with respect to moral or dignity interest as in the case of an action for defamation (...).*

precontractual, entrega de condiciones, información de los alcances y obligaciones del seguro, etc. y el trato que le dio al asegurado cuando este presentó la reclamación – no hacerlo esperar de manera injustificada, no pedir documentos innecesarios o imposibles, abstenerse de oponer cláusulas desconocidas, ilegales o abusivas, no aceptar los reclamos, o aceptarlos parcialmente o sin el sello de la compañía, hacer la debida investigación, ajustar el siniestro, vigilar a los ajustadores, no intimidar a los beneficiarios, etc. es decir, un tratamiento justo y diligente en las etapas precontractual, durante el contrato y pos-contractual.

En esta tesitura, la obligación de las compañías de seguros no llega hasta el pago de la suma asegurada al momento de ser juzgada, sino que se debe analizar la conducta que desarrolla la compañía de seguros desde antes del nacimiento del mismo contrato cumpliendo con los deberes de información que se desprenden de las normas de orden público, porque de lo contrario deben ser acreedoras a las sanciones relativas al daño punitivo que por ninguna razón deben ajustarse a la suma asegurada, ya que ésta es para cubrir los daños relacionados con el siniestro, y los daños punitivos, son inherentes al actuar negligente y de mala fe de la compañía del seguro y no con ocasión del siniestro, por tanto, se deberá estar a la situación económica del causante del daño en cuanto al incumplimiento del contrato por la ya citada mala fe y la negligencia respecto de la reclamación interpuesta por el beneficiario de la póliza, ya sea asegurado, contratante o tercero beneficiario, pues soslayar esto, incurriría en dejar en estado de indefensión a la parte débil del contrato y se deja de cumplir con el fin previsto en el derecho humano a la protección del consumidor y el objetivo pretendido por la norma general, que es, reducir al máximo la brecha de disparidad que hay entre el especialista del Contrato de Seguro y el neófito en la materia, y así, y solo así, es que se lograría el fin pretendido por el legislador, que es que las aseguradoras cumplan con sus obligaciones y así se harán acreedores de la confianza del público usuario, y como consecuencia, se estimulará el consumo de los contratos de seguros, resultando en un incremento en la solidez del sistema financiero.

En la práctica, son pocos los casos en los que se ha solicitado los daños punitivos en materia de seguros, máxime si la materia de daños como bien lo señala la Corte en la invitación al seminario apenas empieza a cobrar auge, los daños punitivos son todavía menos conocidos y solicitados, y el número todavía se hace mucho menor en la materia de Contrato de Seguro.

A pesar de lo anterior, el quinto circuito de México ha estudiado asuntos relacionados con este tema. Así, el Tercer Tribunal Colegiado en materias Civil y de Trabajo de ese circuito en el amparo directo civil 278/2019,⁴⁷ requiere al tribunal inferior para que complemente la sentencia de primera instancia al concederle el amparo a los quejosos menores de edad representados por sus padres, sosteniendo – *en suplencia de la queja* – que, la juzgadora de primera instancia omitió pronunciarse sobre los daños punitivos y por ende, no atendió y resolvió de forma integral la litis causando lesiones a otros derechos humanos, pues el quejoso sostuvo que cuando la aseguradora dio de baja a las menores de edad y rescindió el contrato de seguro por haber *etiquetado* como nacidas *in vitro* resultaba en un acto arbitrario, lesivo y discriminatorio, y por sus constantes negativas de asumir el cumplimiento de las obligaciones que contrajo en el contrato de seguro.

Consecuentemente, el Colegiado hace un estudio de la reparación del daño y los daños punitivos y manifiesta qué es lo que se debe valorar y que al haber quedado demostrado el incumplimiento de la aseguradora, tenía derecho a los Daños Punitivos. Luego, sostiene el Tribunal que, al boletinar a los menores de edad, resultaba en un acto discriminante, violatorio de derechos humanos y quedaron vulnerados.

También, el Órgano hace referencia sobre los elementos para condenar el daño punitivo, que es necesario observar la relevancia social del hecho, es decir, la importancia de generar una cultura de responsabilidad a la luz del tipo de actividades que realiza la responsable, y que debe evaluarse si el responsable recibe un beneficio económico por la actividad que afecta los derechos e intereses de las víctimas.

Siguiendo esta línea, el Tribunal es consciente que un actuar irregular de la demandada y sumado al hecho de que genera un lucro con su actividad, en lo que nos interesa, es que se debe condenar al daño punitivo, sin embargo considero que hace un estudio de los elementos para la reparación del daño, pero, queda corto al no manifestar como esa conducta es de mala fe y negligente en relación al Contrato de Seguro, para así estar en concordancia con los postulados del derecho anglosajón en esta materia, sin soslayar que los elementos sociales y de lucro sí son los inherentes a una condena de daño punitivo, pues se insiste en que

⁴⁷ El juicio de primera instancia se promovió en el Juzgado Primero Oral Mercantil de Hermosillo, Sonora, donde concurría a juicio el contratante de la póliza, y dos menores de edad representados por sus padres, donde solicitaron el daño moral y punitivo. Así, en suplencia de la queja al ser menores de edad es que se condenó al daño punitivo.

lo que se persigue es que al sancionarse, se dejen de realizar esas conductas que no solo tienen un impacto en la relación *inter partes*, sino en la sociedad al ser este servicio financiero un aportador significativo al producto interno bruto nacional, empero, es un antecedente de suma importancia en este ramo del derecho, y en el sistema jurídico nacional que abona a los cimientos de la SCJN.

Otro antecedente lo constituye el juicio de primera instancia, y que fue confirmado por el Tribunal Colegiado en virtud del amparo interpuesto por la compañía de seguros⁴⁸. El asunto trata de un seguro de daños teniendo como objeto asegurado un vehículo con la cobertura de daños materiales en el mismo. Posteriormente sufrió un siniestro – *incendio* - y la contratante acudió a la compañía de seguros a reclamar la mencionada suma asegurada respecto de esa cobertura, a lo que la aseguradora alegó que para que se le pagaran los daños que solicitaban era menester que la asegurada le hubiese hecho unas mejoras al vehículo al haber sido comprado de salvamento.

En virtud de lo anterior, después de tener los derechos a salvo por parte de la CONDUSEF, la reclamante enderezó demanda en contra de la institución financiera argumentando que las condiciones generales de la póliza no fueron parte del formulario de ofertas suministrado por la compañía de seguros, razón por la cual la contratante no fue conocedora de las condiciones, incluyendo las exclusiones, y que esas condiciones eran claramente abusivas, y como consecuencia de lo anterior, no le eran oponibles, sin pasar por alto que al no haber sido comunicada de los contenidos, alcances y obligaciones de la póliza, tomó la decisión desde lo que conocía, pues de otra manera, el razonamiento para decidir sobre Contratos de Seguro o no, hubiera sido distinto. Asimismo arguyó, que es una práctica común de las compañías de seguros no hacerle del conocimiento los alcances del seguro⁴⁹, de las obligaciones de los asegurados y de las exclusiones, que es una práctica socialmente reprochable que incide en el desinterés de los potenciales adquirientes de seguros, de tal suerte que no hay un consumo de estos servicios financieros contrariando los objetivos del estado de que el gobernado haga uso de estos instrumentos financieros y así, haya un impacto positivo en las finanzas públicas, siendo esto, una cuestión de interés general.

⁴⁸ Asunto donde tuvimos la oportunidad de actuar como abogados de la asegurada.

⁴⁹ A lo cual refirió una serie de casos en materia de seguros tanto de primera instancia, como de amparo, entre ellos el Amparo Directo Civil 159/2016 del Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del quinto circuito.

Una vez desahogados todas las etapas procesales, la Juez de Primera Instancia dictó una sentencia, que estimo fue valiente y novedosa, pues al tratarse de temas modernos y recientes, lo común es que se acojan estos nuevos criterios por órdenes de los tribunales Colegiados, de ahí la valentía y novedad. Así, la juzgadora de primera instancia señaló que en efecto, la compañía de seguros no entregó las condiciones generales de la póliza, y no las hizo de su conocimiento previo a expedir la citada póliza, ni al momento de contratar, y después intentó endilgarle la responsabilidad a la demandante al no haber realizado los supuestos previstos en las desconocidas condiciones generales de la póliza. Luego de señalar lo anterior, se apegó a los criterios de la Justa Indemnización y del artículo 63.1 de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, y también, por obvias razones en lo establecido en el amparo directo 30/2013 de la Suprema Corte en relación al daño punitivo.

Conforme a ello, valoró el tipo de derecho lesionado, el grado de responsabilidad donde consideró que fue alto por no comunicar las condiciones y obrar con temeridad y mala fe procesal, tuvo en cuenta también la importancia social y señaló que estas instituciones son de impacto social alto, de gran relevancia e importancia y por ello, se deben brindarle la mayor seguridad jurídica, y generar una cultura de responsabilidad que les permita continuar operando como instituciones responsables, y por tanto, sostuvo que el grado de responsabilidad fue alto, y con igual adjetivo calificó la situación económica, y al quedar demostrado que incumplió con sus obligaciones, condenó a la aseguradora por \$50,000.00 (cincuenta mil pesos 00/100 m.n.)⁵⁰ por concepto de daños punitivos, enfatizando la importancia de generar una cultura de responsabilidad a la luz de las actividades que realiza.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta la novedad del tema y que no había antecedentes de donde pudiera echar mano la juzgadora las partes interpusieron juicio de amparo. La parte actora en su concepto de violación, argumentó que si bien es cierto la juzgadora de primera instancia estudió los elementos de la responsabilidad civil, no es menos cierto que faltaron de estudiar los elementos inherentes al daño punitivo en materia de contratos de seguros que advierte el derecho anglosajón consistentes en la mala fe pre y contractual y la negligencia del reclamo, para así

⁵⁰ Alrededor de \$2,500.00 (dos mil quinientos dólares americanos), teniendo en cuenta que el daño material del vehículo al cual se condenó fue de \$99,750.00 (noventa y nueve mil setecientos cincuenta pesos 00/100 m.n.), alrededor de \$5,950.00 (cinco mil novecientos cincuenta dólares americanos).

cubrir los presupuestos necesarios que dispone el derecho anglosajón, pues no atenderlos significaría un trasplante legal incompleto.

También, la parte actora como quejosa en el juicio de amparo se inconformó señalando que el monto por el que se condenó al daño punitivo no es congruente con el alto grado de responsabilidad y con la alta situación económica de la responsable, asimismo, sostuvo la *A Quo* que si el daño material es bajo, también lo debe ser el daño punitivo, alejándose de los cánones de este daño, toda vez que con el daño punitivo también se debe estudiar el elemento social y los daños que se causan a la generalidad sin soslayar el lucro que le genera a las compañías del seguro actuando de tal manera, sin que tampoco pase desapercibido la intención que tiene el estado mexicano, que es que el gobernado adquiera más de estos servicios, pues, si los seguros son de baja cuantía y se sigue actuando de la misma manera y se relaciona el daño punitivo con el daño material, jamás se concederán montos que disuadan a las compañías de seguros de dejar estas prácticas de mala fe, desincentivando el consumo de estos servicios. Y en últimas, porque ese monto no le genera un motivo para que las compañías de seguros se apeguen a las normas de orden público, o bien que sea una real sanción, lejos de ello si las condenas son así de bajas, o que la relacionen con la condena principal, las compañías de seguros al hacer un análisis de costo-beneficio y siendo ellos sabedores de que el número de indemnizaciones pagadas son sumamente bajas, preferirán asumir el costo de esos pagos por condenas de daños punitivos que actuar conforme a las normas de orden público o a la *ubérrima bona fides*, principio rector de los contratos de seguros.

En últimas, en reciente sentencia de primera instancia, en un asunto de fraudes bancarios cibernéticos, también se condenó a los daños punitivos, donde la parte demandante expresó argumentos de la misma índole, teniendo en cuenta que tanto las aseguradoras como los bancos son instituciones financieras, que los usuarios son consumidores y que ambas instituciones utilizan contratos de adhesión, relatando sobre la importancia que juegan estos contratos en sector financiero nacional y en los mismos patrimonios de los usuarios. Condena que también considero valiente pues tampoco existía antecedente alguno para condenar por concepto de daños punitivos a las instituciones bancarias por transacciones no reconocidas por los usuarios y la alta incidencia de estas reclamaciones.

VI] Conclusión

La responsabilidad civil en México no es tan nueva, pero no ha sido explorada a cabalidad, por tanto, es tarea de los abogados instar este tipo de juicios y junto con los juzgadores armar el camino que ya tienen adelantado países como Colombia, Chile, Argentina, por mencionar algunos, y de igual forma, los daños punitivos, pues entre más casos les pongamos en la mesa a los juzgadores, más criterios se irán desarrollando. En relación a este último, considero que es una herramienta útil para acotar la asimetría que hay entre las compañías y sus asegurados, de tal suerte que, como bien lo tiene en mente el legislador, a más confianza, más consumo y, porque no, más lucro para las compañías de seguros.

Ahora bien, las compañías de seguros no son las únicas responsables, pues la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas también lo es, porque muchos contratos son autorizados aun cuando contienen cláusulas ilegales y abusivas, tarea que también será de los abogados requerirlas para su responsabilidad, señalando que esta Comisión es sumamente bondadosa con las compañías de seguros cuando se interponen quejas haciéndoles saber las actos ilegales de las compañías, y lejos de sancionarlas desechan las quejas con argumentos cortos e infundados. Así pues, es tarea de todos formar el camino que ya fue iniciado por medio de los cambios a las leyes y la creación de las disposiciones de carácter general y los criterios que se vienen generando.

Ya en juicio, el juzgador debe tener en cuenta los criterios modernos de la materia de daños, el espíritu de las normas y llegar, o bien, acercarse a la óptima simbiosis de la materia de daños y de seguros, pues se necesitan de las dos ramas para lograr el objetivo del estado y estar en una verdadera protección del derecho humano a la protección del consumidor, del deber de información y de seguridad jurídica frente a estas relaciones. Adicionalmente, estas mismas bases deben servir para ampliar la procedencia de estos daños en los contratos donde sea evidente la disparidad entre las partes, donde haya sujetos preponderantes en las relaciones y donde se utilicen contratos masivos, elaborados unilateralmente, donde la parte débil nada más tiene la potestad de adherirse al contrato, en virtud de que corren la misma suerte que los asegurados, relación contractual que esta exceptuada en el sistema anglosajón, para así, proteger a todo el consumidor.

Por último, para efectos de la concesión del daño punitivo, además de los elementos puros de la acción de responsabilidad civil, se deben estudiar los elementos inherentes al Contrato de

Seguro, que son la mala fe y la negligencia ante el reclamo, ahora bien, ello no implica que las aseguradoras no puedan negar reclamos, sino que estas tienen que ser fundados – y legislar para que también sean motivados -, y además, que hayan cumplido con las normas de orden público, como notificar cancelaciones de pólizas, enterar al asegurado de los alcances del seguro y obligaciones, antes y durante el contrato, es decir información precontractual, luego, si la negativa resulta de algo ajeno al contrato o bien, objetándolo con cláusulas abusivas, ilegales o no informadas conforme a derecho, da lugar a los daños punitivos, que se deben pagar con ocasión de la situación económica de la responsable y no de la suma asegurada, pues de otra manera, se desvirtuaría la finalidad del contrato del seguro, que es hacer frente a los daños causados o compensaciones según lo causado, y así, la institución del seguro generaría una confianza para el consumo de los mismos. Entonces, es que el juzgador a la hora de dictar sentencia y cuando haya sido solicitada la citada prestación, tiene que atender la materia de seguros y la de responsabilidad civil, porque de lo contrario sería una sentencia incompleta, lesionando otros derechos fundamentales, señalando también que la condena de estos daños, tal y como lo dispone el Código Civil Federal deberá ser a discreción del juzgador, pero que es en parte responsabilidad de los licenciados en derecho reducir al máximo esa discreción al argumentar y probar de la mejor manera posible la procedencia de esos, y que no quede a un total arbitrio del Juez.

Bibliografía

FRAMES, Agustín Javier et al., Los daños punitivos en el derecho comparado: un largo camino recorrido y por recorrer: juicios a las tabacaleras por daños a la salud, *Difusiones Revista Digital*, Universidad Católica de Santiago del Estero. Departamento Académico San Salvador, vol.8, 2015

LABEL, J., *Fragmento de Sentencia de Canadá: Whiten v. Pilot Insurance Co.* S.C.R. 595, 2002 SCC 18, 2002

MÁRQUEZ, Jimena, Daño punitivo en el Derecho del Consumidor. Análisis comparativo con el derecho de los Estados Unidos, *Revista de Derecho en Daños*, 2019, vol.1

MEDINA, Pablo, *Ley Sobre el Contrato de Seguro Comentada*, 2ª ed, Porrúa, México, 2015

MUÑOZ, Edgardo y VÁZQUEZ CABELLO, Rodolfo, *El renacimiento del derecho de daños en México*, Tirant lo Blanch, México, 2019

OECD *Insurance spending (indicator)*, DOI: 10.1787/adb73055, 2020, Recuperada el 28 abril 2020

OTAOLA, María Agustina, La Justificación de los daños punitivos en el derecho argentino, *Revista de la Facultad UNC*, serie II, 2014, vol. V

PEREIRA FREDES, Esteban, Un alegato a favor de las consideraciones punitivas en el derecho privado. *Revista de Derecho*. Escuela de Postgrado, julio de 2015, núm. 7, DOI:10.5354/0719-5516.2015.37264

SOLÉ Feliu, Josep, El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español, *InDret*, 2009, 1/2009, disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/607_es.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Acción de grupo promovida por la Profeco: Efectos de la sentencia declarativa en Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, 2012

TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed, Legis Editores S. A, Bogotá, 2007

Crerios jurisprudenciales

Amparo Directo Civil 30/2013 y 31/2013 Proferidos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado el 26 de abril en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4889/8.pdf>

Amparo Directo en Revisión. 424/2001. Dictado por la Primera Sala de la Primera Corte de Justicia de la Nación.

Amparo Directo 33/2014 Proferido por el Ministro José Ramón Cossío Díaz de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tesis: 1a. CXXXV/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, México, Libro V, t.I, abril de 2014, p.816

Tesis: 1a. LII/2014 (10a.) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, t. I, febrero de 2014, p.683

Tesis: 1007229, SEGUROS. NATURALEZA DE LA INDEMNIZACIÓN QUE LAS INSTITUCIONES RELATIVAS PAGAN COMO CONSECUENCIA DE LA ACTUALIZACIÓN DEL SINIESTRO, Novena Época, México, Materia Administrativa, Tomo IV, 2011, p. 355

Tesis: I.4o.A. J/34.b Amparo Directo. 33/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, p. 32

Tesis: 1a. CDXXVI/2014 (10a.), PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. FACTORES PARA MEDIR LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIII, t. I, diciembre 2014, p. 243

Tesis: 1a. CCLXXII/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VIII, t.I., julio 2014, p. 142

Tesis: I.15°.C.48 C(10°), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, septiembre de 2019

Responsibilities and immunities of arbitrators in commercial arbitration: a perspective under the Mexican legal system

GUILLERMO CORONADO AGUILAR¹

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *Forerunners of arbitral responsibility and immunities in international arbitration*. III. *Scope of responsibility and immunity by arbitrators*. IV. *Applicable legal framework to arbitrators' immunity and responsibility*. V. *Comparative perspective under national legislations and case law*. VI. *The scope of responsibilities and immunities of arbitrators in the Mexican legal system*. VII. *Conclusion*.

Abstract. The following article deals with the immunity of the commercial arbitrator and arbitral tribunals seen from the Mexican Law. A comparative perspective is given on how arbitrators enjoy broad immunities like in the US as seen as judges or whether they need to have an insurance policy like in Spain.

Meanwhile in Mexico, the system for responsibilities against arbitrators follows that of the French legal system, mainly through the Civil Code, however, the Law of Amparo (LAM) opens the window to seek reparation against private parties, to the extent that their actions are taken as governmental acts. Thus, the question that arises is whether arbitrators' actions constitute authority like acts, thus being responsible under the LAM.

The contention of this article is that, arbitrators are immune to the Mexican Law of Amparo, since their duties are not from a top-down relationship, rather the arbitration investiture is born from the will of the parties creating a new contract, referred as arbitrator's contract, the *contrat d'investiture* or *receptum arbitri*, a collateral relation, therefore, arbitrators can only be held responsible under the Federal Civil Code, since from a Mexican

¹ Maestro en Resolución Internacional de Controversias por la Universidad de Ginebra y el Instituto de Altos Estudios Internacionales y de Desarrollo de Ginebra, Suiza. Árbitro y Profesor de cátedra por el Tecnológico de Monterrey.

perspective the relationship between the parties and the arbitral tribunal derives from a contractual relationship.

Keywords: Arbitration, responsibilities, arbitrators, immunity, damages.

Resumen. *El presente artículo aborda el tema de la inmunidad del árbitro comercial y de los tribunales arbitrales desde la perspectiva de la Ley Mexicana. Se ofrece una perspectiva de derecho comparado sobre cómo los árbitros gozan de amplias inmunidades como en los EE.UU., donde son vistos como jueces o si necesitan tener una póliza de seguro como en España.*

Mientras que en México, el sistema de responsabilidades contra los árbitros sigue el del sistema jurídico francés, principalmente a través del Código Civil; sin embargo, la Ley de Amparo (LAM) abre la ventana para buscar la reparación contra los particulares en virtud de la LAM, en la medida en que sus acciones son vistas como actos gubernamentales. Así, la cuestión que queda abierta es si las acciones de los árbitros constituyen actos de autoridad, siendo así responsables en virtud de la LAM.

El argumento de este artículo es que, los árbitros son inmunes a la Ley de Amparo Mexicana, ya que sus deberes no son de una relación de supra-subordinación, sino que la investidura arbitral nace de la voluntad de las partes que crean un nuevo contrato, llamado contrato de árbitro, el contrat d'investiture o receptum arbitri, una relación colateral, por lo tanto, los árbitros solo pueden ser considerados responsables bajo el Código Civil Federal, ya que desde una perspectiva mexicana la relación entre las partes y el tribunal arbitral deriva de una relación contractual.

Palabras clave: Arbitraje, responsabilidades, árbitros, inmunidad, daños.

I] Introduction

The scope of arbitrators' responsibilities is consistent among all arbitration rules, codes and case law. However, the extent of their immunity is left almost entirely to national laws, arriving to different results, whether arbitrators have broad immunities like in the US or whether they need to have an insurance policy like in Spain.

Meanwhile in Mexico, the system for responsibilities against arbitrators follows that of the French legal system, mainly through

the Civil Code, however, given the new changes to the *Law of Amparo* (LAM)² –which is a constitutional litigation proceeding that seeks to protect fundamental rights against acts of authority–, allowing private parties to be held responsible, if they were performing authority like acts, such created a problematic and discussions in the arbitration community in Mexico, since a discussion was whether or not arbitrators actions constitute authority like acts, thus being responsible under the LAM.

Such reparation of damages can be made through the same constitutional proceedings, upon which the Mexican courts can decide in favour to one of the parties to the arbitration proceedings, affecting or going against the Arbitral Tribunal that rendered the award, the problematic behind it, is that if constitutional protection is granted, one of the parties could seek either, restitution of their respective rights, or a claim for damages.

Even if an action can be sought under the Federal Civil Code, like France, the threshold under the LAM is much lower, since, the Law of Amparo has a natural imbalance between a party seeking the constitutional protection and the other party, which is the authority, in this case, the arbitrator or arbitral tribunal, putting the claiming party on an equal footing against an authority.

If such situation is granted against the arbitrators or the arbitral tribunal then the consequences for the arbitration in Mexico could have being disastrous, thankfully the Supreme Court and a series of case law reflected on that, concluding that arbitrators cannot be held responsible under the LAM, thus being immune to such constitutional proceedings.

The conclusion is that, arbitrators are immune to the Mexican Law of *Amparo*, since their duties are not from a top-down relationship, rather the arbitration investiture is born from the will of the parties creating a new contract, referred as arbitrator's contract, *contrat d'investiture* or *receptum arbitri*, a collateral relation, therefore, arbitrators can only be held responsible under the Federal Civil Code, since from a Mexican perspective the relationship between the parties and the arbitral tribunal derives from a contractual relationship.

² The new law of *Amparo* came into force on April 3, 2013. It rules over articles 103 and 107 of the Mexican Constitution.

II] Forerunners of arbitral responsibility and immunities in international arbitration

One of the precedents of international arbitration that helped in the shaping of modern arbitration are: the *Alabama Claims*³ and the Jay's treaty⁴. Even though they are important precedents, they do not envisage clearly the responsibility and immunities of arbitrators in discharge of their duties, rather, they give general guidelines on how an arbitrator must act throughout the arbitration process.⁵

Other instruments such as the Convention for the Pacific Settlement of International Disputes provides under its article 46 that 'the members of the Tribunal, *in the exercise of their duties and out of their own country*, enjoy diplomatic privileges and immunities'. The exact wording can be found in article 19 of the Statute of the International Court of Justice.⁶ Nevertheless, it must be taken into account that these instruments are made for State-to-State dispute resolution mechanisms and they concern a more permanent body of adjudicators, meanwhile in commercial arbitration, it cannot be assumed that arbitrators dealing with international commercial matters will have the same benefits as adjudicators in the international public sphere, although, tracing back the origins for immunities for arbitrators, it will be a good place to depart.

III] Scope of responsibility and immunity by *arbitrators*

The arbitrators' activity in commercial arbitration is a *Sui Generis* one, he or she are private dispute adjudicators with quasi-judicial functions. This situation makes it difficult to assess the

³ SHAW, Malcom *International Law*, 6th ed., Cambridge University Press, 2008, p. 1048. *Alabama Claims*, (Alabama Claims of the United States of America against Great Britain) (Final Award) (1872) 29 RIAA 125-134. The State parties agreed to compose an Arbitral Tribunal, of 5 arbitrators, nominated one by the President of the United States, one by the Britannic Majesty, one by the King of Italy, one by the President of the Swiss Confederation, and one of the Emperor of Brazil. US Department of the State, Office of the Historian, Milestones: 1861-1865, The Alabama Claims, 1862-1872, available at: <https://history.state.gov/milestones/1861-1865/alabama>

⁴ Treaty of Amity Commerce and Navigation, between his Britannic Majesty and The United States of America, 1794.

⁵ See for example Article II, VII and XI of Jay's treaty.

⁶ Cf. SHAW, Malcom, (n. 2) pp. 1059-60 'enjoy diplomatic privileges and immunities when on official business.'

extent of immunities and responsibilities of arbitrators in the discharge of their duties, whether they are determined directly by the law –as is the case with judges–, or they are determined by the will of the parties, recognized by the law.

The situation that gives rise to confusion is that arbitrators will decide impartially a legal dispute through the rendering of an arbitral award, somewhat similar to the responsibilities of a judge. However, arbitrators are neither officials nor held a public office whom powers are given directly by the State through the enactment of a given law,⁷ contrariwise the power of the arbitrators is given by the agreement of the parties.⁸

Both the *New York Convention*⁹ and the *UNCITRAL Model Law*¹⁰ define the arbitration agreement. Under Article II (1) of the New York Convention, it is ‘an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship...’. The UNCITRAL Model Law under its article 7 (1) provides for the following: ‘the arbitration agreement is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not.’

The above referred definitions connect directly to the obligation by the parties to solve their respective dispute through arbitration, however, there are other obligations in connection to such, upon which Born identifies six general responsibilities in institutional arbitration rules and the UNCITRAL Model Law, upon which, the arbitrator must proceed within the procedure and the parties, in this sense, arbitrators ought to (a) resolve the parties’ dispute in an adjudicatory manner; (b) conduct the arbitration in accordance with the parties’ arbitration agreement; (c) maintain the confidentiality of the arbitration; (d) in some contexts, propose

⁷ BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2014, p. 1985, citing Korkeimman oikeuden ratkaiust kommentein, (Finnish Korkein Oikeus) (2005) [101], [108].

⁸ As said before, the will of the parties is what gives existence to arbitration, whether contained in an arbitration clause or an entire contract, parties could agree to *ad hoc* arbitration or institutional arbitration.

⁹ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (New York Convention); ratification published in *Diario Oficial de la Federación* 22 June 1971.

¹⁰ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006 (UNCITRAL Model Law).

settlement to the parties; (e) complete the arbitrator's mandate; and (f) be and remain impartial and independent.¹¹

It is important to clarify that the agreement to arbitrate, is different from the arbitration clause, the agreement to arbitrate is a different instrument that binds the arbitrator with the parties in the conduction of the arbitration proceedings. It must be noted that such *agreement to arbitrate* will be for the arbitrator and the parties, and not only between the arbitrator and the party who nominated her or him.¹²

Such contract, –referred as the *arbitrator's contract*–, is the main instrument that deals with the responsibilities of the arbitrator, it will limit or broaden the arbitrator's responsibilities against any claim by the parties in the discharge of her or his duties.¹³ However, three main obligations can be identified, (i) to render a valid award in the seat, (ii) an award subject to be reasonably expected to be recognized and enforced in any other jurisdiction, and (iii) comply with the spirit of the New York Convention.¹⁴

It is worth noting that once the arbitrator signs and accepts her or his appointment, he or she becomes subject to a legal relation with the parties, with a commitment to the arbitral process, as well as to the arbitration rules, the award that will be rendered and the legislation of the seat of the arbitration.¹⁵

When analysing the legal nature of the arbitrators' functions, some discussion has been raised in how to treat arbitrators, whether as judges or as a pure contractual private-third-party-resolver. Irrespective the approach taken, the legal nature is a *sui generis* one.¹⁶ This *sui generis* approach also extends to the arbitrator's contract, which is construed rarely by way of one document; conversely consists of communications within the parties, agreements within the arbitration procedure, the institutional rules and legal principles.¹⁷

¹¹ Cf. *op.cit.*, BORN, Gary, (n.6), p. 1985.

¹² Cf. *ibidem*, p. 1966.

¹³ Cf. *ibidem*, p. 1974.

¹⁴ GREENBERG, Simon, et al., *International Commercial Arbitration. An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge University Press, 2010, pp. 268-269, at para. 6.82, the authors put first the New York Convention. However, for a complete and extensive study regarding the many obligations of the arbitrators please refer to BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2014.

¹⁵ Cf. *op. cit.*, BORN, Gary, (n.6), p. 1967.

¹⁶ Cf. *Ibidem*, p. 1976.

¹⁷ Cf. *Ibidem*, p. 1979.

If the arbitrator's contract is insufficient in determining the extent of responsibilities and immunities by the arbitrators, the next legal instrument to apply is the arbitration rules and national law applicable to the arbitration. As it will be addressed below, many institutional arbitration rules provide a general waiver of responsibility, and the responsibilities of the arbitrators are scattered in the rules or in annexes.

IV] Applicable legal framework to arbitrators' immunity and responsibility

As said before, almost every arbitration institution provides for exclusion of contractual liability, i.e., waiver. Examples of this are –to name a few– the ICC, LCIA, CPR, *Centro de Arbitraje de México* (CAM), and the ICDR. To the contrary, the UNCITRAL Arbitration Rules do not deal with the matter.¹⁸ Even if the arbitration rules that deal with the responsibilities of the arbitrator as well as to his or her immunities, such regulation is not clearly worded within the given arbitration rules, being only a disclaimer or a waiver.¹⁹

Generally, the wording of almost all arbitration institutions is set as a limitation of liability, just one article dealing with a possible immunity, leaving to the national legislation the assessment as to the extent to which arbitrators are responsible and what is their enjoyment of certain immunities within such legal system. However, in their discharge as arbitrator for international commercial or investment arbitrations, these national legislations do not offer a clear indication to the extent of the responsibilities and immunities of arbitrators.

For example, under the ICC arbitration rules article 41, there is a limitation of liability, which reads as follows: 'The arbitrators, any person appointed by the arbitral tribunal, the emergency arbitrator... shall not be liable to any person for any act or omission in connection with the arbitration, except to the extent such limitation of liability is prohibited by applicable law.'²⁰

The same holds true for the LCIA under article 31.1 of the recent adopted arbitration rules,²¹ upon which '[n]one of the LCIA...any arbitrator, any Emergency Arbitrator... shall be liable to

¹⁸ BORN, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2012, p. 145.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Article 41 of the ICC Arbitration Rules applicable as of March 1, 2017.

²¹ The new rules came into effect as of October 1, 2014.

any party howsoever for any act or omission in connection with any arbitration, save: (i) where the act or omission is shown by that party to constitute conscious and deliberate wrongdoing committed by the body or person alleged to be liable to that party; or (ii) to the extent that any part of this provision is shown to be prohibited by any applicable law.'

The LCIA goes even further in order to provide a broader immunity to arbitrators, since under article 31.2 the LCIA rules establish that after rendering the award by the Arbitral Tribunal, the parties cannot call the arbitrators or any other person related to the LCIA as witnesses being also prevented to be forced in order to make statements related to the arbitration.²²

The arbitration rules of CAM (*Centro de Arbitraje de México*), article 43, establish a similar worded limitation of liability clause which reads: 'Neither the arbitrators, CAM, its General Council, its Secretary General nor the members of its Secretariat shall be liable of any act or omission in connection with an arbitration proceeding conducted under its auspices.' A similar wording is found under article 40 of the ICC arbitration rules, however, both ICC and CAM rules established the waiver of rights if the parties continue with the arbitration without raising any objection to the proceedings and not what can happen after the proceedings are finished.²³

In addition, there are several other codes of conduct by institutions and professional organizations, which can be adopted by agreement by the parties and the arbitrators, the absence of which makes these set of rules non-mandatory. However, they still have an advisory character as they serve as guidelines, for example the IBA Guidelines on Conflict of Interest.²⁴ They could be of great influence in how the arbitrators conduct themselves within the proceedings. The parties can analyse the conduct of the arbitrators

²² LCIA Arbitration rules article 31.2 reads as follows *After the award has been made and all possibilities of any memorandum or additional award under Article 27 have lapsed or been exhausted, neither the LCIA (including its officers, members and employees), the LCIA Court (including its President, Vice-Presidents, Honorary Vice-Presidents and members), the Registrar (including any deputy Registrar), any arbitrator, any Emergency Arbitrator or any expert to the Arbitral Tribunal shall be under any legal obligation to make any statement to any person about any matter concerning the arbitration; nor shall any party seek to make any of these bodies or persons a witness in any legal or other proceedings arising out of the arbitration.*

²³ See article 41 of CAM rules and article 40 of the ICC rules.

²⁴ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, adopted on October 23, 2014.

within the process, in light of such international criteria, to conclude if the arbitrator acted properly.

In spite of, let us remember that the arbitrators' relationship with the parties is contractual, with both the arbitrator and the parties owing contractual rights and duties to one another.²⁵ Since the arbitration rules are generally silent in how and to what extent the responsibilities and immunities operate, the soft law on this matter cannot be applicable, unless there is an express agreement.

Therefore, an international conflict of laws exercise must be performed in order to provide, –absent any agreement– the law applicable to the arbitrators' contract (also referred as *receptum arbitri*),²⁶ thus, the law applicable must be the one where the seat of the arbitration takes place, since it is there where the main obligations will be performed, that is the rendering of an arbitral award, it is to say the characteristic performance is the award and such takes place in the seat of arbitration. Thus, the national legislation of the seat of the arbitral tribunal will decide the extent of the responsibilities born by the arbitrators as well as to the immunities they may have.²⁷

V] Comparative perspective under national legislations and case law

Some legal systems will handle the arbitrator's duties either as a great akin with judicial duties or as a contractual function limited by the law. Whatever the point of departure is, the duty of an arbitrator is defined by the agreement to arbitrate. In this sense, it will depend on the applicable law to the arbitrators' contract whether and to what extent enjoy immunities and the extent of their liabilities.

²⁵ Cf. *op. cit.*, BORN, Gary, (n.6), p.1968.

²⁶ See for example in KARRER, Pierre, *Responsibility of Arbitrators*, in, NEWMAN, Lawrence W., HILL, Richard (ed.), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, 2nd ed., Juris Publishing, pp.613-615.

²⁷ Cf. *op. cit.*, BORN, Gary, (n.6) p. 1973. See also *ibidem*. KARRER, Pierre, p.614, however refers that under art. 5 of the Lugano Convention the law applicable to the responsibility of the arbitrator, is where the main seat of business is located or the habitual residence or the seat of the arbitration being the place of the actual performance of the arbitrators' contract, for a three-member tribunal establishes the place of the arbitration.

1. Common Law Approach

a. *English legal system.* English courts have ruled that arbitrators' rights and obligations come from a mix between contracts and laws.²⁸ Section 29 of the English Arbitration Act establishes that '[a]n arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as an arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith.'²⁹ Interpreting at *contrario sensu*, the arbitrators will be liable only if, in the discharge of their duties, they acted in bad faith or wilful misconduct, towards one or both of the parties or the arbitration process in itself. Applying as well to the employees or agents of the arbitrator, however, if the arbitrator resigns, this section will not apply, rather, will be Section 25.

Consequently section 25, establishes that the parties and the resigning arbitrator can agree on the consequences of such resignation, the entitlement of her or his fees and any liability incurred,³⁰ absent such agreement, the arbitrator can apply to the court in order for a grant of relief of any liability³¹ and make an order to the parties granting the payment of fees or expenses or repayment of expenses already paid.³² The relief by the court is subject to the assessment of reasonability,³³ therefore, it may happen that the IBA guidelines may be taken into account. As a possible soft arbitration law.

This section is as well almost identical with section 74 related to the immunity of the arbitral institutions, notably the title of the section is named 'Immunity of arbitral institutions', such section establishes the immunity of the institutions when acting as appointing authority, by saying that '(1) An arbitral or other institution or person designated or requested by the parties to appoint or nominate an arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of that function unless the act or omission is shown to have been in bad faith.'

In the case *Jivraj v. Hashwani*, the Court of Appeal held that the relationship between the arbitrators and the parties is of a contractual nature, 'the precise nature of the relationship between

²⁸ Cf. BORN, Gary, (n.6) p. 1967.

²⁹ English Arbitration Act 1996.

³⁰ English Arbitration Act 1996, Section 25 (1)(a) and (b).

³¹ English Arbitration Act 1996, Section 25 (3)(a).

³² English Arbitration Act 1996, Section 25 (3)(b).

³³ English Arbitration Act 1996, Section 25 (4).

the arbitrator and the parties to the dispute is irrelevant³⁴, the appointment of an arbitrator is similar to those of a doctor or an accountant about a tax return. Interestingly, the Supreme Court overturned such decision considering that an arbitrator cannot be considered to be subordinated to the parties; rather, arbitrators are in effect quasi-judicial adjudicators.³⁵

In the *Jivraj v. Hashwani* finding by the Court of Appeal, Lord Mance quoted the German Imperial Court of Justice (*Reichsgericht*) regarding the nature of the arbitral contract, by saying that:

It does not seem permissible to treat the arbitrator as equivalent to a representative or an employee or an entrepreneur. His office has....an entirely special character, which distinguishes him from other persons handling the affairs of third parties. He has to decide a legal dispute in the same way as and instead of a judge, identifying the law by matching the relevant facts to the relevant legal provisions. The performance expected from him is the award, which constitutes the goal and outcome of his activity. It is true that the extent of his powers depends on the arbitration agreement, which can to a greater or lesser extent prescribe the way to that goal for him. But, apart from this restriction, his position is entirely free, freer than that of an ordinary judge.³⁶

It is of no surprise that the English Arbitration Act, deals with a more quasi-judicial approach regarding the arbitrators' immunity just being limited to bad faith.

b. US legal system. The US legal system analyses the arbitrator's tasks from a more judicial point of view. Section 14(a) of the Revised Uniform Arbitration Act, establishes that '[a]n arbitrator or an arbitration organization acting in that capacity is immune from civil liability to the same extent as a judge of a court of this State acting in a judicial capacity.³⁷ Therefore, the immunities given by the US legal system to the arbitrators are broader than in other legal systems. Most of the US Courts recognize broad immunities to arbitrators.³⁸

³⁴ COWAN, Paul, 'Jivraj v. Hashwani – Are Arbitrators Employees?', *Kluwer Arbitration Blog*, available at: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/05/25/jivraj-v-hashwani-%E2%80%93-are-arbitrators-employees/>

³⁵ *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40 (27 July 2011) para. 41.

³⁶ *Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40 (27 July 2011) Lord Mance, at para. 76.

³⁷ Revised Uniform Arbitration Act 2000

³⁸ Cf. *op. cit.*, BORN, Gary, (n.6) p. 2011.

Nevertheless, some arbitrators have been found to be subject to civil liability. In *E.C. Ernst, Inc. v. Manhattan Constr. Co. of Texas*, the Court of Appeals reasoned that an architect nominated in order to give his approval of the construction site that fails to decide or is in delay to render a decision, loses his immunity because 'he loses his resemblance to a judge.'³⁹

2. Civil Law Approach

a. *Swiss legal system.* In an interesting case, the Swiss Federal Tribunal found that the 'arbitrator has to undertake everything that is necessary to facilitate the regular course of the arbitral proceedings and to abstain from everything that could compromise it. Consequently, the arbitrator has a pre-contractual, later contractual, duty to inform the parties to the proceedings of facts that may serve as *grounds for challenge*.'⁴⁰

Although this case refers to a challenge against the arbitrators, after a challenge is made under article 180 of the Private International Law Statute or Act (PILS or PILA), arbitrators could be held responsible under a contractual regime of Swiss Code of Obligations.⁴¹ The grounds for challenge are three: (i) not meeting the qualifications agreed upon, (ii) grounds for challenge under the arbitration rules or (iii) justifiable doubts to its independence.⁴²

Furthermore, scholars have interpreted that Article 100(1) Code of Obligations bar the exclusion of liability even for slight and medium negligence, thus, arbitrators cannot waive article 180 PILS for challenge when the exclusion contradicts the legal nature of the contract, which may be the case for an agency agreement (mandate),⁴³ in this sense, if there is a successful challenge against

³⁹*E.C. Ernst Inc., v. Manhattan Construction Company of Texas*, May 9, 1977 US App. Lexis, 13476, No. 75-1794.

⁴⁰ Cf. *op.cit.*, BORN, Gary, (n.6) p. 2012, fn. 306 citing RÜEDE, T., HADENFELDT, R., *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, 2nd ed., 1993, p. 161, citing Swiss Federal Tribunal Judgment of March 14, [1985] DFT 111 la 72, 76.

⁴¹ *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht*.

⁴² For a more detailed study regarding the challenge of an arbitrator see ORELLI, Mariella, *Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 180 [Arbitral tribunal challenge to an arbitrator]*, in ARROYO, Manuel (ed.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2013.

⁴³ HABEGGER, Phillip A., in ARROYO, Manuel (ed.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2013, p. 658.

an arbitrator, the consequences of such treatment could lead to a restitution of the arbitral fees or a reduction of the same.⁴⁴

b. French legal system. The French legal system relies on a contractual point of view. To this respect there is an arbitration contract that binds the parties and the arbitrator.⁴⁵ As Maître de Boissésou referred to the term for this contractual relationship between the Arbitrator and the parties as the '*contrat d'investiture arbitrale*'.⁴⁶

Under the French legal system, the responsibilities of the arbitrator are differentiated to the duties of the judge in two main aspects, the first one is that is not a member of the judiciary and second, the jurisdiction of the arbitrator is due to the agreement by the parties.⁴⁷

But at the same time, an arbitrator cannot be sued for damages, if this claim refers to its legal reasoning that culminates in the final decision in the award.⁴⁸ Since the expectations of the parties to the right reasoning is different, given their own point of views.⁴⁹ However, there are cases upon which an arbitrator can be held liable, for example, if the arbitrator does not render the award within the time fixed for the issuance of the award resulting to be null and void.⁵⁰

As said before, this relationship could be subject to legal liability as it was ruled in some cases. In particular, a French court held that an 'action for damages in respect of their performance can only be brought under ordinary tort or contract law'.⁵¹ In other words, the arbitrator's liability is of a contractual nature which shall be governed under article 1142 of the French Civil Code, upon which an obligation to do or not to do, must be compensated by damages.⁵²

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ ROUCHE, Jean, et. al., *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, 2nd. ed., Kluwer Law International, 2009, p. 37.

⁴⁶ *Idem*

⁴⁷ *Ibidem* at p. 90.

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Ibidem* at pp. 94-95.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Cf. op. cit.*, BORN, Gary, (n. 6) 2012, fn. 305 citing *Judgment of 29 January 1960*, 1960 Rev. arb. 121; *Judgment of 24 March 1977*, 1978 Rev. arb. 31; *Judgment of May 1991*, *Bompard v. Consorts C.*, 1996 Rev. arb. 475, 476.

⁵² ROBINE, Eric, *The Liability of Arbitrators and Arbitral Institutions in International Arbitrations under French Law*, *Arbitration International LCIA*, Kluwer Law International, Volume 5, Issue 4, 1989, p. 326.

The threshold is to ask if the arbitrator acted in good faith and diligently in conducting the proceedings, as it is established under article 1464 paragraph three of the French Civil Code⁵³, which is an article that applies to domestic arbitration, but by way of article 1506 such article also applies to international arbitration.

c. *Spanish Arbitration Act*. An interesting approach is the one given by the Spanish Arbitration Act of 2003, which was recently modified by the Law 11/2011,⁵⁴ under which, if there is bad faith by the arbitrator or arbitral institutions, parties can bring actions against them, –as it is the case with the English Arbitration Act–, recklessness or wilful misconduct, which was in the Arbitration Act of 2003.⁵⁵

The Law 11/2011 added a second paragraph on Art. 21.1, upon which arbitrators are required to ‘...take out an insurance policy to cover civil liability or make an equivalent guarantee’,⁵⁶ the arbitration institutions must provide for insurance to arbitrators seated in Spain.⁵⁷ This development of the Spanish Arbitration Act must be regarded as a safeguard to arbitrators, not the other way around.⁵⁸

VI J The scope of responsibilities and immunities of arbitrators in the Mexican legal system

The Mexican legal system does not establish any special regulation to the arbitrators’ responsibilities and immunities, it must be understood that the duties of the arbitrator arise from the agreement of the parties,⁵⁹ and the parties can *agree freely* on the institution and the arbitrators who will decide the matter, whom consequently will agree on the arbitrator’s contract in order to

⁵³ Art. 1464 para. 3 *Both parties and arbitrators shall act diligently and in good faith in the conduct of the proceedings.*

⁵⁴ Arbitration Amendment Act Law 11/2011 which reforms Spanish Arbitration Act as of 2003.

⁵⁵ Arbitration Amendment Act 11/2011 s21.1.

⁵⁶ Arbitration Amendment Act 11/2011 s21.1 (2).

⁵⁷ PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar, Liability Insurance in Arbitration: The Emerging Market and the Impact of Mandatory Insurance Regimes, *Kluwer Arbitration Blog*, available at: <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2014/01/08/liability-insurance-in-arbitration-the-emerging-spanish-market-and-the-impact-of-mandatory-insurance-regimes/>.

⁵⁸ See *Op. cit.*, KARRER, Pierre, p. 620, considers that conscientious arbitrators do not need to insure.

⁵⁹ See articles 1416 paragraph I and V, 1417 and 1445.

render a final award in accordance to article 1445 of the Code of Commerce.

However, the matter regarding the responsibility and immunities of the arbitrators is not handled within the Code of Commerce, therefore the rules to be applied regarding the responsibilities and immunities must be found in the Federal Civil Code, by virtue of article 2 of the Code of Commerce, making a *renvoi* by establishing that in lack of any rule in such code or any other mercantile or commercial law, the Federal Civil Code will be applicable.⁶⁰

It is important to stress out, that the Mexican legal system follows the contractual approach given by the French law to the arbitration relationship with the parties, therefore, recognizes that the duties of an arbitrator arise from the agreement by the parties. Examples of this is the case *Maquinaria Igsa, S.A. de C.V.*, where the judge ruled that arbitration is born by the agreement of the parties, where the Arbitrator has a judicial activity without the *imperium* of the state, which the decision is final and binding upon the parties, given that they agree freely to commit to arbitration.⁶¹ In such a case the Court found that:

Arbitration is an institution that is born by the will of two or more parties in order to resolve the controversies...through a legal or specific procedure which must abide by the essential formalities of the process, giving the faculty to a third person to resolve the existent dispute through an award, which will be binding to the parties, as it was resolved by a Judge of the State; by the will of the parties the third person converts into a judge of such specific dispute...The arbitrator deploys a jurisdictional material activity, but lacks of imperium to enforce...Arbitration is in nature conventional...the arbitration agreement necessarily contains or remits to a process. The award that is rendered it is a material jurisdictional act, that results binding upon the parties, because they submitted a decision to a third person in the autonomy of their will, which is free, having the force to oblige...⁶²

⁶⁰ Article 2 reads in Spanish *A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal. Absent disposition in this legislation and other mercantile laws, will be applicable to the commercial acts the ones contained in the Federal Civil Code.*

⁶¹ Case 195/2010, *Maquinaria Igsa, SA de CV and other* [2010], I.3o.C.934, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, (9th), t. XXXIII, May 2011, p. 1018., see also article 1423 Mexican Code of Commerce, establishing the characteristics of the arbitration agreement.

⁶² Translation free. *Arbitraje. Es una Institución Convencional para resolver litigios mediante un laudo. El arbitraje es una institución que nace del pacto expreso de dos o más partes para resolver*

Consequently, the liability of arbitrators is considered to be more as a contract, characterizing the activity of the arbitrator as a judge-like function however lacking *imperium*, therefore it will be more appropriate to deal with the responsibilities and immunities under the Federal Civil Code, more specifically under the law of general obligations, following the Swiss approach.⁶³ The Federal Civil Code provides that if contracts are not specifically regulated they will be dealt under the general rules of contracts, the agreement by the parties or with the contract upon which they have more analogy.⁶⁴

The present author is of the opinion that, the contract of arbitration or *contrat d'investiture* to which has more analogy is a professional services contract comprised under articles 2606 to 2615 of the Federal Civil Code, some articles will not apply, however, other will, like in the case at hand will be article 2615 Federal Civil Code, dealing with liability and immunities for professional services, establishing that the person delivering a professional service will be only responsible if in the discharge of its duties commits: *negligence, imperil and bad faith*, without prejudice to the cases of criminal activity.⁶⁵ However, there must be

las controversias que surjan o hayan surgido, mediante un procedimiento legal o específico que debe respetar las formalidades esenciales del procedimiento, atribuyendo a un tercero la facultad de resolver el litigio existente mediante un laudo, que tendrá fuerza vinculatoria para ambas partes, como si hubiera resuelto un Juez del estado; por la voluntad de las partes el tercero se convierte en Juez de esa controversia específica, cuya facultad queda limitada a resolver sobre lo que se le encomienda y que no está reservado al Juez estatal. El árbitro realiza una actividad materialmente jurisdiccional, pero carece de imperium para ejecutar, por lo que debe ser auxiliado por el órgano estatal. EL arbitraje es de naturaleza convencional, porque se finca en la autonomía de la voluntad, con sustento en la libertad contractual de las partes, solamente que su objeto específico es otorgar facultades a un tercero para resolver una controversia que puede ser sustraída del ámbito jurisdiccional estatal; de modo que por su propia finalidad el pacto arbitral necesariamente contiene o remite a un procedimiento. El laudo que se dicta es materialmente un acto jurisdiccional, que resulta vinculatorio para las partes contendientes, puesto que se sometieron a la decisión de un tercero en ejercicio de la autonomía de su voluntad, que ha sido libre in causa, lo que le confiere fuerza de obligar. El artículo 1416, fracción II, del Código de Comercio define al arbitraje como cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo.

⁶³ See article 1792 Federal Civil Code.

⁶⁴ See article 1858 Federal Civil Code.

⁶⁵ Article 2615 of the Federal Civil Code reads in Spanish: *El que preste servicios profesionales, solo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito. The person that provides professional services, is only*

a special regulation on the extent of responsibilities and immunities that the arbitrators and the arbitration institutions enjoy in their respective discharge of their duties, within the Code of Commerce where is placed the regulation of Commercial Arbitration, one of the possible effects will be to avoid anti-arbitration injunctions.

The Mexican Law of Amparo (LAM). The LAM is a law that introduces the writ of Amparo, which is an extraordinary action that may be filed before higher courts in order to protect fundamental rights and to guard them effectively when they are violated through the performance of acts by the State⁶⁶ or by *private persons that exercised its powers resembling the latter*. Examples of acts by the State are final judgments rendered by the Courts, which could be subject to writ of Amparo, similar to the French model of cassation.

Despite the contractual nature given by the Mexican legal system to the arbitration contract, in the sphere of Constitutional Law, the new Law of Amparo generated much of a debate towards the responsibilities and immunities of the arbitrators, it was not clear whether the arbitrators –from the private legal sphere– would be regarded as an authority similar to a judge –from the public legal sphere–, thus opening a window for parties to ask for compensation by way of a writ of *Amparo* against the arbitrators or the relationship of the arbitrators with the parties was of a pure contractual nature, having the typical claims for such discharge.

Even if the LAM brought great developments, such new developments opened the possibility for the Arbitrators to be considered as an authority whom acts could affect the fundamental rights of the parties, through the final judgment, i.e., a final award, in order to seek reparation directly against the person that created such wrong and caused such detriment.⁶⁷ In this sense, it was discussed that if an arbitrator has *quasi-jurisdictional* powers, who puts an end to the dispute through an award, parties could mistakenly confuse an arbitrator with a judge, and therefore seek reparation, either restitution⁶⁸ or on the other side damages⁶⁹ within the writ of *Amparo*.

responsible, to the persons that he serves, for negligence, unskillfulness or bad faith, without prejudice of the punishment in case of crime.

⁶⁶ There are two types, Indirect Amparo and Direct Amparo, this paper refers to Direct Amparo, applicable to rulings that put an end to a controversy, since we are dealing with the possible effect to a party due to an award made by the Arbitrator. The Direct Amparo follows the French model of cassation.

⁶⁷ See article 204 of the Law of Amparo.

⁶⁸ Article 77 of the Law of Amparo.

⁶⁹ Article 204 of the Law of Amparo.

This was one of the possible conclusions after a first judgment on the matter in the case *Gilberto Contreras Zúñiga*, under direct Amparo number 384/2013.⁷⁰ This case is relevant for the Mexican legal system on arbitration, for two main reasons: first, recognizes the principle of definitiveness of the award, and second, the award is excluded from the extraordinary process of Amparo.

The second reason is of particular importance, since it finds that the Awards issued by an arbitral tribunal is not a type of judgment covered *ratione materiae* by the law of Amparo, thus, articles 107 of the Constitution and article 170 of the Law of Amparo do not apply, being only applicable to definite judgments, awards or judicial resolutions issued by State Courts, administrative tribunals or labour tribunals.

...the new Law of Amparo, makes evident that the Collegiate Circuit Courts have jurisdiction to rule over judgments on direct amparo, which only proceed against final judgments, awards, and final resolutions that put an end to a judgment, rendered by judicial tribunals (courts), administrative courts and labour courts. In this normative context, the validity of an award issued by a private arbitrator cannot be resolved under amparo, given that a decision that is not rendered by the said courts..., a sine qua non prerequisite in order for in direct amparo could be questioned the validity of the said acts, is that they are rendered by courts of the Estate and not private arbitrators...⁷¹

⁷⁰Case 384/2013, *Gilberto Contreras Zúñiga*, I.So.C.76 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, August 2014, p. 1841.

⁷¹ *Idem.*, the reasoning in Spanish is as follows: *Laudo emitido por árbitro particular. Es incompetente el tribunal colegiado de circuito para conocer de él en el amparo directo. De las fracciones III, inciso a) y V, inciso c), del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en el diverso 170 de la nueva Ley de Amparo, se advierte que los Tribunales Colegiados de Circuito son competentes para conocer de los juicios de amparo directo, los que solo proceden contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que le ponen fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo. En ese contexto normativo, la validez de un laudo emitido por un árbitro particular no puede dilucidarse a través de dicho medio de defensa, al tratarse de una decisión que no es emitida por los tribunales de referencia, pues no es suficiente para estimar la competencia de dichos órganos, que la decisión señalada como acto reclamado tenga la denominación de laudo, ya que tal es la noción que corresponde a las resoluciones definitivas que emiten los tribunales del trabajo, y esa naturaleza no corresponde al árbitro que emitió el acto que se reclama en un procedimiento arbitral pactado por las partes, pues un requisito sine qua non para estimar la posibilidad de que en el amparo directo pueda cuestionarse la regularidad de ese tipo de actos, es que sean emitidos por tribunales del Estado y no por árbitros privados. Por ende, en estos casos el Tribunal Colegiado de Circuito, con fundamento en el artículo 45 de la Ley de Amparo, debe declarar su incompetencia y remitir el asunto al Juez de Distrito que*

Despite the great reasoning provided in such ruling and the protection given to the definitiveness of awards issued by Arbitral Tribunals, it left a window open in order to seek reparation, either by restitution or damages, through Art. 5 of the law of Amparo, by ruling that a District Court has jurisdiction to rule over *the possibility that the arbitrator, as a private person whom renders an act tantamount to an authority, could be considered responsible for the effects of the writ of amparo.*⁷²

Furthermore, Art. 5(II) LAM establishes that an authority is 'with independence of its formal nature, the one that dictates, orders, executes or seeks to execute the act that creates, modifies or extinguishes juridical situations on a unilateral and obligatory fashion...' the second paragraph extends the responsibility to private parties by establishing that 'individuals will have the quality of responsible authority when they *perform acts equivalent as to of an authority*, which affects the rights in terms of this fraction, and which functions are determined by a general norm.'

The understanding of the legal nature of arbitration calls for sewing in a more delicate way in order not to mistake arbitrators for authorities within the meaning of Art. 5(II) LAM. It is true that arbitrators render final awards or issue orders equivalent to a judge order or final judgment, which affects the legal sphere of the parties. Nevertheless, the functions of an arbitrator are created by a contract with the parties, such relation is recognized by a general norm either in *ad hoc* arbitrations or institutional arbitrations, upon which the parties freely agree, conversely such agreement is recognized by a general norm which includes default rules absent any agreement, that could be modified by will of the parties.

Article 5(II) LAM focuses on different governmental entities that are created by way of general norms, for example, *Petróleos Mexicanos* (PEMEX) or *Comisión Federal de Electricidad* (CFE), or any other State or municipal entity, that can be regarded as having acts of a private party, which affect directly the legal sphere of the parties when deciding unilaterally, this is in line with the recent changes of such entities, that transformed from a public enterprise regulated by the administrative laws to a State Productive Enterprise regulated under the civil and commercial laws, their

corresponda, quien deberá pronunciarse sobre la posibilidad de que el árbitro, como particular que emite un acto equiparable al de autoridad, pueda ser considerado como responsable para efectos del juicio de amparo. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. 2007320. I.S°.C.76 C(10ª). Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 9, agosto de 2014, Tomo III, pg. 1841.

⁷² *Idem.*

functions and creation are made by law and could not be opted out.

A characteristic note that differentiates a judge from an arbitrator is *imperium*, arbitrators as such they lack *imperium*, the lack of coercive powers cannot make them as a private party with equivalent as of an authority. Deciding a dispute of who has the reason or not is a matter of *juris dictio* –deciding the law–, much of a legal opinion by an independent lawyer, which can be voluntarily complied by the parties.

This final decision rendered by way of an award, only becomes a matter of *imperium* when the arbitral award is subject to recognition, being upon that stage a matter outside the sphere of the arbitrators, in this sense, given that the Judge, will review the award so it complies with the Mexican legal system, then if it is enforced, the responsibility will not be for the arbitrators, rather will be for the judges.

If Art. 5(II) LAM was to be wrongfully misunderstood by the courts, it could have opened the doors for parties allowing them to seek reparation against arbitrators alleging a possible violation of Constitutional Rights, hence reducing the immunities of the arbitrators, going from a strict contractual determination to an extra contractual obligation created by a law foreign to international arbitration.

However, in a recent case law before the Mexican courts, it was established that the legislation provided for arbitrators within the Code of Commerce was meant to have arbitration as preferred means for dispute settlement in international commerce, in accordance with the law and the treaties. The Federal Collegiate Court of the first circuit adds, by way of having this set of rules exclusive for arbitration, it was aimed for minimal intervention by the courts, for that reason the arbitration rules are restrictive, hermetic and self-contained, preventing to have resort to other general rules, including the Civil Code and the Law of Amparo.⁷³

The interpretation given by the Court is a guiding light, by virtue of this, the parties are barred to go beyond to what is regulated for in the Code of Commerce and the arbitrator's contract, therefore parties in seeking reparation against arbitrators cannot have recourse to other laws having recourse to the arbitration agreement.

⁷³ Cf.60 *Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. and other.*

Most notably, the recent case *Cecilia Flores Rueda*⁷⁴ and *others*,⁷⁵ closed definitively the door left open by the above-referred case of *Gilberto Contreras Zúñiga*. In here, the Court found that articles 1 and 5(II) LAM do not apply to an arbitrator or the arbitral tribunal.

The Court reasoned that Articles 1 and 5(II) LAM, apply only to acts issued by private parties when they have the character of an *act of authority*. To this respect, in order to be an act of authority two main aspects must be covered, first, that the functions of the private party are determined in a general norm, and second, that such acts are equivalent from an authority.

Consequently, the Court found that it is not an act of an authority since the function of the arbitrator is private in contrast of the public interest, is not a government employee –following the French approach–, and its jurisdiction is not proper nor delegated in contradistinction to its jurisdiction by way of an agreement.⁷⁶

Therefore, the jurisdiction of the arbitrators is not born from a general norm, rather they are due to the parties agreement recognized by the law, the power of the arbitrators, therefore emanates from the will of the parties acting in the private interest and not from the interest of the State, and most important, it lacks *imperium*, thus the power exercise by the arbitrator is different from a judge not being an act equivalent to those of an authority under Articles 1 and 5(II) LAM, being altogether the arbitrator immune from the law of *Amparo*.⁷⁷

Also in a further case, a federal Court established that the acts of an authority must reunite four characteristics, (i) unilaterality, (ii) imperium, (iii) coercive power and (iv) subordination, meaning that a private party to be held responsible as an authority –departing from a constitutional standing point of view–, it is needed the presence of supra to subordinate relationship, or top-down relationship, that because of the agreement to arbitrate, such top-down relationship in the Mexican legal system is inexistent, therefore, the arbitrators cannot be held as authorities under the Law of *Amparo*.⁷⁸

⁷⁴ This case reflects on a case over a renowned Mexican arbitrator.

⁷⁵ Case 195/2014, *Cecilia Flores Rueda and others*, I.8o.C.23. C(10a)., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. III, May 2015, p. 2107.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ *Actos de particulares. Para considerarlos equivalentes a los de autoridad conforme al artículo 5o., fracción II, Segundo párrafo, de la ley de amparo, deben reunir las características de unilateralidad, imperio y coercitividad, además de derivar de una relación de supra a subordinación. El artículo*

VII] Conclusion

In a series of round tables organized by the leading young practitioner's arbitral institutions,⁷⁹ the Supreme Court Ministers established that Art. 5(II) LAM will not apply to arbitrators, either national or international. Judges must give due regard to the legal nature of the arbitration agreement and the arbitrator's contract.

Without a doubt Mexico is one of the most attractive venues for arbitration in Latin-America, with a great understanding and respect to the institution of international arbitration, nevertheless, the *sui generis* nature of arbitration, may be a calling for an independent set of rules –not included neither in a procedural law⁸⁰

So.,fracción II, Segundo párrafo, de la Ley de Amparo prevé que los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, los que se conceptualizan por la propia porción normativa, como aquellos mediante los cuales se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de forma unilateral y obligatoria, siempre que las funciones del particular equiparado a autoridad responsable estén determinadas por una norma general. De ahí que para considerar que el acto realizado por un particular equivale al de una autoridad y, por ende, es reclamable mediante el juicio constitucional, es necesario que sea unilateral y esté revestido de imperio y coercitividad, lo que implica que sea ajeno al ámbito privado o particular contractual. Además, conforme a la jurisprudencia 2a./J.164/2011, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, septiembre de 2011, página 1089, de rubro: AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. NOTAS DISTINTIVAS., el concepto jurídico de autoridad responsable lleva implícita la existencia de una relación de supra a subordinación que da origen a la emisión de actos unilaterales a través de los cuales se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas que afecten la esfera legal del particular. En consecuencia, para que los actos de particulares puedan ser considerados equivalente a los de autoridad, deben reunir las características de unilateralidad, imperio y coercitividad, además de derivar de una relación de supra a subordinación; por exclusión, la realización de actos entre particulares en un plano de igualdad que no impliquen una relación en los términos apuntados, impide que pueda atribuírsele a cualquiera de ellos el carácter de autoridad responsable. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO CIRCUITO. 2009420. XVI.1o.A.22K (10a). Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 19, Junio de 2015, pg. 1943. (added emphasis)

⁷⁹ May 28 and 29, 2014, Mexican Arbitration Day, in Mexico City, being present YIAG, ICC-YAF, Jóvenes en Arbitraje CAM/CANACO, Young ICCA, CEA-40, CAIC, Lima Arbitration, ICDR Young International, among others, and the Institute of the Federal Judiciary.

⁸⁰ For example, in Switzerland within the Private International Law Act.

nor a substantive law⁸¹, for a clear arbitration legislation that regulates with sufficient clarity all the aspects of the agreement to arbitrate, including the responsibilities and immunities of Arbitrators.

As it has being noted, the Mexican legal system provides with sufficient immunities to arbitrators, equivalent to what can be find in the French and Swiss legal system, being only subject to gross negligence or responsible under the event of a criminal offence. In simpler terms, the chapter of the applicability or not of the LAM to international arbitration is closed once and for all. Thus, neither awards nor arbitrators are subject to the law of *Amparo*, most notable arbitrators are not considered to be an authority, thus being immune to the extraordinary process of the writ of *Amparo*.

Bibliography

- ABEGGER, Phillip A., in ARROYO, Manuel (ed.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2013
- BORN, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, Kluwer Law International, 2012
- BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2014, citing *Korkeimman oikeuden ratkaiust kommentein, (Finnish Korkein Oikeus)* (2005) [101], [108].
- COWAN, Paul, 'Jivraj v. Hashwani –Are Arbitrators Employees?', *Kluwer Arbitration Blog*, available at: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/05/25/jivraj-v-hashwani-%E2%80%93are-arbitrators-employees/>
- GREENBERG, Simon, et al., *International Commercial Arbitration. An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge University Press, 2010
- KARRER, Pierre, *Responsibility of Arbitrators*, in, NEWMAN, Lawrence W., HILL, Richard (ed.), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, 2nd ed., Juris Publishing
- ORELLI, Mariella, *Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 180 [Arbitral tribunal challenge to an arbitrator]*, in ARROYO, Manuel (ed.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2013
- PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar, *Liability Insurance in Arbitration: The Emerging Market and the Impact of Mandatory Insurance Regimes*, *Kluwer Arbitration Blog*, available at: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/01/08/liability-insurance-in->

⁸¹ Like in Mexico within the Code of Commerce, nevertheless, such code has a substantive and a procedural part, France could be regarded as regulating the matter of arbitration on a split nature, in *Code Civil* (Articles 2059 to 2061) and the *Code de Procédure Civil* (Articles 1442 et seq.)

arbitration-the-emerging-spanish-market-and-the-impact-of-mandatory-insurance-regimes/

ROBINE, Eric, The Liability of Arbitrators and Arbitral Institutions in International Arbitrations under French Law, *Arbitration International LCIA*, Kluwer Law International, Volume 5, Issue 4, 1989, p. 326.

ROUCHE, Jean, et. al., *French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*, 2nd. ed., Kluwer Law International, 2009

SHAW, Malcom *International Law*, 6th ed., Cambridge University Press, 2008

Statutory and case law

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (*New York Convention*), adopted 22 June 1971

English Arbitration Act 1996

IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, adopted on October 23, 2014.

ICC Arbitration Rules

Revised Uniform Arbitration Act 2000

Treaty of Amity Commerce and Navigation, between his Britannic Majesty and The United States of America, 1794

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006

Case 384/2013, Gilberto Contreras Zúñiga, I.5o.C.76 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. III, August 2014, p. 1841

Case 195/2014, Cecilia Flores Rueda and others, I.8o.C.23. C(10a)., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. III, May 2015, p. 2107

Case 195/2010, *Maquinaria Igsa, SA de CV and other* [2010], I.3o.C.934 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, (9th), t. XXXIII, May 2011, p. 1018.

E.C. Ernst Inc., v. Manhattan Construction Company of Texas, May 9, 1977 US App. Lexis, 13476, No. 75-1794.

Jivraj v. Hashwani [2011] UKSC 40 (27 July 2011)

Arbitration Amendment Act Law 11/2011

Ley De Amparo, adopted 03 April 2013

Un acercamiento humanista al derecho de guerra: Respuestas desde el pensamiento de Francisco de Vitoria

GUILLERMO ALEJANDRO GATT CORONA¹

*Friendship is unnecessary, like philosophy,
like art... It has no survival value;
rather it is one of those things which give value to survival*
C.S. Lewis

A David Alfaro Ramírez

SUMARIO: I. *El concepto de guerra.* II. *El pensamiento de Francisco de Vitoria en relación con la guerra justa.* III. *Actualidad del pensamiento de Francisco de Vitoria en el Ius Ad Bellum.*

Resumen. La teoría de la guerra justa se ha desarrollado durante siglos para transformarse en una conversación razonable en torno a la moralidad de la guerra en ciertas circunstancias. Parecería que teniendo decenas de tratados e instituciones internacionales (tales como la Organización de las Naciones Unidas y su regulación de la legítima defensa y disposiciones de intervención a ser determinada por el Consejo de Seguridad) estamos en una mejor posición para juzgar la conducta de aquellos que actúan durante una confrontación bélica en todas sus etapas: *ius ad bellum*, *ius in bello* y *ius post bellum*. Este artículo explora la definición de guerra, la relevancia histórica de Francisco de Vitoria con relación a la comprensión de la tradición de la guerra justa, y la relevancia actual del análisis de Vitoria para los actores políticos contemporáneos al decidir si participar o no en una guerra, qué clase de acciones deberían estar prohibidas durante ésta y para que nosotros podamos juzgar la actuación de los sujetos internacionales en una guerra.

¹ El Dr. Gatt es profesor de Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional en la Universidad Panamericana campus Guadalajara y en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO). Mi agradecimiento a Alejandra Páez y Guillermo A. Gatt Ontiveros por su revisión e interesantes sugerencias a este documento.

Palabras clave: Guerra, guerra justa, Vitoria, derecho de guerra, relaciones internacionales, conflicto, legítima defensa, paz, agresión, *ius ad bellum*.

Abstract. *The just war theory has evolved throughout centuries to become a reasonable conversation regarding the morality of war in certain circumstances. It would seem that having tens of international treaties and institutions (such as the United Nations and its regulation of self-defense and provisions regarding intervention to be determined by the Security Council), places us in a better position to judge the conduct of those acting in a military conflict in all of its stages: ius ad bellum, ius in bello and ius post bellum. This article explores the definition of war, the historical relevance of Francisco de Vitoria with regards to the understanding of the war just tradition, and the current relevance of Vitoria's analysis for today's political actors that are deciding whether or not to become involved in a war, what kind of actions should be prohibited during such event, and for us to be able to judge the conduct of international subjects throughout a war.*

Keywords: *War, just war, Vitoria, law of war, international relations, conflict, self-defense, peace, aggression, ius ad bellum.*

En las relaciones internacionales² hay muchos temas relevantes, pero cuando éstas llegan al límite, el problema fundamental al que se pueden enfrentar los distintos sujetos internacionales es el de la guerra.

En este breve ensayo se abordarán tres temas: i.- el concepto de Guerra; ii.- el pensamiento de Francisco de Vitoria en relación con la guerra justa y finalmente; iii.- señalar cómo lo planteado por el dominico burgalés en la primera mitad del Siglo XVI sigue siendo valioso para decidir cómo actuar y luego para poder juzgar la actuación de quienes deciden acudir a una guerra, es decir, el *ius ad bellum*.

En cambio, Vitoria no aporta demasiado en los otros dos temas esenciales en materia de filosofía de la guerra relativos a qué hacer durante la confrontación bélica (*ius in bello*, que es sin duda el área más desarrollada en el Derecho Internacional Público

² *The term international itself is a convenient coinage of Jeremy Bentham in the context of a discussion of the law of nations (ius gentium) which he was the first to give its modern English name, international law (Bentham, 1789/1960:426), citado en BROWN Chris, NARDIN, Terry & RENGGER, Nicholas, International Relations in Political Thought, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 6.*

contemporáneo) y asumir obligaciones puntuales después de ésta (*ius post bellum*).

Es esencial señalar que no me referiré en esta breve participación a la paz. Ésta es mucho más que la simple ausencia de guerra, como lo han sugerido ya múltiples fuentes especialistas en temas de humanidad, como Johan Galtung³, el Catecismo de la Iglesia Católica⁴ y Jesús Ballesteros⁵, entre otros.

Resulta claro que un auténtico estado de paz, solo se da en aquella situación en que se reducen a su mínimo las otras clases de violencia (además de la bélica), es decir, económica, lúdica y política.⁶ La paz se logra solo al erradicarse la violencia, que

³ Ver entre otros GALTUNG, Johan, *Pax Pacifica; Terrorism, the Pacific Hemisphere, Globalisation and Peace Studies*, Pluto Press, Londres, 2005, *Searching for Peace*, Pluto Press, Londres, 2002.

⁴ *El respeto y el desarrollo de la vida humana exigen la paz. La paz no es solo ausencia de guerra y no se limita a asegurar el equilibrio de fuerzas adversas. La paz no puede alcanzarse en la tierra sin las salvaguardias de los bienes de las personas, la libre comunicación entre los seres humanos, el respeto a la dignidad de las personas y de los pueblos, la práctica asidua de la fraternidad. Es la tranquilidad del orden. Es obra de la justicia (Is 32,17) y efecto de la caridad.* JUAN PABLO II, *Catecismo de la Iglesia Católica*, Coeditores Católicos de México, México, 2003, p. 614, consultado también en www.vatican.va/archive/cathechism_sp/p3s2c2a5_sp.html el 12 de Abril, 2020, Canon 2304.

⁵ BALLESTEROS, Jesús, *Repensar la Paz*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2006. Ver también BALLESTEROS, Jesús, FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación y TALAVERA, Pedro (Editores), *Globalization and Human Rights*, Springer, Comparative Perspectives on Law and Justice, Nueva York, 2012.

⁶ BALLESTEROS, Jesús, *op. cit.*, p. 13. A través de dicha obra, y particularmente en las pp. 20-60, Ballesteros demuestra una serie de correlaciones con la violencia y por ende, de enormes retos para la paz. Entre ellos, demuestra cómo hay una *conexión clara entre economicismo y violencia* (p. 23) y donde la violencia económica se refleja y *caracteriza por la primacía del dinero sobre la dignidad personal y sobre la propia vida* (p. 25). Determina además que *las raíces de la proliferación de todo tipo de violencia en nuestro tiempo – exceptuada la propiamente política y la económica – debe ser buscada en la concepción del mundo que subyace en el hedonismo consumista y esteticista* (p. 35); así, *el esteticismo se caracteriza por preconizar la exclusividad de la dimensión lúdica como única con sentido, desvalorizando la diferencia entre realidad y representación, y eliminando toda ética que pretenda juzgar la vida humana* (p. 39). En cuanto a la violencia política, destaca cómo *las dos formas fundamentales en que la violencia política se presenta en nuestro tiempo son el totalitarismo u opresión ejercida desde el poder establecido y el terrorismo o violencia realizada desde zonas ajenas al poder* (p. 46), pero en ambas se nota una característica común, quienes la ejercen determinan que *la persona como ser individual carece de dignidad y consistencia* (p. 47).

constituye la *negación del reconocimiento debido a la persona por el mero hecho de ser tal*.⁷

Finalmente, habría que hacerlo desde una perspectiva humanista. Para ello, asumiré la postura que propone Jesús Ballesteros para quien *la clave del humanismo es el principio de que todo ser humano tiene una dignidad inalienable, y por tanto no puede ser tratado en ningún caso como simple medio, sino solo como fin. El humanismo exige la exclusión de la violencia, y de los tratos degradantes, como la tortura, contra el ser humano, así como su instrumentalización*.⁸

I] El concepto de guerra

Resulta fundamental evitar imprecisiones generadas por el uso metafórico o lato del término, y no confundir el concepto guerra con la estrategia que un país pueda implementar contra la delincuencia organizada, o los actos de violencia menor entre sujetos internacionales (a los que los anglosajones denominan *acts short of war*)⁹. Es por ello esencial precisar lo que es una guerra para efectos de mi planteamiento, en las que excluyo las de carácter interno que pueden ocurrir en un país, como una guerra civil.

Guerra es una confrontación material violenta o declarada, entre dos o más Estados u otros sujetos colectivos de derecho internacional público, con un propósito de carácter político que una de las partes desea imponer a la otra y de establecer condiciones de paz que favorezcan la finalidad política del vencedor.

⁷ *Ibidem*, pp. 17-18. Ballesteros, citando a KANT M., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. M. García Morente, Madrid, Espasa-Calpe, 2ª ed., 1963, p. 84, destaca cómo la violencia contra los demás desconoce el imperativo moral de Kant: *obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio*.

⁸ BALLESTEROS, Jesús, *Biotecnología, biolítica y posthumanismo*, en BALLESTEROS, Jesús y FERNÁNDEZ, Encarnación (Coordinadores), *Biotecnología y Posthumanismo*, The Global Law Collection, Thompson / Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 26.

⁹ Dinstein reconoce que la distinción entre una guerra y un acto *short of war* es subjetiva, *depende de la manera en la que los dos antagonistas aprecien la situación. En tanto ambas partes elijan considerar lo que ha ocurrido como un mero incidente, y siempre que el incidente se cierre rápidamente* (mi traducción). Lo contrario puede también ocurrir y basta con que una de las partes reconozca expresamente que se trate de una guerra, para que lo sea. Ahí se denota lo que ha sido referido como el *animus belligerendi*. DINSTEIN, Yoram, *War, Aggression and Self Defence*, Cambridge University Press, 5ª edición, Cambridge, 2012, p. 10.

*Tratándose de guerra en la que participan Estados, debe realizarse a través de sus fuerzas armadas.*¹⁰

La decisión de participar o no en una guerra dependerá en enorme medida del modelo de relaciones internacionales que sea seguido por el sujeto de derecho internacional público en cuestión. Brown sugiere que, en cualquier momento de la historia, desde el diálogo de Melos hasta Kim Jong Un, Putin y Trump, los distintos jefes de Estado o gobierno y los filósofos políticos suelen elegir entre ser esencialmente *universalistas* o *particularistas*. Los universalistas son quienes *consideran su identidad como parte de un cuerpo colectivo local – estado, ciudad, o cualquiera otro – como menos significativo que su identidad como parte de un todo mucho más amplio.*¹¹

Coincido plenamente con Brown cuando señala cómo:

*Parece razonable decir que cualquier orden internacional cuyos miembros no reconozcan alguna clase de obligación entre ellos será inestable y de corta vigencia. Aquellos órdenes que han perdurado por períodos sustanciales de tiempo – en particular, por supuesto, el sistema actual del estado moderno – han estado basados en un marco normativo que involucra colectividades que reconocen los derechos y obligaciones de los demás.*¹²

En la medida en que la persona humana tiene como fin la realización plena de los bienes señalados por Finnis¹³, o las capacidades centrales humanas a las que se refiere Martha

¹⁰ GATT CORONA, Guillermo Alejandro, *El Derecho de Guerra Contemporáneo; Reflexiones desde el Pensamiento de Francisco de Vitoria*, ITESO – Universidad Panamericana, Guadalajara, 2013, p. 57.

¹¹ *Particularists give their primary allegiance to local as opposed to universal notions of identity, or more accurately, refuse to see the claims of the universal as, even potentially, in opposition to the claims of the local. This was the orientation of most of the Greeks in the era of the polis and has been the position of the majority of nationalists in the modern era; in modern times its best non-nationalist advocates have been Hegel and later neoHegelians.* BROWN, *op. cit.*, p. 9.

¹² *In the medieval world this framework was provided by the universal church and the memory of the unity of the Roman empire; in the modern world, the international relations of the absolutist state were to an extent based on reciprocity, with rulers recognizing each other's rights as a way of promoting their own which is the basis of, for example modern diplomacy; but, more fundamentally, the rights and duties of modern states have been conceived in legal terms.* *Ibidem*, p. 10.

¹³ *What, then, are the basic forms of good for us? A. Life, B. Knowledge, C. Play, D. Aesthetic experience, E. Sociability (friendship), F. Religion.* FINNIS, John, *Natural Law & Natural Right*, Oxford University Press, 2ª Edición, Oxford, 2011, pp. 86-89.

Nussbaum¹⁴, parece razonable intuir que es solamente en un ambiente de paz donde éstos pueden desarrollarse plenamente.

Así, la paz no puede limitarse únicamente a la ausencia de confrontaciones bélicas, sino a incluir condiciones propicias para la consecución del bien común, entendiendo por éste la realización duradera de *aquellas condiciones exteriores necesarias al conjunto de los ciudadanos, para el desarrollo de sus cualidades, de sus funciones, de su vida material, intelectual y religiosa.*¹⁵

II] El pensamiento de Francisco de Vitoria en relación con la guerra justa

Vitoria no es el primero en plantear la teoría de la guerra justa, pero sí quien mejor la desarrolló de una manera tal que fuera razonable y aplicable tanto en la Edad Media, como en la Modernidad.

Antes que él, un sinnúmero de personajes se habían referido de una manera u otra a ésta, incluyendo en particular a Platón, Aristóteles, Tucídides (casi imperceptiblemente), Cicerón, Tito Livio, Agustín de Hipona, Acurcio, Graciano, y Tomás de Aquino.¹⁶

Francisco de Vitoria es un sacerdote de la Orden de los Predicadores que nace probablemente en Burgos en 1483 siendo contemporáneo de personajes tan dispares, pero tan fundamentales como Enrique VIII, Tomás Moro, Maquiavelo, Erasmo de Rotterdam, Martín Lutero,¹⁷ Carlos V, Luis Vives y muchos otros.

¹⁴ *The right question to ask is, What are you able to do and be, in areas of importance in your life?, and the answer to that question is the account of that person's capabilities... I have proposed a list of ten capabilities that must be secured up to a minimum threshold level, if a nation is to have any claim to justice: 1. Life, 2. Bodily Health, 3. Bodily Integrity, 4. Senses, Imagination, and Thought, 5. Emotions, 6. Practical Reason, 7. Affiliation, 8. Other Species, 9. Play, 10. Control Over One's Environment.* NUSSBAUM, Martha C., *The Cosmopolitan Tradition; A Noble but Flawed Ideal*, Harvard University Press, Cambridge, 2019, pp. 240-243.

¹⁵ S.S. Pío XII, *Radio-mensaje del 24 de diciembre de 1942*, citado por VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, 21ª ed., México, 2018, p. 222.

¹⁶ Para una revisión detallada de la aportación de cada uno de éstos ver GATT CORONA, *op. cit.*, pp. 155-194.

¹⁷ Es posible que hayan coincidido Lutero y Vitoria en sus años de nacimiento (1483) y muerte (1546). HERNÁNDEZ MARTÍN, Ramón, *Francisco de Vitoria, Vida y pensamiento internacionalista*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1995, p. 17.

Como muchos de los más brillantes aspirantes dominicos de la época, fue enviado a estudiar a París¹⁸ hacia 1507-1508¹⁹, donde finalmente pasó unos 16 años (otros consideran que 18), tanto como estudiante, como en su carácter de maestro. París era en aquel momento un lugar espléndido para intercambiar ideas y aprender. Vitoria estuvo ahí, apenas unos años antes de que ingresara a estudiar en la misma institución, el fundador de la Compañía de Jesús, Ignacio de Loyola.

Ir a París significaba también convivir con lo mejor de la Orden de los Predicadores. En el Siglo XIII habían trabajado ahí personalidades como Alberto Magno, Tomás de Aquino y Buenaventura, los tres canonizados por la Iglesia Católica.²⁰

Fue en París donde Vitoria fue ordenado sacerdote en 1510, en la Catedral de Notre Dame, donde también recibió en 1522, con apenas unos tres meses de diferencia, los grados de licenciado y doctor²¹ en teología.²² No obstante, ya desde 1512, unos nueve años antes de ser licenciado en teología, había sido designado por el Capítulo General de la Orden Dominicana como profesor de Teología, cargo que comenzó a desempeñar en 1516, teniendo aproximadamente 30 años de edad.²³ Fue profesor en Valladolid de 1523 a 1526 y en Salamanca desde entonces y hasta su muerte en 1546.

¹⁸ Desde fines del siglo XIII cada provincia dominicana tenía un *Studium particulare*, en donde los estudiantes de la orden estudiaban Lógica, la Filosofía Natural y Moral y se tenía una clase pública de Teología... El Estudio más importante era el de Paris, incorporado a la universidad desde 1229. VILLOSLADA, Ricardo G., S.I., *La Universidad de Paris durante los estudios de Francisco de Vitoria O.P. (1507-1522)*, Analecta Gregoriana – Cura Pontificae Universitatis Gregorianae Edita, Vol. XIV Series Facultatis Hist. Ecclesiasticae, Sección B (N. 2), 1938, pp. 30-31.

¹⁹ *Ibidem*, p. 72.

²⁰ GONZÁLEZ, Rubén C., O. P., *Francisco de Vitoria. Estudio bibliográfico. Dissertation ad Lauream in Facultate S. Theologiae Apud Pontificium Athenaeum Anglicum de Urbe*, Institución Cultural Española, Buenos Aires, 1946, p.1.

²¹ El doctorado estaba rodeado de tres actos solemnes, verdaderos torneos dialécticos ante los maestros sobre cuatro puntos doctrinales escogidos por los doctorandos. Se llamaban estos actos *Vesperias*, *Aulica* y *Resumpta*. La verdaderamente constitutiva del grado era la del centro; la primera preparaba el terreno quince días antes y versaba sobre los dos primeros temas ofrecidos por el doctorando. HERNÁNDEZ MARTÍN, Ramón, *op. cit.*, p. 42.

²² GÓMEZ ROBLEDO, Antonio en su introducción a VITORIA, Francisco de, *Relecciones del Estado, de los Indios y del Derecho de Guerra*, Sepan Cuántos 261, Porrúa, México, 1985, p. X.

²³ HERNÁNDEZ MARTÍN, Ramón, *op. cit.*, p. 31. Sobre este tema y las dudas en torno a las fechas exactas del inicio del profesorado, ver también VILLOSLADA, Ricardo G., S.I., *op. cit.*, pp. 17-28.

La influencia más clara que tendrá en su vida será la de otro dominico, Tomás de Aquino.²⁴ Al referirse al derecho natural, su planteamiento desarrolló una creativa afirmación que prepara el camino para el derecho internacional público moderno. Para ello, parte de la definición clásica de derecho de gentes del jurista romano Gayo: *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, vocatur ius gentium*. Sentencia que Vitoria adapta, mediante la sustitución de *homines* por *gentes* o pueblos, a significar el derecho internacional público: *quod naturalis ratio inter gentes constituit*.²⁵

Los textos más importantes que nos quedan de Vitoria, son sus relecciones o conferencias que se dictaban al concluir los cursos ordinarios. Hay 13 relecciones vitorianas conservadas hasta hoy. Se dice que podrían haber sido 15 o hasta 20 las que impartió (considerando el número de años que estuvo Vitoria en Salamanca).²⁶

Vitoria se refiere al concepto de la guerra justa cuando menos en los siguientes documentos:

En algunas de sus lecturas al estudiar el tema de la ley y de la justicia en la *secunda secundae* de la Suma de Tomás de Aquino;

²⁴ Los textos del tratado sobre la justicia, son citados de las notas del Bachiller Francisco Trigo que tomó este curso en 1535-36 (aunque ya había sido impartido por Vitoria antes, en 1528-1529). La traducción empleada es la de Luis Frayle Delgado. *El Tratado sobre la Justicia comienza en la cuestión 57 de esta parte de la Suma*. Los temas que incluye son i.- El derecho como objeto de la justicia, ii.- El concepto de justicia, iii.- La injusticia como vicio, IV.- el juicio como acto de justicia y v.- justicia distributiva y conmutativa. VITORIA, Francisco de, *La Justicia*, Estudio Preliminar y traducción de Luis Frayle Delgado, Tecnos, Clásicos del Pensamiento 147, Madrid, 2001, pp. XIV-XVIII.

²⁵ URDÁNOZ, Teófilo, *Síntesis Teológico - Jurídica de la Doctrina de Vitoria* en VITORIA, Francisco de, *Relecciones Teológicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria* / Edición Crítica, con facsímil de códices y ediciones príncipes, variantes, versión castellana, 3 volúmenes, notas e introducción por el P. Mtro. Fr. Luis G. Alonso Getino, Madrid, 1933-34, pp. CXXXI – CXXXII.

²⁶ Las 13 relecciones conservadas (aunque no en textos originales de Vitoria, sino de sus copistas) hasta hoy, que son *las mismas que aparecen desde la edición príncipe de Jacques Boyer (1557)*, y que, en el orden cronológico fijado últimamente por Urdánoz son las siguientes: 1.- *De potestate civili*; 2.- *De homicidio*; 3.- *De matrimonio*; 4.- *De potestate Ecclesiea prior*; 5.- *De potestate Ecclesiea posterior*; 6.- *De potestate Papae et Concilii*; 7.- *De augmento caritatis*; 8.- *De eo ad quod tenetur veniens ad usum rationis*; 9.- *De simonia*; 10.- *De temperantia*; 11.- *De Indis recenter inventis* que también es denominada *De Indis prior* o simplemente *De Indis*; 12.- *De iure belli* (misma que podría ser considerada una continuación de la anterior y que en ocasiones es referida como *De Indis posterior*); 13.- *De magia*. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *Introducción* en VITORIA, Francisco De, *Relecciones*, Editorial Porrúa, *op. cit.*, pp. xxvi.

En algunas de sus cartas, en especial las dirigidas a su superior y amigo el Padre Miguel de Arcos;
En el fragmento segregado por él mismo de la relección *De Temperantia*;

Relección *De Potestate Civili*;

Relección *De Indis*; y

Relección *De Iure Belli*.²⁷

No lo hizo buscando hacer un tratado sobre el tema, sino resolviendo necesidades que se le iban presentando, primero para impartir sus clases de teología en Valladolid y Salamanca analizando y describiendo el pensamiento de Tomás de Aquino, y luego para hacer un análisis del tema puntual de la actitud de los conquistadores españoles en América.

El Aquinate estudia el tema de la guerra en la cuestión 40 de la *secunda secundae* en su Suma, refiriéndose claramente a i.- la necesidad de una causa justa, ii.- una autoridad competente; y iii.- rectitud de intención.

Vitoria parte de esta postura, pero va más allá al determinar con mayor precisión los casos en los que se puede acudir con justicia a una confrontación bélica. El Maestro de Salamanca además, refiriéndose en ocasiones al tema del Nuevo Mundo y en otras a potenciales conflictos entre franceses y españoles u otros, también hace importantes aportaciones (con menor claridad) al *ius in bello* así como al *ius post bellum*.

Para que pueda acudirse con legitimidad a una guerra, Vitoria sigue el planteamiento tomista, exigiendo que sea determinada esta circunstancia por una autoridad legítima.

Es importante destacar que Vitoria no utiliza el término *Estado*, sino otra variedad de vocablos tales como *Respublica*, *civitas*, *communitas*; más raramente aparecerá el término *regnum*.²⁸ El dominico utiliza todos estos conceptos para referirse a una colectividad o grupo de seres humanos unidos en una comunidad

²⁷ GATT CORONA, *op. cit.*, p. 285.

²⁸ Algunos autores critican de manera fortísima el uso del término *Estado* al referirse a las relecciones de Vitoria. Por ejemplo, Cordero Pando, al referirse a Naszalyi, señala cómo *Por eso sería una traducción del todo inadecuada, e incluso falsificadora del pensamiento de Vitoria, el colocar en el lugar de república el término Estado, como hizo, por ejemplo NASZALYI, Emilio, O.C., El Estado según Francisco de Vitoria, Traducción y Prólogo del R.P. Ignacio G. Menéndez Reigada, O.P., Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1948.*

En primer lugar, es anacrónica, ya que, cuando Vitoria habla, aún no se ha consolidado la noción de Estado, que iba a suplantarse la propia idea de república o comunidad política. CORDERO PANDO, Jesús, *Corpus Hispanorum de Pace*, Segunda Serie, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2008, pp. 338-339.

natural y dotados de ciertos atributos que la constituyen en una comunidad política perfecta. Podría parecer irrelevante, pero es fundamental para poder reconocer la capacidad de otros sujetos de derecho internacional público de acudir a una guerra, el saber que el maestro de Salamanca no está pensando en un modelo consolidado de Estado moderno, sino que se está refiriendo a una comunidad natural de personas, con los atributos que él mismo señala para definirla como comunidad política perfecta.²⁹

Vitoria intuye que no tiene a la vista todos los posibles modelos de organización jurídica y política y por ello, de manera visionaria, permite que la personalidad para poder realizar la guerra pública pueda cambiar conforme sufra transformaciones el derecho de gentes, según sus comentarios al tratado de la justicia en la II-II, de la *Summa Theologiae* del Aquinate:

*Pero como estas cosas sean en gran parte de derecho de gentes o humano, la costumbre puede dar poder y autoridad para hacer la guerra. De donde si alguna ciudad o algún príncipe ha obtenido por antigua costumbre el derecho de hacerla por sí mismo, no se le puede negar esta autoridad, aún cuando, por otra parte, no fuese su república perfecta.*³⁰

El segundo requisito que Vitoria exige para quien desea participar en una confrontación bélica es el ánimo de recta intención. No basta ser un príncipe y tener un ejército poderoso, sino que es indispensable consultar con los sabios a fin de poder tomar siempre una mejor decisión.

El dominico señala con claridad cómo un monarca estaría impedido de acudir a una guerra si solo supone que existe, pero hay duda en torno a la causa justa de una guerra. En este caso, cita el célebre ejemplo de la duda posesoria de un inmueble entre dos monarcas.³¹

²⁹ En los tiempos modernos Nicolás Maquiavelo (1469-1527) introdujo el concepto de república como oposición al de monarquía, es decir, apartándose del modelo clásico estableció una clasificación bipartidista de las formas de gobierno. GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl, *Programa de Derecho Constitucional*, Limusa – Universidad Iberoamericana, 2ª Edición, México, 2007, p. 69.

³⁰ VITORIA, Francisco de, *Relectio de Iure Belli*, en GETINO, Luis G. Alonso, *Relecciones Teológicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria*, Edición crítica con facsímil de códices y ediciones príncipes, variantes, versión castellana, notas e introducción, 3 Tomos, Imprenta La Rafa, Madrid, 1935, Tomo II, p. 397.

³¹ Parece que si uno está en legítima posesión, mientras dure la duda, no puede otro disputársela con las armas. Por ejemplo, si el rey de Francia está en legítima posesión de la Borgoña, aunque haya duda de si tiene derecho a ella o no, no parece que el emperador pueda reclamarla con las armas. Y

Así, Vitoria solo calificará como justa una guerra, cuando el monarca de la comunidad política perfecta que acude a ella, lo hace con certeza de conciencia, y sin duda. En los casos de duda, claramente favorece los mecanismos alternativos de resolución pacífica de controversias, aunque sin referirse a ellos con este término relativamente contemporáneo. Esto evita el eterno problema de aquellos casos en los que, ante la duda, podría haber causa justa por parte de ambos contrincantes.³² Vitoria rechaza que esto pueda ocurrir, salvo en los casos excepcionales de una ignorancia no culpable por parte de uno de ellos.³³ Sería ideal que esta posibilidad desapareciera, y el profesor de Salamanca propone alternativas para reducir el riesgo de ello.

El dominico destaca en dicho apartado cómo la mayor responsabilidad la tienen el monarca³⁴ y sus asesores directos³⁵. El monarca debe consultar con los sabios.

por el contrario, el rey de Francia tampoco puede hacer lo mismo con Nápoles o Milán, si hay duda de a quién pertenece el derecho. VITORIA, Francisco de, *Relectio de Iure Belli*, en GETINO, Luis G. Alonso, *op. cit.*, pp. 410.

³² *Además, de otra suerte, sería justa la guerra para ambas partes, y nunca tendría arreglo, por consiguiente. Porque si fuese lícito a una parte reclamar por las armas alguna cosa en un asunto de esta naturaleza, también sería lícito a la otra defenderse. Y después que uno la hubiese recobrado a su vez el otro reclamársela, y así nunca tendrían término las guerras, con grandísimo perjuicio de los pueblos.* *Ibidem*, pp. 410-411.

³³ *La cuarta duda es si una guerra puede ser justa por entrambas partes (...) Quitada la ignorancia, es evidente que esto no puede suceder (...) Supuesta una ignorancia probable, de hecho o de derecho, puede ser la guerra justa propiamente para aquella parte que tiene de su lado la justicia, y serlo también para la otra, en cuanto que puede excusarse de pecado por la buena fe.* Se trata claramente del peor escenario que debería ser evitado a toda costa. El dominico añade cómo una vez que la parte que acudió sin causa justa se da cuenta de su realidad, entonces está obligado a restituir las cosas de las que se ha apoderado y que aún no consume, en virtud de que no existía culpa. *Ibidem*, pp. 415-416.

³⁴ *No siempre es suficiente que el príncipe crea justa la guerra (...) porque en cuesitones de menor importancia no basta ni al príncipe, ni a los particulares, el creer que obran justamente (...) porque pueden errar invencible o afectadamente, y para que un acto sea bueno no basta el parecer de un cualquiera, sino que es preciso que se haga conforme al juicio de los sabios.* Además, en otro apartado añade cómo *Porque el rey solo no basta para examinar las causas de la guerra y es de presumir que puede errar y que errará con daño y perjuicio de muchos. Luego la guerra debe hacerse, no solo por el parecer del rey, ni por el de unos pocos, sino por el de muchos que sean sabios y probos.* VITORIA, Francisco de, *Relectio de Iure Belli*, *ibidem*, Tomo II, pp. 405, 408.

³⁵ *Los senadores, gobernadores y en general todos los que, llamados o libremente, son admitidos al consejo público, o al del príncipe, deben y están obligados a examinar las causas de una guerra justa.* *Ibidem*, p. 407. En el caso de México, donde la Constitución obliga a que el Presidente solo pueda declarar la guerra (excepto en caso de legítima defensa) con una ley previa del

El tercer requisito que Vitoria exige para que la participación de un sujeto internacional en una guerra sea justa es que exista causa justa. Prácticamente toda la relección *De Indis* se refiere a este tema y por eso, la mayor parte de los estudios acerca del Maestro de Salamanca se dedican al análisis de las causas. Dada la naturaleza de esta participación, no haré aquí un análisis detallado de cuáles son causas justas y cuáles no lo son en el pensamiento de Vitoria.³⁶

Vitoria parte de la siguiente premisa: *para que una guerra sea justa conviene examinar con grande diligencia la justicia y las causas de ella, y escuchar asimismo las razones de los adversarios, si acaso quisieren discutir según razón y justicia.*³⁷ Este ejercicio de diálogo ha demostrado en el pasado ser un eficaz mecanismo para retrasar o incluso evitar confrontaciones bélicas.³⁸

Si se leyeran solo las dos relecciones principales sobre el tema, la *De Indis* y *De Iure Belli*, ambas escritas en 1539 cuando la conquista del Nuevo mundo era un *fait accompli*, podría interpretarse en la lectura de los títulos³⁹ legítimos, una justificación

Congreso de la Unión, se hace corresponsables de este análisis a los diputados y senadores que votan la propuesta de ley, así como al jefe de gobierno.

³⁶ Para un estudio detallado en el tema *vid.* GATT CORONA, *op. cit.*, pp. 317-380.

³⁷ GETINO, Luis G. Alonso, *op. cit.*, p. 406.

³⁸ En este tema podría haber quien arguyera todavía hoy, la posible debilidad o incluso inutilidad de un órgano tal como la Asamblea General de la ONU, cuyas resoluciones, en su mayoría (excepto en temas específicos como asignación de presupuesto o designaciones a ciertos cargos, y el controvertido caso de la *Resolución Unión Pro Paz*) no son vinculantes. No obstante, el hecho de que exista hoy un lugar donde puedan reunirse 193 Estados y muchos otros sujetos de derecho internacional público a dialogar es ya un éxito y una forma de reducir los conflictos bélicos en el mundo. Es imposible decir a ciencia cierta, cuántas guerras se han evitado porque los contrincantes han tenido un lugar donde reunirse para discutir (y tal vez seguir en su oposición y disintiendo) en muchos temas.

³⁹ El concepto *título* ha de entenderse como *razón* o *motivo*. También puede sustituirse por la palabra *causa*. Lo que Vitoria analiza son las causas legítimas y las ilegítimas que pueden argüirse en una reflexión propia del *ius ad bellum*.

Javier Hervada explica por qué *el acto de justicia es un acto segundo. Depende siempre de un acto primero, que es el que, atribuyendo las cosas, crea el derecho, lo suyo. Una vez realizado el contrato, aparece el título de cada una de las partes a lo contratado*. Así, Hervada distingue el concepto *título* del fundamento del derecho, como dos cosas claramente distintas. Sostiene que *el fundamento es aquello en cuya virtud un sujeto puede ser sujeto de derecho o de determinados derechos. El fundamento habilita para ser titular de un derecho, pero no lo logra; en cambio el título otorga el derecho. Fundamento de los derechos hereditarios es la condición de hijo: en cambio el título es el testamento*. La distinción no es estéril; *esta distinción es especialmente importante en aquellos derechos que se fundan de manera próxima en la naturaleza humana porque fácilmente se puede confundir el título con el fundamento. Por ejemplo, el derecho de propiedad; la propiedad*

de Vitoria a la conquista en la forma que fue realizada. Nada más falso. Prácticamente todos los títulos legítimos tienen condicionantes para perfeccionarse, y así, permiten someter el proceso de conquista a este *test de eticidad*.

Vitoria solo justifica la guerra si ha habido una injuria: *tales guerras están justificadas siempre que respondan a una agresión actual injusta contra las vidas, territorios o bienes de la nación atacada y se respeten las reglas de la moderación en la defensa.*⁴⁰

La síntesis de este pensamiento del maestro de Salamanca en torno a por qué puede con justicia acudir a una confrontación bélica, es descrita por el propio Vitoria de la siguiente manera:

Cuarta Proposición: La única y sola causa de hacer la guerra es la injuria recibida.

Esto prueba en primer lugar por la autoridad de San Agustín (lib. 83 quaestionum): Las guerras justas suelen definirse, como arriba, y es determinación de Santo Tomás en la Secunda Secundae, q. 4, art. 1, y de todos los doctores.

*Además la guerra ofensiva se hace para tomar venganza de los enemigos y para escarmentarlos, como queda dicho. Pero no puede haber venganza donde no han precedido culpa e injuria. Además, no tiene el príncipe mayor autoridad sobre los extraños que sobre los propios súbditos. Pero contra los suyos no puede recurrir a la violencia, a no ser que hayan cometido algún delito; luego tampoco contra los extraños. Lo cual se confirma con el texto de San Pablo, que arriba adujimos (Rom. 13), en donde hablando del príncipe dice que, no en balde lleva espada, ya que es ministro de Dios y vengador para castigo de todo el que obra mal. Por donde consta que no se puede usar de las armas contra quienes no nos hacen mal, porque, por derecho natural, está prohibido matar a los inocentes. Aunque nada digo en el caso de que Dios mismo mandase especialmente otra cosa, pues Él es el dueño de la vida y de la muerte, y podría con su derecho disponer las cosas de otro modo.*⁴¹

se funda en la naturaleza humana, pero todo derecho de propiedad concreto tiene un título positivo (herencia, compraventa, trabajo, ocupación, donación, etc.). HERVADA, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Temis, 2ª Edición, Bogotá, 2006, pp. 11-17, 33-36.

⁴⁰ APARISI MIRALLES, Ángela, *Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria*, Editorial Comares, Filosofía Hoy, Granada, 2007, p. 68.

⁴¹ VITORIA, Francisco de, *Relectio de Iure Belli*, en GETINO, Luis G. Alonso, *op. cit.*, Tomo II, pp. 399-400.

El texto preparado por Anthony Pagden y Jeremy Lawrence de las reelecciones en materia política de Francisco de Vitoria enuncia así el planteamiento de Cuestión 1, Artículo 3, 4 cuatro de la Relección del Maestro Fray Francisco de Vitoria, Sobre el Derecho de Guerra, dictada por él en Salamanca en 1539:

Lo relevante es saber cuándo se puede considerar que existe dicha agresión o injuria recibida, conforme al pensamiento de Vitoria. Como se advertirá posteriormente, aun cuando se tenga una causa justa, no siempre será prudente ni justo acudir a la confrontación bélica según las limitaciones que impone el propio dominico, una vez que el conjunto de elementos se analiza con prudencia, ponderación y poniendo siempre en perspectiva dicha guerra con el bien común de la humanidad o del orbe. Veremos cómo en este tema, Vitoria considera *la solidaridad y la existencia de un orden supranacional de los pueblos*.⁴²

Al momento de iniciar la conquista, no había ninguna causa justa. Con posterioridad, no parece que en ningún caso se hayan dado las circunstancias condicionales que Vitoria establecía para justificar la guerra. En su caso, solo podrían haberse dado cuando la toma de tierras ya era un hecho consumado. Vitoria lo señala de manera lapidaria: *Claramente, pues, se ve por todo lo dicho, que los primeros españoles que navegaron hacia tierras de los bárbaros ningún derecho llevaban consigo para ocuparles sus provincias*.⁴³

Si el planteamiento vitoriano hubiera concluido ahí, pocos serían los avances en la teoría de la guerra justa, en relación a lo propuesto por Santo Tomás de Aquino. No obstante, el maestro de Salamanca va mucho más allá.

Cuando Vitoria reflexiona sobre la conquista del Nuevo Mundo, España y Portugal ya se han distribuido prácticamente todo el continente americano, excepto por aquellas porciones de las que tomarán posesión ingleses y franceses en el norte. La

4. FOURTH, the sole and only just cause for waging war us when harm has been inflicted. This is first proved by the authority of Augustine: *The usual definition if just war, etc.* (Quaest. In Heptateuch. 6. 10.) It is also the conclusion of St Thomas (ST II-II. 40.1) and all the doctors. Similarly, offensive war is for the avenging of injuries and the admonishment of enemies, as we have seen; but there can be no vengeance where there has not first been a culpable offence; ergo, etc. Likewise, a prince cannot have greater authority over foreigners than he has over his own subjects; but he may not draw the sword against his own subjects unless they have done some wrong; therefore, he cannot do so against foreigners except in the same circumstances. The confirmation of this is the passage about the prince in the epistle of Paul to the Romans, cited above: *For he beareth not the sword in vain; for he is the minister of God, a revenger to execute wrath upon him that doeth evil (Rom. 13; 4). It follows from that we may not use the sword against who have not harmed us; to kill the innocent is prohibited by natural law...* PAGDEN, Anthony y LAWRENCE, Jeremy, *Vitoria. Political Writings*. Cambridge Texts in the History of Political Thought. Cambridge University Press, Cambridge 2005, pp. 303-304.

⁴² APARISI MIRALLES, Ángela, *Derecho a la paz...*, op. cit., p. 61.

⁴³ VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, en GETINO, Luis G. Alonso, op. cit., Tomo II, p. 332.

distribución no fue hecha de manera pacífica ni desapasionada, sino conforme a la línea establecida por el Papa Alejandro VI en la bula *Inter Caetera Divinae*, del 4 de Mayo de 1493.⁴⁴

La guerra para Vitoria, como se ha advertido anteriormente, se legitima en diversas ocasiones cuando se responde ante una injuria recibida, pero teniendo claramente en mente el telos de la guerra que, en su opinión, es la paz:

*El fin de la guerra es la paz y la seguridad de la república (como dice San Agustín en el libro De Verbis Domini y en la epístola Ad Bonifacium) y no podría haber seguridad si, con el temor de la guerra, no se tuviese a raya al enemigo. Se prueba también, por el fin y por el bien de todo el orbe. Porque de ninguna manera podría permanecer en un estado feliz, es más llegaríamos al peor estado de cosas, si los tiranos, los ladrones y los raptos pudiesen impunemente hacer injurias y oprimir a los buenos e inocentes y no fuese lícito a estos últimos repeler sus agresiones y escarmentarlos.*⁴⁵

Resulta además interesante cómo Vitoria parece ser uno de los primeros en pensar en esta clase de temas, más en términos de derechos de las personas, que de sus obligaciones.

La guerra tiene límites claros. Ésta es un último recurso para Vitoria. Tanto en la *Relectio de Indis*, como en la *Relectio de Iure Belli*, Vitoria se refiere con frecuencia a cómo la guerra no debe tomarse a la ligera, sino como un medio para reestablecer una situación de paz, ante una agresión previa de la otra parte. El objetivo debe ser la defensa y la preservación de la comunidad política perfecta. La ponderación y la prudencia se notan en el príncipe cuando se establecen límites para acudir a una guerra, tanto en los casos de duda, como en aquellos en los que podría resultar perjudicial o generar escándalo.

El príncipe (jefe de Estado o de Gobierno o decisor en la comunidad política perfecta) debe ser prudente y tener en claro que la tentación de ir más allá de los propósitos de la guerra convierte una guerra inicialmente (por su causa y su rectitud de intención) justa, en una injusta por la violación del *ius in bello*.

⁴⁴ Esta línea transcurre desde el Polo Norte al Polo Sur, a cien millas al Oeste del meridiano de las Azores y del Cabo Verde. La cifra de cien millas se explica jurídicamente por el hecho de que Bártolo, Baldo y otros juristas calculaban la zona de las aguas territoriales como equivalente a dos días de viaje. SCHMITT, Carl, *El Nomos de la Tierra en el derecho de gentes del Ius Publicum Europaeum*, traducción de Schilling Thou Dora, Editorial Comares, Granada, 2003, p. 57.

⁴⁵ VITORIA, Francisco de, *Relectio de Iure Belli*, en GETINO, Luis G. Alonso, *op. cit.*, Tomo II, p. 391-392.

Además de la duda, Vitoria señalará que el príncipe no debe acudir a la guerra (aunque tenga causa justa, autoridad y rectitud de intención) cuando el perjuicio posterior sea potencialmente peor:

Pues puede suceder que uno tenga derecho para recobrar una ciudad o una provincia y, sin embargo, le sea ilícito intentarlo por razón del escándalo. Porque las guerras deben hacerse para el bien común, y si para recobrar una ciudad es necesario que se sigan mayores males de la república, tales como la devastación de otras muchas, grandes matanzas, la irritación de los príncipes, y ocasiones de nuevas guerras, con daño para la Iglesia, y además que con ello se diera a los paganos oportunidad para invadir y apoderarse de las tierras de los cristianos, en este caso no cabe duda que están obligados los príncipes a ceder de su derecho y abstenerse de hacer la guerra.⁴⁶

El argumento central en torno a ello consiste siempre para el dominico, en que *hay que tener en cuenta lo que se ha dicho poco ha, que es preciso precaver que de la guerra no se sigan mayores males que los que por ella se hayan de evitar.⁴⁷*

Vitoria es insistente en el sentido de que la guerra es solo un último recurso: *supuesto que el príncipe tiene autoridad para hacer la guerra, lo primero de todo no debe buscar ocasión y pretextos de ella; sino que en cuanto pueda, debe guardar paz con todos los hombres.⁴⁸* Resulta claro que la postura del dominico no es belicista, sino que el recurso a las armas era lícito únicamente para defenderse y solo cuando habían sido agotados todos los medios pacíficos y no había otra forma de salvar la propia existencia.⁴⁹

Por ejemplo, al hablar de la conquista del Nuevo Mundo, Vitoria escribió sobre ella, señalando los títulos o razones legítimas

⁴⁶ *Ibidem*, p. 417.

⁴⁷ *Por lo tanto, si para conseguir la victoria principal en la guerra, representa poco el atacar una fortaleza o una ciudad en que hay guarnición enemiga, y hay allí muchos inocentes, no parece lícito que para combatir a unos pocos culpables se pueda matar a muchos inocentes, dándole fuego, empleando máquinas o de cualquier otro modo, porque indiferentemente perecerían inocentes y culpables.* Claramente el término *culpable* utilizado por Vitoria resulta inadecuado, siendo lo correcto *beligerante* en términos actuales. *Ibidem*, p. 420.

⁴⁸ VITORIA, Francisco de, *Relectio de Iure Belli*, en GETINO, Luis G. Alonso, *op. cit.*, Tomo II, p. 437.

⁴⁹ VITORIA, Francisco de, *Relectio de Iure Belli o Paz Dinámica, Escuela Española de la Paz. Primera Generación. 1526-1560*, Corpus Hispanorum de Pace, CSIC, Elaborado bajo la dirección de PEREÑA, Luciano, Volumen VI, Madrid, 1981, p. 57.

como motivos condicionales para acudir a una guerra. De aquella, parece ser sólida su conclusión al terminar la enunciación de los títulos legítimos de guerra, en donde recalca el carácter condicional de éstos:

Por donde si no hubiera más títulos que éstos, en verdad qué mal se proveería a la salud del príncipe, o mejor, de aquellos a quienes incumbe manifestar estas cosas: porque los príncipes siguen el parecer de otros, pues no pueden examinar estas cosas por sí mismos. ¿Qué aprovecha al hombre, dice el Señor, el granjear todo el mundo, si sufre detrimento en sí y al fin se pierde a sí mismo? (Mateo, 16, y Marcos, 8 y Lucas 9).⁵⁰

La visión vitoriana deja de ser nacional para hacerse internacional o global mostrando su carácter universalista (en términos de Brown). Esta es quizá la aportación más relevante de Vitoria a la teoría de la guerra justa. *El orbe no es, para el dominico burgalés, un conjunto desarticulado de naciones aisladas entre sí, sino un sistema interdependiente incluidos los no cristianos.*⁵¹ No tiene en mente el utópico *droit commun de l'humanité*⁵² al que se refirieron Rabel, Saleilles y Lambert, pero sí tiene claro que el bien⁵³

⁵⁰ VITORIA, Francisco de, *Relectio de Indis*, en GETINO, Luis G. Alonso, *op. cit.*, Tomo II, p. 372.

⁵¹ APARISI MIRALLES, Ángela, *op. cit.*, p. 89.

⁵² Aunque Truyol sí utiliza este término al referirse al derecho de gentes, de la siguiente manera: *Pour Vitoria, le droit des gens est bien un droit commun de l'humanité, comme dans la notion traditionnelle, et c'est pourquoi il reconnaît l'existence de droits fondamentaux de la personne humaine que les Etats ne sauraient abroger – tels le droit à un commerce pacifique et à l'utilisation de la mer libre, ainsi que le droit de migration et d'établissement –; mais il est aussi, déjà, un droit international au sens moderne, un jus inter gentes, dont il obtient le concept au moyen de la substitution d'un mot dans la définition du jus gentium de Gaius...* TRUYOL Y SERRA, Antonio, *La conception de la paix chez Vitoria*, Vrin – Reprise, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1987, p. 263.

⁵³ Es importante considerar como *bien común*, la explicación que en torno a éste, da John Finnis: *For there is a common good for human beings, inasmuch as life, knowledge, play, aesthetic experience, friendship, religion, and freedom in practical reasonableness are good for any and every person. And each of these human values is itself a common good inasmuch as it can be participated in by an inexhaustible number of persons in an inexhaustible variety of ways or on an inexhaustible variety of occasions... Common good... is: a set of conditions which enables the members of a community to attain for themselves reasonable objectives, or to realise reasonably for themselves the value(s), for the sake of which they have reason to collaborate with each other (positively and/or negatively) in a community.* FINNIS, John, *op. cit.*, p. 155.

común⁵⁴ es un término al que hay que referirse en términos globales.

El motivo es que, de manera adelantada a su tiempo, el dominico reconoce cómo una guerra no solo afecta a los pueblos que se involucran en ella directamente, sino al mundo entero. Aunque las armas y la tecnología en el Siglo XVI eran radicalmente distintas, menos sofisticadas y mortíferas que las actuales, ya limitaban las decisiones de los príncipes, haciendo que pensarán primero en el bienestar de la comunidad internacional en su conjunto. El maestro de Salamanca parece incluso intuir la eventual necesidad de tribunales y otras autoridades internacionales con autoridad moral y de fuerza subyacentes para poder regular de manera global, la licitud de la guerra.⁵⁵

El internacionalismo del maestro de Salamanca debe resaltarse. Es claramente un visionario para las problemáticas y sus posibles soluciones, previstas desde el siglo XVI. *El bien común del orbe es presentado como suprema norma del derecho de guerra, que decide en última instancia de su licitud. Las guerras deben hacerse para el bien común de las naciones, y si redundan en mayor daño y perjuicio general son injustas, aunque fueran favorables a la propia nación.*⁵⁶

Una y otra vez, el dominico matiza sus aseveraciones en materia del *ius in bello*, con el tema del fin de la República. Así, recuerda siempre cómo *ninguna guerra es justa, si consta que se sostiene con mayor mal que bien y utilidad de la república, por más que sobren títulos y razones para una guerra justa.*⁵⁷ Esta postura que de manera tan clara ilustra en *De Potestate Civili*, es reiterada, al analizar el fenómeno de la guerra:

Vitoria busca evitar la guerra cuando es posible. Por eso señala con claridad cómo:

⁵⁴ Aquí, de nuevo al igual que en la República, conviene recordar que la finalidad de ésta es la consecución del bien común, finalidad presente en la ordenación política del orbe tal y como la concibe Vitoria. CASTILLA URBANO, Francisco, *El Pensamiento de Francisco de Vitoria. Filosofía Política e Indio Americano*, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1992, p. 173.

⁵⁵ Parece ser que Vitoria plantea la necesidad de una autoridad en el orbe, y en este planteamiento se han basado los que afirman que en Vitoria se encuentra la idea de lo que hoy día se conoce como sociedad de naciones. ROVIRA GASPAS, María del Carmen, *Francisco de Vitoria. España y América; el poder y el hombre*, Cámara de Diputados, Filosofía de Nuestra América, México, 2004, p. 271.

⁵⁶ URDÁNOZ, Teófilo, *Síntesis Teológico- Jurídica de la Doctrina de Vitoria en VITORIA, Francisco de, Relecciones Teológicas del Maestros Fray Francisco de Vitoria, op. cit., p. CXVI.*

⁵⁷ VITORIA, Francisco de, *Relectio de Iure Belli*, GETINO, Luis G. Alonso, *op. cit., Tomo II*, p. 426.

*No basta una injuria cualquiera para declarar la guerra. Se prueba, porque ni aun a los propios súbditos es lícito imponer castigos graves, tales como la muerte, el destierro o la confiscación de sus bienes, por una culpa cualquiera. Y como todas las cosas que en la guerra se hacen son graves y atroces, pues son matanzas, incendios y devastaciones, no es lícito castigar con la guerra por injurias leves a sus autores, porque la calidad de la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito.*⁵⁸

El bien común de la humanidad es un telos que se deriva de esta concepción de comunidad universal como, a la que se refiere Truyol y Serra:

*La Concepción de la paz en Vitoria se sitúa inmediatamente bajo el signo de un universalismo de estructura pluralista. Ésta reposa sobre la idea del totus orbis, de la humanidad en tanto comunidad de todos los pueblos organizados en Estados, sobre la base del derecho natural. Hay una comunidad universal del género humano que, en alguna manera, aliquo modo, constituye una entidad política única, una Respublica.*⁵⁹

La relección *De lure Belli* concluye con tres cánones o reglas para hacer la guerra:

Primera regla. Supuesto que el príncipe tiene autoridad para hacer la guerra, lo primero de todo no debe buscar ocasión y pretextos de ella, sino que, en cuanto pueda, debe guardar paz con todos los hombres, como lo manda San Pablo a los Romanos, C.12; debiendo de pensar que los otros son prójimos, y que todos tenemos un Señor común ante cuyo tribunal habremos de dar cuenta. Porque es una ferocidad buscar y alegrarse de tener ocasión de matar y de arruinar a los hombres que Dios creó y por quienes murió Cristo. Y así, por el contrario, conviene no llegar a la guerra, sino como último extremo y contra toda su voluntad.

Segunda regla. Una vez que ha estallado la guerra, por alguna causa justa, se debe de hacer, no para ruina y perdición de la nación a quien se hace, sino para la consecución de su derecho

⁵⁸ *Ibidem*, p. 400.

⁵⁹ *La conception de la paix chez Vitoria se situe d'emblée sous le signe d'un universalisme de structure pluraliste. Elle repose sur l'idée de totus orbis, de l'humanité en tant que communauté de tous les peuples organisés en États, sur la base du droit naturel. Il y a une communauté universelle du genre humain qui en quelque manière, aliquo modo, constitue une entité politique unique, une Respublica.* TRUYOL Y SERRA, Antonio, *op. cit.*, p. 257.

y para defensa de la patria y de la propia república y para que por esa guerra se llegue, al fin, a conseguir la paz y la seguridad. Tercera regla. Obtenida la victoria y terminada la guerra, conviene usar del triunfo con moderación y modestia cristianas, y que el vencedor se considere como juez entre dos repúblicas, una ofendida y otra que hizo la injuria; para que de esta manera profiera su sentencia, no como acusador, sino como juez, con la cual pueda satisfacer a la nación ofendida. Pero, en cuanto sea posible, con el menor daño y perjuicio de la nación ofensora. Bastante es que sean castigados los culpables, en lo que sea debido. Mayormente que las más de las veces entre los cristianos, toda la culpa es de los príncipes. Porque los súbditos pelean por sus príncipes, de buena fe; y es una iniquidad que, como el poeta dice: Paguen los Aqueos los delirios de sus reyes.⁶⁰

Se trata, sintéticamente, de la postura del dominico ante las confrontaciones bélicas donde se denota su anhelo de paz, empatía, solidaridad, justicia y respeto por la persona. Aparisi destaca cómo en estas *reglas de oro* subyace la necesidad de la buena fe en todas las etapas que tienen que ver con una confrontación bélica. Así, resalta la necesidad de, además de recta intención, tener *confianza en la capacidad de la razón práctica*.⁶¹

Es notable cómo Vitoria tiene una postura claramente innovadora, humana y ponderada ante la guerra. No solo toma las normas básicas de recta intención, autoridad y causa justa, sino que las fortalece y hace más justas, al supeditar dichos criterios a principios de ponderación, proporcionalidad, último recurso, y preocupación por la comunidad internacional.

III] Actualidad del pensamiento de Francisco de Vitoria en el *Ius ad Bellum*

Walzer sostiene que una de las cosas que la mayor parte de nosotros queremos, aún en la guerra, es *actuar en un mundo moral: en el que las decisiones particulares son realmente difíciles, problemáticas, agónicas, y que esto tiene que ver con la estructura del mundo*.⁶²

⁶⁰ VITORIA, Francisco de, *Relectio de Iure Belli*, GETINO, Luis G. Alonso, *op. cit.*, Tomo II, pp. 437-438.

⁶¹ APARISI MIRALLES, Ángela, *op. cit.*, p. 145.

⁶² WALZER, Michael, *Just and Unjust Wars*, Basic Books, 5ª Edición, Nueva York, 2015, p. 20.

De ahí que tenga sentido plantear la teoría de la guerra justa. Esta teoría podría por su nombre generar confusión. Es relevante precisar entonces, que en el uso de esta tradición, la palabra *justa* no significa que la guerra sea buena en sí misma, sino que reconoce que ante determinadas circunstancias, un sujeto de derecho internacional público podrá participar en una confrontación bélica, apegado a ciertas reglas, buscando un mal menor. *Reconoce que la Guerra siempre tiene consecuencias nefastas, principalmente la muerte de no combatientes, pero también que existen algunas injusticias que son peores que la guerra misma.*⁶³

La teoría de la guerra justa propone entonces motivos calificados de justos para que una parte pueda acudir a una confrontación bélica, evalúa la actuación de cada uno de los beligerantes durante la guerra y analiza la participación del ganador al concluir la confrontación. Tiene de esta manera, la enorme virtud de servir como criterio de moralidad para que los decisores puedan determinar si es válida su actuación o no en una guerra potencial, así como para poder hacer una evaluación objetiva de la participación de un sujeto de derecho internacional público en una guerra.

En materia de *ius ad bellum*, la teoría de la guerra justa puede sintetizarse con la prohibición tajante a la agresión, misma que Walzer explica en seis proposiciones: i.- existe una sociedad internacional de estados independientes; ii.- esta sociedad internacional tiene principios que reconocen los derechos de sus miembros – sobre todo, el derecho a la integridad territorial y soberanía política; iii.- cualquier uso o amenaza inminente de fuerza por un estado contra la soberanía política o integridad territorial de otro constituye una agresión y es un acto criminal; iv.- la agresión justifica dos clases de respuesta violenta: una guerra de legítima defensa por la víctima y una guerra de ejecución de la ley por parte de la víctima y cualquier otro miembro de la sociedad internacional; v.- nada puede justificar una guerra salvo la agresión⁶⁴; y vi.- una vez que el estado agresor ha sido repelido militarmente, puede también ser castigado.⁶⁵

Bellamy lo sintetiza señalando cuatro principios que coinciden de manera relevante con Walzer: i.- recta intención; ii.- el

⁶³ BELLAMY, Alex J., *Just Wars; from Cicero to Iraq*, Polity Press, Cambridge, 2006, p. 3.

⁶⁴ En este punto, Walzer cita expresamente a Vitoria señalando: *There is a single and only just cause for commencing a war wrote Vitoria namely, a wrong received.* WALZER, Michael, *op. cit.*, 2015, p. 62.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 61-62.

hecho de que la guerra solo puede ser realizada por una causa justa, la cual es usualmente limitada a *legítima defensa, defensa de otros, restauración de la paz, defensa de derechos y el castigo a los agresores*⁶⁶; iii.- proporcionalidad de los propósitos, recordando cómo Vitoria sugería que la proporción jugaba un rol significativo en el juicio acerca de la legitimidad de la guerra. Mientras que la guerra era legítima para corregir agresiones, no todas las agresiones legitimaban la guerra⁶⁷; y iv.- la prueba sustancial del último recurso. Todos éstos, matizados naturalmente por la prudencia. La propuesta de Bellamy es claramente un desarrollo que mejora de manera relevante la propuesta de Walzer.⁶⁸

Las tres reglas básicas del *ius in bello* en el pensamiento de Bellamy se restringen a las siguientes: i.- el principio de discriminación; ii.- el principio de proporcionalidad (es decir que *los objetivos militares solo pueden ser atacados cuando su valor militar es mayor que la destrucción previsible que resultará*)⁶⁹; y iii.- que los combatientes no pueden utilizar armas prohibidas ni comportarse de formas que violarían el derecho de la guerra.⁷⁰

El planteamiento de Vitoria en torno a la guerra justa en cuanto al *ius ad bellum* no ha sido ni siquiera igualado en el derecho positivo hoy vigente.

El texto de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas ya hace referencia expresa a la prohibición de la guerra en las relaciones internacionales, estableciendo tan solo un par de excepciones en los artículos 42⁷¹ (en materia de sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad de la ONU) y 51⁷² (en

⁶⁶ BELLAMY, Alex J., *op. cit.*, p. 122.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 123.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 121-124.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 124.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 124-126.

⁷¹ *Should the Security Council consider the measures provided for in Article 41 would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstration, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of the Members of the United Nations.* EVANS, Malcolm E., *International Law Documents*, Blackstone Statutes, Oxford University Press, 14^a Edición, Oxford, 2019, p. 15.

⁷² *Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by the members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as in deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.* *Ibidem*, p.16.

materia de legítima defensa), que parecen más acorde con los términos realistas que conciernen a las confrontaciones bélicas. En los dos casos, el autorizado a participar en la guerra estaría reaccionando ante una agresión, en un contexto de injuria vitoriana.

Fuera de la legítima defensa prevista por el artículo 51 de la Carta de San Francisco, el monopolio de la fuerza se instituye en el Consejo de Seguridad, que desafortunadamente tiene una composición intrínsecamente injusta⁷³ y que si bien, en algunos casos permite que se actúe de manera razonable y sensata, en otras, fomenta la impunidad. En el ámbito del derecho positivo contemporáneo, es este órgano multilateral el que asume la posición de juez príncipe en términos vitorianos. No obstante, no siempre parece actuar con los atributos que el maestro de Salamanca exige de un monarca.

El pensamiento vitoriano aporta claves adecuadas para tomar decisiones acerca de si es viable o no participar con justicia en una guerra. Esto puede proporcionar elementos de juicio para quienes dirigen a los distintos sujetos de derecho internacional público que participan o podrían involucrarse en confrontaciones bélicas.

Los parámetros que Vitoria proporciona son todos razonables para determinar si es factible acudir a una guerra. Inicia por supuesto con los tres elementos del Aquinate (autoridad legítima, rectitud de intención y causa justa) para con enorme visión, condicionar la misma con principios de proporcionalidad, prudencia, ponderación y preocupación final por el *totus orbis*.

La doctrina de Vitoria no puede verse solamente con un afán teórico; sino que teoriza justamente para poder responder de manera clara y puntual a problemas concretos del mundo en el que vivía, ya se tratara de la conquista del Nuevo Mundo, el divorcio de los reyes ingleses, la relación entre el Papa y el Concilio⁷⁴ o la relación entre *Respublicas* europeas. Sus reflexiones en esos temas, así como en los casos reales o hipotéticos que involucran a Francia, España, Turquía y a otros lugares, pueden aportar elementos de juicio para cualquier confrontación bélica.

⁷³ Estados Unidos de América, la Federación Rusa, China, el Reino Unido y Francia, son miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU. Cada uno de ellos tiene el derecho de vetar las resoluciones de dicho Consejo que es el órgano ejecutivo y con capacidad para ejercer poder coercitivo en el seno de la ONU. Así, todos ellos (y en la práctica, sus socios más cercanos) están enmarcados por un ámbito de impunidad. No pueden ser sancionados por este organismo multilateral. Así, la actuación de la ONU será en aquellos casos que a éstos conciernen, limitada y de alguna manera, parcial.

⁷⁴ Tema que es tratado con profundidad en su *Relectio de potestate Papae et Concilii*.

Tanto en materia de autoridad legítima, como de rectitud de intención, los argumentos vitorianos parecen tener vigencia todavía hoy. En el tema de la causa justa, habrá que matizar, respetando el derecho a la libertad de culto y naturalmente, suprimiendo aquellos títulos que tienen una connotación meramente de carácter religioso.

Si el día de hoy, quienes toman las decisiones respecto al tema de la guerra, tienen en mente tanto el bien común propio, como el de la comunidad internacional entera, deberán saber que la mera agresión, por sí sola, no es justificación para la guerra, sino que existen una serie de factores adicionales (de los cuales hace referencia el maestro de Salamanca y que han sido analizados con detenimiento en esta investigación), mismos que no deberían ser soslayados en aras del *real politik*⁷⁵, sino más bien retomados e involucrados en las decisiones actuales.

En la medida en que el bien común sea el *telos* de la comunidad organizada jurídica y políticamente, entonces podrá facilitarse la vivencia real de la paz, que no solo implicará la ausencia de confrontaciones bélicas, sino además, la reducción sistemática de las otras formas de violencia a las que Ballesteros se refiere en su obra *Repensar la Paz*, a la que se ha hecho referencia.

No importa si la causa justa que se invoca es la defensa contra un invasor, o la colaboración activa de la comunidad internacional para una intervención humanitaria que busque suprimir la violación sistemática y grave de derechos humanos en algún lugar. Si no se piensa en clave vitoriana, en la que sean factores para tomar una decisión, la recta intención, la prudencia, la ponderación y el bienestar de la comunidad internacional, probablemente se seguirán tomando decisiones que generen a la larga más daños que beneficios a la humanidad.

Raztinger sostiene cómo es *tarea concreta de la política poner el poder bajo el escudo del derecho y regular así su recto uso. No debe regir el derecho del más fuerte, sino más bien la fuerza del derecho. El poder ejercido en el orden del derecho y su servicio está en las antípodas de la violencia, entendida ésta como poder sin derecho y opuesto a él*⁷⁶.

⁷⁵ Esta forma de maquiavelismo (equivale) a la posición de Polemarco en la República de Platón: una acción sería justa, no por su valoración en sí misma, sino por su finalidad. PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Aproximación a la Fundamentación de los Derechos Humanos en la Declaración Universal de 1948; De Jacques Maritain a Charles Malik*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra, Pamplona, 2016, p. 107.

⁷⁶ RATZINGER, Joseph, *Lo que cohesiona al mundo. Los fundamentos morales y prepolíticos del Estado liberal* en HABERMAS, Jürgen y RATZINGER, Joseph, *Entre razón y religión*,

El dominico, en su texto, otorga al príncipe de una República que acudirá con justicia a una guerra, el doble carácter de monarca y de juez. Esto se debe sin duda a que no existe en el siglo XVI un ente supranacional organizado por el consenso desarrollado del derecho de gentes, que busque salvaguardar la paz y la seguridad internacionales.

Finalmente, el *corpus vitoriano* permite someter a un *test de eticidad* las actuaciones de los distintos entes de derecho internacional público, tanto cuando deciden participar en una confrontación bélica como en sus acciones durante la participación en la guerra.

Así, este análisis de congruencia ética de la conducta de un príncipe juez (en términos vitorianos) en una guerra, podrá ser empleado *a priori* por éste, para poder tomar decisiones justas, y también, posteriormente, por la comunidad internacional para realizar una evaluación objetiva respecto de los actos que llevaron y desarrollaron la confrontación bélica.

No se trata de un análisis subjetivo y amorfo, sino de una evaluación que Vitoria permite realizar, basándose en el reconocimiento del bien objetivo y en criterios adecuadamente trazados para calificar los actos de los jefes de Estado, de gobierno, líderes de sujetos atípicos de derecho internacional público, así como de los generales, legisladores y soldados.

Este *test de eticidad* está planteado en los requisitos y criterios propuestos por Vitoria, y analizados en esta investigación para determinar si una parte actúa con justicia o no en una guerra, e incluso para trazar una escala que califique los distintos momentos y etapas en la confrontación. En algunos casos, funcionará para evitar guerras, y en otros, para servir de análisis crítico y como presión de la comunidad internacional que confirmará o no la conducta justa, relacionada con la vida moral, no solo de las personas, sino de los entes que participan en la guerra.

Las teorías vitorianas no siempre evitarán guerras (sería iluso pensarlo), pero en todos los casos, nos proveen de herramientas para poder juzgar de manera razonable, la actuación de los sujetos de derecho internacional público y de sus actores principales, para efectos históricos, y también políticos y jurisdiccionales.

Resulta menos complejo reestablecer las condiciones de ausencia de violencia y de desarrollo social, económico y político que requiere la paz a la que se refiere Ballesteros,⁷⁷ cuando la

Dialéctica de la secularización, Fondo de Cultura Económica, Centzontle, México D.F. 2008, pp. 37-38.

⁷⁷ Confróntese BALLESTEROS, Jesús, *op. cit.*

guerra ha iniciado por causas justas (conforme a lo previsto en esta investigación), y además, durante la cual se han respetado las normas de derecho internacional humanitario del *ius in bello*.

Si las razones para acudir a una guerra fueron justas y si el comportamiento de los beligerantes durante ésta fue adecuado (aunque sangriento y dramático) conforme a las normas básicas de derecho internacional humanitario, entonces, el desarrollo posterior basado en principios de justicia y reconciliación será asequible. No solo deberá entonces, buscarse la seguridad y el orden, sino también la justicia. Será difícil, pero no imposible, lograr en tales *conflictos internacionales (que se realice un) esfuerzo mutuo por ambas partes para sobreponerse a la hostilidad pasada y volver a enmarcar la relación como una de sociedad*.⁷⁸ El ejemplo de países como Francia y Alemania, juntos desde 1957 en la entonces Comunidad Económica Europea, apenas 12 años después de la Segunda Guerra Mundial, es un claro ejemplo de que es posible lograrse.

La ponderación que el príncipe de cada *Respublicas* (o el órgano internacional que tome la decisión acerca de hacer uso de la fuerza internacional - si lo ponemos en términos actuales) debe plantearse antes de acudir a una guerra, precisa incluir el factor del paso del tiempo, y la relevancia dentro de ese bien común universal, de dos instituciones esenciales: el perdón⁷⁹ y la reconciliación. Solo así, señala Ratzinger, es factible romper el ciclo de la violencia.⁸⁰

Intuyo que, si estos factores no entran en el juego de la decisión formal, entonces habrá mayores posibilidades de que de manera real o artificial (en cuyo caso se violaría el principio de la recta intención), un sujeto de derecho internacional público busque acudir a

⁷⁸ PATERSON, Eric, *Jus Post Bellum and International Conflict: Order, Justice and Reconciliation* en BROUGH Michael *et. al.*, *Rethinking the Just War Tradition*, State University of New York Press, Albany, Nueva York, 2007, p. 46.

⁷⁹ *El perdón es una capacidad que posibilita la realidad de la libertad, debido a la condición soberana de los hombres, es decir, a su impotencia para controlar absolutamente las consecuencias de los actos que realizan libremente: se trata de la solución a la paradoja de la libertad, sin caer en el inmovilismo.* RAMÍREZ, Hugo S., *Multiculturalismo y ethos del mestizaje* en APARISI MIRALLES, Ángela y DÍAZ DE TERÁN, Ma. Cruz (Coordinadoras), *Pluralismo Cultural y Democracia*, Aranzadi, The Global Law Collection, Pamplona, 2009, p. 168.

⁸⁰ *Above all, it is important to contribute a measure of forgiveness, in order to break the cycle of violence. Where the principle of an eye for an eye is applied without pity, it is impossible to escape the power of that cycle. Gestures of a humanity that breaks through it by seeking the human person in one's foe and appealing to his humanity are necessary, even where they seem at first glance to be a waste of time.* RATZINGER, Joseph Cardinal, *Values in a time of upheaval*, Crossroad Publishing Company, Ignatius Press, San Francisco, 2006, p. 107.

la guerra, para reclamar alguna prestación ancestral. Por ejemplo, aquellos casos en los que distintas comunidades buscan hoy argüir causas de guerra justa sustentándose en hechos que ocurrieron hace incluso siglos.

El perdón consiste, fundamentalmente, en el acto a través del cual alguien, que estima haber sufrido una ofensa, hace cesar su indignación hacia el ofensor, renunciando a la exigencia de un castigo, y optando por no tener en cuenta la ofensa en el futuro, de modo que la relación entre el ofensor y el ofendido-perdonante, no quedan afectadas.⁸¹

La adecuada calificación del acto bélico, su regulación y análisis en términos de la teoría de la guerra justa en clave vitoriana, permiten no solo reducir las expectativas de guerra, sino además, buscar en el tiempo la consolidación de una paz en el amplio sentido que Ballesteros define.⁸² Solo así, será factible que los distintos sujetos de derecho internacional público coadyuven en conjunto a la búsqueda del bien común internacional.

*La pire cruauté du monde
et le meilleur de la bonté
du monde sont en nous.*
Edgar Morin

Bibliografía

- APARISI MIRALLES, Ángela, *Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria*, Editorial Comares, Filosofía Hoy, Granada, 2007.
- BALLESTEROS, Jesús, *Repensar la Paz*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2006.
- BALLESTEROS, Jesús, FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación & TALAVERA, Pedro (Editores), *Globalization and Human Rights*, Springer, Comparative Perspectives on Law and Justice, Nueva York 2012.

⁸¹ RAMÍREZ, Hugo S., *Multiculturalismo y ethos del mestizaje* en APARISI MIRALLES, Ángela y DÍAZ DE TERÁN, Ma. Cruz (Coordinadoras), *op. cit.*, p. 165.

⁸² *La violencia aparece como negación del reconocimiento debido a la persona por el mero hecho de ser tal, como negación de lo que en la persona hay de sagrado e inviolable: su vida y dignidad personal.* Ballesteros insiste en cómo la paz ha de lograrse solo cuando se atacan las diversas formas de violencia...: la explotación económica, la violencia lúdica, la violencia política. La responsabilidad de los sujetos del derecho internacional público, al final han de reflejarse en una toma de conciencia personal: *Para luchar contra la violencia... hay que huir del cómodo recurso al chivo expiatorio, que puede ser de muy distinta índole, y recuperar la idea de responsabilidad en primera persona.* BALLESTEROS, Jesús, *Repensar...*, *op. cit.*, pp. 17-18, 60.

- BALLESTEROS, Jesús y FERNÁNDEZ, Encarnación (Coordinadores), *Biología y Posthumanismo*, The Global Law Collection, Thompson / Aranzadi, Pamplona, 2007.
- BELLAMY, Alex J., *Just Wars; from Cicero to Iraq*, Polity Press, Cambridge, 2006.
- BROUGH, Michael et. al., *Rethinking the Just War Tradition*, State University of New York Press, Albany, Nueva York, 2007.
- BROWN, Chris, NARDIN, Terry y RENGGER, Nicholas, *International Relations in Political Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- CASTILLA URBANO, Francisco, *El Pensamiento de Francisco de Vitoria. Filosofía Política e Indio Americano*, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1992.
- CORDERO PANDO, Jesús, *Corpus Hispanorum de Pace*, Segunda Serie, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2008.
- DINSTEIN, Yoram, *War, Aggression and Self Defence*, Cambridge University Press, 5ª edición, Cambridge, 2012.
- EVANS, Malcolm D., *International Law Documents*, Blackstone Statutes, Oxford University Press, 14ª Edición, Oxford, 2019.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 2ª Edición, Oxford, 2011.
- GALTUNG, Johan, *Pax Pacífica; Terrorism, the Pacific Hemisphere, Globalisation and Peace Studies*, Pluto Press, Londres, 2005.
- GALTUNG, Johan, *Searching for Peace*, Pluto Press, Londres, 2002.
- GATT CORONA, Guillermo Alejandro, *El Derecho de Guerra Contemporáneo; Reflexiones desde el Pensamiento de Francisco de Vitoria*, ITESO – Universidad Panamericana, Guadalajara, 2013.
- GETINO, Luis G. Alonso, *Relecciones Teológicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria*, Edición crítica con facsímil de códices y ediciones príncipes, variantes, versión castellana, notas e introducción, 3 Tomos, Imprenta La Raza, Madrid, 1935.
- GONZÁLEZ, Rubén C., O.P., *Francisco de Vitoria. Estudio bibliográfico. Dissertation ad Lauream in Facultate S. Theologiae Apud Pontificium Athenaeum Angelicum de Urbe*, Institución Cultural Española, Buenos Aires, 1946.
- GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl, *Programa de Derecho Constitucional*, Limusa – Universidad Iberoamericana, 2ª Edición, México, 2007.
- HERNÁNDEZ, MARTÍN, Ramón, *Francisco de Vitoria, Vida y pensamiento internacionalista*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1995.
- HERVADA, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Temis, 2ª Edición, Bogotá, 2006.
- JUAN PABLO II, *Catecismo de la Iglesia Católica*, Coeditores Católicos de México, México, 2003.
- NASZALYI, Emilio, O.C., *El Estado según Francisco de Vitoria*, Traducción y Prólogo del R.P. Ignacio G. Menéndez Reigada, O.P., Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1948.

- HABERMAS, Jürgen y RATZINGER, Joseph, *Entre razón y religión, Dialéctica de la secularización*, Fondo de Cultura Económica, Centzontle, México D.F. 2008.
- NUSSBAUM, Martha C., *The Cosmopolitan Tradition; A Noble but Flawed Ideal*, Harvard University Press, Cambridge, 2019.
- PAGDEN, Anthony y LAWRANCE, Jeremy, *Vitoria. Political Writings*. Cambridge Texts in the History of Political Thought. Cambridge University Press, Cambridge 2005.
- PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Aproximación a la Fundamentación de los Derechos Humanos en la Declaración Universal de 1948; De Jacques Maritain a Charles Malik*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra, Pamplona, 2016.
- APARISI MIRALLES, Ángela y DÍAZ DE TERÁN, Ma. Cruz (Coordinadoras), *Pluralismo Cultural y Democracia*, Aranzadi, The Global Law Collection, Pamplona, 2009.
- RATZINGER, Joseph Cardinal, *Values in a time of upheaval*, Crossroad Publishing Company, Ignatius Press, San Francisco, 2006.
- ROVIRA GASPAS, María del Carmen, *Francisco de Vitoria. España y América; el poder y el hombre*, Cámara de Diputados, Filosofía de Nuestra América, México, 2004.
- SCHMITT, Carl, *El Nomos de la Tierra en el derecho de gentes del lus Publicum Europaeum*, traducción de Schilling Thou Dora, Editorial Comares, Granada, 2003.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio, *La conception de la paix chez Vitoria*, Vrin – Reprise, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1987.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 21ª ed., Editorial Porrúa, México, 2018.
- VILLOSLADA, Ricardo G., S.I., *La Universidad de Paris durante los estudios de Francisco de Vitoria O.P. (1507-1522)*, Anacleto Gregoriana – Cura Pontificae Universitatis Gregorianae Edita, Vol. XIV Series Facultatis Hist. Ecclesiasticae, Sección B (N. 2), 1938.
- VITORIA, Francisco de, *Relecciones del Estado, de los Indios y del Derecho de Guerra*, Sepan Cuántos 261, Porrúa, México, 1985.
- VITORIA, Francisco de, *La Justicia*, Estudio Preliminar y traducción de Luis Frayle Delgado, Tecnos, Clásicos del Pensamiento 147, Madrid, 2001.
- VITORIA, Francisco de, *Relectio de lure Belli o Paz Dinámica, Escuela Española de la Paz. Primera Generación. 1526-1560*, Corpus Hispanorum de Pace, CSIC, Elaborado bajo la dirección de PEREÑA Luciano, Volumen VI, Madrid, 1981.
- VITORIA, Francisco de, *Relecciones Teológicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria / Edición Crítica*, con facsímil de códices y ediciones príncipes, variantes, versión castellana, 3 volúmenes, notas e introducción por el P. Mtro. Fr. Luis G. Alonso Getino, Madrid.
- WALZER, Michael, *Just and Unjust Wars*, Basic Books, 5ª Edición, Nueva York, 2015.

Generalidades sobre la CISG a 40 años de su promulgación

ROMINA GUARNEROS GALAZ¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Contexto histórico de la Convención*. III. *Principios rectores de la CISG*. III. *Estructura general de la CISG*. IV. *Conclusiones*

Resumen. Conforme pasa el tiempo la designación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías como legislación aplicable a las transacciones internacionales ha visto un aumento significativo. Esto en gran parte debido a los grandes esfuerzos de la UNCITRAL en propiciar su conocimiento y aplicación. Así, contribuyendo un poco en su difusión, el presente artículo, tiene como propósito dar a conocer a grandes rasgos las principales disposiciones de la Convención, así como los principios que la rigen y el contexto histórico que le dio origen.

Palabras clave: CISG, 40 años de la CISG, comercio internacional, compraventa de mercaderías

Abstract. *As time goes by, the designation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods as the law applicable to international transactions has seen a significant increase. This is largely due to the great efforts of UNCITRAL in promoting its awareness and application. Thus, contributing a little to its diffusion, the present article, has the purpose to make known the main provisions of the Convention, as well as the principles that govern it and the historical context that gave rise to it.*

Keywords: *CISG, 40 years of CISG, international commerce, sale of goods.*

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad Panamericana, campus Guadalajara. Catedrática en dicha universidad de las materias Derecho del Comercio Internacional y Derecho Comparado.

I | Introducción

Hace 40 años, el 11 de abril de 1980, se aprobó en Viena (Austria) la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, comúnmente conocida como CISG por sus siglas en inglés. La CISG es un tratado multilateral que establece un régimen jurídico uniforme para los contratos de compraventa internacional de mercancías. Dichos contratos conforman el esqueleto del comercio internacional, y las reglas uniformes como la Convención proporcionan a los comerciantes un marco jurídico eficiente, moderno y completo sobre el cual sujetar sus actividades comerciales.² La CISG ha contribuido considerablemente a proporcionar certidumbre en las transacciones comerciales internacionales y a reducir los costos de transacción con un régimen moderno, uniforme y justo. Hoy en día, la Convención ha sido suscrita por 94 estados contratantes, incluido México. A lo largo del presente artículo se analizará a grandes rasgos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías con el propósito de darla a conocer aún más y difundir el éxito que ha tenido en la comunidad internacional.

II | Contexto histórico de la Convención

Los primeros esfuerzos para unificar la legislación existente sobre la compraventa internacional de mercaderías comenzaron en la década de 1920 con las ideas de Ernst Rabel respecto de la unificación de una ley relativa a la compraventa internacional de mercaderías.³ Sin embargo, fue hasta la década de 1930, bajo el patrocinio del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), que un distinguido grupo de estudiosos europeos elaboró un anteproyecto de ley uniforme para la compraventa internacional de mercaderías.⁴

Debido a la Segunda Guerra Mundial el progreso que se había alcanzado en años anteriores se vio forzado a detenerse. No

² UNCITRAL, The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), recuperado de <https://uncitral.un.org/en/cisg40> el 5 de noviembre de 2020.

³ SCHWENZER, Ingeborg, *Introduction*, en Schwenger, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, cuarta edición, Oxford University Press, 2016, p. 1.

⁴ HONNOLD, John O., *The Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Overview*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 27, 1979, p. 223.

fue hasta 1951 que se retomaron los avances con una conferencia internacional de 21 países que propició un mayor desarrollo del proyecto.⁵ Con el paso del tiempo y los resultados prometedores que presentaban las investigaciones, más estados, incluyendo los Estados Unidos de América, se adhirieron al grupo.⁶ De este modo en 1964 la conferencia que ahora comprendía 28 estados, después de tres intensas y agitadas semanas finalizó dos convenciones: la Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, ULIS,⁷ y la Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, ULF.⁸

A pesar de las grandes expectativas que la comunidad internacional tenía en las Convenciones de La Haya, estas no alcanzaron el éxito esperado, al ser suscritas solo por nueve estados.⁹ Ante esto, la UNCITRAL optó por establecer un Grupo de Trabajo compuesto por representantes de 14 Estados, con el fin de preparar un nuevo texto basado en las Convenciones de 1964, que facilitara su aceptación por los países de sistemas jurídicos, sociales y económicos diferentes. El fruto de dicho Grupo de Trabajo fue el Proyecto de Convención de 1978 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, el *New York Draft*.¹⁰

En este punto, algunos historiadores del derecho mercantil internacional dividen el desarrollo de la CISG en tres fases. La primera fase abarcando el período comprendido entre 1970 y 1977, bajo la dirección de Jorge Barrera Graf, jurista mexicano que completó el Proyecto de Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías. El segundo comprende la reunión de la UNCITRAL en Viena en mayo de 1977, cuyo propósito era revisar, concluir y aprobar por unanimidad el *New York Draft*. Y, por último, la tercera fase del desarrollo de la CISG comprende la división del grupo de trabajo en dos comités, mismos que se formaron para trabajar en las diferentes secciones del *New York Draft*. El primero

⁵ *Ibid.*, p. 224.

⁶ SCHWENZER, *Introduction*, *op. cit.*, p. 3.

⁷ Para el texto completo ver <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964>

⁸ Para el texto completo ver <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulfc-1964-en>

⁹ SCHWENZER, *Introduction*, *op. cit.*, p. 1; Al 20 de agosto de 2015 los países signatarios de las Convenciones de la Haya son: Holanda, Reino Unido, San Marino, Grecia, Italia, La Santa Sede, Bélgica, Luxemburgo, Alemania, Israel, Francia y Hungría; información recuperada de <https://www.unidroit.org/status-ulfc-1964>, el 17 de abril de 2019.

¹⁰ HONNOLD, *Draft*, *op. cit.*, p. 224-225.

enfocado en el estudio de las disposiciones sustantivas de la CISG y el segundo en la preparación de las disposiciones finales.¹¹

Fue en 1980 cuando la UNCITRAL celebró en Viena una conferencia diplomática para proponer el texto definitivo de la CISG, y después de cinco semanas de esfuerzos por parte de los sesenta y dos países representados, el día 11 de abril del mismo año la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías fue finalmente aprobada.¹²

II J Principios rectores de la CISG

Gran parte del éxito que ha tenido la Convención es gracias a su flexibilidad de adaptación a los múltiples sistemas jurídicos alrededor del mundo. Dicha flexibilidad se debe a que la CISG se basa en un cúmulo de principios generales que la dotan de orden y estructura. Estos principios constituyen características comunes de las diversas doctrinas jurídicas a nivel mundial que surgen a través del análisis jurídico comparativo como fuente de derecho.

El recurrir a los principios generales en los que se basa la Convención es un intento de construir una interpretación sistemática de la misma. Si bien hoy en día se reconocen diversos principios, estos han sido descubiertos y construidos progresivamente tanto por los precedentes judiciales como por los doctrinistas.¹³

Los principios generales no tienen necesariamente condiciones preestablecidas para su aplicación. En su lugar, constituyen simplemente *normas de aplicación óptima*, lo que significa que pueden cumplirse en diversos grados. La aplicación de los principios generales requiere, por lo tanto, un proceso sustancial de ponderación de principios y normas contradictorias. Por lo tanto, los principios generales están siempre sujetos a un debate continuo sobre su eficacia y alcance.¹⁴

¹¹ DIMATTEO, Larry A., *International Sales Law: A Global Challenge*, Cambridge University Press, 2014, p. 12-13.

¹² FARNSWORTH, E. Allan, The Vienna Convention: History and Scope, *The International Lawyer*, American Bar Association, Vol. 18, No. 1, 1984, pp. 17-20.

¹³ PERALES VISCASILLAS, Pilar, *Chapter II: General Provisions*, en UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Commentary, Kroll, Stefan, Mistelis, Loukas, Perales Viscasillas, Pilar (eds.), Hart Publishing, 2011, p. 62.

¹⁴ KRITZER, Albert H., *General Principles of the CISG*, Annotated text of CISG, Article 7 words and phrases, Pace Law School Institute of International Commercial Law, 7 de septiembre de 1999, disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/principles7.html>

Así pues, algunos de los principios generales mayormente aceptados de la CISG son los siguientes: autonomía de la voluntad, uniformidad, razonabilidad, buena fe, y *pacta sunt servanda*.

1) *Autonomía de la voluntad*. El principio de la autonomía de la voluntad es fundamental en la filosofía adoptada por la CISG.¹⁵ Diversos autores han hecho referencia al principio de la autonomía de la voluntad, es decir, a la función del contrato celebrado por las partes, no solo como un principio general, sino como el principio rector y dominante de la CISG, un principio de una importancia más profunda de lo que pudiera parecer a primera vista. Cuando el contrato ha establecido determinados términos, la Convención protege los acuerdos de las partes en ocasiones por encima de su propio texto.¹⁶

Los doctrinistas han convenido en que el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra consagrado en el artículo 6 de la Convención, el cual establece que las partes podrán excluir la aplicación de la Convención o establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.

2) *Uniformidad*. Otro principio generalmente reconocido de la Convención es la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. Dicho principio se encuentra consagrado en el artículo 7(1). Una manifestación de este principio se da, por ejemplo, cuando en un caso particular existe una base razonable para resolver una cuestión dentro de los límites de la Convención y una base razonable para resolver dicha cuestión recurriendo a las normas de derecho internacional privado fuera de los alcances de la Convención. En este caso, el tribunal que se encargue de resolver la controversia debería optar por el primer enfoque.¹⁷

El profesor Honnold explica este principio de la siguiente forma: El artículo 7(2), con la indicación de que se suplan las lagunas existentes en la Convención mediante la aplicación de sus propios 'principios generales', evita la intrusión de normas de derecho interno que de otra forma no forman parte de la Convención. Esto deriva en el hecho de que solo los avances jurídicos bajo la tutela de la Convención contribuyen al cuerpo de jurisprudencia y doctrina internacional.¹⁸

¹⁵ FELEMEGAS, John, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation*, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Kluwer Law International, 2000-2001, pp. 115-265.

¹⁶ KRITZER, General Principles, *op. cit.*

¹⁷ KRITZER, General Principles, *op. cit.*

¹⁸ HONNOLD, John O., Uniform Words and Uniform Application. The 1980 Sales Convention and International Juridical Practice, en *Einheitliches Kaufrecht und Nationales*

Es gracias a los esfuerzos de la UNCITRAL, a la práctica cada vez más frecuente de designar a la CISG como derecho aplicable y a la acumulación de experiencia internacional en este campo que la aplicación uniforme de la CISG se ha visto enormemente favorecida, haciendo cada vez menos necesaria la aplicación de criterios de derecho interno para interpretar la Convención.¹⁹

3) *Razonabilidad*. Uno de los principios característicos del derecho contractual internacional moderno es el criterio tomado del *Common Law* de la *razonabilidad*. No son pocos los doctrinistas que han remarcado la importancia del principio de razonabilidad. Para Peter Schlechtriem, este principio implica el estándar según el cual las partes deben comportarse como lo haría una *persona razonable* y debe considerarse un principio general de la Convención.²⁰

Honnold por su parte establece que el criterio de razonabilidad puede medirse adecuadamente estableciendo lo que es normal y aceptable en una determinada industria. Este enfoque es análogo y encuentra sustento en el artículo 9 de la Convención, que establece que las obligaciones contractuales incluyen las prácticas establecidas por las partes y los usos en el comercio de que se trate.²¹

La razonabilidad como un principio general de la CISG influye considerablemente en la interpretación adecuada de todas las disposiciones de la Convención, pues en relación con el principio de uniformidad antes citado, la propia Convención reconoce que ningún cuerpo legislativo puede resolver expresamente todas las cuestiones que se rigen por ella, por lo que es importante tomar en consideración los principios generales que la componen para resolver las lagunas que pudieran presentarse. Entre dichos principios se encuentra claro está, el de razonabilidad.²²

SCHLECHTRIEM, Peter, *Obligationenrecht*, (ed.), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 140.

¹⁹ KOMAROV, Alexander S., Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in Interpretation of CISG: Some Remarks on Article 7(1), *Journal of Law and Commerce*, volumen 25, 2005, p. 82.

²⁰ SCHLECHTRIEM, Peter, *Uniform Sales Law: The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz, 1986, p. 38.

²¹ HONNOLD, John O., *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 2da edición, Kluwer Law International. 1991, p. 100.

²² DAWUD, Nora, *Interest Under CISG and Al Shari'a: Problems with the Enforceability of Article 78 of the CISG in Arab*, Islamic Banking / International Trade Law, Epubli, 2014, p. 11.

4) *Buena fe*. El significado de la referencia a la *buena fe* consagrado en el artículo 7 de la Convención ha sido objeto de múltiples controversias doctrinales en cuanto al estándar impuesto a las partes a través de este principio. No se ha dado una respuesta contundente respecto a si la obligación impuesta por el artículo 7 se refiere únicamente a la interpretación de la Convención o de una obligación impuesta a las partes de actuar en buena fe.²³

De este modo, se plantean tres cuestiones respecto del requisito de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional al interpretar la CISG. En primer lugar, si la observancia de la buena fe aplica únicamente a la interpretación de la CISG o también directamente a la relación contractual entre las partes. En segundo lugar, es difícil determinar lo que comprende el estándar de buena fe; y, en tercer lugar, no está claro si, a fin de ajustarse al estándar de buena fe, la interpretación de ciertas disposiciones de la Convención puede dar lugar a su modificación. El requisito de observar la buena fe en el comercio internacional, en conjunto con el artículo 7(2) de la Convención, puede ser relevante al subsanar lagunas en el propio texto de la CISG.²⁴

En este mismo sentido Schwenzler y Hachem indican que corresponde a los tribunales judiciales y arbitrales decidir y caracterizar el contenido del estándar de buena fe en el comercio internacional. Cuanto más a menudo las cortes y tribunales refieran sus decisiones como estándares de buena fe en relación con el artículo 7(1) de la Convención, más concretos se volverán los contenidos de esta disposición.²⁵

5) *Pacta sunt servanda*. El principio *pacta sunt servanda* es considerado como parte de los principios de derecho internacional generalmente aceptados, es universal y se encuentra en todos los sistemas legales, en todos los períodos de la historia, en todas las culturas y en todas las religiones. A pesar de que esta máxima, elevada a principio general del Derecho, tiene sus orígenes en el derecho romano, existen doctrinas idénticas en los sistemas hindú, budista, musulmán, confuciano y comunista.²⁶ Este principio es un

²³ HONNOLD, Uniform Law, *op. cit.*, p. 98.

²⁴ SCHWENZER, Ingeborg, HACHEM, Pascal, *Article 7*, en Schwenzler, Ingeborg (ed.), Schlechtriem & Schwenzler: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ra edición, Oxford University Press, 2010, p. 127.

²⁵ SCHWENZER & HACHEM, *op. cit.*, p. 129.

²⁶ ROSSANI GARCEZ, José María, *CISG Articles 6, 7, 25 and 79- Pacta Sunt Servanda, Ribus Sic Stantibus, Force Majeure and Harship Principles-Brazilian Code Related Articles*, en Schwenzler, Ingeborg, *et al.* (eds.), *CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives*, Eleven International Publishing, 2016, p. 427.

reflejo no solo de la justicia natural, sino también de la necesidad económica que el comercio no sería posible sin promesas fehacientes.²⁷

El principio que expresa que los contratos deben cumplirse no se menciona expresamente en la CISG. Sin embargo, el mismo se encuentra implícito en numerosas disposiciones tales como los artículos 30 y 53 de la Convención, que establecen la obligación de entregar las mercaderías y la obligación de pagar por las mismas. En particular, los artículos 71-73 y 79 muestran que el efecto vinculante del contrato no se revoca por un simple cambio en las circunstancias o por la frustración del contrato, sino solamente si se cumplen los requisitos previstos en dichos artículos. Si no existiera un carácter vinculante del contrato, estas disposiciones no tendrían sentido.²⁸

III] Estructura general de la CISG

La CISG se divide en cuatro partes: la Parte I establece normas sobre su ámbito de aplicación y disposiciones generales; la Parte II regula la formación del contrato; la Parte III contiene las normas sustantivas del contrato de compraventa, es decir, los derechos y las obligaciones de las partes, en particular las acciones en caso de incumplimiento; y por último, la Parte IV contiene las disposiciones de derecho internacional público.²⁹

1. Formación del contrato

Uno de los uno temas cruciales que se ha regulado de manera uniforme por la CISG es la formación del contrato, misma que se lleva a cabo a través de las dos figuras jurídicas clásicas: la oferta y la aceptación.

a. *Requisitos de la oferta.* El artículo 14 de la CISG define a la oferta como la propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas que sea suficientemente precisa e indique la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Puesto que la intención de las partes de quedar obligadas se mide de manera subjetiva, las negociaciones previas

²⁷ ROSSANI GARCEZ, *op. cit.*, p. 428.

²⁸ MAGNUS, Ulrich, *General Principles of UN-Sales Law*, Max-Planck-Institute for Foreign and International Private Law, volumen 59, 1995, disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html#f38>.

²⁹ SCHWENZER, Introduction, *op. cit.*, p. 3.

se vuelven particularmente relevantes.³⁰ El artículo 14 establece dos prerrequisitos para que una oferta sea suficientemente precisa. Estos son: la intención de las partes de obligarse y un contenido mínimo de la obligación.³¹

La convención establece que la oferta debe indicar la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Esta intención debe *indicarse* al receptor de la propuesta. En este sentido, el artículo 8(2) de la CISG proporciona la guía de interpretación a seguir: las declaraciones y otros actos (en conjunto las manifestaciones) de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. Así pues, si las indicaciones (manifestaciones) del oferente justifican el entendimiento del Receptor que su aceptación constituirá un contrato, la propuesta, si es suficientemente precisa, constituye una oferta.³²

Con respecto al segundo de los requisitos para que una propuesta constituya una oferta, la propuesta para celebrar un contrato debe ser lo suficientemente precisa en la medida en que, en caso de ser aceptada, se cree un contrato con obligaciones que puedan ser exigidas en los tribunales.³³ El artículo 14(1) de la CISG expresamente define que *una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.*

En este sentido, algunos doctrinistas tales como el profesor Ulrich Schroeter han sintetizado el contenido mínimo de una obligación en los siguientes elementos: las mercaderías, cantidad y precio; la identidad de las partes; y algunas especificaciones adicionales como las características de entrega.³⁴ La consecuencia de no establecer alguno de los requisitos esenciales en la propuesta conlleva que la propuesta no puede constituir una oferta y por tanto, la aceptación de la misma no puede formar la base de

³⁰ SAUNDERS Kurt M., RYMSZA Leonard, *Contract Formation and Performance Under the UCC and CISG: A Comparative Case Study*, Journal of Legal Studies Education, Vol. 32, Issue 1, 2015, p. 12.

³¹ SCHROETER, Ulrich, Article 14, en Schwenzer, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ra edición, Oxford University Press, 2010, p. 258.

³² MURRAY, John E., *An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Journal of Law and Commerce, vol. 8, 1988, p. 13.

³³ SCHROETER, Art. 14, *op. cit.* p. 258.

³⁴ SCHROETER, Art. 14, *op. cit.*, p. 259-260.

un contrato. Sin embargo, vale la pena mencionar que con base en el artículo 6 de la CISG, las partes pueden derogar la segunda oración del artículo 14(1), por lo que pueden convenir en una oferta que no defina el precio de las mercaderías, y este vacío sería suplido por las disposiciones del artículo 55 de la Convención.³⁵

b. Invitaciones a hacer ofertas. El segundo párrafo del artículo 14 de la CISG establece la postura de la Convención respecto a las ofertas hechas al público. En este sentido el artículo establece que toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario. Esto aplica a las listas de precios, circulares, anuncios en periódicos, anuncios de radio y televisión, folletos, propuestas enviadas a un grupo de personas a través de Internet, e incluso a licitaciones o a productos en escaparates, incluso cuando el precio y los detalles de los productos se establecen de manera precisa de conformidad con la segunda oración del artículo 14(1).³⁶

c. Momento del perfeccionamiento de la oferta. La CISG, al igual que el Código Civil Federal mexicano, sigue la teoría de la recepción en cuanto a la formación del consentimiento entre ausentes. En este sentido, de conformidad con el artículo 15 de la Convención, La oferta surtirá efecto cuando esta llegue al destinatario. De conformidad con el artículo 24, la CISG considera que una oferta *llega* al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual. Claro está que se considera que dicha oferta llegó al destinatario solo si la misma ha sido enviada con el consentimiento del oferente.³⁷

d. Aceptación. La aceptación es la segunda manifestación de la voluntad (en contraposición a la oferta) necesaria para celebrar válidamente un contrato.³⁸ Los artículos 18 a 22 de la Convención regulan la misma. La CISG define a la oferta como toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta.

³⁵ *Íbid.*, p. 261.

³⁶ *Íbid.*, p. 274.

³⁷ *Íbid.*, p. 297.

³⁸ VURAL, Belkis, *Formation of Contract According to the CISG*, Ankara Bar Review, Yıldırım Beyazıt University, vol. 1, 2013, p. 138.

La aceptación puede presentarse de dos maneras: de manera expresa, ya sea de forma verbal o escrita; o tácita, ya sea mediante la ejecución del contrato o tomando en cuenta las reglas particulares de la Convención respecto a los efectos jurídicos del silencio.

2. Interpretación contractual

Las normas de interpretación contractual, es decir, de las declaraciones y conductas de las partes que constituyen el contrato resultan necesarias cuando el significado de ciertas disposiciones es ambiguo, o bien, cuando las diferentes cláusulas de un contrato se contradicen entre sí. La interpretación de las disposiciones poco claras o contradictorias es necesaria para determinar, por ejemplo, si el contrato llegó a existir, cuál es su contenido obligacional y cuál es el efecto de los actos de las partes sobre el cumplimiento o la existencia del contrato.³⁹

El artículo 8 de la CISG establece el sistema de interpretación de las declaraciones de las partes. Este artículo está conformado por tres párrafos. El primero consagra un principio de interpretación subjetivo, mientras que el segundo párrafo proporciona un criterio objetivo sujeto siempre a la aplicación del primer párrafo, y por su parte el tercer párrafo, aplicable en conjunto con las primeras dos fracciones del artículo establece la necesidad de tomar en cuenta todas las conexiones de un caso concreto a la hora de interpretar.

a. *Interpretación según la intención de una parte.* El principio de interpretación subjetivo consagrado en el artículo 8(1) requiere la comprobación de un *meeting of the minds*.⁴⁰ Es decir, esclarecer el punto de encuentro de la interpretación de cada una de las partes respecto a un determinado concepto en el momento de la celebración del contrato.

En principio, el artículo 8(1) también exige que se aclare la intención de las partes en la medida en que no se haya expresado objetivamente en la declaración en disputa. La Convención proporciona a los tribunales una serie de circunstancias que deben tener en cuenta al determinar la intención de las partes, entre las

³⁹ STANIVUKOVIC, Maja, *Editorial remarks on the manner in which the PECL may be used to interpret or supplement CISG Article 8*, Guide to Article 8, Pace Database, disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp8.html#mj13>.

⁴⁰ SCHMIDT-KESSEL, Martin, Article 8, en Schwenger, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ra. edición, Oxford University Press, 2010, p. 151, para. 10.

que destacan: las negociaciones entre las partes, las prácticas que hayan establecido entre ellas, los usos de la industria y la conducta posterior de las partes.⁴¹

En este punto es conveniente resaltar que el artículo 8(1) establece que la intención de una sola de las partes no es independiente: ninguna de las partes podrá controlar la interpretación de una disposición contractual, pues la otra parte también es necesaria para este propósito: la otra parte debe conocer o no poder ignorar cuál era esa intención.⁴²

Sin embargo, en la práctica, el artículo 8(1) rara vez es determinante. El examen del mayor grado de descuido solo es necesario si la intención de la parte que hace la declaración no corresponde a la interpretación del artículo 8(2), lo que significa que no corresponde al entendimiento que una persona razonable de la misma condición que la otra parte habría tenido.⁴³

b. Interpretación según un entendimiento razonable. Como se mencionaba en el apartado anterior, por razones prácticas suele predominar el enfoque del artículo 8(2): se trata de la denominada interpretación objetiva heredada del *common law*, según el entendimiento hipotético de una persona razonable en el lugar de la otra parte.⁴⁴

En vista de la modernidad de la Convención, un gran número de jurisdicciones de derecho civil tuvieron dificultades con respecto a esa misteriosa persona que no existe pero que, sin embargo, tiene un entendimiento que debe ser del mismo tipo que la otra parte debería haber tenido en las mismas circunstancias. A pesar de ser expresiones bastante vagas han demostrado funcionar bien en la práctica, pues ya no se trata de una batalla entre las partes, sino entre personas razonables.⁴⁵

Tanto para determinar la intención de las partes como para descubrir la intención hipotética de una persona razonable, es necesario tener en cuenta las circunstancias mencionadas en el artículo 8(3). Esta doble aplicación de los criterios del párrafo 3, ha contribuido indudablemente a que los párrafos 1 y 2 no se distinguan a menudo entre sí. Además de las circunstancias mencionadas en el párrafo 3 del artículo, se encuentra también la implicación para

⁴¹ *Ibid.*, p. 152, para. 13.

⁴² EÖRSI, Gyula, General Provisions, en *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender, Juris Publishing, 1984, p. 2-17.

⁴³ SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 154, para. 18.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 151, para. 11.

⁴⁵ EÖRSI, *op. cit.*, p. 2-18- 2-19.

el párrafo 2 de que el paradigma aplicable es el de un profesional de la industria pertinente.⁴⁶

c. *Usos y prácticas.* El tercer párrafo del artículo 8 de la CISG permite la interpretación por referencia a todas las circunstancias pertinentes, incluidas las prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas y los usos aplicables. El artículo 9 da continuidad a estas disposiciones al establecer lo siguiente: *i.* Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. *ii.* Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

El segundo párrafo del artículo 9 de la CISG establece que solo en determinadas circunstancias se considera que las partes han hecho tácitamente aplicables los usos a su contrato o a su formación. Mientras que el primer párrafo de dicho artículo está reservado a los acuerdos y prácticas explícitos entre las partes el párrafo 2 regula los casos en que los usos se toman en consideración implícitamente. De esta forma la regulación de los usos en la Convención se basa completamente en la relación contractual de las partes: los usos deben formar parte del contrato.⁴⁷

En este punto es preciso hacer una aclaración. Si bien, tanto el artículo 8(3) y el artículo 9(2) abordan los usos y prácticas que pueden influir en el contenido obligatorio de un contrato, el tercer párrafo del artículo 8 cumple una función muy diferente a la del artículo 9(2). El artículo 8(3), a diferencia del artículo 9(2) no se refiere a la complementación del contrato o al contenido de una utilización, sino simplemente a la recopilación de material de interpretación, es decir, los usos y prácticas serán relevantes exclusivamente para efectos de interpretación contractual.⁴⁸

3. Teoría general de los riesgos

Las mercaderías pueden perderse o dañarse accidentalmente entre la celebración del contrato y su completa ejecución. Las normas sobre la transmisión del riesgo determinan

⁴⁶ SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 155-156, para. 21.

⁴⁷ EÖRSI, *op. cit.*, pp. 2-23 - 2-24.

⁴⁸ SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 169, para. 47.

qué parte debe asumir dicho riesgo. El momento en que se transfiere el riesgo marca el punto a partir del cual el comprador debe pagar por las mercaderías, aunque no las haya recibido o que las haya recibido dañadas.⁴⁹ La Convención recopila en sus artículos 66 al 70 las soluciones a esta problemática.

Un punto crucial a destacar es la distinción que hace la CISG respecto a la transmisión del riesgo y la transmisión de la titularidad. A diferencia del principio general de derecho romano *res perit domino* imperante en el sistema jurídico mexicano, la CISG no vincula el traspaso del riesgo con el traspaso de la propiedad de las mercaderías. El traspaso de la propiedad y el traspaso del riesgo pueden o no coincidir, dependiendo de la ley aplicable y de la voluntad de las partes. La CISG y los Incoterms son similares en el sentido de que ambos tienen normas sobre la entrega y el traspaso del riesgo.⁵⁰ La tendencia internacional en este tema es hacer que la transferencia del riesgo dependa de la entrega.⁵¹

a. *Normas básicas de transmisión de los riesgos en la CISG.*

En su artículo 66, la Convención establece que la pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor. En este sentido, se entiende por riesgo la pérdida o el deterioro que no se debe a un acto u omisión del vendedor. Sin embargo, la definición del artículo 66 es incompleta, pues solo comprende la descripción de la situación y una de sus consecuencias, es decir, la disolución del contrato bilateral por el establecimiento de una reclamación independiente del precio.⁵²

La CISG en sus artículos 67 a 69 recopila distintos escenarios para la transmisión del riesgo: la transmisión del riesgo cuando el contrato implica el transporte de las mercaderías (artículo 67); la transmisión del riesgo con las mercaderías en tránsito (artículo 68); la transmisión del riesgo cuando las mercaderías están almacenadas o cuando el comprador debe recogerlas en el

⁴⁹ HAGER, Gunter, SCHMIDT-KESSEL, Martin, Article 66, en Schwenger, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ra edición, Oxford University Press, 2010, p. 922, para. 2.

⁵⁰ KRITZER, Albert H., *Comments on Passage of Risk Under National Rules, Under CISG, Under Incoterms*, Pace Law School Institute of International Commercial Law, 2001.

⁵¹ BRIDGE, Michael, The Transfer of Risk under the UN Sales Convention 1980 (CISG), en *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Camilla B. Andersen & Ulrich G. Schroeter (eds.), Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008, p. 77.

⁵² HAGER & SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 921, para. 1.

establecimiento del vendedor, o cuando el vendedor debe entregar las mercaderías al comprador o entregarlas en un lugar distinto de su establecimiento (artículo 69).⁵³

El artículo 67 aborda los siguientes elementos: *i.* La regla básica para los contratos que implican el transporte de mercaderías es que el riesgo se transmite al comprador en el momento en que estas se entregan al primer porteador en caso de no ser en un lugar determinado;⁵⁴ *ii.* Si el vendedor está obligado a entregar las mercaderías a un porteador en un lugar determinado, el riesgo se transfiere al comprador cuando las mercaderías se entregan al porteador en ese lugar.⁵⁵; *iii.* La transmisión del riesgo no se ve impedida por la retención por parte del vendedor de los documentos representativos de las mercancías.⁵⁶ Esto reafirma la independencia entre la transmisión del riesgo y la transmisión de la propiedad;⁵⁷ y finalmente *iv.* El vendedor debe demostrar que no solo pensó en la parte que quería entregar de una masa no determinada, sino que marcó objetivamente las mercaderías y por ende estas se encuentran *claramente identificadas*.⁵⁸

De conformidad con el artículo 68, en caso de que las mercancías se vendan en tránsito, por regla general el riesgo se transfiere al comprador desde el momento de la celebración del contrato.⁵⁹ El riesgo de las mercancías en tránsito pasa *ex nunc* al comprador.⁶⁰ Sin embargo, la segunda oración del artículo 68 prevé una excepción a la regla general, un traspaso retroactivo (*ex tunc*) del riesgo.⁶¹

La regla consagrada en el artículo 69 se adoptó por razones totalmente prácticas: La parte que tiene la custodia de los bienes es la que mejor puede protegerlos de los riesgos. Además, esta parte a menudo está asegurada o al menos puede obtener un seguro que cubra dichos riesgos.⁶² El artículo 69 de la Convención

⁵³ ROMEIN, Annemieke, *The Passing of Risk a Comparison Between the Passing of Risk Under the CISG and German Law*, Heidelberg, 1999, disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ HAGER & SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 930, para. 10; Los Incoterms regulan particularmente la entrega de las mercaderías en lugares específicos.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 931, para. 12.

⁵⁷ ROMEIN, *op. cit.*

⁵⁸ ROMEIN, *op. cit.*

⁵⁹ HAGER & SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 934, para. 3.

⁶⁰ ROMEIN, *op. cit.*

⁶¹ *Id.*

⁶² HAGER & SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 937, para. 1.

se divide pues en los casos en que las mercaderías deben entregarse en el establecimiento del vendedor y en los casos en que deben entregarse en otro lugar.⁶³

Cuando en la entrega no intervenga un porteador y no deba entregarse en el establecimiento del vendedor, el segundo párrafo del artículo 69 de la Convención establece que el riesgo se transfiere al comprador cuando la entrega se vuelve exigible y se hace saber al comprador que las mercaderías están a su disposición en un lugar distinto del establecimiento del vendedor.⁶⁴

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 69 establece expresamente la necesidad de poner a disposición del comprador las mercaderías una vez que las mismas hayan sido debidamente identificadas.⁶⁵ La identificación se realiza generalmente clasificando las mercaderías o colocando marcas en las mismas. En este caso el riesgo no se transmite cuando la identificación no ha sido llevada a cabo, excepto cuando el vendedor está autorizado por el contrato a entregar una parte de una carga colectiva.⁶⁶

Finalmente, el artículo 70 de la Convención rige la relación entre la transmisión del riesgo y las acciones disponibles al comprador por el incumplimiento esencial del contrato por parte del vendedor. Es preciso señalar que el artículo 70 no se refiere al caso en que el incumplimiento del vendedor cause la pérdida de las mercaderías, pues en dicho caso es irrelevante que parte que asume el riesgo. El artículo 70 solo será aplicable cuando el incumplimiento del contrato por el vendedor y la pérdida de las mercaderías no están relacionados entre sí, es decir, en los casos en que, a pesar del incumplimiento del contrato por el vendedor, la pérdida de las mercaderías es accidental.⁶⁷ Una característica notable del artículo 70 de la Convención es que se limita al incumplimiento esencial y no se aplica a los casos en que el comprador fija un plazo adicional para que el vendedor cumpla con arreglo al párrafo 1 del artículo 47 de la Convención.⁶⁸

⁶³ BRIDGE, *op. cit.*, p. 98.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 100.

⁶⁵ HAGER & SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 940, para. 9.

⁶⁶ ROMEIN, *op. cit.*

⁶⁷ HAGER & SCHMIDT-KESSEL, *op. cit.*, p. 943, para. 2.

⁶⁸ BRIDGE, *op. cit.*, p. 104.

4. Obligaciones de las partes

El artículo 30 de la Convención describe a grandes rasgos las obligaciones principales del vendedor en los siguientes términos:

[e]l vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

El artículo anterior describe brevemente las tres obligaciones principales del vendedor y a su vez hace hincapié en las condiciones específicas establecidas en el contrato, mientras que deja los requisitos previstos en la Convención con carácter de suplementarios.⁶⁹

Las obligaciones principales del vendedor, es decir, la entrega de las mercaderías y su transmisión de propiedad, son esenciales en todos los ordenamientos jurídicos, mientras que lo que se hace para *entregar* las mercaderías y la forma en que se produce la transmisión de la propiedad pueden ser diferentes, pero no hay venta sin entrega y transmisión de propiedad.⁷⁰ Vale la pena advertir que la Convención no regula la transmisión de la propiedad, sino que deja que este aspecto sea regulado por la legislación supletoria aplicable.

a. Obligaciones del vendedor

(i) Entrega de las mercaderías y de los documentos. Uno de los elementos básicos que por lo general pactan las partes en un contrato de compraventa es el lugar de entrega de las mercaderías, por lo que el artículo 31 contempla tres supuestos: el inciso a) referente a los contratos de compraventa que implican el transporte de mercaderías, la obligación de entrega consistirá en poner las mercaderías a disposición del primer porteador; el inciso b) referente a mercaderías que no estén en tránsito que deban ser producidas o identificadas de una masa determinada, la obligación consistirá en poner las mercaderías a disposición del comprador en dicho lugar; y finalmente el inciso c) contempla los demás casos no contemplados en los incisos previos, en cuyo caso la obligación del vendedor quedará cubierta al poner las mercaderías a disposición

⁶⁹ ENDERLEIN, Fritz, *Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, en *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Petar Sarcevic & Paul Volken (eds.), Oceana 1996, p. 143.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 144.

del comprador en el lugar del establecimiento principal del vendedor en el momento de la celebración del contrato.

Respecto al tiempo de la entrega, el inciso a) del artículo 33 reitera la primacía del contrato sobre la Convención y la legislación supletoria al establecer que en primera instancia deberá contemplarse la fecha fijada o el mecanismo para determinar dicha fecha establecido en el contrato. El inciso b) continúa dando primacía al contrato al establecer que la entrega puede determinarse a partir del contrato si se desprende de prácticas o usos establecidos que se han hecho aplicables implícitamente entre las partes, a menos que de las circunstancias resulte que corresponde al comprador elegir la fecha.⁷¹ Y por último el inciso c) del artículo 33 propone el principio de razonabilidad para todos los casos no contemplados en los primeros dos incisos.

ii. *Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros.* Una de las disposiciones más modernas contenidas en la CISG es la referente a la conformidad de las mercaderías, regulada en los artículos 35 a 44 de la Convención. A grandes rasgos, en los artículos 35 y 36 se definen las obligaciones del vendedor con respecto a la calidad de las mercaderías; en los artículos 41 y 42 se establecen las obligaciones del vendedor con respecto a la entrega de mercaderías libres de derechos o pretensiones de terceros. Esta sección también contiene obligaciones del comprador, como la de examinar las mercaderías (artículo 38) y la de notificar al vendedor la falta de conformidad (artículo 39) o la reclamación de un tercero (artículo 43).⁷²

El artículo 35 se basa en un concepto uniforme de *falta de conformidad*. Dicho concepto incluye no solo las diferencias de calidad, sino también las diferencias de cantidad, la entrega de un *aliud* (mercaderías equivocadas) y los defectos de embalaje. Al hacerlo, la CISG difiere materialmente de la mayoría de las leyes nacionales respecto a responsabilidad por bienes defectuosos, que a menudo hacen distinciones sutiles.⁷³

La falta de conformidad de las mercancías recibe un tratamiento común en la Convención sin importar cuál sea su causa (vicios ocultos, defectos o falta de cualidad, por entrega en mayor o menor cantidad, etc.); no en vano, el principal objetivo y valor de la Convención es el de esquivar los diferentes modelos existentes

⁷¹ *Ibid.*, p. 150.

⁷² *Ibid.*, p. 156.

⁷³ SCHWENZER, Ingeborg, Article 35, en Schwenger, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ra edición, Oxford University Press, 2010, p. 570, para. 4.

y las dificultades que en ocasiones conlleva la diferenciación de las distintas figuras.⁷⁴

El artículo 35 de la CISG regula la conformidad de las mercaderías de la siguiente forma: respecto a las estipulaciones expresas en el contrato (artículo 35(1)); según el uso ordinario de las mercaderías (artículo 35(2)(a)); según el uso especial expresa o tácitamente hecho saber al vendedor (artículo 35(2)(b)); conforme a las muestras o modelos presentados por el vendedor (artículo 35(2)(c)); según el tipo de envasado o embalaje adecuado para las mercaderías en cuestión (artículo 35(2)(d)); y la excepción de responsabilidad del vendedor en caso de que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la falta de conformidad de las mercaderías en el momento de la celebración del contrato (artículo 35(3)).

Por su parte, el artículo 36 establece dos supuestos en los que el vendedor será responsable por la no conformidad de las mercaderías: i) de toda falta de conformidad existente en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta se manifieste posteriormente; y ii) cuando la falta de conformidad sea imputable al incumplimiento de cualquiera de las obligaciones del vendedor, incluyendo cualquier garantía hecha por el vendedor respecto a que las mercaderías seguirán siendo aptas para su uso ordinario o para un uso especial o que conservarán las cualidades y características especificadas. El vendedor será responsable incluso después del momento de la transmisión del riesgo. Sin embargo, si existe un motivo de exención en virtud del artículo 79 (impedimento ajeno a su voluntad), tampoco se deberá tener en cuenta el incumplimiento para efectos del párrafo del artículo 36(2).⁷⁵

La Convención establece además, que a efecto de acceder a las acciones previstas por la propia Convención para el caso de falta de conformidad de las mercaderías, el comprador deberá cumplir con lo dispuesto en los artículos 38 y 39. Esto es, siempre que efectúe el examen de las mercancías en el plazo más breve posible y comunique tempestivamente su falta de conformidad en un plazo razonable, mismo que en ningún caso podrá exceder de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se

⁷⁴ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, *Función y Alcance de la Lex Mercatoria en la Conformidad Material de las Mercancías*, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, Universidad Complutense Madrid, 2005, p. 108.

⁷⁵ SCHWENZER, Ingeborg, Article 36, en Schwenger, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ra edición, Oxford University Press, 2010, p. 597, para. 6.

pusieron efectivamente en poder del comprador.⁷⁶ Lo anterior sin embargo, no será aplicable si la falta de conformidad se refiere a hechos que el vendedor conocía o no podía ignorar y que no haya revelado al comprador. Esto según el artículo 40 de la Convención.

Tal como se mencionó con anterioridad, los artículos 41 y 42 de la Convención establecen la obligación del vendedor de entregar de las mercaderías libres de derechos o pretensiones de terceros, haciendo especial énfasis en los derechos de propiedad industrial. De esta forma, la CISG rige exclusivamente la relación entre el comprador y el vendedor, dejando al derecho interno la determinación de la existencia de derechos de propiedad industrial de terceros en relación con las mercancías, las acciones disponibles contra el comprador en dicho sentido y el hecho de que un comprador de buena fe pueda adquirir las mercancías libres de gravámenes.⁷⁷

b. Obligaciones del comprador

i. *Pago del precio.* Aunque la primera sección del tercer capítulo de la Convención se titula *Pago del precio*, esta sección no solo trata del pago sino también de la determinación del precio.⁷⁸ En concreto, el artículo 54 de la Convención especifica que la obligación del comprador de pagar el precio del contrato va más allá de la simple abstracción de deber el dinero. La obligación incluye también tomar cualquier medida y costo que sea necesario para asegurar que el pago se realice efectivamente.⁷⁹

Para el caso en el que el precio no esté determinado o sea determinable en el contrato, el artículo 55 de la CISG establece que el precio será el que generalmente sea cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías en el tráfico mercantil de que se trate. La disposición contemplada en el artículo 55 de la Convención ha sido considerada *difícil*.⁸⁰ Lo anterior principalmente pues se vuelve necesario reconciliar los artículos 55 y 14. A primera vista existe una aparente contradicción entre estos dos textos, pues tal como se mencionó, el artículo 14 establece que

⁷⁶ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 109.

⁷⁷ SCHWENZER, Ingeborg, Article 42, en Schwenger, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ra. edición, Oxford University Press, 2010, p. 662, para. 3.

⁷⁸ TALLON, Denis, *The Buyer's Obligations Under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, en Galston & Smit (ed.), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Juris Publishing, 1984, p. 7-9.

⁷⁹ GABRIEL, Henry Deeb, *The Buyer's Performance Under the CISG: Articles 53-60 Trends in the Decisions*, *Journal of Law and Commerce*, 2005-2006, vol. 25, p. 274.

⁸⁰ TALLON, *op. cit.*, p. 7-10.

una oferta debe indicar la cantidad y el precio de las mercaderías o prever un medio para determinarlos, pero el artículo 55 no exige la fijación de un precio para celebrar un contrato válido.⁸¹ Sin embargo, esta lectura del artículo 14 no toma en cuenta que dicho artículo se compone de dos oraciones. La primera establece que una oferta debe ser definida, pero no requiere un precio. Mientras que la segunda simplemente establece un *safe harbor* en virtud del cual si en el contrato se establecen el precio y la cosa, la oferta no será ineficaz por falta de definitividad.⁸²

Respecto al lugar donde ha de efectuarse el pago, a falta de disposición expresa en el contrato, el artículo 57 de la CISG estipula que el mismo debe pagarse en el establecimiento del vendedor; o bien, si el pago debe hacerse contra entrega de las mercaderías o de documentos, en el lugar en que se efectúe la entrega. Al determinar el lugar del pago, el artículo 57, junto con el artículo 58 sobre el momento del pago, establecen las disposiciones más importantes de la CISG sobre incumplimiento en relación con la obligación de pago del comprador.⁸³

ii. Recepción. La Convención no se ocupa en gran medida de la obligación del comprador de aceptar la entrega de las mercaderías, según se define en el artículo 60. De acuerdo con esta disposición, la obligación de proceder a la recepción de las mercaderías consiste en realizar todos los actos que razonablemente se puedan esperar del comprador para permitir al vendedor hacer la entrega y, por su parte, en hacerse cargo de las mercaderías.⁸⁴ El artículo 60 debe leerse en relación con el artículo 53, en virtud del cual se establece la obligación legal del comprador de hacerse cargo de la entrega.⁸⁵

5. Incumplimiento esencial

El artículo 25 de la Convención establece que el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive

⁸¹ *Ibid.*, p. 7-10.

⁸² GABRIEL, *op. cit.*, p. 276.

⁸³ MOHS, Florian, Article 57, en Schwenger, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ra. edición, Oxford University Press, 2010, p. 827, para. 3.

⁸⁴ SEVÓN, Leif, *Obligations of the Buyer under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, en Petar Sarcevic & Paul Voken (eds.) *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Oceana, 1986, p. 231.

⁸⁵ MOHS, Art. 57, *op. cit.*, p. 861, para. 1.

sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

Las consecuencias del incumplimiento esencial son más severas que las del incumplimiento ordinario,⁸⁶ y el criterio decisivo para determinar si un incumplimiento es fundamental es si el perjuicio sufrido por la parte agraviada es suficientemente sustancial, determinado a la luz de las circunstancias de cada caso.⁸⁷ El hecho de que la parte perjudicada sufra un perjuicio *sustancial* como resultado de un determinado incumplimiento y de que dicho perjuicio sea *previsible* por la otra parte requiere una evaluación concreta de las circunstancias del caso, e incluso el incumplimiento de una obligación *secundaria* puede equivaler a un incumplimiento esencial.⁸⁸

El artículo 25 no otorga por sí mismo una acción a las partes; más bien, la definición de *incumplimiento esencial del contrato* que figura en él constituye una condición previa para una serie de acciones establecidas en otras partes de la Convención.⁸⁹

Con respecto a la determinación de la conformidad de las mercaderías, existen cuatro criterios para determinar si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial: El primero de estos criterios es evidente y generalmente aceptado: Las partes pueden definir en su contrato cuál de sus términos será esencial en el sentido de que su incumplimiento dará lugar al derecho de resolver el contrato.⁹⁰

El segundo criterio es la gravedad de la infracción. ¿Qué tan lejos de la norma acordada están las mercancías que han sido entregadas? ¿Cuán graves son las consecuencias para el comprador? ¿Cuáles son los costos de reparación?

⁸⁶ ENDERLEIN, *op. cit.*, p. 187.

⁸⁷ DUNCAN, John C., *Nachfrist Was Ist? Thinking Globally and Acting Locally: Considering Time Extension Principles of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods in Revising the Uniform Commercial Code*, *BYU Law Review*, Vol. 2000, issue 4, 2000, p. 1379.

⁸⁸ LOOKOFSKY, Joseph, *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, J. Herbots/R. Blanpain, *International Encyclopaedia of Laws - Contracts*, 2000, p. 79.

⁸⁹ SCHROETER, Ulrich, Article 25, en Schwenzer, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ra edición, Oxford University Press, 2010, p. 402, para. 6.

⁹⁰ HUBER, Peter, *Some Introductory Remarks on the CISG*, en *The CISG - A new textbook for students and practitioners*, Peter Huber, Alastair Mullis, Sellier, European Law Publishers, 2007, pp. 25-26.

El hecho de que la gravedad de la infracción debe tomarse en consideración es indiscutible. Sin embargo, una cuestión distinta es que tanto peso se le debe dar a la infracción. En otras palabras, ¿una falta de conformidad grave justifica por sí misma la resolución del contrato? No necesariamente. Existen otros dos factores que pueden ser pertinentes y que, por lo tanto, impiden que un incumplimiento grave sea fundamental, es decir, el derecho de subsanar el incumplimiento y el criterio del uso razonable.⁹¹

El cuarto y más discutido criterio es el test del uso razonable. Se le suele otorgar un peso considerable a la cuestión de si el comprador puede o no dar algún otro uso razonable a las mercancías no conformes. En este sentido, las cortes probablemente se negarían a conceder el derecho a rescindir el contrato si es posible y razonable que el comprador revenda las mercaderías en el curso ordinario de los negocios a un precio inferior.⁹²

El problema con el artículo 25 es que su aplicación requiere una comprensión sofisticada del funcionamiento de la CISG. El incumplimiento esencial es de naturaleza *declaratoria* y debe ser leído en conjunción con el artículo 49 de la Convención. Por su parte, los artículos 7 y 8 también ayudarán a definir lo que en esencia una parte *tenía derecho a esperar en virtud del contrato*. Por lo tanto, la investigación debe comenzar con una comprensión del *derecho sustancial* en virtud del contrato.⁹³

6. Acciones en caso de incumplimiento

a. *Cumplimiento específico*. El cumplimiento específico se considera el principal remedio de conformidad con la CISG.⁹⁴ El cumplimiento específico de las obligaciones contractuales de las partes se regula en dos secciones de la Convención. Lo referente al cumplimiento específico por parte del vendedor se encuentra en el artículo 46(1). Mientras que lo relativo al cumplimiento exigible al comprador se regula en el artículo 62.

⁹¹ *Ibid.*, p.26.

⁹² *id.*

⁹³ ZELLER, Bruno, *Fundamental Breach and the CISG - a Unique Treatment or Failed Experiment?*, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, vol. 8, 2004, p. 90.

⁹⁴ YAN, Min, *Remedies under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the United Kingdom's Sale of Goods Act: A Comparative Examination*, *City University of Hong Kong Law Review*, Vol. 3:1, 2011, p. 125.

Así, el artículo 46(1) de la Convención establece que el comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia. Los remedios incompatibles en este sentido son la declaración efectiva de la resolución del contrato; la reducción del precio y la reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento, pues estos recursos excluyen cualquier reclamación de cumplimiento específico.⁹⁵

El artículo 62 relativo a las obligaciones del vendedor se encuentra formulado a grandes rasgos de la misma forma que el artículo 46(1) al establecer que el vendedor podrá exigir al comprador que pague el precio, que reciba las mercaderías o que cumpla las demás obligaciones que le incumban, a menos que el vendedor haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia. De manera análoga al artículo 46, el vendedor pierde el derecho a exigir el cumplimiento específico al elegir un remedio incompatible. En este sentido, el único remedio incompatible de que dispone el vendedor es la resolución del contrato con arreglo al artículo 64.⁹⁶

A pesar del amplio lenguaje de los artículos 46(1) y 62 de la Convención, el derecho de la parte agraviada a exigir el cumplimiento específico de las obligaciones de la otra parte está sujeto al artículo 28 de la Convención, que dispone que un *tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciere, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención*. Cuando las normas del foro sobre el cumplimiento específico en los contratos de compraventa domésticos son más restrictivas que las de la Convención, el artículo 28 permite al foro aplicar su derecho interno a las operaciones que se rigen por la Convención.⁹⁷

i. *Sustitución de mercaderías*. El artículo 46(2) limita el derecho del comprador a exigir el cumplimiento en caso de entrega de mercancías no conformes. Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas solo si la falta de

⁹⁵ MÜLLER-CHEN, Markus, Article 46, en Schwenzer, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ra edición, Oxford University Press, 2010.p. 707, para. 7.

⁹⁶ FITZGERALD, John, *CISG, Specific Performance, and the Civil Law of Louisiana and Quebec*, *Journal of Law and Commerce*, vol. 16, 1997, p. 297.

⁹⁷ FLECHTNER, Harry, *Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C.*, *Journal of Law and Commerce*, vol. 8, 1988, p. 53.

conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento. En otras palabras, si el comprador desea que se le entreguen mercaderías en sustitución, deberán cumplirse las condiciones previstas por el artículo 46(1) y además, las del artículo 46(2), incumplimiento esencial del contrato, notificación de los defectos, y afirmación oportuna.⁹⁸

Las disposiciones en la Convención relativas a la entrega de mercaderías sustitutas son más interesantes, pues el comprador solo puede reclamar la entrega de mercaderías sustitutas si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato en el sentido del artículo 25.⁹⁹ Visto desde una perspectiva económica, esto es comprensible. La entrega sustituta conduce a la restitución de las mercaderías originalmente ofrecidas y a la entrega de las mercaderías sustitutas, creando un costo y un riesgo adicional a las partes. Por lo que la regulación del artículo 46(2) respecto a la entrega sustituta va en consonancia con los principios generales de la CISG.¹⁰⁰

ii. Reparación de las mercaderías. Al igual que el derecho a exigir la entrega de mercaderías sustitutas, el derecho a exigir la reparación de las mismas es un aspecto particular del derecho general a exigir el cumplimiento en virtud del artículo 46(1), y está vinculado a los requisitos de aplicación de ese derecho general. Como requisito adicional, el derecho a solicitar la reparación solo está disponible si las mercaderías entregadas son defectuosas y si la notificación de los defectos se hizo en un tiempo razonable. La reparación puede aplicar respecto de mercaderías genéricas y específicas, y no está sujeto a la restricción de que el defecto de las mismas debe calificar como incumplimiento esencial.¹⁰¹

La elección entre la entrega de mercaderías sustitutas y la reparación de las mercaderías defectuosas depende mucho del tipo de bienes, la naturaleza del defecto y las posibilidades del vendedor.¹⁰² El hecho de que la reparación no sea razonable puede depender de las dificultades técnicas o del importe de los gastos necesarios. La reparación podría incluso ser imposible por razones técnicas.¹⁰³

⁹⁸ MÜLLER-CHEN, *op. cit.*, p. 710, para. 17.

⁹⁹ HUBER, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 28.

¹⁰¹ MÜLLER-CHEN, *op. cit.*, p. 719, para. 39.

¹⁰² ENDERLEIN, *op. cit.*, p. 191.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 192.

b. *Nachfrist* (plazo adicional). Los artículos 47 y 63 de la Convención son disposiciones análogas en lo que se refiere a la fijación de un plazo adicional para el cumplimiento. Ambos establecen que la parte que sufre el incumplimiento puede fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por la parte que incumplió con sus obligaciones. De igual forma, ambos artículos en su segundo párrafo disponen que a menos que la parte que sufrió el incumplimiento haya recibido la comunicación de la otra parte de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al primer párrafo del artículo en cuestión, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, la parte que sufre el incumplimiento no perderá por ello el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento.

El aviso de *nachfrist* está diseñado para dar a la parte que incumple una segunda oportunidad para cumplir con sus obligaciones, ya sea la entrega de las mercaderías o el pago del precio; una vez enviado dicho aviso, la parte ofreciendo dicho periodo adicional debe esperar la reacción de la otra. Una vez que se fije dicho periodo, la parte que sufrió el incumplimiento no puede recurrir a ningún recurso que pudiera tener.¹⁰⁴ Al fijar un período de tiempo adicional, la parte que sufre el incumplimiento demuestra su interés en la ejecución del contrato. Pues, aunque haya un incumplimiento esencial, la resolución del contrato no siempre es la mejor solución para las partes.¹⁰⁵

c. *Resolución del contrato*. La CISG tiene como principal objetivo fomentar la preservación del contrato incluso cuando este se incumple.¹⁰⁶ Por lo que suele buscar que cualquier incumplimiento contractual sea resarcido con daños y perjuicios.¹⁰⁷ Sin embargo, la Convención aborda la acción de terminación bajo el título de resolución contractual. El efecto primordial de la resolución es liberar a ambas partes de las obligaciones que les corresponden en virtud del contrato, a reserva de los daños y perjuicios que puedan originarse. La Convención limita el acceso a la acción de resolución, la cual es bastante *drástica*, no solo restringiendo la resolución a los casos de incumplimiento esencial,

¹⁰⁴ LOOKOFKY, *op. cit.*, p. 120.

¹⁰⁵ ENDERLEIN, *op. cit.*, p. 192-193.

¹⁰⁶ YAN, *op. cit.*, p. 116.

¹⁰⁷ MOHS, Florian, Article 64, en Schwenger, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ra. edición, Oxford University Press, 2010, p. 895, para. 4

sino también ampliando el derecho del vendedor a la reparación de las mercaderías.¹⁰⁸

El derecho del comprador a resolver el contrato se rige por el Artículo 49 de la Convención. El primer párrafo de dicho artículo menciona los dos motivos que dan origen a la resolución, es decir: por un incumplimiento esencial del vendedor, o por la falta de entrega de las mercaderías en el plazo adicional establecido por el comprador; mientras que el segundo párrafo del artículo somete la acción de resolución a un régimen de plazos concreto. Por su parte, los efectos de la resolución se tratan en los artículos 81 a 84.¹⁰⁹

Tanto para el comprador como para el vendedor, La CISG prevé principalmente cuatro consecuencias diferentes a una resolución contractual: la liberación de las obligaciones de las partes, la restitución de lo entregado, el derecho a calcular los daños y perjuicios de manera abstracta y el deber de conservar las mercaderías.¹¹⁰

d. *Reducción de precio (actio quanti minoris)*. La acción de reducción del precio de las mercaderías se regula en el artículo 50 de la Convención. Dicho artículo establece que si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato.

El momento decisivo para el cálculo de la diferencia de precio entre las mercaderías adecuadas y las no conformes no es el momento de la celebración del contrato, sino el momento de la entrega de las mercaderías. La Convención no estipula en qué lugar o mercado deben compararse los precios; sin embargo, debido a la estrecha relación entre la fecha y el lugar de entrega, este lugar debe ser decisivo.¹¹¹

e. *Daños y perjuicios*. Si bien, las principales disposiciones de la Convención que regulan el otorgamiento de daños y perjuicios se encuentran en los artículos 74 a 77, las normas de la Convención de donde surge el derecho de las partes de reclamar daños y perjuicios se encuentran en los artículos 45(1) y 61(1). Estos artículos no solo catalogan las diversas disposiciones de la CISG

¹⁰⁸ LOOKOFKY, *op. cit.*, p. 31

¹⁰⁹ HUBER, *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁰ MAGNUS, Ulrich, *The Remedy of Avoidance of Contract under CISG-General Remarks and Special Cases*, *Journal of Law and Commerce*, vol. 25, 2005-2006, p. 431.

¹¹¹ ENDERLEIN, *op. cit.*, p. 198.

relativas al incumplimiento del comprador y del vendedor, sino que constituyen el fundamento de la responsabilidad de la Convención; son la fuente misma de los respectivos derechos del comprador y del vendedor a reclamar daños y perjuicios por el incumplimiento.¹¹²

Si el vendedor o el comprador no cumple con cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la Convención, la otra parte podrá exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a lo dispuesto en los artículos 74 a 77. Así, el artículo 74 establece que la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento.

La parte que reclame la indemnización tiene derecho a ser plenamente compensada por todas las desventajas sufridas como resultado del incumplimiento del contrato. Este *full compensation principle*, es bastante sencillo: los daños y perjuicios por incumplimiento contractual tienen por objeto compensar la pérdida sufrida por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Suponiendo una relación causal entre el incumplimiento y la pérdida, el sistema de la Convención trata de colocar a la parte perjudicada en la posición que habría estado *de no ser por el incumplimiento*.¹¹³

Aunque todas las clases de pérdidas son, en principio, recuperables en virtud de la regla general del artículo 74, los artículos 75 y 76 establecen normas más detalladas, *lex specialis*, para la medición de la pérdida directa cuando se resuelve el contrato.¹¹⁴ De conformidad con el artículo 75, si se resuelve el contrato y el comprador ha comprado mercaderías sustitutas o el vendedor las ha revendido, la parte que reclame daños y perjuicios podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo. La operación de reemplazo debe realizarse de manera razonable y en un plazo razonable después de la resolución del contrato. Si la transacción de reemplazo se lleva a cabo en un lugar diferente de la transacción original o se realiza en condiciones diferentes, la cuantía de los daños y perjuicios debe ajustarse para reconocer cualquier aumento de los costos, menos los gastos ahorrados como consecuencia del incumplimiento. Además, el plazo dentro del cual

¹¹² LOOKOFISKY, *op. cit.*, p. 152.

¹¹³ *Ibid.*, pp. 152-153.

¹¹⁴ *Íd.*

debe efectuarse la reventa o la compra de reemplazo no comienza hasta que la parte perjudicada haya declarado el contrato resuelto. El incumplimiento de los requisitos del artículo 75 tendrá como consecuencia que la parte que sufre el incumplimiento no pueda recuperar los daños y perjuicios. Por consiguiente, el comprador que no declare resuelto un contrato no tendrá derecho a recuperar los gastos realizados en la adquisición de bienes de sustitución.¹¹⁵

Como alternativa al cálculo de daños y perjuicios previsto en el artículo 75, en el artículo 76 se establece una medida más *abstracta* para calcular el monto de los daños y perjuicios a disposición de la parte que elija resolver el contrato. Si existe un precio de mercado para las mercaderías de que se trate, la parte que reclame la indemnización podrá, si no ha efectuado una compra de reemplazo o si no ha revendido los bienes con arreglo al artículo 75, recuperar la diferencia entre el precio fijado por el contrato y dicho precio corriente al momento de la resolución. Además, la parte perjudicada podrá reclamar daños y perjuicios adicionales de conformidad con el artículo 74.¹¹⁶

Los daños y perjuicios disponibles en virtud de los artículos 74 y 75 están sujetos a las doctrinas de la previsibilidad, que se encuentran en el artículo 74, y al principio de mitigación, que se encuentra en el artículo 77.¹¹⁷ La segunda frase del artículo 74 establece que la indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato. De esta forma, dicha limitación de la responsabilidad contrarresta la responsabilidad objetiva de las partes y les permite estimar los riesgos financieros derivados de la relación contractual y, por tanto, asegurarse contra una posible responsabilidad.¹¹⁸

De conformidad con el artículo 77, los daños y perjuicios recuperables en virtud de los artículos 74, 75 o 76 se reducen si se establece que la parte agraviada no ha cumplido con su deber de

¹¹⁵ DIMATTEO, Larry A., *et al.*, The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 34, 2004, p. 419.

¹¹⁶ LOOKOFSKY, *op. cit.*, p. 157.

¹¹⁷ DIMATTEO, *et al.*, *op. cit.*, p. 420.

¹¹⁸ SCHWENZER, Ingeborg, Article 74, en Schwenzer, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ra. edición, Oxford University Press, 2010, p. 1001, para. 4.

mitigación. La reducción es la cantidad en que debería haberse mitigado la pérdida.¹¹⁹ En este sentido, el deber que tiene la parte agraviada de adoptar todas las medidas posibles y apropiadas para impedir que se produzca la pérdida o para mitigar su alcance es una expresión del principio general de buena fe en el comercio internacional.¹²⁰

f. *Causas de exoneración*

La Convención recoge en los artículos 79 y 80 las principales causales de exoneración por incumplimiento contractual. Mientras que el artículo 80 impide la invocación de un incumplimiento contractual y, por lo tanto, excluye todas las acciones, el ámbito de aplicación del artículo 79 se limita a la exención de responsabilidad exclusivamente por daños y perjuicios.¹²¹

En este sentido, el primer párrafo del artículo 79 establece que una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias.

Las normas que se ocupan de las situaciones de circunstancias contractuales cambiantes o sobrevenidas se orientan a los dos conceptos básicos: la excesiva onerosidad sobrevenida (*hardship*) y el caso fortuito y fuerza mayor. Estos conceptos constituyen excepciones al principio cardinal del *pacta sunt servanda* y suavizan su rigor.¹²² De esta forma la excesiva onerosidad se refiere a que el cumplimiento de la parte desfavorecida se ha vuelto mucho más gravoso, pero no imposible, mientras que la fuerza mayor se refiere al cumplimiento de las obligaciones de una parte que se ha vuelto imposible, incluso de manera temporal.¹²³

¹¹⁹ Digest of Article 74 Case Law.

¹²⁰ SCHWENZER, Ingeborg, Article 77, en Schwenger, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ra. edición, Oxford University Press, 2010, p. 1042, para. 1.

¹²¹ SCHWENZER, Ingeborg, Article 79, en Schwenger, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ra. edición, Oxford University Press, 2010, p. 1064, para. 3.

¹²² FLAMBOURAS, Dionysios, *Comparative Remarks on CISG Article 79 & PECL Articles 6:111, 8:108*, Pace Law Database, 2002, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp79.html#>.

¹²³ *Ídem*.

Por otra parte, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 79, el promitente es responsable del comportamiento de los terceros que se comprometan a cumplir la totalidad o parte del contrato.¹²⁴ En este sentido, si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte solo quedará exonerada de responsabilidad si está exonerada conforme al párrafo precedente, y si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.

En otro orden de ideas, el cuarto párrafo del artículo 79 establece la obligación de la parte que incumplió de comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplir con sus obligaciones. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.

Y finalmente, el quinto párrafo del artículo 79 establece que nada de lo dispuesto en dicho artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios. Así pues, hay consenso en la doctrina en que, con arreglo a esta disposición, una parte agraviada puede invocar varios recursos distintos de la indemnización por daños y perjuicios, a pesar de la reclamación de exoneración de la otra parte. Las acciones que continúan disponibles incluyen la resolución del contrato, si el incumplimiento de la otra parte fuere considerado esencial; la recuperación de los intereses conforme a los artículos 78 y 84; y, si un comprador ha recibido una entrega no conforme y no ha resuelto el contrato, la reducción del precio conforme al artículo 50.¹²⁵

En lo que respecta al artículo 80, este establece que una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla. El artículo 80 está redactado en términos generales en el sentido de que niega a la parte agraviada el derecho a basar su reclamo en el incumplimiento de la otra parte. Sin embargo, es evidente que, a diferencia de lo que ocurre en los casos previstos en el artículo 79, la parte agraviada no tiene derecho a presentar

¹²⁴ SCHWENZER, Article 79, *op. cit.*, p. 1077, para. 34.

¹²⁵ FLECHTNER, Harry, *Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) as Rorschach Test: The Homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods*, *Pace International Law Review*, vol 19, 2007, p. 42.

ninguna reclamación derivada del incumplimiento. En consecuencia, el prometido pierde no solo su derecho a la indemnización de daños y perjuicios, sino también todas las demás acciones por incumplimiento, en particular la reclamación de cumplimiento específico, el derecho a resolver el contrato y el derecho a reducir el precio de compra.¹²⁶

IV] Conclusiones

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ha demostrado tener gran éxito dentro de la comunidad internacional en gran parte por el enorme esfuerzo que se ha puesto a lo largo de los años en conciliar las distintas tradiciones jurídicas en un único texto. Una tarea ambiciosa pero que a los 40 años de su promulgación sigue proveyendo al derecho tradicional de modernidad y dinamismo.

A lo largo del presente artículo se buscó proporcionar al lector un acercamiento a muy grandes rasgos a la CISG con el propósito de contribuir a su difusión y conocimiento. Se inició explicando de forma general el contexto histórico que le dio origen, prosiguiendo con la síntesis de algunos de los principios que la rigen y un esbozo de los principales contenidos de la Convención. Finalmente se hace una invitación a toda la comunidad jurídica mexicana a estudiar más a fondo la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías e incluso a proponerla a sus clientes como la legislación aplicable en sus transacciones comerciales.

Referencias

BRIDGE, Michael, *The Transfer of Risk under the UN Sales Convention 1980 (CISG)*, en *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Camilla B. Andersen & Ulrich G. Schroeter (eds.), Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008, p. 77.

DAWUD, Nora, *Interest Under CISG and Al Shari'a: Problems with the Enforceability of Article 78 of the CISG in Arab*, *Islamic Banking /International Trade Law*, Epubli, 2014, p. 11.

¹²⁶ SCHWENZER, Ingeborg, Article 80, en Schwenger, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ra. edición, Oxford University Press, 2010, p. 1092, para. 8.

DIMATTEO, Larry A., et al., *The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence*, Northwestern Journal of International Law and Business, vol. 34, 2004, p. 419.

DIMATTEO, Larry A., *International Sales Law: A Global Challenge*, Cambridge University Press, 2014, p. 12-13.

DUNCAN, John C., *Nachfrist Was Ist? Thinking Globally and Acting Locally: Considering Time Extension Principles of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods in Revising the Uniform Commercial Code*, BYU Law Review, Vol. 2000, issue 4, 2000, p. 1379.

ENDERLEIN, Fritz, *Rights and Obligations of the Seller under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, en *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Petar Sarcevic & Paul Volken (eds.), Oceana 1996, p. 143.

EÖRSI, Gyula, *General Provisions*, en *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender, Juris Publishing, 1984, p. 2-17.

FARNSWORTH, E. Allan, *The Vienna Convention: History and Scope*, *The International Lawyer*, American Bar Association, Vol. 18, No. 1, 1984, pp. 17-20.

FELEMEGAS, John, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation*, *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Kluwer Law International, 2000-2001, pp. 115-265.

FITZGERALD, John, *CISG, Specific Performance, and the Civil Law of Louisiana and Quebec*, *Journal of Law and Commerce*, vol. 16, 1997, p. 297.

FLAMBOURAS, Dionysios, *Comparative Remarks on CISG Article 79 & PECL Articles 6:111, 8:108*, *Pace Law Database*, 2002, disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp79.html#*.

FLECHTNER, Harry, *Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) as Rorschach Test: The Homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods*, *Pace International Law Review*, vol 19, 2007, p. 42.

FLECHTNER, Harry, *Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C.*, *Journal of Law and Commerce*, vol. 8, 1988, p. 53.

GABRIEL, Henry Deeb, *The Buyer's Performance Under the CISG: Articles 53-60 Trends in the Decisions*, *Journal of Law and Commerce*, 2005-2006, vol. 25, p. 274.

HONNOLD, John O., *The Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Overview*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 27, 1979, p. 223.

HONNOLD, John O., *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 2da edición, Kluwer Law International. 1991, p. 100.

HONNOLD, John O., *Uniform Words and Uniform Application. The 1980 Sales Convention and International Juridical Practice*, en *Einheitliches*

- Kaufrecht und Nationales Obligationenrecht, Schlechtriem, Peter (ed.), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 140.
- HUBER, Peter, Some Introductory Remarks on the CISG, en *The CISG - A new textbook for students and practitioners*, Peter Huber, Alastair Mullis, Sellier, European Law Publishers, 2007, pp. 25-26.
- KOMAROV, Alexander S., Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in Interpretation of CISG: Some Remarks on Article 7(1), *Journal of Law and Commerce*, volumen 25, 2005, p. 82.
- KRITZER, Albert H., Comments on Passage of Risk Under National Rules, Under CISG, Under Incoterms, Pace Law School Institute of International Commercial Law, 2001.
- KRITZER, Albert H., General Principles of the CISG, Annotated text of CISG, Article 7 words and phrases, Pace Law School Institute of International Commercial Law, 7 de septiembre de 1999, disponible en: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/principles7.html>
- LOOKOFSKY, Joseph, The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, J. Herbots/R. Blanpain, *International Encyclopaedia of Laws - Contracts*, 2000, p. 79.
- MAGNUS, Ulrich, General Principles of UN-Sales Law, Max-Planck-Institute for Foreign and International Private Law, volumen 59, 1995, disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html#f38>.
- MAGNUS, Ulrich, The Remedy of Avoidance of Contract under CISG-General Remarks and Special Cases, *Journal of Law and Commerce*, vol. 25, 2005-2006, p. 431.
- MURRAY, John E., An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, *Journal of Law and Commerce*, vol. 8, 1988, p. 13.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, Función y Alcance de la Lex Mercatoria en la Conformidad Material de las Mercancías, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Universidad Complutense Madrid, 2005, p. 108.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar, Chapter II: General Provisions, en *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Commentary, Kroll, Stefan, Mistelis, Loukas, Perales Viscasillas, Pilar (eds.), Hart Publishing, 2011, p. 62.
- ROMEIN, Annemieke, The Passing of Risk a Comparison Between the Passing of Risk Under the CISG and German Law, Heidelberg, 1999, disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>.
- ROSSANI GARCEZ, José María, CISG Articles 6, 7, 25 and 79- Pacta Sunt Servanda, Ribus Sic Stantibus, Force Majeure and Harship Principles-Brazilian Code Related Articles, en *Schwenzer, Ingebrog, et al. (eds.), CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives*, Eleven International Publishing, 2016, p. 427.
- SAUNDERS, Kurt M., Rymsza Leonard, Contract Formation and Performance Under the UCC and CISG: A Comparative Case Study, *Journal of Legal Studies Education*, Vol. 32, Issue 1, 2015, p. 12.

- SCHLECHTRIEM, Peter, *Uniform Sales Law: The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz, 1986, p. 38.
- SCHWENZER, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenzler: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ra edición, Oxford University Press, 2010, p. 570, para. 4.
- SEVÓN, Leif, *Obligations of the Buyer under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, en Petar Sarcevic & Paul Voken (eds.) *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Oceana, 1986, p. 231.
- STANIVUKOVIC, Maja, *Editorial remarks on the manner in which the PECL may be used to interpret or supplement CISG Article 8*, *Guide To Article 8*, Pace Database, disponible en: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp8.html#mj13>.
- Tallon, Denis, *The Buyer's Obligations Under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, en Galston & Smit (ed.), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Juris Publishing, 1984, p. 7-9.
- UNCITRAL, *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, recuperado de <https://uncitral.un.org/en/cisg40> el 5 de noviembre de 2020.
- VURAL, Belkis, *Formation of Contract According to the CISG*, *Ankara Bar Review*, Yıldırım Beyazıt University, vol. 1, 2013, p. 138.
- YAN, Min, *Remedies under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the United Kingdom's Sale of Goods Act: A Comparative Examination*, *City University of Hong Kong Law Review*, Vol. 3:1, 2011, p. 125.
- ZELLER, Bruno, *Fundamental Breach and the CISG - a Unique Treatment or Failed Experiment?*, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, vol. 8, 2004, p. 90.

El *Ius Cogens*: criterio de justicia universal

FRANCISCO JAVIER LARA CASTRO¹

SUMARIO: I. Preliminar. II. El Derecho su valor (*fin*) por *autonomasia*: la justicia. III. El *Ius Cogens* y los principios de justicia universales. IV. El *Ius Cogens* como criterio de justicia material. V. ¿Es el *Ius Cogens*, fundamento para la jurisdicción internacional? VI. Conclusiones

Resumen. Las normas jurídicas con carácter de *Ius Cogens* por su contenido, orientado a la salvaguarda de los valores que son comunes a toda la *Humanidad* en su conjunto, producen efectos jurídicos *erga omnes*. El limitado reconocimiento positivado que de este tipo de normas se hizo en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, como causa de nulidad de los tratados que contravengan alguna *norma imperativa de derecho internacional general (Ius Cogens)*; nos orientan a reflexionar, si ese conjunto normativo de gran trascendencia para todos los integrantes de la sociedad internacional, seguirá limitado a dicha aplicación específica en las relaciones entre Estados soberanos o, si por su claro y evidente fundamento en el Derecho natural, las normas imperativas de *Ius Cogens (peremptory norms)*, pueden llegar a considerarse como un criterio para la impartición de la justicia universal.

Palabras clave: *Ius Cogens*. Derecho internacional. Justicia. Derecho natural.

Abstract. Legal norms with the character of *Ius Cogens*, due to their content, aimed at safeguarding the values that are common to all *Humanity* as a whole, produce legal effects *erga omnes*. The limited positive recognition that this type of norms was made in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, as a cause for the invalidity of treaties that contravene some peremptory norm of general international law (*Ius Cogens*); guide us to reflect on whether this normative set of great importance for all members of international society will continue to be limited to said specific application in relations between sovereign States or, if due to its

¹ Profesor de Derecho romano en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

clear and evident foundation in natural law, imperative norms of Ius Cogens (peremptory norms), can come to be considered as a criterion for the administration of universal justice.

Keywords: *Ius Cogens. International Law. Justice. Natural Law.*

I] Introducción

Para el ordenamiento jurídico internacional, como para todo ordenamiento jurídico, el *fin* de la Justicia debe estar contenido en todas las normas jurídicas que lo componen. Establecer la Justicia en toda norma jurídica del ordenamiento, no representa un ideal, sino un *fin* en sí mismo; *fin* mediante el cual, se determina el criterio para conocer la verdad en la realidad social.

Ese *criterio* requiere de un discernimiento (jurídico en este caso) que equilibre la relación dispar suscitada, de la cual nace la necesidad de *dar a cada uno lo suyo* (lo que le corresponde). Es decir, el *juicio o discernimiento*² que se realiza en la búsqueda del *fin* de la Justicia permitirá, la identificación del *debitum* generado para quien, colocándose en el supuesto de deudor, resulta obligado por la aplicación de la norma jurídica, a satisfacer a otro (el acreedor) lo que le es debido.

Si bien el ordenamiento jurídico internacional adolece de la autoridad central que aplique la norma jurídica en la búsqueda, por los sujetos de aquel ordenamiento (principalmente los Estados), de la satisfacción de *lo que les es debido*; la inexistencia de una autoridad con tal carácter no representa la razón suficiente para determinar que existen normas jurídicas cuyo contenido permite *decidir lo que es verdadero o falso, lo que se debe hacer o no hacer*.³

Y es que, en la formación de las normas jurídicas que componen al ordenamiento jurídico internacional, habrán de identificarse también las normas que constituyen a los órganos internacionales cuya función es la aplicación del mismo ordenamiento (Tratados constituyentes de organizaciones internacionales, cuyo contenido hace referencia a la constitución de algún órgano internacional con facultades jurisdiccionales – tribunal-); lo cual, en palabras de FERNÁNDEZ LIESA:

² *Vid*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo I, p. 686; Voz: 'Criterio'].

³ ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, FCE., México, 1963, p. 248 [Voz: 'criterio'].

[...] *En la sociedad internacional, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades democráticas, no se pueden vincular los procesos de creación [formación] y aplicación de normas con los fines, los valores y con la idea de justicia del ordenamiento.*⁴

La inexistencia de aquella autoridad central, con facultades jurisdiccionales plenas para la aplicación del ordenamiento jurídico internacional (en su totalidad), es una carencia que solo es posible atribuirle al Estado mismo (en su conjunto con los demás Estados). Con lo cual, el criterio de verdadero o falso, en un caso concreto, se supedita a las facultades limitativas que al órgano jurisdiccional internacional, le son atribuidas. Primero, por referirnos a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de las Naciones Unidas, supeditar en su ejercicio a la aplicación estricta de las normas jurídicas descritas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Segundo, a la condicionante política internacional, para la integración de la misma CIJ. Puntos que nos llevan a concluir, bajo el supuesto de la jurisdicción internacional, que el ejercicio del órgano jurisdiccional en aplicación del criterio de verdad, es decir, el procedimiento de verificación del caso concreto, lo encuentra el Juez internacional ya determinado oficialmente, respecto a cómo *ha de orientarse y medirse el conocimiento (jurídico) para ser verdadero*. Lo que representa el riesgo de apartar a la autoridad jurisdiccional en su resolución, del *concepto de verdad*.⁵

De manera independiente a la falta de consenso entre los Estados, para establecer tal proceso de impartición de justicia que cumpla con los fines y propósitos del ordenamiento, con FERNÁNDEZ LIESA podemos también decir:

[...] *La justicia no deriva, pues, de la existencia de un Poder legítimo, en la sociedad internacional, que produzca un Derecho que pueda ser considerado como justo.*⁶

Si el fin primordial de toda norma jurídica debe ser la Justicia y, en la búsqueda de ésta, como criterio universal debe orientarse hacia la búsqueda de la verdad, es necesario establecer entonces, como puede leerse en QUINTANILLA FISAC:

⁴ FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (2006), *Usos de la noción de justicia en el Derecho internacional*, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, XXII (2006) p. 171.

⁵ PUNTEL, *Verdad*, en KRINGS, BAUMGARTNER y WILD, *Conceptos fundamentales de Filosofía*, Barcelona, 1979, Tomo III, p. 630.

⁶ FERNÁNDEZ LIESA, Carlos, *Usos de la noción de justicia...*, p. 171.

[...], una relación entre el enunciado o proposición de los que se predica y los objetos o estados de hecho a los que aquellos [proposiciones o enunciados] se refieren. La forma más acorde con el realismo gnoseológico de entender el concepto de verdad viene dada por la teoría de la adecuación o correspondencia que se remonta a ARISTÓTELES. Según ella un enunciado es verdadero si lo que dice se adecua o se corresponde con la realidad.⁷

Por lo tanto, atribuirle a las normas jurídicas con carácter de *Ius Cogens*, la consideración como criterio de justicia universal, y atendiendo a la naturaleza jurídica de estas normas, entonces tal atribución, para nosotros, se basa en su correspondencia con la realidad; es decir, la necesidad de reconocerle correspondencia con las exigencias de la sociedad internacional contemporánea. Sin embargo, seamos conscientes en que la realidad que vive esta sociedad, no es acorde con el criterio de justicia como *fin* de las normas que regulan las relaciones jurídicas que en ella se suscitan.

Es necesario reflexionar en torno a la relación de la Justicia y el Derecho; y, en referencia al contenido normativo de éste, la particularidad de las normas que con carácter de *Ius Cogens*, debido a su contenido de Derecho natural, implican un reconocimiento expreso a su valor moral por antonomasia que es la Justicia misma; a la relación que el *Ius Cogens* establece con los principios de justicia universales, mismos que cualifican el carácter de juridicidad de tales normas; así como en la función jurisdiccional del Derecho internacional público contemporáneo, las normas jurídicas de *Ius Cogens* se desempeñan como criterio de Justicia universal, dándole fundamento a la idea de jurisdicción universal que reclama el Derecho internacional.

II] El derecho y su valor moral (fin) por antonomasia: la justicia

La persona humana y su vida en sociedad encuentran en el Derecho una de las realidades que garantizan (o aseguran) su existencia y por ende, el Derecho deberá enfocarse a la protección de la *Dignidad Humana*. Y aunque el Derecho pueda ser visto: *Con relación al orden total de la existencia humana [...] [solo como] un ámbito parcial, aquel ámbito en que se regulan las relaciones de los hombres entre sí, [...];* sin embargo, el Derecho: *Establece un orden fiable de una convivencia que se orienta por la idea [fin] de*

⁷ QUINTANILLA FISAC, Miguel Ángel (Dir.), *Diccionario de filosofía contemporánea*, KRK Ediciones, Oviedo, 2010, pp. 1404-1405 [Voz: 'Verdad'].

la justicia y que, por eso, obliga a todos aquellos que se incluyen en él.⁸

Como expresión de esa realidad social, el Derecho por ende se manifiesta como un bien al cual habremos de atribuirle como su más alta estima (de ahí su valor), el fin de la justicia. Con lo cual, el Derecho recibe de la justicia misma, su más alto grado de utilidad o aptitud para satisfacer las necesidades de la sociedad misma y proporcionar (asegurar) bienestar a las personas.⁹

Y así, la justicia como valor (fin) del Derecho, le imprime subsistencia y firmeza o, en sí misma la virtud de la Justicia se manifiesta en la producción de efectos jurídicos. Lo que nos lleva a reflexionar, al hablar de la Justicia, de la identificación que ARISTÓTELES hiciera de la justicia como la mayor de las virtudes.¹⁰ Por lo que, con PIEPER también podemos dejar asentado:

Una descripción formal de la virtud podría ser la siguiente: la virtud es la disposición que inclina al hombre a obrar bien. [...] El elemento conceptual más importante es que la virtud es un «hábito». El hábito indica un modo especial de tenerse a sí mismo, de auto posesión, que constituye el único medio por el cual el hombre se asegura realmente de lo que él es.¹¹

Como nos informa el mismo autor:

Las palabras con que las lenguas modernas expresan el antiguo concepto de la ἀρετή (virtus) han perdido considerablemente su viveza y su fuerza ilustrativa.¹² No obstante, intentando resaltar el valor e importancia de la virtud, MONGILLO expone ante la realidad social contemporánea: Los problemas verdaderos son ineludibles. Resolverlos significa afrontarlos racionalmente, no emotivamente, en la complejidad y en verdad. El consenso verbal, el silencio o la

⁸ HOMMES, *Derecho*, en KRINGS, BAUMGARTNER y WILD, *Conceptos fundamentales de Filosofía*, Tomo I, p. 510.

⁹ Vid. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario...*, Tomo II, pp. 2267-2268, [Voz: 'Valor'].

¹⁰ Vid., ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. v,1129b,30 –pág., 241-. Cfr., CICERÓN. *Los deberes*. I,7,21; y TOMÁS DE AQUINO, *Tratado de la justicia*, en *Suma Teológica*, 2-2,58, a.1 –VIII:273- y 2-2,58, a.12 –VIII:295.

¹¹ PIEPER, Josef, *Virtud*, en FRIES, Heinrich, *Conceptos fundamentales de Teología*, Ediciones Cristiandad, Madrid, 1966, Tomo II: 882.

¹² *Ibidem*, p. 880; [Voz: *Virtud*] De la degradación de la virtud, PIEPER hace referencia a las posturas de Max SCHELER y Paul VALÉRY].

*represión, la alternativa acrítica: virtud, sí, virtud no, impiden que se aclaren los problemas relativos a la perfección humana.*¹³

A la justicia como virtud se le atribuye, por tanto, un valor con carácter *moral* lo que, en una estricta interpretación literal niega que la moral pertenezca al orden jurídico, sino que *concierna al fuero interno o al respeto humano*.¹⁴ Sin embargo, aceptar que la justicia por su valor moral *no concierne al orden jurídico*, ya que se trata de una expresión en el fuero interno de la persona, sería ignorar la manifestación externa de la justicia misma, en la relación de las personas entre sí (de ahí el *respeto humano*).

Y es que la virtud, en el caso de la justicia, no puede verse solo como *la capacidad o potencia propia del hombre, de naturaleza moral*;¹⁵ pues si la justicia implica el *deber de dar a cada uno lo que le corresponde*, su exteriorización se manifiesta precisamente en la relación con el otro (*alteridad*). O, en palabras de UTZ, *incluso en sociedad, el hombre debe considerarse como persona y no meramente como medio*. De lo que deducimos, que en cumplimiento del *debitum* (acorde a la justicia), no se trata de una capacidad o potencia del hombre, sino de una necesidad de exteriorización material de la conducta. Y así, agregamos con UTZ: *El reconocimiento de la persona moral, es decir, de un ser que tiene derecho a juzgar con decisión personal propia sobre lo que es bueno y malo, es decir, a qué regla y norma se puede someter con responsabilidad y a cuál no, forma parte del contenido básico de toda doctrina de derecho natural. Por consiguiente, en esta concepción de la justicia se halla formulado un valor material y no solo un principio formal, aun cuando sobre esta base solo se pueda descubrir un mínimo de valores sociales.*¹⁶

De lo expuesto por MESSNER, en cuanto a *LA ESENCIA MORAL DEL DERECHO*, con él podemos considerar: *Por estar fundado en los fines humanos existenciales, el Derecho es de naturaleza moral*. Porque además, para el autor:

La conciencia natural es, no solamente conciencia del deber y del valor, sino también conciencia jurídica en el sentido más propio. Forman parte del a priori jurídico de la ley natural moral [...]

¹³ MONGILLO, *Virtud*, en COMPAGNONI, PIANA y PRIVITERA, *Nuevo diccionario de Teología moral*, Editorial San Pablo, Madrid, 1992, p. 1869.

¹⁴ *Vid*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario ...*, Tomo II, p. 1535 [Voz: 'Moral'].

¹⁵ FORNERO, Giovanni, *Virtud*, en ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, p. 1090.

¹⁶ UTZ, Arthur Fridolin (1965), *Ética social. Tomo segundo: Filosofía del Derecho*, Editorial Herder, Barcelona, 1965, p. 236.

*principios jurídicos que sirven de base a los derechos fundamentales iguales de todas las personas humanas, al poder de mando de la autoridad legisladora, al derecho a la imposición del orden jurídico de forma coactiva, a la validez de los derechos contractuales como presupuesto de la cooperación social dentro de la comunidad nacional (Economía nacional) y de la internacional (Derecho internacional).*¹⁷

La expresión social de la justicia, aunque mínima, produce el efecto de que ésta, no solo como valor moral, sino como *fin* del Derecho, contribuya a darle contenido (y sentido) al ordenamiento jurídico; pues repitiendo con SANTO TOMÁS DE AQUINO: *el Derecho es objeto de la Justicia.*¹⁸ Con lo cual el Aquinate, quien hace referencia a CICERÓN, estableció que *la justicia se produce únicamente sobre aquellas cosas que se refieren a otro.* Y en parte de la solución, exterioriza la justicia como acto propio del hombre al decir: *la justicia propiamente dicha requiere diversidad de supuestos; y por eso no existe a no ser de un hombre a otro.*¹⁹ O, como lo ha expuesto CÁSAIRES: *El derecho es, pues el objeto de la virtud de la justicia. No en relación al sujeto que practica esta virtud sino con respecto a la relación misma que se establece en esa práctica [exteriorización]; relación con otro [alteridad] en cuanto tal.*²⁰

En lo relativo a aquella expresión de SANTO TOMÁS DE AQUINO, que hemos venido reiterando, consideramos oportuno referir aquí a la precisión que a ese respecto hiciera GOLDSCHMIDT, quien opinó:

Si, por otro lado, se recuerda que lo que se suele llamar «Derecho» es el orden de conductas repartidoras y ejemplares, resulta que la tesis tradicional de que el Derecho es el objeto de la justicia, aunque no deja de ser acertada, omite destacar que el «Derecho» en el sentido mencionado no es el objeto principal de la justicia, puesto que su objeto principal es la distribución de los

¹⁷ MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica. A la luz del Derecho natural*, Rialp, Madrid, 1967, p.256.

¹⁸ TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, 2-2, q. 57, a.1.

¹⁹ TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, 2-2, q. 58, a2. *Vid.*, la referencia en CICERÓN, [De los deberes. I, VII: ... *aquel orden merced al cual se conserva la sociedad entre los hombres y, por así decirlo, la comunidad de la vida, y cuyas partes son dos: la justicia, en la que reside el máximo esplendor de la vida y por la que los hombres son llamados buenos; y la beneficencia, que va unida a ella y también puede llamarse benignidad o liberalidad*].

²⁰ CÁSAIRES, Tomás D., *La justicia y el Derecho*, Ediciones de Cultura Católica, Buenos Aires, 1945, p, 37.

*bienes y de los males, y el «Derecho» es solo su objeto en cuanto, además de otros acontecimientos, conduce a tales distribuciones.*²¹

La justicia como virtud, aunque posea un gran contenido moral, implica una conducta humana que se exterioriza dada la relación con el otro, con quien hay que cumplir el deber de dar lo que corresponde. La justicia, por tanto, no solo materializa al Derecho, sino que le da vida y hace de él, la expresión misma de la necesidad normativa, ahí donde la sociedad existe.

Si a la justicia como valor moral del Derecho se le considerase solo como una manifestación en el fuero interno de la persona y no, como hemos visto, como una exteriorización de la conducta que se refleja en el beneficio del otro; entonces, la justicia misma como valor dejaría de poseer la *fuerza, actividad, eficacia o virtud para producir el efecto*²² que de la justicia es esperado.

Además de que al hablar de Derecho, nos estamos refiriendo implícitamente a la Justicia. De aquí que aducimos de la Justicia, como valor moral por *antonomasia*²³ del Derecho. Porque como se lee en CÁSAIRES:

*[...] la justicia, [...] sería principio intrínsecamente constitutivo del derecho; tan substancialmente inseparable de él que en un cierto sentido cabría decir, en rigor de verdad, que justicia y derecho se identifican como se identifican hombre y racionalidad, en el sentido de que todo ser humano en cuanto humano es racional. Y afirmar que el derecho no lo es si no es justo equivaldría a decir que solo el derecho es derecho.*²⁴

Y el Derecho, no es exclusivamente la ley pues ésta, es solo una manifestación más de aquél. Es decir, toda norma jurídica debe ser identificada por *antonomasia* con la Justicia, como el valor moral que ésta es. De ahí que, las normas de *Ius Cogens* por su carácter normativo poseen tal valor.

²¹ GOLDSCHMIDT, 1958:186. [*Distribución*, a la que el autor se refiere también como *reparto*, al cual, en conjunción a los principios de la justicia –el *supremo* y los *generales*–, él analiza como LA AXIOSOFÍA DE LA JUSTICIA. *Axiosofía* que del texto del autor, podemos contextualizar como el conocimiento del sentido, o principios, de la justicia].

²² *Vid*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario...*, Tomo II, pp. 2267-2268 [Voz: ‘Valor’].

²³ *Vid*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario...*, Tomo I: 169; [Voz: ‘Antonomasia’: *Sinécdoque* (designación de una cosa con el nombre de otra) consistente en aludir a alguien [o algo] mencionando una cualidad muy característica suya en lugar de su nombre propio.].

²⁴ CÁSAIRES, Tomás D., *La justicia y ...*, pp. 18-19.

En otro sentido, DE LA TORRE MARTÍNEZ nos recuerda (citando a HELMUT COING) que:

[...], *la justicia como idea del derecho* [he aquí la antonomasia], y precisamente por su carácter de valor, encuentra limitada su realización por un material previo. Y con el autor citado informa: [...] *La primera limitación de la justicia se refiere a que tan solo se puede referir a las acciones humanas socialmente relevantes.* Lo que, para nosotros, por el contenido normativo de normas con carácter de *Ius Cogens*, justifican su necesidad en el ordenamiento jurídico internacional, precisamente por su relevancia (imperativa) en la sociedad internacional. Y, de manera específica, quizá no acorde con nuestra idea, DE LA TORRE MARTÍNEZ (sigue con COING), establece: [...], *al ser el derecho un orden abstracto que solo regula casos típicos, la justicia no puede abarcar la totalidad de la persona humana, limitándose a su consideración general y abstracta.*²⁵

Desde una perspectiva similar, en otro momento el mismo COING al exponer sobre *EL SENTIDO DEL DERECHO*, determina el punto de partida de '*la finalidad de la teoría pura del derecho*', y el autor toma como base tres precisiones (*concepciones del derecho para él muy concretas*) que determinan *una concepción muy definida de la esencia del derecho y de la posibilidad de su conocimiento*, diciendo:

1. *El Derecho es un aparato coercitivo para cualquier finalidad. Es un orden de poder y de autoridad.*
2. *Los contenidos morales, en particular la justicia, son con toda probabilidad una ilusión, una ideología, y, de todas maneras, racionalmente comprensibles.*
3. *Ningún contenido específico de índole moral o sociológica está coordinado con el derecho por su esencia.*²⁶

Sin embargo, de la moral también se hace la acepción, como ya se ha dicho, a *que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano.*²⁷ De donde deducimos, junto a lo ya

²⁵ TORRE MARTÍNEZ, Carlos DE LA, *La recepción de la Filosofía de los valores en la Filosofía del Derecho*, UNAM, México, 2005, p. 211 [El autor, hace referencia a la obra: COING, Helmut. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1961; notablemente elaborada y modificada, Berlín, 1971].

²⁶ COING, Helmut, I. *El sentido del derecho. II. Historia y significado de la idea del sistema en la jurisprudencia*, México, 1959, p. 5.

²⁷ Vid, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario ...*, Tomo II, p. 1535 [Voz: 'Moral'].

expuesto sobre la exteriorización de la conducta humana, a la necesidad del respeto humano, es decir, del otro (alteridad). Lo que implica, también la necesidad inversa de que habrá de requerirse el respeto del otro, hacia el que realiza el acto de justicia. Lo que se traduce, para nosotros, en la necesidad del contenido moral, que debe ser previsto por toda norma que sea determinada como jurídica o, en el mismo sentido, que en tal norma sea identificable su juridicidad.

Y así, la bilateralidad de la norma jurídica se manifiesta precisamente en la conducta externa de la justicia y de quienes intervienen en ella es decir, tanto el que debe como el que recibe la compensación del acto previsto por la norma jurídica. De aquí que, la justicia tenga como significado, en palabras de MESSNER: *un equilibrio, entre pretensión y prestación y, en consecuencia, se emplea la palabra en un doble sentido.*²⁸

En tal bilateralidad identificamos, la eficacia de la justicia. Pues de esta manera, se da la satisfacción del *debitum* contenido en *la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo*. Eficacia que se traduce en la exigencia del Derecho mismo, consistente en la necesidad de cumplir lo dispuesto por las normas que lo componen. En palabras de MESSNER, seguimos con él exponiendo:

*Si decimos que la justicia exige algo, pensamos en derechos de corresponder a tales derechos. En el primer caso [la pretensión] se encuentra, en primer plano, la idea del orden de la justicia en el que se encuentran fundadas pretensiones jurídicas por virtud del Derecho natural [Ius Gogens] o del Derecho legal. En el segundo caso [la consecuencia] está, en el primer plano, la idea de la virtud de la justicia, como la disposición a cumplir las obligaciones jurídicas. Ambos aspectos del concepto se encuentran indisolublemente unidos y por ello tiene que hacerse perceptibles en el concepto de virtud [su exteriorización]. Por ello definimos así: Justicia es la firme actitud (habitus) de la voluntad de cumplir las pretensiones jurídicas de cada uno, o más brevemente, la voluntad de dar a cada uno lo suyo.*²⁹

Por su parte, CÁSAIRES establece que:

²⁸ MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica...*, p. 491 [Equilibrio al que el mismo autor nos refiere, en otro momento, a la justicia como *EL ORIGEN DEL DERECHO* –*vid.*, *ibidem*, pp. 244-247].

²⁹ *Ibidem*, p. 491.

*El Derecho tiene por objeto el establecimiento de un orden justo. A lo que él mismo aclara, ante la posibilidad de un derecho injusto (el que no cumple con su objeto), que en rigor la justicia del orden establecido no siempre implica una proyección de la justicia inherente al orden respectivo. Lo que permite separar entonces, al Derecho de la Justicia. A lo que el autor determina: En estricta terminología el derecho no es ni deja de ser justo; el orden de la justicia es de otra especie; se podrá referir, es cierto, a un fruto del derecho positivo, pero solo en cuanto hay para ese derecho, [...].*³⁰

Desde el estudio de la Filosofía del Derecho, con otra perspectiva LÓPEZ CALERA identifica los «fines del derecho» como «funciones», reiterando para ésta su equivalente a «objetivos» o «finalidades». De ahí que el autor afirme:

*Sin embargo, desde una perspectiva filosófico-jurídica, no es ninguna aberración afirmar que hay una función genérica, propia o específica del derecho que históricamente reconoce con bastante constancia e insistencia, aunque no de manera unívoca ni exclusiva, que es la justicia. En otras palabras, es razonable afirmar que la «gran función» del derecho es realizar la justicia en una determinada sociedad.*³¹

En el ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre los integrantes de la sociedad internacional, deberá entonces identificarse la realización de la justicia como «gran función» de aquél. De ahí que, la justicia como virtud y dado el contenido moral en ella implícito, nos haga cuestionarnos en seguimiento de PÉREZ-PRAT DURBÁN, si hay *¿una moralidad internacional?*³² Para intentar dar respuesta a ello, debemos considerar primero, la subjetividad internacional que nos permite identificar a los destinatarios de las normas jurídicas internacionales. Subjetividad que, como hemos dicho y sigue constando en la realidad internacional, reposa de manera primordial en el Estado, debiendo éste garantizar la

³⁰ CÁSAIRES, Tomás D., *La justicia y...*, p. 19.

³¹ LÓPEZ CALERA, Nicolás, «Funciones del Derecho», en Ernesto y LAPORTA, Francisco (eds.) (1996), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía vol. 11, Trotta - Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2000, p. 458.

³² *Cfr.*, PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis (2005), «Derecho internacional, ¿obediencia debida?», en CAFLISCH, Lucius, et al., *El Derecho Internacional: Normas, hechos y valores. 'Liber amicorum' José Antonio Pastor Ridruejo*, Universidad Complutense, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Madrid, 2005, pp. 604-612.

pervivencia entre los integrantes de su población, así como el deber de respetar las relaciones con los otros Estados. Ambas obligaciones, con carácter imperativo.

Así, el análisis de la evolución histórico-sociológica que hemos hecho ya del Derecho internacional contemporáneo, nos permite identificar que, con el Estado, otras entidades como las Organizaciones Internacionales y los Pueblos, también comparten con el Estado tal subjetividad; a lo que, de la necesidad de proteger jurídicamente la «dignidad de la Persona Humana», al amparo de lo que se denomina como Derechos Humanos, la Persona Humana individual, se convierte también en sujeto del ordenamiento jurídico internacional.

Sin embargo, una segunda consideración resulta necesaria, quizá más preocupante que la de la subjetividad, para poder identificar, o no, tal *moralidad internacional*; nos referimos a la necesidad de que los sujetos identificados bajo el ordenamiento jurídico internacional, obedezcan las normas jurídicas internacionales.

La obediencia de las normas jurídicas internacionales desde la perspectiva del *iusnaturalismo*, el ordenamiento jurídico internacional la da por razonable; debido a que todas las normas tienen como destinatario final a la Persona Humana (*ex persona ius oritur*³³) y por ello, la deducción de la razón atribuye como necesario el cumplimiento de las normas internacionales, sobre todo si de su contenido, se deduce la idea misma de la justicia. Y consideramos aquí la postura de SUÁREZ VILLEGAS:

Así, la obligación no queda como una imposición externa sobre el razonamiento práctico del sujeto sino más bien como una cierta

³³ Vid., DOMINGO OSLÉ (Coord.), *Principios de Derecho global*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 179-180, principio núm., 335. Texto, en el que se precisa: *El Derecho nace de la persona. En efecto, aquí radica el fundamento del Derecho global, superador de la idea, tan extendida en nuestro tiempo, de un Derecho exclusivamente legal, que emana de una norma jurídica controlada por el Estado, por muy democrático que éste sea. Se echa en falta una definición clara de persona que defienda los derechos de todos los seres humanos de acuerdo con los avances científicos más vanguardistas. Podría servir la de «viviente humano». Conceder el estatuto de persona solo a partir del nacimiento es tan cómodo para los juristas como injusto para la humanidad.*

Por su parte, quizá con una perspectiva más de *realismo jurídico* (o, si cabe la expresión, de particularismo jurisprudencial: *Tiene que hallar empíricamente la decisión a partir de la percepción del caso individual.*), Helmut COING habla de *Ex facto oritur ius* –del hecho nace el Derecho– [Cfr., COING, Helmut, *I. El sentido del Derecho ...*, p. 23].

*forma o disposición de éste para ser completamente razonable y, en este sentido moral.*³⁴

Mientras que, al amparo del *iuspositivismo* la obediencia de las normas internacionales exige, en la mayoría de los casos, el elemento de coercibilidad al amparo de la fuerza, con gran influencia del poder político más que de la razón jurídica y, por lo tanto, al sometimiento no consiente a la norma internacional. Lo que se traduce, en la descalificación del Derecho internacional. De ahí que, para algunos autores de la doctrina internacionalista, el Derecho internacional no solo es poder, sino que su obediencia atenderá a las circunstancias y posibilidades de quien hace la reclamación de aplicabilidad de una norma internacional. El voluntarismo del Estado, aunado a su capacidad de actuación y poder de influencia, determinarán la eficacia de la norma internacional. Por lo cual, para algunos autores, solo los Tratados son fuente normativa del Derecho internacional. De esta postura, desde el ámbito filosófico, puede leerse en COING:

*Confiemos que no siempre estaremos obligados a examinar el derecho positivo respecto de su compatibilidad con la justicia y el derecho natural. Es más importante que el conocimiento de tales principios nos permita comprender mejor el orden jurídico en vigor y su significado ético, manejarlo mejor y examinar y analizar con mayor agudeza la práctica del derecho en sus consideraciones equitativas, para reducir así la justicia subjetiva a principios objetivos y ligarla a ellos. Esta es la última tarea del pensamiento sobre el derecho.*³⁵

Desde nuestra perspectiva, si la justicia es calificada como subjetiva, todo su objeto sería subjetivo; y, si como expresa COING, que tal *justicia subjetiva* deberá ser reducida a *principios objetivos*, a estos principios para otorgarles el reconocimiento como fuente normativa y de ahí, su juridicidad, se traducen en principios jurídicos precisamente, por contener como fin a la justicia. Y no a la inversa.

Por otra parte, la realidad internacional evidencia el no sometimiento a la obediencia de las normas internacionales, particularmente como una práctica reiterada por los Estados. Con lo cual, ante tal desobediencia, para el *realismo jurídico* la norma jurídica internacional resulta ineficaz en la mayoría de los casos.

³⁴ SUÁREZ VILLEGAS, Juan Carlos (1996), *¿Hay obligación moral de obedecer al Derecho? (Con especial referencia a las tesis de J. Finnis)*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 99.

³⁵ COING, Helmut, *1. El sentido del Derecho...*, p. 20.

Situación que resulta aún más preocupante para la sociedad internacional, cuando tal desobediencia se da a tratados internacionales, si es que se les considera como la única fuente normativa del Derecho internacional. Sobre todo, porque el *corpus internacional* de los Derechos Humanos, se encuentra precisamente en tratados multilaterales.

Por ejemplo, para ALF ROSS, como representante del denominado *realismo jurídico escandinavo*,³⁶ además de calificar a la justicia como *una expresión emocional*, establece que para quien *apela a la justicia*, su defensa se trata de *palabras que constituyen persuasión, no argumento*.

ROSS, no solo califica a la justicia de *ideología*, a lo que ya hemos dicho que la ideología no puede generar derecho, sino que contrapone en ella *la creencia* de que su demanda no proviene de *un cierto interés en conflicto [¿jurídico?] con intereses opuestos*, debido a su *carácter absoluto*; lo que, en palabras del autor, *excluye todo argumento y discusión racionales con miras a un compromiso*. Compromiso que, nosotros deducimos como realidad social a la cual, para ROSS, la justicia no se identifica como *regla eficaz* que le dé validez a la norma jurídica. Y agrega:

*La ideología de la justicia es una actitud militante de tipo biológico-emocional, a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses.*³⁷

Ante tal postura, aduciendo a la necesidad de la autonomía normativa del Derecho internacional, coincidimos con FERNÁNDEZ LIESA cuando dice:

*No es conveniente poner en entredicho el Derecho internacional en beneficio de una moral, ética o religión determinada. Algunas corrientes de pensamiento apoyan más una determinada concepción moral que un orden internacional claro y preciso, buscando la sustitución del Derecho por la moral, lo que puede contribuir a debilitar el ordenamiento.*³⁸

El Derecho y la moral son producto de necesidades sociales que, para la regulación de las conductas entre las personas y las

³⁶ Cfr., HIERRO, Liborio L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, 2ª ed. revisada y abreviada, Portal Derecho, IUSTEL, Madrid, 2009, pp. 219-225.

³⁷ ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1963, p. 267.

³⁸ FERNÁNDEZ LIESA, Carlos, «Usos de la noción de justicia...», pp. 173-174.

entidades (públicas y privadas), habrán de hallar contenido en las normas jurídicas. A lo que con LECLERQ decimos:

La moral se explica, pues, únicamente por el influjo social; es un producto del medio social; no hay que buscar en la moral bases racionales; [...] y el autor agrega: [...] El problema moral nace de nuestro contacto con nuestros semejantes. [...].³⁹

Lo que, entendemos, establece la obligación jurídica (aunque se le pretenda dar un sentido moral) de obedecer al Derecho que determine, en palabras de CÁSAIRES:

[...] lo que a cada uno le corresponde de acuerdo con las exigencias de su naturaleza, su condición en la sociedad y los imperativos del bien común.⁴⁰

III] El *Ius Cogens* y los principios de justicia universales

En aras de precisar lo que habrá de entenderse por *principio*, del *Diccionario de la lengua española*, exponemos: *8. Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta. Principio que, aplicable a la ciencia jurídica, el mismo texto dice:*

Der. Norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales.⁴¹

Ahora bien, que si retomamos de forma directa y específica de la filosofía, de la noción de *principio*, con ABBAGNANO se lee:

El punto de partida y el fundamento de un proceso cualquiera. Los dos significados de punto de partida y de fundamento o causa están estrechamente relacionados en la noción de este término, [...].⁴²

De ahí que, los principios de justicia universales representen el *punto de partida* para las normas jurídicas con carácter de *Ius Cogens*, y en todo caso, aquellos principios servirán de *fundamento* a éstas, por la *causa* contenida en tales normas jurídicas.

³⁹ LECLERQ, Jacques, *Las grandes líneas de la Filosofía moral*, 3ª ed., Gredos, Madrid, 1967, p. 61.

⁴⁰ CÁSAIRES, Tomás D., *La justicia y...*, p. 19.

⁴¹ Vid, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario...*, Tomo II, p. 1834 [Voz: 'Principio'].

⁴² ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario...*, pp. 851-852 [Voz: 'principio'].

Mientras que, del término *universal*, en el mismo *Diccionario de la Lengua Española* leemos, en un sentido filosófico: 5. *Fil. Que por su naturaleza es apto para ser predicado por muchos*. Y más coloquialmente, ahí mismo se dice: 4. *Que pertenece o se extiende a todo el mundo, a todos los países, a todos los tiempos*.⁴³ A lo que en conjunción con el término *idea*, como *ideas universales* expresa el mismo texto: *Conceptos formados por abstracción, que representan en nuestra mente, reducidas a una unidad común, realidades que existen en diversos seres*.⁴⁴ Retomando a ABBAGNANO, con él de la *idea universal*, leemos:

El término ha tenido dos significados principales: 1) uno objetivo, por el cual indica una determinación cualquiera, que puede pertenecer o puede ser atribuida a pluralidad de cosas [las normas jurídicas]; 2) el otro, subjetivo, por el cual indica la posibilidad de un juicio [criterio] (ya concerniente a lo verdadero y lo falso, ya a lo bello o a la feo, ya al bien o al mal, etc.) válido para todos los seres racionales.⁴⁵

Ambos significados, para nosotros, aplicables a los principios universales de la justicia. El primero, como contenido de las normas jurídicas que configuran al Derecho; el segundo, como efectividad práctica de aplicar, cualesquier norma con atribución de jurisdicción (*Ius Gogens*), bajo el criterio de la racionalidad humana (autoridad con facultad jurisdiccional). O, del significado *subjetivo*, más acertadamente dicho por GOLDSCHMIDT, para quien, las *varias conexiones que existen entre el reparto y el criterio de reparto, siempre reconducen al principio de razón suficiente*.⁴⁶

Por lo que ya se ha dicho, en cuanto a que el Derecho es una realidad social que preserva y asegura la «Dignidad de la Persona Humana», y en cuanto al valor normativo que la Justicia, como fin, le imprime a toda norma que se califique como jurídica, deducimos con FERNÁNDEZ que, la *moralidad y legalidad se equiparan*. Nos dice el autor:

⁴³ *Vid*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario ...*, Tomo II, p. 2254 [Voz: 'Universal'].

⁴⁴ *Vid*, *Ibidem*, Tomo II, p. 1245; [Voz: 'Idea, -s universales'].

⁴⁵ ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario ...*, pp. 1062-1063 [Voz: 'universal'. Las notas son nuestras].

⁴⁶ *Cfr.*, GOLDSCHMIDT, Werner, *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Aguilar, Madrid, 1958, p.247.

La importancia y significación que han adquirido las leyes en la sociedad actual lleva frecuentemente a que se confundan dos planos distintos: la norma moral y la ley civil. Tal confusión llega a afirmar que lo imperado por la ley (legalidad) es lo que constituye la bondad moral (moralidad). Este planteamiento lleva a igualar moralidad y legalidad.⁴⁷

De las normas jurídicas con carácter de *ius Cogens*, debido a su juridicidad, puede deducirse la *bondad moral* a que hace referencia FERNÁNDEZ. Y aunque no precisamente, puedan aquéllas ser identificadas en una disposición legal (*legalidad*) en específico (no obstante que puedan ser ubicadas en diversos preceptos), tal *moralidad* del *ius Cogens* (como normas que son de Derecho natural), hacen referencia a la justicia.

Y, en aplicación de los principios universales que de la justicia se deducen, por el contenido jurídico que habremos de identificar en aquellos, hacemos una primera referencia (solo enunciativa) a los que PRIVITERA expone, como *PRINCIPIOS MORALES TRADICIONALES*, y haciendo alusión a la teología moral tradicional dice:

[...] puede encontrarse claramente una referencia constante para la solución de ciertos problemas delicados a algunos principios: del doble efecto, de totalidad, de excepción, de la epiqueya [...]

Y más adelante, en *EL CONTEXTO DE SU UTILIZACIÓN*, expresa:

[...] el recurso a estos principios tenía lugar en la solución de aquellos casos en los cuales, se sedimentaba un valor [la justicia] o una concurrencia de valores [los principios universales de la justicia].⁴⁸

⁴⁷ Vid., FERNÁNDEZ, Aurelio, *Teología Moral. Tomo III: Moral social, económica y política*, 3ª ed., Facultad de Teología del Norte de España, Sede Burgos, Madrid, 2001, p. 466.

⁴⁸ PRIVITERA, EN COMPAGNONI, PIANA Y PRIVITERA, *Nuevo diccionario...*, pp. 1474-1475; [Voz: 'Principios morales tradicionales'. Las anotaciones son nuestras, haciendo referencia al peso –*sedimento*– que el valor de la justicia y sus principios universales, deben tener en la solución de *aquellos casos* que menciona el autor.].

Puede encontrarse, un listado más amplio de *PRINCIPIOS MORALES*, también desde el contenido de la *TEOLOGÍA MORAL*, en FERNÁNDEZ, Aurelio, *Diccionario de Teología Moral*, Monte Carmelo, Burgos, 2005, pp. 1105-1108. Y, es debido a los efectos que pueden llegar a generar en el Derecho internacional contemporáneo, y en la relación que con los principios descritos, que enlistemos de este autor: *Principio del mal menor*, *principio del fin* no justifica los medios, *principio de doble efecto*, *principio del voluntario indirecto*, *principio de conflicto de valores*, *principio del bien común*, *principio de posesión legítima*, *principio de legítima*

Remitiéndonos entonces, a la Filosofía del Derecho, en el estudio que hace GOLDSCHMIDT y al cual titula: *LA CIENCIA DE LA JUSTICIA*, encontramos, a decir del autor, que existe un *principio supremo de la justicia* mediante el cual, se estatuye la *libertad del desarrollo de la personalidad*.⁴⁹ Principio que GOLDSCHMIDT acompaña de las nociones de *Humanismo* y *Tolerancia*, lo que nos hace remitirnos, si nos es permitido, a lo que ya se ha dicho de la protección de la *Dignidad de la Persona Humana* y, a que el *Derecho nace de la persona (ex persona ius oritur)*.⁵⁰

Y del principio supremo, en su contexto con la justicia, GOLDSCHMIDT expone:

*La justicia protege al individuo contra toda influencia que ponga en peligro su libertad de desarrollar su personalidad.*⁵¹

Lo que nos conduce a considerar, como carente de juridicidad a cualesquier norma jurídica que interfiera en esa libertad de desarrollo personal (individual). Lo que plantea como necesario, considerar los límites a esa libertad individual, mismos que deberán quedar contenidos en una norma de igual rango y carácter.

Si en aplicación de dicho *principio supremo*, se tasase la normatividad de los *Derechos Humanos*, quizá nos sorprendería la necesidad de revertir algunas normas jurídicas que, en un claro ejercicio legislativo de carácter democrático, han surgido para la protección de tal libertad individual y, sin embargo, antes de resguardar y asegurar el desarrollo de la persona, marcan su destino casi con carácter perpetuo.

Tal consideración nos conduce a darle una dimensión jurídica al contenido normativo del *corpus* internacional de los *Derechos Humanos*, toda vez que éste no puede seguirse nutriendo con las ocurrencias sociales de determinados grupos que consideran, a su propia conveniencia, la necesidad de satisfacer reclamos de determinados sectores de la sociedad internacional y, utilizando las estructuras *legislativas* internacionales (como el caso

defensa, principio de solidaridad, principio de subsidiariedad, principio de tolerancia, principio de injerencia por motivos humanitarios, principio de libertad personal y, principio de totalidad.

⁴⁹ Vid., GOLDSCHMIDT, Werner, *La ciencia de...*, pp. 189-239.

⁵⁰ En otro sentido, puede leerse en FERNÁNDEZ LIESA: *La dignidad o la paz constituyen valores, pero no principios fundamentales del orden internacional*. Vid., FERNÁNDEZ LIESA, Carlos, «Usos de la noción de justicia ...», p. 179.

⁵¹ GOLDSCHMIDT, Werner, *La ciencia de...*, p. 189.

de la ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS),⁵² para dictar las normas jurídicas, sin consideración alguna de tutela hacia esa libertad de desarrollo personal que propone GOLDSCHMIDT; es decir, labor orientada hacia la *libertad de la modernidad* y no, al contenido normativo del *principio supremo de la justicia*.

En complemento a aquel *principio supremo*, (seguimos con GOLDSCHMIDT) enlista algunos *principios generales*, seis de ellos a manera de ejemplo: 1) *La preferencia de lo bueno*, 2) *Suum cuique*, 3) *Pacta sunt servanda*, 4) *Do ut des*, 5) *La igualdad*, y 6) *Conveniencia*.⁵³

Y, de la diferencia entre el *principio supremo* y los *principios generales*, GOLDSCHMIDT precisa:

*La diferencia entre el principio supremo de justicia y los principios generales no es una diferencia lógica. El principio supremo posee este rango por ser el principio más importante; los principios generales son menos importantes, siendo, en cambio por ser formales, generales e inviolables. Constituyen un numerus apertus.*⁵⁴

En el Derecho internacional público contemporáneo los principios generales, como el *pacta sunt servanda* y el de *igualdad*, a los que se refiere GOLDSCHMIDT, rigen en conjunción con otros principios de igual trascendencia, como normas jurídicas fundamentales a las *relaciones de cooperación y amistad entre los Miembros de la Organización de las Naciones Unidas*;⁵⁵ y que se complementa con lo que la misma organización ha regulado para la salvaguardar la independencia y autonomía de los Pueblos (salvaguarda que no ha sido del todo satisfactoria) y a la Persona Humana en lo relativo a la *tutela universal* de los «Derechos Humanos».

⁵² Sobre esta consideración pueden verse, entre otras, las propuestas de: HAALAND MATLARY, Jane. *Derechos Humanos depredados. Hacia una dictadura del relativismo.*; PEETERS, Marguerite. *Marion-ética. Los expertos de la ONU imponen su ley.*; SCHOOYANS, Michel. *La face cachée de l'ONU (La cara oculta de la ONU)*. Y, muy particularmente la propuesta de la *postmodernidad como resistencia* que hace BALLESTEROS, Jesús. *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*.

⁵³ *Vid.*, GOLDSCHMIDT, Werner, *La ciencia de...*, pp. 240-247.

⁵⁴ *Vid.*, *Ibidem*, p. 240.

⁵⁵ *Vid.*, Artículo 2 de la *Carta de las Naciones Unidas*, en TORRES UGENA, Nila, *Textos normativos de Derecho Internacional Público*, Aranzadi, pp. 1788-1789; y la *Resolución 2625 (XXV)*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 24 de octubre de 1970, en TORRES UGENA, Nila, *Textos normativos...*, pp. 1817-1823.

Junto a la propuesta del «Humanismo», GOLDSCHMIDT sugiere la consideración de la *Tolerancia* también como complemento al *principio supremo* de la justicia para *la libertad del desarrollo de la personalidad*. Tolerancia que, ante la necesidad de aceptar la individualidad y particularidad del otro, exige no solo un respeto al desarrollo de la personalidad de cada uno, sino la necesidad de conjuntar los intereses colectivos y sociales para que, en la formación de las normas jurídicas, su contenido de justicia garantice la subsistencia particular del individuo, pero también la convivencia pacífica de la sociedad internacional.

El Derecho no podrá, por tanto, satisfacer los intereses de cada uno en lo particular; pero en su contenido normativo es posible establecer a través de los *principios generales* de justicia, *criterios generales e inviolables* que preserven el bien común, frente al interés particular. Lo cual, en palabras de RAWLS podemos con él decir:

*Una concepción de la justicia cumple su papel social siempre y cuando las personas igualmente conscientes y que compartan más o menos las mismas creencias, consideren que, al suscribir el marco de deliberaciones que establece esta concepción, se encaminen normalmente hacia una convergencia de juicio necesaria para lograr la cooperación social efectiva y justa.*⁵⁶

IV] El *Ius Cogens* como criterio de justicia material

Si acerca del criterio, con ABBAGNANO se puede decir, que es *una regla para decidir lo que es verdadero o falso, lo que se debe hacer o no hacer*,⁵⁷ entonces, como criterio de justicia, el conjunto normativo identificado con carácter de *Ius Cogens*, habrá de contener normas de cuya aplicación, sea efectivo *conocer la verdad*. Lo cual implica, racionalmente, la realización de un *juicio o discernimiento*,⁵⁸ encaminado, al resarcimiento material que se traduce en la aplicación concreta de la norma jurídica, motivada por el desequilibrio que en la realización del acto se ha originado el acto de justicia consistente en que, uno (deudor) le dé a otro (deudor), lo que le debe.

Para la comprensión de lo que significaría conocer la verdad, en aplicación estricta del Derecho, con PUNTEL nos remitimos a *la clásica fórmula de la verdad como adecuación, la*

⁵⁶ RAWLS, John, *Liberalismo político*, FCE, México, 1995, p. 336.

⁵⁷ ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario ...*, p. 248 [Voz: 'criterio'].

⁵⁸ Vid, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario ...*, Tomo I, p. 686 [Voz: 'Criterio'].

cual halló su acuñación más diferenciada en SANTO TOMÁS DE AQUINO,⁵⁹ de lo que el AQUINATE expuso:

La verdad es la adecuación entre el objeto y el entendimiento. Pero, así como el entendimiento de lo complejo puede adecuarse a las cosas, también lo podrá hacer el entendimiento de lo no complejo, y también el sentido que siente una cosa como es. Luego la verdad no está solo en el entendimiento que compone y divide.⁶⁰

En sentido jurídico, constreñidos al objeto de nuestro estudio, para que las normas jurídicas con carácter de *Ius Cogens* funjan como criterio, en busca de la verdad, de justicia material, resulta necesario referirnos a los tres elementos que se deducen de la fórmula de verdad de SANTO TOMÁS DE AQUINO: discernimiento (*adaequatio*), objeto (*res, rei*) y entendimiento (*intellectus*);⁶¹ ya que como lo expresa el mismo PUNTEL:

Este punto de partida [Él mismo se refiere previamente a: ¿Qué significan intellectus, res y adaequatio?] significa que la estructura del concepto de verdad está caracterizada por una bipolaridad: por un lado, verdad significa una pretensión de validez y, por otro, el comportamiento de la cosa misma (la revelación de la cosa misma). La estructura integral de la verdad constituye la unidad e esta bipolaridad.⁶²

A lo que nosotros imputamos, desde el punto de vista jurídico, el *discernimiento* a la adecuación que se da en la relación jurídica de la cual se desprende el desequilibrio en el cumplimiento por una de las partes involucradas, adecuación que resulta de aplicar la norma jurídica (el *objeto*) al caso concreto, en el ejercicio de la función jurisdiccional (*entendimiento*) que el órgano constituido para ello, ha sido facultado para impartir justicia.

⁵⁹ PUNTEL, *Verdad*, en KRINGS, BAUMGARTNER y WILD, *Conceptos fundamentales...*, Tomo III, p. 618.

⁶⁰ TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, 1-1, q.16, a2. Santo Tomás hace referencia al origen del término, tomando como fuente del libro *De definitionibus* [de las definiciones], en AVICENA, *Metaphysic*, tr.1. c.9 (74r). –*vid.* nota 14 en pág. 225-.

⁶¹ Cfr., SEGURA MUNGUÍA, Santiago, *Diccionario por Raíces del Latín y de las voces derivadas*, 2ª ed., Universidad de Deusto, Bilbao, 2007, pp. 7, 368 y 630; para la referencia filológica en la lengua latina, de los términos enunciados: *Adaequatio* [*ad, aequo*] –n° 48-, *intellectus, -us* –n° 1.704, *res, rei* –n° 2.796-.

⁶² PUNTEL, *Verdad*, en KRINGS, BAUMGARTNER y WILD, *Conceptos fundamentales...*, Tomo III, p. 621.

Lo que confirma no solo que *el Derecho es el objeto de la justicia*, sino que mediante la aplicación de las normas jurídicas, el contenido del valor (fin) moral por *autonomasia* que la misma justicia es de aquéllas, se traduce primero, en la *pretensión de validez* que la verdad significa y, segundo, en la manifestación jurídica de la forma en que ha de comportarse el Derecho (*la cosa misma*). Por lo tanto, deducimos que el Derecho como aplicación de justicia material, cumple con la estructura integral de la verdad que expone PUNTEL.

En suma: equidad, norma jurídica aplicable y conocimiento del acto jurídico, con todas sus circunstancias; son los elementos de verdad que, a *criterio* del juzgador, en el *juicio o discernimiento* realizado, habrán de aplicarse para la eficacia del Derecho, traducida en la justicia. Lo cual podría llegar a contraponer, verdad y juicio, en el sentido de que el resultado del proceso jurisdiccional, realizado por quien ha sido autorizado para ello, emite una opinión (sentencia) jurídica, que contendrá los puntos concretos resolutorios, a aquella adecuación (igualdad) que requiere la estructura integral de la verdad jurídica. Sin embargo, el riesgo en la impartición de justicia se puede llegar a dar en lo que como expone FERNÁNDEZ:

*Lo decisivo no es conocer lo que las cosas son, sino lo que yo pienso sobre ellas. Con ello se corre el riesgo de sustituir la verdad por la opinión.*⁶³

Por lo tanto, las normas de *Ius Cogens* no se consideran una mera opinión pues, de su contenido y juridicidad, es posible establecerlas como criterio de justicia; debido ello a que su tutela representa, en el interés universal de su contenido, la posibilidad de tutelar el resguardo de la sociedad internacional en su conjunto frente a *la violación de una obligación esencial para la salvaguarda de sus intereses fundamentales u obligación 'erga omnes'*.⁶⁴

El ejercicio activo para tal tutela de salvaguarda, puede considerarse como una acción de tipo popular (*actio popularis*), por lo que concierne a la consecuencia jurídica para que la responsabilidad internacional derivada de la violación a una norma jurídica con carácter de *Ius Cogens*, pudiese ser exigida por *cualquier Estado miembro de la comunidad internacional*.⁶⁵

⁶³ Vid., FERNÁNDEZ, Aurelio, *Diccionario de...*, p. 1405. [Voz: 'veracidad y verdad'].

⁶⁴ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 15ª ed., Tecnos, Madrid, 2011. p. 546.

⁶⁵ *Ibidem*.

Consecuencia jurídica independiente, a lo que GUTIÉRREZ ESPADA considera, como *la ausencia de infraestructura institucional*,⁶⁶ para poder tutelas tal tipo de acciones.

Las acciones populares, cuyo origen encontramos ya desde el Derecho romano, nos informa TORRENT RUIZ que eran *acciones penales que podían intentar no solo la víctima del hecho delictivo, sino cualquier ciudadano*. Y que, aunque *no llegaban a la categoría de 'crimina publica'* (como quizá concierne al caso de nuestra aplicación en este momento) *su incidencia en la sociedad romana se entendía suficientemente grave para merecer la represión*.⁶⁷

Por su parte, WEATHERALL identifica un vínculo entre la acción que resguarde el interés jurídico de exigir el respeto a una norma superior en el ordenamiento jurídico internacional, y la norma jurídica misma que se identifica como norma de *Ius Cogens* así como las que producen, efectos jurídicos *erga omnes*.⁶⁸

V] ¿es el *Ius Cogens*, fundamento para la jurisdicción internacional?

Ante la postura doctrinal que pretende desvalorizar o negar los efectos normativos del Derecho internacional, se hace necesario anteponer los principios universales de justicia a los que ya se ha hecho referencia con antelación; principios universales que se manifiestan en la expresión consistente en:

*La obligación moral de obedecer [...] a aquellas normas jurídicas de alcance universal que constituyen un reflejo de la convicción moral, lo que nos dirige hacia el núcleo duro del Derecho internacional: sus normas imperativas [Ius Cogens], sus obligaciones 'erga omnes'.*⁶⁹

Tal obligación moral de obediencia, se traduce en el *fundamento* mismo del Derecho internacional, como la *razón principal* o el *motivo* con el que las normas de *Ius Cogens*, sirven para *afianzar* al ordenamiento jurídico que las contiene. Se le

⁶⁶ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 1995, p. 617.

⁶⁷ *Vid.*, TORRENT RUIZ, Armando, *Diccionario de Derecho romano*, Edisofer, Madrid, 2005, pp. 70-71 [Voz: 'ACCIONES POPULARES'].

⁶⁸ *Cfr.*, WEATHERALL, Thomas (2015), '*Ius Cogens*'. *International Law and Social Contract*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2015, pp. 357-358.

⁶⁹ PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis (2005), «Derecho internacional, ¿obediencia debida?», p. 619.

atribuye al *Ius Cogens* una conexión directa con el Derecho natural, pues, en efecto, éste postula indiscutiblemente la imperatividad de ciertas normas;⁷⁰ normas a las que GÓMEZ ROBLEDÓ identificó que hay dos especies de '*Ius Cogens*':

*Un 'Ius Cogens naturale', aunque positivizado, si ha de entrar en circulación, y un 'Ius Cogens positivum', positivo de origen, en tanto que el primero es positivo por incorporación al 'corpus iuris positivum'.*⁷¹

De lo cual, llegamos a considerar que las normas jurídicas con carácter de *Ius Cogens* representan la raíz, principio y origen en que estriba y tiene su mayor fuerza el Derecho internacional público contemporáneo. Es decir, las normas jurídicas con carácter de *Ius Cogens*, se manifiestan en sí mismas, como fundamento⁷² del Derecho internacional.

Con lo cual, para la aplicación material de la justicia, que deducimos de la facultad jurisdiccional conferida concretamente a los Tribunales internacionales, las normas jurídicas con carácter de *Ius Cogens* servirán como el fundamento de mayor fuerza al momento de emitir una opinión jurídica (sentencia) sobre un caso concreto. La exigencia para tal expresión, es el conocimiento de dichas normas jurídicas a la par del resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico internacional y, cuya procedencia de aplicación resuelta por el juez internacional implica, en palabras de RÖD: *El principio según el cual toda intuición dada originariamente es una fuente legítima de conocimiento.*⁷³ Intuición a la que nosotros aducimos, como la razón jurídica en sí.

Por lo que ya se ha expuesto con anterioridad, respecto al contenido normativo del Derecho internacional público contemporáneo, tanto en lo relativo a las normas jurídicas identificadas como fuentes oficiales (o formales) contenidas en el artículo 38 del ECIJ, como las que la doctrina internacionalista propone como *fuentes evolutivas*, y que éstas no se hayan previstas en tal precepto, pero generadoras de efectos jurídicos entre los sujetos del ordenamiento jurídico internacional; la interacción que

⁷⁰ PASTORRIDRUEJO, José Antonio, *Curso de Derecho internacional...*, p. 43.

⁷¹ GÓMEZ ROBLEDÓ, Antonio, «*Ius cogens* y *ius naturale*», en *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, 50 (1984), p. 520.

⁷² *Vid.*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario...*, Tomo I, p. 1099 [Voz: 'Fundamento'].

⁷³ RÖD, en *Fundamento*, en KRINGS, BAUMGARTNER y WILD, *Conceptos fundamentales...*, Tomo II, p. 229.

tales fuentes, las de ambas clasificaciones, tienen con normas jurídicas con carácter de *Ius Cogens*, determina el valor normativo de este tipo de normas.

La interacción se da por supuesto, dada la exigencia del valor normativo requerido para las normas jurídicas con carácter de *Ius Cogens*, por el desarrollo de estas normas imperativas a partir de la *costumbre internacional*⁷⁴, la *jurisprudencia de los tribunales internacionales* y de la *doctrina, así como de resoluciones y declaraciones de las organizaciones internacionales competentes*;⁷⁵ a lo que podrían considerarse también a los *principios generales de derecho*, por el reconocimiento que se ha hecho de éstas como fuentes jurídicas, (*formales* algunas y *evolutivas* otras) del Derecho internacional público contemporáneo.

Determinar entonces, que el conjunto de normas jurídicas identificadas con carácter de *Ius Cogens*, sirven como fundamento de la jurisdicción universal no puede sujetarse, si se toma en consideración su origen, evolución y contenido, a la necesidad de un catálogo descriptivo que determine, taxativamente, cuáles serían aquellas normas que, el juzgador internacional habrá de considerar en el ejercicio de la función que le ha sido conferida.

Ante la propuesta de algún sector de la doctrina que propone un catálogo, como necesario para la certeza jurídica de que las normas de *Ius Cogens* existen en el ordenamiento jurídico internacional, solo a manera de ejemplo tomamos como referencia lo dicho por QUISPE REMÓN:

En pleno siglo XXI nadie duda del carácter de ius cogens de ciertas normas, aunque en la práctica, en ocasiones, su violación no ha recibido una sanción ejemplarizadora: prohibición del uso ilegítimo de la fuerza; prohibición de esclavitud, la piratería, la agresión, el genocidio, discriminación racial; delitos contra la humanidad y tortura; la igualdad de los Estados, el derecho a la libre determinación de los pueblos; en los que se incluiría, teniendo en cuenta su importancia y desarrollo, algunos elementos del derecho al debido proceso, que incluye el derecho a un juicio imparcial y la presunción de la inocencia, en el marco del derecho a un juicio con las garantías debidas. Además, algunos autores ubican dentro d este grupo de normas, al

⁷⁴ Cfr., KADELBACH, Stefan, en TOMUSCHAT, Christian and THOUVENIN, Jean-Marc (eds.) (2006), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 2006, pp. 21 ss.

⁷⁵ PASTORRIDRUEJO, José Antonio, «La determinación del contenido del *ius cogens*», en INSTITUTO HISPANO-LUSO AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, IX Congreso, Lisboa, 1972, p. 2.

*principio que declara como patrimonio común de la humanidad a la Zona internacional de los Fondos Marinos reconocido por el Convenio sobre Derecho del Mar (1982).*⁷⁶

Como la anterior, la necesidad de identificar un catálogo de normas jurídicas con carácter de *Ius Cogens*, ha estado presente desde el primer análisis realizado del *Ius Cogens* en el ámbito internacional,⁷⁷ hasta la más reciente de las reuniones de la Comisión de Derecho Internacional que estudia al *Ius Cogens* como fuente del Derecho internacional público.⁷⁸ Y pasando por las propuestas de los participantes⁷⁹ en la negociación de la CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS de 1969, al discutir la propuesta de contenido del artículo 53 de la CVDT que establece como causa de nulidad de los Tratados, cuando están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*Ius Cogens*).⁸⁰

La aceptación por los Estados que han ratificado la CVDT, de considerar como causa de nulidad de los tratados, cuando estos se hallen en colisión con una norma de *Ius Cogens*, existente o superviniente,⁸¹ representó como efecto jurídico internacional que *la inmunidad soberana del Estado dejase de ser la pieza central del ordenamiento jurídico internacional*.⁸² A lo que con VALLARTA MARRÓN puede agregarse:

*Quienes promovieron la inclusión de un artículo sobre normas imperativas en la Convención de Viena, buscaban hacer prevalecer el valor de justicia incorporado en las normas de *Ius**

⁷⁶ QUISPE REMÓN, Florabel, «Las normas *Ius Cogens*: ausencia de catálogo», en *Anuario Español de Derecho Internacional* vol. 28 (2012) p. 167.

⁷⁷ Vid., CARNEGIE ENDOWMENT FOR INTERNATIONAL PEACE (ed.), LAGONISSI CONFERENCE, *The Concept of Jus Cogens in Public International Law: Papers and Proceedings*, Genova, 1967.

⁷⁸ Vid., TLADI, Dire Sir (2016). Documento A/CN.4/693. Primer informe sobre el *Ius Cogens* preparado por DIRE TLADI, Relator Especial. De fecha 8 de marzo de 2016, a la COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 68° período de sesiones.

⁷⁹ A este respecto, *vid.*, Doc., A/CONF.39/11, par. 42, p. 343.

⁸⁰ Vid., Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, artículo 53, en TORRES UGENA, Nila, *Textos normativos...*, p. 38.

⁸¹ Cfr., El artículo 64 de la CVDT, en TORRES UGENA, Nila, *Textos normativos...*, p. 41.

⁸² Cfr., TOMUSCHAT, Christian, en TOMUSCHAT and THOUVENIN (Eds.), *The Fundamental Rules...*, pp. 425 ss.

*Cogens y limitar el poder de los Estados para concertar tratados violatorios de principios de validez universal.*⁸³

La falta de determinación (¿material?) del contenido normativo del *Ius Cogens*, no decreta la inexistencia de normas jurídicas con tal carácter y, por lo tanto, su no utilización en la práctica jurisdiccional internacional. La juridicidad que se ha identificado ya en el contenido normativo del *Ius Cogens*, se da en el resguardo de intereses universales que salvaguardan a toda la «Humanidad» y cuyo desempeño, en el ejercicio de las relaciones internacionales (particularmente las de los Estados), son prueba evidente de su función como fundamento de la jurisdicción universal.

Se debe evitar, incurrir en apreciaciones subjetivas, como las que llevan al Derecho internacional público, según FERNÁNDEZ LIESA:

[...] a enfermedades normativas que derivan de los enfoques solidarios y de los paradigmas de progreso, al crearse instrumentos conceptuales (comunidad internacional, ius cogens, normas erga omnes, crímenes internacionales) que se apoyan más en el discurso normativo (en la retórica, las proclamaciones virtuosas, el verbo, las apariencias) que, en la normatividad efectiva, la realidad o la acción. [...].

*La difuminación de la juridicidad de las normas que pueden generar el discurso utópico se hace desde la confusión entre las aspiraciones y la evolución del Derecho, entre el imaginario y la realidad.*⁸⁴

Y en el caso del Derecho internacional público contemporáneo, su evolución se identifica en la conformación de un nuevo «Derecho global». El reto principal para este nuevo Derecho, como conjunto normativo, es considerar a la justicia como valor (fin) normativo fundamental y no reducirla a un mito o utopía, como intenta desmitificarla FERNÁNDEZ LIESA, con quien citamos a WEIL:

Los enfoques solidarios y comunitarios, cuyo objetivo es introducir más justicia y moral en el sistema, de hacer prevalecer los valores e intereses, de privilegiar la generosidad de un enfoque universalista sobre el egoísmo de la visión unilateralista, en una

⁸³ VALLARTA MARRÓN, José Luis, «La argumentación jurídica en torno al *ius cogens* internacional», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* vol. x (2010), p. 45.

⁸⁴ FERNÁNDEZ LIESA, Carlos, «Usos de la noción de justicia...», pp. 196-197.

*palabra de sustituir una comunidad integrada y solidaria a una sociedad de Estado desarticulada.*⁸⁵

El pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas, con relación a reconocer la existencia de normas jurídicas con carácter de *Ius Cogens*, ha ido cambiando desde una postura de desconocimiento (*non liquet*), pasando por su consideración como normas necesarias, hasta la posibilidad expuesta por QUINDIMIL LÓPEZ, de que una norma de '*ius cogens*' pudiese llegar a limitar el principio del consentimiento estatal para acceder a la jurisdicción contenciosa de la Corte.⁸⁶ A lo que, en consideración del mismo autor, leemos:

[...] *la sociedad internacional actual se encuentra en tránsito hacia una Comunidad internacional a través de la consolidación de una serie de valores de validez universal, pero cuya naturaleza todavía, en pleno siglo xxi, es esencialmente política, mientras que su dimensión jurídica se limita a su consagración en normas de ius cogens que, en todo caso, ceden ante la impermeabilidad jurisdiccional del consentimiento del Estado.*⁸⁷

En todo caso, las normas jurídicas con carácter de *Ius Cogens* contienen como elementos de su juridicidad, valores e intereses de carácter universal, que conciernen primero, a todos los integrantes de la comunidad internacional que se identifica en el proceso de evolución de la actual sociedad internacional caracterizada por el predominio voluntarista del Estado; y, segundo, a la «Humanidad», no en el sentido de *instrumento conceptual* como leíamos con FERNÁNDEZ LIESA sino a lo que en GOLDSCHMIDT se lee:

*La razón de la particularidad de la humanidad que impide su inclusión en algo general y, por ende, su cualidad conceptual, está en el hecho de que nosotros somos la humanidad, de que pertenecemos a ella.*⁸⁸

⁸⁵ WEIL, Prosper. Citado por FERNÁNDEZ LIESA, Carlos, «Usos de la noción de justicia...», p. 196 –*vid.*, nota 104-.

⁸⁶ QUINDIMIL LÓPEZ, Jorge Antonio, «Las normas de *ius cogens* y el consentimiento de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia: ¿Hacia un nuevo fundamento de jurisdicción?», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2006) [www.reei.org], p. 12.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 15.

⁸⁸ GOLDSCHMIDT, Werner, *La ciencia de...*, p. 191.

Como toda norma dotada de juridicidad y cuyo objeto es el fin supremo de la justicia, cualquier norma de *Ius Cogens* dará fundamento a la jurisdicción internacional; y esto no resulta ser así porque debido a ello se contraponga a la práctica voluntarista estatal —soberana—, aún persistente en la lenta transición del Derecho internacional público contemporáneo hacia un «Derecho global», sino porque el *Ius Cogens* contribuye a la protección del mismo Estado soberano y al conjunto de sujetos que, ya reconocidos (o por reconocer) como tales por el ordenamiento jurídico internacional, demandan la exigencia de la justicia al ser todos y cada uno de ellos, parte integrante de la «Humanidad» en su conjunto.

Lo que nos convierte a todos en «destinatarios» de las «normas imperativas de derecho internacional general (*Ius Cogens*)», normas que por «su contenido» son generadoras de obligaciones internacionales que producen efectos jurídicos *erga omnes*.

VI] Conclusiones

Sustentándose en una serie de principios jurídicos que rigen las relaciones jurídicas entre los integrantes de la Sociedad Internacional, reguladas por el *Derecho internacional contemporáneo*, y este Derecho, bajo un proceso de lenta configuración, determina las fuentes jurídicas que dan fundamento a su existencia, entre las cuales, las normas jurídicas con carácter de *Ius Cogens*, se sustentan en las *fuentes oficiales* de aquel ordenamiento.

El necesario reconocimiento generalizado que reclaman, por su contenido, las normas imperativas de Derecho internacional general (*Ius Cogens*), se ve limitado por la consideración de que, solo las fuentes normativas establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son las normas jurídicas a las que se les reconoce con el carácter de *fuentes del Derecho internacional contemporáneo*.

A partir del análisis realizado por la conferencia internacional que determinó el contenido normativo de la «Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados», un número importante de los representantes estatales en la negociación planteó la necesidad de que quedase establecido un catálogo de normas que habrían de ser identificadas como *normas imperativas de derecho internacional general (Ius Cogens)*; necesidad motivada más por la incertidumbre que se pudiese llegar

a suscitar al momento de que se invocara en un conflicto la aplicación de alguna norma jurídica con tal carácter y que dejase en riesgo la eficacia de su aplicación, que por el fundamento jurídico-filosófico que dota de juridicidad al *Ius Cogens*, el Derecho natural.

Las fuentes jurídicas del Derecho internacional público contemporáneo han influido en el reconocimiento y la eficacia de las normas jurídicas de *Ius Cogens*. Cada una de esas fuentes califica desde su ámbito, el reconocimiento que dota de juridicidad a las *normas imperativas de derecho internacional general (jus cogens)*, considerándose para ello al Derecho como un todo, y a si misma —cada fuente en lo particular— como una parte de aquél; y no como consideración aislada de normatividad exclusiva.

Las «normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*)» contienen valores de carácter universal, valores que se orientan a la protección de *bienes humanos básicos*, calificados como *verdaderos y fundamentales* para el desarrollo de la *Persona Humana*; lo cual confirma las características filosóficas y universales que dotan de plena *juridicidad* al *Ius Cogens*, para su efectiva aplicación como criterio de justicia universal.

Bibliografía

ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, tr. esp. y notas de Julio Pallí Bonet, Editorial Gredos, Madrid, 2003.

ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, 4ª ed., 3ª ed. actualizada y aumentada por Giovanni FORNERO, Turín, 1988, rev. de la ed. en esp. Pedro Torres Aguilar, trad. esp. de la 3ª ed. italiana de José Esteban Calderón et al., FCE, México, 2004.

BALLESTEROS, Jesús, *Postmodernidad: Decadencia o resistencia*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.

_____, «Postmodernidad y tercer milenio», en *Revista Persona y Derecho* 43 (2000) pp. 15-31 [Universidad de Navarra, Pamplona].

CAFLISCH, Lucius et al., *El Derecho internacional: normas, hechos y valores. 'Liber amicorum' José Antonio Pastor Ridruejo*, Universidad Complutense, Madrid, 2005.

CARNEGIE ENDOWMENT FOR INTERNATIONAL PEACE (EUROPEAN CENTRE), *Conference on International Law, Lagonissi (Greece), April 3-8, 1966. Papers and Proceedings II. The Concept of Jus Cogens in International Law*, Génova, 1967.

CASARES, Tomás D., *La Justicia y el Derecho*, Cursos de Cultura Católica, Buenos Aires, 1945.

CICERÓN, Marco Tulio, *Los deberes*, tr. esp., introducción y notas de Ignacio J. García Pinilla, tr. revisada por Francisco Socas Gavilán, Editorial Gredos, Madrid, 2014.

- COING, Helmut, *I. El sentido del derecho. II. Historia y significado de la idea del sistema en la jurisprudencia*, tr. esp. de Robert S. Hartman y José Luis González, UNAM, México, 1959.
- COMPAGNONI, Francesco, PIANA, Giannino y PRIVITERA, Salvatore, *Nuevo diccionario de Teología Moral*. 2ª ed., a cargo de Marciano Vidal, tr. esp. de Eloy Requena Calvo y José Alegre Aragües, Editorial San Pablo, Madrid, 2001.
- DOMINGO OSLÉ, Rafael (dir.), *Principios de Derecho global. 1000 reglas, principios y aforismos jurídicos comentados*, 2ª ed., Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- FERNÁNDEZ, Aurelio, *Diccionario de Teología Moral*, Editorial Monte Carmelo, Burgos, 2005.
- _____, *Teología Moral. Tomo III: Moral social, económica y política*, 3ª ed., Facultad de Teología del Norte de España, Sede Burgos, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., «Usos de la noción de justicia en el Derecho internacional», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, XXII (2006) pp. 171-203 [Universidad de Navarra].
- FRIES, Heinrich, *Conceptos fundamentales de la Teología*, 2ª ed., edición en dos tomos, tr. esp. dirigida por Alfonso de la Fuente Adanez, Ediciones Cristiandad, Madrid, 1979.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco (eds.), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía vol. 11, Editorial Trotta - Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2000.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Ediciones Aguilar, Madrid, 1958.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, «*lus cogens y ius naturale*», en *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, 50 (1984) pp. 515-521 [Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México].
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *Derecho Internacional Público*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- HAALAND MATLARY, Jane, *Derechos Humanos depredados. Hacia una dictadura del relativismo*, tr. esp. de María Jesús García González, Ediciones Cristiandad, Madrid, 2008.
- HIERRO, Liborio L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, 2ª ed. revisada y abreviada, Editorial Portal Derecho, IUSTEL, Madrid, 2009.
- KRINGS, Hermann, BAUMGARTNER, Hans Michael y WILD, Christoph, *Conceptos fundamentales de Filosofía*, edición en tres tomos, Editorial Herder, Barcelona, 1977-1979.
- LECLERQ, Jacques, *Las grandes líneas de la Filosofía moral*, 3ª ed., versión esp. de José Pérez Riesco, Editorial Gredos, Madrid, 1967.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás, «Funciones del Derecho», en Ernesto GARZÓN VALDÉS y Francisco J. LAPORTA (eds.), *El derecho y la justicia*, 2ª ed., Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía vol. 11, Editorial Trotta - Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2000, pp. 457-480.
- MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica. A la luz del Derecho natural*, versión española de la 4ª ed., alemana de José Luis

Barrios Sevilla, José María Rodríguez Paniagua y Juan Enrique Díez (trads.), Ediciones Rialp, Madrid, 1967.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 15ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2011.

_____, «La determinación del contenido del *ius cogens*», en INSTITUTO HISPANO-LUSO AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, IX Congreso, Lisboa, 1972, pp. 1-2.

PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis, «Derecho internacional, ¿obediencia debida?», en CAFLISCH, Lucius, et al., *El Derecho Internacional: Normas, hechos y valores. 'Liber amicorum' José Antonio Pastor Ridruejo*, Universidad Complutense, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Madrid, 2005, pp. 591-620.

PEETERS, Marguerite A., *Marion-ética. Los «expertos» de la ONU imponen su ley*, versión esp. de Isabel Saavedra, Ediciones Rialp, Madrid, 2011.

QUINDIMIL LÓPEZ, Jorge Antonio, «Las normas de *ius cogens* y el consentimiento de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia: ¿Hacia un nuevo fundamento de jurisdicción?», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2006) pp. 1-17 [www.reei.org].

QUINTANILLA FISAC, Miguel Ángel (dir.), *Diccionario de filosofía contemporánea*, KRK Ediciones, Oviedo, 2010.

QUISPE REMÓN, Florabel, «Las normas *ius cogens*: ausencia de catálogo», en *Anuario Español de Derecho Internacional* vol. 28 (2012) pp. 143-183 [Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra].

RAWLS, John, *Liberalismo político*, tr. esp. de Sergio René Madero Báez, FCE, México, 1995.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*. Dos tomos (a/g—h/z), 21ª ed., Espasa Calpe, Madrid, 2001.

ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, tr. esp. de Genaro R. Carrió, EUDEBA, Buenos Aires, 1963.

SCHOOYANS, Michel, *La face cachée de l'ONU*, Libraire Arthème Fayard, France, 2000.

SEGURA MUNGUÍA, Santiago, *Diccionario por Raíces del Latín y de las voces derivadas*, 2ª ed., Universidad de Deusto, Bilbao, 2007.

SUÁREZ VILLEGAS, Juan Carlos, *¿Hay obligación moral de obedecer al Derecho? (Con especial referencia a las tesis de J. Finnis)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

TLADI, Sir Dire D., *Doc. A/CN.4/693, Primer informe sobre el jus cogens preparado por Dire Tladi*, Relator Especial, de fecha 8 de marzo de 2016, a la COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS, 68º período de sesiones, Nueva York (NY), 2016.

TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, edición bilingüe en dieciséis tomos, traducción y anotaciones por una comisión del PP. Dominicos presidida por Fr. Francisco Barbado Viejo, OP, primera edición en la serie BAC *Thesaurus* basada en la ed. de 1959, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2011-2019.

- TOMUSCHAT, Christian and THOUVENIN, Jean-Marc (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 2006.
- TORRE MARTÍNEZ, Carlos DE LA, *La recepción de la Filosofía de los valores en la Filosofía del Derecho*, UNAM, México, 2005.
- TORRENT RUIZ, Armando, *Diccionario de Derecho romano*, Editorial Edisofer, Madrid, 2005.
- TORRES UGENA, Nila, *Textos normativos de Derecho Internacional Público*, 12ª ed., Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- UTZ, Arthur Fridolin, *Ética social. Tomo segundo: Filosofía del Derecho*, Editorial Herder, Barcelona, 1965.
- VALLARTA MARRÓN, José Luis, «La argumentación jurídica en torno al *ius cogens* internacional», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* vol. x (2010) pp. 11-47 [UNAM].
- WEATHERALL, Thomas, '*Jus Cogens*'. *International Law and Social Contract*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2015.

Taxing the digital economy

DIEGO ALEJANDRO LÓPEZ RAMÍREZ¹

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *Taxation Subjection Criteria*. III. *Base Erosion and Profit Shifting in a Digital Economy*. IV. *México's 2020 Federal Tax Reform on Digital Taxation*. V. *Final Considerations*.

Abstract. Pursuant to the OECD BEPS Action Plan Action 1 *Tax Challenges Arising from Digitalization*, some member states have analyzed and prepared preliminary measures to address double non-taxation or minimum taxation regarding digital service providers. With its 2020 Federal Tax Reform, México has taken its first steps to subject such transactions to taxation within its jurisdiction, but nonetheless has been careful of not undermining the principle of consensus and cooperation which is considered as the foundation of International Tax Law and bilateral tax treaties.

Keywords: International Taxation, BEPS, Digital Services, OECD.

Resumen. De conformidad con la Acción 1 del Plan de Acción BEPS de la OCDE, Desafíos fiscales derivados de la digitalización, algunos estados miembros han analizado y preparado medidas preliminares para abordar la doble no imposición o la imposición mínima con respecto a los proveedores de servicios digitales. Con su Reforma Tributaria Federal 2020, México ha dado sus primeros pasos para someter tales transacciones a tributación dentro de su jurisdicción, sin embargo, se ha cuidado de no socavar el principio de consenso y cooperación que se considera como la base del Derecho Tributario Internacional y los tratados bilaterales sobre impuestos.

Palabras clave: Fiscalidad Internacional, BEPS, Servicios Digitales, OCDE.

¹ Law Degree (with Honors) Universidad Panamericana, Campus Guadalajara. Currently pursuing a master's degree in Tax Law from the same educational Institution.

I | Introduction

The rapid development of Information and Communications Technology (ICT) during the last decades, has significantly impacted many sectors of society, and has been key in many innovative advances, economic growth and development, market integration and the emergence of new business models. Nonetheless, the broad scope in which ICT's innovate today and the speed in which they are adopted rises new challenges in policy makers, in matters of anti-money laundering, personal data protection, banking and financial regulation, local and international taxation, among others. Our use and reliance upon ICT's has severely increased as of late in light of the COVID-19 global health pandemic. As global economies come to a standstill, companies and enterprises of all industries and sizes have made substantial efforts to continue operating as normally as possible by working from home and establishing digital means of communication. Furthermore, companies pertaining to traditional economic sectors that had not priorly adopted characteristics of a digital business model in any degree, have turned to digital or electronic platforms to promote, buy or sale goods and/or services to maintain levels of income in order to avoid bankruptcy or a generalized dismissal of current personnel.

ICT's transcendental impact on global economies, has become a major issue for international taxation, as this digital economy phenomena applied strains to the existing legal framework, which was designed during the 1920's and after World War II². Tax planning strategies developed and implemented by Multinational Enterprises (MNE) with the purpose of eluding a subjection criterion in high taxation jurisdictions or which shifted profits to low or no taxation jurisdictions, entailed a grave problematic to governments worldwide as they constantly have to deal with the erosion of their taxable base and an increasingly strained public budget.

It is worth mention, international tax planning developed by Multinational Enterprises (MNE) to reduce or elude taxation in some countries were, in most cases, not designed on the basis of fraud or illegal activity. On the contrary, such strategies were implemented taking in consideration contradictions or divergencies of local legislation between different jurisdictions and the absence of adequate rules of international taxation that address the

² OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Action 1 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project OECD Publishing, Paris, p. 24

activities and business models developed from ICTs. If convenient, we recommend the reader of the present paper to review material pertaining to Google's questioning before the Public Accounts Committee of the House of Commons in the UK, which we provide a link hereunder³. Essentially, Mr. Matt Britton, Vice President for Sales and Operations at Google in Europe was questioned regarding the low amount of corporate tax paid in the UK, notwithstanding significant digital presence in the whole of the UK that resulted in a substantial economic benefit to its Irish entity. As can be noted, Google's questioning was not based in the legality of their operation, organization or business model, but was obliged to appear before the committee for matters of morality, as so plainly stated by Ms. Margaret Hodge, who acted as the chair of the panel [view min 11:24 of video].

Regulating a digital economy for tax purposes may prove challenging, as cooperation and consensus must be had between the different stakeholders to ensure⁴: *i.* neutrality, in order to avoid unjustifiably benefiting or impairing digital economy businesses regarding double or non-double taxation; *ii.* efficiency, to ensure costs are minimized for both businesses and tax administrations; *iii.* certainty and simplicity in the development of tax policy; *iv.* effectiveness and fairness, to ensure a fair share of taxes are paid in jurisdictions where economic benefit is obtained through digital presence and value creation, as well as, minimize risk relating to tax avoidance and evasion; and *v.* the legal framework that regulates international taxation matters must be reasonably flexible and dynamic to keep pace with innovative business models of the digital economy.

II] Taxation subjecton criteria

Collection of taxes derives from the sovereign power of the State, by determining applicable characteristics, criteria and rules that identify, oblige or exempt any given person to contribute part of their wealth to the common well-being of their country. The context of such characteristics, criteria and rules have been translated to international tax law to avoid double taxation in *inbound* and *outbound* operations.

The citizenship criteria is not very common at a global scale, but becomes relevant when developing countries economically

³ <https://www.youtube.com/watch?v=B9-BZ4TeAg0>

⁴ OECD, Taxation and Electronic Commerce, Implementing the Ottawa Taxation Framework Conditions, OECD Publication Service, 2001, p. 10.

interact with developed countries that abide by such subjection standard, such is the case of Mexico and the US. Citizenship in the US derives from the XIV Amendment Section 1 to the Constitution that provides *[a]ll persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside [...]*.⁵ In this sense, the criteria of citizenship is in nature a criterion of belonging, not just from an economical sense but from a social and political stand point. In taxation matters, the US is among the few countries around the world that taxes its citizens' worldwide income, regardless of their residency. In *Cook Vs. Tait*, 265 U.S. 47 (1924), the US Supreme Court determined that taxing a US citizen that resided in Mexico did not violate the US Constitution or international law, as such theory was justified taking in consideration that the benefits of citizenship extend far beyond its territory as the US tends to provide protection to all its citizens abroad and who also have the right to return to US territory at any time to benefit and participate in its economic system⁶.

In order to standardize tax-payers global income, both the Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters of the United Nations and the OECD Centre for Tax Policy and Administration elaborated Model Tax Conventions (MTC) that serve as guidelines or soft law for international bilateral tax treaties. Article 1 of the MTC provides de general criteria of subjection of persons *who are resident of one or both Contracting States*. The concept of persons under the MTC *includes an individual, a company or any other body of persons*.⁷ Article 4 of the MTC provides that the resident of a *[c]ontracting State means any person who under the laws of the State, is liable to tax therein by reason of domicile, residence, place of management or any other criteria of similar nature [...]*. In a similar manner, article 4 of the Bilateral Tax Treaty between Mexico and the US (*USMX Treaty*) provides an identical definition of residency that of the MTC.⁸

⁵AMENDMENTS TO THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA, Authenticated U.S. Government Information, GPO, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CONAN-1992/pdf/GPO-CONAN-1992-7.pdf>, date of consultation June 6th, 2020

⁶DOERNBERG, Richard L., *International Taxation*, In a Nutshell, 10th Edition, West Academic Publishing 2016, pp. 23 -24

⁷ OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en, p.30

⁸ FEDERAL OFFICIAL GAZETTE (Mexico), *Treaty between the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America to avoid double taxation and prevent tax evasion regarding Income Tax*,

Globalization allows for cross-border operations and activities to take place in a jurisdiction by natural or legal entities that are not considered as resident taxpayers by local legislation or the bilateral tax treaty, but nonetheless income derived from such activity or operations may be subject to tax under a permanent establishment (PE) criteria. Under article 5 (1) and (2) of the MTC, PE is defined as *a fixed place of business through which an enterprise is wholly or partially carried on*. This model provision further states that the term PE includes: *i. a place of management; ii. a branch; iii. an office; iv. a factory; v. a workshop; vi. a mine, an oil or gas well, a quarry or any other place for the extraction of natural resources; and vii. a building site or construction or installation project constitutes a PE only if it lasts more than twelfth months.*⁹

The source of wealth criteria, applies when a business activity and value creation that generates income is carried out by a foreign taxpayer in a jurisdiction, whereas such taxpayer does not meet the criteria of resident for tax purposes or such activity (sale of goods or the rendering of services) does not constitute a PE under local legislation or in such case, under the applicable bilateral tax treaty in force between the source and residence jurisdiction. In general terms, the withholding tax applied to transactions pertaining to a source of wealth criteria are subject to a gross rate with regards to its value without the benefit of any deduction. Nonetheless, taxes paid under such criteria may be granted relief under a bilateral tax treaty or local legislation in order to avoid double taxation in respect to the same taxpayer, income and period of time in the form of a tax credit or an exception of income in the State of residency.

Notwithstanding, sourcing rules may vary from country to country, a general consensus has been achieved regarding the concepts that may be subject to withholding tax under the source of wealth criteria, such as: *i. income on immovable property; ii. income from employment; iii. dividends; iv. interests; v. royalties; vi. capital gains; vii. director's fees, among others*. Bilateral tax treaties may provide for different rates of withholding tax regarding taxable income at the source jurisdiction in order to achieve an adequate apportionment of taxable base between contracting States. Each bilateral tax treaty may also provide a unilateral benefit, awarding the taxation authority to either the source or residency jurisdiction

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4666376&fecha=03/02/1994, date of consultation June 6th, 2020

⁹ *Op. cit.* OCED Model Tax Convention on Income and on Capital, p. 31

with regards to particular items of income, such as business profits or dividends.

On the other hand, taxing Value Added Tax (VAT) in a digital economy may also prove challenging. VAT is an indirect local tax that is applied to the value of operations or economic acts carried out within the source jurisdiction. This indirect tax is usually endured by the final consumer (unless the seller's or provider's products or services are classified as exempt). VAT is charged as part of the transactional cost throughout the value chain and is transferred to the final consumer by a system of credit or exemption methods with regards to VAT paid and VAT collected by each link in the value chain.

Nonetheless, BEPS issues are exacerbated by the characteristics of a digital economy, as the law may subject digital services to indirect tax under a broad interpretation, but the actual problematic resides in more practical concerns, such as: *i.* self-assessment of taxpayers in low or minimum value transactions; *ii.* the current incentive structure of compliance; *iii.* the ability of a tax administration of identifying individual taxable transactions in high volume operations; and *iv.* the administrative cost of collecting such taxes in comparison to the possible value or amount of tax to be collected by the respective tax authorities. The digital economy has important repercussions regarding indirect taxation, especially in those jurisdictions that heavily rely in such taxes to address public expenditure.

III] Base erosion and profit shifting in a digital economy

The digital economy may constitute particular challenges to both direct and indirect taxation. As ICTs rapidly develop and provide for new business models that allow for increasing mobility of intangibles within the value and operational chain, more pressure is applied to current local and international rules regarding taxation subjection. In addition, appropriate characterization of specific transactions, identifying and determining value creation, the absence of a physical presence in the source jurisdiction, market segregation, taxpayer residency and allocation of assets, are some of the concerns that were specifically identified to address the taxing challenges of a digital economy in a holistic and comprehensive manner.

The absence of physical presence in the source jurisdiction and in respect to transactions carried out directly as B2C by a foreign provider, would render the measures address by other Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Actions ineffective as: *i.* transfer

pricing regulations would not apply as transactions are not carried out between related parties; *ii.* there is no holding, subsidiary, affiliate, or PE in the jurisdiction of source, and therefore the bilateral tax treaty in force would not apply regarding residency or PE; *iii.* the lack of physical presence of the foreign provider would entail a high level of difficulty by the tax administration to oversee, audit and/or collect taxes from low value transactions; and *iv.* if the existing subsection rules do not provide a concept or term by which to legally constitute a nexus between digital enterprises and the activities carried out in the jurisdiction of source in regards to income generated, then legally that income would be taxed at the jurisdiction of residency, pursuant to article 7(1) of the MTC.

For the above purpose, and to provide a better understanding of the legal and practical implications and challenges both taxpayers and tax administrations have to address in taxing the digital economy¹⁰. Companies in the digital service streaming industry, provide members or users access to their platforms, where online content may be viewed, such as, tv or net series, news, movies, videos, lectures, podcasts, among others. As consideration for such access the user may pay a onetime fee or a periodic fee to the owner of the platform.

Ex. Company A located in the Netherlands is a subsidiary owned by a Holding Company in the Bahamas. Most of the MNE's worldwide operations are done through Company A to the exception of financial, administrative and compliance functions carried out through the Holding Company, which is the proprietor of the MNE's intellectual property, including trademarks and platform content. The MNE's determined that establishing servers in the jurisdiction of Liechtenstein was appropriate in light of connectivity, weather¹¹ and a strategical central point to provide

¹⁰ It is important to mention that the examples provided in this paper, are not to be considered specific cases of real taxpayers and do not refer to any person. The purpose of these examples is only to identify and provide a guide in respect to the legal analysis developed by the present paper.

¹¹ Colder weather may serve as a way to save money in relation to energy expenses that are incurred to cool the heat generated from servers and therefore lowers maintenance cost of the servers in case of malfunctions due to overheating equipment, as well as, maintained for such purposes the continuity of the online service. Michael O. Smathers, *How Does Temperature Affect The Performance of Computer Components?* <https://smallbusiness.chron.com/temperature-affect-performance-computer-components-28197.html>, date of consultation: June 20th, 2020.

¹¹ Approximately USD \$4.46 taking in consideration an exchange rate of \$22.42 MXN per US dollar, as published by the Mexican Central Bank in the Federal Official Gazette on June 12th, 2020, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5594932&fecha=12/06/2020.

market clients in Asia, Europe and America access to platform content.

Users in Mexico may enjoy the access to the content provided by Company A by creating their own account via laptop or smartphone applications. The digital platform that operates such applications, their access and content is supported by the servers located in Liechtenstein. At this point in the example, we can deduce that there is no physical presence or location in Mexico, notwithstanding there may be a large customer base in the source jurisdiction. Mexican customers then apply payment(s) of the respective fee via debit or credit card directly to Company A. Taking in consideration the different online streaming digital platforms that currently operate in Mexico the fees charged to users or members may vary, but for the purposes of this paper will refer to a standard monthly fee of \$100.00 MXN.¹²

This fee may not be subjected under a withholding tax income or valued added tax for the following considerations: *i.* There is no physical nexus of Company A within Mexico's jurisdiction, and therefore income derived from fees paid by Mexican users may not be legally attributable to the jurisdiction of source under a residence or PE status criteria; *ii.* In addition, the income referred in subsection (a) above, may be classified as *business profits* rather than any other item of income subject to a withholding tax under a source of wealth criteria pursuant to local tax legislation or the bilateral tax treaty in force, specially taking in consideration that the nature of such transactions are B2C; *iii.* Regarding VAT, the transactions carried out under the present scenario would not be exempted from taxation under legal considerations, as under article 1 Value Added Tax Law (VATL) the rendering of services are to be taxed at a 16% rate (to the exception of certain class of services) and article 14 (I) & (VI) VATL provides that services are to be understood as any obligation to give, do or not due in favor of a person, notwithstanding the act of origin or the name or classification given by other bodies of law, as long as, it is not considered a transmission of property.

Despite a clear interpretation by which digital services are to be subjected to VAT in Mexico, such transactions were rarely imposed upon, for practical considerations. If we consider that the monthly service fee is equivalent to USD \$4.46, collecting VAT for such transactions could be considered inviable as: *i.* Company A is

¹² One of the challenges that had to be addressed regarding BEPS in Digital Economy was establishing a criteria or rule that determined the location or jurisdiction in which digital services were

not located in Mexico and has no physical presence, enforcing the entity's formal and substantive obligations under Mexican tax legislation would be a difficult and costly procedure for high volume low value transactions; *ii.* if the obligation was transferred to the consumer, the incentive structure for compliance would not be adequate as self-assessment of such tax obligation would outweigh the substantive value of the tax (USD ¢ 0.71 a month or an annual USD \$8.56); *iii.* following this scenario, the cost the tax administration would incur to individually collect USD \$8.56 from a significant number of local consumers would be considerably greater than tax collected (audit, administrative and/or jurisdictional procedures); and *iv.* the payment structure provided by such service providers do not allow for the consumer to withhold any tax, leaving the burden to the latter. The examples provided above, elaborate on a limited number of risks and challenges that tax administrations may encounter when addressing tax policy in respect to a digital economy. In summary, the Final Report of Action 1 of the OECD BEPS Action Plan analyzed the substantive and administrative challenges to be address as follows:

1.- Substantive Challenges

Nexus. The reduced need for an extensive physical presence of digital business models in the market of source and the increasing network effects¹³ generated by clients, may suggest that the current legal framework is not appropriate.¹⁴

Data. The manner in which to attribute value created regarding the use and collection of information that is analyzed to generate valuable data that may be applied in products and services, as well as the characterization of such transactions.¹⁵

Characterization. Characterization of payments made in the context of new business models deriving from de development of new digital products, (payment per services, royalties, goods, cloud storage, interests, etc.).¹⁶

2.- Administrative Challenges¹⁷

Identification. The identification of remote sellers or service providers may prove challenging, which also raises issued regarding

¹³ Network effects may be understood as: (1) user participation; (2) integration; and (2) synergies, developed o enhanced by digital economy business models. *Op. cit.* OECD Final, OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, p. 65

¹⁴ *Ibidem.*, p. 99

¹⁵ *Ídem*

¹⁶ *Ídem*

¹⁷ *Ibidem*, p. 105

transaction identification, volume and value determination and therefore compliance with domestic tax legislation.

Determination of Extent Activities. The lack of accounting records and other supporting documentation may present a challenge in determining the extent of transactions carried out within the market jurisdiction.

Information Collection and Verification. Tax authorities that intend on verifying information provided by a foreign entity with no physical presence in the market jurisdiction will have to rely on the reciprocity of the tax administration in the residency jurisdiction, which may or not exist.

Identification of Customers. Even if the identification of customers may be possible through various means, such as IP tracking, it may also prove burdensome for both businesses and tax administrations in high volume operations, and which may render fruitless as customers are able to disguise their location through the use of certain software (VPN may be an example).

3.- OECD's Approach to Digital Economy Taxation

In order to address the challenges identified by the Final Report on Action 1, the OECD's Task Force on the Digital Economy (TFDE), received and discussed various proposals, such as the modification of PE status regulation, establishing a withholding tax on digital transactions and/or the introduction of a bandwidth levy for the use of local telecommunications infrastructure. In general terms, the main problematic resides in establishing a physical nexus that may subject income or profits in the market jurisdiction, which also entails the assessment of value creation, apportionment of taxable revenue between jurisdictions and the lack or limited access of information regarding operations deriving from such business models. In order to address such issues in a holistic manner, the Final Report on Action 1 proposed the creation of a *significant digital presence* concept as a new and additional criteria of taxation subjection. A nexus criteria base on the concept of significant digital presence will have to foresee factors that determine a taxable presence in a jurisdiction where a non-resident taxpayer perceives income from a remote location, as well as, standards by which to determine the apportionment of adequate taxes between the source and residency jurisdiction.

a. Significant Digital Presence Determination Factors

Revenue-based factor. Revenue generated in the source or market jurisdiction may be considered as a potential factor to

establish significant digital presence, as long as, such revenue is sustained during a determinable period of time, which would exclude segregated or sporadic transactions. This factor may constitute a base determinant but may have to be complemented with other factors to adequately identify and subject revenue of foreign digital goods or service providers to taxation in the source jurisdiction. Revenue generated by market customers via digital platforms would be a suitable indicator to significant digital presence, as transactions are executed by the use of automated contracting mechanisms with no physical presence in the source jurisdiction. Nonetheless tax administrations would have to establish a high enough level of threshold regarding gross revenues in absolute terms and in local currency in order to avoid manipulation risks and excessive compliance burdens on both the enterprise and the tax administration.

Digital Factor. Several circumstances such as customer service, connectivity, local marketing strategies via online website (language, customs and general manner of contracting) may be adopted in order to penetrate and expand customer base in the source or market jurisdiction. The use of local domain name, local digital platforms and local payment options are also factors that may allow tax administrations to determine that a foreign enterprise has a significant digital presence within its jurisdiction.

User-Based Factor. Digital business models may rely on a recurring customer base who are local residents of the source jurisdiction. To determine such factor the OECD's Final Report on Action 1 proposed the concept of *monthly active users* to determine in a thirty-day period the size and level of customer engagement. This metric or factor would have to be carefully applied as figures may be manipulated or unreliable (users with more than one account; dormant user accounts; false, inaccurate or outdated information provided by users, bot data, among others). Online contracting and data collected may also be elements that provide evidence of this factor, as digital goods and service providers generally conclude contracts by means of their digital platforms and on the other hand, the levels of data collected may be significant enough to entail a high value asset for foreign digital enterprises, under certain considerations, such as data collected for statistical purposes regarding environmental protection or health, which do not have a purpose of speculating, but rather to determine international public policy.

These factors may be applied jointly or separately, taking in consideration tax policy and the special circumstances of the source jurisdiction. Many digital business models that interact in the

market jurisdiction economy have regular interaction with local customers, which combined with the revenue and digital factors may provide evidence of a sustained and purposeful participation in the source jurisdiction. A combined approach of the factors described above may provide a comprehensive significant digital presence concept that lowers the possibility or risk of manipulation, elusion and/or divergence with other similar or traditional business models, that may unfairly benefit or burden certain taxpayers.

b. Taxation Alternatives of Digital Business Models

Once a significant digital presence criterion has been established to determine which foreign enterprises and digital economic activities are to be subjected to taxation in the source jurisdiction, the manner and level of taxation has to be determined. Fractional apportionment and deemed profit methods have been proposed to determine the amount of taxable income that is to be attributed between the source jurisdiction and the residency jurisdiction. The application of this methods would be collected via a withholding tax or the introduction of an *equalization levy*.

As the significant digital presence criteria and these taxation alternatives significantly diverge from current subjection and apportionment rules, tax administrations and legislators would have to consider which transactions are applicable, an appropriate manner to calculate the taxable base, and the rate or level of such taxation. The introduction of a deemed profit system or the introduction of a levy on digital business models would have to evaluate an adequate margin or tax rate as to avoid excessively burdening such transactions, as they do not take in consideration in a case to case basis, investments on labor and capital or operational expenses undertaken by the foreign digital enterprise to provide goods and services. *Pillar One* of the Program of Work developed by the OECD aims to provide alternatives to allocate among countries taxing rights on income generated from cross boarder digital activities such as, *user participation proposal*, *marketing intangibles proposal* and the *significant digital presence proposal*.¹⁸

¹⁸ OECD (2019), Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris, [ww.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-aconsensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm](http://www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-aconsensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm), p.11

Other issues that would have to be addressed in order to effectively apply the proposals aforementioned, would be but not limited to: *i.* the modification of current tax credit rules, as equalization levies may not be applied against income or corporate tax in the jurisdiction of the foreign digital enterprise; *ii.* identification of responsible entity, intermediary or taxpayer regarding application of withholding tax in B2C transactions; *iii.* the establishment of objective criteria and methods by which to determine the economic status of the digital service enterprise, hence its capacity to pay taxes not just in the source jurisdiction but in the residency jurisdiction, in order to safeguard the proportionality of taxes paid in respect to the same income within a determinate period of time.

IV J Mexico's 2020 Federal Tax Reform on digital taxation

According to the OECD Interim Report on Tax Challenges Arising from the Digital Economy, Mexico had not implemented the recommendations provided by the Final Report on Action 1 as of 2018.¹⁹ As an active member of the G20, Mexico adopted diverse BEPS measures within its internal legal framework to comply with the commitments undertaken since 2014, in respect to transfer pricing, hybrid mismatches and transparency. Recently under the Federal Tax Reform in force as of January 1st, 2020 (the *Reform*), Mexico has complemented its BEPS regulation relating to transparent tax vehicles and entities, anti-elusion clause, limitation on financial interest payment deductions between related parties and taxation of digital services.

It is worth mention that the Reform does not directly subject foreign digital service providers to income tax but rather subjects local taxpayers to income derived from specific digital services, as described hereunder. This approach is most likely to have been taken as a partial measure to avoid tax competition, negative market disruption and/or avoiding disputes in relation to international bilateral tax treaties in force. Moreover, the Reform does not provide for a special or individualized tax on digital services, as they are subject to taxation under the ITL and VATL, which may avoid ring fencing enterprises of the digital economy

¹⁹ OECD (2018), Tax Challenges Arising from Digitalization – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 120, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>.

and unjustifiably benefiting or burdening the participants of such transactions.

1.- Income Tax

Article 113-A of the ITL provides that any natural person that pursues a business activity by transferring goods or rendering services by means of the internet, software applications, technological platforms and other of similar nature (*as referred by article 18-B section II of VATL*) will be subject to tax, regarding income generated by such means and for the activities aforementioned, including any additional payments perceived in such regard²⁰. Income tax that becomes due in light of the aforementioned activities will be paid by applying a withholding tax, which will be collected and paid by the legal entity or any individual person that are tax residents in Mexico or by a foreign resident taxpayer, with or without a PE, that directly or indirectly provide the use of their digital platform.

Pursuant to article 18-B section II VATL, digital services will be considered as those intermediated between third parties that offer goods or services and those that demand such. Moreover, article 16 third paragraph VATL provides that digital services are deemed to be rendered in Mexico by a foreign resident, when the receptor of such service is located in Mexican territory. It is worth mention that the criteria provided by article 16 VATL does not provide a basis for a significant digital presence criterion, as VAT is a local tax that is applicable to the value of transactions carried out in the source jurisdiction, notwithstanding the nature or residence of the payer and/or the receptor pursuant to article 18-E VATL.

As can be deduced from article 113-A ITL, only natural persons will be subject to tax under a digital business model regime and not for example a foreign corporation. In this manner, a digital service rendered to a local or foreign corporation will not be subject to an income withholding tax. Furthermore, these provisions only subject the income generated by the offeror of goods and services and not the proprietor of the digital platform, as the latter may not hold a PE or a physical nexus in Mexican territory. The modifications of PE regulation in Mexico was limited to considering that an MNE has a PE in the country, if it pursues commercial activities by a dependent party (natural person or legal entity) and/or in such case,

²⁰ Some digital platforms allow for the user to freely provide an additional fee with regards to the value of service, such as tip. Article 113-A ITL may have provided for *any additional payments* to avoid confusions with regards to the items of income subject to a withholding tax. Under our consideration, specifying that all or any income perceived by the use of these digital platforms would have sufficed.

avoid the fragmentation of its activities to take advantage of exceptions provided to preparatory or auxiliary activities, without including a relevant digital presence criterion.

The foregoing entails that foreign companies that provide services through digital platforms, which lack a PE or a related party subsidiary in Mexico, may still be legally able to elude income tax, making the examples of sections III above plausible. Although the first paragraph of article 133-A ITL may seem to subject a wide variety of digital services, the third paragraph of the referred legal provision limits the scope of transactions subject to a withholding tax, which are described as follows:

LAND TRANSPORTATION OF PEOPLE AND GOODS		ACCOMMODATION SERVICES		TRANSFER OF GOODS AND PROVISION OF SERVICES	
Monthly Income ²¹	Withholding Rate	Monthly Income	Withholding Rate	Monthly Income	Withholding Rate
Up to \$5,500.00	2%	Up to \$5,500.00	2%	Up to \$1,500.00	0.4%
Up to \$15,000.00	3%	Up to \$15,000.00	3%	Up to \$5,000.00	0.5%
Up to \$21,000.00	4%	Up to \$35,000.00	5%	Up to \$10,000.00	0.9%
More than \$21,000.00	8%	More than \$35,000.00	10%	Up to \$25,000.00	1.1%

Under this structure local residents that provide goods and services by means of third-party digital platforms will have to bear the income tax, but formal obligations such as declaring such income, withholding and paying the respective tax in a monthly basis (provisional income tax payments) are transferred to the proprietors of digital platforms. Furthermore, local residents that perceive income from the activities described above may consider income tax paid as definitive, as long as, the annual amount of income perceived does not exceed \$300,000.00 MXN, instead of

²¹ The values referred are in pesos, lawful currency in the United Mexican States.

applying a progressive tax rate up to 35% in accordance to article 106 ITL.

The incentive provided to local residents is optional and conditioned to not exceeding the established threshold and the compliance of certain formal obligations, such as being inscribed in the federal taxpayer registry, keeping invoice records and issue invoices to users for goods or services provided and provide notice to the federal tax administration of adhering to the incentive. Local taxpayers will have to analyze if the option to consider withheld tax as a definitive payment, without deducting related expenses, will be financially beneficial, as opposed to deducting their operational expenses and calculating their taxable base at the annual ordinary tax rate.

The Reform applies a policy structure that may prove effective with regards to raising tax revenue from the intermediation of digital services, as a lower income tax rate may encourage local residents to comply with their substantive and formal obligations. Moreover, the obligations provided to digital service providers, allows the inclusion of goods and service providers into the formal economy without excessive burdens to local taxpayers. This approach also prevents significantly diverging from current international tax rules that could potentially create disputes between the source and residency jurisdiction in respect to the attribution of income tax in cross border operations.

2.- Value Added Tax

As previously mentioned, under a broad interpretation of articles 1 section II and 14 VATL, digital service transactions could have been subjected to indirect taxation, but in light of challenges described in the immediately preceding section (IV), the Mexican Federal Government established a special tax regime for particular digital activities. Pursuant to articles 16 and 18-B of VATL, foreign residents without a PE in Mexico, that provide services through digital platforms or through the internet or any other network, which are fundamentally automated and may or may not require minimal human intervention and consideration is paid for such services.

The following activities will be subject to VAT as described hereunder: *Downloading and accessing images, movies, texts, information, videos, audio, music, games, including games of chance, as well as other multimedia content, multiplayer environments, mobile ringtones, online news, traffic information, weather forecasts and statistics, to the exception of the downloading or access of books, newspapers and online magazines. Those of intermediation between third parties that are*

bidder of goods or services and those who demand such goods and services, to the exception of the transfer or sale of used goods. Persons who priorly purchase goods and then sell them after use are exempted from paying VAT under article 9 VATL, unless such sell is done by an enterprise. Online clubs and dating apps and distance learning or testing or exercises.

Pursuant to articles 16 and 18-C VATL, digital services will be considered to be rendered in Mexico, when the receptor provides a local address or telephone number, provides payment through an intermediary located within Mexican jurisdiction or the IP of the electronic device corresponds to the range of addresses assigned to Mexico. The Federal Tax Administration will have to carefully filter such information, as it may be intentionally or unintentionally altered or unreliable, for example in the case a foreign taxpayer buys a laptop in Mexico but uses it in his or her country of residence. In order to address the indirect taxation of bundled digital services, article 18-H VATL, provides that the VAT at a 16% will only be applicable to the services described in the above paragraph, as long as, the other services are expressly and separately identified in the respective invoice and where charged at the value in which they could be acquired if purchased individually. Otherwise, if such separation is not made, it will be considered that the services rendered pursuant to article 18-B VATL represents 70% of consideration and will be subject to VAT accordingly.

In a similar manner to the ITL, the special VAT regime for digital services provides a tax incentive to natural persons that perceive income up to MXN\$300,000.00 from digital platforms belonging to third parties abroad, and as long as they do not perceive additional income from other sources to the exception of salaries or the transfer of immovable property. The incentive of VAT for digital services consist of a reduced tax rate of 8%, may it be charged directly by the local taxpayer or the foreign digital platform, as long as the formal obligations described in the following section are complied with. If local taxpayers choose to adhere to the tax incentive aforementioned, they will be precluded from crediting VAT paid from investments or expenses incurred in their economic activities, for which they will have to analyze if such option is financially beneficial.

Although the Reform on VAT regulation aims to subject foreign digital service providers to indirect taxation in Mexico, article 1-A VATL, provides that resident taxpayers that provide digital services as referred by article 18-B to local clients, who act as intermediaries to third party activities subject to VAT, in addition

to their ordinary obligations will be obliged to perform the obligations set forth by article 18-J (formal obligations as described in the following subsection). The second paragraph of article 1-A VATL further states that legal entities and natural persons that carry out activities subject to VAT by means of a resident intermediary as described above, must abide by articles 18-K (offer services identifying the amount corresponding to VAT), 18-L (tax incentive) and 18-M (tax incentive), respectively. Holding local and foreign residents to the same obligational standard under VATL, may allow; (a) avoid unjustified differentiated treatment between taxpayers that carry out identical or similar activities, (b) allow local taxpayers that use digital platforms to carry out an economic activity to access tax incentives provided by the new digital service tax regime, and (c) include a wider range of local taxpayers into the formal economy.

3.- Administrative Measures

In order to enforce this new and special digital service tax regime, the Mexican authorities provided formal obligations upon foreign residents that participate in Mexico's digital economy, as well as local taxpayers that make use of digital platforms. Article 113-C ITL provides that foreign legal entities (transparent or not) and natural persons with or without PE status, will have the following obligations: *i.*- comply with the obligations set forth in articles 18-D sections I, VI and VII and 18-J section II subsection (d) of VATL, which will be referred to further on; *ii.* Provide invoices to taxpayers that were subject to a withholding tax, which specifies the amount paid and tax withheld, in addition to any other information requested by the federal tax authority, within the first 5 days of the following month in which withholding took place; *iii.* Provide the federal tax authority the information referred to by article 18-J section III VATL; *iv.* withhold and pay to the federal tax administration the income tax referred in article 113-A ITL, by a tax statement that must be filed on the 17th of the following month. If local taxpayers fail to provide the foreign taxpayer their federal tax ID, the withholding tax will be of 20% over the value of the transaction; and *v.* Preserve accounting records that attest to income taxes withheld and paid in the terms provided.

Regarding foreign residents that participate in Mexico's digital economy by allowing local residents the use of their digital platform they will be subject to comply with the following obligations under article 18-D VATL: *i.* register before the Federal Taxpayer Registry within the following 30 days in which they began rendering digital services; *ii.* jointly offer and collect, the purchase price and VAT in an express and separate manner; *iii.* provide the

federal tax authority information pertaining to the number of monthly services or transactions executed with local residents, classifying the nature of the service or transaction, their price, the number of clients, as well as, keeping the respective records; *iv.* calculate the respective VAT each month at a 16% tax rate, considering the value of consideration effectively perceived for each operation and provide payment of the resulting tax on the 17th of the following month; *v.* issue and deliver electronically, invoices to clients for the corresponding payment of consideration, expressly and separately identifying, such concept and the respective tax, when requested by the recipients of the goods or services. Such invoices are required to identify both the service provider and the recipient; *vi.* Designate before the federal tax administration a legal representative and a local address to receive notices and comply with the tax obligations set forth under tax legislation for such activities, at the moment of inscription before the Federal Taxpayer Registry; and *vii.* Process their advanced electronic signature, in accordance to article 19-A of the Federal Tax Code.

In addition to the formal obligations provided by article 18-D VATL foreign service providers will also have to comply with the following obligations under article 18-J: *i.* publish on their website, application, platform or any other similar means, expressly and separately, the VAT corresponding to the price at which the goods or services are offered by the sellers, service providers or grantors of use or temporary enjoyment of assets (the *platform users*), in which they operate as intermediaries; *ii.* when payment is perceived for the activities aforementioned in subsection i. above, they must withhold from platform users 8% of VAT; *iii.* register before the Federal Taxpayer Registry as withholding taxpayer; *iv.* collect from platform users, the following information, even if they do not directly collect the corresponding fee or purchase price and did not withhold taxes; name or corporate denomination, taxpayer ID, unique population ID, tax address, financial institution and interbank wire transfer code, value of operations carried out within monthly periods; and *v.* pertaining to accommodation services, the address of the property, among others.

Regarding platform users, they have the obligation to provide their information to the foreign digital service provider, for which failure to do so will preclude them from participating in the tax incentives provided by articles 18-L and 18-M VATL and will be subject to a 20% income withholding tax. Platform users will also have the obligation of being registered before the Federal Taxpayer Registry, keep records of invoices issued to them, issue

invoices to the foreign digital service provider or the client in such case, file notice of tax incentive option and abstain from crediting VAT paid for expenses or investments pertaining to their activity in such case they adhere to the tax incentive previously described.

It will also be important to review such policy structure when dealing with high volume low value transactions in which platform users interact, as the economic sanctions may heavily outweigh the value of taxes not filed and criminal sanctions that may be imposed to platform users in the form of prison, may be considered disproportionate under the same assumption. During the initial drafting of the Reform, it was proposed that non-complying foreign digital service providers be sanctioned by blocking their webpage, platform or digital application to preclude its use in Mexican territory, but was not included in the final version. However, within a short period of time the Mexican Government has experienced fruits from the application of this new digital taxation regime, as some important MNEs such as Uber, Microsoft and Netflix have already begun complying with such obligations. On July 9th, 2020, the federal tax administration published in the Federal Official Gazette a list of foreign service providers that registered before the Federal Tax Payer Registry in accordance to article 18-D VALT.²²

V] Final considerations

According to the OECD the fiscal impact and cost regarding MNE's tax avoidance ranged from USD\$ 100 to \$240 billion (equivalent to 4% - 10% of corporate tax) worldwide.²³ Since the BEPS Action Plan was set in motion 135 countries around the globe have adopted recommended measures²⁴ and have seen certain success in doing so. Regarding digital taxation, countries that have in some form implemented the recommendations of Action 1 have raised significant revenue from cross border B2C supply of digital services and intangibles, such as Australia (AUD 269 million, first year), European Unión (EUR 10.2 billion, first three years), New

²² FEDERAL OFFICIAL GAZZETTE (DOF). Official Communication 700-04-02-00-00-2020-78 through which the list of Digital Service Providers Registered in the Federal Taxpayer Registry is disclosed, in terms of article 18-D, section I of the Value Added Tax Law, June 19th, 2020, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5596447&fecha=09/07/2020

²³ OECD, Action 11 BEPS Data Analysis, <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action11/>, 2019, date of consultation July 12th, 2020

²⁴ OECD, International collaboration to end tax avoidance, <https://www.oecd.org/tax/beps/>, 2019, date of consultation, July 12th, 2020

Zealand (NZD 131 million, from April 2017 – March 2018), Norway (NOK 5.8 billion, from July 2011 – 2018) and South Africa (ZAR 3 billion, from June 2014 – February 2019).²⁵

One of the most important challenges in a digital economy is the allocation, distribution or apportionment of wealth created from digital services in developing countries that do not participate from revenue generated in their jurisdiction. Establishing a new subjection criteria or nexus that allows developing and developed countries to share the taxable base of a digital economy is subject to the consensus and understanding that can be achieved. The biggest tech and digital enterprises are born in developed countries, such as the US, China, Japan and South Korea, so these countries will have to renounce part of the taxable resources deriving from digital services in favor of developing countries. This matter is of such importance that the United Nations, is also working alongside countries and the OECD to find more equitable rules that benefit both developed and developing countries, so they may share the revenue a digital economy represents and will meet on October 21st, 2020 to address international cooperation matters.²⁶

Nonetheless, negative economic effects deriving from the COVID-19 pandemic have impacted the world's economies to a significant degree, and therefore developed countries may not be currently inclined to agree on new apportionment rules with developing countries, in order to off-set revenue losses due to the current financial situation of most industries pertaining to their national economy.

Bibliography

AMENDMENTS TO THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA, Authenticated U.S. Government Information, GPO, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CONAN-1992/pdf/GPO-CONAN-1992-7.pdf>.

DOERNBERG, Richard L., International Taxation, In a Nutshell, 10th Edition, West Academic Publishing, 2016.

ERNST & YOUNG (EY), World Wide Corporate Tax Guide, 2019 p.656, downloadable at https://www.ey.com/en_gl/tax-guides/worldwide-corporate-tax-guide-2019.

²⁵ OECD, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, Progress Report July 2018 – May 2019, p. 6

²⁶ UNITED NATIONS, DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, 21st Session of the Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, <https://www.un.org/development/desa/financing/events/21st-session-committee-experts-international-cooperation-tax-matters>, 2020

FEDERAL OFFICIAL GAZETTE (DOF). Official Communication 700-04-02-00-00-2020-78 through which the list of Digital Service Providers Registered in the Federal Taxpayer Registry is disclosed, in terms of article 18-D, section I of the Value Added Tax Law, June 19th, 2020, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5596447&fecha=09/07/2020

FEDERAL OFFICIAL GAZETTE (Mexico), Treaty between the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America to avoid double taxation and prevent tax evasion regarding Income Tax,

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4666376&fecha=03/02/1994.

ISENBERG, Joseph, *International Taxation*, Third Edition, Foundation Press, 2010

OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Action 1 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project OECD Publishing, Paris.

OECD, Action 11 BEPS Data Analysis, <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action11/>, 2019.

OECD, International collaboration to end tax avoidance, <https://www.oecd.org/tax/beps/>, 2019.

OECD, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, Progress Report July 2018 – May 2019.

OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en

OECD (2019), *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, Paris, www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm.

OECD, *Taxation and Electronic Commerce, Implementing the Ottawa Taxation Framework Conditions*, OECD Publication Service, 2001.

OECD (2018), *Tax Challenges Arising from Digitalization – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>.

Borderless: The applicability of Common Article 3 to Transnational Non-International Armed Conflicts

MOISÉS A. MONTIEL MOGOLLÓN¹

SUMMARY: I. *Introduction.* II. *Concept.* III. *The difficulties.* IV. *Conclusions.*

Abstract. The common understanding surrounding Common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions is that a non-international armed conflict can only be such if its occurrence is confined to the territorial limits of one State. This paper seeks to demonstrate that the notion of territoriality built into the legislative framework of International Humanitarian Law can be interpreted in order to include the broader category of transnational non-international armed conflicts under the aegis of Common Article 3 by examining the requirements laid out by jurisprudence and subsequent doctrinal development under the light of modern-day features of the realm of armed conflict.

Keywords: International Humanitarian Law, Non-international Armed Conflict, Territoriality, Transnational Armed Conflict, Common Article 3.

Resumen. *La comprensión consensuada sobre el Artículo Común 3 de las Convenciones de Ginebra de 1949² es que un conflicto sin carácter internacional solo puede ocurrir en los confines territoriales de uno de los Estados parte. Este artículo intenta demostrar que la noción de territorialidad ínsita en el marco legislativo del derecho de los conflictos armados puede ser*

¹ Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela, LL.M. en Derecho Internacional por la *Fletcher School of Law and Diplomacy, Tufts University*. Asociado Senior en el Despacho AGSTOD Abogados en Ciudad de México, México y Profesor Visitante de Derecho Internacional Humanitario en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara. El autor desea agradecer a Cécile Aptel, Alejandra Plaschinski, y a Adalberto Urbina por sus valiosos comentarios en la elaboración de este artículo, de igual manera a Ana Livia Ruiz Velasco por su valioso apoyo en la edición. Las opiniones y errores son exclusivamente del autor.

² The 1949 Geneva Conventions constitute the group of four international conventions that regulate international humanitarian law, also known as Geneva Law. Their purpose is to protect the victims of armed conflicts.

interpretada para admitir la categoría más amplia de conflictos transnacionales sin carácter internacional bajo la égida del artículo común 3 al examinar los requisitos expresados por la jurisprudencia, y los desarrollos doctrinales a la luz de las características modernas de los conflictos armados.

Palabras clave: *Derecho Internacional Humanitario, Conflictos Sin Carácter Internacional, Territorialidad, Conflicto Armado Transnacional, Artículo Común 3.*

ABBREVIATIONS

AP II	Additional Protocol II
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
NIAC	Non-International Armed Conflicts
IHL	International Humanitarian Law
ICRC	International Committee of the Red Cross
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICJ	International Court of Justice
POW	Prisoners of War

I] Introduction

The idea of territoriality is heavily embedded in the text and spirit of the Geneva Conventions of 1949 and the Additional Protocols of 1977. A simple look to the text of the Conventions will reveal the recurrent reference to this *ratione loci* scope. In the case of Common Article 3 to the Geneva Conventions the phrase appears to give a special qualification as to where a conflict must happen in order to be qualified as one *not of an international character*.³ The exact phrasing of the article reads: *in the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties (...)*.⁴ The article stresses that in order for it to apply, the conflict must occur within the territory of one of the parties to the treaty. It could be inferred that the drafters of the Conventions had in mind situations such as

³ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, *Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, (Geneva: ICRC, 1949). Art. 3

⁴ *Ibid.*

internal rebellions or wars of national liberation at the time of drafting.

This idea is further supported by the heavily westphalian notion of sovereignty prevalent in the first half of the 20th century. Heller argues in this context that sovereignty is the absolutely independent quality of a political unit in front of any other⁵. This concept of sovereignty bears witness to the importance of non-interference in domestic affairs -which is one of the most important principles of modern international law⁶-, Dobos, on the same note, argues that the political control of the State is wielded by the government, and notes that this fact excludes (nominally, at least) the exercise of control by any other actor⁷. Said exercise of control is territorially constrained by nature. Thus, the territorial logic of common article 3, seems to pay tribute to the idea that whatever happens within the confines of a State is a matter of that State, and it alone.

This assumption can be corroborated by the later adoption of Additional Protocols I and II, respectively. Both of these deal with situations of internal armed conflict⁸. However, even these later conventional developments continued the underlying logic of the 1949 Conventions: in order for a conflict to be recognized as a non-international armed conflict (NIAC) it must take place within the boundaries of one State. It is against this backdrop that Solis observes, concerning common article 3, that *many governments, particularly those of developing nations, view any attempted international regulation of their internal conflicts as excuses for foreign intervention and intrusions on sovereignty*⁹

As Draper observes, International Humanitarian Law is usually characterized as working retrospectively¹⁰. It seeks to

⁵ HELLER, H. *La Soberanía* (México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 1965), at p. 195

⁶ As evidenced by seminal documents expressive of fundamental norms such as the annex of General Assembly Resolution A/RES/2625 (XXV) of 1970

⁷ DOBOS, Ned. *Insurrection and Intervention: The two faces of sovereignty* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), at p. 1

⁸ Additional Protocol I is concerned with non-international armed conflicts against racist, colonial or apartheid type regimes while Additional Protocol II deals more broadly with internal armed conflicts where the non-State party controls a substantial portion of the disputed territory.

⁹ SOLIS, Gary. *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2010) at p. 93

¹⁰ DRAPER, Irving, *The Legal Classification of Belligerent Individuals*, Centre du droit international de L'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1998. At pp. 199-200

prevent the recurrence of tragedies already suffered and witnessed. Nevertheless, in the wake of the September 11th of 2001 attack on the United States by the terrorist organization Al-Qaeda and the subsequent declaration of the War on Terror¹¹, scholarly commentary has turned its attention to a phenomenon unexplored as of that point in time: whether there could be a conflict not of an international armed character taking place across the whole world or at least not constrained to the territory of one State. Such was (and remains until today) the characterization presented by the United States concerning its global conflict against Al-Qaeda¹². Apart from the U.S., other countries have been skeptical in recognizing the ongoing armed struggle against the terrorist network as an armed conflict. The position of these States coincides with that of the ICRC. This is the same conclusion reached by Solis, specifically as far as Al-Qaeda or the Taliban is concerned.¹³

In a very pragmatic fashion the ICRC has Stated that:

When and where the global war on terror manifests itself in either of these forms of armed conflict, international humanitarian law applies, as do aspects of international human rights and domestic law¹⁴.

In the interest of civilians that might be present when any such confrontations occur (regardless of the territorial jurisdiction), the preference of the ICRC and countries doubting the characterization of the conflict will be for the most favorable regime to be applied. However, the characterization of such conflicts remains dubious at best. Some authors categorize them as separate NIACs, others as Internationalized NIACs, and notably, others argue that they are not armed conflicts at all but rather a matter better left to criminal law¹⁵.

A logical compromise on this duality is the one offered by the ICJ in its *Nicaragua Case Common Article 3 may thus be*

¹¹ SCHMITT, Eric and SHANKER, Thom, U.S. Officials Retool Slogan for Terror War, *New York Times* 2015.

¹² Even if its application and observance of IHL throughout this conflict is, at best, characterized as 'piecemeal' or an exercise in 'cherry picking'.

¹³ SOLIS, Gary. *The Law... op. cit., supra* note 8, at p. 99

¹⁴ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, The Relevance of IHL in the Context of Terrorism, International Committee of the Red Cross, retrieved from internet on <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/faq/terrorism-ihl-210705.htm>

¹⁵ HESTERMAN, Jennifer L, The Illusion of War: Is Terrorism a Criminal Act or an Act of War? Mackenzie Institute, <http://www.mackenzieinstitute.com/illusion-war-terrorism-criminal-act-act-war/>.

considered as the 'minimum yardstick' of rules of international humanitarian law (...) applicable to both internal and international conflict¹⁶. This same idea that common article 3 applies to all kinds of conflicts was espoused by the ICTY in the *Dedalic et al* case¹⁷. The conclusion follows then, that wherever there is conflict, common article 3 shall apply, such a conclusion was foreseen by the ICTY in the *Tadic* case when it opined that:

*We have no doubt that they [violations of rules of warfare in international law] entail individual criminal responsibility, regardless of whether they are committed in internal or international armed conflicts. Principles and rules of humanitarian law reflect 'elementary considerations of humanity' widely recognized as the mandatory minimum for conduct in armed conflicts of any kind.*¹⁸

This paper is not, however, concerned with international terrorism and the fight against it. The policy goals pursued by American academic writers are a matter of politics and political choices. The present work posits that the text of Common Article 3 and the requirements laid out by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the *Tadic* case¹⁹ can be interpreted in order to allow for an expansive notion of non-international armed conflict that could accommodate transnational non-international armed conflicts (NIACs).

As a side note, the writing of this paper started in the fall of 2014, coincidentally, the year where the so-called 'Islamic State of Syria, Iraq, and the Levant' proclaimed itself a Caliphate. At that time, the notions put forward in this work had a certain air of speculation or exercises in futility, given that no conflict existed that would require a framework like the one offered here. In hindsight, the idea of Transnational NIACs would have proved itself very valuable if put forward as part of an ongoing discussion on the betterment of IHL, but, alas, it is best not to cry over spilt milk.

This personal note is relevant insofar as the conflict between several States and the so-called Caliphate incorporated elements of a clear-cut NIAC, but also manifested itself across the world, involving -for the largest part- the same warring parties, with

¹⁶ ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States), Merits (27 June 1986), 114, ICJ Reports 14.

¹⁷ ICTY, *Prosecutor v. Dedalic et al*, IT-96-21-A (20 February 2001), para. 143

¹⁸ ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, Decision on Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (2 October 1995), at para. 129

¹⁹ ICTY, *Prosecutor V. Dusko Tadic (Appeal Judgement)*, IT-94-1-A (15 July 1999).

several terrorist attacks: a shooting in the Canadian Parliament in 2014²⁰, a hostage crisis in Sidney, on December 2014²¹, the Charlie Hebdo attack on January 2015²², the Copenhagen attack of February 2015²³, the 13th of November 2015 Paris attack²⁴, and the Brussels' airport attack in 2016²⁵; and not only in Europe, also Tunisia, Turkey, Egypt, Lebanon, the United States, and Afghanistan, among others²⁶, had their share of armed violence attributed to or claimed by the DAESH, just to name a few in a long and gruesome list.

These incidents occurred outside of the territorial spectrum of the NIAC (strictly speaking) but held a close relationship, in terms of parties, purpose, and tactics with the actual conflict occurring in the Iraq-Syria battlefield. This situation, then, begs the question: could said terrorist attacks and instances of armed violence be considered hostilities between parties in a conflict even if geographically distant? Were the shooters and bombers of the attack's combatants? Did the 'minimum yardstick' benefit them too? Would their deaths count as lawful if killed in action?

The goal of this paper is to demonstrate that if a conflict meets the characteristics here proposed, International Humanitarian Law would indeed be applicable. In order to make such a claim, this piece will look at the requirements of intensity and

²⁰ The Atlantic, *Parliament Hill is Under Attack*, October 22nd, 2014. Retrieved from the Internet on July 9th, 2020 at <https://www.theatlantic.com/international/archive/2014/10/shooter-canadian-parliament/381767/>

²¹ BBC, *Sidney siege: Hostages held in Lindt Cafe*, December 15th, 2014. Retrieved from the internet on July 9th, 2020 at <https://www.bbc.com/news/world-australia-30473983>

²² CNN World, *2015 Charlie Hebdo Attacks Fast Facts*, December 21, 2019. Retrieved from the internet on July 9, 2020 at <https://edition.cnn.com/2015/01/21/europe/2015-paris-terror-attacks-fast-facts/index.html>

²³ CNN World, *Copenhagen Attacks: Police kill man during shootout*, February 15, 2015. Retrieved from the Internet on July 9, 2020 at <https://edition.cnn.com/2015/02/14/europe/denmark-shooting/index.html>

²⁴ BBC News, *Paris attacks: What happened on the night*, December 9, 2015. Retrieved from the internet on July 9, 2020, at <https://www.bbc.com/news/world-europe-34818994>

²⁵ THE NEW YORK TIMES, *In Brussels Bombing plot, a trail of dots not connected*, March 26, 2016. Retrieved from the Internet on July 9, 2020 at <https://www.nytimes.com/2016/03/27/world/europe/in-brussels-bombing-plot-a-trail-of-dots-not-connected.html>

²⁶ THE NEW YORK TIMES, *How many people have been killed in ISIS Attacks around the world*, July 16, 2016. Retrieved from the Internet on July 9, 2020 at <https://www.nytimes.com/interactive/2016/03/25/world/map-isis-attacks-around-the-world.html>

organization, as they are currently understood. With a view to argue that provided there is matching identity or attributability to the same party of an act of armed violence, regardless of where an action is conducted, the threshold of protracted and intense armed violence can be met by adding territorially distant acts of violence. This connects, in turn, to the second requirement laid out by the Tadic appeal ruling; Of the organization and command structure of the non-State party. The contention here is that if a principal-agent relationship can be ascertained between two parts of an organization with a sufficient degree to prove control of one over the other to the extent that they can be deemed to be the same organization, the command structure requirements will be satisfied.

These two precisions would then open the way for a more flexible understanding of the notion of territoriality that permeates Common Article 3 of the Conventions. In doing so, this paper will conclude that there can be such a thing as Transnational Non-International Armed Conflict. As Watkin argues: *Modern conflict often does not appear to fit nicely into the strict traditional legal concepts of what constitutes international and non-international armed conflict.*²⁷

II] Concept

Authors such as Vité point out the lack of clarity in definitions surrounding transnational armed conflicts as a consequence of the different situations the doctrine uses the term for²⁸. Specifically, Vité observes that the term is applied to the situation of 'exported' conflicts and cross-border internal conflicts. These two situations correspond with what is also known as spillover conflict and intervention (whether consented to or not). Both of these definitions carry out the prevalent understanding that NIACs are contained within the territory of a single State and anticipate the possibility of spillover to neighboring countries. Common Article 3

²⁷ WATKINS, Kenneth, 21st Century conflict and international humanitarian law: Status Quo or change? in Schmitt and Pejic, *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2007), at p. 273

²⁸ VITÉ, Sylvain, , Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations, *International Review of the Red Cross* 91, no. 873 (2009). At p. 88. See also R.S. Schondorf, 'Extra-State Armed Conflicts: Is there a Need for a New Legal Regime?', *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 37, No. 1, 2004, pp. 61–75; G.S. Corn, 'Hamdan, Lebanon, and the Regulation of Armed Conflict: The Need to Recognize a Hybrid Category of Armed Conflict', *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 40, No. 2, March 2007.

would apply without a doubt in these situations. What is meant in this work by transnational NIACs is something different. It refers to the question of what happens when the battlefield is no longer constrained to the territory of a single country? or, in other words, what happens when the battlefield is borderless?

Transnational non-international armed conflicts, as posited here, are a subset of non-international armed conflicts. They belong in this category because they require, at least, two parties with at least one of them being a State and the other being a non-State armed group. The participation of a party that is not composed of the regular armed forces of a State brings the logical conclusion that this type of conflict can never be international under existing categories²⁹.

What sets them apart from other types of non-international armed conflicts is the fact that they are not territorially contained within the borders of a single State, but rather happen throughout the territory of two or more States that are not necessarily contiguous. In this context, the characteristics of transnational NIACs are: 1.- the existence of at least two parties, one of them being a State and the other being a non-State armed group³⁰; 2.- the occurrence of armed confrontation of a sufficient level to rule out mere tensions or sporadic acts of violence³¹; 3.- that the armed violence occurs between the same parties regardless of the place where it happens, and lastly 4.- that the violent clashes occur in the territory of more than one State not geographically contiguous to the one where the violence erupted.

III] The difficulties

The first problem that the notion of Transnational NIACs entails is that of the capacity and willingness of non-State armed groups to comply with International Humanitarian Law. Sassóli comments on this point that only States can be parties to the Conventions and therefore only States can be bound by the

²⁹ Hence the argument that the controlling international legislation would be Common Article 3 of the Geneva Conventions.

³⁰ The question of whether a transnational NIAC could take place between two non-State armed groups is one that, albeit interesting, seems to fall more clearly under the realm of international law-enforcement or even international organized crime. Both of these fields belong to the larger area of criminal law.

³¹ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Aug. 12, 1949, available at <http://www.icrc.org/ihl.nsf/com/380-6000006>

obligations stemming from them³². On the subject of customary international law, he further notes that:

*State practice and opinio juris do not apply the law of international armed conflict to conflicts between States and certain non-State actors. In conformity with the tenets of the Westphalian system, States have always distinguished between conflicts against one another, to which the whole of IHL applied, and other armed conflicts, to which they were never prepared to apply those same rules, but only more limited humanitarian rules.*³³

However, international obligations (especially customary ones) do not float in a vacuum, nor are they confined solely to the international realm, as most monist approaches to international law would seem to suggest. Rules of IHL (as a subset of international law) are implemented by way of internal legislation or other implementation mechanisms. Seeing as the Geneva Conventions enjoy universal ratification, all States are bound at the very least not to defeat the object and purpose of the treaty³⁴ if not to fully comply with it. Moreover, all individuals taking part on the side of a non-State armed group are by force nationals of at least one State and may therefore face criminal prosecution for the violation of the obligations contained within the Conventions.

Additionally, it should be observed historically, the idea of promoting international legislation to govern non-international armed conflicts has sought to persuade non-State armed groups to fall in line and comply with, at least, the basic core of IHL norms³⁵. Therefore, it would not be absurd to posit that the potential expansion of the *ratio personae* spectrum for application of IHL norms is without precedent in modern international law.

The other complications that will be treated at greater length in the following pages, are concerned with the notion of territoriality as a defining factor in the text of the Geneva Conventions, and the requirements of intensity and organization as understood by the Tadic ruling and the subsequent customary enunciation of these characteristics.

³² SASSÓLI, Marco, *Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law, HPCR Occasional Paper Series 6* (2006). At p. 4

³³ *Ibid.*

³⁴ UNITED NATIONS, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331

³⁵ FLECK, Dieter, The law of non-international armed conflicts, in Dieter, Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, pp. 605-634, at pp. 629-634.

1. The Notion of Territoriality

The keystone of the debate surrounding transnational non-international armed conflict lies in the territorial notion that permeates the text of Common Article 3 of the Geneva Conventions. As was pointed out earlier, the language of the article seems to explicitly state that the conflict must take place in the territory of one of the High Contracting Parties. The main consequence of the notion of territoriality considered jointly with the fact of the universal ratification of the Conventions is that: *Any armed conflict between governmental armed forces and armed groups or between such groups cannot but take place on the territory of one of the Parties to the Convention*³⁶. While this is true, it doesn't add much to the subject of whether a conflict can be subject to the application of IHL if it concurrently occurs outside of the territory of one State and within it (ruling out the cases of spillover conflict and internationalized conflicts).

Vité offers a characterization of the requirement of territoriality that is perhaps ampler and more useful to the goal. The author posits that the territoriality requirement is an expression of the intent of the drafters that at least one State had jurisdiction to prosecute any potential violations of IHL or to supervise the correct application of this body of law. The argument being that:

*It is nonetheless not certain whether the territorial aspect is indeed a constitutive factor of non-international armed conflict. It may actually be maintained that the reference to the territory of a High Contracting Party in common Article 3 and in Additional Protocol II was simply intended to ensure that the application of the relevant rules is linked to the jurisdiction of a State that has ratified the treaties in question*³⁷.

The language of Common Article 3 does not preclude the possibility of its extraterritorial applicability. On the opposite, its limits apply *at any time and in any place whatsoever with respect to*

³⁶ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, How Is the Term 'Armed Conflict' Defined in International Humanitarian Law? *Opinion Paper, March 2008*, (2008). At p. 3

³⁷ VITÉ, Sylvain, Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations, at p. 90

[protected] persons.³⁸ Although that article comes nowhere near close to definitely answering the territoriality question, it does suggest, as Melzer observes, that the article's protections can be construed liberally³⁹. The counter argument to this is that too much liberality in interpreting the article can also be harmful. The ICRC has rejected the extraterritorial application of the law of non-international armed conflicts, also known as the *cloud of IHL* on the contention that:

The notion that a person 'carries' a NIAC with him to the territory of a non-belligerent State would have the effect of potentially expanding the application of rules on the conduct of hostilities to multiple States according to a person's movement around the world as long as he is directly participating in hostilities in relation to a specific NIAC⁴⁰

The mandatory retort to this contention by the ICRC, is 'why not?' Is it so fundamentally wrong to give to Caesar what belongs to Caesar? The Bard would question whether a rose by any other name would still smell as sweet. The contention here is that, regardless of the level of sweetness, a rose would smell like a rose anywhere in the world. A combatant carrying out activities in order to further the cause of his or her side to the prejudice of the opposite party, using armed violence, is a fighter and should be held as such no matter where said activities are carried out. Additionally, would this not benefit any potential non-combatants or other protected categories? Is not the *leitmotiv* of IHL to reduce unnecessary suffering whenever conflict erupts?

The necessary consequence of accepting this premise is that it would *mean recognition of the concept of a global battlefield*.⁴¹ However, it should be observed that if the third State in which the hostilities in question are occurring is not a party to the conflict, and

³⁸ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Art. 3

³⁹ MELZER, Niels, *Targeted Killings in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008). At p. 258

⁴⁰ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Conflicts*, Report Prepared for the 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 31IC/11/5.1.2 (October 2011), available at <http://www.icrc.org/eng/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-en.pdf>. At p. 22

⁴¹ *Ibid.* At p. 22

then it would be impossible to assume that such a State is participating in hostilities, this would negate the possibility of triggering the application of IHL for the 'host' country, and thus 'internationalize' the conflict. Naturally, this conception raises issues of consent and participation of the government of the State where the hostilities are being carried out, as well as potential implications for territorial sovereignty. For lack of room, these qualms will not be addressed in this work.

The territoriality requirement is not only contained in Common Article 3, but also in the Tadic formula as laid out by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, which is regarded to be the controlling enunciation of the concept of NIACs. The ICTY includes it in its definition of non-international armed conflict, which it holds to exist when it is possible to ascertain the existence of *protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State*⁴². The inclusion of the phrase 'within a State' would seem to reinforce the territoriality logic built within the Geneva Conventions. However, it was the same ICTY that opened the door for the possibility of extraterritorial application of IHL in considering the issue of overall control. In doing this, the Tribunal seems to signal that it is in fact possible for a conflict to take place in the territory of more than one State at a time, provided that there is clear attributability. The main contention of this paper is that, if the violence is attributable to the same parties (identity of the parties), the plurality of locations of the conflict would not impede the aggregation of incidents of armed violence in order to satisfy the intensity threshold required by the Tadic formula.

2. Intensity and Protracted Armed Violence

One of the main problems when it comes to NIACs is that the Geneva system plainly States that hostilities ought to reach a minimum threshold for the application of IHL to be feasible. The lower threshold at which violence amounts to an armed conflict (for non-international armed conflicts) has as of yet, not been clearly defined⁴³. Nevertheless, Additional Protocol II (AP II), which is largely regarded as being an extension to Common Article 3⁴⁴ excludes *situations of internal disturbances and tensions, such as*

⁴² *Prosecutor V. Dusko Tadic (Appeal Judgement)*. § 70

⁴³ SASSÓLI, Marco, *Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law*. At p. 3

⁴⁴ SCHMITT, Michael, Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict, *Military Law and Law of War* 52, no. 1 (2013). At p. 99

riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature, as not being armed conflicts.⁴⁵ While AP II does not enjoy universal membership as the Geneva Conventions do, the understanding of the ICRC is that by way of practice and *opinio juris*, customary international law has filled the normative gap and effectively integrated this concept into the rules applicable to NIACs⁴⁶. This is further confirmed by the inclusion of said bridge in the Statute of the International Criminal Court⁴⁷. These clarifications help, albeit not definitely solve, the issue of determining the minimal threshold of armed violence necessary for the consideration of a NIAC. In the best scenario, the standard coined for the detection of obscenity (which is not covered under free speech's Roth Test) by Justice Stewart in *Jacobellis v. Ohio* will be the guiding principle for this assessment. In the vernacular: *I know it when I see it*⁴⁸.

It can be gathered from the rulings of the ICTY and the ICTR in myriads of cases that the determination is truly case-specific. It becomes even more relevant when the nature of modern conflicts is honestly assessed in the context of transnational NIACs. In this regard, Martin Van Creveld pointed out that the trend in modern conflicts was one of low intensity⁴⁹ as opposed to all-out war. In doing this, he challenged the Clausewitzian notion that wars were fought by States, away from the civilian population and for rational ends⁵⁰. If modern conflicts are truly, as pointed out by Van Creveld, characterized for having low intensity in the territory of one State, how can a transnational NIAC (where acts of violence happen in separate countries, without sufficient repetition in the same country to reach the qualification of 'protracted' or 'intense') be considered an armed conflict at all?

⁴⁵ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, Protocol (I) Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 8 June 1977. Available at <https://www.icrc.org/ihl/INTRO/470>

⁴⁶ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, ed. International Committee of the Red Cross (Geneva: International Committee of the Red Cross, 2011).

⁴⁷ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *Rome Statute of the International Criminal Court*. Art. 8(2)(d)

⁴⁸ US SUPREME COURT, *Nico Jacobellis v. Ohio*, 378 US at 197 (Stewart, J., concurring), June 22, 1964

⁴⁹ VAN CREVELD, Martin, *Transformation of War* (New York: Free Press, 2009).

⁵⁰ VON CLAUSEWITZ, Carl, *On War* trans. O.J. Matthijs Jolles (New York: The Modern Library, 1943).

The truth is that if a strictly territorial notion of the applicability of the Geneva Conventions were utilized, it would be impossible to allow for the existence of transnational NIACs. Because, even if these are the same two parties to the conflict, the territorially distant instances of violence cannot be aggregated in order to satisfy the threshold of intensity deemed necessary for the application of IHL. However, legal purism is a bad advisor when the goal is to protect civilian lives in times of armed conflict. The nature of conflict and war does not remain static over time. As all human creations, conflict mutates and evolves to meet the needs and ends of its warriors. In this context, Lind, Nightengale *et al* offer a very honest reality check on the status of the evolution of modern warfare by explaining that:

*In broad terms, fourth generation warfare seems likely to be widely dispersed and largely undefined; the distinction between war and peace will be blurred to the vanishing point. It will be nonlinear, possibly to the point of having no definable battlefields or fronts. The distinction between civilian and military may disappear. Actions will occur concurrently throughout all participants depth*⁵¹

When referring to fourth generation warfare, the authors note that this is the current state-of-the-art type of conflict. It is noteworthy that they include dispersion, in a territorial sense, as one of the keys defining characteristics of modern conflicts. More to the point, the suggestion that there will be no definable battlefields further contributes to the notion that conflicts are now fought globally. If conflicts are fought globally and the parties are the same throughout all of 'battlefield Earth'. Is it, then, unreasonable to make the case for the aggregation of acts of violence as long as they are attributable to the same parties in the context of the same conflict? The answer offered here is that it is the opposite of unreasonable. If laws are permitted to be silent when weapons clash, as Cicero opined, then IHL has failed its mission.

Common Article 3 explicitly States that in order for a conflict to be considered a NIAC it must take place in the territory of one State party. This reasoning begs the question: if the same two parties happen to be fighting the same conflict over different countries, will there be as many NIACs as countries the hostilities

⁵¹ LIND, William et al., *The Changing Face of War: Into the Fourth Generation*, *Marine Corps Gazette* 73, no. 10 (1989). at p. 25

occur in? Or even worse, would none of the 'separate' conflicts amount to a NIAC because none of them meet the intensity requirement spelled out by jurisprudence and customary international law? This logic seems at best counterintuitive to the mission and purpose of International Humanitarian Law. That is, to minimize the suffering of civilians during armed conflict and to provide for minimum restraint among combatants. Additionally, the benefit of allowing for the application of IHL in transnational NIACs is that if non-State armed groups choose to disregard the prohibition laid out in the Geneva Conventions and the customary developments, they can be held accountable and tried for war crimes either by the courts of the State party, the International Criminal Court or any other State in exercise of universal jurisdiction, should a grave breach of the Conventions occur.

3. *Command Structure and identity*

The central tenet of the proposition for the existence of transnational armed conflict rests in the notion of organization and command structure as outlined by IHL. In order to demonstrate that it is in fact the same parties fighting all across the globe the hostilities and violence occurring must be imputable or attributable to those same parties. In the case of a State, it is fairly uncontroversial to make such a determination. Regular armed forces of States use uniforms and are (in most cases) easily distinguishable from combatants who do not belong to such organizations. It is on the part of non-State armed groups where difficulties arise.

These groups can vary greatly in structure and form, and even have no apparent chain of command. As Lind *et al* suggest, modern conflicts have the tendency to display *decreasing dependence on centralized logistics*⁵². It should be noted, nevertheless, that the existing system provides some *inditia* for the identification of what to look for in order to assess the level of organization and command structure of a non-State armed group. The III Geneva Convention, in article 4 (2) offers the following criteria in order to identify which combatants or fighters not affiliated with regular national armed forces can be afforded the status of prisoner of war. The article reads:

⁵² LIND, William, *et al*, *Ibid*. At p. 23

II. Members of other militias and members of other volunteer corps, including those of organized resistance movements, belonging to a Party to the conflict and operating in or outside their own territory, even if this territory is occupied, provided that such militias or volunteer corps, including such organized resistance movements, fulfill the following conditions:

- a.- that of being commanded by a person responsible for his subordinates;*
- b.- that of having a fixed distinctive sign recognizable at a distance;*
- c.- that of carrying arms openly;*
- d.- that of conducting their operations in accordance with the laws and customs of war.⁵³*

The caveat should be made that these characteristics are solely for determining which fighters are entitled to the status of POW and should only be held as black-letter law in the case of International Armed Conflicts. Also, an armed conflict can still occur if the non-State armed group fighters are not entitled to such a privilege.

However, this does not subtract from the utility of these *indicia* to assess the level of organization in a non-State armed group, and their potential to shed light and provide clarity in terms of identifying command and structures within non-State armed groups. Especially where the command of one or more persons is discernible over the group and the fighters carry out the orders given by those in command. The premise assumed here would be something along the lines of the famous *Duck test* unintentionally coined by the poet James Whitcomb Riley. In paraphrasing the artist: if it looks like an armed organization, behaves like an armed organization and battles like an armed organization, then it is not unreasonable to affirm that it probably is an armed organization. Note, however, that there is no one-size-fits-all solution to the problem of organization. As with the requirement of intensity, what the interpreter or adjudicator should look for is for the existence of a minimal degree of organization that makes it safe to assume a chain of command in order to establish the possibility to attribute orders to hierarchical superiors. It should be highlighted that the ICTY has a very functional approach to this issue and is comfortable

⁵³ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, Geneva, August 12, 1949. Art. 4(2) Available at <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=2F681B08868538C2C12563CD0051AA8D>

with the notion that the sufficiency of organization in any particular case is fact-specific⁵⁴.

The real thing to look for, as far as this work is concerned, is that the members of a non-State armed group (regardless of the actual place where hostilities may take place) actually belong to the same organization by affiliation and action, recognized by both the principal and the agent.

It would not suffice for them to claim to be affiliated with it, as happens often with terrorist networks. It should be self-evident or, at least a demonstrable proposition, that the fighters are part of a broader movement; in this case with transnational reach and that they conduct their activities in furtherance of the conflict, and that they fight on behalf of the organization and under its command. In this context, Schmitt has argued that:

The activities of organized armed groups may only be combined to satisfy the intensity criterion when the groups concerned can reasonably be characterized as a single coherent organization operating collaboratively⁵⁵.

As was noted above, the fact that it can be reasonably proved that these fighters carry out their hostile activities as part of a singular and coherent organization would allow for aggregation of separate acts of violence. It would be after all the same State and the same non-State armed group fighting on different locations. The reader will note that this consequence is based on logic rather than on normative preferences or assumed prescriptions of what the law ought to be. It is merely an attempted answer to the changing face of modern conflict, which simultaneously serves the purpose of keeping IHL relevant without betraying the intent of States, the ultimate legislators of international law.

IV] Conclusions

If International Humanitarian Law's purpose is truly to protect civilians in times of armed conflict and to minimize the unnecessary sufferings of those afflicted by armed violence, then it cannot close its eyes when conflict is in sight. While the qualms associated with an excessive use of the characterization of armed

⁵⁴ *Prosecutor V. Haradinaj Et Al (Judgement)*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. IT-04-84-T (2008). § 60. ^[1] ^[2] ^[3] ^[4] ^[5] ^[6] ^[7] ^[8] ^[9] ^[10] ^[11] ^[12] ^[13] ^[14] ^[15] ^[16] ^[17] ^[18] ^[19] ^[20] ^[21] ^[22] ^[23] ^[24] ^[25] ^[26] ^[27] ^[28] ^[29] ^[30] ^[31] ^[32] ^[33] ^[34] ^[35] ^[36] ^[37] ^[38] ^[39] ^[40] ^[41] ^[42] ^[43] ^[44] ^[45] ^[46] ^[47] ^[48] ^[49] ^[50] ^[51] ^[52] ^[53] ^[54] ^[55] ^[56] ^[57] ^[58] ^[59] ^[60] ^[61] ^[62] ^[63] ^[64] ^[65] ^[66] ^[67] ^[68] ^[69] ^[70] ^[71] ^[72] ^[73] ^[74] ^[75] ^[76] ^[77] ^[78] ^[79] ^[80] ^[81] ^[82] ^[83] ^[84] ^[85] ^[86] ^[87] ^[88] ^[89] ^[90] ^[91] ^[92] ^[93] ^[94] ^[95] ^[96] ^[97] ^[98] ^[99] ^[100] ^[101] ^[102] ^[103] ^[104] ^[105] ^[106] ^[107] ^[108] ^[109] ^[110] ^[111] ^[112] ^[113] ^[114] ^[115] ^[116] ^[117] ^[118] ^[119] ^[120] ^[121] ^[122] ^[123] ^[124] ^[125] ^[126] ^[127] ^[128] ^[129] ^[130] ^[131] ^[132] ^[133] ^[134] ^[135] ^[136] ^[137] ^[138] ^[139] ^[140] ^[141] ^[142] ^[143] ^[144] ^[145] ^[146] ^[147] ^[148] ^[149] ^[150] ^[151] ^[152] ^[153] ^[154] ^[155] ^[156] ^[157] ^[158] ^[159] ^[160] ^[161] ^[162] ^[163] ^[164] ^[165] ^[166] ^[167] ^[168] ^[169] ^[170] ^[171] ^[172] ^[173] ^[174] ^[175] ^[176] ^[177] ^[178] ^[179] ^[180] ^[181] ^[182] ^[183] ^[184] ^[185] ^[186] ^[187] ^[188] ^[189] ^[190] ^[191] ^[192] ^[193] ^[194] ^[195] ^[196] ^[197] ^[198] ^[199] ^[200] ^[201] ^[202] ^[203] ^[204] ^[205] ^[206] ^[207] ^[208] ^[209] ^[210] ^[211] ^[212] ^[213] ^[214] ^[215] ^[216] ^[217] ^[218] ^[219] ^[220] ^[221] ^[222] ^[223] ^[224] ^[225] ^[226] ^[227] ^[228] ^[229] ^[230] ^[231] ^[232] ^[233] ^[234] ^[235] ^[236] ^[237] ^[238] ^[239] ^[240] ^[241] ^[242] ^[243] ^[244] ^[245] ^[246] ^[247] ^[248] ^[249] ^[250] ^[251] ^[252] ^[253] ^[254] ^[255] ^[256] ^[257] ^[258] ^[259] ^[260] ^[261] ^[262] ^[263] ^[264] ^[265] ^[266] ^[267] ^[268] ^[269] ^[270] ^[271] ^[272] ^[273] ^[274] ^[275] ^[276] ^[277] ^[278] ^[279] ^[280] ^[281] ^[282] ^[283] ^[284] ^[285] ^[286] ^[287] ^[288] ^[289] ^[290] ^[291] ^[292] ^[293] ^[294] ^[295] ^[296] ^[297] ^[298] ^[299] ^[300] ^[301] ^[302] ^[303] ^[304] ^[305] ^[306] ^[307] ^[308] ^[309] ^[310] ^[311] ^[312] ^[313] ^[314] ^[315] ^[316] ^[317] ^[318] ^[319] ^[320] ^[321] ^[322] ^[323] ^[324] ^[325] ^[326] ^[327] ^[328] ^[329] ^[330] ^[331] ^[332] ^[333] ^[334] ^[335] ^[336] ^[337] ^[338] ^[339] ^[340] ^[341] ^[342] ^[343] ^[344] ^[345] ^[346] ^[347] ^[348] ^[349] ^[350] ^[351] ^[352] ^[353] ^[354] ^[355] ^[356] ^[357] ^[358] ^[359] ^[360] ^[361] ^[362] ^[363] ^[364] ^[365] ^[366] ^[367] ^[368] ^[369] ^[370] ^[371] ^[372] ^[373] ^[374] ^[375] ^[376] ^[377] ^[378] ^[379] ^[380] ^[381] ^[382] ^[383] ^[384] ^[385] ^[386] ^[387] ^[388] ^[389] ^[390] ^[391] ^[392] ^[393] ^[394] ^[395] ^[396] ^[397] ^[398] ^[399] ^[400] ^[401] ^[402] ^[403] ^[404] ^[405] ^[406] ^[407] ^[408] ^[409] ^[410] ^[411] ^[412] ^[413] ^[414] ^[415] ^[416] ^[417] ^[418] ^[419] ^[420] ^[421] ^[422] ^[423] ^[424] ^[425] ^[426] ^[427] ^[428] ^[429] ^[430] ^[431] ^[432] ^[433] ^[434] ^[435] ^[436] ^[437] ^[438] ^[439] ^[440] ^[441] ^[442] ^[443] ^[444] ^[445] ^[446] ^[447] ^[448] ^[449] ^[450] ^[451] ^[452] ^[453] ^[454] ^[455] ^[456] ^[457] ^[458] ^[459] ^[460] ^[461] ^[462] ^[463] ^[464] ^[465] ^[466] ^[467] ^[468] ^[469] ^[470] ^[471] ^[472] ^[473] ^[474] ^[475] ^[476] ^[477] ^[478] ^[479] ^[480] ^[481] ^[482] ^[483] ^[484] ^[485] ^[486] ^[487] ^[488] ^[489] ^[490] ^[491] ^[492] ^[493] ^[494] ^[495] ^[496] ^[497] ^[498] ^[499] ^[500] ^[501] ^[502] ^[503] ^[504] ^[505] ^[506] ^[507] ^[508] ^[509] ^[510] ^[511] ^[512] ^[513] ^[514] ^[515] ^[516] ^[517] ^[518] ^[519] ^[520] ^[521] ^[522] ^[523] ^[524] ^[525] ^[526] ^[527] ^[528] ^[529] ^[530] ^[531] ^[532] ^[533] ^[534] ^[535] ^[536] ^[537] ^[538] ^[539] ^[540] ^[541] ^[542] ^[543] ^[544] ^[545] ^[546] ^[547] ^[548] ^[549] ^[550] ^[551] ^[552] ^[553] ^[554] ^[555] ^[556] ^[557] ^[558] ^[559] ^[560] ^[561] ^[562] ^[563] ^[564] ^[565] ^[566] ^[567] ^[568] ^[569] ^[570] ^[571] ^[572] ^[573] ^[574] ^[575] ^[576] ^[577] ^[578] ^[579] ^[580] ^[581] ^[582] ^[583] ^[584] ^[585] ^[586] ^[587] ^[588] ^[589] ^[590] ^[591] ^[592] ^[593] ^[594] ^[595] ^[596] ^[597] ^[598] ^[599] ^[600] ^[601] ^[602] ^[603] ^[604] ^[605] ^[606] ^[607] ^[608] ^[609] ^[610] ^[611] ^[612] ^[613] ^[614] ^[615] ^[616] ^[617] ^[618] ^[619] ^[620] ^[621] ^[622] ^[623] ^[624] ^[625] ^[626] ^[627] ^[628] ^[629] ^[630] ^[631] ^[632] ^[633] ^[634] ^[635] ^[636] ^[637] ^[638] ^[639] ^[640] ^[641] ^[642] ^[643] ^[644] ^[645] ^[646] ^[647] ^[648] ^[649] ^[650] ^[651] ^[652] ^[653] ^[654] ^[655] ^[656] ^[657] ^[658] ^[659] ^[660] ^[661] ^[662] ^[663] ^[664] ^[665] ^[666] ^[667] ^[668] ^[669] ^[670] ^[671] ^[672] ^[673] ^[674] ^[675] ^[676] ^[677] ^[678] ^[679] ^[680] ^[681] ^[682] ^[683] ^[684] ^[685] ^[686] ^[687] ^[688] ^[689] ^[690] ^[691] ^[692] ^[693] ^[694] ^[695] ^[696] ^[697] ^[698] ^[699] ^[700] ^[701] ^[702] ^[703] ^[704] ^[705] ^[706] ^[707] ^[708] ^[709] ^[710] ^[711] ^[712] ^[713] ^[714] ^[715] ^[716] ^[717] ^[718] ^[719] ^[720] ^[721] ^[722] ^[723] ^[724] ^[725] ^[726] ^[727] ^[728] ^[729] ^[730] ^[731] ^[732] ^[733] ^[734] ^[735] ^[736] ^[737] ^[738] ^[739] ^[740] ^[741] ^[742] ^[743] ^[744] ^[745] ^[746] ^[747] ^[748] ^[749] ^[750] ^[751] ^[752] ^[753] ^[754] ^[755] ^[756] ^[757] ^[758] ^[759] ^[760] ^[761] ^[762] ^[763] ^[764] ^[765] ^[766] ^[767] ^[768] ^[769] ^[770] ^[771] ^[772] ^[773] ^[774] ^[775] ^[776] ^[777] ^[778] ^[779] ^[780] ^[781] ^[782] ^[783] ^[784] ^[785] ^[786] ^[787] ^[788] ^[789] ^[790] ^[791] ^[792] ^[793] ^[794] ^[795] ^[796] ^[797] ^[798] ^[799] ^[800] ^[801] ^[802] ^[803] ^[804] ^[805] ^[806] ^[807] ^[808] ^[809] ^[810] ^[811] ^[812] ^[813] ^[814] ^[815] ^[816] ^[817] ^[818] ^[819] ^[820] ^[821] ^[822] ^[823] ^[824] ^[825] ^[826] ^[827] ^[828] ^[829] ^[830] ^[831] ^[832] ^[833] ^[834] ^[835] ^[836] ^[837] ^[838] ^[839] ^[840] ^[841] ^[842] ^[843] ^[844] ^[845] ^[846] ^[847] ^[848] ^[849] ^[850] ^[851] ^[852] ^[853] ^[854] ^[855] ^[856] ^[857] ^[858] ^[859] ^[860] ^[861] ^[862] ^[863] ^[864] ^[865] ^[866] ^[867] ^[868] ^[869] ^[870] ^[871] ^[872] ^[873] ^[874] ^[875] ^[876] ^[877] ^[878] ^[879] ^[880] ^[881] ^[882] ^[883] ^[884] ^[885] ^[886] ^[887] ^[888] ^[889] ^[890] ^[891] ^[892] ^[893] ^[894] ^[895] ^[896] ^[897] ^[898] ^[899] ^[900] ^[901] ^[902] ^[903] ^[904] ^[905] ^[906] ^[907] ^[908] ^[909] ^[910] ^[911] ^[912] ^[913] ^[914] ^[915] ^[916] ^[917] ^[918] ^[919] ^[920] ^[921] ^[922] ^[923] ^[924] ^[925] ^[926] ^[927] ^[928] ^[929] ^[930] ^[931] ^[932] ^[933] ^[934] ^[935] ^[936] ^[937] ^[938] ^[939] ^[940] ^[941] ^[942] ^[943] ^[944] ^[945] ^[946] ^[947] ^[948] ^[949] ^[950] ^[951] ^[952] ^[953] ^[954] ^[955] ^[956] ^[957] ^[958] ^[959] ^[960] ^[961] ^[962] ^[963] ^[964] ^[965] ^[966] ^[967] ^[968] ^[969] ^[970] ^[971] ^[972] ^[973] ^[974] ^[975] ^[976] ^[977] ^[978] ^[979] ^[980] ^[981] ^[982] ^[983] ^[984] ^[985] ^[986] ^[987] ^[988] ^[989] ^[990] ^[991] ^[992] ^[993] ^[994] ^[995] ^[996] ^[997] ^[998] ^[999] ^[1000]

⁵⁵ SCHMITT, Michael, *Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict*, At p. 105

conflict to any situation are very real and material, this should not prejudice the progressive nature of IHL. In fact, IHL is one of the fields of international law that can be characterized as more progressive, even if it is still backwards looking (as all law is).

By ignoring the possible existence of transnational NIACs or negating their legal consideration altogether, IHL would be forfeiting its mission. The principle of humanity as enshrined in the whole of the Geneva Conventions must orient the interpretation of IHL in order to keep it useful and relevant. It is this same principle of humanity and the very purpose of this field of law that calls for a reconsideration of the constraints that the territoriality notion carries along in the realm of NIACs.

By stressing the requirement of organization/command structure and attributability to the same parties of the hostilities occurring in different territories, aggregation of incidents of armed violence comes as a natural consequence. This adding up of territorially seemingly-disconnected episodes of violence allows for the satisfaction of the *minimal threshold* requirement in a manner that allows for the application of IHL and specifically Common Article 3. It goes without saying that in this case, more is more. Especially when what is meant by more is ampler safeguards for protected categories and more room for efficiency in combating Hydra-like enemies like transnational terrorism or belligerent transnational criminal networks.

Another debate is whether it is best to apply IHL or International Human Rights Law in a mixed or blurred armed conflict/law-enforcement paradigm. The central argument in that discussion is ostensibly one of efficiency *versus* rights. Further investigations could look into that debate in order to assess not only if it is legally feasible but also whether it is desirable as a matter of prospective outcomes. However, an educated guess that takes stock of the complementary nature of Human Rights when IHL application is feasible, would diminish said debate to one situated in the gray, rather than in a false binary.

References

- DOBOS, Ned, *Insurrection and Intervention: The two faces of sovereignty*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012
- DRAPER, Irving, *The Legal Classification of Belligerent Individuals*, Centre du droit international de L'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1998
- FLECK, Dieter, *The law of non-international armed conflicts* in Dieter, Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*
- HELLER, H. *La Soberanía*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1965

HESTERMAN, Jennifer L. *The Illusion of War: Is Terrorism a Criminal Act or an Act of War?* Mackenzie Institute. Available at: <http://www.mackenzieinstitute.com/illusion-war-terrorism-criminal-act-act-war/>

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, *Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Geneva, ICRC, 1949

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, *Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War*, Geneva, ICRC, 1949, Available

at <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=2F681B08868538C2C12563CD0051AA8D>

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, *Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, 12 August 1949, available at <http://www.icrc.org/ihl.nsf/com/380-6000006>

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, *How Is the Term 'Armed Conflict' Defined in International Humanitarian Law? Opinion Paper*, March 2008

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, Geneva, 2011

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, *The Relevance of IHL in the Context of Terrorism*, Available at: <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/terrorism-ihl-210705.htm>.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States), Merits (27 June 1986), 114, ICJ Reports 14

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *Rome Statute of the International Criminal Court*, 1998

LIND, William, et al, *The Changing Face of War: Into the Fourth Generation*, Marine Corps Gazette 73, ed.10,1989

MELZER, Niels, *Targeted Killings in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008

Prosecutor vs. *Dusko Tadic* (Appeal Judgement), International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. IT-94-1-A (1999)

Prosecutor vs. *Haradinaj et Al* (Judgement), International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. IT-04-84-T (2008)

SASSÓLI, Marco, *Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law*, HPCR Occasional Paper Series 6, 2006

SCHMITT, Eric, and Thom Shanker, *U.S. Officials Retool Slogan for Terror War*, New York Times, 2015

SCHMITT, Michael, *Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict*, Military Law and Law of War 52, no. 1, 2013

SOLIS, Gary, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010

UNITED NATIONS, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969

VAN CREVELD, Martin, *Transformation of War*, New York: Free Press, 2009

VITÉ, Sylvain, *Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations*, *International Review of the Red Cross* 91, no. 873, 2009

VON CLAUSEWITZ, Carl, *On War*, Translated by O.J. Matthijs Jolles, New York, The Modern Library, 1943

WATKINS, Kenneth, *21st Century conflict and international humanitarian law: Status Quo or change? in Schmitt and Pejic, International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2007

Construcción de la ciencia jurídica y sus doctrinas

Reflexiones sobre la investigación jurídica

JORGE ALBERTO SILVA¹

SUMARIO: I. *Un acercamiento al concepto de investigación.* II. *La figura del investigador.* III. *La libertad de pensar como condición para investigar.* IV. *Un poco más sobre ser investigador y su libertad.* V. *La soledad como el principal acompañante del investigador.* VI. *El objeto de investigación.* VII. *Experiencia o conocimiento previo para comenzar a investigar.* VIII. *Conocimiento interdisciplinario.* IX. *El plano cultural que rodea la investigación.* X. *Conocimiento de marcos teóricos e instrumentos para comenzar.* XI. *Herramientas locales o extranjeras.* XII. *Título para ser investigador.*

Resumen. El autor presenta a un grupo de alumnos una serie de juicios y consejos sobre la investigación jurídica. Alude al investigador, su libertad para investigar, la soledad que lo cubre, sus experiencias, plano cultural en que se desarrolla, así como las herramientas que se necesitan, y el grado académico requerido.

Palabras clave: libertad para investigar, investigador, soledad, plano cultural.

Abstract. *The author presents to a group of students some judgments and advice about legal research. He refers to research, freedom to investigate, his loneliness, his experiences, the cultural background where he engages, as well as the tools needed, and professional degree required.*

¹ Profesor investigador, miembro del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, CONACyT (nivel III). El presente documento corresponde a la transcripción de una plática expuesta en el año 2015 frente a algunos estudiantes interesados en la investigación jurídica. Fue grabada por uno de ellos y su autor ha asentado las notas al pie de página, dejando la exposición con el sabor a una conversación o coloquio. La transcripción ha sido adaptada para cumplir con los requisitos de formato de la revista Perspectiva Jurídica.

Keywords: *freedom to research, researcher, loneliness, cultural background.*

Este artículo ha sido preparado quitando el enfoque *academicista*, para que no sea complicado, sino simple y sobrio. Es un tema que siempre me ha agradado tratar con estudiantes, es por ello que se expondrá un poquito de muchas cosas relacionadas con la investigación jurídica; en general, me detendré en algunas reflexiones, adelantando que no se tratará sobre procedimientos para realizar investigación.

Investigar no es algo que se aprenda en una plática, en un artículo, ni en una clase, aunque sea de cien o mil horas, ni tampoco basta leer muchos libros sobre investigación. Aunque hay que tener un cierto conocimiento de lo leído, hay una variable que intercede en esta tarea, que es la *experiencia*, la cual proporciona destrezas, habilidades, pericia, entre otras cosas.²

El presente artículo tratará, en general, de cosas como las siguientes: lo que es una investigación, quién es un investigador, la libertad como una condición para investigar, así como del ser casi imperceptible del investigador, abordaré algo sobre el objeto de la investigación y niveles como se puede hablar del derecho (solo una alusión), las experiencias para comenzar a investigar, incluido un cierto conocimiento interdisciplinario; el plano cultural que rodea a la investigación, resaltaré algo sobre los marcos teóricos, las disciplinas necesarias que deben tomarse en cuenta, procuraré destacar la importancia de las herramientas locales, y el título universitario requerido para investigar.

En fin, un poco de introspecciones que no serán precisamente sobre medios o consejos para investigar, sino de reflexiones, un tanto filosóficas.

Destacaré la libertad para investigar y el aislamiento en que vive un investigador. Esperando que les guste y ayude en las metas que se propongan.

I] Un acercamiento al concepto de investigación

¿Qué quiero decir por investigar? Aunque no me detendré mucho en una definición acerca de la investigación, la nota principal que la caracteriza se corresponde con una actividad realizada para

² Bunge expresa que *los procedimientos de la investigación se dominan investigando, y los meta-científicos debieran por ello practicarlos antes que emprender su análisis*. BUNGE, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1985, p. 62.

obtener un resultado, específicamente, un conocimiento nuevo. Me explicaré: no se trata de cualquier actividad, sino de una actividad que aspira a lo científico, requiriendo de los instrumentos adecuados para ello.

Tampoco consiste reproducir lo leído, tomando un poco de aquí y de allá, de diversos textos, más bien, procura un conocimiento nuevo, no la reproducción de otro existente. Es a partir del objeto de conocimiento que se crean teorías y un nuevo discurso, al menos, se reformula el derecho.

Es una actividad compleja. No se me confundan con la mal llamada *investigación documental*, que en algunas instituciones educativas es impartida como una clase. Ésta, se reduce a un llenado de cartoncitos, tarjetas o fichas. Eso no es investigación. Con llenar tarjetas no se investiga. La investigación no se reduce a la tarea de *fichar*, aunque estas fichas las alojen en un disco duro.

El objeto de conocimiento que da lugar a la investigación, es decir, el mundo o datos sobre los que se investiga es caótico, ¡vamos!, un caos.³ La investigación, desde su inicio es una actividad que se encuentra enmarañada, es complicada, embarazosa, pero, sobre todo, problemática. De hecho, la investigación comienza a partir de un problema que carece de respuesta o que cuenta con una respuesta con la que no se está de acuerdo.

Por favor, no se me confundan: investigar no es leer libros de investigación documental, ni llenar tarjetas, ni parafrasear lo que otros dicen. Más bien, procura un nuevo conocimiento. Este es el acento principal que caracteriza a la investigación. Es una actividad compleja. Comienza a partir de lo desconocido, lo enmarañado, de algo difícil de decidir porque tal vez no se ha dicho nada. Comienza con un problema. No esperen que la respuesta ya esté escrita.

II] La figura del investigador

Hay todavía quienes piensan que un investigador es un anciano, con barba, distraído, que conoce todo tipo de soluciones, un sabio tal vez de otro mundo. El cine nos lo pinta como aquel que

³ Como lo explica Gregorio Robles: *Es famosa la afirmación de Kant según la cual el mundo es un caos fenoménico solo cognoscible gracias a nuestros esquemas de pensamiento. La potente mente humana organiza el caos exterior, y lo organiza aplicando a éste las categorías que solo la razón produce. La interioridad se impone sobre la exterioridad, la conciencia sobre la materia, el hombre sobre el mundo. Y de esta aplicación surge el sistema o los sistemas de conocimiento que hacen posible la descripción y explicación del mundo natural.* ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Epistemología y derecho*, Madrid, Pirámide, 1982, p. 147.

tiene una hija guapa, que ha sido secuestrada y que hombres del mal la raptan para secuestrar al investigador y así poder conquistar el mundo, pues cuenta con un descubrimiento codiciado por los mafiosos. Estas farsas que estereotipan al investigador, lo hacen interesante y ponen los reflectores sobre el mismo, pues no necesariamente es un viejo, distraído y con una hija o que otros poderosos tratan de llevárselo para conquistar el mundo.

El investigador no es un ser que repite el conocimiento de otros o que hace una ensalada de todo conocimiento ya producido y da a conocer un resultado de lo ya existente, aunque sea con otro color. Tampoco es un ser que resuelva todo tipo de problemas, incluso, imaginarios, productos de especulación. Trabaja con problemas reales. Parte de una realidad social y jurídica. La metafísica, la astrología, la numerología, el tarot o la quiromancia, no le preocupan.

Un investigador es un ser igual que cualquiera de ustedes, es un ser normal, que no necesariamente posee un cociente intelectual altísimo, ni tampoco es un sabio que conoce y domina todo tipo de conocimientos.

Un investigador es una persona tan normal que lo único que puede diferenciarlo de otras muchas personas es que enjuicia lo que le dicen a partir de ciertas reglas y que posee una práctica en la investigación. Es una persona que procura producir un conocimiento especial, que puede emplearse para resolver un específico tipo de problemas.

A diferencia de un político, un investigador, es el primero en reconocer sus errores y el primero en tratar de corregirlos. Normalmente acepta su equivocación.

El investigador llega hasta el momento en que da a conocer los resultados de su investigación. Difícilmente se queda a mitad del camino, y difícilmente llega a poner en ejecución los resultados de su conclusión. No necesariamente se empeña en transformar, en términos de hecho, a la sociedad. Expone el fenómeno investigado, las razones que ha tomado y los resultados. Explica el fenómeno que analiza, y si acaso observa errores en los seres humanos, el gobierno o la sociedad. No es el individuo que toma las armas para cambiar al grupo social, ni el que anda con pintas sobre edificios y se enfrenta a la policía. En el mejor de los casos, prefiere convencer que imponer.

No es necesario que ese investigador sea afamado, conocido y altamente respetado por los suyos. Si algo de esto ocurre, no es porque sea investigador, sino por otras razones, que, dicho sea de paso, no han sido propiciadas por el investigador. Normalmente no las busca. Einstein o Kelsen no hubieran sido tan

conocidos, si no es por haber sido judíos durante el gobierno hitleriano. Los mejores investigadores son tranquilos, no gustan de alabanzas, ni ser parte de un espectáculo, como lo hacen cantantes y actrices. No buscan para sí ser famosos.

Un investigador es un sujeto que investiga. Permítanme exponer lo que al respecto dice el documento titulado *Camino a un marco europeo sobre las carreras de investigación*. Es un documento que fue elaborado por la Comisión Europea. Ahí, en el apartado denominado *doctorado en general para la investigación e innovación* (2011), se asienta: *Los investigadores son profesionales que trabajan en la concepción o creación de nuevos conocimientos, productos, procesos, métodos y sistemas, así como en la gestión de los proyectos en cuestión.*⁴ ¿Observaron con detención lo anterior? Buscan nuevos conocimientos, no repetir lo que otros han dicho.

Cabe añadir que la palabra investigador es un adjetivo que suele ser cargado con un sentido emotivo. El que investiga es el que anda detrás de alguna huella, de algún vestigio (por aquí está su origen etimológico). Hay muchos a quienes les gustaría que les dijieran *investigador*. Es casi un título honorífico, un mérito que *levanta, enorgullece* a quien le otorgan ese calificativo. Por desgracia, ese *título de orgullo* no se corresponde con el trato que una gran mayoría de personas le dispensa. Incluso en la universidad en que trabaja, en donde solo es un número, un burócrata que está por debajo de los directivos.

Hay otros que se aprovechan del trabajo del investigador, por ejemplo, los políticos o los comerciantes que disfrutan de los productos de ese investigador. Hay ejemplos de investigadores que han fallecido tan pobres o más pobres que como nacieron y, otros tantos, que han producido y han sido olvidados. Varias de las instituciones, hoy conocidas, son producto de investigadores, pero el mérito se le suele atribuir a un político o alguna otra persona.

Hay un dato que deseo enfatizar: no todos los juristas poseen las habilidades para investigar, sobre todo cuando carecen de paciencia, aunque digan que investigan.

Su vida es esa: seguir procedimientos para alcanzar una respuesta a un problema. Su vida es una práctica constante. Permítanme presentarles una metáfora: aquél que desea aprender a tocar el piano, pero que solo quiere aprender teniendo al frente un pizarrón nunca aprenderá. Es necesario que practique, que haga investigación. El pianista se hace pianista tocando las teclas, no

⁴ *Towards a European framework for research careers*, Consultado en http://ec.europa.eu/euraxess/pdf/research_policies/Towards_a_European_Framework_for_Research_Careers_final.pdf.

sentado escuchando al músico que le platica sus emociones e interpretando alguna pieza, incluso, mostrándole sus notas musicales. Podemos sentirnos emocionados al escuchar esa pieza musical, pero eso no nos torna en músicos.

III] La libertad de pensar como condición para investigar

Una nota que caracteriza al investigador es su libertad para pensar, que no esté supeditado al pensamiento de otros. ¡Vamos!, que no sea manipulado. Expreso lo anterior, porque en otras épocas debía de seguirse ciertas líneas de pensamiento (dogmas). Uno de los capítulos de la historia más conocidos se relaciona con los trabajos y presiones en contra de Galileo Galilei.⁵ Las proposiciones a partir de las cuales comenzar no deben estar sujetas a dogmas previos. Eso no es aceptado en un investigador que se precie de ser tal. La libertad de pensamiento es fundamental.

Para investigar se requiere que pensemos por nosotros mismos, que no sean otros los que piensen por nosotros. Debemos gozar de la libertad para pensar y para decir lo que se piensa.

Les recordaré que después de los griegos de la antigüedad, durante siglos y siglos el pensamiento estuvo subordinado a lo que la Iglesia nos decía. En especial, a partir del siglo III. Solo a partir de lo que nos decía podíamos pensar y razonar. Quien no lo hacía así, era seguro que fuese condenado al fuego a partir de la sentencia del inquisidor.

Únicamente hasta después de Descartes, el ser humano comenzó a pensar, pero, sobre todo, cuando fuimos libres de poder pensar. Hasta entonces se vinieron produciendo los grandes cambios en la humanidad. Poco o nada se produjo durante la Edad Media y prácticamente nada el México y la América colonial.

No partan ustedes de un conocimiento atávico. Si quieren ser investigadores olviden todo eso que dicen en la televisión, sobre todo los programas de telebasura, de entrevistas, de vedettes, cantantes, de noticieros que presentan las noticias que el gobierno les proporciona por medio del llamado boletín de prensa (solo son la voz del gobierno en turno). Notas que no respetan la dignidad de las personas. Mejor apaguen su televisor para que piensen y razonen. Dejen de ser conducidos por el *pastor que guía al rebaño*.

⁵ SILVA, Jorge Alberto, El fantasma de la metafísica en la reformulación, en *Metafísica jurídica, ¿Es eficaz en el conocimiento jurídico?*, Juárez, UACJ, 2016, pp. 133 y ss.

No hay que ser reproductores ni dejarse guiar. Hay que crear a partir de nuestra libertad. Tampoco sean pensadores letristas. Sean libres. Ni siquiera se les ocurra trabajar en un *centro de investigación institucional* en donde la investigación obedezca a un patrón (v.g., iglesias, partidos políticos, órganos de gobierno). En los centros de investigación reconocidos en el mundo no es confiable la investigación institucional. La persona de cada investigador es la que debe elegir su problema de investigación.

En el mejor sentido de la palabra, su pensamiento debe ser subversivo. Deben procurar subvertir, cambiar el estado de cosas que nos envenena y estimular aquel estado o situación que pastores y dominadores tratan de apagar.

No basta saber algo, sino también es necesario saberlo transmitir, comunicarlo. Por eso a veces se requiere que un investigador tenga algo de profesor (de *profesor de a de veras*), que no solo se ponga frente a un grupo a repetir lo que dice un libro viejo y desactualizado.

El investigador no se vincula con otras actividades (v.g., el ejercicio de la política, una profesión, el comercio). Por eso se dice que solo en el *ocio* se crea. Ocio entendido como en el que solo cabe pensar, dejando a un lado el trabajo manual y subordinado.

Basta recordar que los grandes pensadores han sido *ociosos*, que no quiere decir inactivos, apáticos u holgazanes. Solo este *ocio* les ha permitido trabajar, pensar y contribuir al pensamiento creador, es decir, a partir de su quietud y libertad de pensamiento. Seguramente por ello Sócrates decía: *los ratos de ocio son lo mejor de nuestras adquisiciones*.

IV] Un poco más sobre ser investigador y su libertad

¿Qué es un investigador? Bueno, ya les mencioné algunas cosas, pero ahora partiré de la filosofía de Martín Heidegger (*Ser y tiempo*). Tomaré en cuenta algunas de sus reflexiones y transportarlas a la libertad de que debe gozar un investigador. Su enfoque sobre la existencia humana es sumamente interesante, aunque no todos los filósofos suelen compartirla.

Este filósofo afirmaba que la ontología tradicional olvidó al ser humano; la historia de la metafísica así lo confirma, según dice. La filosofía actual se preocupa por las cosas, no por el ser humano.

Lo que hoy hacemos es que *cosificamos la conciencia*.⁶ Así lo decía.

Heidegger sostenía que la atención está en el *dasein*, una expresión que traducida significa *ser-ahí* o *ser-así* (el que guarda la verdad del ser),⁷ queriendo decir, que es requerida la presencia del ser en el mundo (denominación de José Gaos), el estar ahí. Hay que explicar al ser en el mundo, explicar su realidad, su relación con el mundo. En el fondo, su filosofía trata una antropología filosófica, más que de una ontología, combatiendo con esta manera de pensar a la metafísica de su momento.

La libertad de pensar es la columna vertebral del investigador que piensa. Para hablar de esta, Heidegger construyó un marco explicativo de lo que somos nosotros, los seres humanos. El *ser o no ser (to be or not to be)* de Shakespeare, Heidegger comenzaba pensando a partir del ser humano.

Decía este filósofo, que vivimos en un mundo de angustia, lo que nos perjudica. Al vivir en la angustia tendemos a negar todo lo que nos perjudica. Tenemos miedo a la muerte y le tenemos miedo porque *el muerto ya no es* (ya no existe más).⁸ No queremos aceptar lo que ya no es. No queremos aceptar *dejar de ser*. Luego entonces, la pregunta obligada es cómo enfrentar a la muerte, lo que no queremos. Y la respuesta es *aceptando todo lo que nos rodea* (lo que es). Como ser humano acepto todo lo que me den, *de eso me nutro*. Mi pensamiento está en lo que me den, lo que está a mí alrededor. A partir de ahí comienzo mi vida en el pensar.⁹ Lo que yo llamo un punto de partida.

Se entiende mejor lo que digo si ejemplifico. Acepto todo lo que diga el Presidente en turno, lo que diga Televisa o TV Azteca, las noticias de López Dóriga, el refresco que se anuncia, los programas que promueven el morbo, el enfrentamiento y descalificación, la falta de respeto, en general, que sustituyen la razón y el conocimiento por la ignorancia. Los seres humanos aceptan todo lo que se les diga (al menos, lo aceptan quienes no rompen las cadenas y se pasan al bando de los que poseen libertad de pensar), especialmente que se percatan que son conducidos por un pastor.

⁶ HEIDEGGER, Martin, *Ser y tiempo*, traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera. Edición electrónica consultada en www.philosophia.cl/ Escuela de Filosofía de la Universidad de Arcis, p. 55.

⁷ *Ibidem*, p. 17.

⁸ *Ibidem*, p. 236.

⁹ *Ibidem*, p. 130.

En el ámbito jurídico acepto todo lo que los otros juristas digan, lo que la Suprema Corte resuelva, lo que la Cámara de Diputados imponga. Vivimos, (la gran mayoría de mexicanos) aplastados, nos satisfacemos con lo que nos digan y nos imponen. Que si Carmelita Salinas es diputada, pues que lo sea, eso hemos aceptado. ¿Hay alguien que se oponga? Aceptamos que se devalúe nuestra moneda y que el Secretario de Hacienda y Crédito Público venga con una explicación desequilibrada, alucinada de que nuestra economía camina en forma excelente, aunque la devaluación sea la mayor en la historia.

En consecuencia, bajo ese esquema de ideas y mensajes que nos oprime y que nos deja sin libertad, de abierta y subrepticia ignorancia, que nos da *pan y circo*, acepto todo lo que otros digan y nos impongan. Incluso, repito, renuevo, lo que me digan. Al investigar, *repito, copio*. No produzco nada nuevo. Como otras gentes, hago como que investigo.

Un investigador bajo este esquema, carece de libertad. Hace como que investiga, hace como que trabaja, hace como que estudia, cuando realmente, ni investiga, ni trabaja, ni estudia. Solo aparenta, engaña, disimula. En general, tiende a negar la ciencia y su conocimiento. ¡No produce nada!

V] La soledad como el principal acompañante del investigador

Aunque el resultado de una investigación suele ser pública, es decir, se da a conocer, el trabajo de la investigación se realiza en el desierto, en el aislamiento, en el retiro. Y es que investigar requiere de recogimiento, aislamiento, casi hasta incomunicarse. La soledad caracteriza al investigador. Varias obras han sido escritas en el desierto, la cárcel o el destierro. El cubículo del investigador de alguna manera refleja el retraimiento, la reclusión, la intimidad. Decía Schopenhauer: *la soledad es la suerte de todos los espíritus excelentes*.

No es una soledad como treta para escudarse en ella y pensar, sino una soledad que también significa, en muchas ocasiones, la falta de respaldo institucional. Por lo general, el investigador carece del auxilio de otras personas para configurar sus expresiones. Como decía García Márquez: *Creo, en realidad, que en el trabajo literario uno siempre está solo. Como un naufrago en medio del mar. Sí, es el oficio más solitario del mundo. Nadie*

*puede ayudarle a uno a escribir lo que está escribiendo.*¹⁰

Quien desee ser investigador debe aceptar la soledad. Trabajar en soledad, solo, unido a los propios pensamientos e inteligencia no debe de asustarlo, al fin y al cabo, cualquier investigador jurídico pensante normalmente trabaja en soledad. Digo, solo, con su computadora, sus libros, sus procedimientos para resolver un problema, dentro de cuatro paredes, sin acompañamiento alguno. El propio ensimismamiento y concentración sobre un objeto de conocimiento resulta placentera a cualquier investigador; es como la musa que cobija e inspira a los grandes descubrimientos. Con gran frecuencia y con nuestros ojos cerrados queremos ver el color del cielo y la respuesta que buscamos. Nos acompaña nuestro conocimiento previo y nuestra experiencia. Ver así el mundo parece fácil, pero no lo es. El investigador debe aprender a sufrir sin que perciba el sufrimiento.

Es posible que acompañe su investigación con una investigación de campo en la que interactúe con otras personas, pero sin controlar las variables; después de haber realizado las entrevistas, encuestas, observaciones y mediciones de la realidad, tiene que pensar, sistematizar y analizar lo que recopilado. Y lo hace en la soledad.

Pensar tampoco es discutir con todo mundo. El acto de razonar y escribir es único, ni se repite ese acto, ni dos personas viven lo mismo. Tal vez, antes de pensar lo que vamos a escribir, podemos comunicarnos con otras gentes, aunque no en el momento en que estamos pensando, razonando y escribiendo. Este es el momento importante de todo filósofo, de todo investigador que razona, aunque ya antes, retrate en su conciencia el mundo del que va a hablar y sin tenerle miedo a los que lo van a oír.

Solo una entremetida curiosidad, una tenaz búsqueda de respuesta es lo que mueve a escribir a los que investigan. Podemos estar o no a favor de lo que dicen y piensan, pero no podemos negar su interés por conocer y dar a conocer.

Pensar, como lo hace un investigador, no es retratar lo que ve. Pensar con pensamiento reflexivo y filosófico es lo que mucha gente difícilmente entiende. No se piensa solo por pensar, se piensa para encontrar una respuesta. Las intuiciones y opiniones solas y aisladas no conducen a un resultado científico, es necesario que pasen por el proceso de comprobación, que es un elemento

¹⁰ MENDOZA, Plinio Apuleyo, *El olor de la guayaba, conversaciones con Gabriel García Márquez*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2005, p. 49.

imprescindible en el investigador.

Otra cosa. Trataré de explicarla con una metáfora. ¿Han observado ustedes lo que ocurre cuando estamos resolviendo una operación matemática (digamos una raíz cuadrada) y nos interrumpen a mitad del razonamiento?; también ha ocurrido que nos den un número de teléfono que no anotamos, e inmediatamente alguien nos pregunta por algo con números. ¿Sabes en que año se inició la Revolución Francesa? Por lo pronto, perdemos el paso y el recuerdo de la operación matemática. Echamos a perder el tiempo y el camino andado en el razonar matemático. De hecho, nos obligamos a volver a comenzar.

Algo semejante ocurre cuando estamos en el proceso de razonamiento jurídico. Si a mitad de nuestro andar nos interrumpen, el camino andado se entorpece; se nubla el horizonte, se problematiza al máximo. Es tanto como derrapar y salir de la carretera. Para pensar y razonar requerimos concentración y atención sobre nuestro objeto de conocimiento. Atendemos a un procedimiento psíquico. Concentrarnos es no olvidar lo que estamos investigando.

Si solo contemplamos y queremos hablar de lo que percibimos, lo podemos hacer sin que nos perturbe alguien que nos interrumpa. Si, por ejemplo, vemos el agua que cae en las cataratas o el gol que anotó nuestro equipo, y en ese momento alguien nos pregunta alguna otra cosa, podemos responder, pero de inmediato volvemos sobre las cataratas o el gol anotado y podemos continuar describiendo una y otro. Pero si alguien nos interrumpe con algo baladí cuando estamos dentro del complejo proceso de razonamiento jurídico, propio de nuestra investigación, esa interrupción nos hace abortar del camino andado y tenemos que volver a comenzar. Por ello es importante tomar en cuenta cada paso que damos en ese procedimiento psíquico, incluso, anotar lo parcialmente alcanzado.

Pero, además, y a pesar de lo intrincado de la investigación, el investigador debe haber comido, de otra manera no podría pensar en lo que va a escribir, salvo que diga: *tengo hambre*. Varios elementos externos auxilian, pero no piensan ni sugieren, aunque son tan necesarios como el alimento. El investigador necesita libros, papel, una silla y lugar donde trabajar, pero, sobre todo, el incentivo, que es un alimento espiritual e indispensable. Una universidad es un elemento espiritual de gran importancia y, ¡vamos! un aliciente para pensar de no haber contado con el mismo. Solo el interés personal nos ha mantenido en busca de la respuesta.

Tampoco basta un cuarto aislado para escribir, son necesarios otros elementos. Los departamentos de investigación

de muchas universidades cuentan con varios de ellos. La posibilidad de platicar, preguntar y decir lo que vamos a decir, es un auxilio trascendental para cualquier investigación, como también lo es el aliciente que estimule. No siempre los investigadores cuentan con ese aliciente. Su soledad es la que los cubre. Por desgracia, no todas las universidades proporcionan este incentivo.

Son afortunados los que investigan y que por ello se les paga. Hay investigadores que no reciben nada a cambio y si encontramos empresas que publican los resultados de una investigación sin retribuir lo justo al investigador. Las empresas libreras son las que explotan al investigador y escritor y les pagan una miseria.

Hemos tenido varios casos en que un abogado litigante le dice a un investigador: *Gracias por su libro, si no hubiera sido por el mismo no hubiera ganado el juicio*. Un juicio que le permitió ganar millones y millones. El caso es que ese investigador nada recibe de ese monetario.

VI] El objeto de investigación

Hay que romper las cadenas que nos atan. Es necesario no cosificar, no *hacer como que investigo*. Debemos ser libres y ver nuestro objeto de conocimiento con libertad.

Quiero hablar ahora a eso que investigamos. Me refiero al objeto de conocimiento. ¿Qué es lo que investigamos?, ¿dónde está nuestra atención a propósito de una investigación? La respuesta es sencilla, investigamos el derecho, ese es nuestro objeto de conocimiento. Pero la expresión lingüística *derecho* significa al menos dos cosas: lo que está prescrito y aquello que decimos de lo que está prescrito (doctrina jurídica). Presento un ejemplo: una cosa es lo que está en nuestras leyes, códigos, constituciones y, otra, el discurso de algún doctrinario que habla de esas leyes.

Nuestro objeto de conocimiento no es precisamente lo que alguien dice acerca de lo prescrito, sino lo prescrito. En este sentido, nuestro objeto de conocimiento es aquello que nos dice *esto está prohibido, permitido u obligado*, esto es, todo aquello que tiene un carácter prescriptivo. Digo lo anterior, porque lo que digamos nosotros, como simples particulares o investigadores no es una prescripción, más bien, podría llegar alcanzar la naturaleza de una doctrina jurídica.

Pues bien, eso que está en un lenguaje prescriptivo es lo que llamamos derecho y ese es nuestro objeto de conocimiento, el objeto de conocimiento en una investigación.

¿Cómo se caracteriza ese objeto de conocimiento?, ¿se define, acaso, en forma ostensible?, ¿lo percibimos por medio de nuestros sentidos? Comienzo por recordarles que el derecho (el objeto de conocimiento) no existe en la naturaleza como un ser sensible, como existe en otras ciencias. Por ejemplo, no existe como la sangre que el hematólogo investiga, la lava que el vulcanólogo investiga, el ventrículo en el corazón que el cardiólogo investiga, el mercurio que el químico investiga, la tierra que el geógrafo investiga, los materiales, los colores que el arquitecto investiga, etc.

El derecho no lo podemos ver, oír, tocar, oler, sentir. Acaso saben ustedes ¿de qué color es la litispendencia, la cosa juzgada, una norma, una sociedad anónima, un delito?, ¿acaso el derecho es lo que se *siente*? Si nuestro objeto de conocimiento no se percibe por medio de los sentidos, entonces ¿qué necesito hacer para conocerlo?, ¿cuáles son las propiedades del derecho (de algo que no se ve, toca, huele)?, ¿cómo puedo investigar lo que no está en el mundo sensible?

Durante mucho tiempo se nos ha dicho que ese objeto de conocimiento es el que Dios, la naturaleza o la simple razón nos proporcionan. Esto es lo que tratan de hacerme creer que es derecho. Pero el problema, si eso es así, entonces, no gozo de la libertad de la que venía hablando. ¿Cómo puedo constatar que eso que me dicen que es derecho, es realmente derecho? Si no lo puedo constatar o verificar, entonces me tengo que someter a lo que otros digan, lo cual es inaceptable.

¿Qué es entonces el derecho? Adelanto, por lo pronto, que es un constructo, algo creado por los seres humanos. Somos nosotros los que creamos el derecho, llámeseles legisladores, dictadores o reyes. Ese es nuestro objeto de conocimiento.

Ahora, la otra cuestión es ¿dónde queda la investigación jurídica? Nuestra investigación y su resultado no es lo mismo que lo que está prescrito. Este resultado, al que conocemos como *jurisprudencia* (en su acepción ciencia del derecho) o simplemente *doctrina jurídica*, corresponde a lo que decimos acerca de nuestro objeto de conocimiento. Esa doctrina o jurisprudencia requiere de un procedimiento para un discurso que hable del lenguaje objeto.

La investigación, por tanto, es un procedimiento que sigue ciertas reglas y que puede llegar a conformar una doctrina, teniendo como objeto de conocimiento al lenguaje o discurso prescriptivo.

En el resultado de nuestra investigación se encuentra lo que decimos acerca del derecho prescrito. Pero aquí hay que tener cuidado, no todo lo que digamos acerca de ese objeto es producto

de una investigación. Solemos hablar del derecho desde diferentes perspectivas. Los periodistas hablan con frecuencia del derecho, pero lo que dicen no es resultado de una investigación jurídica. Muchos abogados en los tribunales hablan del derecho, pero eso tampoco deriva de una investigación.

Sobre el derecho podemos decir muchas cosas, pero, sobre todo hay varios niveles de lo que digamos acerca del derecho. Lo anterior depende de la perspectiva desde la cual contemplamos a nuestro objeto de conocimiento.

No me detendré sobre este punto, que está más relacionado con el resultado de la investigación, que con el procedimiento de investigación. Solo recordaré que los niveles que suelen tratarse son los que corresponden a la llamada dogmática, la teoría y la filosofía jurídicas.

VII] Experiencia o conocimiento previo para comenzar a investigar

Para investigar se requiere la voluntad subordinada en su contenido al objeto de conocimiento, procurando no rebasar nuestras limitaciones y capacidades. Tomen en cuenta que no se puede comenzar a investigar si el tema general que se desea conocer es desconocido. Se requiere partir satisfaciendo algunas condiciones, las cuales se destacarán en los párrafos que siguen.

Deseos, perseverancia en el trabajo y ganas de investigar (no basta solo interesarse por los puntos que la universidad otorga a cambio del pago). Lo que hacen muchos de los *investigadores* es trabajar para la obtención de puntos, realizando una actividad burocrática que parece investigación, pero que no lo es. Y menciono lo anterior por la experiencia que acumulé en una Comisión de Evaluación en la que laboré hace algunos años, así como por mi actividad de evaluador que he desempeñado en algunos centros de investigación.

Curiosidad, paciencia, saber construir un análisis crítico.

Experiencia mínima, de preferencia en la docencia, pero más importante, en la investigación. Para investigar no basta trabajar cuatro horas al día. En realidad, la investigación nos lleva más de ocho horas al día, otra cosa es disimulo, engaño, artificios para obtener un sueldo, que es injusto (porque no se lo merece).

Debe saber diferenciar lo que es el derecho y lo que es reformular ese derecho. Una cosa es lo que está prescrito y otra lo que va a decir de eso que se llama derecho. Una cosa son las leyes y el lenguaje imperativo y otro, lo va a decir de ese lenguaje: diferenciar lenguaje objeto de metalenguaje. El investigador va a

producir metalenguaje o metadiscurso.

Conocer el campo dentro del cual va a investigar (un buen entendimiento) Tener un conocimiento regular del derecho, sin dejar de olvidar la realidad social y los intereses del gobernante.

Conocimiento del tema o material que pretende investigar. Un tema o material no aparece de la noche a la mañana, ni únicamente porque le pidan u ordenen de la dirección de la escuela, el *candidato*, el gobernador o el presidente, que se investigue sobre este o aquel tema. El investigador debe estar comprometido en el conocimiento de su disciplina. No es posible admitir *investigaciones a la medida*.

Contar con marcos conceptuales previos. ¿Cuenta con marcos previos acerca del derecho y la disciplina de la que va a hablar e investigar?, ¿sabe qué es interpretar e integrar?, ¿conoce las reglas?, ¿tiene algún conocimiento de lógica y argumentación?, ¿sabe algo de dogmática y de hermenéutica jurídica?, ¿cuenta con las fuentes de información necesarias?

En la evaluación de un trabajo de investigación, según la práctica que he observado, se rechazan aquellas obras que solo se apoyan libros de texto. Entiéndase, estos solo son manuales para el aprendizaje. Estos libros no son aptos como fuentes de investigación. Si los empleamos, nos limitaríamos a repetir. Para aprobar un trabajo de investigación se requiere tomar en cuenta obras de investigación recientes, novedosas, y más o menos aprobadas por una comunidad epistémica reconocida. En esa evaluación se revisan las fuentes de conocimiento: si todo está apoyado únicamente en libros, da para hablar mal de la obra de investigación. Es necesario tomar en cuenta revistas de investigación reconocidas y especializadas. Conocer técnicas de investigación. Contar con un modelo, nuevas características o propiedades que pretenda emplear. Pregúntese: ¿estas notas o características que poseo ahora son de tal magnitud y número que valen como para hacer a un lado los resultados de investigación producidos hasta ahora?, ¿hay alguna investigación que solucione estos problemas que trato de conocer?, ¿los modelos convencionales son los mismos? Recuerden: hay que investigar por necesidad; si lo que se quiere ya está investigado, mejor no trate de investigar. Se estará haciendo tonto y engañando a la institución que lo patrocine. Solo cabe una excepción: que el resultado que pretende es diferente al ya conocido (v.g., conformar un nuevo paradigma, en el sentido kuhniano).

Debe conocer los resultados de las últimas investigaciones producidas sobre el derecho, aun cuando no estén ustedes de acuerdo con ellas. De preferencia, conocimiento de tesis o

contenidos informativos diferentes a los del tipo o contenido de la investigación que se propone (v.g., alguna reinterpretación, concepto, realidad diferente a la de su investigación, etc.); acérquense a las investigaciones que otros han hecho, aunque nos parezcan aberrantes, conozca sus premisas y proposiciones.

Procurar tener en claro una perspectiva filosófica, tanto general, sobre la vida social, como particular sobre el concepto del derecho. La cultura sobre la que se asienta un orden jurídico es importantísima. A partir del conocimiento de ésta se construyen los significados y reflexiones.

No tomar en cuenta el tiempo (al menos minimizar esta variable). El investigador dedica la mayor parte de su tiempo en pensar. No está sujeto a un horario, aunque hay quienes se lo exigen. Quien es investigador no se reduce a trabajar ocho horas, ni cuenta con vacaciones. Lleva su libreta y laptop a todo lugar que va, suele soñar con lo que investiga. Una verdadera investigación no necesariamente debe de terminarse en seis meses, como ciertas instituciones de investigación suelen pedir o para obtener mayor número de puntos, que den lugar a un bono monetario en la universidad.

Finalmente (aunque esto no es todo), toda investigación, ya redactada, debe ser accesible en su lectura. ¿Para qué sirve una obra de resultados si no se entiende? Sería tanto como poner a una sinfónica a interpretar una pieza frente a un grupo de sordos. La habilidad o destreza debe estar en saber qué hacer para coordinarse con quien no está físicamente presente, saber decir las cosas para aquellos que no conocen algo de lo que se habla.

VIII] Conocimiento interdisciplinario

Al lado del conocimiento puramente jurídico hay otro conocimiento que debe cubrir el investigador. El conocimiento de lo que nos rodea también debe ser objeto de comprensión. Todo lo que nos rodea conforma una trama única, vincula todos los aspectos, todos los problemas que nos aquejan. El derecho no es una esfera sola y aislada. El derecho ha sido creado para los seres humanos y es obvio, que debemos saber quiénes son estos seres humanos, qué hacen, cómo viven.

El estudio o investigación de una disciplina nos ha llevado a la especialidad, luego, al paso del tiempo, nos hemos encerrado en esa especialidad. Como si fuese una cápsula, olvidándonos del marco que generó ese conocimiento. De esta forma, al habernos introducido en el conocimiento de un solo apartado del conocimiento nos hemos cerrado las puertas al conocimiento total.

Hemos creado una ciencia exclusiva para el derecho, pero nos hemos olvidado de las relaciones que se producen con otros campos del conocimiento, del mundo que nos rodea, así como del ámbito que generó el conocimiento particular.

Mi pensamiento es que, independientemente de que nos echemos un clavado a la piscina y nademos en el agua de ésta, y que solo veamos esa agua, también tenemos que enterarnos de lo que está alrededor de esa piscina, su cielo, la temperatura, el viento, las personas que por ahí caminan y juegan, el lugar de donde proviene el agua. Eso significa conectar el conocimiento del agua (nuestra disciplina) con todo lo que está a su alrededor.

Quiero decir, el jurista no debe desligarse de otras ramas del saber. Al lado de la autonomía de sus disciplinas y del derecho, en nada le perjudica al investigador que saque sus ojos del agua y vea los contornos, pues ahí también hay objeto de conocimiento que se vincula con el nuestro, que interactúa, incluso, que es la razón del derecho mismo. Así, aunque los truenos y lluvia estén fuera del agua, son importantes para quien está nadando.

No aislen el conocimiento del derecho de los demás saberes. Piensen, por ejemplo, en lo que hacen nuestros políticos, que, a pesar de ignorar el campo de nuestro conocimiento, lo influyen con sus buenas o malas decisiones. Lo que está alrededor no debe de ser ignorado. La racionalidad o irracionalidad ocurrida fuera del área de la piscina puede afectar el agua de la misma. Nuestra mirada no debe ser reduccionista. Al interpretar el derecho se interpreta una parte del mundo, aunque sea una sola porción de éste.

No quieran ver en el derecho como una esfera separada del universo del conocimiento mismo. El constructo que resulta de la investigación ordena un material específico, pero ese material no está precisamente ordenado, y menos aquello para lo que ese orden está construido. La sociedad, en general, es un desorden (como también lo es el discurso prescriptivo). No quieran ver solo orden cuando hay desorden el mundo para el que sirve el derecho. No hacer esto, implicaría perder el contacto con la realidad, ignorando nuestra cultura.

IX] El plano cultural que rodea la investigación

La cultura jurídica no es posible pensarla en un plano puramente universal. Eso fue un ideal, un sueño de la Ilustración francesa. Se decía que la cultura debía de ser universal (v.g., revolucionarios franceses). Los alemanes criticaron este enfoque. Prefirieron hablar de una cultura más local, más alemana. Por ello,

desarrollaron lo que se conoce como el *espíritu del pueblo*. Savigny fue el más grande exponente de esta tesis.

Un examen de ambas posiciones, la universalista y la localista, nos dice que en ambas hay elementos a rescatar. En el desarrollo del derecho en México hay que atender a lo mexicano, la manera de ser de los mexicanos, a su forma de pensar, sus costumbres. Por aquí podemos comenzar.

A la vez, la cultura jurídica tampoco puede reducirse a una esfera diversa a una muy específica, ni a la general del ser humano y la sociedad y de todos los diversos tipos de cultura. No se reduzcan a un específico tipo de cultura intelectual.

X] Conocimiento de marcos teóricos e instrumentos para comenzar

Paralelo al tema del que vengo hablando, quiero recordar una expresión de Leonardo Da Vinci que nos ilustra del porqué es necesario que el jurista que crea dogmática, conozca también la teoría. Estoy pensando en una investigación de dogmática, que es el nivel más bajo.

Da Vinci decía: *aquel que le gusta la práctica sin la teoría, es como el marino que navega barcos sin timón ni brújula y nunca sabe dónde anclar*. Entiéndanme lo que quiero expresar, no es posible una investigación de dogmática cuando se ignoran las aportaciones de la dogmática misma, ni de la teoría y de la filosofía.

Además de conocer los marcos teóricos conformados hasta ahora, es necesario contar con otras herramientas intelectuales para comenzar a trabajar. Todo investigador requiere de herramientas, por ejemplo, el ingeniero requiere de un teodolito, el médico de un estetoscopio, el químico de matraces, todos, de laboratorios. Pero, preguntémosnos, ¿qué requiere el jurista?

No basta haber egresado de una escuela de derecho o facultad y haber cursado las materias exigidas. Ponerse a escribir, leer una ley, no es investigar, entonces, ¿cuál es la herramienta del investigador? Menciono enseguida algunas de las disciplinas necesarias empleadas como herramienta y que deben ser dominadas por el investigador. Es necesario conocer entre otras disciplinas:

- Epistemología jurídica, filosofía de las ciencias.
- Teoría jurídica contemporánea.
- Métodos de análisis conceptual.
- Lógica jurídica.
- Teoría de la argumentación.

Metodología de la investigación en ciencias sociales, en general.

Métodos de investigación (cuantitativos).

Métodos de investigación (cualitativos).

Metodología historiográfica.

Sociología jurídica.

Antropología jurídica.

Seminario o talleres de investigación (práctica).

Derecho comparado.

Hermenéutica jurídica.

Analítica.

Lingüística (¿cuáles son los usos lingüísticos?).

Historia, ética, redacción, entre muchas otras cosas.

XI] Herramientas locales o extranjeras

Si nuestro objeto de conocimiento es mexicano, aspirando a un nivel de dogmático, las herramientas deben estar relacionados con ese nivel: deben de ser propias y adecuadas para ese objeto.

Por ejemplo, si deseo conocer las medidas de un predio sito en México, debo emplear una cinta métrica, no recurrir a pies y yardas. Para ver la letra pequeña de un libro debo emplear una lupa, no un microscopio.

Las teorías empleadas deben ser adecuadas para un objeto de conocimiento mexicano. No cualquier teoría extranjera, es adecuada. El hecho es que, por desgracia, no siempre contamos con herramientas mexicanas para introducirnos en el conocimiento del derecho mexicano.

Para investigar algún tema, propio del derecho civil mexicano, no necesariamente será adecuado emplear las teorías provenientes del extranjero (v.g., las de Portalis, Demolombe, Pothier, Planiol, Geny, Ripert, Carnelutti, Calamandrei). No quiero decir que las extranjeras o las de otros tiempos estén prohibidas en su investigación.

XII] Título para ser investigador

Por último, ¿qué título se necesita para realizar una investigación jurídica?, sobre todo, que sea reconocida. Les proporciono algunas de las notas necesarias y deseables que he tomado de la Comisión Europea que ha estudiado el tema.

Se requiere que quien desee investigar comience con título de doctor en derecho, que se acerca a las áreas o campos de la investigación, es decir que su área esté en la investigación, no que se

asome únicamente a alguna materia de conocimiento, por ejemplo, en los llamados doctorados de derecho civil, penal laboral, derechos humanos, etc. En EUA ser investigador es lo que se necesita para poder ingresar a un departamento de investigación. Igualmente, en Europa, según la publicación de la Comisión Europea a que aludí¹¹, pero, además, es necesario un nivel de experiencia y competencia.

En su preparación el investigador puede ir por pasos: desde simple candidato a doctor, hasta investigador y líder reconocido en la investigación, pasando por investigador asociado, reconocido y publicando sus resultados.¹²

En México aún no llegamos a esos niveles. Se aceptan a quienes cuentan con una maestría e, incluso, se hacen excepciones. Espero que en el futuro el nivel de exigencia se extienda a un poco más. Como cosa extraordinaria, déjenme decirles que conozco juristas con simple título de licenciatura y elaboran trabajos de investigación formidables, y doctores en derecho que no tienen la menor idea de lo que es investigar. Así pasa, mientras sigamos autorizando las llamadas *escuelas patito*.

Si de doctorado se trata, yo preferiría que ese investigador cuente con un doctorado en investigación, no un doctorado tradicional carente de preparación para la investigación. Las especialidades convertidas en doctorados no son aptas para preparar investigadores. Son diplomados grandotes (decía Wilfrido Campbell) en derecho civil, penal, laboral, internacional, entre otros.

¹¹ *Towards a European framework for research careers*, Consultado en http://ec.europa.eu/euraxess/pdf/research_policies/Towards_a_European_Framework_for_Research_Careers_final.pdf el 16 de octubre de 2020.

¹² Para la Comisión Europea citada se requiere: investigación de alta calidad, como criterio primordial. El candidato a investigador lo menos que puede poseer es ser candidato a doctor (el nivel más bajo). Los descriptores se centran en las características básicas vinculadas a la investigación y no en otras competencias que pueden ser relevantes para una determinada profesión, por ejemplo, la enseñanza en la academia. No necesariamente tiene que ser profesor. Los perfiles no necesariamente se relacionan con la antigüedad. Los descriptores no coincidirán necesariamente uno-a-uno con cada profesional individual. Los descriptores pretenden demostrar la transferibilidad de las competencias y habilidades a otros ambientes y campos de investigación en el que puedan ser aplicadas y utilizadas (para todo campo del conocimiento, no solo para el derecho). Los descriptores de las características relacionados con las competencias se disocian de cualquier puesto de trabajo en particular o la pista de carrera. Los descriptores no pretenden ser una lista de casillas de verificación. Los investigadores en lo particular pueden ir mucho más allá de estos descriptores.

Bibliografía

BUNGE, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1985

HEIDEGGER, Martin, *Ser y tiempo*, traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera, Edición electrónica consultada en www.philosophia.cl/, Escuela de Filosofía de la Universidad de Arcis.

MENDOZA, Plinio Apuleyo, *El olor de la guayaba, conversaciones con Gabriel García Márquez*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2005

ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Epistemología y derecho*, Madrid, Pirámide, 1982

SILVA, Jorge Alberto, El fantasma de la metafísica en la reformulación, en *Metafísica jurídica, ¿Es eficaz en el conocimiento jurídico?*, Juárez, UACJ, 2016.

Towards a European framework for research careers, Consultado en http://ec.europa.eu/euraxess/pdf/research_policies/Towards_a_European_Framework_for_Research_Careers_final.pdf

Los elementos que configuran la relación laboral

LUIS OMAR VÁZQUEZ GARCÍA¹

*Omnis definitio in iure civili periculosa est;
parum este nim, ut non subverti possit.*

(D.50.17.202)

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho Romano y la Edad Media*. III. *El Código Civil Francés*. IV. *Derecho mexicano*. V. *Tesis de la subordinación*. VI. *Tesis de la subordinación y la dependencia económica*. VII. *Conclusiones*.

Resumen. Existe en la doctrina y en la práctica jurisdiccional mexicana una confusión con respecto a lo que en esencia es la relación laboral. Existen teorías que afirman que la pura subordinación es suficiente para configurar la relación laboral y diferenciarla de otras figuras jurídicas; mientras que existe otra teoría, comúnmente usada, que afirma que la subordinación no es suficiente, sino que debe ir de la mano de la dependencia económica. Para resolver el fondo del asunto, es necesario comprender la institución de la relación laboral desde sus orígenes, para con ello dilucidar su naturaleza jurídica.

Palabras clave: Relación laboral, subordinación, dependencia económica.

Abstract. *There is a wide confusion between scholars and several Tribunals on what's the essence of the labour relationship in Mexico. While some argue that the subordination itself can characterize and configurate the labour relationship, other commonly applied theory states that subordination is not enough, economic dependence must be also a characterizing factor. Hence, it is necessary to comprehend the institution of the labour relationship from its origins, so we can discover its legal nature.*

Keywords: *Labour relation, subordination, economic dependence.*

¹ Alumno de licenciatura en la Universidad Panamericana campus Guadalajara.

I] Introducción

En México existe una amplia confusión con respecto a lo que en esencia es la relación laboral. Mientras que comúnmente se sostiene que la configuran la dependencia económica y la subordinación, por el otro se sostiene que la subordinación es el único elemento configurador. Por ello, es necesario analizar la naturaleza jurídica de la institución, dilucidando los elementos que la integran con el fin de resolver la disyuntiva expuesta y poder brindar soluciones prácticas a realidades procesales prácticas que por mucho no se encuentran contempladas en la ley.

II] El derecho romano y la Edad Media

Consideramos de importancia analizar someramente las figuras jurídicas del pasado que más se asemejan a la actual relación laboral, ello con el objetivo de poder encontrar constantes que hasta el día de hoy han permanecido en las relaciones contractuales de naturaleza laboral, así como para encontrar los elementos diferenciadores de las figuras más parecidas a la relación laboral contemporánea.

1. *Locatio conductio operis*

No podemos negar que, como fuente histórica reporta una gran relevancia el derecho romano codificado. Fuente de derecho que consideramos relevante en razón de que, *en el ámbito del mundo antiguo, los romanos fueron los únicos juristas que dedicaron parte de su actividad a la elaboración de manuales claros, lineales, accesibles y sencillos que denominaron Instituciones²*, por ello es que consideramos menester invocar al derecho romano codificado como una sólida fuente histórica.

La sociedad romana, del siglo I a.C. no tenía una industria productora como la tenemos en estos días, en cambio, su economía se sustentaba en la agricultura y la conquista. Ciertamente, la existencia del régimen social de la esclavitud es la principal razón por la que en ninguna de las etapas del derecho romano existió el régimen de trabajador-patrón como lo conocemos hoy en día. No obstante, sí tenemos conocimiento de relaciones contractuales bastante similares como la *locatio conductio operis*.

² MONCAYO RODRÍGUEZ, S. "Gayo y su obra", *Letras Jurídicas, Revista de Los Investigadores Del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V.* número 7, 2003, p. 187-201

De los jurisconsultos romanos que podemos considerar como autoridades en la materia, en el Digesto encontramos que el mayor número de referencias sobre el tema son de Ulpiano, empero, el único autor del que tenemos una obra sistematizada, organizada y coherente es de Gayo³.

El Digesto 19, en su título II, párrafo 2⁴ aborda la influencia de la compraventa con el arrendamiento de la siguiente manera:

La locación y conducción es semejante a la compraventa y se apoya en las mismas reglas de Derecho. Porque, así como la compraventa se celebra, si se hubiere convenido sobre el precio, así también se entiende se celebra la locación y conducción si se hubiere convenido sobre el alquiler.

La *locatio conductio* romana tenía diversas vertientes según lo han interpretado diversos tratadistas; hay quienes afirman que había una sola *locatio conductio* y quienes afirman que en la práctica existían tres tipos.⁵ Por no ser el objeto de esta investigación analizar cada uno de ellos, nos centraremos en la *locatio conductio operis*.⁶

En el marco de la *locatio conductio operis* o el arrendamiento de servicios, la doctrina no regulaba tan exhaustivamente aspectos clave como la responsabilidad por daños, el robo de los materiales, entre otras. Lo que sí ha quedado claro derivado de la casuística romana es que esta forma especial de arrendamiento de servicios implicaba dos aspectos fundamentales: el prestador debía realizar las tareas encomendadas, a cambio de que el conductor pagara la contraprestación. Otro aspecto fundamental que sabemos hoy en día es que el arrendamiento de servicios solamente era para tareas o servicios *inferiores*; para Ulpiano sería impensable que un jurista fuese prestador de servicios. Un tercer punto que será relevante con posterioridad cuando abordemos el tema de la subordinación es que el prestador no podía encomendar la realización de

³ Varios juristas coetáneos escribieron sus propios libros de Instituciones, a saber, Florentino, Calistrato, Paulo, Marciano y el propio Gayo. Sin embargo, según el multicitado artículo de investigación "Gayo y su obra" los trabajos de Gayo son los únicos que se conservan hoy en día.

⁴ Todas las referencias realizadas al Corpus Iuris Civilis fueron obtenidas de la versión pública que puede ser consultada en la Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM.

⁵ RODRÍGUEZ, S. M. *Locatio conductio, una institución unitaria con múltiple función económico-social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de La Universidad Veracruzana, n.d.

⁶ VIÑA, N. T. *La locatio-conductio en Roma y su régimen actual*, Universidad de Valladolid, 2017

funciones a una tercera persona, pues la realización personal, la experiencia y el talento del prestador son los objetos determinantes y delimitadores de la *locatio conductio operis*.⁷

2. El Colono

El Colonato fue una situación civil que fue variando conforme fue evolucionando la civilización romana. Podemos distinguir dos épocas que lo caracterizan: la del colono libre y la del colono semilibre. Por no ser el objeto de la presente investigación, solamente enunciaremos la etapa relevante para la institución que nos ocupa, es decir, el colono del alto imperio romano⁸.

El colono se caracteriza por ser un hombre inseparablemente unido a la tierra que cultiva. Existían varias maneras en las que alguien podría convertirse en colono; la más común era por consenso mediante el cual el colono arrendaba un terreno para su explotación agrícola, por un periodo determinado⁹.

Para efectos didácticos podemos entender el Colonato como el contrato consensual¹⁰ por el cual el colono (*conductor*) obtenía del *poseedor (locator)* la posesión útil y pacífica de un fundo rural a cambio de una renta por un periodo determinado. A primera vista, pudiera parecer que la figura del colonato corresponde a lo que actualmente llamaríamos un arrendamiento mercantil: un comerciante rentándole a otro comerciante; antes bien, la realidad era distinta. El colono arrendaba un fundo no para obtener un lucro y acumular riqueza, sino para obtener de éste los medios

⁷ FUSTER, G. S. *Sobre el modelo de contratación de servicios remunerados en el Derecho Romano. Algunos aspectos relevantes de la Locatio Conductio*, Revista de Derecho de La Universidad Católica Del Norte, No. 2(3), 258000, 2015

⁸ El Colonato fue evolucionando de tal manera que el Colono, en un punto de su evolución, tenía a su favor acciones útiles que ejercía no como *dominus fundi* o propietario, sino como *possesor*. Entre sí, para el cumplimiento de sus obligaciones, el *locator* o arrendador y el *conductor* o colono tenían correlativamente la *actio ex conducto* y la *actio ex locator* respectivamente.

⁹ Si bien es cierto que el plazo de arrendamiento del fundo era esencial, se permitía la *reintegratio locationis* o comúnmente conocida como la tácita reconducción. Además de que, si bien es cierto que en sus primeras etapas el colonato se daba por cinco años, ello no implicaba que las partes no pudieran pactar un periodo inferior o superior al mismo. (D19.2.14)

¹⁰ Lo consensual del colonato o lo real en cuanto al momento del perfeccionamiento del negocio jurídico, siguiendo la evolución de diversas figuras jurídicas coetáneas, varió dependiendo de la época. (Bravo Castañeda, 1978)

indispensables para su subsistencia.¹¹ Es precisamente en esta situación en donde se puede apreciar la dependencia económica de esta figura contractual.

Es en las obligaciones de fondo del colonato en las que encontramos las similitudes con la actual relación laboral. El arrendador del fundo rural por lo general era quien proporcionaba las herramientas de trabajo, era quien absorbía los gastos útiles y necesarios del Colono para la conservación del fundo, sus tierras y las edificaciones contenidas en él. Correlativamente a lo anterior, el conductor debía de ser diligente en la actividad de la siembra y en la conservación del fundo que se le encomendó; el colono le debía irrestrictamente fidelidad al arrendador de tal manera que solo podía *pertenecer* a un arrendador, no podía el colono *huir* salvo pena de ser reducido a esclavo, y tenía el arrendador derecho a hacer cumplir por la fuerza las obligaciones de pago y del *caput* o energía de trabajo.

Es curioso cómo el maestro Bravo Castañeda utiliza las siguientes palabras para describir el marco de esta relación contractual: *La relación colono-señor, mediatizada por la capitatio, se inscribe en el marco de las formas de dependencia entre hombres libres*, palabras que coinciden con la tesis sostenida en el presente trabajo.¹²

En las obligaciones antes descritas podemos advertir claramente elementos de subordinación de una parte que requiere protección a otra que tiene una ventajosa posición de negociación.

3. El Siervo

La servidumbre era un contrato en el que intervenían el siervo y el señor feudal, que se celebraba a través de un rito similar al homenaje; empero no era visto como una relación contractual en la que ambas partes cooperasen¹³ para conseguir fines comunes, sino que era visto como una situación jurídica que marcaba al individuo y lo seguía, incluyendo a su descendencia.

Al momento de analizar la naturaleza y régimen jurídico del siervo como figura contractual predominante en la Edad Media, nos

¹¹ FUENTESCA, M. *El Colonos y el impuesto territorial*, Revista Internacional de Derecho Romano, 2012, p. 28–103

¹² BRAVO CASTAÑEDA, G. *El estatuto sociopolítico del colono en la génesis de la sociedad bajoimperial*, Memorias de Historia Antigua, 1978, número 2, p. 68

¹³ ROBLES FARÍAS, D. *Teoría General de las Obligaciones*, Segunda ed., Oxford University Press, Ciudad de México, 2015, p. 14

apoyamos tanto en doctrina especializada como en las Siete Partidas de Alfonso X¹⁴.

La servidumbre puede ser válidamente definida como *un instrumento jurídico para encasillar a los individuos hereditariamente, colocarlos bajo la autoridad de los señores y, hasta cierto punto, adscribirlos a la tierra*. La servidumbre se da en el marco de la sociedad feudal, y se traduce en el dominio señorial que tenía el señor feudal sobre sus siervos¹⁵.

El fin primordial, en una sociedad que sustentaba su economía en la agricultura, era la estabilidad en la explotación en el campo, adscribiendo a quienes lo trabajaban inseparable y hereditariamente a él.¹⁶

El siervo se caracterizaba por ser un hombre que no gozaba de libertad, debían entregar tributos a los Señores, prestaban *servicios de trabajo*¹⁷, le administraban su herencia e incluso tenían un régimen judicial especial. Como la servidumbre era hereditaria, para salir de ella se requerían causas específicas¹⁸ y poco comunes.

La Cuarta Partida, Título XXI, Ley I define y clasifica la servidumbre de la siguiente manera: *E fon tres maneras de fieuos. La primera es de los que catiuan en tiempo de guerra, feyendo enemigos de la fe. La fegunda es, de los que Hafcen de las fieruas. La tercera es, quando alguno es libre e fe dexa vender*. Institución que encuentra bastante similitud con la esclavitud romana, de tal manera que un individuo hijo de madre siervo y de padre libre, heredaba la condición de siervo¹⁹.

De la referida compilación española podemos advertir diversos elementos de subordinación en la servidumbre, a tal grado que, salvo la limitación de causar heridas graves o asesinar²⁰, el Señor podía hacer con el Siervo *lo que quifiere* a tal grado que no

¹⁴ Cada vez que se haga referencia a este cuerpo normativo, remítase el lector a la versión pública disponible para consulta en la página de internet de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado de España, URL <https://www.boe.es/>

¹⁵ Los siervos eran coloquialmente conocidos en España como mezquinos, collazos, villanos, pecheros o incluso hombres de servicio.

¹⁶ LALIENA, C. *Siervos medievales de Aragón y Navarra en los siglos XI-XIII*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2016, número 68, p. 159

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ Manumisión, obtención de libertad individual, o encontrarse en ciertas zonas en las que se prohibía la servidumbre.

¹⁹ Ley II, Título XXI, Cuarta Partida.

²⁰ Estas excepciones también tienen sus asegundes, de tal manera que el Señor sí podía imponer castigos corporales o matar incluso de hambre a su siervo si éste había atentado contra él o contra su familia. Ley VI, Título XXI, Cuarta Partida.

solo la vida, el tiempo, la energía y descendencia del siervo pertenecían a su señor, sino que también el siervo estaba impedido de adquirir propiedad, ya que todos sus ingresos y ganancias le pertenecían a su Señor²¹.

La servidumbre tuvo un desarrollo particular en España en el periodo de la dinastía Omeya en la zona de la Península Ibérica en los años 711-1013, así, podemos encontrar que el siervo no era un simple agricultor, empero en el fondo era un trabajador multiusos que el Kalifa o Señor²² podían utilizar bajo total libertad para varios fines, como las tareas domésticas, la construcción, e incluso la elaboración de esculturas.²³

Por consiguiente, es que podemos apreciar en la servidumbre, más que en el colonato o en el arrendamiento romano de servicios personales, un poder de dominio del Señor Feudal sobre el Siervo, siendo este un evidente antecedente de la subordinación en el marco de una relación contractual.

III] El Código Civil Francés de 1804

Conforme el número de habitantes de una sociedad va aumentando, la complejidad de sus relaciones jurídicas aumenta. La sociedad europea al abandonar el sistema feudal y enfrentarse a multiplicidad de regulaciones, decidió entrar en una corriente codificadora.²⁴ En este ánimo fue que Napoleón I decidió compilar todo el derecho, haciendo símil²⁵ a la valiosísima obra de Justiniano²⁶.

²¹ Ley VII, Título XXI, Cuarta Partida.

²² Hacemos referencia a *Señor* no como sinónimo de Kalifa, sino como el individuo *a cargo* del siervo, o quien tenía sobre él facultades de inspección y dirección.

²³ SOUTO, J. A. "Siervos y afinez en Al-Andalus omeya a la luz de las inscripciones constructivas" *Revista de La Facultad de Geografía e Historia*, Serie III, 2010, p. 216

²⁴ ROBLES FARÍAS, D. "El Derecho Contractual en la Época Postmoderna", *Perspectiva Jurídica Universidad Panamericana*, número 7, 2018, p. 11

²⁵ Justiniano y Napoleón I, uno cientos de años antes que el otro, realizaron la prohibición pública de interpretar sus compilaciones, bajo la premisa de que éstos eran ordenamientos plenos y que los juzgadores no eran más que autómatas aplicadores mediante silogismos lógicos de dos premisas interconectadas; llevando esto a una corriente jurídica conocida como el positivismo en su más puro esplendor. (Pérez Mulero, 2018)

²⁶ Justiniano fue, en el ámbito jurídico, uno de los más importantes emperadores de la Roma Postclásica ya que integró una Comisión codificadora de todo el derecho del imperio. Codificación que si bien es cierto es valiosísima para entender el Derecho Romano clásico, su realización representó un enorme costo de oportunidad: la eliminación de toda evidencia de disposiciones jurídicas no contenidas en lo que posteriormente se le llamó el *Corpus Iuris Civilis*.

Hacemos referencia a este instrumento ya que el Código Civil Francés de 1804 es un instrumento que ha irradiado e influenciado a la legislación mexicana en gran medida. Si bien es cierto no es la primera gran codificación, también es veraz que fue la codificación que mayor influencia tuvo en los sistemas de derecho civil como el mexicano.

El Código Civil Francés regula las relaciones laborales en el marco de la contratación de trabajo o de bienes. La referida regulación clasifica los tipos y subtipos de arrendamiento de la siguiente manera: arrendamiento de cosas y arrendamiento de trabajo. El arrendamiento de cosas lo subdivide en arrendamiento de casas y en arrendamiento de predios rurales. El arrendamiento de trabajo se subdivide en tres clases: el arrendamiento de servicios, de materiales y el arrendamiento de servicios por el cual los materiales son proporcionados por quien provee el trabajo.

El referido ordenamiento en su artículo 1710 define al contrato de trabajo como: *a contract by which one of the parties engages to do something for another for a price agreed upon between them*, es decir, el contrato por el cual las partes se obligan a realizar un trabajo a cambio de un precio convenido.

En el Código Civil Francés encontramos regulaciones que han permanecido desde etapas anteriores hasta nuestros días, como por ejemplo la necesidad de que el trabajo sea realizado de manera personal por el contratante en el artículo 1779²⁷, ya que el trabajo y las habilidades del contratante son el motivo determinante de la voluntad del patrón²⁸. En esta regulación, además, encontramos disposiciones que regulan con mayor precisión la responsabilidad por el trabajo realizado, enfatizando la naturaleza de las obligaciones de medios que serán relevantes con posterioridad al momento de analizar la jornada de trabajo, el tiempo efectivo laborado y la tesis de la subordinación²⁹.

Además de lo antes anotado, encontramos una regulación mucho más clara en lo relativo a las causas de rescisión de la relación laboral. A saber, se adiciona a la muerte del trabajador la potestad del patrón de rescindir la relación laboral sin tener causa

²⁷ La prestación personal del servicio convenido es uno de los elementos, como más adelante se verá, que distingue la contratación laboral de la contratación civil y mercantil. Es por esta concreta característica por la que podemos identificar una relación laboral sin importar el nombre por el que se le conozca a la figura contractual.

²⁸ 1787.- *When a party is charged with the performance of a work, it may be agreed that he shall supply only his labour or skill, or further, that he shall also supply materials.*

²⁹ 1789.- *In the case in which the workman supplies only his labour or his skill, if the thing happens to perish, the workman is only bound for his own misconduct.*

justificada alguna, pero introduciendo una indemnización por los gastos de contratación, las labores realizadas y las ganancias dejadas de obtener³⁰; regulación que posteriormente sería sumamente influyente para el artículo 48 de la Ley Federal del Trabajo de México. De ahí que se pueden advertir elementos que han permanecido incólumes en la regulación actual de la relación laboral.

IV J Derecho Mexicano

La regulación laboral en México no surge por generación espontánea, ésta obedece a realidades sociales que se dieron casual y simultáneamente en otros países del mundo. La problemática concreta de la relación laboral en el ordenamiento mexicano se da debido a que el Derecho Laboral surge como una *batalla en contra del contractualismo*³¹. Esta batalla abierta contra el Derecho Civil se ha materializado en que el Derecho Laboral en el marco del Derecho Social ha buscado su total autonomía. En este camino por ser una rama desconectada de las demás ramas del derecho, se han desnaturalizado ciertas figuras jurídicas, entre ellas, la relación laboral. No sería prudente perder de vista que si bien es cierto el Derecho Laboral es un derecho especial dedicado a una clase especial de personas rigiendo una clase concreta de realidades contractuales, también es cierto que tiene una estrecha e íntima relación con el Derecho Civil³².

La distribución de cargas probatorias en un proceso contencioso laboral es un ejemplo claro de la desvinculación del Derecho Laboral con demás ramas jurídicas: no aplica la regla general de *onus probandi incumbit qui dicit*.³³

A continuación, se hará un análisis de cuatro cuestiones íntimamente ligadas entre sí que tienen trascendencia directa en responder la pregunta de cuál es la sustancia de la relación laboral,

³⁰ 1794.- *The master may rescind by his single will the bargain with penalty, although the work be already begun, on indemnifying the contractor for all his expenses, for all his labour, and for all which he might have gained in such undertaking.*

³¹ DE LA CUEVA, M. *El nuevo Derecho mexicano del Trabajo*, vigesimosegunda ed, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2018, p. 182

³² *In its nature, labour law has rather close connections with civil law. As a rule, employment relationships are created on the basis of an agreement between parties concerning the conditions under which the employees will work and which must be guaranteed by the employer.* (Tavits, 1997, p.11)

³³ DE BUEN LOZANO, N. *Derecho Procesal del Trabajo*, vigésima ed., Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2018, p. 453

abordándolas en el siguiente orden: la relación entre contrato de trabajo y relación laboral, qué tipo de presunción se encuentra contenida en el artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo, qué es la subordinación y qué es la dependencia económica.

La legislación no delimita claramente las cuestiones antes expresadas, la jurisprudencia ha intentado infructuosamente delimitarlas y definir las, en consecuencia, la realidad contractual y procesal actual en México se encuentra en incertidumbre jurídica: no existe certeza al respecto.

1. El contrato de trabajo y la relación laboral

El Título Segundo de la Ley Federal del Trabajo define la relación laboral (*Artículo 20.- Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario*), y posteriormente en el tercer párrafo del mismo artículo, la Ley Federal del Trabajo equipara, en los efectos, el contrato de trabajo con la relación laboral de la siguiente manera: *La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos*. Como última premisa mayor, la presunción a la que hicimos referencia se encuentra establecida en el artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo *Se presumen la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe*.

Se critica en este trabajo a la legislación laboral mexicana relativa a la Relación Laboral por razones muy concretas. Primera, que define a la relación laboral conforme a las partes que la forman y conforme a las obligaciones principales que se derivan de la misma, lo cual consideramos incorrecto; y segundo, en el fondo carece de técnica legislativa ya que confunde el hecho generador, es decir la causa, con la relación generada, esto es, la consecuencia. Analizaremos las dos críticas anteriores como sigue:

a. De acuerdo con el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo entendemos que existe una relación de trabajo cuando nos encontramos ante la prestación de un trabajo personal subordinado mediante el pago de un salario.

Esta manera de definir la relación laboral es una manera comúnmente utilizada por el legislador mexicano, que encontramos en varios ejemplos, como la misma compraventa: *contrato por virtud del cual una parte, llamada vendedor, transmite*

*la propiedad de una cosa o un derecho a otra, llamada comprador, mediante el pago de un precio cierto y en dinero.*³⁴

Bajo este orden de ideas, es común definir un contrato por sus partes y sus obligaciones principales, método que estimamos incorrecto ya que no cumple con los requisitos técnicos de una definición correctamente elaborada. Toda definición terminológica y sustancial³⁵ debe de seguir los principios de equivalencia, conmutabilidad, identidad categorial, análisis, suficiencia, transparencia y autosuficiencia.³⁶

La definición legal de la *Relación Laboral* no es una definición ni terminológica ni sustancial, sino una definición descriptiva accesoria³⁷. La definición de relación laboral contenida en la Ley Federal del Trabajo no está redactada bajo los principios de análisis ni del de sustancialidad, ya que no aborda únicamente los elementos más importantes del término a definir y porque no emplea componentes lógicos y técnicamente expuestos,³⁸ además de que cae en una sinonimia viciosamente circular al equiparar el hecho que la genera con la relación generada. Ello autoriza a concluir que la definición legal de la relación laboral es, en su forma definitoria, incorrecta.

La Ley Federal del Trabajo ha ignorado las reglas de una definición técnica y define a la relación de trabajo por sus partes y por sus prestaciones principales. Este es el punto que ha generado la mayor parte de la problemática que este trabajo intenta resolver, ya que los tribunales y la doctrina han intentado dilucidar la naturaleza jurídica a partir de la gramaticalidad defectuosa legal en vez de intentar comprenderla desde la sustancia de la institución. Como dato concomitante, los propios miembros de la comisión

³⁴ ROJINA VILLEGAS, R. *Compendio de Derecho Civil: Contratos*, Trigésima ed, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2014, p. 49

³⁵ Los tipos de definiciones se clasifican conforme a los elementos que exponen en lingüística, ontológica, terminológica, sustancial excluyente y sustancial incluyente, relacional, híbridas, perifrástica o sinonímica, y descriptivas.

³⁶ RAMOS, G. G. *La definición en el diccionario desde la teoría lingüística*, Universidad de Málaga, 2017, número 68, p. 289

³⁷ Las definiciones descriptivas no son compatibles con una sustancial puesto que las primeras tienden a la hiperespecificación, situación que, por aportar demasiada información accesoria, no facilita la labor de entendimiento del término/palabra; por ello es preferible una definición sustancial que cumpla con el principio de suficiencia, esto es, que no describa rasgos accesorios y que se limite a mencionar los rasgos semánticos más importantes.

³⁸ BARITÉ Roqueta, M. G. *La definición de conceptos y su impacto sobre la representación del conocimiento con fines documentales*, Escuela Universitaria de Bibliotecología y Ciencias Afines de La Universidad de La República Oriental de Uruguay, 2001, número 5, p. 12

redactora de la Ley Federal del Trabajo de 1970, al momento de intentar definir la relación laboral, les resultó difícil, por lo que optaron por copiar la incorrecta técnica definitoria de las demás legislaciones mexicanas³⁹.

b. Se critica a la legislación laboral mexicana que, con el ánimo de separarse del derecho civil, ha caído en el absurdo de confundir la causa con la consecuencia. La causa, el acuerdo de voluntades, es diferenciable de la consecuencia, la relación contractual, ya que el artículo 20 tercer párrafo de la Ley Federal del Trabajo, en su literalidad, los equipara.

La problemática antes descrita se generó por dos principales razones. La primera es que el legislador mexicano, intentando separarse del derecho de las obligaciones y de los contratos civiles, intentó proteger a los trabajadores, en vista de que los patrones de la época se defendían argumentando que sin contrato no existía relación laboral; el grave error del legislador al contemplar esta situación fue que entendió el contrato como un documento físico, firmado caligráficamente por los suscriptores, cuando sabemos que el acuerdo de voluntades se puede manifestar por escrito, por medios electrónicos, verbalmente o incluso por conductas inequívocas⁴⁰. La problemática generada es que la Ley Federal del Trabajo equipara el contrato con la relación, instituciones que son diferentes. Las repercusiones de esta equiparación son evidentemente prácticas bajo la luz de que a diferencia de otras relaciones contractuales.

La relación laboral es por naturaleza dinámica, en palabras de Mario de la Cueva, *el acuerdo de voluntades no podrá ser rector de la vida de la relación*, y ello debido a que la realidad contractual de las relaciones laborales se encuentra constantemente evolucionando en mayores cargas de trabajo, diferentes funciones, mejoramiento del puesto o del salario de los trabajadores⁴¹; ello ha

³⁹ Mario de la Cueva, miembro de la referida comisión, en su libro antes citado establece que: *Pocas cosas tan difíciles como las disciplinas jurídicas como una definición. La Comisión era partidaria del pensamiento nuevo, pero frente a la dificultad del problema, creyó preferible no hacer referencia a cuestiones teóricas y doctrinales; de ahí la sencillez de la definición del artículo 20.*

⁴⁰ En el caso concreto, la única conducta inequívoca capaz de demostrar el consentimiento de obligarse en el marco de una relación laboral es que una parte realice un trabajo y que la otra lo reciba.

⁴¹ Sobre la dinamicidad de las relaciones laborales, recientemente la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto, *obiter dicta*, en el marco de la Contradicción de Tesis de Registro 26894 publicada en el Libro 38, enero del 2017, Tomo I, página 529, Décima Época de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. En el Considerando IV se realiza el estudio de fondo.

llegado a tal extremo que la inscripción ante el seguro social y el contrato individual de trabajo no tienen alcances probatorios para controvertir el salario real percibido por un trabajador, ya que a diferencia de los contratos civiles que se rigen y delimitan por el acuerdo subjetivo inicial, las relaciones laborales y su contenido obligacional no está delimitado por el acuerdo inicial de voluntades; para demostrar sus elementos accesorios como el salario, la jornada, las prestaciones e incluso las labores, se estará no siempre al acuerdo inicial de voluntades, sino también a la situación jurídica objetiva⁴².

2. La presunción de existencia de la relación laboral

Como ha quedado asentado en párrafos anteriores, el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo establece la presunción que para efectos prácticos se resume con el siguiente silogismo condicional: si se presta un servicio personal subordinado, entonces existe relación laboral.

En tanto que este trabajo busca aportar en el ámbito procesal del operador jurídico, es que nos encontramos ante la cuestión de definir la modalidad de presunción a que se refiere la Ley Federal del Trabajo. Del diario de debates y de la exposición de motivos no se desprende la respuesta. El autor Mario de la Cueva establece con claridad que la presunción admite prueba en contrario, y al momento de ejemplificar a qué tipo de prueba se refiere, el connotado jurista señala que el patrón podrá defenderse con un Contrato de Prestación de Servicios de naturaleza no laboral. Sobre este particular, muy acertadamente la Jurisprudencia reciente se ha decantado por lo contrario, de tal manera que pese a que exista un contrato de prestación de servicios profesionales⁴³, pese a que la persona que se diga trabajador forme parte de la

⁴² El artículo 289 de la Ley Federal del Trabajo establece el método para calcular el salario diario integrado y real percibido.

⁴³ *Cfr.* con la Jurisprudencia Tesis: I.6o.T.J/96 de Registro: 166572 publicada en la página 1479, Tomo XXX, agosto de 2009, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta emitida por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito del que lo sustancial del razonamiento del juzgador es que *para determinar la naturaleza de la relación entre las partes y si de ese análisis se desprenden las características propias de un vínculo laboral, como lo es la subordinación, éste debe tenerse por acreditado, pues no es la denominación que las partes le den a ese contrato lo que determina la naturaleza de los servicios prestados.*

estructura orgánica de una persona moral⁴⁴, pese a que los depósitos que se les realicen a sus cuentas bancarias se realicen bajo los conceptos de *honorarios*, sí existe una prestación de un servicio personal subordinado, estaremos ante una relación laboral. De lo que se colige que, en adhesión a los criterios a que hemos hecho referencia, la presunción establecida en el artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo no admite prueba en contrario. Por ello se concluye en adhesión a los criterios antes mencionados y abandonando a lo sostenido por el autor Mario de la Cueva en el sentido de que la existencia de subordinación en el marco de una relación contractual presume sin admitir prueba en contrario, la existencia de una relación laboral.

V] Tesis de la subordinación

La subordinación se entiende como el deber de obediencia correlativo al poder de mando⁴⁵. La subordinación no se da exclusivamente en el ordenamiento jurídico mexicano del siglo XXI; es una realidad que se ha manifestado desde hace miles de años en las relaciones contractuales, tengan el nombre que tengan. Así, el deber de obediencia correlativo al derecho de mando se puede apreciar en las figuras contractuales estudiadas en los apartados precedentes de este trabajo.

Nos adherimos a las consideraciones que realizó el Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito en el marco del Amparo directo 243/2019⁴⁶ que hace referencia a la naturaleza jurídica de la subordinación, tomando premisas contenidas en la Ley y la doctrina concluye:

⁴⁴ Cfr. con el criterio XVII.1o.19 L de Registro: 183214 publicado en la página 1429, Tomo XVIII, septiembre de 2003, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta emitida por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito de rubro: RELACIÓN LABORAL. PUEDE EXISTIR ENTRE EL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE UNA PERSONA MORAL Y ESTA ÚLTIMA.

⁴⁵ Cfr. con la Jurisprudencia IV.2o.J/1 de Registro: 205158 publicada en la página 289, Tomo I, mayo de 1995, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito

⁴⁶ Época: Décima Época Registro: 2020136 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 67, junio de 2019, Tomo VI Materia(s): Laboral Tesis: I.6o.T.171 L (10a.) Página: 5348 RELACIÓN LABORAL. ES INSUFICIENTE PARA ACREDITARLA EL HECHO DE QUE EL DEMANDADO, EN ESCRITURA PÚBLICA, OTORGUE A UNA PERSONA UN PODER GENERAL PARA PLEITOS Y COBRANZAS PARA ACTUAR COMO SU REPRESENTANTE LEGAL

La subordinación, elemento esencial del vínculo laboral, que permite distinguirlo de otras relaciones jurídicas, la cual se traduce, por parte del patrón, en la facultad jurídica de mando correlativa a un deber de obediencia de quien presta su servicio, que obliga al trabajador a desempeñarlo bajo la dirección del empleador, a cuya autoridad estará subordinado en todo lo concerniente al trabajo, de acuerdo con el artículo 134, fracción III, de la Ley Federal del Trabajo⁴⁷.

La subordinación se manifiesta a través de diversos hechos, como son: las órdenes, las indicaciones, sinalagmáticas a un acatamiento de las mismas,⁴⁸ o simplemente, con la simple puesta a disposición del trabajador al patrón⁴⁹.

Especificar los límites de la subordinación es toral para distinguir la figura de otras relaciones contractuales de naturaleza civil o mercantil. Así, mientras que un agente de comercio mercantil o un factor independiente pueden realizar o no⁵⁰ el trabajo de manera personal⁵¹, el trabajador subordinado debe de realizarlo personalmente. (Reminiscencia a la *locatio conductio operis*). Mientras que en el marco de una relación mercantil las partes pactan el objeto y el factor independiente se obliga (obligación de resultados) a realizar en un determinado tiempo una determinada tarea, la subordinación laboral es una obligación de medios limitada en la dimensión temporal pactada por las partes con el

⁴⁷ Este criterio se sustenta en diversos criterios de diversas épocas, entre los cuales se encuentran varios de la octava y novena época; no obstante lo cual consideramos la más relevante y la primera en este sentido la Jurisprudencia de la Séptima Época que al día de hoy no ha sido superada por una en contrario que puede ser consultada como Época: Séptima Época Registro: 243086 Instancia: Cuarta Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen 127-132, Quinta Parte Materia(s): Laboral Tesis: Página: 117 SUBORDINACION, CONCEPTO DE.

⁴⁸ La fracción IV del artículo 134 resulta ilustrativa al respecto, ya que establece como obligación del trabajador: *Ejecutar el trabajo con la intensidad, cuidado y esmero apropiados y en la forma, tiempo y lugar convenidos*

⁴⁹ Cfr, con la definición legal de la jornada de trabajo: *Artículo 58.- Jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrón para prestar su trabajo.*

⁵⁰ Cfr. Con la Contradicción de Tesis 2a./J. 149/2009 de Registro: 166226 publicada en la página 64 Tomo XXX, octubre de 2009, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta emitida por la H. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro: Comisión Mercantil. Criterio para determinar su existencia cuando se aduce una relación de trabajo.

⁵¹ GONZÁLEZ GARCÍA, H., & LEÓN TOVAR, S. H. *Sociedades Mercantiles e introducción al Derecho Mercantil*, Segunda ed., Oxford University Press, Ciudad de México, 2015

máximo legal⁵². Así, un factor independiente como un contador o un abogado externo de una empresa pueden realizar lo encomendado los días domingos por un periodo ininterrumpido de 13 horas, sin tener derecho a prima dominical ni a jornada extraordinaria, con el fin de alcanzar el objetivo pactado; mientras que por otro lado si a un trabajador se le encomienda una tarea y éste requiere trabajar 13 horas ininterrumpidas en domingo para alcanzarla, sí tendrá este derecho a la prima dominical y a la jornada extraordinaria correspondiente.

En la relación laboral, como en todas las relaciones contractuales, se tienen elementos principales y accesorios. Verbigracia, en un contrato de suministro de mercancías, lo principal es el precio y los bienes objeto del mismo, mientras que lo accesorio pudiera ser una cláusula compromisoria escalonada de solución *ad hoc* de controversias. Realizando un símil con lo anterior, en la relación laboral existen elementos principales y accesorios, lo principal es la subordinación y el salario, mientras que lo accesorio es la jornada de labores, las prestaciones diferentes al salario, las herramientas de trabajo, el lugar a prestar los servicios, etcétera. Bajo esta línea de razonamiento, esta investigación sostiene que todos y cada uno de los elementos de la relación laboral pudieran no ser pactados expresamente por las partes⁵³ y seguiría existiendo relación laboral, siempre y cuando se diera la subordinación.

En este contexto, si las partes omiten pactar expresamente cualquiera de los elementos que no sea la subordinación, existen diversas y suficientes maneras de llenar esos vacíos consensuales. Así, la Ley, los Reglamentos Interiores de Trabajo, el Contrato Ley y el Contrato Colectivo de Trabajo e incluso las condiciones generales de trabajo de compañeros de trabajo⁵⁴ de la misma empresa son fuentes totalmente capaces de suplir y subsanar los vacíos consensuales. Por ejemplo, si las partes no pactan un salario, la ley concomitantemente con la autoridad jurisdiccional laboral,

⁵² Artículo 61.- *La duración máxima de la jornada será: ocho horas la diurna, siete la nocturna y siete horas y media la mixta.*

⁵³ Cfr. Con la Jurisprudencia 2a./J. 57/2005 de Registro: 178345 publicada en la página 483, Tomo XXI, mayo de 2005, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta emitida por la H. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que sustenta lo soslayable del domicilio para prestar los servicios personales subordinados.

⁵⁴ Cfr. Con la Fracción VII, apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: *Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad.*

pueden determinarlo⁵⁵; de la misma manera que si las partes no pactan las prestaciones diversas al salario la Ley y el Contrato Colectivo de Trabajo suplirán las deficiencias de las partes, y así sucesivamente.

Encuentra sustento lo anterior en la Jurisprudencia 2a./J. 166/2017 (10a.) de Registro: 2015947 publicada en la página 436, Libro 50, enero de 2018, Tomo I, Décima Época de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación⁵⁶. Jurisprudencia que se da en el marco de una defensa de negativa de la relación laboral y que, pese a que no se probó ningún elemento accesorio, se probó en juicio la subordinación, la H. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó la existencia de la relación laboral, criterio del que nos permitimos transcribir lo sustancial de la ejecutoria:

Con la valoración de los demás elementos de convicción aportados puede generarse la presunción de la existencia de esa relación laboral, en la medida en que se demuestre que, por las circunstancias en que se prestaron los servicios, dicho Instituto se encontraba en todo momento en posibilidad de disponer del trabajo de la persona habilitada por ese tipo de cartas, sin que para ello sea necesario demostrar fehacientemente la jornada laboral, el horario, la percepción de un salario o la dependencia económica con esa entidad.

Criterio que consideramos valioso porque reafirma la magnitud que detenta la subordinación en el marco de la relación laboral, máxime que soslaya todos y cada uno de los elementos accesorios antes mencionados, incluido el salario.

VI] Tesis de la subordinación y la dependencia económica

Ni el diccionario Jurídico de Pina Vara ni el Diccionario Jurídico Virtual publicado por la Real Academia Española contienen la entrada de lo que se considera dependencia. Empero, la doctrina

⁵⁵ Cfr. Con la Ley Federal del Trabajo en su Artículo 57: *El trabajador podrá solicitar al Tribunal la modificación de las condiciones de trabajo, cuando el salario no sea remunerador o sea excesiva la jornada de trabajo o concurran circunstancias económicas que la justifiquen. Párrafo reformado DOF 01-05-2019. El patrón podrá solicitar la modificación cuando concurran circunstancias económicas que la justifiquen.*

⁵⁶ De rubro Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores. La carta de acreditación como Interventor valorada junto con los elementos probatorios, puede generar la existencia de la relación de trabajo entre el sujeto habilitado y el Instituto.

internacional establece el concepto como: *Dependant. n. A person who relies on someone else for maintenance or financial support.*⁵⁷ Lo cual de una manera simple nos aporta la esencia de la dependencia económica: requerir pecuniariamente de alguien.

La dependencia económica encuentra sus antecedentes desde el Digesto, y se traduce en la práctica cuando una persona obtiene su fuente principal de subsistencia de lo aportado por otra persona. La teoría de la dependencia económica se ha traducido, para efectos prácticos en el siguiente silogismo condicional conjuntivo: *si alguien te da órdenes y te paga para que las obedezcas, eres trabajador*, de lo que se sigue que, si alguno de estos dos supuestos no se reúne, no se tiene la calidad de trabajador. Además, la dependencia económica se actualiza cuando un individuo cuenta solamente con una fuente económica para su subsistencia⁵⁸. Lo relevante para el presente trabajo de la teoría de la dependencia económica es que este concepto es adicionado conjuntiva y necesariamente al de subordinación, de tal manera que solo si se actualizan los dos, existe relación laboral.

Criticamos la teoría de la dependencia económica y sostenemos que no es una institución que deba tener el peso jurídico que tiene en el marco de la relación laboral por las siguientes causas concretas: *i.* es una institución no regulada por la Ley Federal del Trabajo; *ii.* como institución jurisprudencial carece de cohesión lógica, ya que hemos detectado que en distintos criterios de importancia se comete la falacia *non sequitur*;⁵⁹ y como último punto, *iii.* presenta complicaciones prácticas que desnaturalizan la relación laboral. Analicemos cada una como sigue:

1) La principal objeción que tenemos de la dependencia económica es que es una figura que no se encuentra regulada por la legislación, el único artículo que se refiere a la dependencia económica es el 501 de la Ley Federal del Trabajo, artículo contiene regulaciones relativas a los beneficiarios en caso de deceso del trabajador, mas no de la relación laboral. La dependencia económica en el ámbito laboral también ha sido abordada bajo la

⁵⁷ LAW, J. *Oxford Dictionary of Law*, Eight ed, Oxford University Press, Oxford, 2015

⁵⁸ Cfr. con el precedente II.T.159 L de Registro: 191759 publicado en la página 565, Tomo XI, junio de 2000, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta emitida por el Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito de rubro: Beneficiarios del trabajador fallecido. Caso en el que los ascendientes acreditan la dependencia económica. Tesis, que si bien nuevamente se da en el marco de los beneficiarios y no en el de la relación laboral, acierta en definir lo que consiste la dependencia económica así como sus alcances como único medio de subsistencia.

⁵⁹ EARL, F. *Logic: The Ancient Art of Reason*, Bloomsbury, London, UK, 2016

tesitura de derechos humanos, en el marco del desarrollo de la personalidad de la mujer en el ámbito familiar, tema que insistimos es diverso con la relación laboral⁶⁰.

Bajo estas circunstancias los Tribunales Colegiados de Circuito y la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, interpretando la exégesis del artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo en cuanto a *mediante el pago de un salario*, han legislado jurisdiccionalmente sobre la materia y han desnaturalizado la de por sí desafortunada regulación de la Ley Federal del Trabajo. En los sistemas jurídicos como el mexicano, provenientes de la tradición jurídica latina o del *civil law*,⁶¹ se le confía al legislador la facultad de promulgar normas generales, y al juzgador aplicarlas estableciendo normas jurídicas concretas a las partes que someten a su jurisdicción el caso específico, pudiendo solamente, en delimitados casos, interpretarlas, mas no construir normas jurídicas generales. Y si bien es cierto que la teoría de la plenitud del ordenamiento fue superada hace muchos años, también es cierto que a la luz de la familia jurídica a la que pertenece México, el trabajo del juzgador no es crear Leyes⁶², sino aplicar las leyes, y en su caso interpretar la sustancia de la norma. La problemática aquí analizada se ha generado dado que ocurre lo contrario, las autoridades jurisdiccionales en materia laboral han ido más allá de sus atribuciones, creando vía jurisprudencia

⁶⁰ Amparo en revisión 235/2017. 16 de agosto de 2017 de Registro: 2015798 que terminó por integrar el criterio I.3o.C.300 C (10a.) publicado en la página 2189, Libro 49, diciembre de 2017, Tomo IV en la Décima Época de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito de rubro: EMPODERAMIENTO LABORAL DE LA MUJER. DISMINUYE LA VIOLENCIA ECONÓMICA (LEGISLACIÓN APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO). El empoderamiento laboral de la mujer impacta directamente en la disminución de diversos tipos de violencia que pueden ejercerse en su contra (económica principalmente). Su empoderamiento desde su sustrato económico la protege de la violencia de género, dado que la violencia de pareja aparece con mayor probabilidad cuando las mujeres se encuentran en una relación de dependencia económica y no son generadoras de recursos financieros, en tanto que, al no tener ingresos propios, se tienen que sujetar al gasto que les proporcione su pareja, como si fuera una carga, aun cuando el trabajo doméstico represente una contribución económica al sostenimiento del hogar, como lo dispone el propio Código Civil para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México en su artículo 164 Bis. (...)

⁶¹ MUÑOZ, E. *Un Gran Viaje: Manual de Derecho Comparado*, Tirant Lo Blanch, Guadalajara, Jalisco, 2017, p. 45

⁶² Entiéndase leyes no en su criterio formal por el órgano que emite el acto, sino como actos materialmente abstractos, generales e impersonales que se reputen conocidos.

instituciones no contempladas por la legislación, subsanando omisiones legislativas voluntarias⁶³.

2) Al margen del argumento vertido en el punto anterior, además de criticar que la dependencia económica sea creación jurisprudencial, también objetamos que los criterios que lo regulan cometen el error de caer en falacias formales que provocan una conclusión erróneamente sustentada.

En este apartado haremos referencia únicamente a la falacia denominada en latín *non sequitur*⁶⁴ que se actualiza cuando los términos contenidos en la conclusión no se encuentran distribuidos en la premisa⁶⁵. Verbigracia: Todos los humanos tienen derechos humanos; Pedro es humano; Conclusión: Pedro tiene un carro.⁶⁶

Hemos encontrado diversos casos en los que tanto los Tribunales Colegiados de Circuito⁶⁷ como las Juntas de Conciliación⁶⁸ han caído en esta falacia formal, casos en los que la litis se plantea en la existencia o inexistencia de la relación laboral, las pruebas ofrecidas por las partes se encaminaron a intentar probar y refutar la existencia de la subordinación, el análisis de fondo de las pruebas y los argumentos de las partes versó únicamente sobre la subordinación, y el órgano jurisdiccional

⁶³ Existen omisiones legislativas voluntarias e involuntarias, y las últimas pueden ser por causa de falta de técnica legislativa o por simple desactualización del ordenamiento en cuestión.

⁶⁴ *Cfr.* Con el artículo 74 de la Ley de Amparo y con el 892 de la Ley Federal del Trabajo, artículos que hacen referencia a los requisitos de las sentencias en sus respectivas materias.

⁶⁵ Dicho de otra manera, esta falacia se puede detectar cuando en una proposición de una sentencia se llegan a conclusiones que no se analizaron en los considerandos de la misma.

⁶⁶ SINNOTT-ARMSTRONG, W., & Foeglin, R. *Understanding Arguments*, Eight ed., Wadsworth Cengage Learning, Belmont, CA, 2010

⁶⁷ Tanto del Amparo directo 207/2009 que derivó en la Jurisprudencia por reiteración de criterios de Registro 166572 en su Cuarto Considerando como en el Amparo directo 297/2003 que derivó en el precedente de registro 183214 encontramos el común denominador mencionado anteriormente: en las consideraciones jurídicas, es juzgador se avoca a estudiar el material probatorio relacionado con la subordinación, con la facultad de revisión y mando de los demandados, para posteriormente en los puntos conclusivos terminar pronunciándose sobre la subordinación y la dependencia económica.

⁶⁸ Laudo de fecha 18 de febrero del 2019 sostenido por la Tercera Junta Especial de la Local de Conciliación y Arbitraje del Estado de Jalisco de expediente 1255/2012/3-C que derivó en el Amparo Directo 318/2019, laudo en el que se analizó el alcance probatorio de un documento exhibido por la parte actora para acreditar órdenes de la parte demandada y que al estudiar los alcances del mismo, la Junta determinó que de ese documento no se desprendía elemento de subordinación alguno y terminó concluyendo sobre la subordinación y la dependencia económica. Resolución que, una vez estudiada por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Tercer Circuito, fue estimada como legal.

concluye la decisión argumentando la inexistencia de subordinación y dependencia económica.

Lo anterior evidencia el punto que se sostiene: las instituciones creadas jurisdiccionalmente más allá de la Ley tienden a presentar vacíos lógicos en su regulación y presentan problemas procesales actuales.

3) Al analizar los problemas prácticos que reporta sostener que la teoría de la dependencia económica debemos de tener siempre en cuenta la definición inicial de esta: hay relación laboral cuando alguien percibe de una fuente de trabajo o de un patrón su principal fuente de ingresos.

Los problemas prácticos que presenta son evidentes y con el ánimo de no redundar en el tema tocaremos dos casos que se presentan comúnmente.

a. ¿Qué sucedería con una persona que percibe su principal fuente de ingresos por concepto de la pensión alimenticia decretada por el Juez familiar que además de la pensión, trabaja? Bajo este supuesto y a la luz de la dependencia económica, como la referida persona no percibe su principal fuente de ingresos por sus labores sino por la pensión decretada por el Juez, esta persona no tendría relación de trabajo con la empresa para la que trabaja. Resultado que estimamos ilógico ya que circunstancias externas a las partes repercutirían directamente en la naturaleza de la relación contractual entre éstas.

b. Un caso bastante común son los llamados practicantes, internos en medicina, pasantes legales o cualquier otro nombre similar: personas que trabajan y que se encuentran subordinados a un patrón, que reciben órdenes, que tienen un horario, que tienen un puesto, que tienen superiores, que desempeñan funciones determinadas, pero que bajo el pretexto de estar realizando prácticas profesionales no se les paga salario alguno. Según la teoría de la dependencia económica, como a los practicantes ya sea en empresas, despachos, hospitales, no se les paga, es que no existe relación laboral.

Estos dos ejemplos que son bastante comunes y evidencian los vacíos de cohesión de la figura de la dependencia económica, ya que en la aplicación de esta regla se llega a resultados ilegales; y a la luz de que el Derecho no busca producir resultados ilegales, es fuerza que debe de dejarse de aplicar la teoría de la dependencia económica. En el caso anunciado en el presente apartado, y a la luz de la teoría de la subordinación, será válido llegar a la conclusión de que incluso sin un horario fijo, incluso sin el pago de un salario, incluso bajo la simulación de encontrarse realizando prácticas profesionales, un practicante, interno, pasante

y similares al estar subordinados a un patrón, tienen relación laboral con éste; conclusión a la que sería imposible llegar si se aplicase la teoría de la dependencia económica.

4) La cuarta objeción que se tiene, es que la dependencia económica no puede caracterizar la relación laboral, ya que conforme a lo expuesto, el pago de un salario se manifiesta como una contraprestación principal pecuniaria, y como una contraprestación pecuniaria es el común de diversas figuras jurídicas mercantiles, civiles, medievales e incluso romanas; de lo que se colige que no es válido distinguir una institución por las similitudes que tiene con otras; en su caso el criterio acertado para distinguir una institución jurídica consiste en las particularidades y diferencias que posee con respecto de otras, no sus similitudes.

En este sentido, compartimos la crítica que realiza el Dr. Mario de la Cueva cuando afirma que el salario sí es un elemento de la relación laboral, es como el precio en la compraventa o los honorarios en el contrato de prestación de servicios profesionales, sin embargo, no es un elemento constitutivo, es un efecto principal⁶⁹ del contrato y una obligación de una de las partes. Por ello es válido sostener que la crítica a la teoría de la dependencia económica bajo la línea de razonamiento de que el pago del salario es el efecto de la relación laboral, no su elemento configuratorio, ya que *para su existencia es suficiente la presencia de un trabajador y un patrono, aunque no se haya determinado el monto ni la forma del salario.*⁷⁰

En razón de las objeciones expuestas en líneas anteriores consideramos oportuno abandonar la teoría de la dependencia económica como elemento configurador de la relación laboral.

VII] Conclusiones

La subordinación es uno de los efectos principales de la relación laboral, y es el más importante pues es el que la caracteriza y diferencia de otras figuras jurídicas. La subordinación hace presumir, *iure et de iure*, la existencia de la relación laboral.

El salario como contraprestación económica es también un efecto principal de la relación laboral, empero al ser un

⁶⁹ Tan es un efecto principal que la falta de pago de los salarios es una causa de rescisión del Contrato de trabajo sin responsabilidad del trabajador. Art. 51 fracción V. de la Ley Federal del Trabajo.

⁷⁰ DE LA CUEVA, M. *El nuevo Derecho mexicano del Trabajo*, vigesimosegunda ed., Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2018.

denominador común con otras figuras jurídicas, no es un elemento caracterizador de una relación laboral.

La regulación legal y jurisprudencial de la relación laboral es desafortunada; debe de reformarse el Título Segundo de la Ley Federal del Trabajo, de tal manera que se distinga empleando la técnica jurídica la causa (el acuerdo de voluntades o contrato de trabajo) de la consecuencia (la relación laboral).

Bibliografía

- BARITÉ ROQUETA, M. G. *La definición de conceptos y su impacto sobre la representación del conocimiento con fines documentales*, Escuela Universitaria de Bibliotecología y Ciencias Afines de La Universidad de La República Oriental de Uruguay, 2001, número 5, consultado en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1455806>
- BRAVO CASTAÑEDA, G. "El estatuto sociopolítico del colono en la génesis de la sociedad bajoimperial", *Memorias de Historia Antigua*, 1978, número 2
- DE BUEN LOZANO, N. *Derecho Procesal del Trabajo*, vigésima ed, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2018
- DE LA CUEVA, M. *El nuevo Derecho mexicano del Trabajo*, vigesimosegunda ed, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2018
- EARL, F. *Logic: The Ancient Art of Reason*, Bloomsbury, London, UK, 2016
- FUENTESCA, M. "El Colonos y el impuesto territorial", *Revista Internacional de Derecho Romano*, 2012
- FUSTER, G. S. "Sobre el modelo de contratación de servicios remunerados en el Derecho Romano. Algunos aspectos relevantes de la Locatio Conductio", *Revista de Derecho de La Universidad Católica Del Norte*, No. 2(3), 258000, 2015
- GONZÁLEZ GARCÍA, H., & León Tovar, S. H. *Sociedades Mercantiles e introducción al Derecho Mercantil*, Segunda ed, Oxford University Press, Ciudad de México, 2015
- LALIENA, C. *Siervos medievales de Aragón y Navarra en los siglos XI-XIII*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2016, número 68
- LAW, J. *Oxford Dictionary of Law*, Eight ed, Oxford University Press, Oxford, 2015
- MONCAYO RODRÍGUEZ, S. "Gayo y su obra", *Letras Jurídicas, Revista de Los Investigadores Del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V.*, número 7, 2003
- MUÑOZ, E. *Un Gran Viaje: Manual de Derecho Comparado*, Tirant Lo Blanch, Guadalajara, Jalisco, 2017
- PÉREZ MULERO, P. "El Emperador Justiniano I En Coripo Y Jordanes. Potestas", *Revista Del Grupo Europeo De Investigación Histórica. Religión, Poder Y Monarquía*, número 12, 2018, consultado en <https://doi.org/10.6035/potestas.2018.12.2>
- RAMOS, G. G. *La definición en el diccionario desde la teoría lingüística*,

- Universidad de Málaga, 2017, número 68
- ROBLES FARÍAS, D. *Teoría General de las Obligaciones*, Segunda ed, Oxford University Press, Ciudad de México, 2015
- ROBLES FARÍAS, D. "El Derecho Contractual en la Época Postmoderna", *Perspectiva Jurídica Universidad Panamericana*, número 7, 2018
- RODRÍGUEZ, S. M. *Locatio conductio, una institución unitaria con múltiple función económico-social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de La Universidad Veracruzana, n.d.
- ROJINA VILLEGAS, R. *Compendio de Derecho Civil: Contratos*, Trigésima ed, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2014
- SINNOTT-ARMSTRONG, W., & Foeglin, R. *Understanding Arguments*, Eight ed, Wadsworth Cengage Learning, Belmont, CA, 2010
- SOUTO, J. A. "Siervos y afinez en Al-Andalus omeya a la luz de las inscripciones constructivas" *Revista de La Facultad de Geografía e Historia, Serie III*, 2010
- TAVITS, G. *The Nature and Formation of Labour Law*, *Jurídica Internacional*, Núm II, 1997
- VIÑA, N. T. *La locatio-conductio en Roma y su régimen actual*, Universidad de Valladolid, 2017

Actualidad legislativa

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
15 SEMESTRE II
2020

Constitucionalidad de la medida impuesta a través de la NOM-051-SCFI/SSA1-2010

RICARDO VINICIO RODRÍGUEZ PRINTZEN¹

SUMARIO: I. *Comentarios respecto de la modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-051-SCFI/SSA1-2010.*

I] Comentarios respecto de la modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-051-SCFI/SSA1-2010

Con fecha de 27 de marzo de 2020, se publica la modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-051-SCFI/SSA1-2010, Especificaciones generales de etiquetado para alimentos y bebidas no alcohólicas preenvasados - Información comercial y sanitaria (en lo sucesivo la NOM) a través del Diario Oficial de la Federación, en la cual destaca la disposición 4.1.5, incisos a) y b), que establece de forma expresa:

Los productos preenvasados que ostenten uno o más sellos de advertencia o la leyenda de edulcorantes, no deben: incluir en la etiqueta personajes infantiles, animaciones, dibujos animados, celebridades, deportistas o mascotas, elementos interactivos, tales como, juegos visual – espaciales o descargas digitales, que, estando dirigidos a niños, inciten, promueven o fomenten el consumo, compra o elección de productos con exceso de nutrimentos críticos o con edulcorantes, y hacer referencia en la etiqueta a elementos ajenos al mismo con las mismas finalidades del párrafo anterior.

La obligación antes mencionada entrará en vigor a partir del día 1° de abril de 2021, por lo tanto, a partir de ese momento estarán obligadas las industrias de alimentos y de bebidas preenvasadas, que utilicen uno o más sellos de advertencia o la leyenda de edulcorantes (sustancias diferentes de los

¹ Catedrático de Derecho de la Administración Pública y Teoría General del Acto Administrativo en la Universidad Panamericana campus Guadalajara.

*monosacáridos*² y de los *disacáridos*³, que imparten un sabor dulce a los productos⁴), a retirar de sus etiquetados personajes y celebridades, así como omitir elementos interactivos que ponen a disposición de sus consumidores, tales como software de juegos, videos y música, o bien, descargas digitales, lo cual implicará que en una ida al supermercado nos encontremos una caja de *Zucaritas* sin el famoso *Tigre Toño*, o bien, el frasco de *Chocomilk* sin el también conocido *Pancho Pantera*, lo cual será difícil de concebir. Lo anterior tiene una razón de ser, la cual consiste principalmente en incentivar a la población a que disminuya su consumo de productos alimenticios denominados comúnmente como *chatarra*, o bien, aquellos que pudieran ser considerados como no saludables, tales como aquellos que contienen mayores cantidades de azúcar, grasas saturadas y altos en sodio con presencia de conservadores, por mencionar algunos ejemplos, entendiendo que nuestro país tiene un alto índice de obesidad en su población, lo cual es un factor de riesgo para la integridad física y salud del mexicano.

El objeto de este artículo es dar una opinión respecto a si estos elementos contenidos en los etiquetados son trascendentales para la elección de productos alimenticios preenvasados por parte del consumidor y si éste último, debido a los elementos mencionados, deja de tomar en cuenta el contenido nutrimental de dichos productos; asimismo, mediante este artículo se busca resolver si la justificación de la NOM para retirar los elementos de mérito es constitucionalmente correcta.

En una primera instancia, se debe determinar que los personajes, celebridades y elementos interactivos, por regla general, consisten en derechos previamente adquiridos por parte de los negocios del ramo alimenticio, entendiendo por ejemplo que los personajes infantiles, animaciones, dibujos animados y mascotas son protegidos mediante registros de marcas obtenidos ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) y/o reservas de derecho de uso exclusivo inscritas ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDAUTOR), los cuales son

² Azúcar que no se puede descomponer en otro más simple por hidrólisis. Definición de Monosacárido. Consultado en <https://dle.rae.es/monosac%C3%A1rido> el 9 de noviembre de 2020.

³ Hidrato de carbono formado por dos monosacáridos. Definición de Disacárido. Consultado en <https://dle.rae.es/disac%C3%A1rido> el 9 de noviembre de 2020.

⁴ Disposición 3.15, Modificación a la Norma Oficial Mexicana NOM-051-SCFI/SSA1-2010, Especificaciones generales de etiquetado para alimentos y bebidas no alcohólicas preenvasados-Información comercial y sanitaria, publicada en el DOF el 27 de marzo de 2020.

tramitados directamente por los negocios de mérito o, en su caso, obtienen la potestad de explotarlos temporalmente mediante un determinado pago al respectivo titular de dichos registros; asimismo, en cuanto a celebridades o deportistas, las industrias producción de alimentos y bebidas preenvasadas tramitan licencias ostentosas para utilizar la imagen de dichas personas en el etiquetado de los citados productos, lo anterior con fines meramente publicitarios y con el simple objeto de llamar la atención del público consumidor, situación que hemos visto en casos como Cristiano Ronaldo en la cadena de restaurantes conocidos comercialmente como *Kentucky Fried Chicken* o Ryan Reynolds con la marca de snacks denominada *Sabritas*, entre otras, de lo cual se puede concluir entonces que existe una inversión económica importante y previa que se destina en trabajos de mercadotecnia, diseño, negocios, gestión administrativa y elaboración de contratos de licencias de uso atinentes a los mencionados derechos previamente adquiridos e imagen de personajes.

Ahora bien, de una simple apreciación que se realice a este decreto de Modificación de la NOM, se concluyen diversas violaciones a derechos humanos previstos en la Carta Magna, siendo una de las más claras, la limitación de estos derechos previamente adquiridos obtenidos por las industrias alimenticias sin que antes hubieran sido oídos y vencidos en el procedimiento de modificación de dicha NOM, lo cual es evidente debido a que, como se ha mencionado, han erogado cantidades para la tramitación y obtención de registros de marcas y/o reserva de derecho de uso exclusivo, así como en la contratación de diversas licencias de uso de imagen de celebridades; aunado a lo anterior, la NOM tiene como efecto que exista una interferencia de derechos propiedad de diversas industrias alimenticias y que con motivo de la actuación administrativa que se generará con motivo del cumplimiento de esta disposición 4.1.5, incisos a) y b), hará que los registros, derechos intelectuales y licencias se vuelvan inservibles, pues no cumplirían su efecto de dar publicidad a la marca a través de los productos alimenticios preenvasados y en sus campañas correspondientes, lo anterior aun cuando el particular cuente con la titularidad de los derechos o, en su defecto, le haya sido permitido su uso y explotación de forma temporal y para estos fines publicitarios exclusivos; Finalmente, esta NOM, al pretender que se disminuya el consumo de ciertos alimentos y bebidas preenvasadas que son altas en contenido de azúcar, grasas saturadas y sodio, o bien, que pudieran ser considerados como no saludables, tiene como consecuencia modificar la disposición y ejercicio de los

derechos previamente adquiridos mencionados (esto con la limitación de su uso al prohibirse su publicación en el etiquetado de alimentos y bebidas preenvasados), lo anterior provocando violaciones a la esfera jurídica de las industrias alimenticias por la aplicación irretroactiva de la Ley, es decir, se pretende aplicar la NOM (de reciente vigencia) en detrimento a las disposiciones jurídicas contenidas en la Ley Federal de Protección de la Propiedad Industrial⁵, Ley Federal del Derecho de Autor⁶ y demás ordenamientos jurídicos aplicables que no solo reconocen el nacimiento y registro de las marcas, reservas de derecho de uso exclusivo y/o licencias, sino sus modalidades de uso y medios de subsistencia legal.

Por otro lado, debemos observar que la prohibición de incluir personajes, celebridades y elementos interactivos en el etiquetado de alimentos y bebidas preenvasados, a efecto de que se desincentive su consumo en beneficio de la salud alimenticia del gobernado, carece de debida fundamentación y motivación, toda vez que la normatividad aplicable al etiquetado de alimentos y bebidas preenvasadas obliga a que se plasmen elementos como: leyendas precautorias, tablas de contenido, ingredientes, leyendas de recomendación, declaraciones de contenido energético y valores nutrimentales, los cuales se estima que son suficientes para informar y prevenir al consumidor respecto a la compra y uso de un alimento o bebida, así como de la *incidencia nutrimental* que ocasionara su consumo, por ello, si se sopesa lo que la NOM ahora pretende obligar a costa de la limitación de uso y ejercicio de marcas registradas, reservas de uso de derecho exclusivo y/o licencias, se considera que es mayor la afectación a dichos derechos previamente adquiridos que los beneficios que pudiesen ocasionarse a la colectividad, insistiendo en que el actual etiquetado de productos alimenticios preenvasados cuenta con elementos informativos suficientes para asegurar su consumo responsable y bien pensado.

Independientemente de las razones por las cuales se considera inconstitucional el decreto de modificación de la NOM, se debe tener en consideración que, a final de cuentas, los adultos son los que normalmente adquieren los alimentos y bebidas preenvasados, sea para su consumo personal o en el hogar, en el caso de que sean padres de familia, por lo tanto, cuentan con una capacidad intelectual suficiente para determinar qué tipo de productos son buenos o malos nutricionalmente hablando, razón

⁵ Publicada mediante decreto en el DOF el 1 de julio de 2020.

⁶ Publicada mediante decreto en el DOF el 24 de diciembre de 1996.

por la cual no debe influir en su toma de decisión de adquisición de dichos productos si aparece o no un personaje, celebridad y/o elemento interactivo, sino que estos son utilizados para fines meramente publicitarios, lo cual se sustenta con la opinión profesional de la Licenciada en Nutrición Paulina Aguirre Mendoza⁷, quien mediante entrevista realizada por el autor para efectos del presente artículo/opinión menciona que:

Si bien es cierto que la imagen o presentación de un producto preenvasado influye al consumidor en su respectiva compra, esto al hacer más llamativo el producto, logrando captar la atención del consumidor y en ocasiones generando una respuesta emocional positiva hacia el producto que pudiera finalmente afectar la decisión a la hora de la compra, también es cierto que los adultos son los responsables del consumo de dichos productos, siendo que en el caso de los padres de familia, al tener la responsabilidad de educar a los niños sobre qué es bueno o malo para su salud, influyen en la toma de decisiones de sus hijos cuando estos últimos acuden a un establecimiento comercial a adquirir algún alimento y/o bebida preenvasada.

Señalando también que:

Considero excesiva y fuera de lugar la imposición de obligación de prohibir la aparición de personajes, celebridades y elementos interactivos en las etiquetas de alimentos y bebidas preenvasadas, pues aun cuando el objetivo sea mejorar los índices de sobrepeso, obesidad, enfermedades cardíacas y diabetes, así como las consecuencias a la salud por una mala alimentación, considero que no es la forma de lograrlo, sino las autoridades sanitarias y competentes deben apostarle a la educación, buscando enseñarle a los niños desde temprana edad, tanto en casa como en las escuelas, que tipo de productos son adecuados para gozar de buena salud y cuales no lo son.

Por lo tanto, se resuelve que la aparición de personajes, celebridades y elementos interactivos en las etiquetas de productos alimenticios preenvasados no es lo suficientemente influenciante para su decisión de adquisición.

Como conclusión, se debe aplaudir siempre la actitud y trabajo de las autoridades administrativas cuando buscan satisfacer

⁷ AGUIRRE MENDOZA, Paulina, es Licenciada en Nutrición por la Universidad del Valle de Atemajac campus Guadalajara, cuya carrera cursó del 2007 al 2011. Actualmente da consultas a personas con enfermedades metabólicas y para cambio de hábitos, además de ser docente en secundaria y preparatoria.

una necesidad colectiva y más aún cuando se trata de un elemento trascendental como lo es la salud, pero dicha situación no exime a las autoridades administrativas de seguir las formalidades procedimentales aplicables y salvaguardar los derechos de los particulares, buscando siempre cumplir con el marco jurídico vigente a fin de que sus actuaciones administrativas las lleven al cumplimiento de dos de sus objetivos primordiales, que son el bien común e interés público, por lo tanto, todo acto y decisión gubernamental además de que está obligada a respetar los derechos universales reconocidos por la Carta Magna, debe ser sensata, congruente y, sobre todo, eficaz para resolver problemáticas que inciden en nuestra vida cotidiana.

Sin embargo, debe observarse que la modificación de la NOM no asegura, de forma directa, contundente e inmediata, la solución al sobrepeso del mexicano, sino que, mediante la infundada e inmotivada limitación de uso de los registros de marcas y reservas de derecho de uso exclusivo, así como licencias de uso, pretende disminuir el consumo de alimentos y bebidas preenvasadas, sin que de ninguna de forma, científica y/o verídica, se asegure que el consumo de dichos productos se desincentivará, mucho menos si se resolverá la problemática de sobrepeso.

Lo que se considera que seguramente se verá afectado en este caso particular, es que se verán afectados estos derechos previamente adquiridos por parte de las industrias y negocios en el ramo alimenticio, generándoseles pérdidas en cantidades invertidas por concepto de registro y uso de personajes, celebridades y elementos interactivos, así como en ventas de dichos productos a corto, mediano y largo plazo, sin que las autoridades administrativas responsables hayan ofrecido ninguna clase de indemnización por concepto de las mencionadas pérdidas y de los perjuicios que surgirán como consecuencia de la prohibición de uso de dichos derechos previamente adquiridos en el etiquetado de los alimentos y bebidas preenvasadas, por ello, es que la modificación a la NOM y particularmente su disposición 4.1.5, incisos a) y b), se estima inconstitucional y además excesiva para los fines que pretende materializar.

Revista

**PERSPECTIVA
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA