

Revista

**PERSPECTIVA  
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



**UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA®**  
CAMPUS GUADALAJARA

NÚMERO  
**19** SEMESTRE II  
2023

**ISSN - 2395-9541**

*PERSPECTIVA JURÍDICA UP, año 10, número 19, semestre II, julio-diciembre de 2023, 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](mailto: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, Correo: [clientes@edikrea.com](mailto:clientes@edikrea.com). Este número terminó de imprimirse el día 22 de marzo de 2024 con un tiraje de 200 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](mailto: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](mailto:perspectivaup@up.edu.mx). Se deberá enviar material original incluyendo un resumen.*

*Fecha límite de recepción de artículos para el próximo fascículo: 31 de mayo de 2024. Se resolverá sobre su aceptación el 31 de julio de 2024.*

*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**

**2023-2024**

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*

VALERIA ISABEL BARRIOS SAGLIMBENI

PABLO ESTEBAN MACÍAS GUERRERO

DIEGO GALLEGOS HERNÁNDEZ



## Mensaje de la directora

Estimada Comunidad Académica,

Es un gusto poner en sus manos la edición número 19 de nuestra revista Perspectiva Jurídica UP, una publicación que refleja el compromiso con la excelencia de nuestra Facultad de Derecho. En esta ocasión, nos complace ofrecerles una variada selección de ensayos y narrativas que abarcan diversos aspectos del mundo jurídico, desde la investigación académica hasta las experiencias prácticas de nuestros egresados.

La primera parte de esta edición está dedicada a los ensayos presentados durante el Sexto Congreso Internacional de Derecho Mercantil, organizado por nuestra facultad. Este evento representa un espacio de encuentro y reflexión para destacados profesionales y académicos del ámbito jurídico, quienes comparten sus conocimientos y perspectivas sobre los desafíos y tendencias actuales en el derecho mercantil.

En la segunda sección, presentamos ensayos jurídicos elaborados por expertos en diferentes áreas del derecho. Estas contribuciones ofrecen análisis profundos y perspicaces sobre temas de relevancia tanto nacional como internacional, enriqueciendo el debate académico y contribuyendo al desarrollo del conocimiento jurídico.

La tercera parte de nuestra revista destaca el talento y la dedicación de nuestros estudiantes a través de ensayos jurídicos escritos por ellos. Estas investigaciones reflejan el arduo trabajo y el compromiso académico de nuestra comunidad estudiantil, así como su capacidad para abordar temas complejos y generar ideas innovadoras.

Finalmente, cerramos esta edición con la narración de una de nuestras egresadas, quien comparte su experiencia de trabajar y vivir en Nueva York. Su relato ofrece una visión sobre los desafíos y oportunidades que enfrentan nuestros

graduados en el ámbito profesional, así como las lecciones aprendidas en el camino.

En conjunto, los contenidos de esta edición reflejan el espíritu de excelencia académica y la diversidad de perspectivas que caracterizan a nuestra Facultad de Derecho. Agradecemos a todos los autores por su invaluable contribución y a nuestros lectores por su continua participación y apoyo.

Zapopan, Jalisco, marzo 2024

Dra. Isabel Álvarez Peña  
Decana de la Facultad de Derecho

## Editorial

En esta entrega de la revista PERSPECTIVA JURÍDICA UP publicamos los ensayos de los ponentes del VI Congreso Internacional de Derecho Mercantil, que tuvo como sede la Universidad Panamericana campus Guadalajara en el mes de noviembre de 2023. La sexta edición del congreso fue todo un éxito y contó con la participación de conferencistas de talla mundial, tanto mexicanos como extranjeros. Se publican las ponencias de Carlos Ernesto Arcudia Hernández, Luis Manuel C. Mejan, Norma Laura Godínez Reyes, Diego Robles Farías y Soyla H. León Tovar. Vaya nuestro reconocimiento a esta última por la organización y promoción del congreso, que se ha consolidado como un referente en la materia.

Se publican también trabajos de otros juristas destacados. El colectivo *Derechos Humanos y Litigio Estratégico A.C* propone un interesante estudio sobre la legitimación de defensores de derechos humanos para promover el juicio de amparo, que estoy seguro será de gran utilidad para la promoción y defensa de los derechos humanos en nuestro país. Luis Javier Reynoso Zepeda realiza un análisis del derecho de la competencia apoyándose en el concepto de armonía de Aristóteles, y Carlos A. Gabuardi escribe sobre el desarrollo evolutivo del derecho internacional privado y del derecho comparado.

Como ha sido tradición de la revista, se incluyen ensayos de muy buena calidad escritos por alumnos de la facultad de derecho de la Universidad Panamericana. En esta ocasión publicamos los de Guillermo Alejandro Gatt Ontiveros, Rodrigo Ramos Treviño, Sara Alejandra Rejón Ríos, Elizabeth Blanca Concepción Torres Laguna, José María Olvera Amado y Adán Emilio Rolón Durán. Estos dos últimos son fundadores del *Club de Investigación*, el cual promueve la lectura y la investigación entre los alumnos de la facultad.

Finalmente, en la sección de Vida Universitaria, Denisse G. Gómez nos comparte una reseña de su experiencia de vida como estudiante y ahora como residente en la ciudad de Nueva York que estoy seguro inspirará a otros alumnos a emprender la aventura de estudiar y vivir en el extranjero.

Zapopan, Jalisco marzo 2024  
Dr. Diego Robles Farías  
Editor General

# Contenido

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

Editorial..... p. 7

## Ensayos del VI Congreso Internacional de Derecho Mercantil

Mecanismos de control en grupos económicos de sociedades cotizadas en México  
por **CARLOS ERNESTO ARCUDIA HERNÁNDEZ** ..... p. 13

Las sociedades en beneficio e interés colectivo y criterios ASG  
por **NORMA LAURA GODÍNEZ REYES** ..... p. 35

Asambleas generales de accionistas por medios electrónicos, ópticos y similares conforme la reforma a la Ley general de Sociedades Mercantiles  
por **SOYLA H. LEÓN TOVAR** ..... p. 49

Los efectos de la insolvencia en grupos de sociedades  
por **LUIS MANUEL C. MÉJAN** ..... p. 81

El desarrollo moderno de la cláusula *Rebus sic Stantibus* en el Derecho Contractual Mexicano  
por **DIEGO ROBLES FARÍAS**..... p. 93

## Estudios jurídicos

Legitimación de defensores de Derechos Humanos para promover el Juicio de Amparo  
por **DERECHOS HUMANOS Y LITIGIO ESTRATÉGICO MEXICANO, A.C.** ..... p. 117

El Derecho Internacional y el Derecho Comparado, desarrollos evolutivos  
por **CARLOS A. GABUARDI**..... p. 165

Armonía en el Derecho de la Competencia  
por **LUIS JAVIER REYNOSO ZEPEDA**..... p. 193

## **Ensayos preparados por alumnos**

La difamación, en el ámbito del derecho de daños  
por **GUILLERMO ALEJANDRO GATT ONTIVEROS**..... p. 225

El derecho a la nacionalidad de los niños en Latinoamérica  
por **JOSÉ MARÍA OLVERA AMADO** ..... p. 241

La responsabilidad patrimonial del Estado en el ejercicio  
de la impartición de justicia  
por **RODRIGO RAMOS TREVIÑO**..... p. 267

La pérdida de chance o de oportunidad  
por **SARA ALEJANDRA REJON RÍOS**..... p. 285

¿Por qué la legislación que regula la portación de armas en México  
transgrede los principios de certeza y seguridad jurídica?  
por **ADÁN EMILIO ROLÓN DURÁN**..... p. 305

La Responsabilidad Civil por la vulneración del derecho al honor  
en las redes sociales  
por **ELIZABETH BLANCA CONCEPCIÓN TORRES LAGUNA**..... p. 323

## **Vida universitaria**

Una mexicana rescatada por Nueva York  
por **DENISSE G. GÓMEZ**..... p. 343

**Ensayos  
VI Congreso  
Internacional  
de Derecho Mercantil**

Revista

PERSPECTIVA  
JURÍDICA 

NÚMERO  
**19** SEMESTRE II  
2023



# Mecanismos de control en grupos económicos de sociedades cotizadas en México

CARLOS ERNESTO ARCUDIA HERNÁNDEZ<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *El gobierno corporativo y los problemas que trata de resolver.* III. *El modo de regulación dominante en México: los grupos económicos.* IV. *Los mecanismos de control en la legislación mexicana.* V. *Valoración de los mecanismos de control a la luz del capitalismo de grupos económicos en México.*

**Resumen.** El gobierno corporativo es un movimiento que pretende solucionar los problemas de agencia, que pueden ser de diferente tipo. El caso de los grupos económicos, que son redes de empresas donde se entrecruzan las participaciones en varias sociedades y generalmente son una familia o grupos de familias. Este modo de regulación de la economía mexicana tiene como condición un estado de derecho débil y una protección muy leve a los accionistas minoritarios. En el presente trabajo tratamos de caracterizar los problemas de agencia principal-principal que son los que se presentan en el capitalismo de grupos económicos, así como describir la forma en la que se estructuran los grupos económicos en México. Posteriormente, abordamos los mecanismos de control para los grupos económicos cuyas sociedades cotizan en la bolsa de valores.

**Palabras clave:** Gobierno corporativo, sociedades bursátiles, grupos económicos, Ley del Mercado de Valores, problemas de agencia.

**Abstract.** *Corporate governance is a movement that aims to solve agency problems, which can be of different types. The case of economic groups, which are networks of companies where participations in several companies intersect and are generally a family or groups of families. This mode of regulation of the Mexican*

---

<sup>1</sup> Profesor Investigador de Tiempo Completo y Secretario Académico de la Facultad de Estudios Profesionales Zona Huasteca de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Investigador Nacional Nivel 1 del SNII-CONAHCYT

*economy is conditioned by a weak rule of law and very slight protection for minority shareholders. In the present work we try to characterize the principal-principal agency problems that occur in economic group capitalism, as well as describe the way in which economic groups are structured in Mexico. Subsequently, we address the control mechanisms for economic groups whose companies are listed on the stock exchange.*

**Keywords:** *Corporate governance, stock companies, economic groups, Stock Market Law, agency problems.*

## I ] Introducción

El control de grupos económicos de sociedades cotizadas sin duda alguna es un tema de gobierno corporativo. Comenzaremos por analizar qué es el gobierno corporativo, los principales problemas que trata de solucionar, en este caso los problemas de agencia, y las vías que propone. De una vez anticipamos que el movimiento del gobierno corporativo se decanta por modelos de autorregulación y de regulación externa. En los primeros es la propia sociedad, que, para maximizar valor, adopta las prácticas del gobierno corporativo. Quien termina asignando premios y castigos es el mercado. Esta es la postura contractualista, porque concibe a la sociedad mercantil como un conjunto de contratos. La eficiencia en la operación garantiza que se invierta en la sociedad, de lo contrario se buscará en el mercado directamente, o bien, si la gestión de la empresa es mala, se deteriorará el valor. El segundo caso son la legislación y otro tipo.

El modo de regulación dominante en la economía mexicana son los grupos económicos. Según Chavarín un grupo económico son redes de empresas que se caracterizan por sus sistemas de propiedad y control concentrados en familias, donde es común que miembros de estas familias también participen directamente en la operación de los negocios. Participan en diferentes ramas de actividad económica y presentan integración vertical de sus actividades. Si participan en el mercado de valores, el holding suele emitir deuda o acciones con derechos de voto limitado, por lo que existe un control corporativo centralizado en accionistas mayoritarios y una escasa protección a los accionistas minoritarios<sup>2</sup>.

En economías desarrolladas, debido a que la propiedad y el control a menudo se separan y los mecanismos legales protegen

---

<sup>2</sup> CHAVARÍN RODRÍGUEZ, Rubén, *Los diez mayores grupos económicos de México y su impacto económico*, Revista Cimexus, Vol XIII, No 2, 2018, p 176

los intereses de los propietarios, los conflictos que reciben la mayor atención son los conflictos entre principal y agente. Hay conflictos entre administradores (agente), y accionistas (principal) debido a las diferentes necesidades de cada uno. Cuando los gerentes no son los dueños de las empresas suelen tener incentivos particulares que los alejen de la maximización del valor de la empresa y de los intereses de los accionistas. Es necesario adoptar mecanismos para alinear los intereses entre el principal y el agente<sup>3</sup>.

De otra parte, en las economías emergentes, el contexto institucional y un estado de derecho débil hace que la aplicación de un buen gobierno sea más costosa y problemática. Esto es el resultado de la concentración de la propiedad de la empresa en uno o pocos dueños. La propiedad concentrada y la falta de mecanismos efectivos de buen gobierno, resulta en conflictos más frecuentes entre los accionistas controladores y los accionistas minoritarios. Esto ha llevado al desarrollo sobre una nueva perspectiva sobre el gobierno corporativo, conocida como modelo principal-principal de las empresas. Este enfrentamiento entre accionistas controladores y los accionistas minoritarios. Este enfrentamiento de los accionistas controladores contra los accionistas minoritarios a menudo resulta en la expropiación del valor de los accionistas minoritarios, a los accionistas mayoritarios o de control<sup>4</sup>.

Ahora bien, en los últimos años, a nivel internacional, se han dado una serie de soluciones desde el movimiento del gobierno corporativo para tratar de solucionar los problemas de agencia. Que repasaremos en el siguiente apartado.

## II ] El gobierno corporativo y los problemas de agencia que trata de resolver

Comenzaremos por definir al gobierno corporativo, adoptando la definición de la Dra. Soyla H. León Tovar:

---

<sup>3</sup> ALANIS AGUILAR, Isela, *¿Son las prácticas de gobierno corporativo y de earnings management relevantes para el valor de las empresas en México?*, *Contaduría y Administración*, UNAM, México, Vol 64, No 4, Especial Gobierno Corporativo, 2019, pp 3-4. Sitio web: <http://www.cya.unam.mx/index.php/cya/article/view/1965/0> (Consultado el 1 de noviembre de 2023)

<sup>4</sup> ALANIS AGUILAR, Isela, *¿Son las prácticas de gobierno corporativo y de earnings management...? ob. cit p 4*

*Constituye un conjunto de normas, principios, elementos estratégicos, operacionales y administrativos, que busca maximizar el valor de las sociedades, su credibilidad ante terceros y los accionistas, con una estructura, integración y funcionamiento de los órganos que las gobiernan y controlan, que permita dar mayor transparencia conforme los intereses de los accionistas y del público<sup>5</sup>.*

El gobierno de las empresas es un elemento clave en para el desarrollo de la competitividad, esto es claro para administradores, economistas y juristas. Por ello es necesario adoptar una forma de organización que tengan un alto grado de eficacia de cara al mercado. Empresa y mercado son –en la teoría económica– mecanismos para asignar recursos y coordinar conductas, aunque lo hacen de maneras distintas. El mecanismo de control del mercado son los precios, y – lo que desarrollaremos en el presente trabajo– los mecanismos de control de la empresa se realizan por medio de la dirección explícita de las actividades que se realiza por la propia empresa. Desde el punto de vista de la escuela contractualista, tanto el mercado y la empresa tienen la misma base contractual. Pero, según esta misma teoría, la administración de cada tipo de contrato (a través del mercado, o a través de la empresa) tienen distintos costos. Los costos que se pagan en el mercado son *costos de transacción*; y los que se pagan en la empresa son los *costos de agencia*.<sup>6</sup>

En el ámbito intra-societario, es conveniente adoptar una serie de medidas e incentivos para limitar los conflictos que ocasionan la contraposición de intereses entre administradores y accionistas. El fin es asegurarse que el comportamiento de los administradores no ocasione perjuicios en el patrimonio de los socios. No obstante, existirá siempre algún rango de diferencia entre los intereses de ambos. Esto son los *costes de agencia*, mismos que se integran por la suma de:

*Los gastos de vigilancia realizados por el principal para evitar conductas no deseadas en el agente (monitoring expenditures), los gastos de garantía (bonding costs) con los cuales el principal pretende asegurarse de que el agente no realizará determinadas acciones que irían en contra de sus intereses o de que será*

---

<sup>5</sup> LEÓN TOVAR, Soyla y GONZÁLEZ GARCÍA, Hugo, *Derecho Mercantil*, 2a edición, Editorial Oxford, México p 568

<sup>6</sup> BISBAL MÉNDEZ, Joaquín, *El gobierno de las compañías mercantiles: teorías, materiales y práctica* Revista de derecho mercantil, Aranzadi, Madrid, No 226, 1997, pp 1676-1977

*compensado en caso de que las realice; y aquella pérdida residual (residual loss) que, a pesar de los dos gastos anteriores sufrirá el principal por la diferencia aun pequeña, que siempre habrá entre la actuación del agente y la actuación ideal que hubiese generado el máximo beneficio del principal <sup>7</sup>.*

Los problemas de agencia que se pueden presentar en una sociedad cotizada son básicamente tres: a) accionistas enfrentados con administradores y gestores; b) accionistas mayoritarios enfrentados a los minoritarios; y, c). accionistas contra acreedores. A continuación, caracterizamos estos problemas en la tabla 1.

| Principales problemas de agencia   |  |   |
|--|--|---|
| Accionistas vs. gestores   | Accionistas mayoritarios vs. accionistas minoritarios  | Accionistas vs. acreedores  |
| Los administradores deberán conducir la sociedad orientándose en el interés social que coincide con el de los accionistas, pero esto no siempre puede ser así. Estamos ante los problemas generados por la administración heterónoma de la sociedad. | Siendo que en el seno de la Asamblea General de Accionistas donde se toman las decisiones importantes, una mayoría de socios puede afectar los derechos de la minoría. | Una decisión adoptada por los socios en beneficio propio podría acarrear perjuicios a los acreedores. |

Tabla 1.- Principales problemas de agencia

En Latinoamérica y México, el principal desafío en el ámbito empresarial es el problema de agencia entre los accionistas con mayoría y los accionistas minoritarios (principal-principal). Los accionistas mayoritarios se benefician de manera desfavorable para

<sup>7</sup> GUERRA MARTÍN, Guillermo, *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses, Monografía Asociada a la Revista de Derecho de Sociedades*, No 20, Aranzadi, Madrid, 2003 p 122

los minoritarios mediante prácticas como la expropiación, el nepotismo y la corrupción política. El problema tiene sus raíces en dos fuentes: la estructura de gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, que aísla a los principales accionistas de posibles amenazas de adquisición y seguimiento; y, por otro lado, el sistema legal que no protege a los accionistas minoritarios por la falta de leyes adecuadas o la falta de aplicación de las existentes<sup>8</sup>.

Ahora bien, esta serie de problemas de agencia, hay que aterrizarlos en un modelo concreto de arquitectura organizacional. Para luego analizar los mecanismos de control más apropiados al modo de regulación dominante en la economía mexicana.

### **III ] El modo de regulación dominante en México: los grupos económicos**

Los patrones socioculturales que se dan durante largos períodos determinan la arquitectura y el gobierno corporativo en un país. Por esta razón, las condiciones de cada país determinan que estos elementos faciliten el desarrollo de la economía, la innovación e incentivar la inversión, aunque en otros casos puede producir el efecto contrario. En específico, las combinaciones entre arquitectura y gobierno corporativos ayudan a la definición de los sistemas de negocios. Estos sistemas son diferentes entre países porque resultan de distintos patrones de propiedad, control y vínculos corporativos<sup>9</sup>.

Así los principales modelos de arquitectura organizacional se pueden clasificar en anglosajón, alemán, japonés y grupos económicos. En México el modo de regulación dominante es el de grupos económicos (GE). Mismos que se caracterizan como una red de negocios donde muchos accionistas mayoritarios controla a empresas, usualmente miembros de una familia extendida o de un círculo cerrado de asociados con nexos sociales. En estas redes de negocios las empresas están conectadas entre sí mediante compañías tenedoras de acciones e intercambios de representantes en los consejos de administración<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> ARCUDIA HERNÁNDEZ, Carlos Ernesto *El activismo de los inversores institucionales en el gobierno de las grandes sociedades: especial referencia al caso mexicano*, *Contaduría y Administración*, UNAM, México, Vol 57, No 4, octubre-diciembre, 2012, p 50. Sitio web [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0186-10422012000400003&script=sci\\_abstract](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0186-10422012000400003&script=sci_abstract) (Consultado el 1 de noviembre de 2023)

<sup>9</sup> CHAVARÍN RODRÍGUEZ, Rubén, *Banca, Grupos Económicos y Gobierno Corporativo en México*, Centro de Estudios Espinosa Yglesias, México, p 14.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p 15

### 1. *Los problemas de agencia de los grupos económicos.*

En las empresas familiares, que por definición el control es predominantemente ejercido por 1 o 2 familias, la concentración de la propiedad accionarial es alta; la división entre propiedad y administración es mínima -no solamente en la sociedad controladora, sino en las sociedades filiales; la presencia de la familia en los consejos de administración es determinante, y a que el reclutamiento de personal de más alto nivel prefiere a miembros de esta. Los valores patriarcales son muy fuertes y se expresan en toda la estructura organizacional de las grandes corporaciones, de tal suerte que es muy frecuente que el padre dirija los consejos de administración de la -o las- tenedoras más importantes, mientras los hijos encabezan los consejos de las filiales<sup>11</sup>.

Los grandes grupos empresariales que dominan la actividad económica, tanto en México como en numerosos países del mundo, son mucho más que grupos estrictamente financieros y en gran medida diferentes a los agrupamientos monopolistas de capital presentes a los comienzos del siglo XX en los países caracterizados por el control bancario sobre las actividades productivas y que tuvieron su expresión clásica en países como Alemania y Estados Unidos

Los GE mexicanos son producto de un entorno en el que prevalece un estado de derecho limitado, el cual se caracteriza por un marco legal que no surge del consenso, un sistema de procuración de justicia deficiente y un conjunto de creencias y patrones culturales que dan pauta a la corrupción, al oportunismo y a una confianza social estrecha. La presencia de instituciones discrecionales (formales e informales), y el elevado costo que le generan a la actividad económica, propician la sustitución de los mecanismos de mercado por transacciones relacionadas<sup>12</sup>.

### 2. *El gobierno corporativo de los grupos económicos.*

En los GE mexicanos el control es ejercido por el bloque compacto de accionistas es uno de los rasgos principales que distinguen a los grupos económicos de los grandes conglomerados anglosajones. A lo largo del siglo XX esta estructura de control se

---

<sup>11</sup> SALAS PORRAS, Alejandra, *Los grupos mexicanos y coreanos ante la crisis del estado Foro Internacional* Vol. XLVII, No 188, 2007, p 310

<sup>12</sup> CASTAÑEDA RAMOS, Gonzalo, *Evolución de los grupos económicos durante el período 1940-2008*, KUNZ FICKER, Sandra (Coord), *Historia económica general de México, de la Colonia a nuestros días*, El Colegio de México, Secretaría de Economía, México, 2010, p 603

mantuvo, independientemente de que los grupos evolucionaron del esquema prerrevolucionario al posrevolucionario y de este último al globalizado. Hoy en día el bloque de accionistas retiene el control a través de diversos mecanismos: controladoras, piramidación de empresas, fideicomisos, acciones con derechos de voto limitado, acciones con restricción de tenencia, certificados de participación ordinaria y empaquetamiento de acciones<sup>13</sup>.

Existe una relación entre el gobierno corporativo y ciertos rasgos del mercado de capitales. En esencia, se encuentra que el ordenamiento jurídico y la aplicación de las leyes, en lo que concierne a la protección del accionista minoritario tiene repercusiones muy claras sobre i) la participación de inversionistas minoritarios (inversores con participaciones de menos del 10%) en los mercados de capitales; ii) la concentración de la propiedad (concentración que retroalimenta la renuencia del accionista minoritario a participar en el capital), y iii) la extensión y profundidad de los mercados de capitales<sup>14</sup>.

Los accionistas mayoritarios emplean diferentes mecanismos para mantener el control, por ejemplo: empleándose en la gerencia alta, sirviendo en el Consejo de Administración, limitando el intercambio de acciones y/o formando grupos de empresarios. En el caso mexicano, de las compañías que cotizan en la Bolsa de Valores de Nueva York, el 44% tienen un grupo de accionistas con una participación mayoritaria en la firma<sup>15</sup>.

Por lo que respecta a la administración, los GE tienen un núcleo relativamente reducido de administradores que tienen muchas relaciones entre sí y con todos los demás, y que hay una periferia de administradores que tienen relaciones más raras con todos los demás. La centralización mide la asimetría entre un núcleo de nodos y todos los demás, esto es, si existen unos pocos nodos

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p 623

<sup>14</sup> LÓPEZ DE SILANES, Florencio *Gobierno corporativo y mercados financieros en la OCDE y América Latina: lecciones para los cambios regulatorios después de la crisis financiera*, NUÑEZ, Georgina, et. al. (Coords) *Gobernanza corporativa y desarrollo de mercados de capitales en América Latina*, comisión Económica para América Latina y el Caribe, Colombia, 2009, pp 77-78

<sup>15</sup> SANTIAGO CASTRO, Marisela, et. al. *Prácticas de gobierno corporativo en América Latina Academia. Revista Latinoamericana de Administración*, Consejo Latinoamericano de Escuelas de Administración, Bogotá, No 43, 2009, p 29. Sitio web: <https://www.redalyc.org/pdf/716/71612112003.pdf> (Consultado el 1 de noviembre de 2023)

que concentran gran parte del mundo relacional de la red, entonces decimos que la red está centralizada<sup>16</sup>

En síntesis, el gobierno empresarial en México se caracteriza por: i) Unas configuraciones de red tipo *grupo empresarial* donde una familia (a veces, menos), o una alianza de familias, detenta participaciones de control *absoluto* de las empresas. Este control familiar se ve reforzado por las series de acciones que se reservan el control; ii) Insignificancia de las configuraciones tipo *capitalismo financiero, gerencialista y de inversores*; y, iii) Para la red de administradores en conjunto, podemos decir que es muy densa, cercana y está muy centralizada, es decir, que a pesar de estar formada por grupos empresariales relativamente arracimados y exclusivos, se encuentran entre ellos como formando una más amplia trama donde se interrelacionan densa y centralizadamente. Como si, reservándose particularmente el control de sus empresas–tipo–familiar, buscaran un control colectivo del espacio económico<sup>17</sup>.

### 3. Características de los grupos económicos mexicanos.

En esta sección retomaré los principales resultados de un estudio conducido por el Dr. Iago Santos Castroviejo, profesor de la Universidad de Vigo, en el que tuve oportunidad de colaborar; por el cual realizamos un estudio sobre la composición de las élites del poder económico en México en el año 2012. Nuestro estudio se realizó a partir del análisis de las, entonces, 127 emisoras que cotizaban en la Bolsa Mexicana de Valores. El estudio arrojó que la red de empresas está profundamente centralizada. Analizamos administradores y accionistas<sup>18</sup>.

A modo de visualizar la centralización de los administradores, analizamos la ego red del, entonces, consejero que más aparecía en los consejos de administración de las sociedades bursátiles: Fernando Ruiz Sahagún. A esta persona se le asignó un grado de 221, es decir: está presente en los Consejos de 11 empresas y compartía consejos con otros 221 consejeros.

También analizamos la red que conformaban las 127 empresas. Algunas de las cuales estaban aisladas. Aunque nuestro

---

<sup>16</sup> SANTOS CASTROVIEJO, Iago y ARCUDIA HERNÁNDEZ, Carlos Ernesto *La élite del poder económico en México, configuraciones de red corporativa tipo grupo económico y modo de regulación dominante* Revista de Economía Crítica, Madrid, No 14, 2012 p 11. Sitio web: <https://revistaeconomiacritica.org/index.php/rec/article/view/501> (Consultado el 1 de noviembre de 2023)

<sup>17</sup> *Ibidem*, p 20

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp 6-36

estudio de redes arrojó una fuerte relación por medio de los administradores comunes a ellas.

De nuestro estudio destaca el mayor fraccionamiento de la red que conforman los accionistas, sobre la red que conforman los administradores. Lo que supone que el cruzamiento de las redes se da en los administradores, más que en los accionistas.

En la red de accionistas destaca la importancia de la empresa familiar. Se entiende, para efectos del presente estudio, el carácter familiar cuando existe un accionista de control conformado por un individuo, una familia o una alianza de familias.

Las estructuras piramidales tienen un cierto peso (especialmente en las participadas por inversores extranjeros) y el capitalismo de inversores se presenta como un fenómeno más bien exterior a México, tanto por las emisoras (el peso se debe mucho más a los 3 bancos globales) como por los inversores: son sobre todo fondos y sociedades de inversión no residentes.

#### **IV ] Los mecanismos de control en la legislación mexicana**

Ante el panorama de alta concentración de la propiedad y de un estado de derecho débil; es necesario intervenir para controlar la gestión de los administradores (vinculados con los accionistas mayoritarios) y reforzar los derechos de las minorías contra las mayorías en las asambleas de accionistas.

El control de una empresa debe entenderse como la capacidad de dirigir los asuntos organizacionales y de afectar las decisiones políticas tomadas. Los sistemas de control son las rutinas y procedimientos formales que, soportados en información, son usados por la gerencia para mantener o alterar patrones de actividades organizacionales. Estos sistemas de control permiten coordinar esfuerzos de los empleados, motivar a los administradores y alterar la dirección dependiendo de las circunstancias<sup>19</sup>.

En el gobierno corporativo, los sistemas de control se soportan en mecanismos de control. Los mecanismos de control pueden ser internos o externos. Los mecanismos de control internos están vinculados propiamente a las políticas de gobierno corporativo mandatarias o voluntarias que la sociedad tiene o ejecuta, están fundamentadas en la asamblea de accionistas y el consejo de administración. Los mecanismos externos están

---

<sup>19</sup> BOHÓRQUEZ, Luz Esperanza *Gobierno corporativo y control interno: algunas limitaciones y desafíos Economía, Gestión y Desarrollo*, Cali, No 12, diciembre, 2011, p 44

enfocados en factores externos a la sociedad como el mercado de control, el de bienes y servicios, el mercado laboral, el sistema legislativo y jurisprudencial y la auditoría externa<sup>20</sup>.

### 1. El modelo de gobierno corporativo.

El modelo de gobierno corporativo, cuyos mecanismos analizaremos, se encuentra principalmente sustentado en tres pilares: i) El régimen jurídico, el conjunto de ordenamientos que regulan el gobierno de las grandes sociedades: la Ley del Mercado de Valores (LMV), la Circular Única de Emisoras (que positivizó el Código de Mejores Prácticas del Consejo Coordinador Empresarial); ii) Gobierno y control, el primero por parte del consejo de administración, el segundo, a través de los comités de auditoría y de prácticas societarias; iii) prevención de fraudes, sobre todo por nuevas tecnologías, delitos informáticos y lavado de dinero<sup>21</sup>.

En un esfuerzo por proteger los derechos de los accionistas minoritarios, se realizaron cambios legales en nuestro país. La adopción de un subtipo societario con un estatuto específico para las sociedades anónimas que cotizan en bolsa de valores sin ser entidades financieras se ha convertido en una de las reformas legales más importantes. Este nuevo tipo de sociedad se llama Sociedad Anónima Bursátil (SAB). La inclusión de esta nueva figura se encuentra establecida en los artículos 22 a 57 de la Ley del Mercado de Valores<sup>22</sup>, donde se regula aspectos como la denominación social, la administración, los deberes de diligencia y lealtad, las acciones de responsabilidad, la vigilancia, la gestión y ejecución de negocios sociales, la asamblea de accionistas, los derechos de los socios, la emisión de acciones, y las operaciones relacionadas con los títulos de acciones. Antes de que la LMV entrara en vigencia, la regulación bursátil se aplicaba solo a los diferentes participantes del mercado de valores (intermediarios, bolsas de valores, títulos), pero no a las empresas no financieras que emiten acciones. Aunque estas empresas tenían requisitos para ser cotizadas en la bolsa, no había regulación sobre su estructura

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp 45-46

<sup>21</sup> LEÓN TOVAR, Soyía y GONZÁLEZ GARCÍA, Hugo, *Derecho Mercantil... ob. cit.* p 596

<sup>22</sup> Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de diciembre de 2005

interna. Siempre nos hemos enfocado en proteger de manera adecuada tanto el mercado como al público inversionista<sup>23</sup>.

También se regularon otras dos figuras societarias, que sin tener las exigencias de la SAB pudieran atraer capitales. La Sociedad Anónima Promotora de Inversión Bursátil (SAPIB), es la transición para las empresas que quieren tener acceso al mercado de valores. Porque podrán listarse en la bolsa, con todos los beneficios que ello implica y cuentan con un plazo de 3 años, para transitar al régimen de la SAB<sup>24</sup>.

La otra especialidad es la Sociedad Anónima Promotora de Inversión Bursátil (SAPI) con mayores estándares de gobierno corporativo a cambio de excepciones en la regulación de la LGSM para poder atraer inversionistas<sup>25</sup>

De capital importancia para el gobierno corporativo es que la LMV reconoce la existencia de los grupos económicos. En dos fracciones del artículo segundo se regulan los grupos de persona y los grupos empresariales. Según la fracción IX del artículo 2 de la LMV un grupo de personas, son las personas que tengan acuerdos de cualquier naturaleza, para tomar decisiones en un mismo sentido. Establece una presunción de que existe un grupo de personas cuando éstas tengan parentesco por consanguinidad, afinidad o civil hasta el cuarto grado, los cónyuges y el concubinario. También las sociedades que formen parte de un mismo consorcio o grupo empresarial y la persona o conjunto de personas que tengan el control de dichas sociedades.

Por otra parte, define como grupo empresarial, al conjunto de personas morales organizadas bajo esquemas de participación directa o indirecta del capital social, en las que una misma sociedad mantiene el control de dichas personas sociales. También se consideran grupos financieros constituidos según la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.

Como hemos visto, las características de centralización y poca apertura de los grupos económicos, hacen necesario reforzar los derechos de las minorías en las asambleas de accionistas. Y también potenciar las funciones de control del Consejo de Administración de la mano de los consejeros independientes que presidan los comités de auditoría y de prácticas societarias, así como el nombramiento de consejeros por el sistema proporcional.

---

<sup>23</sup> GUADARRAMA LÓPEZ, Enrique, *La sociedad anónima en el derecho mexicano. Consideraciones particulares sobre la anónima bursátil*, Editorial Porrúa, México, 2008 pp 9-10

<sup>24</sup> CRUZ REYES, Guillermo, *La nueva Ley del Mercado de Valores*, Deloitte, México, 2006 p 15

<sup>25</sup> *Idem*

También las obligaciones de información. Por ello repasaremos los principales mecanismos de control externo en México.

Por otra parte, el Consejo Coordinador Empresarial, presentó en el año 2018 la tercera versión de su Código de Mejores Prácticas Corporativas, ahora armonizado con los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y el G20 de 2015. Ahora se denomina *Código de Principios y Mejores Prácticas Corporativas*<sup>26</sup> (CPMP del CCE). Si bien existe una versión anterior de este Código, que sirvió de base para la Circular Única de Emisoras, y, por lo tanto, tiene cierta obligatoriedad; analizaremos brevemente las prácticas que inciden en los mecanismos internos de control. Haremos aquí algunas referencias que aporten a la regulación obligatoria de la LMV.

## 2. Mecanismo de los derechos de las minorías en las asambleas generales de accionistas.

A diferencia de la SA regulada por la LGSM, en la SAB las minorías son más reducidas, los accionistas no tienen que integrar una minoría del 33% o del 25%, sino conforme al Código de Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y el G20, se reducen los porcentajes para el derecho de los derechos de las minorías<sup>27</sup>.

El umbral del 10% del capital social (inclusive los que tienen voto limitado o restringido) tienen, según el artículo 50 de la LMV, derecho a designar y revocar a un miembro del Consejo por el sistema proporcional. Este consejero, solo puede ser removido cuando se revoque a los demás consejeros<sup>28</sup>.

Con ese mismo porcentaje de capital social, los socios podrán requerir al presidente del consejo de administración o a los presidentes de los comités de prácticas societarias y de auditoría; convocar a la asamblea general de accionistas. No tendrán que cumplir con el umbral del 33% que exige la Ley General de Sociedades Mercantiles<sup>29</sup> (LGSM).

Por último, los socios que representen el 10% del capital social podrá solicitar se aplase la votación de cualquier asunto

---

<sup>26</sup> CONSEJO COORDINADOR EMPRESARIAL, *Código de Principios y Mejores Prácticas Corporativas*, México, 2018. Sitio web: <https://cce.org.mx/2021/05/10/codigo-de-mejores-practicas-de-gobierno-corporativo/> (Consultado el 1 de noviembre de 2023)

<sup>27</sup> LEÓN TOVAR, SOYLA, *Gobierno Corporativo de las sociedades anónimas*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2020 p 364

<sup>28</sup> Artículo 50 fracción I de la LMV

<sup>29</sup> Emitida mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1934

respecto del cual no se consideren suficientemente informados, por una sola vez y sin necesidad de convocatoria, por 3 días naturales. No se requerirá el umbral del 25% que exige la LGSM.

Una minoría que represente el 20% del capital social (incluso aquellos con derecho a voto limitado o restringido) podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales respecto de las cuales tengan derecho de voto. No estará vigente el umbral del 25% que requiere la LGSM.

También reitera el deber de lealtad de los consejeros, contenido en el artículo 196 de la LGSM, que cuando el accionista tenga un interés contrario a la sociedad, deberá abstenerse de participar. Pero la LMV va más allá, al establecer la presunción de que un accionista tiene en una operación determinada un interés contrario al de la sociedad o personas morales que ésta controle, cuando manteniendo el control de la sociedad vote a favor o en contra de la celebración de operaciones obteniendo beneficios que excluyan a otros accionistas o a dicha sociedad o personas morales que ésta controle.

### *3. Mecanismos de control a través del Consejo de Administración mediante consejeros independientes y comités.*

La composición del consejo de administración es una dimensión relevante en la estructura de gobierno de una empresa. Un mayor porcentaje de consejeros independientes está asociado a la maximización de la riqueza y al incremento de la calidad y cantidad de información corporativa hacia los grupos de interés, siendo representantes independientes de los intereses de los accionistas<sup>30</sup>.

En la mayoría de los países de la OCDE, los esfuerzos por extender las oportunidades para las mujeres en el mercado laboral y para establecer la igualdad de género en el lugar de trabajo, han sido parte de los objetivos de política en décadas recientes. Entre las variables que han sido asociadas a la presencia de la mujer en los consejos de administración, se encuentra el nivel de divulgación de la información, En este sentido, la diversidad de género en el

---

<sup>30</sup> BRIANO TURRENT, María Guadalupe y SAAVEDRA GARCÍA, María Luisa *La composición del consejo de administración y la estructura accionaria como factores explicativos de la transparencia en el gobierno corporativo en Latinoamérica: evidencia en empresas cotizadas de Argentina, Brasil, Chile y México Estudios Gerenciales*, Universidad ICESI, Cali, Vol 31, No, 136, julio septiembre, 2015 p 278. Sitio web: <https://www.redalyc.org/pdf/212/21241145005.pdf> (Consultado el 1 de noviembre de 2023)

consejo de administración podría mejorar la calidad de los debates en su interior e incrementar la capacidad de este en la supervisión del proceso de divulgación de la información corporativa. También genera mayor control sobre las acciones de los gerentes<sup>31</sup>

Según el artículo 24 de la LMV el consejo de administración de la SAB debe estar integrado cuando mucho por 21 consejeros. De los cuales el 25% debe ser independiente. Por cada consejero propietario se deberá nombrar un suplente. En el caso de los independientes, los suplentes deberán ser también independientes.

Desaparece el comisario y sus funciones y responsabilidades se transfieren al consejo, los comités y al auditor externo<sup>32</sup>.

Se crean órganos intermedios por medio de los comités del consejo de administración. De manera obligatoria el consejo de administración de la SAB debe tener el comité de prácticas societarias y de auditoría. Los mismos estarán integrados únicamente por consejeros independientes. Por un mínimo de 3 miembros designados por el consejo de administración.

El comité de auditoría es un órgano intermedio previsto como obligatorio en la LMV para las sociedades cotizadas; se integra por tres consejeros independientes, es el responsable de la vigilancia de la sociedad y, por tanto, del establecimiento y seguimiento al sistema de control interno, aseguramiento de la transparencia en la rendición de cuentas y la revisión de operaciones con partes relacionadas. Sus funciones son las relacionadas con la auditoría<sup>33</sup> tendrá como función investigar posibles incumplimientos de los que tenga conocimiento; vigilar que el director general dé cumplimiento a los acuerdos de las asambleas de accionistas y del consejo de administración; designar, supervisar, evaluar y remover al auditor externo, determinando sus honorarios y actividades a realizar; opinar sobre lineamientos de control interno, políticas contables y servicios adicionales que puede prestar el auditor; discutir los estados financieros con los directivos y el auditor externo, para proponer su aprobación al consejo; vigilar que las operaciones con personas relacionadas y las relevantes se ajusten a lo establecido por la ley; investigar posibles incumplimientos de los lineamientos y políticas de operación, control interno y registro contable; si lo requiere, solicitar opinión

---

<sup>31</sup> *Idem*

<sup>32</sup> CRUZ REYES, Gustavo, *La nueva ley...* ob. cit. p 16.

<sup>33</sup> LEÓN TOVAR, Soyla *Gobierno corporativo...* ob. cit. p 381

de expertos independientes; y, convocar a asambleas de accionistas<sup>34</sup>.

El comité de prácticas societarias, integrado por tres consejeros independientes, es el encargado de los aspectos de nominación y compensación, manejo de las operaciones relevantes y con partes relacionadas. Se establece como mecanismo para evitar conflictos<sup>35</sup> tiene como función; opinar sobre transacciones con personas relacionadas y las relevantes; opinar sobre la designación, desempeño, remuneración y otorgamiento de préstamos al director general y directivos relevantes; proponer candidatos para los órganos de administración del grupo empresarial; si lo requiere, solicitar opinión de expertos independientes; y, convocar a la asamblea general de accionistas<sup>36</sup>.

La mejor práctica No 10 del CPMP del CCE sugiere que el consejo de administración se integre por un número de entre 3 y 15 consejeros. La mejor práctica No 11 del CPMP del CEE sugiere que no existan suplentes de los consejeros y en caso de que haya (como lo mandata la LMV) exista una plena comunicación entre propietario y suplente para permitir una participación efectiva. La mejor práctica No 14 del CPMP del CCE sugiere que cuando menos el 60% del consejo de administración se integre, en forma conjunta, por consejeros independientes y patrimoniales. De éstos últimos se recomienda incluir a aquellos accionistas que no formen parte del equipo de dirección de la sociedad. La mejor práctica 15 del CPMP del CCE recomienda la incorporación de la mujer al consejo de administración.

#### 4. Separación del consejo de administración del CEO.

En la LMV se separan las funciones que tradicionalmente correspondían al consejo de administración de conducción del día a día de la sociedad se le asignan al Director General. El consejo queda a cargo de la gestión estratégica y de la vigilancia.

El director general, conocido como el CEO –*Chief Executive Officer*- es la máxima autoridad en la gestión y dirección administrativa en la SAB. Queda a cargo de la gestión, conducción y ejecución de los negocios de la sociedad, conforme las estrategias, políticas y lineamientos aprobados por el consejo, procurando incrementar el valor de la empresa<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, p 377

<sup>35</sup> *Ibidem*, p 380

<sup>36</sup> *Idem*

<sup>37</sup> LEÓN TOVAR, Soyla, *Gobierno Corporativo ... ob. cit.* p 377.

El artículo 44 de la LMV concede al director general las más amplias facultades para ejercer las funciones de gestión y conducción de los negocios; proponer al consejo la estrategia del negocio y los lineamientos de control interno; preparar la información relevante de la sociedad y difundirlo entre el público; es el responsable de la existencia y funcionamiento de los sistemas de contabilidad, control y registro; así como de otras funciones que la LGSM atribuye al consejo de administración.

La dualidad presidente del consejo y director general hace referencia a la situación en que la misma persona ocupa ambas posiciones en la organización. La teoría de agencia sostiene que la dualidad entre presidente del consejo y director general podría afectar el control efectivo ejercido por el consejo de administración. La eficacia y eficiencia del consejo de administración pueden verse comprometidas si ambas posiciones son sostenidas por la misma persona. La separación entre ambas posiciones ayuda a mejorar la calidad de la supervisión y a reducir las ventajas obtenidas por la retención de información mejorando la calidad en la divulgación de información corporativa. Bajo esta premisa la concentración de poder de ambas posiciones es asociada a erosionar la independencia del consejo de administración y a reducir la divulgación y calidad de la información corporativa.

La mejor práctica No 9 del CPMP del CCE establece la sugerencia de que las funciones del Consejo de Administración no se involucren con las actividades del Director General y su equipo; para que las líneas de autoridad y de responsabilidad queden transparentes.

##### *5. Las obligaciones de información de las sociedades.*

Existe una vinculación complementaria o sustitutiva entre las prácticas de divulgación de información de las empresas y sus mecanismos internos de gobierno corporativo. Así, como mecanismo complementario, un consejo de administración más eficaz influye en prácticas de divulgación empresarial, sobre todo porque el proceso provoca un incremento de la reputación externa de los consejeros<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> GALLEGO ÁLVAREZ, Isabel, *et. Al, La eficacia del gobierno corporativo y la divulgación de la información en internet*, *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, Academia Europea de Dirección y Economía de la Empresa, Vigo, Vol 15, No 1, enero abril, 2009 p 110. Sitio web: <https://www.redalyc.org/pdf/2741/274120370007.pdf> (Consultado el 1 de noviembre de 2023)

Como mecanismo sustitutivo, esas mismas características pueden dar mayor confianza a los accionistas respecto a que se garantizan de manera más efectiva sus intereses, y en este sentido, estos usuarios no valorarían excesivamente la divulgación de grandes cantidades de información por la sociedad mercantil, por el contrario, se enviaría información puntual al mercado<sup>39</sup>.

El artículo 104 de la LMV postula que las emisoras que tengan valores inscritos en el Registro Nacional de Valores (RENEVAL) estarán obligadas a presentar a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) y a la bolsa en la que listen sus valores, información relevante para su difusión inmediata al público en general a través de esta última, mediante los reportes siguientes: i).-Reportes continuos relativos a los actos societarios, acuerdos adoptados por los órganos sociales y avisos que con motivo de lo anterior deban darse, en cumplimiento de estipulaciones sociales o de las disposiciones aplicables; ii).- Reportes trimestrales que comprendan los estados financieros, así como los comentarios y análisis de la administración sobre los resultados de operación y situación financiera de la emisora; iii).- Reportes anuales que comprendan los estados financieros anuales y los informes de los comités de prácticas societarias y de auditoría; iv).- Reportes sobre reestructuraciones societarias tales como fusiones, escisiones, adquisiciones o ventas de activos que aprueben los socios o la administración; v).-Reportes sobre eventos relevantes; y, vi).- Reportes sobre las políticas del uso del patrimonio social y las operaciones con personas relacionadas

Pues bien, con objetivo de garantizar una mayor transparencia, todos estos informes se colocan en el portal de la bolsa de valores donde listan sus acciones y valores. Estos reportes abonan a la necesaria transparencia, que es una exigencia en cualquier modo de regulación, pero ante lo cerrado de los grupos empresariales (GE), implica una buena medida para resolver los problemas de agencia principal-principal.

## **V ] Valoración de los mecanismos de control a la luz del capitalismo de grupos económicos en México**

El modo de regulación dominante de la economía en nuestro país es el de los GE. Por ende, los principales problemas de agencia que enfrentamos son el de principal-principal. Es necesario proteger los intereses de los accionistas minoritarios de los intereses de los accionistas mayoritarios. Precisamente la

---

<sup>39</sup> *Idem*

configuración de los grupos económicos es propia de países con un Estado de Derecho débil.

El gobierno corporativo es un movimiento que busca maximizar el valor de las sociedades recurriendo a un conjunto de normas y de principios para controlar adecuadamente a la sociedad y proteger los intereses de los socios y del público. Desde una perspectiva contractualista, la sociedad mercantil es un conjunto de contratos, y los costos de agencia son los que tienen que pagar los propietarios por la gestión social. Estos costos de agencia están presentes en las diferentes modalidades de los problemas de agencia. Los problemas de agencia principal-principal tienen su origen en la estructura de gobierno de las sociedades cotizadas que aísla a la propiedad del control del mercado; y un sistema legal que no protege adecuadamente a los accionistas minoritarios.

Los GE se caracterizan por ser una red de negocios en que los accionistas mayoritarios (que suele ser una familia extendida o un círculo de socios con estrechos lazos) controlan a las empresas. En estos GE los padres suelen controlar la sociedad matriz y los hijos las sociedades filiales. Son producto de un entorno legal débil, un sistema de impartición de justicia deficiente y pautas culturales que dan lugar a corrupción y oportunismo.

Los accionistas mayoritarios suelen controlar los GE mediante la gerencia, o limitando la venta de acciones. La administración tiene un núcleo reducido de administradores con muchas relaciones entre sí. En un estudio que realizamos hace una década encontramos una red de administradores densa, aunque un accionariado más disperso. Lo que hace suponer que el control de los GE se realiza a través de la administración, principalmente.

Para resolver los problemas de agencia principal-principal México adoptó en su regulación del mercado de valores varios subtipos sociales que incorporan elementos de gobierno corporativo. Consideramos un acierto que hubiese sido mediante una norma jurídica de cumplimiento obligatorio. Porque, precisamente la configuración de los grupos económicos es cerrada y el control del mercado. Los subtipos son la SAPI, la SAPIB y la SAB. Éstas incorporan un modelo de gobierno corporativo contenido en la LMV.

En el modelo de gobierno corporativo de la LMV tiene varios mecanismos que tratan de resolver el problema de agencia principal-principal. El primer mecanismo que analizamos es el del reforzamiento de las minorías en las asambleas generales de accionistas. La SAB rebaja el umbral del 33% de la LGSM al 10% del capital social para nombrar un consejero por el sistema proporcional. También ese porcentaje puede requerir al presidente

del consejo o de los comités de auditoría y de prácticas societarias convocar a asamblea de accionistas. Pueden pedir que se aplaze la votación hasta por 3 días. La minoría del 20% (en lugar del 25 % de la LGSM) puede oponerse judicialmente a las resoluciones de la asamblea. En general, en un entorno de mayorías de control, bajar los umbrales es una buena medida en defensa de las minorías.

Otro de los elementos es la composición del consejo de administración, Recordemos que la red de consejeros es más estrecha que la red de accionistas. Así es que el exigir una composición máxima de 25 consejeros. Con un 25% mínimo de consejeros independientes. Que estos consejeros integren las comisiones de auditoría y prácticas societarias, son una buena medida para defender los intereses de los accionistas minoritarios. También esas comisiones de auditoría y de prácticas societarias se encargan del a vigilancia, porque desaparece la figura -inoperante- del comisario.

La separación de la función del consejo de administración de la dirección es para que el consejo se concentre en la conducción estratégica y el director se haga cargo de la gestión social. Con ello se mejora la calidad de la supervisión y se reduce las ventajas por el abuso de información privilegiada. La divulgación de información es un mecanismo reforzado en la LMV para la SAB. Es necesario rendir una serie de informes sobre la marcha de la sociedad que estén a disposición del público en general. Mecanismos que consideramos abonan a la necesaria transparencia que debe operar en las sociedades públicas como las que cotizan en la bolsa de valores.

## Bibliografía

ALANIS AGUILAR, Isela, *¿Son las prácticas de gobierno corporativo y de earnings management relevantes para el valor de las empresas en México?*, *Contaduría y Administración*, UNAM, México, Vol 64, No 4, Especial Gobierno Corporativo, 2019, pp 1-20. Sitio web: <http://www.cya.unam.mx/index.php/cya/article/view/1965/0> (Consultado el 1 de noviembre de 2023)

ARCUDIA HERNÁNDEZ, Carlos Ernesto *El activismo de los inversores institucionales en el gobierno de las grandes sociedades: especial referencia al caso mexicano*, *Contaduría y Administración*, UNAM, México, Vol 57, No 4, octubre-diciembre, 2012, pp 35-54. Sitio web: [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0186-10422012000400003&script=sci\\_abstract](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0186-10422012000400003&script=sci_abstract) (Consultado el 1 de noviembre de 2023)

- BISBAL MÉNDEZ, Joaquín, *El gobierno de las compañías mercantiles: teorías, materiales y práctica* Revista de derecho mercantil, Aranzadi, Madrid, No 226, 1997, pp 1673-1698
- BOHÓRQUEZ, Luz Esperanza *Gobierno corporativo y control interno: algunas limitaciones y desafíos* Economía, Gestión y Desarrollo, Cali, No 12, diciembre, 2011, pp 39-57.
- BRIANO TURRENT, María Guadalupe y SAAVEDRA GARCÍA, María Luisa *La composición del consejo de administración y la estructura accionaria como factores explicativos de la transparencia en el gobierno corporativo en Latinoamérica: evidencia en empresas cotizadas de Argentina, Brasil, Chile y México* Estudios Gerenciales, Universidad ICESI, Cali, Vol 31, No, 136, julio septiembre, 2015 pp 275-286. Sitio web: <https://www.redalyc.org/pdf/212/21241145005.pdf> (Consultado el 1 de noviembre de 2023)
- CASTAÑEDA RAMOS, Gonzalo, *Evolución de los grupos económicos durante el período 1940-2008*, KUNZ FICKER, Sandra (Coord), *Historia económica general de México, de la Colonia a nuestros días*, El Colegio de México, Secretaría de Economía, México, 2010.
- CHAVARÍN RODRÍGUEZ, Rubén, *Banca, Grupos Económicos y Gobierno Corporativo en México*, Centro de Estudios Espinosa Yglesias, México -----, *Los diez mayores grupos económicos de México y su impacto económico*, Revista Cimexus, Vol XIII, No 2, 2018, pp 175-199
- CONSEJO COORDINADOR EMPRESARIAL, *Código de Principios y Mejores Prácticas Corporativas*, México, 2018. Sitio web: <https://cce.org.mx/2021/05/10/codigo-de-mejores-practicas-de-gobierno-corporativo/> (Consultado el 1 de noviembre de 2023)
- GALLEGO ÁLVAREZ, Isabel, et. Al, *La eficacia del gobierno corporativo y la divulgación de la información en internet*, Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa, Academia Europea de Dirección y Economía de la Empresa, Vigo, Vol 15, No 1, enero abril, 2009 pp 109-135. Sitio web: <https://www.redalyc.org/pdf/2741/274120370007.pdf> (Consultado el 1 de noviembre de 2023)
- GUADARRAMA LÓPEZ, Enrique, *La sociedad anónima en el derecho mexicano. Consideraciones particulares sobre la anónima bursátil*, Editorial Porrúa, México, 2008
- GUERRA MARTÍN, Guillermo, *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses*, Monografía Asociada a la Revista de Derecho de Sociedades, No 20, Aranzadi, Madrid, 2003.
- LEÓN TOVAR, SOYLA, *Gobierno Corporativo de las sociedades anónimas*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2020
- LEÓN TOVAR, Soyla y GONZÁLEZ GARCÍA, Hugo, *Derecho Mercantil*, 2a edición, Editorial Oxford, México
- LÓPEZ DE SILANES, Florencio *Gobierno corporativo y mercados financieros en la OCDE y América Latina: lecciones para los cambios regulatorios después de la crisis financiera*, NUÑEZ, Georgina, et. al. (Coords) *Gobernanza corporativa y desarrollo de mercados de capitales en América Latina*, comisión Económica para América Latina y el Caribe, Colombia, 2009

SALAS PORRAS, Alejandra, *Los grupos mexicanos y coreanos ante la crisis del estado Foro Internacional* Vol. XLVII, No 188, 2007, pp 300-339

SANTIAGO CASTRO, Marisela, et. al. *Prácticas de gobierno corporativo en América Latina Academia. Revista Latinoamericana de Administración*, Consejo Latinoamericano de Escuelas de Administración, Bogotá, No 43, 2009, pp 26-40. Sitio web: <https://www.redalyc.org/pdf/716/71612112003.pdf> (Consultado el 1 de noviembre de 2023)

SANTOS CASTROVIEJO, Iago y ARCUDIA HERNÁNDEZ, Carlos Ernesto *La élite del poder económico en México, configuraciones de red corporativa tipo grupo económico y modo de regulación dominante Revista de Economía Crítica*, Madrid, No 14, 2012 pp 6-36. Sitio web: <https://revistaeconomicacritica.org/index.php/rec/article/view/501> (Consultado el 1 de noviembre de 2023)

# Las sociedades en beneficio e interés colectivo y criterios ASG

NORMA LAURA GODÍNEZ REYES<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo*. III. *La Responsabilidad Social y los Criterios ASG*. IV. *Retos y Oportunidades* V. *Conclusiones*.

**Resumen.** Con el desarrollo de una sociedad consumista los impactos sociales, económicos y ambientales se han globalizado y creado un problema en común, el cambio climático. Desde el 2015 la Organización de las Naciones Unidas ha creado planes socialmente responsables para que las empresas implementen un modelo de desarrollo sustentable, con el objetivo de crear una responsabilidad empresarial que fomente modelos de negocios responsables como lo son las sociedades de beneficio e interés colectivo, cuyo fin es generar una persona jurídica con fines de lucro pero que a su vez accionistas y gestores comprometidos a constituir un beneficio público social y ambiental, eliminando el panorama de los años 70 que consideraban que la única responsabilidad de las empresas era generar un mayor retorno de capital a sus accionistas. Por ende, esta nueva persona moral plantea grandes desafíos en el marco normativo global y nacional, pero a la par crea oportunidades que deben ser exploradas.

**Palabras clave:** Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo, cambio climático, sustentabilidad, responsabilidad corporativa.

**Abstract.** *With the development of a consumerist society, social, economic and environmental impacts have globalized and created a common problem, climate change. Since 2015 the United Nations Organization has created socially responsible plans for companies to implement a sustainable development model, with the aim of creating a corporate responsibility that promotes responsible business models such as benefit and collective interest*

---

<sup>1</sup> Profesora e Investigadora de la Facultad de Contaduría y Ciencias Administrativas de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

*companies, whose purpose is to generate a legal entity for profit but which in turn shareholders and managers committed to constitute a social and environmental public benefit, eliminating the scenario of the 70's that considered that the only responsibility of companies was to generate a greater return on capital to its shareholders. Therefore, this new legal entity poses great challenges in the global and national regulatory framework, but at the same time creates opportunities that must be explored.*

**Keywords:** *Benefit and Collective Interest Companies, development, global warming, sustainability, responsibility*

## I ] Introducción

Es indiscutible que en la actualidad el cambio climático se ha convertido en uno de los más grandes desafíos que enfrentan todas las naciones del planeta. La industrialización, deforestación, agricultura a gran escala y el incremento en el consumo ha generado aumento en el nivel de las emisiones de gases efecto invernadero (GEI) que, para los expertos del tema, puede ocasionar que muchos sistemas humanos y naturales enfrenten graves riesgos para su supervivencia (IPCC, 2021). Es por ello que, en años recientes, los líderes de grandes empresas mundiales reconocen que sus negocios afectan y se ven afectados por los efectos de la crisis del cambio climático (GPM, 2022) y están haciendo esfuerzos importantes de evaluación y mitigación de riesgos ambientales y sociales. Según el informe de Riesgos en México y Centroamérica 2023 (KPMG, 2023) el 54% de las grandes empresas en México admite que los temas ambientales y sociales son cada vez más relevantes y los incluye en su plan integral de gestión de riesgos y generación de valor.

En septiembre de 2015 los líderes mundiales en la Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, a través del Pacto Global, aprueban el documento denominado *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, adoptado por 193 países, incluido México, con el objetivo de poner fin a la pobreza, luchar con la desigualdad y la injusticia, y hacer frente al cambio climático a través de la formulación de 17 *Objetivos del Desarrollo Sostenible* (ODS) y 169 metas para ser cumplidas hacia ese año que reflejan lo que las Naciones Unidas entienden por desarrollo sostenible. A diferencia de los *Objetivos del Milenio*, que estaban dirigidos a los países en desarrollo, estos 17 ambiciosos objetivos de desarrollo están dirigidos a incorporar

a todos los actores de los territorios y de la sociedad (sector público, sector privado y sociedad civil) con la finalidad de alcanzarlos (ONU, 2015).

La Agenda 2030 lleva implícito el reconocimiento de que el actual modelo de desarrollo global es insostenible y que para lograr la sostenibilidad del planeta se requiere una transformación de la economía global. Urge adoptar un modelo en donde la sustentabilidad guíe el desarrollo, en el que se reconozca la interdependencia entre los sistemas naturales y sociales, y se construya prosperidad mejorando la calidad de vida, viviendo en equilibrio con la naturaleza. Cuidar nuestra casa común y buscar *otros modos de entender la economía y el progreso* (Connolly, et al, 2016).

Es en este contexto, que surge la necesidad de encontrar innovadores modelos de negocios alineados a enfoques económicos de desarrollo territorial, que armonicen con el bienestar de las personas y la conservación de la naturaleza. La construcción de un modelo económico amigable con el medio ambiente y la sociedad requiere de empresas que equilibren sus propósitos con sus ganancias. En opinión de Calvente (2007) se requiere de organizaciones competitivas, robustas, resilientes y adaptativas. Empresas que sean capaces de desarrollar la capacidad para producir bienes y servicios a un ritmo en el cual no agote los recursos que utilice, ni produzca más contaminantes de los que su entorno pueda absorber. En tanto, una empresa robusta, se refiere a aquella capaz de mantener las condiciones globales de producción en entornos volátiles, alejada del equilibrio. Por otro lado, una empresa resiliente, se refiere a aquella que sea capaz de recuperarse luego de una situación caótica o traumática; y finalmente una empresa adaptativa se refiere a aquella que innove a través del aprendizaje, Todo esto en su conjunto permite tener una visión completa de cómo estructurar formas de producción amigables con la comunidad, el territorio y la naturaleza, en búsqueda de metas comunes entre el desarrollo y la competitividad empresarial.

Las empresas alineadas a estos conceptos de sostenibilidad, son denominadas empresas sustentables, término acuñado en la *Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible* celebrada en Johannesburgo en el 2002, cuyo propósito es el de generar no solo valor económico, sino a la par, social y ambiental, todos al mismo tiempo y con el mismo valor. Este concepto surge con la finalidad de aportar coherencia la generación de valor y la responsabilidad social empresarial, como una oportunidad de negocio, al considerar para diseñar estrategias empresariales, los impactos que

sus acciones y decisiones empresariales tienen en sus grupos de interés (Cruz, 2018; ISO 26000, 2010).

Las grandes empresas en el mundo alinean estas estrategias empresariales para alcanzar metas propias y de desarrollo sostenible logrando incorporarse a los índices de sostenibilidad de las Bolsas de Valores en el mundo a través de diseñar estrategias apegadas a los principios del Pacto Global de la ONU o siguiendo los lineamientos de la *Guía para la Elaboración de Informes de Sostenibilidad del Global Reported Initiative (GRI)*, entre otros instrumentos. Estas empresas, por lo general adoptan formas jurídicas de Sociedades Anónimas Bursátiles y su objetivo principal es el de generar valor económico para sus socios y tener prácticas probadas de sostenibilidad, medidas bajo criterios ASG para atender sus grupos de interés.

Sin embargo, este modelo de negocios tiene que ver con la generación de valor bajo lo establecido en el enfoque de la Triple Cuenta de Resultados o *Triple Bottom Line* (Elkington, 2007) donde se incorpora al propósito económico de las empresas los fines sociales y ambientales. Es así, que en México, las empresas que consideraríamos triple impacto que no forman parte de las bolsas de valores, adoptan formas jurídicas que con fines de lucro previstas en la Ley de Sociedades Mercantiles como Sociedades Anónimas o Sociedades de Responsabilidad Limitada, y se certifican con acreditaciones como el de Empresa B que otorga el sistema B, o el distintivo de Responsabilidad Social Empresarial que otorga el Centro Mexicano de Filantropía (Cemefi), o siguen guías como la ISO 26000 Guía de responsabilidad Social de las Organizaciones, o certificaciones ambientales como la ISO 14000 o el de Producción más Limpia, así como afiliaciones como la del Pacto Global de la ONU o a las directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para empresas multinacionales, entre otros para sustentar su generación de valor social, ambiental y económico. Sin embargo, esto no garantiza el modelo de triple impacto de las empresas con propósito, ya que su finalidad debe estar enfocada a la resolución de problemas sociales y/o ambientales a través de la generación de valor económico.

Un de las características de las actuales personalidades jurídicas de estas empresas sustentables o socialmente responsables, es que no bloquean la distribución de las utilidades para remitirlas a los fines sociales o ambientales. La mayoría de las grandes empresas que alinean sus estrategias a modelos de negocios de responsabilidad social (RS), usualmente lo hacen a través de Fundaciones (Asociaciones Civiles), a las que les transfieren el cumplimiento de gran parte de sus objetivos sociales

y hasta ambientales. O a través los mercados verdes y a la compra bonos de carbono.

Un fenómeno jurídico de reciente creación, son las *Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo*. Esta personalidad jurídica, incorpora el propósito de resolución de problemas sociales y ambientales de las empresas de triple impacto bajo los principios de la responsabilidad social empresarial medida a través de criterios ambientales, sociales y de gobierno corporativo (ASG), lo que puede representar un compromiso constante de las empresas con la construcción de un futuro sostenible y equitativo al que las empresas se adhieren en forma voluntaria.

La voluntariedad de la RSE y los criterios ASG representa una problemática en su implementación actual, ya que no existen reglas claras para su ejecución. En un estudio hecho por la Consultoría Responsable, el 34% de los empresarios indicaron que uno de los principales obstáculos que enfrenta México para el avance de los temas vinculados con la responsabilidad social, es el de una falta de marco legal que respalde la ejecución clara las estrategias hacia la sostenibilidad de sus acciones empresariales (Responsable, 2019). Esta falta de marco legal tiene que ver, entre otros asuntos, con el reconocimiento de la personalidad jurídica de las empresas de triple impacto cuyos propósitos son generar valor social y ambiental a partir de su generación de valor económico. Un modelo jurídico que pretende abordar este hueco jurídico es el de las *Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo*. Este nuevo modelo de negocios se está consolidando de manera progresiva y exitosa en países como Estados Unidos y Canadá, así como ha tenido avances importantes en América Latina durante los últimos años. El Proyecto de Ley BIC de Argentina, fue el proyecto pionero en América Latina, que tiene por objeto dar reconocimiento a las empresas de triple impacto, lo que, desde su perspectiva, les permitiría evolucionar hacia una economía más inclusiva y sostenible (Connolly y Coniglio, 2021).

## II J Las Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (BIC)

Desde principios del siglo XX se reconoce que las empresas han sido la fuente de grandes avances en calidad de vida para millones de personas, pero también causa de parte de la gran destrucción social y ambiental. Frente a las exigencias sociales de cambio en la forma como las empresas funcionan, hoy reconocen su potencial de abrir caminos de transformación y ser parte de la construcción de una nueva economía, con un menor impacto sobre

el clima y el planeta y, también, con un crecimiento económico compartido.

Friedman, en los años 70's consideraba que la única responsabilidad de las empresas era la de facilitar a sus accionistas e inversionistas mayor retorno sobre su capital invertido. Para eso se constituían y su desempeño era evaluado de acuerdo con la ganancia que producían. Este principio se conoce como *Shareholder Primacy* o *Shareholder Value* (principio de la supremacía del accionista), mismo que ha sido el postulado básico del derecho corporativo en Estados Unidos, exportándose así al resto del mundo. Al mismo tiempo se desarrolló la teoría de los grupos de interés (*Stakeholder Theory*) de Freeman, que viene a exigir la consideración de los otros interesados en la empresa (además de los accionistas o inversores) tales como los trabajadores, clientes, proveedores, comunidad local, la sociedad en general y el medio ambiente, todo ello dentro del marco de una mirada de largo plazo que supera la atención del beneficio inmediato. Esta corriente tiene su antecedente en concepciones anteriores como la del llamado *interés social*. Así, al ir más allá del interés de los accionistas y proyectar un alcance mucho más amplio, la empresa comienza a desempeñar también un rol de interés público (Connolly, et al, 2016). A partir de esta realidad, comienzan a surgir leyes especiales, que reconocen los propósitos sociales y ambientales de los Grupos de Interés, principalmente en Estados Unidos, Canadá y algunos países europeos.

Ante la diversidad de opciones legales, han surgido las Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (Sociedades BIC). Las sociedades BIC, se modelan como personas jurídicas con fines de lucro que pueden distribuir utilidades a sus accionistas que existen dentro de un marco normativo y ordenamiento legislativo. A diferencia de otros modelos de empresa con propósito lucrativo y de las personas jurídicas sin fines de lucro, son sociedades que tienen ánimo de lucro y cuya principal característica consiste en la asignación de un mandato legal por el cual los accionistas y administradores deben procurar un beneficio público simultáneamente con la generación de utilidades. Para Juan Diego Mújica Filipi (2016) las sociedades BIC pueden definirse como aquella persona jurídica, presente en una legislación comercial que realiza actividad económica, reparte utilidades a sus accionistas y se caracteriza porque estos últimos y los gestores de la sociedad buscan construir un beneficio público social o ambiental, según lo establecido en su Estatuto. Las empresas constituidas como Sociedades BIC, son empresas con propósito que se enmarcan en

el cuarto sector, sector que surge de la intersección de los tres sectores tradicionales: público, privado y social.

Tres elementos esenciales de este modelo societario BIC que replica la legislación latinoamericana son:

- La existencia de un propósito de beneficio social y ambiental adicional a la actividad económica consistente en alcanzar un impacto positivo de la empresa en el interés colectivo.
- La variación del régimen de responsabilidad de la empresa: donde los administradores y accionistas de la sociedad régimen ampliado, en referencia al propósito de la empresa, así como mayor responsabilidad respecto tanto al propósito como a la generación de utilidades.
- La obligatoriedad de un régimen de transparencia y reporte. Las empresas BIC deben presentar cada año un Reporte de Gestión bajo un estándar de gestión de un tercero y ser público. Este documento debe explicar las gestiones que la empresa ha realizado para impactar positivamente en la sociedad y el ambiente y/o cumplir con el propósito específico consignado en su Estatuto.

Este modelo de ley BIC tiene presencia en seis países en América Latina: Argentina, Chile, Colombia, Ecuador y Uruguay, todos ellos fundamentando sus orígenes en el modelo Benefit Corporation de Estados Unidos de América (EUA). Colombia y Ecuador son los países que tienen leyes BIC aprobadas y en los demás países, la legislación está en trámite.

Uno de los grandes desafíos de este modelo de sociedad BIC que emerge de los foros internacionales del tema, es el de construir un consenso sobre cómo medir, comparar e informar los retos sociales, ambientales y de gobierno corporativo (ASG) y el impacto de las acciones y decisiones de la empresa en la sociedad y el medio ambiente.

### **III ] Responsabilidad social empresarial y los criterios ASG**

En las últimas tres décadas la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) se ha convertido en parte esencial de la estrategia corporativa en respuesta a los cambios sociales, ambientales y económicos que han ocurrido a nivel global. Especialmente, las grandes empresas establecen estrategias de responsabilidad social para ganar la confianza de sus grupos de interés, crear valor y construir una fuente de ventaja competitiva. Ser una empresa socialmente responsable sólo es posible en

conjunción con una gestión estratégica (Signory et al, 2023; Nicole, et al, 2022). Con esta evolución, la RSE ha demostrado ser una poderosa herramienta para generar valor económico y abordar los desafíos sociales y ambientales de la sostenibilidad, donde se reconoce que una forma de operacionalizar de desempeño de la RSE está vinculado a las puntuaciones ASG (Fandella, Segi & Sironi, 2022).

El acrónimo ASG (ESG por sus siglas en inglés) surge en el año 2004, en el informe del Pacto Global de las Naciones Unidas titulado *Who cares Wins* donde diversas instituciones financieras hacen un análisis para una mejor integración de los asuntos ambientales, sociales y de gobierno corporativo en el análisis y el corretaje de las inversiones bursátiles (The Global Compact, 2004).

A raíz de reconocer a la RSE como un instrumento de gestión estratégica en este inicio de siglo XXI, surge con ello la corriente ASG en parte como respuesta a las limitaciones de la medición de la RSE, prometiendo abordar múltiples cuestiones derivadas de los aspectos medioambientales, sociales y de gobierno corporativo de las operaciones de las empresas. Esta corriente promueve a la par la Inversión Socialmente Responsable (ISR) y la formulación de políticas empresariales que promueven la gestión de la RSE, comparable y transparente con criterios ASG. De ahí que el término ASG responda a la exigencia de ampliar la responsabilidad de

las empresas e instarlas a internalizar diversas externalidades empresariales, al tiempo que se proporciona a los grupos de interés datos más detallados y transparentes de las actividades empresariales (Neilsen & Villadsen, 2023).

Las empresas están adoptando prácticas responsables en todas las áreas de su operación, desde la gestión de los recursos ambientales hasta la promoción de la igualdad de género y la protección de los derechos humanos, creando valor para la compañía. Es así, que la RSE ya no se limita solo a las grandes empresas, sino que, a partir de estrategias congruentes con el negocio, también ha ganado relevancia entre las pequeñas y medianas empresas, que reconocen su importancia para la sostenibilidad y la competitividad de su negocio a largo plazo. Dependiendo del estándar o norma que regule la actuación ASG de las empresas, los criterios generales que este acrónimo evalúa se mencionan a continuación.

Respecto al criterio ambiental (A) El medio ambiente acorde a la ISO 2600 Guía de Responsabilidad Social de las Organizaciones, se define como el entorno natural en el cual una organización opera, incluyendo el aire, el agua, el suelo, los

recursos naturales, la flora, la fauna, los seres humanos, el espacio exterior y su interacción. Raufflet (2012) reconoce al medio ambiente como el entorno que se extiende desde el interior de una organización hasta el sistema global; es decir, el medio ambiente incluye tanto los aspectos físicos como agua, aire, suelo, como los humanos y patrimoniales, las personas, las infraestructuras humanas, el patrimonio cultural y otros elementos socioeconómicos propios del ambiente donde se desempeñe una empresa. Para el GRI, el medio ambiente solo contempla los impactos que una organización pueda hacer en los sistemas naturales vivos e inertes, entre ellos los ecosistemas, el suelo, el aire y el agua. Esta categoría incluye los impactos relacionados con los insumos y productos, y abarca aspectos como la biodiversidad, el transporte, la repercusión de productos y servicios en el medio ambiente, además de la conformidad y el gasto en materia ambiental.

El criterio social (S) está relacionado con la repercusión que las actividades de una empresa tienen en los sistemas sociales donde opera. Esta categoría incluye los rubros de: prácticas laborales y de trabajo digno, respeto a los derechos humanos, comunidad y responsabilidad sobre los productos (GRI, 2022).

En cuanto al criterio de gobierno corporativo (G), éste se refiere al mecanismo que regula las relaciones entre los accionistas, los consejeros y la administración de una empresa, a través de la definición y separación de roles estratégicos, operativos, de vigilancia y gestión (Deloitte, 2018). Asimismo, el gobierno corporativo se refiere al conjunto de normas, procesos y leyes que se aplican en la operación, el control y la regulación de las empresas (Gitman, 2016). Su objetivo es generar gobernanza e institucionalidad, propiciando la generación y seguimiento de normatividad interna y externa, la equidad y participación colectiva, así como mayor objetividad en la toma de decisiones de las empresas.

## IV ] Retos y oportunidades

El movimiento legislativo de la Ley BIC se caracteriza por ser de surgimiento espontáneo a partir de la voluntad de distintos grupos de abogados. La espontaneidad del movimiento, no obstante, está estrechamente vinculada al conocimiento y conexión de los abogados promotores de legislación BIC. con los conceptos de Empresa B Certificada y la Economía de Triple Impacto.

Uno de los desafíos que se presenta al mundo jurídico y al de las finanzas, en estos nuevos modelos de negocio de triple

impacto, es la existencia de nuevos empresarios cuyo objeto sea la creación de valor económico, social y ambiental para todos los grupos de interés, así como el surgimiento de las inversiones de alto impacto que promuevan el desarrollo de estos negocios.

A partir del entendimiento de los indicadores ASG es indispensable ampliar el horizonte de análisis de riesgos externos y su influencia en la estrategia y operaciones, considerando además que pueden surgir oportunidades y ventajas a desarrollar. Algunos de los retos que permitirían impulsar la creación de empresas de triple impacto con la finalidad de construir economías más justas, inclusivas y regenerativas para todas las personas y el planeta (Sistema B, 2023), son los siguientes:

- Crear una categoría jurídica societaria que permita promover la creación de empresas con propósito (Sociedades BIC) social, ambiental y económico.
- Incentivar mecanismos de estímulo para las empresas sociales, relacionadas con estímulos fiscales y compras públicas.
- Rediseñar marcos legislativos vigentes que incorporen modelos de empresas con propósito y permitan el reconocimiento de del cuarto sector.
- Promover espacios de diálogo e investigación, sobre los modelos de jurídicos y de gestión de empresas con propósito desde la Academia, los Colegios y Cámaras empresariales
- Comprender las distintas herramientas de medición del impacto de la gestión de las empresas con propósito para que de los criterios ASG puedan ser integrados a sus modelos jurídicos, asegurando la veracidad de sus resultados.
- Proteger los modelos jurídicos de las empresas con propósito, a través de herramientas de protección al consumidor, prevención de fraudes y no corrupción
- Establecer el concepto de empresa con propósito bajo una norma oficial mexicana (NOM), así como establecer los requisitos mínimos que se debe contar, en el caso de que no se pueda legislar bajo una nueva categoría societaria
- Fomentar la aceleración del liderazgo empresarial femenino, a lo largo del ciclo de vida profesional de las mujeres
- Impulsar el éxito financiero de las empresas con propósito lideradas por mujeres con políticas públicas que premien su desempeño e incentiven la creación de empresas con propósito

- Establecer medidas fiscales que reconozcan que los gastos sociales realizados por empresas con propósito sean directamente deducibles de impuestos.
- Promover la cultura del *reporting*, buscando que los Informes Anuales de las empresas con propósito, se presenten bajo la modalidad de triple cuenta de resultados de *Elkington* de forma transparente
- Implementar normas contables que reconozcan la valoración de los Criterios ASG en los estados financieros de las empresas de interés público, con la finalidad de estandarizar los reportes de triple cuenta de resultados y volverlos comparables bajo estándares internacionales.

## V. Conclusiones

Después de haber analizado el tema, es clara la importancia de comprender la naturaleza y la motivación de los nuevos modelos de negocios de empresas con propósito, frente a la inexistencia de su reconocimiento legal en México. Este reconocimiento legal, permitiría una mayor promoción de estas empresas y como consecuencia se podría asegurar impactos positivos en la sociedad mexicana y el medio ambiente. México es uno de los países Latinoamericanos interesados en fomentar y crear empresas sociales, con propósito, pero aún no ha establecido iniciativas jurídicas ni fiscales que motiven la creación de esta propuesta de personalidad societaria, ni el reconocimiento de un cuarto sector.

El hueco legal para este modelo de negocio lleva a los emprendimientos sociales en México a utilizar modelos legales híbridos, tales como sociedades mercantiles lucrativas, sociedades cooperativas, asociaciones o sociedades civiles que no cumplen el perfil deseable de la figura jurídica de Sociedad de beneficio e interés colectivo.

Reconocer legalmente este modelo de negocios, permitiría un mayor fomento de empresas con propósito que aseguren la consecución de impactos sociales y ambientales positivos y motor fundamental de la economía, de cara al cumplimiento de los ODS para el año 2030.

## Bibliografía

- ARGANDOÑA, A. (2009). *El bien común de la empresa y la teoría de la organización*. IESE Business School, España.
- CALVETE, A. M. (2007). *El concepto moderno de sustentabilidad*.
- CONNOLLY, C. y CONIGLIO, A. (2021) *Las empresas con propósito y la regulación del cuarto sector en Iberoamérica*. Informe Jurisdiccional de Argentina. Secretaría GENERAL IBEROAMERICANA, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y el International Development Research Centre.
- CONNOLLY, C., FILIPPI, J. D. M., & NOEL, S. (2016). *Movimiento legislativo de sociedades de beneficio e interés colectivo (BIC) en América Latina: análisis, desafíos y propuestas para su avance*
- CRUZ, M.A. (2018) *Generación de valor sustentable. Repensar la valuación empresarial*. México. Publicaciones Empresariales UNAM, FCA Publishing.
- DELLOITTE (2011). *Sustentabilidad como herramienta para reducir los riesgos*. Boletín Gobierno Corporativo. Recuperado en febrero de 2018.
- ELKINGTON, J. (2006) *Governance for Sustainability. Journal Compilation*. Vol. 14, Number 6. Blackwell Publishing Ltd. USA.
- FANDELLA, P., SERGI, B. S., & SIRONI, E. (2023). *Corporate social responsibility performance and the cost of capital in BRICS countries. The problem of selectivity using environmental, social and governance scores*. *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 30(4), 1712– 1722. <https://doi.org/10.1002/csr.2447>
- GITMAN, L. y ZUTTER, Ch. (2016). *Principios de Administración Financiera*. 14ª edición. México. Pearson.
- GLOBAL REPORTING INITIATIVE. Recuperado el 23 de julio de 2022, de GRI: [www.globalreporting.org](http://www.globalreporting.org)
- GODÍNEZ-REYES, N. L., GÓMEZ-MONGE, R., CALDERÓN-GUTIÉRREZ, A., & ALFARO-CALDERÓN, G. G. (2022). *Efficiency Analysis of Mexican Stock Exchange Sustainable Firms*. *Revista mexicana de economía y finanzas*, 17(1).
- GODÍNEZ-REYES, N. L., ALFARO-CALDERÓN, G. G., FLORES-ROMERO, M. B., HERNÁNDEZ- SILVA, V., CHAGOLLA-FARÍAS, M. A., ALFARO-GARCÍA, V. G. y GONZÁLEZ-SANTOYO, F. (2021). *Horizonte de la Responsabilidad Social Empresarial en Michoacán*. *Revista Científica del Instituto Iberoamericano de Desarrollo Empresarial*, 100 GPM Global (2022). *Insights into Sustainable Project Management* <https://www.greenprojectmanagement.org/insights>
- IPCC (2021). *Climate Change 2021: The Physical Science Basis*. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Masson-Delmotte, V., P. Zhai, A. Pirani, S.L. Connors, C. Péan, S. BERGER, N. CAUD, Y. CHEN, L. GOLDFARB, M.I. GOMIS, M. HUANG, K. LEITZELL, E. LONNOY, J.B.R. MATTHEWS, T.K. Maycock, T. Waterfield, O. YELEKÇI, R. YU, and B. ZHOU (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA, In press, doi:10.1017/9781009157896.

ISO 26000. (2010). Guía de Responsabilidad Social. México: Instituto Mexicano de Normalización.

KPMG (2023) *Riesgos en México y Centroamérica 2023*. Fortalecer la resiliencia ante la incertidumbre global. KPMG México. Responsable (2019) 2º Estudio Panorama de la Responsabilidad Social en México 2019. Sistema B (2023) Nueva economía, recuperado el 12 de noviembre de 2023 <https://www.sistemab.org/nueva-economia/>

THE GLOBAL COMPACT (2004) *Who cares Wins*. Connecting financial markets to a changing world. UN.

WOOD, D. J. (2010). *Measuring Corporate Social Performance: A Review*. Blackwell Publishing Ltd and British Academy of Management. United Kingdom. *International Journal of Management Reviews*, 50-84.



# Asambleas generales de accionistas por medios electrónicos, ópticos y similares conforme la reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles

SOYLA H. LEÓN TOVAR<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. *Consideraciones generales de las asambleas virtuales.* II. *Medios electrónicos, ópticos y similares (MEOS) en sesiones de asambleas.* III. *Sesiones de asambleas por MEOS antes de su reconocimiento legal.* IV. *Reconocimiento legal en México de las sesiones de asambleas generales por MEOS.* V. *Reglas y mecanismos para asambleas virtuales.* VI. *Conclusiones.*

**Resumen.** Los medios electrónicos, ópticos o similares (MEOS) fueron aceptados por las diversas legislaciones desde la última década del siglo pasado, como instrumentos para generar, enviar, recibir y archivar información, con el mismo valor probatorio que un documento escrito, pero será con la llegada de la pandemia del Covid-19 en el año del 2020 hasta cuando los MEOS, las plataformas electrónicas como Meet Google, Zoom y las videoconferencias y videollamadas tendrán un papel fundamental en las comunicaciones sociales, personales, educativas y de negocios que facilitará su reconocimiento legal para las sesiones de asambleas generales de socios y accionistas y juntas de consejos<sup>2</sup>.

En este tenor, me permitiré exponer en primer término el concepto de asamblea virtual con atención particular a los MEOS, para diferenciarlos de las medidas o mecanismos para llevar a cabo las sesiones virtuales; enseguida, expondré algunas cuestiones de

---

<sup>1</sup> Profesora Investigadora de Derecho Mercantil la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. Campus Guadalajara.

<sup>2</sup> Cfr. GARDERES, SANTIAGO. *El principio de intermediación y las nuevas tecnologías aplicadas al proceso, con especial referencia a la videoconferencia*, XVII Jornadas Iberoamericanas. XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, p. 749 y AMONI REVERON, Gustavo Adolfo, El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de intermediación procesal *Revista IUS*, Vol. 7, no. 13, Puebla, enero/junio 2013, [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472013000100005](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472013000100005).

las asambleas virtuales celebradas antes de su reconocimiento legal, para centrarme después en su regulación en México y en los mecanismos para garantizar su existencia, certeza y eficacia, y señalar finalmente algunas conclusiones.

**Palabras clave:** asambleas electrónicas, asambleas virtuales, medios electrónicos, ópticos o similares, asambleas generales, consejo de administración

**Abstract.** *The electronic, optical or similar media (MEOS) were accepted by the various legislations since the last decade of the last century, as instruments to generate send, receive and file information, with the same probative value as a written document, but it will be with the arrival of the Covid-19 pandemic in the year 2020 until when the MEOS, electronic platforms such as Meet Google, Zoom and videoconferencing and video calls will have a fundamental role in social, personal, educational and business communications that will facilitate their legal recognition for general meetings of partners and shareholders and board meetings. In this sense, I will first explain the concept of virtual meetings with particular attention to the MEOS, to differentiate them from the measures or mechanisms to carry out virtual sessions; then, I will present some issues of virtual meetings held before their legal recognition, to then focus on their regulation in Mexico and the mechanisms to ensure their existence, certainty and effectiveness, and finally point out some conclusions.*

**Keywords:** *Shareholders' meetings by electronic means, virtual meetings, electronic, optical or similar means, general meetings, board of directors.*

## I ] Consideraciones generales de las asambleas virtuales

La celebración de asambleas generales de accionistas por medios electrónicos, ópticos o similares (MEOS) es una realidad avivada en algunos países por la pandemia de Covid-19, ante la necesidad de tomar decisiones fundamentales en sociedades a pesar de la prohibición para las personas de reunirse físicamente<sup>3</sup>;

---

<sup>3</sup> Así, en España, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, 18 de marzo de 2020, Boletín Oficial del Estado, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-3824>, se refiere en el capítulo V, a *Otras medidas de flexibilización: Medidas extraordinarias aplicables a las*

en cambio, en México hubo resistencia para permitir la celebración de sesiones de asamblea general de accionistas (AGA) y de socios por MEOS, incluso durante el período de restricción de actividades no esenciales, únicamente se ampliaron los plazos para que las sociedades anónimas bursátiles divulgaran al público inversionista la información financiera, administrativa, operacional, económica y jurídica que debían entregar en abril del 2020, para hacerlo a partir de julio del mismo año<sup>4</sup>. Así que se mantuvieron vigentes las prescripciones de la Ley del Mercado de Valores (LMV), de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM), del Código de Comercio (CCo) y del Código Civil Federal (CCF) que exigían la presencia física de los socios en las sesiones de AGA y la de los consejeros en las sesiones de consejo de administración.

Sin embargo, el auge, necesidad y aprovechamiento de los medios electrónicos ópticos y similares, la familiaridad con la que utilizamos plataformas electrónicas para trabajar, impartir o recibir clases y celebrar reuniones a distancia, y la facilidad con la que se puede tener acceso a reuniones por esos MEOS sin costos de tiempo, de gestiones y de dinero, auspiciaron reformas en legislaciones de algunos Estados de la República Mexicana, como Jalisco y Ciudad de México y, más tarde, el 20 de octubre del 2023, reformas a la Ley General de Sociedades Mercantiles (en adelante la *LGSM*). Las reformas a este ordenamiento fueron impulsadas desde el 21 de mayo del 2021 con una iniciativa que buscaba reformar diversas disposiciones de la *LGSM* y del Código Civil Federal (en adelante el *CCF*) seguida de una segunda iniciativa del 14 de diciembre del 2021, *Iniciativa que reforma diversas disposiciones de la ley general de sociedades mercantiles, en materia de asambleas telemáticas*<sup>5</sup> que prosperó para permitir la

---

*personas jurídicas de Derecho privado* (art. 40) durante el período de alarma, entre las cuales se autoriza llevar a cabo asambleas de socios por videoconferencias y medios telemáticos.

<sup>4</sup> Cfr. Facilidades administrativas, con carácter temporal, a las que pueden acogerse las emisoras con valores inscritos en el Registro Nacional de Valores sujetas a la Supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, ante la contingencia del SARS-CoV2, (COVID19), abril del 2020, que pueden consultarse en

[https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/547118/ACUERDO\\_Ampliacion\\_Plazos\\_Emisoras.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/547118/ACUERDO_Ampliacion_Plazos_Emisoras.pdf)

<sup>5</sup> Cfr. la *Iniciativa que reforma diversas disposiciones de la ley general de sociedades mercantiles y del código civil federal, en materia de asambleas telemáticas, suscrita por los diputados Mariana Rodríguez Mier y Terán y Fernando Galindo Favela, del grupo parlamentario del PRI*, Gaceta Parlamentaria, 19 de mayo 2021, LXIV/3SPR-4-2842/117759, [https://www.senado.gob.mx/65/gaceta\\_del\\_senado/documento/117759](https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_del_senado/documento/117759), que fue la ante sala para la iniciativa del 14 de diciembre del 2021 citada, con la que se lograría reformar a la

celebración por MEOS de sesiones de asambleas y consejo de sociedades mercantiles, tanto cerradas como abiertas y cotizadas.

Conforme la reforma la realización de las sesiones de asambleas y consejo por MEOS no es obligatoria, los socios pueden reunirse exclusivamente de forma presencial si así lo previenen los estatutos de la sociedad o éstos no autorizan asambleas por MEOS. La LGSM ratifica la plena autonomía de la voluntad de los socios para decidir si las asambleas serán presenciales y/o virtuales y/o híbridas, y para fijar las reglas para la organización y funcionamiento de la asamblea; no obstante, y toda vez que la celebración de sesiones virtuales conlleva ciertos riesgos, como el que asista y participe en la sesión una persona que no sea un accionista o un representante de accionista legitimado, o bien que se niegue, impida o imposibilite el ingreso y participación a un accionista o su representante con legitimación para asistir y participar en la sesión de asamblea, la LGSM exige para mitigar dichos riesgos, que en todo caso se garantice la identidad de los participantes y la simultaneidad de las participaciones, que la sesión se desarrolle funcionalmente como si fuera presencial y que se deje evidencia de la sesión; aunque no queda claro si la simultaneidad y la identidad implican en conjunto la visibilidad de los participantes o solo su escucha e intervención inmediata como parece admitirse en algunas legislaciones extranjeras por lo menos para las juntas de consejo.

## II ] Medios electrónicos, ópticos y similares en sesiones de asambleas

En la práctica y la doctrina societarias suele hablarse de celebración de asambleas y de nulidad de asambleas, para referirse a las sesiones de asambleas y no a la asamblea propiamente dicha, aunque cuando el accionista ejercita la acción de nulidad no pretende que el tribunal declare la inexistencia o nulidad absoluta del órgano supremo, obligatorio y esencial de la sociedad, órgano del que él mismo forma parte, sino que busca obtener la declaración judicial de nulidad de una o varias sesiones de asamblea y/o de los acuerdos adoptados en alguna sesión. Lo que sucede es que la palabra *asamblea* es polisémica, se utiliza para designar a la sesión del órgano y al órgano mismo, por lo que me parece más propio referirnos a *asamblea* únicamente cuando se

---

LGSM el 20 de octubre del 2023,  
[http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2021/02/asun\\_4141859\\_20210223\\_1614156700.pdf](http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2021/02/asun_4141859_20210223_1614156700.pdf).

trate del órgano y de *sesión* cuando se refiera a la junta o reunión jurídica de los miembros del órgano (socios o consejeros), es decir a su funcionamiento. Por tanto, cuando se alude a *asambleas virtuales* en realidad se hace mención solamente a las sesiones por MEOS, que no son presenciales, pero se llevan a cabo como si lo fueran y producen los mismos efectos jurídicos que las llevadas a cabo personal o físicamente presentes. Bajo este hilo conductor, utilizaré preferentemente el vocablo *sesión virtual* en lugar del de *asamblea virtual*, lo que es conforme a la definición de *virtual* del Diccionario de la Real Academia Española, *aquello que tiene virtud para producir un efecto, aunque no lo produce de presente*, como sucede con las reuniones por MEOS en las que los socios no se encuentran físicamente presentes, están distantes pero funcionalmente *vis a vis*, unos frente a los otros, porque coinciden en el tiempo, conversan de manera inmediata o *simultánea*, pueden oírse y en su caso verse como si estuvieran presentes físicamente, incluso perciben sus movimientos, pueden compartir documentos e información, pasar lista, comunicarse, verse a través de cámaras, levantar la mano, pedir la palabra, externar sus opiniones, votar y tomar decisiones en conjunto; en fin, actuar funcionalmente como si estuvieran presentes físicamente, por ello los acuerdos que adoptan con los quórums legales o estatutarios tienen los mismos efectos que si hubieran sido adoptados presencialmente.

Después de la pandemia de *Covid-19* ha sido más fácil para todos comprender las sesiones por MEOS, porque nos hemos visto en la necesidad de llevarlas a cabo, de comprobar sus alcances y posibilidades, tener la experiencia y sensación de estar presentes y juntos, aunque a la distancia física sin el estrés de los gastos e inversiones de tiempos incluso a fondo perdido.

Con la reforma a la LGSM del 20 de octubre del 2023, se reconoce en México de manera generalizada la equivalencia funcional de la presencia virtual con la presencia física en sesiones de asamblea y juntas de consejo de administración o de gerentes de sociedades mercantiles; en particular de sociedades de responsabilidad limitada (art. 82), sociedades anónimas (178) y sociedades por acciones simplificadas (art. 266)<sup>6</sup>, y los acuerdos surten efectos siempre que las sesiones y sus acuerdos se lleven a cabo conforme las normas imperativas y permisivas previstas por la ley de manera general y particular para cada tipo social, así como

---

<sup>6</sup> Para estas, desde la reforma del 14 de marzo de 2016 que introdujo este nuevo tipo societario al que autorizó la celebración de sesiones de asamblea por medios electrónicos, ópticos y cualquier otra tecnología, bastando contar con un sistema de información, una tecnología que pueda crear, enviar, recibir o archivar información.

se cumplan con ciertos requisitos específicos de las sesiones virtuales: a) que los estatutos sociales fundacionales o los reformados establezcan la posibilidad de celebrar dichas sesiones virtuales, en cuyo caso no será necesario que se encuentren presentes todos los socios; b) que existan mecanismos que garanticen la identidad, asistencia, participación y en su caso voto de los socios; y, c) que se deje evidencia de la sesión virtual.

Ahora bien, habrá necesidad de precisar ¿Qué son los MEOS?, y ¿A qué mecanismos o medidas se refiere la LGSM para cumplir con las garantías mínimas exigidas para la celebración de sesiones virtuales? Los MEOS son sistemas de información, recursos digitales que permiten generar, enviar, recibir y archivar información (*mensajes de datos o comunicaciones electrónicas*)<sup>7</sup>. La Ley Modelo de Comercio Electrónico de la CNUDMI no define a los MEOS, solamente menciona algunos de ellos<sup>8</sup>, como el telegrama (mediante el telégrafo inventado desde 1831), el telefax (inventado desde 1881), el télex (desarrollado en 1926 y convertido como un servicio de teleimpresor a operativo en 1933), el correo electrónico (que surgió desde 1971), y, el intercambio electrónico de datos (Electronic Data Interchange, EDI, creado desde 1975 para transmitir información en forma electrónica a través de redes y circuitos entre dos computadoras distantes)<sup>9</sup>. El Diccionario panhispánico del español jurídico incorpora en su texto literalmente la definición de *medio electrónico* que contiene el Anexo de la Ley española 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la

<sup>7</sup> La LGSM no los define, como tampoco lo hacen el Código de Comercio, ni la Ley Modelo de la UNICITRAL sobre Comercio Electrónico, ésta únicamente señala como ejemplos de ellos, en su art. 2º al correo electrónico, EDI, télex, etc.

<sup>8</sup> En la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, con la adición del art. 5o. bis en la forma aprobada en 1998, la CNUDMI advierte que el uso de los modernos medios de comunicación, como el correo electrónico y el intercambio electrónico de datos (EDI), se ha difundido con notable rapidez en la negociación de las operaciones comerciales internacionales y que el empleo de esas vías de comunicación será cada vez mayor, a medida que se difunda el acceso a ciertos soportes técnicos como internet y otras grandes vías de información transmitida en forma electrónica, cfr. [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453\\_s\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453_s_ebook.pdf)

<sup>9</sup> Cfr. MENÉNDEZ Rafael y BARZANA Asensio, *Informática Aplicada a la Gestión Pública*. Capítulo 9. *Intercambio electrónico de datos*, Facultad de Derecho Universidad de Murcia, 14 de setiembre, 2011, [https://www.um.es/docencia/barzana/IAGP/IAGP2-Intercambio-electronico-datos-](https://www.um.es/docencia/barzana/IAGP/IAGP2-Intercambio-electronico-datos-EDI.html#:~:text=En%201968%20las%20empresas%20de,de%20normas%20conocidas%20como%20EDI.)

[EDI.html#:~:text=En%201968%20las%20empresas%20de,de%20normas%20conocidas%20como%20EDI.](https://www.um.es/docencia/barzana/IAGP/IAGP2-Intercambio-electronico-datos-EDI.html#:~:text=En%201968%20las%20empresas%20de,de%20normas%20conocidas%20como%20EDI.)

Administración de Justicia: *Mecanismo, instalación, equipo o sistema que permite producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones, incluyendo cualesquiera redes de comunicación abiertas o restringidas como internet, telefonía fija y móvil u otras.* Aunque parece una definición amplia de los MEOS, por cuanto que incluye cualquier medio por el cual se pueda producir, almacenar o transmitir información, también es estrecha porque omite la acción de *recibir* información que es uno de los verbos incluidos por la Ley Modelo de Comercio Electrónico en su artículo 2 de definiciones<sup>10</sup>.

En México, tampoco existe definición de MEOS en la LGSM ni el Código de Comercio (CCo), aunque éste reconoce los actos y contratos que se celebran por MEOS; pero otras leyes y disposiciones mexicanas, si incluyen una definición, como las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica de emergencia sobre el uso de medios electrónicos en ciertos procedimientos tramitados ante la Comisión Federal de Competencia Económica<sup>11</sup>, que prácticamente reproducen la definición del citado diccionario prehispánico: *Mecanismo, instalación, equipamiento, herramienta o sistema tecnológico que permite producir, almacenar, transmitir, imprimir o intercambiar documentos, datos e información de forma automatizada*; la Ley de Firma Electrónica Avanzada, de carácter federal, reduce a los MEOS a *dispositivos tecnológicos para el procesamiento, impresión, despliegue, conservación y, en su caso, modificación de información*<sup>12</sup>, igual que la Ley sobre el Uso de Medios Electrónicos y Firma Electrónica Avanzada para el Estado de Hidalgo que los califica de *dispositivos tecnológicos para transmitir o almacenar datos e información, a través de computadoras, líneas telefónicas, enlaces dedicados o cualquier otra tecnología* (art. 4<sup>a</sup>).<sup>13</sup>; mientras

---

<sup>10</sup> Cfr. CNUDMI, Ley Modelo de Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación en el derecho interno, 1996, con el nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998, Nueva York, 1999, p. 4, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453\\_s\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453_s_ebook.pdf)

<sup>11</sup> Disposiciones regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica de emergencia sobre el uso de medios electrónicos en ciertos procedimientos tramitados ante la comisión federal de competencia económica publicadas en el diario oficial de la federación el 25 de junio de 2020 <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2021/10/Compendio-DRES-modificadas21-09-2021.pdf>,

<sup>12</sup> Diario oficial de la Federación del 11 de enero del 2022, [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFEA\\_200521.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFEA_200521.pdf).

<sup>13</sup> Cfr. Ley sobre el uso de Medios Electrónicos y Firma Electrónica Avanzada para el Estado de Hidalgo, publicada en el Periódico Oficial del Estado de Hidalgo, el lunes 10 de marzo de

que la Ley de Gobierno Digital del Gobierno del Estado de México y municipios, señala que se trata de *tecnología que permite transmitir o almacenar (pero omite la generación y recepción) datos e información, a través de computadoras, líneas telefónicas, microondas o de cualquier otra naturaleza.*

Como se puede observar, es difícil precisar las diferencias entre la tecnología con la que se puede crear, acceder, transmitir o almacenar mensajes de datos y en general información (internet, correo electrónico, télex, teléfono) y los instrumentos o herramientas para servirse de ella como las computadoras, tabletas, aparatos telefónicos, celulares y los radios<sup>14</sup> ya que los mismos ordenamientos legales califican a ambos (tecnologías y dispositivos) como MEOS. Finalmente, también podrían confundirse los MEOS con los mecanismos, pero no con los métodos o medidas para permitir el acceso a las sesiones y garantizar la identidad del accionista o su representante.

Aunque la LGSM se refiere a las sesiones de asamblea y consejo por MEOS, sin exclusión expresa de alguno de ellos, su utilización queda condicionada a que las sesiones se realicen de forma funcionalmente equivalente a las sesiones presenciales, con la participación de todos los socios o de algunos de ellos de forma remota. Para ello, será o no necesario que los MEOS utilizados se sirvan de herramientas, plataformas y métodos que permitan ver y oír de manera síncrona a los asistentes por todo el tiempo que dure la sesión, vgr. por internet con video, con teleconferencias, videoconferencias y videollamadas que permiten ver, actuar y escuchar a los asistentes, *vis a vis* y compartir información, pero habría que preguntar si son válidas las sesiones en las que no se ven los asistentes sino solo se pueden escuchar y discutir de manera inmediata. En tal sentido internet es el principal MEOS que permite llevar a cabo sesiones virtuales funcionalmente como si los socios estuvieran presentes, porque con apoyo de la videoconferencia, la video llamada y/o ciertas plataformas o entornos informáticos como Zoom hace posible la comunicación simultánea entre dos o más personas físicamente distantes, que pueden verse y oírse a través de una red pública o privada.

---

2008,

[https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/normativa/electronico/documentos/60487\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/normativa/electronico/documentos/60487_0.pdf)

<sup>14</sup> Son MEOS porque, independientemente de utilizar técnicas electrónicas, envían sus mensajes precisamente a través de las ondas electromagnéticas fundamentales que les dan su carácter de medios electrónicos de comunicación.

Cuando se habla de asambleas o sesiones virtuales por lo general se hace referencia a reuniones llevadas a cabo por audio y video<sup>15</sup>, una teleconferencia, video conferencia y videollamada que permiten la comunicación a distancia entre dos o más personas, que pueden verse y oírse a través de una red pública o privada con el apoyo de una tecnología que les permite dialogar de manera síncrona. Además del MEOS, se utilizan otros medios de comunicación interactivos, plataformas como Zoom para transmitir simultáneamente imagen, sonido y e incluso datos en forma bidireccional o multidireccional a través de herramientas como Excel, power point y PDF que permiten hacer presentaciones, ver videos, compartir información o páginas de internet; con todo lo cual los socios pueden discutir, llegar a consensos, adoptar acuerdos, y en general transmitir y recibir datos de manera simultánea en tiempo real, como si estuvieran físicamente en el mismo lugar, aunque se encuentren en puntos geográficamente distantes entre sí.

La videoconferencia hace posible la equivalencia funcional de la presencia virtual (imagen y/o voz y expresiones o acciones de la persona) con la presencia física; el sitio web de la sociedad o la liga o URL permiten acceder al domicilio social porque no se altera el lugar de la reunión, incluso aunque se haga en otro lugar físico diferente al domicilio social<sup>16</sup> -porque el CCo. reconoce su equivalencia funcional al sostener que un acto jurídico se entiende enviado desde el domicilio de su emisor.

Por ello, la videoconferencia con apoyo de plataformas como Zoom, Google Meet o Teams, es el medio que por excelencia satisface el requisito de equivalencia funcional en las sesiones virtuales porque permite la inmediatez, la cercanía en tiempo real de las personas, su identificación y percepción visual y/o auditiva, estar vis a vis electrónicamente, y otorga mayor grado de seguridad de que quienes comparecen y deliberan en la sesión, lo hacen en el sentido en que lo manifiestan con la voz y de manera libre. Ello se logra cuando se dispone de cámaras, micrófonos, claves,

---

<sup>15</sup> Cfr. SPREY, J. A., *Videoconferencing as a Communication Tool*, IEEE transactions on professional communication, vol. 40, núm. 1, marzo de 1997, pp. 42-44, <http://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?arnumber=557518&isnumber=12162>. Para el estudio de las asambleas generales y de las asambleas virtuales véase H. LEON TOVAR, Soyla, *Asambleas general de socios y accionistas de sociedades mercantiles y civiles*, Tirant Lo Blanch, México 2022.

<sup>16</sup> Salvo que la ley disponga otra cosa, como ocurre con la LGSM que previene que cuando se celebre una asamblea virtual no se entenderá que se hizo fuera del domicilio, pero cuando se haga en otro o domicilio debe precisarse el mismo en el acta de asamblea.

contraseñas y alta calidad técnica en la conexión para que la comunicación sea fluida, sin interrupciones extensas o reiteradas que impidan u obstaculicen la funcionalidad de presentes.

Los Códigos Civiles del Estado de Hidalgo (art. 2666) y de la Ciudad de México (art. 2675 y 2713) autorizan la celebración de sesiones de asamblea por videoconferencia que permita la comunicación en tiempo real, siempre y cuando la convocatoria señale el medio electrónico por el cual se celebrará, la dirección electrónica o número de la reunión y, en su caso, la contraseña<sup>17</sup>. El CC Jalisco implícitamente exige la videoconferencia ya que requiere identificación visual plena de los asistentes y registro audiovisual (art. 180 bis, 199 bis y 231 bis) y la LGSM (art. 6º.) exige que la participación sea *simultánea y se permita la interacción en las deliberaciones de una forma funcionalmente equivalente a la reunión presencial*. En España desde los decretos reales de emergencia dictados en el 2020 se publicaron *medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19*, y en el capítulo V, se incorporaron *Otras medidas de flexibilización: Medidas extraordinarias aplicables a las personas jurídicas de Derecho privado (art. 40) durante el período de alarma*<sup>18</sup>, como las de llevar a cabo asambleas de socios y juntas de consejo y comités, por videoconferencias y medios telemáticos, siempre que se garantizara la autenticidad y la conexión bilateral o plurilateral en tiempo real con imagen y sonido de los asistentes en remoto; además de autorizar el voto a distancia y la adopción de acuerdos sin sesión cuando lo decidiera el presidente o lo solicitaran dos miembros del consejo. Para sociedades cotizadas (bursátiles) se ampliaron los plazos para celebrar las sesiones de asambleas, para elaborar estados financieros, informes y dictámenes de auditores, así como para publicar y remitir los informes financieros anuales a la comisión de valores y el informe de auditoría, entre otros.

La Comisión Europea reconoce en la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea - Un plan para avanzar*, la necesidad y derecho de

---

<sup>17</sup> Así, Reforma al artículo 2666 del Código Civil del Estado de Hidalgo, publicada en el periódico Oficial, Alcance dos, del 28 de julio de 2022. [http://www.congreso-hidalgo.gob.mx/biblioteca\\_legislativa/leyes\\_cintillo/Codigo%20Civil.pdf](http://www.congreso-hidalgo.gob.mx/biblioteca_legislativa/leyes_cintillo/Codigo%20Civil.pdf).

<sup>18</sup> Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, 18 de marzo de 2020, Boletín Oficial del Estado, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-3824>

los accionistas de reunirse por medios electrónicos y señala que es *indispensable facilitar el ejercicio de toda una serie de derechos de los accionistas (entre ellos, los de votar in absentia y participar en la asamblea general por vía electrónica)*. Asimismo, diversos Informes y códigos de gobierno corporativo de principios de siglo, como el Winter de la UE y el Aldama en España, aluden a los medios electrónicos y a las asambleas como mecanismos de transparencia y acceso a la información de los accionistas; todo lo cual fortalece la posición de que las sesiones virtuales de asambleas deben incluir video para que la participación sea simultánea y se permita la interacción en las deliberaciones de una forma funcionalmente equivalente a la reunión presencial.

De ahí que la llamada telefónica sin video tiene sus problemas. Las leyes estatales en México autorizan las sesiones virtuales en las que exista video, es decir, en las que los asistentes a las sesiones puedan ser visualizados de manera permanente y que haya el registro visual; la LGSM, por su parte, exige que se lleven a cabo funcionalmente como si fueran presenciales, es decir que la reunión virtual funcione o cumpla las mismas funciones que tiene cuando los socios deben estar presentes, lo que es posible con el apoyo de audio y video en el domicilio social; es decir con videoconferencia y videollamada y entornos o mecanismos informáticos como Zoom.

Esto parece confirmar la diferencia de la regulación entre el Código Civil Federal y las leyes mercantiles respecto de los actos llevados a cabo por medio telefónico, dado que para el primero las ofertas y actos por teléfono son considerados entre presentes (art. 1805), mientras que para el consejo de administración, son entre no presentes y para la LGSM entre no presentes solo cuando el teléfono no se le acompaña del video. Ello porque la LGSM reconoce la equivalencia funcional de la presencia virtual con la física y el CCo solo reconoce la equivalencia funcional de mensajes de datos con documentos escritos y de firma electrónica con firma autógrafa. En algunos países las llamadas telefónicas, especialmente las conferencias telefónicas sin video son admitidas únicamente para las juntas de consejo; así la *Model Business Corporation Act*, de los Estados Unidos que admite sesiones de consejo tanto ordinarias como extraordinarias, fuera del Estado, autoriza -salvo las restricciones en los estatutos- la realización de sesiones por MEOS siempre que todos los consejeros puedan escucharse simultáneamente (parágrafo 8.20)<sup>19</sup>; en California la Ley

---

<sup>19</sup> Dicha disposición señala: The board of directors may hold regular or special meetings in or out of this state.

de Sociedades (art. 600) admite, sujeto a las limitaciones estatutarias, y si lo autoriza el consejo de administración a su exclusivo criterio y conforme las pautas y procedimientos que señale, que los accionistas puedan ser considerados presentes en la asamblea mediante transmisión electrónica por y para la corporación (Secciones 20 y 21), comunicación electrónica por pantalla de video, conferencia telefónica u otro medio de comunicación remota<sup>20</sup>; para que una asamblea sea celebrada por medios electrónicos se exige que los estatutos lo autoricen, que los consejeros o los accionistas convocantes determinen que la asamblea sea enteramente por medio de comunicación telefónico, electrónico o de otro tipo y que se permita a todos los participantes comunicarse adecuadamente entre sí durante la reunión. Derivado de lo cual se observa que, aunque las sesiones de consejo son menos rígidas que las de las asambleas generales, el video no es esencial para la validez de sesiones de consejo y de asamblea aunque para las primeras las formalidades son menos exigentes.

Respecto del correo electrónico, debe decirse que aunque se trata de un medio electrónico por el cual se pueden enviar y recibir mensajes de texto, voz o imagen, no es apto para la celebración de sesiones de asamblea porque no es posible que el emisor y el receptor de los mensajes actúen funcionalmente como si estuvieran presentes, ya que el correo electrónico no permite que las partes se vean o escuchen ni dialoguen de manera simultánea, sino solo asíncrona porque es por mensaje de datos en donde no es posible la simultaneidad porque este MEOS utiliza una red de comunicación pública que envía el mensaje al servidor del prestador del servicio y este a la vez a la red o equipo terminal del receptor quien la recibe después y accede al mismo en tiempo posterior, de manera similar como lo hace con el correo postal y aunque ofrece la posibilidad enviar comunicaciones de manera

---

(b) Así, la *Model Business Corporation Act* (update through November 2023), Chapter 8, Directors and Officers, pp. 71 y 72, [https://www.americanbar.org/groups/business\\_law/resources/model-business-corporation-act/](https://www.americanbar.org/groups/business_law/resources/model-business-corporation-act/), previene: *Unless restricted by the articles of incorporation or bylaws, any or all directors may participate in any meeting of the board of directors through the use of any means of communication by which all directors participating may simultaneously hear each other during the meeting. A director participating in a meeting by this means is deemed to be present in person at the meeting.*

<sup>20</sup> Canada Business Corporations Act (R.S.C., 1985, c. C-44), Justice Law Website, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-44/>  
[https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes\\_displayText.xhtml?lawCode=CORP&division=1.&title=1.&part=&chapter=6.&article=](https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CORP&division=1.&title=1.&part=&chapter=6.&article=)

sucesiva, casi instantánea, se trata de una comunicación indirecta que se dirige al servidor del prestador del servicio del destinatario quien lo redirige al servidor del destinatario; y no hay una sincronía de la comunicación, incluso el destinatario puede no estar presente, no tener abierta su bandeja de entrada o teniéndola no saber o no conocer el contenido del correo o no querer abrirlo y seguramente no contestar de manera inmediata sino de manera asíncrona, por lo que no puede aceptarse una sesión de asamblea o de consejo por correo electrónico; distintos son en cambio, los acuerdos unánimes, el voto electrónico y la ratificación de los acuerdos unánimes que sí pueden ser sucesivos.

En cuanto al chat, que permite comunicación escrita y oral e incluso la creación de grupos, es un sistema en el que la comunicación no es síncrona, los destinatarios del mensaje lo reciben, pero no lo leen, no lo ven y no siempre lo contestan de inmediato, por lo que sus efectos o circunstancias parecen a las del correo electrónico. Podrían, no obstante, admitirse sesiones de asamblea en las que los socios válidamente estén presentes de manera virtual en llamada de WhatsApp, pero si no se ven ni escuchan no es el medio idóneo para participar en sesiones, garantizar la identidad, participación y voto de los socios ni obtener la evidencia de la sesión, sino en su caso para adoptar acuerdos unánimes en grupo y/o ratificarlos o bien usar el chat como medio auxiliar de la asamblea para votar o deliberar.

### **III ] Sesiones de asambleas por MEOS antes de su reconocimiento legal**

Tanto la LGSM como las leyes de sociedades de otros países, han exigido que las sesiones de asambleas generales y especiales de socios sean presenciales, de manera que aunque parezca una verdad de Perogrullo, es oportuno aclarar que cuando dichos ordenamientos se refieren a que los socios estén -o se encuentren- presentes, se han referido únicamente a la presencia física, personal o real y no a la presencia virtual o por MEOS, máxime que hasta antes de 1940 no se consideraba posible la presencia virtual del socio incluso después del invento de la televisión y la computadora y de la de la comunicación remota de imágenes en tiempo real favorecida con los MEOS y el reconocimiento legal de los actos y contratos por dichos MEOS. Se precisa lo anterior para comprender que, si esto es así, entonces no se puede interpretar ampliamente la exigencia de estar presentes para incluir la presencia virtual o funcional como válida, aunque la ley no lo permita expresamente. En la práctica, y a pesar de que

con la Leyes Modelo de Comercio Electrónico y de firma electrónica, los Estados únicamente reconocieron la equivalencia funcional de los mensajes de datos con los documentos por escrito y de la firma electrónica con la firma autógrafa, algunas compañías que tuvieron la posibilidad de utilizar MEOS con video para comunicarse interna y externamente, decidieron reformar sus estatutos para autorizar la convocatoria de asambleas por correo y la celebración de sesiones de asambleas y de juntas de consejo por videoconferencia, es decir por MEOS, a pesar de que las leyes a las que estaban sujetas no las habían reconocido<sup>21</sup>; fenómeno que también ocurrió en México. En Italia estas cláusulas anómalas, *ma certamente innovative*<sup>22</sup> motivaron la desaprobación o la negativa de registro del acto constitutivo de la sociedad y de las reformas de los estatutos, lo que provocó su impugnación, dado que la validez de dichas cláusulas especialmente para sesiones de asambleas, era dudosa, como las decisiones judiciales porque en algunos casos aprobaron ciertas cláusulas estatutarias especialmente cuando autorizaron la convocatoria por correo electrónico y en otros desestimaron su validez especialmente en sesiones de asamblea sin video.<sup>23</sup>

Uno de los defensores de dichas cláusulas previas a su legalización fue Paolo Tonalini, quien sostuvo, después de que los tribunales habían homologado algunas de esas cláusulas, que aunque las sesiones virtuales de asamblea no estaban expresamente autorizadas por el Código Civil Italiano, debían ser válidas porque ninguna de las disposiciones del ordenamiento citado exigía expresamente la comparecencia física de los participantes en un mismo lugar, y porque la *presencia* exigida por dicho código debía interpretarse de la manera más amplia posible, haciendo una interpretación teleológica, en relación con la finalidad: permitir el debate y el voto simultáneo, aunque no estuvieran físicamente presentes y por tanto incluir la presencial

---

<sup>21</sup> Cfr. Fondazione Nazionale di Ricerca dei Commercialisti, *Assemblee in videoconferenza*, Documenti Ariesteia Documenti n. 9, nov. 2001, p. 4. <https://www.fondazioneNazionaleCommercialisti.it/search/node/documenti+aristei>. Cfr. BARIONA G, Mario, La telemática aplicada a las asambleas de accionistas en Venezuela, Revista de Derecho Mercantil, núm. 4, 2020, pp. P5 a 97, [http://www.ulpiano.org/ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/4/RVDM\\_2020\\_4\\_91-104.pdf](http://www.ulpiano.org/ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/4/RVDM_2020_4_91-104.pdf)

<sup>22</sup> Cfr. Fondazione Nazionale di Ricerca dei Commercialisti, Op. Cit. p. 4.

<sup>23</sup> Cfr. BARIONA G, Mario, Op. Cit. 97.

virtual<sup>24</sup>; sin embargo no era una doctrina unánime y las decisiones de los tribunales fueron más exigentes cuando se trataba de sesiones de asambleas.

En 1995 un tribunal de Milán validó las cláusulas estatutarias relativas a las juntas por medios electrónicos, a condición de que todos los participantes fueran identificados y pudieran intervenir en tiempo real en las discusiones; en 1996 por decreto n° 2985, de 15 de marzo, otro tribunal de Milán aprobó una cláusula estatutaria que autorizaba la celebración de sesiones del consejo por teleconferencia, videoconferencia o tecnología similar siempre que los participantes fueran identificados, pudieran seguir e intervenir en tiempo real en la deliberación, debiendo considerar que la sesión del consejo ha tenido lugar en donde se ubica el presidente, lugar en donde también debía estar el secretario; en el mismo sentido en 1997, un Tribunal de Roma, por decreto de 24 de febrero, declaró la legitimidad de una cláusula estatutaria de una sociedad de responsabilidad limitada que autorizaba sesiones del consejo de administración por tele/videoconferencia a condición de que todos los participantes fueran identificables y se les garantizara intervenir en tiempo real en el debate; y, entre otros, el decreto n° 3792 de 13 de julio de 1999 del Tribunal de Bolonia que aprobó los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada que preveía la celebración de asamblea de accionistas por videoconferencia. Por último, el decreto del 19 de mayo de 2000, homologó los estatutos de otra sociedad de responsabilidad limitada que consideraba la posibilidad de convocar a la asamblea de accionistas por correo electrónico y su celebración por videoconferencia. Por último, el Tribunal de Bologna, por decreto n. 3793 del 13 de julio de 1999 homologó los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada que establecía la celebración de sesiones de asambleas de accionistas por videoconferencia. La cláusula ya homologada previene:

*La asamblea ordinaria puede reunirse mediante videoconferencia que se establecerá entre la sede social y las diversas filiales de la sociedad según lo precisado en la convocatoria. La condición esencial para la validez de la asamblea en video conferencia entre la sede social y las filiales es que todos los participantes puedan ser identificados y sea permitido a ellos seguir el debate, intervenir en tiempo real en la discusión de los puntos y de participar en la votación.*

---

<sup>24</sup> TONALINI, Paolo, *Assemblee in videoconferenza* | Notaio Paolo Tonalini, <https://www.tonalini.it/impresa/impresa/videocon.html>

En Inglaterra, los tribunales ingleses también fueron receptivos para admitir las sesiones de asamblea por MEOS, pero especialmente con medios audiovisuales como ocurrió al decretar la validez del acuerdo de fusión adoptado en una asamblea general extraordinaria de accionistas que además presentaba algunas irregularidades también de dudosa legalidad como la utilización de una sala adicional con enlaces audiovisuales (que no funcionaron), para dar cabida a todos los asistentes (800 participantes); que el registro falló y muchas personas con derecho a participar no tuvieron acceso a la reunión; que el Presidente suspendiera la sesión por esas fallas y que la reiniciara pero en otro lugar y en otra hora sin que todos los que habían asistido a la primera cita hubiera podido asistir a la segunda<sup>25</sup>. El tribunal sostuvo que el presidente tiene el poder, conforme el derecho consuetudinario de aplazar la reunión cuando resulte poco práctico continuarla, a pesar de que los estatutos señalen que la suspensión solo sea posible con el consentimiento de los asistentes, y siempre que sea razonable, de buena fe con el fin de facilitar la reunión y no interrumpir la votación de una resolución que el presidente no apoya.

En este caso tan interesante, a pesar de haberse aplazado la sesión, de continuarla en otro lugar y fecha y la imposibilidad de acudir a la nueva cita algunos socios, el tribunal consideró válida la sesión y sostuvo que no era necesario que todos los presentes en la reunión estuvieran en la misma sala, que era válida la utilización de enlaces audiovisuales para aquellos que no se encuentre en el recinto principal<sup>26</sup>.

Más allá de la invalidez o legalidad de estas sesiones por MEOS previas a su reconocimiento legal, podemos observar que comienzan a delinearse ciertos elementos o requisitos para admitir sesiones de asambleas por MEOS, entre otros, el acceso igualitario a los socios, la identificación de los participantes y la participación síncrona en la sesión, funcionalmente equivalente a la reunión presencial, es decir con el uso de video. En Colombia, la Ley 222 de 1995 (art. 19) alude a reuniones no presenciales en las que todos los socios o miembros pueden participar de manera simultánea o sucesiva, pero se debe asegurar la autenticidad y la conexión bilateral o plurilateral en tiempo real con imagen y sonido

---

<sup>25</sup> *Company Law Reform*, p. 32, disponible en: <http://www.berr.gov.uk/files/file13958.pdf> (fecha de consulta: 26 de febrero de 2009).

<sup>26</sup> Cfr. notas al caso *Byng v London Life Association Ltd.*, de 21 de diciembre de 1988, Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com>, [https://www.oxbridgenotes.co.uk/law\\_cases/byng-v-london-life-association](https://www.oxbridgenotes.co.uk/law_cases/byng-v-london-life-association)

de los asistentes en remoto además la reunión se entiende celebrada en el domicilio social.

¿Entonces qué pasa con las reformas estatutarias antes de la reforma a la ley? En el año 2000, un tribunal italiano negó la homologación de la cláusula estatutaria que establecía la posibilidad de la asamblea ordinaria para reunirse en videoconferencia *por cuanto que el legislador regula expresamente, a diferencia de las reuniones del CA, todo el 'iter' procedimental para la formación de las deliberaciones asamblearias.* y claro una exigencia era la presencia personal.

En México, durante la pandemia del 2020 algunas sociedades cotizadas reformaron sus estatutos para permitir juntas y asambleas virtuales, según la información presentada y los hechos relevantes divulgados, especialmente para establecer que tanto las juntas del consejo de administración como las del comité de auditoría puedan llevarse a cabo por vía telefónica o por videoconferencias, además de presencialmente<sup>27</sup>, no obstante, las reformas a la LGSM ocurrieron tres años después.

Antes de la reforma la LGSM en su texto original exigía que las asambleas de socios se celebraran de manera presencial, que los socios estuvieran presentes físicamente en la sesión de asamblea; más tarde, en 2016 cuando se reconoció a la SAS se autorizó a los socios de esta sociedad celebrar asambleas presenciales y por medios electrónicos (art. 266 LGSM), cuestión que fue novedosa por cuanto que el CCo no reconoce la equivalencia funcional de las reuniones virtuales o por videoconferencia con las reuniones presenciales, ni la presencia virtual con la física, pero esto desde luego no autoriza a supone una aplicación analógica ni general de dicho precepto a los demás tipos sociales.

Durante la pandemia del Covid-19 en México se discutió sobre la posibilidad de llevar a cabo AGA y juntas de CA por medios electrónicos, derivado de lo cual hubo dos posiciones: la que sostuvo que sí era posible hacerlo por aplicación supletoria del art. 1805 del CCF a la LGSM, y la que consideró que no era posible

---

<sup>27</sup> Cfr. Grupo Lamosa, S.A.B. DE C.V: acuerdos de asamblea extraordinaria del 10 de marzo 2021, como hecho relevante a la BMV [https://www.bmv.com.mx/docs-pub/acueextr/acueextr\\_1080888\\_1.pdf](https://www.bmv.com.mx/docs-pub/acueextr/acueextr_1080888_1.pdf); Promotora Ambiental, S.A.B. DE C.V, Acuerdos de Asamblea Ordinaria 11 setiembre 2020, 14 de septiembre, [https://www.bmv.com.mx/docs-pub/acueordi/acueordi\\_1038880\\_1.pdf](https://www.bmv.com.mx/docs-pub/acueordi/acueordi_1038880_1.pdf) y Grupo Carso, SAB de CV, en la información financiera trimestral en la que ya anunciaba la reforma cfr. <https://www.carso.com.mx/wp-content/uploads/2020/04/Estados-Financieros-2020-Trimestre-1.pdf>.

por la falta de equivalencia funcional entre la presencia virtual con la física y la inaplicabilidad supletoria del artículo 1805 del CCF que considera una oferta telefónica como si se hiciera presencialmente. Aunque algunos tomaron sus posiciones en la práctica, hubo una solución mesurada y correcta, la de aceptar realizar reuniones de socios fuera de asamblea por medios electrónicos, con todos los socios y adoptar acuerdos unánimes par ser ratificados por escrito. Los argumentos que sustentan la posición que niega la aplicación supletoria del citado artículo 1805 y que suscribimos son los siguientes:

1.- El Código de Comercio no reconoce la equivalencia funcional de la presencia virtual con la presencia física, y si bien una videollamada permitía a los socios coincidir en tiempo real en un espacio virtual, para dialogar, participar y emitir sus votos positivos o negativos, y en su caso adoptar acuerdos válidos, la LGSM expresamente exige que las sesiones de AGA y de CA sea lleven a cabo entre socios y miembros presentes.

2.- El código de comercio no hace la equivalencia funcional entre la comunicación telefónica y la presencial; cuando se publica el código de comercio vigente (15 de septiembre de 1889), los medios de comunicación generalizados para la comunicación a distancia entre la población eran el correo postal y el telégrafo; y omitió cualquier referencia a las comunicaciones telefónicas, a pesar de que para 1888 el uso del teléfono en la Ciudad de México había aumentado considerablemente con relación a la fecha en la que había llegado al país, 1878, al grado de que se consideró necesario publicar el primer directorio telefónico, con 800 suscriptores de la *Compañía Telefónica Mexicana*<sup>28</sup>. de ahí que el artículo 80 original del CCo de 1889 omitió la referencia al teléfono como medio para celebrar contratos mercantiles entre no presentes y se limitó a la correspondencia y al telegrama.

3.- El CCF promulgado casi cuarenta años después, reconoce expresamente las ofertas hechas por teléfono, lo que se explica porque para 1928 era ya un medio adicional de comunicación generalizado entre las personas situadas en distintos

---

<sup>28</sup> MORALES BLANCO, Leonardo, *La telefonía en México 1878-1930*, Ponencia presentada para la Universidad Autónoma de Querétaro en 1999, abril de 2007, <https://telmendez.com/?p=16#:~:text=La%20c%C3%A9lebre%20primera%20comunicaci%C3%B3n%20telef%C3%B3nica,a%20Alfred%20Westrup%20y%20Co,> Cfr. Secretaría de la Presidencia, *México a través de los informes presidenciales*, Tomo 8, *Las comunicaciones*, S.C.T., México 1976, p, 476 y ARCHUNDIA Lorena y Otros, *Historia de la telefonía en México 1878 – 1991*, edición Scripta. Distribución y servicios Editoriales, S.A. de C.V.; 1991, p. 43 y 4.

lugares, razón por la cual, *la comisión redactora del Código Civil decidió equiparar la contratación mediante el uso del teléfono a la contratación entre presentes dado que el consentimiento y aceptación podía ser expresado de forma inmediata*; bajo este tenor es que el art. 1805 del CCF no es aplicable supletoriamente al CCo. Incluso así ha sido sostenido por los tribunales federales, como en los casos de La extinta Tercera Sala, al resolver la Amparo directo 5214/73, sostuvo la inaplicabilidad del citado precepto y que en materia mercantil se trataba de un acto a distancia.

4.- A mayor abundamiento, en 29 de mayo del 2000 fueron reformados tanto el CCo como el CCF, en sus artículos 80 y 1805, respectivamente, para reconocer los contratos celebrados por medios electrónicos, ópticos y cualquier otra tecnología, pero mientras que el CCF equiparó a la oferta por teléfono y por MEOS a la oferta entre presentes, el CCo consideró como actos entre no presentes los que *celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos ópticos o de cualquier otra tecnología* (a.80); de donde resulta que si el legislador mercantil hubiera querido dar un trato diferente al teléfono con relación al correo electrónico, al fax, al intercambio electrónico de datos, al facsímil y a los otros medios electrónicos, ópticos o similares, así lo habría hecho en el art. 80 y al no hacerlo, sino al incluir de manera general a los medios electrónicos, ópticos y cualquier otra tecnología (junto con el correo postal y el telégrafo) como medios por los cuales se forman actos y contratos a distancia, incluye también al teléfono ya sea por los medios eléctricos, electromagnéticos o electrónicos (entre otros), que son los que utilizan los teléfonos para las videollamadas y videoconferencias y, por tanto el teléfono no está comprendido dentro de dichos medios y no es posible aplicar supletoriamente lo dispuesto por el art. 1805 del Código Civil porque contravendría el sistema de normas previstas por el CCo para el comercio electrónico, conforme el cual, los actos celebrados por estos medios son actos entre personas no presentes<sup>29</sup>.

5.- Ni la LGSM ni la LMV autorizaban sesiones por esos MEOS, salvo la primera para la SAS.

---

<sup>29</sup> Cfr. ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *El perfeccionamiento del consentimiento en la contratación electrónica*, Revista de la Facultad de Derecho de México 58 (249), enero 2007, Biblioteca jurídica virtual, instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), quien sostiene que, si el medio electrónico utilizado no permite una comunicación en tiempo real, estamos frente a un contrato entre ausentes, como el correo electrónico.

6.- La LGSM se refería expresamente a la presencia de los socios en las asambleas y la presencia de los consejeros en las sesiones de consejo y por tanto no se reconocía la equivalencia funcional, máxime que el CCo no admitió dicha equivalencia ni por pacto, como sí lo hace respecto del lugar de expedición de mensajes de datos que admite pacto en contrario a considerar el domicilio del emisor.

7.- El Acuerdo de *Facilidades administrativas, con carácter temporal, a las que pueden acogerse las emisoras con valores inscritos en el Registro Nacional de Valores sujetas a las Supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, ante la contingencia del SARS-CoV2 (COVID-19),* fechado como *abril del 2020,* confirma implícitamente la falta de autorización para llevar a cabo asambleas por MEOS cuando la ley no lo autoriza pues previene que:

*Las Emisoras de valores sujetas a supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores han adoptado múltiples mecanismos para asegurar la continuidad de sus operaciones, pero bajo las limitaciones y restricciones de operación por la contingencia que, dada su naturaleza, ubicación geográfica, estructuras humanas y materiales, así como los servicios de que se trate, deban ser impuestas. Dichas limitaciones podrían incluir la imposibilidad para realizar los actos corporativos que impliquen la reunión de los miembros de los órganos de gobierno de las Emisoras, lo que haría imposible la celebración de asambleas generales de accionistas o de tenedores, en los términos de la legislación aplicable, toda vez que esta Comisión Nacional Bancaria y de Valores considera que la celebración de dichos actos corporativos por medios virtuales o remotos generaría el riesgo de que, eventualmente, pudiera ser atacada la validez de los mismos.*

De ahí que en nuestra consideración las sociedades que reformaron sus estatutos para llevar a cabo sesiones de asambleas y/o de consejo de administración llevaron a cabo una reforma ilegal porque incorporaron una cláusula anómala, contraria a lo dispuesto por la LGSM y deben corregirla con los remedios legales correspondientes ya que de no hacerlo podrán estar sujetos a acciones de nulidad de las asambleas y acuerdos que lleguen a celebrarse por MEOS, salvo que el cien por ciento esté de acuerdo en sesionar fuera del domicilio social.

## IV ] Reconocimiento legal en México de las sesiones de asambleas generales por MEOS

Con la reforma a la LGSM, se reconoce el derecho de los socios y accionistas de cualquier tipo social, para incluir en los estatutos sociales cláusulas que autoricen la celebración de sesiones de ASG o de socios y de CA exclusivamente presenciales, presencial y por MEOS o exclusivamente por MEOS, incluso sesiones de asambleas fuera del domicilio social.

El 20 de octubre del 2023 se publica en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversos artículos de la LGSM, en particular para las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada, y a nivel general se adiciona el artículo 6° de la LGSM, que establece los requisitos que deberá contener la escritura constituya o póliza de constitución de sociedad mercantil, con la fracción XIV que señala:

*XIV.- Las reglas para la celebración de las Asambleas de Socios y de los órganos de administración, siendo que los estatutos podrán contemplar que unas y otras podrán celebrarse de forma presencial o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, que permitan la participación de la totalidad o una parte de los asistentes por dichos medios en la asamblea o junta de que se trate, siempre y cuando la participación sea simultánea y se permita la interacción en las deliberaciones de una forma funcionalmente equivalente a la reunión presencial. En todo caso, sean presenciales o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en todas las Asambleas de Socios y de los órganos de administración se deberá contar con mecanismos o medidas que permitan el acceso, la acreditación de la identidad de los asistentes, así como, en su caso, del sentido de su voto, y se genere la evidencia correspondiente.*

Conforme lo anterior, se puede precisar que la celebración de sesiones de asambleas y de consejo de administración por MEOS no constituye un derecho mínimo fundamental de los socios, ni una cláusula natural de los estatutos; la LGSM no concede ese derecho por el mero hecho de constituir una sociedad mercantil; y tampoco la impone como obligatoria; deja a la libre voluntad de los socios incorporarlas o no en los estatutos.

Por tanto, para celebrar dichas asambleas se requiere:

1.- Que los estatutos fundacionales o reformados lo autoricen. En el caso de una reforma, el quórum para aprobarla es para la sociedad de responsabilidad limitada, con las tres cuartas

partes del capital social, mientras que para la sociedad anónima es por mayoría anómala, o sea el 50% de la totalidad de las acciones representativas del capital social porque no se impone quórum calificado o reforzado, salvo que los estatutos lo hagan. En España la modificación estatutaria para incluir las asambleas exclusivamente telemáticas en sociedades anónimas es de al menos dos tercios del capital presente o representado en la reunión y en Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación, autoriza las asambleas virtuales si todos los socios lo consienten, utilizando medios que les permitan comunicarse simultáneamente entre ellos.

2.- Que en las asambleas de accionistas se pueda dar la participación de todos los asistentes.

3.- Que la participación sea simultánea, síncrona (75, 78, 79, 80, 82, 143 y 178 LGSM).

4.- Que se permita la interacción de los accionistas de forma funcionalmente equivalente a la reunión presencial, es decir que sea bidireccional, de una forma *funcionalmente equivalente a la reunión presencial*, dado que el legislador pretende que la asamblea se desarrolle de la manera más semejante posible a una reunión física; y

5.- Que haya mecanismos o medidas que permitan el acceso, la acreditación de la identidad de los asistentes, el sentido de su voto y se genere la evidencia correspondiente, y 6. Que la asamblea se celebre en el domicilio social, de forma tal que la asamblea electrónica no se tendrá como celebrada fuera del domicilio social. A propósito, la reforma amplía la posibilidad para celebrar asambleas fuera del domicilio social, ya no solo por caso fortuito o fuerza mayor, sino en todos los casos en los que se cuente con la aprobación de todos los accionistas y siempre que haya la posibilidad de utilizar medios telemáticos para los socios que no asistan a la sesión y que se señale en el acta de asamblea respectiva, el domicilio en el cual se llevó a cabo la asamblea.

¿Cuál es la diferencia entre una sesión de asamblea electrónica y una sesión de asamblea fuera del domicilio? Se puede precisar señalando que la primera es una sesión por MEOS autorizada expresa y previamente por los estatutos sociales, convocada sin necesidad del acuerdo de los socios y celebrada en el domicilio social; mientras que la segunda es una sesión presencial de asamblea celebrada fuera del domicilio social con el consentimiento previo y unánime de todos los socios en la que existen MEOS para que puedan asistir virtualmente los socios que no pueden hacerlo de manera presencial. Esta es autorizada de tiempo en tiempo por la totalidad de los socios sin que los

estatutos lo autoricen ya que se trata de una asamblea presencial celebrada fuera del domicilio social. No es una asamblea electrónica, sino presencial que puede ser absolutamente presencial o híbrida fuera del domicilio, es decir, con todos los socios presentes físicamente o con algunos de los socios presentes físicamente y otros virtualmente.

## V ] Reglas y mecanismos para asambleas virtuales

Desde la introducción en México de la SAS, el art. 266 de la LGSM autorizó a los accionistas de la SAS a celebrar asambleas por MEOS, sin más requisitos que establecer un sistema de información como lo previene el art. 89 del Código de Comercio, o sea un MEOS, un sistema que permita generar, enviar, recibir, archivar o procesar mensajes de datos de datos. Con el decreto de reformas y adiciones a la LGSM se generaliza la autorización de sesiones virtuales de asambleas y se incorporan requisitos adicionales a los de la SAS, como los *mecanismos o medidas que permitan el acceso, la acreditación de la identidad de los asistentes, así como, en su caso, del sentido de su voto, y se genere la evidencia correspondiente.*

¿Cuáles son los mecanismos y las medidas con las que se deberá contar en cualquier sesión de asamblea o de consejo de administración y de gerentes? Y ¿qué son los mecanismos?

La Exposición de Motivos de la reforma no precisa cuáles son los mecanismos o medidas, pero proporciona algunos ejemplos como la grabación de la sesión en audio y video, el uso de firmas electrónicas u otros similares y advierte que no se trata de requisitos o cargas innecesarias a las sociedades, sino dejar a la autonomía de la voluntad de la sociedad.

*Siempre que se respeten los mismos principios aplicables a las asambleas celebradas presencialmente (requisitos de convocatoria, quóruns, derecho de asistencia, derecho a deliberar, formalidades, etcétera), y los medios telemáticos permitan las mismas condiciones a todos los participantes de participar simultáneamente de forma interactiva como sucedería en el desarrollo de una asamblea o junta presencial, así como contar con certeza de la participación e identidad de los participantes, así como del sentido en que expresen su voto.*

Lo anterior ha de ser considerado a la luz de la fracción XIV del art. 6° de la LGSM adicionado, es decir que cualquier que sean los mecanismos o medidas que se utilicen en cada sesión, deberán

permitir el acceso, la acreditación de la identidad de los asistentes, el sentido de su voto, y generar la evidencia correspondiente. La palabra *mecanismos* hace referencia al medio tecnológico, telemático, de comunicación o plataforma virtual o digital, que la sociedad utilizará para preparar y realizar la sesión y dejar la evidencia correspondiente, como Zoom, Meet Google, Cisco Webex, Skype.

La Ley Modelo de Comercio Electrónico aunque no se refiere a la equivalencia funcional de la presencia física con la virtual, cuando se refiere a la equivalencia funcional del mensaje de datos con el papel, señala que la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos y que la adopción de este criterio del equivalente funcional no debe dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico (con el consiguiente costo) que las aplicables a la documentación consignada sobre papel Introducción<sup>30</sup>.

En el mismo sentido de libertad, la Directiva 2007/36/CE impone a los Estados miembros permitir a las sociedades ofrecer a sus accionistas *cualquier forma de participación por medios electrónicos*, en la asamblea general y en la emisión del voto (art. 8.1), así como para que *nombren representante por vía electrónica* (art. 11.1) sin más restricciones que *las necesarias para la verificación de la identidad y la seguridad de las comunicaciones electrónicas* [Considerando (9)1]; que *En todo caso, las medidas o mecanismos y procedimientos establecidos deberán garantizar la identidad del accionista y la seguridad de las comunicaciones electrónicas, de modo que resulte proporcionado y debiéndose respetar el principio de igualdad de los accionistas* (art. 4) y respecto del voto (*considerando (9) de la Directiva 2007/36/CE* que:

*Las sociedades no deben encontrar obstáculos jurídicos a la hora de ofrecer a sus accionistas cualquier forma de participación por medios electrónicos en la junta general. El ejercicio del voto sin asistencia personal a la junta general, ya sea por correo o por medios electrónicos, no debe estar sujeto a restricciones, con excepción de las necesarias para la verificación de la identidad y la seguridad de las comunicaciones electrónicas. No obstante,*

---

<sup>30</sup> Así, CNUDMI, Le Modelo de Comercio Electrónico, Óp. Cit., p. 20.

*esto no debe impedir a los Estados miembros adoptar normas destinadas a garantizar que los resultados de la votación reflejan las intenciones de los accionistas en todas las circunstancias, incluidas normas destinadas a tratar situaciones en las que se produzcan o se revelen circunstancias nuevas después de que un accionista haya emitido su voto por correo o por medios electrónicos.*

Por tanto hay amplia autonomía de la voluntad a la hora de decidir sobre los mecanismos o medidas que deben adoptarse para las sesiones, las cuales deberán prever herramientas digitales, gestores que permiten crear, organizar y publicar documentos en la sesión, aplicaciones Web, que de un modo similar a un portal, operan tanto en Internet como en una intranet, como las plataformas de Google Meet, Teams o Zoom, entre otras<sup>31</sup>, herramientas de videoconferencia que permitan reunir al número completo de socios de manera simultánea, compartir el link., contar con un espacio de trabajo compartido de colaboración y comunicación: chat, sala de reuniones, llamadas, videoconferencias, calendario y la posibilidad de compartir documentos, imágenes, videos, y formularios en línea, enviar y recibir mensajes (votos) incluso con WeTransfer, Google Drive, correo electrónico, chat, MailChimp, Google Calendar o Outlook Calendar, comunicaciones electrónicas y Mensaje SMS certificados; y, por supuesto generar la prueba, la evidencia de la asistencia, de la sesión, del ejercicio y sentido del voto, su tenencia y custodia debidas

Por último, aunque quedan en el tintero varias cuestiones sobre los mecanismos, me parece importante por lo menos referirme brevemente a la Identidad de los asistentes y participantes a la sesión, ya que se trata de punto fundamental para la validez y obligatoriedad de los acuerdos que en su caso se adopten y que es constante la preocupación en los diferentes países. En el estado de Delaware de los Estados Unidos, se exige que la sociedad implemente medidas razonables para verificar que cada persona considerada como presente con permiso para votar en la asamblea por medios de comunicación remota, sea un accionista o representante. En Chile se debe garantizar la implementación de estas medidas para acreditar su identidad y en su caso el poder, y dejar constancia en los registros de asistencias de las juntas o asambleas respectivas. En España la Ley de

---

<sup>31</sup> Cfr. BOJÓRQUEZ Camila, *10 herramientas digitales más importantes del 2020*, <https://www.ingeus.es/10-herramientas-digitales-mas-importantes-del-2020/>

Sociedades de Capital (art.182) exige que los estatutos garanticen debidamente la identidad y legitimación de los socios y de sus representantes<sup>32</sup>; el Código de Comercio Frances (art. 225.103.1) precisa que deben permitir la identificación de los accionistas, aunque por la importancia de las asambleas extraordinarias, concede a los socios que representen el 5 % del capital social el derecho de oponerse a la celebración de sesiones de estas asambleas exclusivamente electrónicas. Colombia señala que para garantizar la certeza en las sociedades cotizadas es obligatorio la presencia de un delegado de la Superintendencia de Sociedades y que en las demás sociedades basta con pruebas tales como fax, donde aparezca la hora, emisor, mensaje, o grabación magnetofónica donde queden los mismos registros, como puede verse son variadas las formas de garantizar la identidad y la constancia de la sesión

Se trata de Implementar mecanismos, procesos y sistemas que permitan dotar de seguridad, confidencialidad y fiabilidad de la sesión, así como transparencia, igualdad, equidad y acceso a la información a los socios; considerar sus derechos de asistencia, de deliberación (en sentido de discusión o argumentación), de voto, de información, la identidad de quienes asisten, la certeza del quorum, la validez, integridad y confiabilidad de la información generada durante la asamblea, recogerla, trasladarla y custodiarla debidamente; en suma, asegurar el ejercicio de los derechos mínimos fundamentales de los socios. Por ello, entre otras reformas, la LGSM prevé que las convocatorias a sesiones de asamblea de la sociedad de responsabilidad limitada sean también por el Sistema Electrónico de Publicación de Sociedades a cargo de la Secretaría de Economía (PSM) que es la plataforma electrónica por la cual se realizan un cúmulo de avisos de actos societarios, entre ellos las convocatorias de asambleas generales de accionistas.

---

<sup>32</sup> Para las asambleas virtuales en España Cfr. GARCÍA MANDALÓNIZ, T. Rodríguez de las Heras, M. *La inquebrantabilidad del principio de unicidad en la junta general electrónica*, *Revista de Contratación Electrónica*, número 57 (febrero de 2005), Universidad Carlos III, Madrid, VLEX-IG427, DUQUE, J. F., *El lugar de celebración de las juntas generales de la S.A. (Sentencia del Tribunal Supremo de 13-X-1961)*, *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XXXVI, nº 60., octubre-diciembre 1963, IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *El ejercicio telemático de los derechos del accionista en las sociedades cotizadas españolas*, *Revista de Derecho mercantil*, julio-septiembre 2004, nº 95, año XXIII, pp. 1015-1098; ILLESCAS ORTIZ, Rafael, *Derecho de la Contratación electrónica*, Civitas, Madrid, 2001.

## VI ] Conclusiones

La asamblea de accionistas es el medio por excelencia por el que socios y los accionistas pueden ejercer los derechos que le confiere tal calidad, particularmente los de información, rendición de cuentas, de asistencia, deliberación y voto y en general cumplir las funciones de decisión y de control o supervisión de la asamblea general, así como sus propios derechos en relación con la sociedad; por ello, la reforma era necesaria y útil, aunque seguirán prevaleciendo las asambleas de papel, pero no hay duda que los MEOS facilitarán el acceso a la asamblea y el ejercicio de los derechos de los socios sin necesidad de hacer erogaciones económicas que muchas veces prefieren no hacer ante la poca o nula influencia que tienen en la toma de decisiones.

La posibilidad de celebrar asambleas y juntas de CA virtuales, no solo flexibiliza el derecho societario, sino democratiza la toma de decisiones porque permite realmente la participación de todos los socios. Aunque ello no asegurará la eficacia de los derechos de los socios, pues se tiene que reconocer, como se sostuvo en el informe MARINI (1996), sobre modernización del derecho societario francés, que *plantear el aligeramiento de formalidades para el funcionamiento del consejo de administración como panacea no será más que una respuesta ilusoria a las necesidades formales de la sociedad por acciones; pues la ley per se no volverá eficaz la gestión de los administradores. Aconseja flexibilizar ciertas formalidades, particularmente la exigencia de que toda decisión sea adoptada en una reunión efectiva, para facilitar la organización de las reuniones y permitir el mayor número de participantes.*

Uno de los problemas más preocupantes para las sesiones por MEOS es, la misma planteada en el derecho italiano, determinar los mecanismos para la identificación del asistente a las asambleas, porque se puede incurrir en el error de no admitir a alguien que está legitimado para asistir o admitir a una persona que carece de ese derecho; en el primer caso, como se refiere, se trata de la exclusión ilegal de una persona legitimada para participar que puede llevar a la nulidad de la resolución y en el segundo, a la nulidad de la resolución previo test de resistencia, sólo en el caso de que fuera decisiva para la constitución de la asamblea o la votación.

También se corre el riesgo de que quien esté presente en la videoconferencia o quien ejercite el voto no sea el legitimado para hacerlo, o tenga conflicto de interés o no deba tener acceso a información privilegiada o eventos relevantes; o en fin que algún socio no pueda conectarse en la sesión o pierda señal a la hora de

la votación; o que se grabe la imagen, la voz y los documentos de los socios o terceros sin su consentimiento con violación a la privacidad.

Entonces dentro de los mecanismos que habrán de considerarse para mitigar estos peligros habrá que considerar, según la importancia de la sesión y de la sociedad, los sistemas de identificación como los correos electrónicos, chats, WhatsApp, firmas electrónicas, incluso firma electrónica avanzada, remisión de documentos de identidad; atribución de distintivos o credencial de identificación, ticket o boleto de admisión electrónicos, URL o liga para conexión a la videoconferencia. Es decir, se deben tomar medidas razonables para verificar y asegurar que cada persona que asista y vote sea accionista o apoderado de accionista.

Por último, la elección de los MEOS debe ser neutral, y considerar la posibilidad de admitir cualquier intervención que se produzca con la conexión en tiempo real de varios lugares a distancia, mediante la utilización de sistemas de transmisión de datos (vídeo, audio, escrito), que permita a los accionistas participar en la asamblea y votar<sup>33</sup>, así que podría cuestionarse la validez de las sesiones en salas o salones contiguos o con ligas o acceso distintos porque ello elimina la sincronía, la simultaneidad y vulnera la igualdad de trato<sup>34</sup> si bien algunos autores sostienen su validez siempre que no exista una discriminación no justificada de los que se sientan en cada sala, que exista la posibilidad de ordenada deliberación y que queden garantizadas la identidad y condición de los votantes en las salas suplementarias<sup>35</sup>.

Aunque no se puede descartar de plano a la llamada telefónica sin video, o incluso al WhatsApp per se como MEOS para sesiones de asambleas en derecho comparado; toda vez que las sesiones presenciales se realizan con ojos abiertos y oídos atentos<sup>36</sup>, salvo casos excepcionales, las sesiones de asamblea en

---

<sup>33</sup> Cfr. MAGLIULO, Federico Le nuove tecnologie informatiche e il rispetto del metodo collegiale, in *Notariato*, 4/2019, p. 383 citado por Federico Raffaele, *Le assemblee virtuali nelle società quotate: istruzioni (al legislatore e non solo) per l'uso*, *Rivista di Diritto Bancario, dottrina e giurisprudenza commentata*, Gennario-Marzo 2023, p. 135.

<sup>34</sup> Así, ASSONIME, *Prospettive e problemi della riunione assembleare con mezzi di telecomunicazione*, La riunione assembleare con mezzi di telecomunicazione. Questioni e prospettive, febbraio 2022, P. 16.

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., VICENT CHULIÁ, F., *Internet y Derecho de sociedades. Una primera aproximación*, en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 237, Julio-Septiembre, 2000, pp. 915-100, p. 961,

<sup>36</sup> PEASE, ALLAN y PEASE, BARBARA. *El lenguaje del cuerpo, cómo interpretar a los demás a través de sus gestos*, trad. de I. Murillo, Amat, Barcelona, 2006, p. 27.

México deben realizarse con las medidas adecuadas para garantizar su eficacia, según la clase y el tipo social, el asunto a tratar, el tamaño de la empresa de la sociedad y asegurar que la sesión se lleve funcionalmente como si estuvieran los socios presentes; por lo que seguramente una de las medidas fundamentales es que la sesión incluya video y cámaras que muestren el rostro del socio y sus expresiones, porque aunque los socios tienen libertad para elegir el MEOS, la sesión de asamblea siempre debe contar con mecanismos que aseguren la identidad del socio o de su representante, su acceso, participación y en su caso su voto, y, por supuesto dejar evidencia de la sesión, de la participación y del voto.

## Bibliografía

AMONI REVERON, Gustavo Adolfo, *El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de intermediación procesal* Revista IUS, Vol. 7, no. 13, Puebla, enero/junio 2013, [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472013000100005](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472013000100005).

ARCHUNDIA Lorena y Otros, *Historia de la telefonía en México 1878 – 1991*, edición Scripta. Distribución y servicios Editoriales, S.A. de C.V., 1991.

ASSONIME, *Prospettive e problemi della riunione assembleare con mezzi di telecomunicazione*, La riunione assembleare con mezzi di telecomunicazione. Questioni e prospettive, febbraio 2022. [https://www.assonime.it/\\_layouts/15/Assonime.CustomAction/GetPdfToUrl.aspx?PathPdf=https://www.assonime.it/attivita-editoriale/studi/Documents/note%20e%20studi%202-2022.pdf](https://www.assonime.it/_layouts/15/Assonime.CustomAction/GetPdfToUrl.aspx?PathPdf=https://www.assonime.it/attivita-editoriale/studi/Documents/note%20e%20studi%202-2022.pdf)

BARIONA G, Mario, La telemática aplicada a las asambleas de accionistas en Venezuela, Revista de Derecho Mercantil, núm. 4, 2020, [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/4/RVDM\\_20\\_20\\_4\\_91-104.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/4/RVDM_20_20_4_91-104.pdf)

BOJÓRQUEZ Camila, *10 herramientas digitales más importantes del 2020*, <https://www.ingeus.es/10-herramientas-digitales-mas-importantes-del-2020/> CNUDMI, Ley Modelo de Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación en el derecho interno, 1996, con el nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998, Nueva York, 1999, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453\\_s\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453_s_ebook.pdf)

DUQUE, J. F., *El lugar de celebración de las juntas generales de la S.A. (Sentencia del Tribunal Supremo de 13-X-1961)*, Revista de Derecho Mercantil, vol. XXXVI, nº 60, octubre-diciembre 1963.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., VICENT CHULIÁ, F., *Internet y Derecho de sociedades. Una primera aproximación*, en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 237, Julio-Septiembre, 2000, pp. 915-100.

FONDAZIONE NAZIONALE DI RICERCA DEI COMMERCIALISTI, *Assemblee in videoconferenza*, *Documenti Ariesteia* Documenti n. 9, nov. 2001,

<https://www.fondazioneNazionaleCommercialisti.it/search/node/documenti+aristei>.

GARCÍA MANDALÓNIZ, T. Rodríguez de las Heras, M. *La inquebrantabilidad del principio de unicidad en la junta general electrónica*, *Revista de Contratación Electrónica*, número 57 (febrero de 2005), Universidad Carlos III, Madrid, VLEX-IG427

GARDERES, SANTIAGO. *El principio de intermediación y las nuevas tecnologías aplicadas al proceso, con especial referencia a la videoconferencia*, XVII Jornadas Iberoamericanas. XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002

H. LEON TOVAR, Soyla, *Asambleas general de socios y accionistas de sociedades mercantiles y civiles*, Tirant Lo Blanch, México 2022.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., *El ejercicio telemático de los derechos del accionista en las sociedades cotizadas españolas*, *Revista de Derecho mercantil*, julio- septiembre 2004, n° 95, año XXIII

ILLESCAS ORTIZ, Rafael, *Derecho de la Contratación electrónica.*, Civitas, Madrid, 2001.

MAGLIULO, Federico, *Le nuove tecnologie informatiche e il rispetto del metodo collegiale*, en Federico Raffaele, *Le assemblee virtuali nelle società quotate: istruzioni (al legislatore e non solo) per l'uso*, *Rivista di Diritto Bancario, dottrina e giurisprudenza commentata*, Gennario.Marzo 2023, p. 135

MENÉNDEZ Rafael y BARZANA Asensio, *Informática Aplicada a la Gestión Pública*. Capítulo 9. *Intercambio electrónico de datos*, Facultad de Derecho Universidad de Murcia, 14 de setiembre, 2011, [https://www.um.es/docencia/barzana/IAGP/IAGP2-Intercambio-electronico-datos-](https://www.um.es/docencia/barzana/IAGP/IAGP2-Intercambio-electronico-datos-EDI.html#:~:text=En%201968%20las%20empresas%20de,de%20normas%20conocidas%20como%20EDI)

[EDI.html#:~:text=En%201968%20las%20empresas%20de,de%20normas%20conocidas%20como%20EDI](https://www.um.es/docencia/barzana/IAGP/IAGP2-Intercambio-electronico-datos-EDI.html#:~:text=En%201968%20las%20empresas%20de,de%20normas%20conocidas%20como%20EDI).

MORALES BLANCO, Leonardo, *La telefonía en México 1878-1930*, Ponencia presentada para la Universidad Autónoma de Querétaro en 1999, abril de 2007,

<https://telmendez.com/?p=16#:~:text=La%20c%C3%A9lebre%20primera%20comunicaci%C3%B3n%20telef%C3%B3nica,a%20Alfred%20Westrup%20y%20Co.>

PEASE, ALLAN y PEASE, BARBARA. *El lenguaje del cuerpo, cómo interpretar a los demás a través de sus gestos*, trad. de I. Murillo, Amat, Barcelona, 2006.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *El perfeccionamiento del consentimiento en la contratación electrónica*, *Revista de la Facultad de Derecho de*

México 58 (249), enero 2007, Biblioteca jurídica virtual, instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).

SPREY, J. A., *Videoconferencing as a Communication Tool*, en IEEE transactions on professional communication, vol. 40, núm. 1, marzo de 1997, pp. 42-44,

<http://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?arnumber=557518&isnumber=12162> (fecha de consulta: 4 de marzo de 2009).

SECRETARÍA DE LA PRESIDENCIA, *México a través de los informes presidenciales*, Tomo 8, *Las comunicaciones*, S.C.T., México 1976.

TONALINI, Paolo, *Assemblee in videoconferenza* | Notaio Paolo Tonalini, <https://www.tonalini.it/impresa/impresa/videocon.html>

Canada Business Corporations Act (R.S.C., 1985, c. C-44), Justice Law Website, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-44/>

[https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes\\_displayText.xhtml?lawCode=CORP&division=1.&title=1.&part=&chapter=6.&article=CompanyLawReform](https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CORP&division=1.&title=1.&part=&chapter=6.&article=CompanyLawReform), disponible en <http://www.berr.gov.uk/files/file13958.pdf>

Base de Datos Westlaw International, *Notas al caso Byng v London Life Association Ltd.*, de 21 de diciembre de 1988, <http://international.westlaw.com>,

[https://www.oxbridgenotes.co.uk/law\\_cases/byng-v-london-life-association](https://www.oxbridgenotes.co.uk/law_cases/byng-v-london-life-association)

Disposiciones regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica de emergencia sobre el uso de medios electrónicos en ciertos procedimientos tramitados ante la comisión federal de competencia económica publicadas en el diario oficial de la federación el 25 de junio de 2020 <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2021/10/Compendio-DREs-modificadas21-09-2021.pdf>

Facilidades administrativas, con carácter temporal, a las que pueden acogerse las emisoras con valores inscritos en el Registro Nacional de Valores sujetas a la Supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, ante la contingencia del SARS-CoV2, (COVID19), abril del 2020, [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/547118/ACUERDO\\_Ampliacion\\_Plazos\\_Emisoras.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/547118/ACUERDO_Ampliacion_Plazos_Emisoras.pdf)

Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, con la adición del art. 5o. bis en la forma aprobada en 1998, [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453\\_s\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-89453_s_ebook.pdf)

*Iniciativa que reforma diversas disposiciones de la ley general de sociedades mercantiles y del código civil federal, en materia de asambleas telemáticas, suscrita por los diputados Mariana Rodríguez Mier y Terán y Fernando Galindo Favela, del grupo parlamentario del PRI*, Gaceta Parlamentaria, 19 de mayo 2021, LXIV/3SPR-4-2842/117759, [https://www.senado.gob.mx/65/gaceta\\_del\\_senado/documento/117759](https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_del_senado/documento/117759), Ley sobre el uso de Medios Electrónicos y Firma Electrónica Avanzada para el Estado de Hidalgo, Periódico Oficial del Estado de Hidalgo, lunes 10 de marzo de 2008,

[https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/normativa/electronico/documentos/60487\\_0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/normativa/electronico/documentos/60487_0.pdf)

*Model Business Corporation Act* (update through November 2023), Chapter 8, Directors and Officers, pp. 71 y 72, [https://www.americanbar.org/groups/business\\_law/resources/model-business-corporation-act/](https://www.americanbar.org/groups/business_law/resources/model-business-corporation-act/)

Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, 18 de marzo de 2020, Boletín Oficial del Estado, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-3824>.

# Los efectos de la insolvencia en grupos de sociedades

LUIS MANUEL C. MÉJAN<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Conceptos y planteamiento.* II. *Los escenarios de insolvencia en grupos societarios.* III. *El trato jurídico a la insolvencia en grupos de sociedades.* IV. *Efectos sustantivos.* V. *Efectos procesales.* VI. *Reflexiones prácticas.*

**Resumen.** Cuando el fenómeno de la insolvencia toca a una o a varias de las empresas que conforman un grupo financiero, todos los componentes de este se sacuden. Los efectos que produce el que una o varias empresas de un grupo entren a un proceso de insolvencia toca aspectos económicos y jurídicos, sustantivos y aspectos procesales que se analizan. No existe en México una legislación precisa al respecto más allá de solo dos artículos que lo contemplan. Se analiza también La ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia de los grupos corporativos que brinda una guía precisa tanto en insolvencias domésticas como transfronterizas.

**Palabras clave:** Insolvencia, empresas, grupo financiero.

**Abstract.** *When the phenomenon of insolvency affects one or more of the companies of a financial group, all the components of the group are shaken. The effects of one or more companies of a group entering into insolvency proceedings affect economic, legal, substantive and procedural aspects that are analyzed. There is no precise legislation in Mexico on this matter beyond only two articles that contemplate it. The UNCITRAL Model Law on the insolvency of corporate groups is also analyzed, which provides a precise guide for both domestic and cross-border insolvencies.*

**Keywords:** *Insolvency, companies, financial group.*

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. Profesor e investigador en el ITAM.

## I ] Conceptos y planteamiento

Un Congreso de Derecho Mercantil trata de la disciplina jurídica que atañe a la vida de las empresas, aunque como señala el Dr. Víctor Peña, citando a Garrigues<sup>2</sup>, el Derecho de la Empresa trasciende lo mercantil y se extiende a muchas disciplinas jurídicas. Como quiera que sea, la *empresa* es el motor de la actividad humana.

El título de la conferencia que me han solicitado los organizadores del Congreso involucra dos conceptos jurídicos de gran trascendencia en la vida de las empresas: Insolvencia y Grupos corporativos.

Por *insolvencia* se entiende la dificultad de una persona para poder cumplir con el pago de sus obligaciones en los tiempos que estas llegan a su vencimiento. Las distintas jurisdicciones, en el mundo, y en la historia, han trabajado el término señalando diversas circunstancias en donde se da el fenómeno.

En cambio, el concepto *grupo de sociedades*, más moderno, ha sido escurridizo y no todas las jurisdicciones cuentan con una emisión normativa para el fenómeno. En la doctrina incipiente sobre el tema, se define por la concurrencia de tres factores: una multiplicidad de personas jurídicas, una comunidad en los propósitos empresariales de todas ellas y, fundamentalmente, el concepto de control unificado. Ese lazo de control suele ser ordinariamente la tenencia del capital mayoritariamente y/o la posibilidad de designar a los órganos de administración e influir en las decisiones de todas ellas.

El control puede radicar, de facto, en una sola persona (es el típico caso de los grupos familiares) o en un reducido grupo de dueños del capital. Esto ha dado origen al concepto del llamado *grupo de control* que supone un grupo reducido de personas que detentan un monto de capital ya sea mayoritario (arriba del 50%) o de tal magnitud que el resto de los propietarios de capital están pulverizados de tal suerte que sus integrantes seguirán siempre la inclinación que toma el grupo de control.

Los grupos se organizan de múltiples maneras. Unos de ellos pueden conjuntar empresas cuyos objetos sociales son distintos entre sí y se ocupan de diversas actividades o industrias. Este es el llamado consorcio o conglomerado.

Otros pueden ser una cadena cuyos componentes se ocupan en un objeto social complementario al de las demás, de

---

<sup>2</sup> PEÑA BRISEÑO, Víctor Manuel. *El Concurso Mercantil de Grupos Empresariales*. Tirant Lo Blanch. México 2014. Página 42.

modo que conjuntamente forman todo un proceso industrial o comercial. A estos grupos se les suele llamar verticales.

Otros grupos se integran con empresas que persiguen el mismo objeto social, pero buscan diferenciarse usualmente por motivos geográficos. Estos son los llamados grupos horizontales.

Los integrantes de un grupo pueden radicar en una misma jurisdicción o en jurisdicciones diversas.

Esa diversidad de organizaciones obedece a lo que sus dueños controladores pretenden lograr al conformar al grupo. Las razones que motivan la creación y organización de un grupo corporativo son:

i.- Evitar las contaminaciones ya sean positivas o negativas de una empresa con respecto a otras, a fin de que el éxito o fracaso de una no impacte en el éxito o fracaso de las demás. Eso permite la evaluación de desempeño en forma independiente y la toma oportuna de decisiones.

ii.- Aprovechar las ventajas que dan la aplicación de un régimen jurídico especial por la industria involucrada que tiene una regulación diversa y característica, por ejemplo, una institución financiera, un laboratorio médico, una radiodifusora. De esta suerte los oficiales de cumplimiento pueden concentrar su labor en tal empresa.

iii.- Aprovechar las ventajas de una jurisdicción distinta a fin de instalar en diversas geografías una sucursal o una empresa que cumpla una parte del proceso industrial y así aprovechar regímenes legales que permiten o estimulan tal producto o industria, cuentan con una mano de obra más barata o tienen un régimen fiscal conveniente.

Todas estas variantes, tanto en forma como en propósito, aportarán ingredientes fundamentales cuando arribe a su seno el fenómeno de la insolvencia, es decir, cuando los dos conceptos concurren en tiempo real.

Cuando la insolvencia aparece, o incluso cuando amenaza con aparecer, la vida de una empresa se sacude en toda su estructura y en toda su existencialidad. Se trata de poner en cuestionamiento la totalidad de sus relaciones jurídicas con terceros. Tratándose de un Grupo de Sociedades la sacudida puede, además, afectar a todo el sentido grupal.

Un efecto inmediato de que una o varias de las entidades que conforman un grupo ingrese a un procedimiento de insolvencia, es de tipo social y económico: la preocupación de todos los terceros que realizan relaciones jurídicas con las

entidades del grupo, tienden a detener su relación con ellas pues estiman que sus créditos están o estarán en peligro. Ello significa que los proveedores se rehusan a seguir celebrando operaciones con las empresas, o a operar concediendo crédito a las mismas; significa que los financieros rehusarán, asimismo, seguir apoyando con crédito o bien elevando el costo del financiamiento; por su parte la clientela consumidora de sus productos verá asimismo con desconfianza las marcas y los productos y dejará de adquirirlos bajando así sus ventas y, por ende, sus ingresos. Este es un círculo vicioso que precipita a las empresas hacia su extinción.

Esto sucede por el desconocimiento de que un proceso de insolvencia sirve, en primer lugar, para lograr una reorganización de las obligaciones y mantenerse con vida y operativos. Entrar en insolvencia no significa estar quebrado ni que las obligaciones no se van a cumplir. El primer objetivo de los procedimientos de insolvencia es lograr un arreglo que permita reestructurar los adeudos, seguir adelante y no detener la marcha de la empresa.

## II ] Los escenarios de insolvencia en grupos societarios

A fin de examinar cuáles son los efectos que la Insolvencia tiene en un grupo de sociedades, es menester reconocer y definir las diversas posibilidades fácticas conforme los siguientes escenarios:

i.- Una de las empresas del grupo está en insolvencia; ii.- La controladora está en insolvencia; iii.- Varias de las empresas del grupo están en insolvencia; iv.- Todas las empresas están en insolvencia; v.- Una o varias de las empresas involucradas tiene su Center of Main Interests (COMI) en el extranjero.

La base indudable para dilucidar los efectos de insolvencia en un grupo es el respeto a la individualidad de cada una de las sociedades que conforman el grupo, respetando su personalidad jurídica única y distinta a las demás.

### 1. Una de las empresas del grupo está en insolvencia

Por muy importante que sea el papel de esa empresa dentro del grupo, no debe de contaminar el trazo financiero (y mucho menos jurídico) de las demás componentes del grupo. La situación puede ser más delicada cuando la empresa en cuestión es una que aporta importantemente a la vida de todo el grupo y de las otras sociedades que lo conforman. Cada empresa tendrá su propio balance, su propia estructura financiera, su propia relación con terceros. Entre esos terceros podrán estar otras de las empresas del grupo que, para este propósito fungen como terceros.

## 2. La controladora está en insolvencia

Esta situación puede ser la más sugestiva en el sentido de que la insolvencia de una empresa, en este caso la controladora, arrastre a las demás. Si bien es cierto que la posibilidad fáctica de que ello suceda es muy alta no es, ni debe ser necesariamente obligatorio o irremediable.

## 3. Varias de las empresas del grupo están en insolvencia

Cada una de las empresas en cuestión deberá seguir su procedimiento de insolvencia en forma independiente, ya que no existe la posibilidad de una consolidación sustantiva de los patrimonios. Lo que procede es, en primer lugar, buscar la consolidación procesal a fin de que todos los procesos estén bajo la mirada y conducción de un solo tribunal con el objeto de acordar las decisiones que se tomen de modo que resulten coordinadas.

El inicio del proceso de insolvencia de cada empresa puede darse en forma conjunta y simultánea o bien cada empresa ir a su propio ritmo.

Este supuesto está tratado en el caso de la Ley Concursal mexicana<sup>3</sup> en los artículos 15 y 15 Bis:

*Artículo 15.- No se acumularán los procedimientos de concurso mercantil de dos o más Comerciantes, salvo lo previsto en el párrafo siguiente.*

*Se acumularán, pero se llevarán por cuerda separada, los procedimientos de concurso mercantil de sociedades mercantiles que integren un grupo societario.*

*(...)*

*Artículo 15 Bis.- Podrán solicitar simultáneamente la declaración judicial conjunta de concurso mercantil, sin consolidación de masas, aquellos Comerciantes que formen parte del mismo grupo societario. Para la declaratoria conjunta del concurso mercantil resultará suficiente con que uno de los integrantes del grupo se encuentre en alguno de los supuestos de los artículos 10, 11 o 20 Bis, y que dicho estado coloque a uno o más de los integrantes del grupo societario en la misma situación.*

*Tratándose de Comerciantes integrantes de un grupo que se encuentren en el mismo supuesto del párrafo inmediato anterior, su acreedor o acreedores podrán demandar la declaración judicial conjunta de concurso mercantil de uno o varios de éstos.*

*En los casos previstos en este artículo, la solicitud o demanda de declaración conjunta de concurso mercantil se sustanciará bajo*

---

<sup>3</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 2000

*un mismo procedimiento, pudiendo designar el juez a un solo visitador, conciliador o síndico para los efectos de esta Ley, si así resulta conveniente para los fines del procedimiento.*

*Los procedimientos de declaración conjunta de concurso mercantil podrán acumularse con otros procesos de concurso mercantil conforme a lo dispuesto en el artículo 15.*

Cuando hay una sola jurisdicción, el tratamiento es más sencillo pues bastará la acumulación procesal o la concentración procesal en una sola cabeza judicial para evitar que lo que se resuelve en el concurso de una de las empresas contradiga lo que se resuelve en el concurso de la(s) otra(s).

#### *4. Todas las empresas del grupo están en insolvencia*

Aplica a este caso lo mencionado en el párrafo precedente con la sola acotación de que deberá de ser más fácil el encontrar e instrumentar una solución colectiva.

#### *5. Una o varias de las empresas involucradas tiene su COMI en el extranjero*

En este caso, además de aplicar el comentario que proceda según los escenarios antes planteados, conviene tomar en cuenta que debe existir una solución de tratamiento que elimine los conflictos jurisdiccionales, los de diversas legislaciones aplicables y la colaboración del tribunal de una jurisdicción con el (los) de la(s) otra(s).

### **III ] El trato jurídico a la insolvencia en grupos de sociedades**

No hay, en México, legislación precisa sobre el tema, aún cuando la adición del artículo 15 Bis a la Ley de Concursos Mercantiles intentó abordar el tema haciéndolo tan solo desde un punto de vista procesal y, aún así, incompleto. Otros países han abordado el tema y lo legislan detenidamente, como lo es el caso de Colombia (Capítulo 14 de su Ley) y España, la cual aborda marginalmente el tema (artículos 46,65, 586 y 587 de su Ley Concursal).

El mejor cuerpo legal para legislar la insolvencia de grupos de empresas es la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas<sup>4</sup>. Esta normatividad es ahora para muchos

---

<sup>4</sup> [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-11349\\_mloegi\\_es.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-11349_mloegi_es.pdf)

países solamente *softlaw*, sin embargo, Colombia la ha adoptado y el Reino Unido planea hacerlo también.

Claramente, el propósito perseguido por una ley que regule la insolvencia y sus efectos en las empresas que conforman un grupo societario, debe ser el instrumentar una solución colectiva de la insolvencia para todo el grupo o parte de él y proteja los intereses de todos los acreedores de esas empresas del grupo y otras personas interesadas, incluidos los deudores.

Ese objetivo debe lograr la optimización del valor total combinado de los bienes y operaciones de las empresas del grupo en el que se presentan los casos de insolvencia.

La idea, dicha en general es que se pueda establecer que uno de los procedimientos de insolvencia, usualmente podría ser el que se lleva respecto de la controladora o de la empresa que tiene un mayor significado e importancia económica. Así ese procedimiento es llamado *de planificación* y su misión será el lograr un convenio o arreglo que satisfaga las pretensiones y necesidades de todos los procedimientos, sus activos y sus acreedores.

La ley modelo referida regula la cooperación y coordinación que debe establecerse entre los tribunales y los representantes de la insolvencia que actúan en los procedimientos de cada una de las sociedades que se encuentran en procedimiento de insolvencia. La idea es que haya un total conocimiento y coordinación de lo que sucede en un procedimiento y en los otros.

Una recomendación que se hace es el nombramiento de un representante del grupo que coordine el procedimiento de planificación y las medidas otorgables que afecten al conglomerado. Para ello será necesario que exista un reconocimiento del procedimiento de planificación extranjero y las medidas otorgables que procedan.

## IV ] Efectos sustantivos

### 1. Consolidación sustantiva

En la insolvencia de grupos societarios no se trata de buscar una consolidación de los patrimonios de las empresas que, dentro de un grupo, se encuentran en situación de insolvencia. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional lo pone, así como recomendación:

*Recomendación 219. El régimen de la insolvencia debería respetar la identidad jurídica propia de cada empresa de un grupo. Toda excepción a esta regla deberá estar fundada en alguno de los motivos enunciados en la recomendación 220.<sup>5</sup>*

Los motivos que dicha recomendación menciona son: i.- cuando los activos y pasivos de las empresas del grupo están de tal forma entremezclados que no cabría deslindar la titularidad de los bienes y de las obligaciones, y ii.- cuando las empresas practican actividades fraudulentas o negocios sin legitimidad comercial alguna.

Algunas jurisdicciones han tomado decisiones legislando sobre el tema, siguiendo el lineamiento de excepcionalidad que se menciona en la Guía legislativa de la CNUDMI o arrogando al juez la facultad de tomar decisiones al respecto.

No se trata tampoco de aplicar las prácticas que han sido llamadas *levantamiento de velo corporativo* sino de establecer el papel que cada una de las empresas del grupo juega dentro de este y en la situación de insolvencia.

Hay que partir del principio de la identidad y subsistencia de la persona jurídica creada al constituirse y respetar su identidad, sus órganos de gobierno, su patrimonio propio, sus relaciones jurídicas con terceros y el papel que juega dentro del Grupo Corporativo.

Si una sociedad ha sido el fruto de un acto simulado o real realizado para perjudicar acreedores, ahí están las acciones de simulación y la pauliana consagradas por el Derecho Civil, así como las acciones de anulación de actos en perjuicio de acreedores realizados durante el período sospechoso de la insolvencia. García Velasco y Méjan opinan: *Aplicar por sistema el desconocimiento de la personalidad jurídica en grupos de sociedades producirá una inhibición en la creación de tales grupos, con los trastornos económicos, de promoción de empresas, de empleos que ello supone<sup>6</sup>.*

## 2. Operaciones intercompañías

Una costumbre natural dentro de la vida de un grupo de empresas es que estas celebren entre sí determinadas

---

<sup>5</sup> CNUDMI *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia. Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia.* Naciones Unidas. Nueva York, 2012. P 79.

<sup>6</sup> García Velasco, Gonzalo y Méjan, Luis Manuel C. *Develación de la Personalidad Jurídica y su impacto en insolvencias.* Tirant Lo Blanch, México 2019. Pag. 111

transacciones (ventas de productos, arrendamientos, prestación de servicios, otorgamiento de préstamos y créditos, son las más comunes) lo cual produce que en los balances de cada una de las sociedades aparezcan como acreedores o deudores las otras empresas del grupo. Hay transacciones que se celebran real y lícitamente incluso como parte del diseño del grupo.

Sin embargo, existe la posibilidad de que las transacciones de intercompañías sean fraudulentas, por ejemplo, para aumentar pasivos o disminuir activos, lograr una evasión fiscal, esconder activos de los acreedores, o controlar el voto al momento de establecer un convenio concursal con la masa de acreedores.

En prevención de tal situación las legislaciones de insolvencia suelen determinar un tratamiento especial a dichas transacciones tal como establecer consolidación de patrimonios, permitir compensaciones, decretar la nulidad de las transacciones o dar a los acreedores de ellas la calificación de ser subordinados y ocupar un lugar inferior en la gradación y preferencia y una limitación en el voto de convenios de reorganización. En el caso de la ley mexicana, se ha adoptado esta última modalidad, independientemente de la posibilidad de anular transacciones realizadas en fraude de acreedores.

### *3. Responsabilidad de los administradores*

Si bien, ningún régimen de insolvencia hace una especial consideración sobre la responsabilidad de los administradores de las empresas cuando se trata de la insolvencia de una o varias de las empresas que conforman un grupo societario, sí vale reflexionar sobre las implicaciones correspondientes.

Es muy usual en los grupos corporativos que sean designadas como administradores de las diversas empresas que lo componen, las mismas personas y eso produce que éstas descuiden la atención que cada una de las entidades requiere de su administrador y eso puede producir que se vean llamados a responder por falta, al menos de los deberes fiduciarios que tienen, cuando no a los daños que han provocado a terceras personas y a socios minoritarios.

Otra área de cuidado para este tópico, independientemente de si la insolvencia se produce en una o varias empresas, está en que las decisiones tomadas en una de las empresas, típicamente en la controladora, puede acarrear daños a los demás integrantes del grupo y así verse involucrado el administrador en reclamos de responsabilidad.

Es necesario recordar que la responsabilidad de los administradores puede ser exigida tanto dentro del proceso de

insolvencia como en procesos societarios y civiles distintos, o incluso, en ambos.

## V J Efectos procesales

### 1. Consolidación procesal

Una dificultad que existe en la insolvencia de empresas de un grupo ubicadas en distintas jurisdicciones es la definición de cuál de esos concursos debe ser el que prime sobre los otros. La definición básica es que será el procedimiento principal aquél que se lleve en el sitio donde el deudor tenga su principal asiento de negocios (COMI) pero tratándose de distintas personas jurídicas cada una de ellas puede tener su propio COMI.

El concepto de procedimiento no principal se aplica para los *establecimientos* que el deudor tiene en otra jurisdicción. Esto no significa que una empresa filial sea un *establecimiento*, sino que por ser una entidad jurídica independiente su instalación es algo más que un mero *establecimiento*, es un COMI de por sí.

La solución ha sido la de establecer el concepto del *procedimiento de planificación*, que en la definición de la Ley Modelo estima:

*g) Por procedimiento de planificación se entenderá un procedimiento principal abierto respecto de una empresa del grupo, siempre y cuando:*

*i) una o más empresas del grupo estén participando en ese procedimiento principal con el fin de elaborar y aplicar una solución colectiva de la insolvencia;*

*ii) la empresa del grupo que sea objeto del procedimiento principal sea probablemente parte necesaria y esencial de esa solución colectiva de la insolvencia; y*

*iii) se haya nombrado a un representante del grupo.*

*A reserva de lo dispuesto en los incisos i) a iii) del apartado g) el tribunal podrá reconocer como procedimiento de planificación un procedimiento que haya sido aprobado por un tribunal que sea competente respecto de un procedimiento principal de una empresa de un grupo con el fin de elaborar una solución colectiva de la insolvencia en el sentido de la presente Ley;*

Un complemento importante, además de los reconocimientos que se den en todas las jurisdicciones involucradas a los demás procedimientos, será el celebrar un acuerdo de coordinación de procedimientos (Art 16 LMIGE).

La idea, dicha en general, es que se pueda establecer que uno de los procedimientos de insolvencia, usualmente podría ser el que se lleva respecto de la controladora o de la empresa que tiene un mayor significado e importancia económica. Así ese procedimiento es llamado *de planificación* y su misión será el lograr un convenio o arreglo que satisfaga las pretensiones y necesidades de todos los procedimientos, sus activos y sus acreedores.

La ley modelo regula la cooperación y coordinación que debe establecerse entre los tribunales y los representantes de la insolvencia que actúan en los procedimientos de cada una de las sociedades que se encuentran en procedimiento de insolvencia. La idea es que haya un total conocimiento y coordinación de lo que sucede en un procedimiento y en los otros.

Una recomendación que se hace, es el nombramiento de un representante del grupo que coordine el procedimiento de planificación y las medidas otorgables que afecten al conglomerado. Para ello será necesario que exista, en todos los procesos de insolvencia de las entidades del grupo, un reconocimiento del procedimiento de planificación extranjero y las medidas otorgables que procedan.

La Ley Modelo se ocupa también de cómo se dará una protección de los acreedores y otras personas interesadas, así como del tratamiento de los créditos extranjeros.

Un tema trascendente es definir, cuando hay jurisdicciones diversas manejando procedimientos de insolvencia de las diversas entidades que conforman el grupo, qué hacer cuando hay un conflicto entre la ley que rige en el país del procedimiento de coordinación (*Lex fori concursus*) y la que priva en la jurisdicción donde debe aplicarse el acuerdo de coordinación obtenido (*lex loci*). El Grupo de Trabajo V – Insolvencia de UNCITRAL trabaja, en la actualidad, en un documento sobre este particular.

## VI ] Reflexiones prácticas

De estos comentarios pueden derivarse algunas consecuencias prácticas sobre todo para aquellos empresarios (y sus asesores jurídicos) que deciden organizar o reorganizar un grupo corporativo de sociedades.

Al tomar estas decisiones, para crear y establecer filiales y distribuir las empresas integrantes del grupo, debe analizarse y tomarse en cuenta el régimen de insolvencia que priva en la jurisdicción donde se ubicarán, por el eventual caso de que sea necesario acudir al mismo.

Cuando un empresario, de la mano de sus asesores contables, financieros y jurídicos, planea la creación de una nueva entidad que conformará el grupo societario deberá hacerlo, además de observando los criterios industriales y empresariales, con la prevención ética y jurídica de evitar simulaciones, es decir, crear una cosa cuando su verdadera voluntad es hacer otra. La conformación de los grupos societarios no debe propiciar el que se realicen actos ocultos o incluso fraudulentos.

La aparición de un evento de insolvencia dentro de un grupo societario será una oportunidad de reflexión sobre las decisiones que llevaron a estructurar el grupo como está. Preguntas lógicas serán: *¿son necesarias las que están?, ¿debemos fusionar o escindir algunas?, ¿deberá adherirse alguna otra?, ¿Operamos en la jurisdicción adecuada?*

Ser empresario es tarea compleja y no sencilla, serlo de un grupo corporativo lo es aún más, el horizonte de la insolvencia será una más, y no la menos importante, de las eventualidades jurídicas y financieras que el empresario deberá contemplar.

# El desarrollo moderno de la cláusula *Rebus sic Stantibus* en el Derecho Contractual Mexicano

DIEGO ROBLES FARÍAS<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Teoría de la Imprevisión en el derecho mexicano*. III. *Propuesta de regulación uniforme para México*.

**Resumen.** El presente ensayo es la segunda parte del artículo que publiqué en la revista *Perspectiva Jurídica UP* No. 18 con el título *¿Pacta sunt Servanda?...sí, siempre que Rebus sic Stantibus*,<sup>2</sup> en donde traté del origen de la cláusula *Rebus sic Stantibus* o Teoría de la Imprevisión y su evolución en el derecho europeo, el norteamericano y en los principales instrumentos de derecho uniforme que regulan el derecho contractual internacional. Ahora corresponde analizar la forma en que dicha figura jurídica se regula en el derecho mexicano. Este estudio forma parte de un esfuerzo colectivo promovido por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) denominado *Unificación del Derecho Privado Mexicano*, cuyo objetivo es realizar un estudio comparado de la legislación nacional para proponer una regulación uniforme para nuestro país. En el marco de dicho trabajo colectivo, el presente ensayo analiza la forma en que la Teoría de la Imprevisión se regula en los distintos códigos nacionales y se propone una regulación uniforme para México.

**Palabras clave:** *Rebus sic Stantibus*, teoría de la imprevisión.

**Abstract.** *This essay is the second part of the article I published in the magazine Perspectiva Jurídica UP No. 18 under the title ¿Pacta sunt Servanda?...sí, siempre que Rebus sic Stantibus (Pacta sunt Servanda?...yes, as long as Rebus sic Stantibus), where*

---

<sup>1</sup> Profesor investigador de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara, México. Editor de la revista *Perspectiva Jurídica UP*

<sup>2</sup> ROBLES FARIAS, Diego, *¿Pacta sunt Servanda?...sí, siempre que Rebus sic stantibus*, Revista *Perspectiva Jurídica UP*, No. 18, semestre I, 2022, enero de 2023, pp. 71 y ss. También puede consultarse en [www.perspectivajuridicaup.org](http://www.perspectivajuridicaup.org)

*I discussed the origin of the Rebus sic Stantibus clause or Theory of Unforeseen Contingencies and its evolution in European law, North American law and in the main instruments of uniform law that regulate international contract law. It is now time to analyze the way in which this legal figure is regulated in Mexican law. This study is part of a collective effort promoted by the Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) of the Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) called Unificación del Derecho Privado Mexicano (Unification of Mexican Private Law), whose objective is to carry out a comparative study of the national legislation in order to propose a uniform regulation for our country. Within the framework of such collective work, this essay analyzes the way in which the theory of unforeseeability is regulated in the different national codes and proposes a uniform regulation for Mexico.*

**Keywords:** *Rebus sic Stantibus*, theory of unforeseen contingencies.

## I | Introducción

Uno de los pilares en que descansa el derecho contractual es el principio de *fuera obligatoria*, conocido en la tradición latina como *Pacta sunt Servanda*, cuyo origen puede ser rastreado hasta el Derecho Romano. Este principio –recogido en nuestro derecho en el artículo 1796 del Código Civil Federal y en todos los demás códigos civiles–<sup>3</sup> establece que, una vez perfeccionado el contrato, las partes quedan obligadas a cumplir con lo expresamente pactado y con las demás consecuencias que según su naturaleza son conformes con la buena fe, el uso o la ley.

El cumplimiento puntual de dicho principio puede ocasionar graves injusticias cuando por circunstancias extraordinarias e imprevisibles varían las condiciones originalmente pactadas haciéndose excesivamente onerosa la prestación a cargo de alguna de las partes. Por ello, los canonistas de la edad media establecieron que debía considerarse incluida en los contratos la

---

<sup>3</sup> Entre ellos: Art. 1266 Jalisco, Art. 1283 Guanajuato, Art. 1671 Morelos, Art. 1927 Sonora, Art. 1693 Nuevo León, Art. 1259 Tamaulipas, Art. 1792 Veracruz, Art. 992 Yucatán, Art. 1169 Nayarit, Art. 1280 Tlaxcala, Art. 732 Estado de México, Art. 1796 Código Civil para el Distrito Federal (Ciudad de México).

cláusula *Rebus sic Stantibus*,<sup>4</sup> la cual postula que la fuerza obligatoria del contrato estará vigente en tanto las circunstancias permanezcan tal como eran en el momento de la celebración del acuerdo.<sup>5</sup>

La cláusula *Rebus sic Stantibus* evolucionó de distintos modos y con distintas denominaciones. En el derecho francés se habla de *Teoría de la Imprevisión*, en el italiano de *Excesiva onerosidad sobrevenida*, en el alemán de *Pérdida de la base del negocio*, en el inglés de *Frustración del contrato*, en el norteamericano de *Impracticabilidad comercial* y en la mayoría de los modernos Instrumentos de Derecho Uniforme que regulan los contratos internacionales se conoce como *Hardship*.<sup>6</sup> Reconozco que existen marcadas diferencias en la forma como se regula en los distintos derechos y bajo las denominaciones apuntadas, pero en todas las regulaciones subyacen las mismas razones para su existencia y consecuencias muy similares.

Todas esas legislaciones privilegian el principio de *Pacta sunt Servanda*; sin embargo, ante el cambio en las condiciones pactadas originalmente, por circunstancias extraordinarias, imprevisibles y fuera del control de las partes, que ocasione una excesiva onerosidad en el cumplimiento para una de las partes, el contrato deberá ajustarse para recuperar la equidad o en su caso resolverse. Cualquiera que sea su denominación, es claro que la *Teoría de la Imprevisión* permite recuperar la justicia conmutativa que debe prevalecer en los contratos, o bien, liberar a la parte afectada por el cambio de circunstancias.

La cláusula *Rebus sic Stantibus* y posteriormente la Teoría de la Imprevisión tuvieron un desarrollo sostenido en Europa desde la edad media hasta el siglo XVIII<sup>7</sup>. Sin embargo, fue rechazada por

---

<sup>4</sup> Abreviatura de *Contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuros rebus sic stantibus intelliguntur* (los pactos de desarrollo sucesivo que dependen del futuro, deben entenderse que rigen mientras las circunstancias permanezcan como estaban).

<sup>5</sup> Para un estudio de la evolución de la cláusula *Rebus sic stantibus*, consultar: RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *Teoría General de las Obligaciones*, Porrúa, México, 2005, pp. 188 y ss.

<sup>6</sup> Como la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), los Principios del Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT), los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) y los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLACL).

<sup>7</sup> Por ejemplo, en el siglo XVIII, el Código Civil Bávaro de 1756 y el Código Prusiano de 1794 privilegiaban el cumplimiento del contrato siempre y cuando no cambiaran las circunstancias. Ver: CASTAÑEDA Rivas, María Leoba, *La Imprevisión en los Contratos: La*

la totalidad de las grandes codificaciones del siglo XIX.<sup>8</sup> Dicho rechazo se debió a que los códigos fueron producto de la filosofía de la Ilustración, que enarbolaba los principios de liberalismo e igualdad adoptados posteriormente por la Revolución Francesa. El hecho de que la cláusula *Rebus sic Stantibus* se considerara sobreentendida o implícita en los contratos, era contrario a los principios de autonomía privada y libertad de contratación, piedras fundamentales del liberalismo jurídico y provocaban inseguridad jurídica.

La Primera Guerra Mundial y la crisis económica que le siguió, provocaron un cambio en la percepción del principio de *Pacta sunt Servanda*. La fidelidad incondicional a la letra del contrato, que postulaba dicho principio, comenzó a considerarse injusta cuando por circunstancias ajenas a las partes, la prestación de una se volvía excesivamente onerosa. Los tribunales en Inglaterra, Francia, Alemania y España entre otros, empezaron a considerar injustas dichas inequidades y a liberar a las partes o ajustar las prestaciones contractuales.<sup>9</sup>

En el artículo de mi autoría antes señalado,<sup>10</sup> se analiza el origen de la cláusula *Rebus sic Stantibus* en el derecho canónico de la edad media y su evolución en el derecho europeo y norteamericano. En Francia se le conoce como *Teoría de la Imprevisión*, en Italia como *Teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida*, en Alemania como *Teoría de la pérdida de la base del negocio*, en Inglaterra como *Frustración del fin del contrato*, en los Estados Unidos como *Teoría de la impracticabilidad comercial* y en la mayoría de los instrumentos de derecho uniforme que regulan la contratación internacional como *Hardship*.

Ahora, sin más preámbulo, veremos la forma en que esta teoría aterrizó en el derecho mexicano.

---

*Cláusula Rebus sic stantibus como Excepción al Principio Pacta sunt Servanda*, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx) <http://biblio.juridicas.unam.mx> p. 206

<sup>8</sup> Códigos civiles de: Prusia 1794, Francia 1804 (Código Napoleón), Austria 1811, Serbia 1844, Italia 1865, Rumania 1865, Portugal 1867, España 1888-1889, Alemania 1896 (BGB en vigor a partir de 1900). Los códigos mexicanos de 1870 y 1884 se inscriben en este periodo.

<sup>9</sup> Los casos de la Coronación en Inglaterra, la Diligencia París-Rouen en Francia, la Base del negocio y cumplimiento del contrato en Alemania y el caso Mas contra Carsi en España son ejemplos de resoluciones que toman en cuenta el cambio de circunstancias. Vid. DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, *Las Relaciones Obligatorias*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 887

<sup>10</sup> Ver nota de pie de página No. 2

## II ] La cláusula *Rebus sic Stantibus* o teoría de la imprevisión en el derecho mexicano<sup>11</sup>

El único código mexicano que reguló originalmente la Cláusula *Rebus sic Stantibus* o Teoría de la Imprevisión, fue el Código Civil del Estado de Jalisco de 1936 hoy abrogado<sup>12</sup>. El Código Civil Federal no la regula, sin embargo, paulatinamente ha venido adoptándose por los códigos civiles de distintas entidades federativas, pero la regulación mexicana no ha sido sistemática y ha seguido diferentes derroteros.

Ahora se regula en doce códigos civiles de igual número de entidades federativas: Aguascalientes (Arts. 1733 al 1736), Coahuila (Arts. 2147 a 2150), Ciudad de México<sup>13</sup> (Arts. 1796 al 1796 Ter), Guanajuato (Art. 1351), Guerrero (Art. 2012 al 2015), Jalisco (Art. 1787 al 1788), Estado de México (Arts. 7.34 al 7.37), Quintana Roo (Arts. 378 al 380), San Luis Potosí (Arts. 1633.1 al 1633.3), Sinaloa (Arts. 1735 Bis-A al 1735 Bis-G), Tamaulipas (Arts. 1261 y 1262) y Veracruz (Arts. 1792 A y 1792 B). El texto de los artículos antes mencionados se transcribe en el anexo al final de este ensayo.

Es de notar que esta figura no se trata en el Código Civil Federal ni tampoco en el Código de Comercio, por lo que aplica exclusivamente a los contratos regidos por los códigos civiles de los Estados ya mencionados. Sobra decir que la Teoría de la Imprevisión no opera en relación a los contratos mercantiles.

Como ha quedado asentado, aquellos códigos que prevén la Teoría de la Imprevisión no la regulan de manera uniforme. A continuación, presentaré un estudio comparativo señalando los parámetros que permitirán la comparación, como el tipo de contrato al que se aplica la Imprevisión, el tipo de acontecimiento que la justifica, las consecuencias que producen esos acontecimientos y la acción o remedio que puede ejercitar el afectado. El estudio ayudará a establecer las coincidencias y las divergencias en la forma en que se ha regulado la Teoría de la Imprevisión en nuestro país.

---

<sup>11</sup> En este ensayo, nos referiremos a la figura en estudio como Teoría de la Imprevisión, por ser la denominación más utilizada en la doctrina nacional.

<sup>12</sup> Artículos 1771 y 1772 del Código Civil para el Estado de Jalisco de 1936 hoy derogado. Se regula también en el vigente código de 1995 en los artículos 1787 al 1788.

<sup>13</sup> Código Civil para el Distrito Federal, en el presente trabajo me referiré a él como Código Civil de la Ciudad de México.

1. *Tipo de Contrato.* Solo dos códigos, el de Aguascalientes y el de Jalisco, establecen que el consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias en que se celebra el contrato.

Los doce códigos que regulan la Teoría de la Imprevisión establecen que procede respecto de aquellos contratos de cumplimiento continuo, periódico, diferido, de ejecución a largo plazo o de tracto sucesivo, en los que existan prestaciones pendientes de cumplir. Solo el Código de la Ciudad de México agrega los contratos sujetos a plazo o condición.

Algunos se refieren a todos los contratos salvo los celebrados con carácter aleatorio (Aguascalientes, Ciudad de México y Jalisco). De manera extraña y falta de técnica jurídica, el Código Civil de Guerrero establece la posibilidad de aplicar la teoría a los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato (Guerrero).

Seis códigos establecen expresamente que la teoría se aplica a los contratos bilaterales y a los unilaterales, estos últimos en los que una sola de las partes haya asumido obligaciones (Coahuila, Guerrero, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Veracruz). Tamaulipas solo aplica la Teoría a los bilaterales, dejando fuera a los unilaterales.

2. *Tipo de acontecimientos.* Nueve códigos establecen que la Imprevisión ocurre por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (Coahuila, Ciudad de México, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Veracruz.). Los acontecimientos son extraordinarios porque salen del curso ordinario de la ejecución del contrato y son imprevisibles porque ninguna persona razonable pudo preverlos. Otra cosa son los imprevistos, aquellos que, aunque pudieron anticiparse, no son previstos por las partes por negligencia, falta de experiencia, torpeza u otra razón semejante. Solo los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles justifican la aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

Otros códigos señalan la variación radical de las condiciones generales del medio en que debía tener cumplimiento el contrato (Aguascalientes, San Luis Potosí y Sinaloa); la variación de las circunstancias por acontecimientos extraordinarios sobrevenidos (Estado de México); la alteración sustancial de las circunstancias que prevalecían a su celebración (Tamaulipas) o el cambio en las condiciones generales existentes en el momento de su celebración (Veracruz).

De manera inadecuada y con una falta total de visión del mundo globalizado en que vivimos, los códigos de la Ciudad de México, San Luis Potosí y Tamaulipas limitan la aplicación de la Teoría a los acontecimientos extraordinarios nacionales o regionales, situación totalmente desafortunada. Es claro que, con frecuencia, son acontecimientos de carácter internacional los que rompen con la equidad y el equilibrio de los contratos, incluso en relación con los que tienen carácter local o nacional.

Aunque todos los códigos se refieren a acontecimientos extraordinarios de manera genérica, el Código Civil del Estado de México señala expresamente cuáles son los que justifican la aplicación de la Teoría de la Imprevisión: i. El desarrollo y disponibilidad de nuevas tecnologías que hagan excesivamente oneroso en el proceso productivo, el uso de los bienes o servicios a los que se refirió el contrato;

ii. La modificación substancial y generalizada de los precios que en el mercado corriente tuviere el suministro o uso de los bienes, o la prestación del servicio, objeto del contrato. Se entenderá por modificación substancial, toda variación de los precios en un porcentaje no menor al treinta por ciento y iii. La modificación substancial de cualquiera otra condición determinante de la voluntad de las partes, señalada expresamente en el contrato (Artículo 7.36).

Me parece inadecuada la forma en que se regulan los acontecimientos en este código, primero, porque es mejor dejar abierta la aplicación de la Teoría a cualquier acontecimiento extraordinario e imprevisible que provoque las consecuencias señaladas y no limitarla a casos específicos. Segundo, porque establece un parámetro para la modificación sustancial de los precios (no menor al 30%) y tercero, porque establece como requisitos para la aplicación de la Teoría que las partes hayan consignado las circunstancias que sustentaron los motivos determinantes de su voluntad para celebrarlos (Art. 7.35).

3. *Excesiva onerosidad o rompimiento de la equidad.* A pesar de las distintas formas como se expresa, la idea central es el cambio radical de las circunstancias que prevalecían al celebrar el contrato, causado por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. Es preciso que ese cambio radical afecte a una de las partes, quien, por ello tendrá derecho a invocar la Teoría de la Imprevisión. La mayoría de los códigos señalan como consecuencia la *excesiva onerosidad* de la prestación que corresponde a una de las partes (Coahuila, Guanajuato, Guerrero, Estado de México,

Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa y Veracruz), término acuñado por el Código Civil Italiano.

Otros códigos señalan una notoria injusticia o falta de equidad, además de una desproporción absoluta entre lo pactado y lo que actualmente debería corresponder (Aguascalientes); el rompimiento de la reciprocidad, la equidad o la buena fe de las partes (Jalisco); el rompimiento del equilibrio de las prestaciones (Tamaulipas) o que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas (Ciudad de México).

4. *Acción o remedio que puede ejercitar el afectado.* Una vez ocurridos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que provocan una situación desfavorable e injusta para una de las partes, los códigos establecen la posibilidad de adecuar el contrato para recuperar la equidad o bien resolverlo (rescindirlo, terminarlo) y liberar a las partes.

Varios códigos establecen las dos posibilidades –la modificación o ajuste del contrato, o la rescisión o resolución– a elección del contratante perjudicado (Coahuila, Guanajuato, Guerrero, Quintana Roo y Sinaloa). Si se opta por la rescisión, la contraparte puede oponerse proponiendo modificar el contrato para ajustar equitativamente las prestaciones. El Código de Coahuila establece correctamente que en el caso de los contratos unilaterales solo procede la modificación del contrato.

Hay regulaciones especiales. Por ejemplo, el Código Civil de Aguascalientes establece un solo remedio: la rescisión. Tamaulipas y Veracruz establecen que será el juez el que podrá dictar las modificaciones necesarias para reestablecer la equidad y Jalisco exige primero la acción tendiente a la recuperación del equilibrio y solo si el demandado no estuviera de acuerdo, podrá optar por la resolución.

Los códigos del Estado de México y de San Luis Potosí señalan entre los remedios al ocurrir la Imprevisión, la nulidad relativa. Me parece un error, pues la nulidad es una ineficacia de origen, es decir, congénita, que solo puede darse por el perfeccionamiento irregular del contrato, como ocurre por la falta o defecto de alguno de los requisitos señalados para su validez,<sup>14</sup> mientras que la resolución y la rescisión son ineficacias supervenientes, que ocurren con posterioridad a la formación del

---

<sup>14</sup> Como ausencia o defectos en el consentimiento o acuerdo de voluntades, falta de un objeto posible, ilicitud o ausencia de forma legal.

mismo, como es el caso de la Teoría de la Imprevisión que se analiza en este trabajo.<sup>15</sup>

Un procedimiento más detallado se establece en el Código de la Ciudad de México: se tiene derecho de pedir la modificación del contrato, debiendo solicitarse dentro de los 30 días siguientes a los acontecimientos extraordinarios. En caso de falta de acuerdo, dentro de un término de 30 días a partir de la recepción de la solicitud, el solicitante podrá dirigirse al juez para que dirima la controversia. Dicha acción deberá presentarse dentro de los 30 días siguientes. Si se determina la procedencia de la acción por ocurrir los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte demandada podrá escoger entre la modificación de las obligaciones para restablecer el equilibrio del contrato según lo determine el juez o la resolución del contrato.

Los Códigos de Aguascalientes y Sinaloa establecen que la Imprevisión no podrá invocarse por fluctuaciones de moneda o cambios en el sistema económico o social, o por cambios de posición o circunstancias económicas o sociales de los contratantes. Me parece inadecuado que se excluya a las fluctuaciones de la moneda o los cambios en el sistema económico del país, ya que frecuentemente son las causantes de la desproporción de las prestaciones o de la excesiva onerosidad de una de ellas. Por otro lado, estoy de acuerdo en que se excluyan los cambios económicos o sociales que le ocurran a una de las partes, por ejemplo, que empobrezca o que descienda en su posición social.

Finalmente, los Códigos de Aguascalientes y de Jalisco señalan que la parte que haya obtenido la cesación de los efectos de un contrato por la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, deberá indemnizar a la otra por mitad de los perjuicios que le ocasione la carencia repentina de las prestaciones materia de dicho contrato, incluyendo los gastos que tuvieren que hacerse para lograr las mismas prestaciones en los términos que sean usuales o justos en ese momento. Sólo podrá librarse de este compromiso la parte que ofreciere a la otra llevar adelante las prestaciones aludidas, en términos hábiles, aun cuando esta última rehusare la proposición.

Como se aprecia, la regulación no es uniforme y por ello se justifica proponer un texto uniforme que regule la aplicación de la Teoría de la Imprevisión. Para lograrlo, considero necesario exponer previamente el origen de la Teoría de la Imprevisión y la

---

<sup>15</sup> Ver la diferencia entre ineficacias de origen y supervenientes en: ROBLES Farías, Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, Tirant lo Blanch, segunda edición, México, 2022, pp 449 y sgs.

forma como se regula en algunos códigos europeos y algunos de los Instrumentos de Derecho Uniforme que rigen los contratos internacionales, lo que nos dará un panorama más amplio de esta figura, lo que haré en el siguiente apartado.

5. *Rasgos comunes de la regulación de la Teoría de la Imprevisión.* Una vez repasados los distintos códigos mexicanos, algunos de los europeos y de los Instrumentos de Derecho Uniforme que regulan los contratos y que tratan de la Teoría de la Imprevisión o excesiva onerosidad (*hardship*), señalaré los rasgos comunes de esta figura jurídica.

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

b. *Cambio imprevisible de las circunstancias por acontecimientos extraordinarios.* Todos los códigos mexicanos, los europeos y los instrumentos de derecho uniforme, que regulan la Teoría de la Imprevisión en sus distintas acepciones (*rebus sic Stantibus*, imprevisión, excesiva onerosidad sobrevenida, pérdida de la base del negocio, cambio de circunstancias, etc.), señalan la concurrencia de un cambio de las circunstancias que existían al celebrar el contrato. Ese cambio debe producirse por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, es decir, aquellos que no forman parte del riesgo normal del contrato, por lo que la parte afectada no pudo razonablemente haberlos tomado en cuenta.

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

c. *Rompimiento de la equidad o balance del contrato, excesiva onerosidad.* Debe ocurrir un verdadero desequilibrio en las prestaciones recíprocas que provoque una excesiva onerosidad (*hardship*) para alguna de las partes. Esta excesiva onerosidad se

da cuando aumenta sustancialmente el costo de la prestación para alguna de las partes o cuando disminuye de manera importante el valor de la prestación que espera recibir la contraria.

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

Sin embargo, surge la pregunta de cómo determinar el umbral del desequilibrio en las prestaciones para pasar de un simple encarecimiento de la prestación sin posibilidad de eximirse de su cumplimiento, a una excesiva onerosidad (*hardship*). Es claro que la simple situación de desventaja económica de una de las partes no es la única característica a tomar en cuenta para calificarla. La forma en que se determina la excesiva onerosidad (*hardship*) puede ser objetiva o subjetiva. Es *objetiva* cuando se cuantifica el incremento del costo o la disminución del valor de la prestación en más de un determinado porcentaje que se considera como una alteración sustancial. Así ocurre, por ejemplo, en el Código Civil del Estado de México (Art. 7.36) que señala como modificación sustancial toda variación de los precios en un porcentaje no menor al 30%. En el ámbito internacional, el derecho norteamericano o el inglés, sugiere un desequilibrio de al menos el 100%, mientras que en Alemania el 110%. Otros comentaristas señalan que esos porcentajes son demasiado bajos y proponen una variación del 150% al 200%.<sup>16</sup>

En la determinación *subjetiva* el desequilibrio de las prestaciones no se vincula con una cantidad o un porcentaje predeterminado, sino que su calificación se deja al tribunal. Este último sistema es el que adoptan la mayoría de las legislaciones mexicanas y extranjeras, así como los instrumentos de derecho uniforme que regulan la Teoría de la Imprevisión en la actualidad.

---

<sup>16</sup> Vid. SCHWENZER, Ingeborg & MUÑOZ, Edgardo, *Global Sales and Contract law*, op.cit. p. 719, par. 45.105

d. *Consecuencias: renegociación, adaptación o resolución del contrato.* A continuación, se exponen las opciones previstas por las distintas legislaciones.

*Deber de renegociación.* Ante un escenario de excesiva onerosidad, me parece que la solución más práctica debe ser la renegociación del contrato para recuperar la equidad o equivalencia de las prestaciones, principalmente porque las partes continúan ejerciendo su autonomía privada y por tanto conservan el control de la adaptación y también porque a través de la negociación, se privilegia el principio de conservación del contrato. El deber de renegociación lo establecen los Códigos Civiles de la Ciudad de México (Art. 1796 Bis), del Estado de Jalisco (Art. 1787), el Código Civil Francés (Art. 1195), los Principios UNIDROIT (Art. 6.2.3.(1), y los Principios Latinoamericanos de Contratos (Art. 84 (1). Cuando la renegociación fracasa, debe recurrirse al tribunal para que dirima la controversia.

*Opción entre la adaptación o la resolución del contrato por un tribunal.* En la mayoría de los Códigos mexicanos se establece la necesidad de recurrir al juez para pedir el ajuste o la resolución del contrato. Algunos señalan que cuando el afectado demanda la resolución o la rescisión, su contraparte podrá oponerse a ella proponiendo modificaciones al contrato (Coahuila, Jalisco, Quintana Roo, Sinaloa).

En el ámbito internacional, la resolución del contrato por el juez se contempla como una opción que procede cuando los esfuerzos de renegociación han fracasado como en los Principios UNIDROIT Art. 6.2.3.(3)(4), los Principios Latinoamericanos de Contratos Art. 84 (3) y la cláusula modelo de la Cámara Internacional de Comercio (*ICC Hardship clause 2020*). La adaptación del contrato por un juez también se regula en el Código Civil Francés (Art. 1195), con la particularidad de que inicialmente debe solicitarse de mutuo acuerdo por las partes y solo si no se logra el acuerdo dentro de un plazo razonable, el juez podrá revisar y adaptar el contrato a solicitud de cualquiera de las partes. El Código civil alemán también autoriza que el juez adapte el contrato cuando las circunstancias que se convirtieron en la base del contrato han cambiado significativamente desde su celebración (Art. 313-1).

*Terminación del contrato.* La solución más extrema en caso de excesiva onerosidad es la terminación o resolución del contrato. El código del Estado de Aguascalientes solo contempla la rescisión, al igual que el Código civil Italiano (Art. 1497). Por otra parte, los Códigos Civiles de la Ciudad de México (Art. 1796 Bis), y el del Estado de Jalisco (Art. 1787), al igual que el francés (Art. 1195), la

mayoría de los instrumentos de derecho uniforme y la cláusula de la ICC sobre Excesiva Onerosidad, dan preferencia a la renegociación, pero si fracasa, otorgan al juez la posibilidad de ajustar o decretar la terminación o resolución del contrato.

### III ] Propuesta de regulación uniforme para México

Una vez analizada la figura de la Teoría de la Imprevisión tanto en los códigos nacionales como en el derecho extranjero y los Instrumentos de Derecho Uniforme que rigen los contratos (en el artículo de mi autoría que constituye el antecedente de este), propongo la siguiente redacción uniforme para regular la Teoría de la Imprevisión en México:

*Art. \*\*\*. El consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias en que se celebra el contrato. No obstante, si durante la ejecución de un contrato de cumplimiento continuo, periódico o diferido, la prestación de una de las partes se torna excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios, imprevisibles y ajenos a los contratantes, la parte afectada podrá solicitar el inicio de un proceso de conciliación en los términos previstos por el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, a fin de solucionar la controversia y ajustar el contrato para recuperar la equidad de las prestaciones recíprocas. Durante el proceso de conciliación no se suspenderá la ejecución del contrato, salvo cuando ésta cause perjuicios irreparables para la parte afectada.*

*En caso de no lograr la conciliación en los términos previstos, la parte afectada podrá optar entre demandar la modificación o ajuste del contrato a juicio del juez, o su resolución. Si se tratara de un contrato unilateral, en el que solo una de las partes hubiera asumido obligaciones, esta solo podrá optar por la modificación o ajuste del contrato. Quedan excluidos de lo dispuesto por este artículo los contratos aleatorios.*

## Bibliografía

- CASTAÑEDA Rivas, María Leoba, *La Imprevisión en los Contratos: La Cláusula Rebus sic Stantibus como Excepción al Principio Pacta sunt Servanda*, <http://biblio.juridicas.unam.mx>
- CHIRINO CASTILLO, Joel, *Teoría de la Imprevisión*, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx>
- DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, *Las Relaciones Obligatorias*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- GARAVENTA, Carlos Adrián y MANIN, María Soledad, *Sobre los Orígenes de la Doctrina de la Frustración del fin del Contrato: Comentario al fallo krell v. henry*, <http://www.derecho.uba.ar> › lye › garaventa-manin.
- RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *Teoría General de las Obligaciones*, editorial Porrúa, México, 2005.
- ROBLES FARIÁS, Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, Tirant lo Blanch, segunda edición, México, 2022.
- ROBLES FARIAS, Diego, *¿Pacta sunt Servanda?...sí, siempre que Rebus sic Stantibus*, *Revista Perspectiva Jurídica Up*, No. 18, semestre I, 2022, enero de 2023, pp. 71 y ss. También puede consultarse en [www.perspectivajuridicaup.org](http://www.perspectivajuridicaup.org)
- SCHWENZER, Ingeborg & MUÑOZ, Edgardo, *Global Sales and Contract law*, Oxford University Press, second edition, United Kingdom, 2022.

## Anexo

### CÓDIGOS CIVILES MEXICANOS QUE REGULAN LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

1

#### CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES (1947)

Libro Cuarto; De las Obligaciones; Capítulo I; Interpretación.

Artículo 1733.- El consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias en que se celebra el contrato; por tanto, salvo aquellos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, los contratos podrán declararse rescindidos cuando, por haber variado radicalmente las condiciones generales del medio en que debían tener cumplimiento, sea imposible satisfacer la verdadera intención de las partes y resulte, de llevar adelante los términos aparentes de la convención, una notoria injusticia o falta de equidad que no corresponda a la causa del contrato celebrado. Este precepto no comprende las fluctuaciones o cambios normales de todo sistema económico o social ni los cambios de posición o circunstancias de los contratantes en la sociedad, sino sólo aquellas alteraciones imprevisibles que sobrevienen por hechos de carácter general y que establecen una desproporción absoluta entre lo pactado y lo que actualmente debiera corresponder a la terminología empleada en el contrato.

Artículo 1734.- En todo caso de aplicación del artículo anterior, la parte que haya obtenido la cesación de los efectos de un contrato deberá indemnizar a la otra, por mitad, de los perjuicios que le ocasione la carencia repentina de las prestaciones materia de dicho contrato, incluyendo gastos y demás que tuvieren que hacerse para lograr las mismas prestaciones en los términos que sean usuales o justos en ese momento. Sólo podrá librarse de este compromiso la parte que ofreciere a la otra llevar adelante las prestaciones aludidas, en términos hábiles, aún cuando esta última rehusare la proposición.

Artículo 1736.- Para que tengan aplicación los artículos que preceden, se supone que el cumplimiento parcial o total del contrato se haya pendiente por causa legítima y no por culpa o mora del obligado.

## 2

### CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA (1999)

Libro Quinto; De Los Hechos, Los Actos Y Los Negocios Jurídicos;  
Capítulo X; De La Excesiva Onerosidad Sobrevenida.

ARTÍCULO 2147.- Cuando en cualquier momento de la ejecución de un contrato bilateral de cumplimiento continuo, periódico o diferido la prestación de una de las partes hubiere llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios que no pudieron razonablemente preverse en el momento de la celebración, la parte que deba tal prestación podrá demandar, bien la rescisión del negocio o bien una modificación equitativa en la forma y modalidades de la ejecución, pero si el negocio es de ejecución continuada o periódica. La rescisión no se extenderá a las prestaciones ya realizadas.

ARTÍCULO 2148. Si de los medios mencionados en el artículo anterior el interesado opta por la rescisión, el demandado podrá oponerse a ella proponiendo modificaciones al contrato suficientes para reducirlo a la equidad.

ARTÍCULO 2149. Cuando la excesiva onerosidad por los acontecimientos extraordinarios a que se alude en el artículo 2147 se presente en negocios en que una sola de las partes hubiere asumido obligaciones, la misma podrá pedir, o bien una reducción equitativa de su prestación, o bien, una modificación, también equitativa, de las modalidades de ejecución.

ARTÍCULO 2150.- No son aplicables las disposiciones de esta sección a los contratos aleatorios, en que la sobrevenida onerosidad excesiva quede comprendida en la incertidumbre normal de los mismos.

## 3

### CIUDAD DE MÉXICO

#### CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL (1928)

Libro Cuarto; De las Obligaciones; Capítulo I; Contratos.  
(ADICIONADOS, G.O. 22 DE ENERO DE 2010)

ARTICULO 1,796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la

buena fe, al uso o a la ley, con excepción de aquellos contratos que se encuentren en el supuesto señalado en el párrafo siguiente.

Salvo aquellos contratos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los contratos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas, dicha parte podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento señalado en el siguiente artículo.

ARTICULO 1,796 Bis.- En el supuesto del segundo párrafo del artículo anterior, se tiene derecho de pedir la modificación del contrato. La solicitud debe hacerse dentro de los treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios y debe indicar los motivos sobre los que está fundada.

La solicitud de modificación no confiere, por sí misma, al solicitante el derecho de suspender el cumplimiento del contrato.

En caso de falta de acuerdo entre las partes dentro de un término de treinta días a partir de la recepción de la solicitud, el solicitante tiene derecho a dirigirse al juez para que dirima la controversia. Dicha acción deberá presentarse dentro de los treinta días siguientes.

Si se determina la procedencia de la acción por ocurrir los acontecimientos a que se refiere el artículo anterior, la parte demandada podrá escoger entre:

I) La modificación de las obligaciones con el fin de restablecer el equilibrio original del contrato según lo determine el juez,

II) La resolución del contrato en los términos del siguiente artículo.

ARTICULO 1,796 Ter.- Los efectos de la modificación equitativa o la rescisión del contrato no aplicarán a las prestaciones realizadas antes de que surgiera el acontecimiento extraordinario e imprevisible, sino que estas modificaciones aplicarán a las prestaciones por cubrir con posterioridad a éste. Por ello tampoco procederá la rescisión si el perjudicado estuviese en mora o hubiere obrado dolosamente.

#### 4

#### CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUANAJUATO (1967)

Libro Tercero; De las Obligaciones; Capítulo I; Interpretación.

(Reformado, p.o. 7. de agosto de 1992)

Art. 1351. Los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida se resuelven por:

I. El aviso que una de las partes dé a la otra, cuando así se hubiere estipulado en el contrato, con la anticipación y en la forma que se hubieren convenido;

II. La realización del hecho o acto que se hubiere estipulado en el contrato o se establezca en la ley como causa de terminación del mismo;

III. La circunstancia de que la prestación de una de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, ajenos a su voluntad y que no sean consecuencia de la ejecución normal del contrato.

El contratante afectado podrá solicitar la modificación o resolución del contrato.

## 5

## CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUERRERO (1993)

## Libro Quinto; De las Obligaciones

## Capítulo IV; De la excesiva onerosidad sobreviniente

Artículo 2012.- Cuando en cualquier momento de la ejecución de un contrato bilateral de cumplimiento continuo, periódico, o diferido, la prestación de una de las partes hubiere llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios que no pudieron razonablemente preverse en el momento de la celebración, la parte que deba tal prestación podrá demandar, bien la rescisión del negocio o bien una modificación equitativa en el monto, la forma o modalidades de la ejecución. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato, Si el negocio fuere de ejecución continuada o periódica, la rescisión o la modificación no se extenderá a las prestaciones ya cumplidas.

Artículo 2014.- Cuando la excesiva onerosidad por los acontecimientos extraordinarios a que se refiere el artículo 2012 se presente en negocios en que una sola de las partes hubiere asumido obligaciones, la misma podrá pedir, bien una reducción equitativa de su prestación, bien una modificación, también equitativa, de las modalidades de ejecución.

Artículo 2015.- No procederá la resolución ni la modificación del contrato si el perjudicado estuviere en mora de cumplir su obligación.

## 6

## CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO (1995)

## Libro Cuarto; De las Obligaciones; Capítulo III; De la resolución o reseción.

Art. 1787.- El consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias en que se celebra el contrato; por tanto, salvo aquellos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los negocios de ejecución a largo plazo o de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios que rompan con la reciprocidad, la equidad o la buena fe de las partes, podrá intentarse la acción tendiente a la recuperación de este equilibrio y cuando el demandado no estuviere de acuerdo con ello, podrá optar por su resolución.

Art. 1788.- En todo caso de aplicación del artículo anterior, la parte que haya obtenido la cesación de los efectos de un contrato deberá indemnizar a la otra, por mitad, de los perjuicios que le ocasione la carencia repentina de las prestaciones materia de dicho contrato, incluyendo gastos y demás erogaciones que tuvieren que hacerse para lograr las mismas prestaciones en los términos que sean usuales o justos en ese momento. Sólo podrá librarse de este compromiso la parte que ofreciere a la otra llevar adelante las prestaciones aludidas, en términos hábiles, aún cuando esta última rehusare la proposición.

## 7

## CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO (2002)

## Libro Séptimo; De las Obligaciones; Capítulo I

## Por acontecimientos extraordinarios.

Artículo 7.35.- En cualquier momento de la ejecución de los contratos a que se refiere el artículo anterior, y siempre que las partes hubieren consignado las circunstancias que sustentaron los motivos determinantes de su voluntad para celebrarlos, si tales circunstancias varían por acontecimientos extraordinarios sobrevenidos y de tal variación resulta oneroso en exceso el cumplimiento del contrato para una de ellas, la parte afectada podrá pedir la rescisión o la nulidad relativa del contrato, o la reducción equitativa de la obligación.

Artículo 7.36.- Los acontecimientos extraordinarios a que se refiere el artículo anterior, serán:

I. El desarrollo y disponibilidad de nuevas tecnologías, que hagan excesivamente oneroso en el proceso productivo, el uso de los bienes o servicios a los que se refirió el contrato;

II. La modificación substancial y generalizada de los precios que en el mercado corriente tuviere el suministro o uso de los bienes, o la prestación del servicio, objeto del contrato.

Se entenderá por modificación substancial, toda variación de los precios en un porcentaje no menor al treinta por ciento;

III. La modificación substancial de cualquiera o

Artículo 7.37.- Aquél que de manera infundada invoque acontecimientos extraordinarios con el único propósito de incumplir obligaciones convenidas, deberá pagar a su contraparte un treinta por ciento más de lo que pretendía nulificar o reducir.

## 8

## CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE QUINTANA ROO (1980)

## Libro Primero; Parte General De Los Hechos, Actos y Negocio Jurídicos;

## Capítulo X; De la excesiva onerosidad sobrevenida

Artículo 378.- Cuando en cualquier momento de la ejecución de un contrato bilateral de cumplimiento continuo, periódico, o diferido, la prestación de una de las partes hubiere llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios que no pudieron razonablemente preverse en el momento de la celebración, la parte que deba tal prestación podrá demandar, bien la rescisión del negocio o bien una modificación equitativa en la forma y modalidades de la ejecución, pero si el negocio es de ejecución continuada o periódica, la rescisión no se extenderá a las prestaciones ya realizadas.

Artículo 379.- Si de los medios mencionados en el artículo anterior el interesado opta por la rescisión, el demandado podrá oponerse a ella proponiendo modificaciones al contrato suficientes para reducirlo a la equidad.

Artículo 380.- Cuando la excesiva onerosidad por los acontecimientos extraordinarios a que se alude en el artículo 378 se presente en negocios en que una sola de las partes hubiere asumido obligaciones, la misma

podrá pedir, o bien una reducción equitativa de su prestación, o bien una modificación, también equitativa, de las modalidades de ejecución.

## 9

## CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI (1946)

Libro Cuarto; De las Obligaciones; Capítulo I; De la Imprevisión en los Contratos

(Adicionados, 7 de agosto de 1997)

ART. 1633.1.- En los contratos unilaterales o bilaterales con prestaciones periódicas o continuas, el consentimiento y la voluntad de las partes se entienden otorgados en los términos, condiciones y circunstancias existentes en el momento de su celebración.

ART. 1633.2.- Si en cualquier momento de la ejecución de los contratos a que se refiere el artículo anterior varían, por acontecimientos extraordinarios que no se hayan previsto por las partes al momento de su celebración, las condiciones generales del medio en que debería darse cumplimiento a lo pactado, la parte afectada podrá demandar la nulidad relativa del contrato, o bien, una reducción equitativa y justa en razón a la alteración imprevista manifestada, ya que de pretender exigirse el cumplimiento en los términos aparentes de lo convenido, se actualizaría una prestación excesivamente onerosa y carente de equidad, la cual de ninguna manera estaría respondiendo a la causa original del contrato celebrado, ni a la voluntad, ni consentimiento real de las partes.

ART. 1633.3.- Se entiende por acontecimientos extraordinarios, aquellas alteraciones imprevisibles que sobrevengan por hechos o circunstancias que alteren la situación económica del país o del Estado de San Luis Potosí, de tal manera que de haber sabido el deudor se iban a manifestar en perjuicio de lo pactado por él, no se habría obligado, ni convenido en la forma y términos en que lo hizo.

## 10

## CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO SINALOEA (1940)

Libro Cuarto; De las Obligaciones; Capítulo I;  
DE LA IMPREVISIÓN DE LOS CONTRATOS

(Adicionados, 10 de enero de 2001).

ARTÍCULO 1735 Bis-A.- En los contratos bilaterales y unilaterales con prestaciones periódicas o de tracto sucesivo, el consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias generales existentes al momento de su celebración.

ARTÍCULO 1735 Bis-B.- Cuando en cualquier momento de la ejecución de los contratos a que se refiere el artículo anterior, varíen substancialmente las condiciones generales del medio en el que debe tener cumplimiento, por acontecimientos extraordinarios, que no pudieron razonablemente preverse por ninguna de las partes contratantes al momento de su celebración; y que de llevar adelante los términos aparentes en la convención resultaría una prestación excesivamente onerosa a cargo de cualquiera de estas, que rompan la equidad en el contrato celebrado, podrá demandarse la terminación de éste o bien una modificación equitativa en la forma y modalidades de la ejecución.

ARTÍCULO 1735 Bis-C.- En todos los casos, ya sea de terminación de contrato o de la modificación equitativa en la forma y modalidades de la ejecución, el alcance de la demanda no se extenderá a las prestaciones realizadas hasta antes de la presentación del acontecimiento extraordinario, pero las prestaciones cubiertas con posterioridad a éste así como las futuras pendientes de cumplir si serán materia de la terminación del contrato o de la modificación equitativa en la forma y modalidades de la ejecución.

ARTÍCULO 1735 Bis-D.- Si el interesado opta por la terminación del contrato, el demandado podrá oponerse a ella, proponiendo modificaciones al contrato suficientes para adecuarlo a los principios de equidad, buena fe y reciprocidad de las partes, en cuyo caso, y de no ser aceptadas las modificaciones propuestas, se continuará con la acción de terminación.

ARTÍCULO 1735 Bis-E.- Sólo se considerarán como acontecimientos extraordinarios a aquellas alteraciones imprevisibles, que sobrevienen por hechos o circunstancias ajenos a la voluntad de las partes que alteran la equidad en el contrato, de tal manera que de haberlas sabido alguna de las partes, no habría pactado en la forma que lo hizo, o simplemente no hubiera llevado a cabo el contrato. Este precepto no comprende las fluctuaciones o cambios normales de todo sistema económico o social, ni los cambios de posición o circunstancias económicas o sociales propios de los contratantes.

ARTÍCULO 1735 Bis-F.- La prescripción de las acciones anteriores, será de un año.

ARTÍCULO 1735 Bis-G.- Para que tengan aplicación los artículos que preceden, el cumplimiento parcial o total del contrato debe encontrarse pendiente por las causas señaladas y no por la culpa o mora del obligado.

## 11

### CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TAMAULIPAS TÍTULO SEGUNDO; FUENTES DE LAS OBLIGACIONES CAPÍTULO I CONTRATOS

#### Sección I. Disposiciones preliminares

ARTÍCULO 1261.- En los contratos bilaterales de ejecución diferida, o tracto sucesivo, cuando las circunstancias que prevalecían en el momento de su celebración y que influyeron de manera importante en la determinación de las partes para celebrarlo sufren alteración sustancial por un hecho imprevisible, de manera que el cumplimiento de sus cláusulas tal como fueron estipuladas rompería el equilibrio de las prestaciones; el juez podrá dictar las modificaciones necesarias para establecer la equidad en la ejecución del contrato.

ARTÍCULO 1262.- El juez sólo podrá acordar la modificación del contrato:

- I.- Por sentencia que pronunciará a instancia del perjudicado;
- II.- Si en el juicio se prueba que la alteración de las circunstancias fue imprevisible y general en la región o en el país;
- III.- Sin modificar la naturaleza y los elementos sustanciales del contrato.

12

## CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ DE LA LLAVE (1932)

Libro Cuarto; De las Obligaciones; Capítulo X;

De la imprevisión en los contratos

(Adicionados, 15 de noviembre de 1997).

ARTICULO 1792 A.- En los contratos bilaterales con prestaciones periódicas o continuas, así como en los contratos unilaterales, el consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias generales existentes en el momento de su celebración, salvo aquellos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio.

ARTICULO 1792 B.- Cuando en cualquier momento del cumplimiento de los contratos a que se refiere el artículo anterior, cambien las condiciones y circunstancias generales, existentes en el momento de su celebración por acontecimientos extraordinarios que no se pudieron razonablemente prever por las partes, y que de llevarse adelante los términos de la convención resulten las prestaciones excesivamente onerosas para una de las partes y notoriamente favorable para la otra, en estos casos el contrato deberá ser modificado por el juez a petición de parte, conforme a la buena fe, a la mayor reciprocidad y a la equidad de intereses, y en caso de ser imposible aquello, podrá determinar que se extingan sus efectos.



# Estudios jurídicos

Revista

PERSPECTIVA  
JURÍDICA 

NÚMERO  
**19** SEMESTRE II  
2023



# Legitimación de defensores de Derechos Humanos para promover el Juicio de Amparo

DERECHOS HUMANOS Y LITIGIO ESTRATÉGICO MEXICANO, A.C.  
(DLM)<sup>1</sup>

*Agradecemos la colaboración de María Begoña Suárez Carús<sup>2</sup>, Pablo Alejandro Herrera Hernández<sup>3</sup>, Jorge Alejandro Cardoso Sánchez<sup>4</sup> y Carlos Guillermo Guerrero Orozco<sup>5</sup> para la elaboración del presente artículo*

---

<sup>1</sup> <http://www.dlmex.org/>

<sup>2</sup> Abogada por la Universidad Iberoamericana, ha trabajado en firmas de abogados y en organizaciones de la sociedad civil como Asylum Access. Actualmente Coordinadora de Judicialización en Mexicanos Primero, Visión 2030, A.C.

<sup>3</sup> Coordinador de Litigio y Proyectos especiales en DLM. Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara. Cuenta con diplomados en Litigio Estratégico y Política Exterior Mexicana. Ha dirigido la elaboración del Mecanismo paralelo de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción en México.

<sup>4</sup> Es cofundador y secretario de DLM. Ha trabajado para el entonces Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (actualmente Tribunal Federal de Justicia Administrativa), para despachos especializados en la Ciudad de México. Ha sido profesor invitado en la Escuela Libre de Derecho y en la Universidad Nacional Autónoma de México, entre otras. Es abogado por la Escuela Libre de Derecho y maestro en derecho procesal constitucional por la Universidad Panamericana. Cuenta con diplomados en *El Nuevo Marco Constitucional en Derechos Humanos y Amparo*, impartido por la Escuela Libre de Derecho y en Competencia Económica, impartido por la International Chamber of Commerce (ICC).

<sup>5</sup> Es cofundador y presidente de DLM. Ha consultado para el Banco Interamericano de Desarrollo en Washington, D.C. y Transparencia Internacional en Madrid, en temas relacionados con el control de la corrupción en Iberoamérica, y ha trabajado para firmas de abogados especializadas en litigio administrativo y constitucional. Ha colaborado como articulista en diversos medios nacionales e internacionales como CNN en Español, Revista Nexos, GTDT: Market Intelligence, Revista Internacional de Transparencia e Integridad, Mexican Times, entre otros, en cuestiones relacionadas con corrupción, gestión gubernamental, nombramiento de altos funcionarios y protección de denunciantes. Ha sido conferencista en la Universidad de Cornell en Nueva York y en el Atlantic Council en Washington, D.C.

Es abogado por la Escuela Libre de Derecho y maestro en gobierno y administración pública por la Escuela de Política y Alto Gobierno del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, en la que presentó la tesis titulada: *El derecho a la reparación integral del daño como consecuencia de actos de corrupción en México*.

SUMARIO: I. *Marco conceptual en materia de juicio de amparo.* II. *Derecho humano a vivir en un ambiente libre de corrupción.* III. *Derecho a defender los derechos humanos.* IV. *Juicio de amparo.* V. *Conclusiones y recomendaciones.*

**Resumen.** Con la introducción de la figura de *interés legítimo* en el juicio de amparo se modifica el entendimiento de los derechos supraindividuales para reconocerles el carácter de derechos exigibles –de manera individual o colectiva– en la jurisdicción constitucional. Ello permite ampliar el ámbito de protección de una serie de derechos –como el derecho a vivir en un ambiente libre de corrupción y a defender los derechos humanos– que por mucho tiempo quedaron rezagados. Ante las dificultades que conlleva acreditar el interés legítimo de los defensores y defensoras de derechos humanos para impugnar este tipo de derechos en la práctica, merece la pena analizar las barreras y áreas de oportunidad existentes en la legislación y jurisprudencia mexicana.

**Palabras clave:** Acceso a la justicia, ambiente libre de corrupción, derechos humanos, derechos supraindividuales, impunidad, interés legítimo, legitimación activa.

**Abstract.** *As a result of the implementation of the concept of legitimate interest –also known as legal standing in the international doctrine– in the amparo proceeding, the understanding of supra-individual rights has been modified to recognize them as rights that can be enforced –individually or collectively– through constitutional proceedings. This broadens the scope of protection of a series of rights –such as the right to live in an environment free of corruption and the right to defend the human rights– that for a long time were left behind. Given the difficulties implied in proving the legitimate interest of human rights defenders to challenge this type of rights in practice, it is worth analyzing the barriers and areas of opportunity within Mexican legislation and jurisprudence.*

**Keywords:** *Access to justice, corruption free environment, human rights, supra-individual rights, legitimate interest, effective judicial recourse.*

## GLOSARIO

| Abreviatura  | Definición   |
|--|--|
| Americas Society   | Americas Society/Council of the Americas y Control Risks   |
| CPEUM o Constitución Federal                                   | Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos  |
| Declaración sobre Defensores                                   | La Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos.  |
| CIDH o la Comisión   | Comisión Interamericana de Derechos Humanos  |
| Corte IDH  | Corte Interamericana de Derechos Humanos   |
| CNUCC o Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción | Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, firmada por el Estado mexicano el 9 de diciembre del 2003, ratificada por el Senado el 29 de abril de 2004, entrando en vigor el 14 de diciembre de 2005 y fue publicada en el DOF en la misma fecha.                |
| CADH o Convención Americana de Derechos Humanos                | Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, firmada por el Estado Mexicano el 18 de noviembre de 1980 y publicada en el DOF el 7 de mayo de 1981  |
| Convención Interamericana Contra la Corrupción                 | La Convención Interamericana Contra la Corrupción, firmada por el Estado mexicano el 29 de marzo de 1996, ratificado por el Senado el 30 de octubre de 1996, entrando en vigor el 2 de julio de 1997 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1998 |
| DLM  | Derechos Humanos y Litigio Estratégico Mexicano, A.C.  |
| DOF  | Diario Oficial de la Federación  |
| G20  | Grupo de los Veinte  |

|                             |  |
|-----------------------------|--|
| Índice CCC                  | Índice de Capacidad de Combate a la Corrupción, administrado por Americas Society/Council of the Americas  |
| IPC                         | Índice de Percepción de la Corrupción  |
| OACNUDH                     | Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México  |
| J.A.                        | Juicio de amparo indirecto   |
| OCDE                        | Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos  |
| ONU                         | Organización de las Naciones Unidas  |
| R.A.                        | Amparo en Revisión   |
| Reforma de Amparo           | Decreto por el que se reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 6 de junio de 2011.  |
| Reforma de Derechos Humanos | Decreto por el que se reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 10 de junio de 2011. |
| SCJN o Alto Tribunal        | Suprema Corte de Justicia de la Nación   |

## I ] Marco conceptual en materia de juicio de amparo

1. *Reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos.* El juicio de amparo es la herramienta más poderosa que tienen los gobernados para exigir a las autoridades mexicanas que respeten sus derechos fundamentales. En la última década el amparo ha evolucionado para convertirse en un medio de control cada vez más garantista que ha derivado en importantes cambios sociales.

En 2011 los derechos fundamentales ocuparon un lugar central en la agenda política de nuestro país, por lo que en el mes de junio se publicaron en el DOF dos importantes reformas constitucionales:

a) Reforma de Derechos Humanos: De manera destacada se reformó el artículo primero de la CPEUM<sup>6</sup> con el objetivo de:

<sup>6</sup> Artículo 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el

Ampliar el catálogo de derechos humanos al otorgarle tal carácter no solamente a los derechos contenidos en la Constitución Federal, sino también a aquellos previstos en los tratados internacionales suscritos y ratificados por México.

Establecer textualmente la obligación dirigida a todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar estos derechos, favoreciendo en todo momento la protección más amplia.

b) Reforma de Amparo: Con esta reforma se amplió el alcance de la procedencia del juicio de amparo previsto en los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal con la finalidad de garantizar una protección cada vez más extensa en materia de derechos humanos. Para lograr dicho objetivo, entre otras cuestiones: i.- Se instauró la procedencia respecto de cualquier norma general<sup>7</sup>, actos u omisiones de autoridades que violen los derechos humanos plasmados tanto en la Constitución Federal como en los tratados internacionales de que México sea parte<sup>8</sup>; ii.- Se introdujo la figura del interés legítimo individual y colectivo.<sup>9</sup> iii.-

---

Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

(...)

<sup>8</sup> Art. 103.- Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

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

(...)

<sup>9</sup> Art. 107.- Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

I.- El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

(...)

Se estableció que la violación en la esfera jurídica de quien promueva el amparo puede ser directa o indirecta, es decir en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.<sup>10</sup>

La Reforma de Derechos Humanos y la Reforma de Amparo tuvieron una finalidad muy clara: que todos los derechos humanos reconocidos en cualquier norma general –no solo en la Constitución Federal y en los tratados internacionales– sean efectivos y tutelables.<sup>11</sup> Así, la aplicación integral de ambas reformas constituye un verdadero cambio de paradigma para la defensa de derechos humanos en México al modificar los términos de la exigibilidad y justiciabilidad de algunos derechos que anteriormente quedaban fuera del velo de protección del juicio de amparo, ya fuera porque no estaban contenidos expresamente en la Constitución Federal, porque la quejosa no lograba acreditar una afectación directa respecto de un derecho subjetivo o por tratarse de derechos de carácter supraindividual –derechos colectivos y derechos difusos.

Los derechos colectivos y los derechos difusos guardan muchas similitudes entre sí: son de naturaleza supraindividual, indivisible y sus titulares son personas indeterminadas (aunque determinables), como ocurre con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Hasta antes de las reformas mencionadas, estos derechos habían sido históricamente desestimados, entre otras razones, porque las y los gobernados no lograban acreditar (ni podían hacerlo) el requisito de ostentar un interés jurídico –ser titulares de un derecho subjetivo– que, previo a la Reforma de Amparo, era fundamental para la procedencia de ese juicio.<sup>12</sup>

Bajo esa concepción este tipo de derechos quedaban fuera del ámbito de protección del juicio de amparo considerándolos solamente como derechos programáticos o como principios de políticas públicas, pero sin la posibilidad de hacerlos efectivos judicialmente.<sup>13</sup>

Si bien la procedencia del juicio de amparo presupone la existencia de un agravio, a partir de la Reforma de Amparo la nueva

---

<sup>10</sup> Anteriormente la violación únicamente podía ser directa.

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ, Vicente. *El Juicio De Amparo En La Décima Época*. México: Editorial Porrúa, México, 2019

<sup>12</sup> UGARTE, Pedro Salazar. *La Reforma Constitucional Sobre Derechos Humanos. Una Guía Conceptual*. (México DF: Instituto Belisario Domínguez, 2014), 222.

<sup>13</sup> Ídem

legislación en la materia establece que la parte quejosa<sup>14</sup> –persona que promueve el juicio de amparo– acredita ese carácter cuando aduce ser titular de un i.- interés jurídico (derecho subjetivo), o; ii.- interés legítimo individual o colectivo, esta última figura que permite impugnar, entre otras cuestiones, los derechos difusos. De esta forma, con la nueva condición de legitimidad para las víctimas de violaciones a derechos humanos y a partir de la protección extensiva que ofrece el artículo 1º de la Constitución Federal, no se acepta la declaratoria de improcedencia del juicio de amparo por ese motivo.<sup>15</sup>

2. *Interés legítimo.* Concepto y alcance. Uno de los grandes avances que deriva de la introducción de la figura de interés legítimo en el juicio de amparo a partir de la Reforma de Amparo es que permite que sean cada vez más las personas que pueden acudir a la vía de amparo a reclamar el cumplimiento de sus derechos fundamentales.

Tal y como se expresó en la Exposición de Motivos que dio origen a la Reforma de Amparo, la introducción de la figura del interés legítimo rompe tecnicismos y limitaciones de la protección constitucional<sup>16</sup>. El interés legítimo surge como respuesta y para resolver problemas de indeterminación o ambigüedad y lagunas en aquellos casos donde las obligaciones o deberes de la administración pública no están puntualmente definidos ni concretizados y la posición del administrado no es clara en aspectos de la titularidad de determinados derechos.<sup>17</sup>

El constituyente permanente apuntó de manera acertada que:

*Por lo que se refiere a los derechos económicos sociales y culturales reconocidos en la Constitución y en los mencionados instrumentos internacionales, debe precisarse que el reconocimiento y tutela que se haga de ellos, implica la necesidad de modificar nuestro entendimiento de tales derechos como normas programáticas, que en la práctica han sido vistas*

<sup>14</sup> Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo: I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico (...)

<sup>15</sup> Ídem.

<sup>16</sup> Departamento: C. Senadores, 2011

<sup>17</sup> TRON PETIT, Jean Claude. *Qué hay del interés legítimo.* (México DF: Ed. Porrúa, 2016), 6.

*simplemente como directrices abiertas para el Estado y no como derechos exigibles de manera individual o colectiva.*<sup>18</sup>

Sin embargo, es importante señalar que, si bien ahora son más las personas legitimadas para promover el juicio de amparo, ello no quiere decir que cualquier persona pueda hacerlo. Se reitera que para la procedencia del amparo es indispensable que se actualice un principio de afectación, es decir, que la potencial quejosa demuestre que el acto reclamado le genera una afectación directa (conforme al interés jurídico) o indirecta (atendiendo al interés legítimo).

Así, el interés legítimo se sitúa en un punto medio entre el interés jurídico y el interés simple –aquel que tienen todas las personas de que se cumpla la ley–; de manera que existen tres tipos de intereses distintos en relación con el nivel de afectación que los actos de autoridad generan en la esfera jurídica de los individuos:

| <b>Interés simple</b>   | <b>Interés legítimo</b>   | <b>Interés jurídico</b>   |
|---|---|---|
| Interés que tienen todas las personas en que las autoridades cumplan las leyes. No es posible promover el juicio de amparo. | La parte interesada puede reclamar una afectación directa o indirecta, individual o colectiva sin que sea necesario un derecho subjetivo, pero sí un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante. | La parte interesada debe acreditar un agravio personal y directo respecto de un derecho subjetivo del que es titular. |
| No procede el juicio de amparo.   | Procede el juicio de amparo, siempre y cuando se acrediten los requisitos previstos en la jurisprudencia de la SCJN.  | Procede el juicio de amparo.  |

<sup>18</sup> Exposición de motivos de la Reforma en materia de amparo de 6 de junio de 2011. Departamento: C. d. Senadores 2011 consultable en <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red/constitucion/PDFs/proceso%20legislativo%20a%20mparo.pdf#page=2>

Si bien el interés legítimo es una figura compleja respecto de la cual no es posible crear un concepto único y cerrado<sup>19</sup>, el Alto Tribunal ha establecido que para efectos de que el quejoso pueda demostrar que tiene un verdadero interés legítimo –y no uno simple– deberá acreditar los siguientes requisitos<sup>20</sup>:

*La existencia de un vínculo de derechos*, que implica una relación del quejoso con los derechos fundamentales que aduce han sido vulnerados sin que sea necesario un derecho subjetivo expresamente otorgado por el ordenamiento, pero sí un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante.

*Principio de afectación*, que implica que la lesión en la esfera del quejoso sea razonablemente apreciable y no una simple posibilidad.

*Relación jurídica específica*, que es la situación que guarda el quejoso con el objeto de la pretensión, esta situación debe ser especial y diferente la del resto de las personas.

*Beneficio jurídico*, es decir, un efecto positivo en la esfera jurídica del quejoso que sea producto de la eventual concesión del amparo.

Así las cosas, debe entenderse que la posibilidad de promover el juicio de amparo bajo un interés legítimo es el caso de excepción<sup>21</sup>, pues el interés jurídico se sigue constituyendo como la regla general –requisito de legitimación–. Por ello, el estándar para acreditar la titularidad del interés legítimo deberá satisfacerse cabalmente por la o el gobernado, cuestión que puede resultar compleja en la práctica.

No cabe duda de que la introducción de la figura del interés legítimo en nuestro ordenamiento jurídico implica un avance sin precedentes en materia de protección de derechos humanos pues, como se señaló anteriormente, abre la posibilidad de defender derechos que antes quedaban completamente excluidos del ámbito de aplicación del juicio de amparo. Explica Gómez Montoro que el interés legítimo sirve de manera especial, aunque desde luego no exclusiva, para la protección de intereses colectivos y, por ello, es especialmente adecuado para justificar la legitimación de entidades de base asociativa a quienes con frecuencia el

---

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ, Vicente. *El Juicio De Amparo En La Décima Época*. México: Editorial Porrúa México, 2019.

<sup>20</sup> Tesis jurisprudencial **P./J. 50/2014 (10a.)**. [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 12, noviembre de 2014; Tomo I; Pág. 60.

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ, Vicente. *El Juicio De Amparo En La Décima Época*. México: Editorial Porrúa México, 2019.

ordenamiento encomienda la tutela de los derechos difusos.<sup>22</sup> Lamentablemente, en la práctica siguen existiendo muchas limitantes con respecto al entendimiento, alcance y aplicación de esta figura, conforme se expresará más adelante.

## II ] Derecho humano a vivir en un ambiente libre de corrupción

1. *Concepto de corrupción.* Transparencia Internacional define a la corrupción como el abuso del poder para beneficio propio<sup>23</sup>. Por otro lado, la organización civil *Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad* ha definido ese fenómeno como *el abuso de cualquier posición de poder, pública o privada, con el fin de generar un beneficio indebido a costa del bienestar colectivo o individual*<sup>24</sup>. De manera más filosófica, en el prólogo de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción se ha establecido que *la corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana.*<sup>25</sup>

Independientemente de qué definición nos parezca más completa o acertada, lo cierto es que resulta realmente complicado dilucidar el concepto y fenómeno de la corrupción desde todas sus aristas, toda vez que (i) engloba numerosas conductas siempre enunciadas, pero casi nunca bien definidas y tipificadas en la ley y (ii) siendo conductas apartadas de la ley y merecedoras de un castigo, normalmente se practican a la sombra o de manera clandestina.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> TRON PETIT, Jean Claude. *Qué hay del interés legítimo*. (México DF: Ed. Porrúa, 2016), 6.

<sup>23</sup> *Guía De Lenguaje Claro Sobre Lucha Contra La Corrupción*. (2009). <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf>.

<sup>24</sup> CASAR, María Amparo. *Anatomía De La Corrupción. 2a Edición, Corregida Y Aumentada*. (2016): 11. [https://imco.org.mx/wp-content/uploads/2016/10/2016-Anatomia\\_Corrupcion\\_2-Documento.pdf](https://imco.org.mx/wp-content/uploads/2016/10/2016-Anatomia_Corrupcion_2-Documento.pdf).

<sup>25</sup> *Convención De Las Naciones Unidas Contra La Corrupción*. Nueva York, 2004.

<sup>26</sup> Idem.

2. *Reconocimiento constitucional y convencional del derecho a vivir en un ambiente libre de corrupción.* A partir de los artículos 73, fracción XXIV, 79, 102, 109 y 113 de la Constitución Federal, pueden establecerse el derecho de las personas a vivir en un ambiente libre de corrupción, así como la colateral obligación para las autoridades de promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar dicho fenómeno.

En ese sentido, el Estado Mexicano ha suscrito distintos tratados internacionales con el propósito de salvaguardar ese derecho como la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y la Convención Interamericana Contra la Corrupción, donde se ha obligado, entre otras cuestiones, a: i.- Formular y aplicar políticas y prácticas de prevención de corrupción. ii.- Tomar medidas para aumentar la transparencia, fortalecer la obligación de rendir cuentas y garantizar el acceso eficaz del público a la información. iii.- Castigar actos de corrupción. iv.- Garantizar que las personas perjudicadas por actos de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener una indemnización. v.- Adoptar medidas para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil o las organizaciones no gubernamentales, en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa.

Es importante señalar que el derecho a vivir en un ambiente libre de corrupción reconocido tanto en la Constitución Federal como en los citados tratados internacionales es un derecho difuso en virtud de su naturaleza supraindividual e indivisible, así como del hecho de que sus titulares son personas indeterminadas, a saber, toda la población.

3. *La corrupción en México y su impacto negativo.* El Estado Mexicano ha fracasado gravemente en su obligación de prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. México es –y ha sido por años– uno de los países más corruptos del mundo, así lo han determinado los principales organismos internacionales encargados de medir la corrupción a nivel mundial.

Por lo general, la corrupción implica actividades ilícitas que se ocultan deliberadamente y que solo salen a la luz a través de escándalos, investigaciones o procesos judiciales. Los investigadores, la sociedad civil y los gobiernos han avanzado en la tarea de medir la corrupción en sectores específicos, sin embargo,

al día de hoy no existe ningún índice que mida directamente los niveles *reales* de corrupción en todas sus manifestaciones.<sup>27</sup> Como consecuencia, Transparencia Internacional ha desarrollado el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC)– medidor de corrupción más usado en el mundo– que, como su nombre lo indica, evalúa a los países de todo el mundo en función del grado de corrupción que se percibe en su administración pública. Las puntuaciones reflejan las opiniones de los expertos y de empresarios (no del público en general) y toman en cuenta factores como soborno, desviación de fondos públicos, persecución efectiva de los casos de corrupción y marco legal acceso a la información y la protección legal de los denunciantes, periodistas e investigadores.<sup>28</sup>

En el IPC de 2021, publicado en enero de 2022, Transparencia Internacional otorgó a México una calificación de 33 puntos sobre 100, en una escala donde 0 es muy corrupto y 100 muy transparente<sup>29</sup>; conforme se ilustra en el siguiente mapa:



Fuente: [www.transparency.org/cpi](http://www.transparency.org/cpi)

Con esa calificación, México se ubica en la posición 124 de los 180 países evaluados por dicho organismo y, a su vez, como el país peor evaluado de los 38 países que integran la OCDE<sup>30</sup> y el

<sup>27</sup> *Corruptions Perceptions Index 2021*, <https://www.transparency.org/en/cpi/2021>

<sup>28</sup> Ídem.

<sup>29</sup> Ídem

<sup>30</sup> Foro conformado por 38 países democráticos con una economía de mercado, trabajan conjuntamente con el fin de enfrentarse a los desafíos económicos, sociales y de buen gobierno y coordinar políticas locales e internacionales.

penúltimo peor evaluado de los miembros del G20<sup>31</sup>, solo por delante de Rusia.<sup>32</sup>

Quizás el aspecto más nocivo de la corrupción es que se trata un fenómeno que permea en todas las esferas del país. El impacto negativo de la corrupción inhibe los esfuerzos para el acceso a la justicia y el combate a la pobreza, desigualdad y marginación social; genera inseguridad, violencia y descrédito internacional, mermando la eficacia para fomentar el crecimiento económico, ahuyentando con ello inversiones productivas para el país por la falta de confianza.<sup>33</sup>

Además, el costo económico que pagamos los mexicanos y mexicanas por vivir en un país con altos índices de corrupción es muy alto. Identificar y cuantificar dichos costos es indispensable para conocer la dimensión del problema y diseñar políticas públicas adecuadas para su prevención y erradicación. Existen dos tipos de costos derivados de la corrupción:

*Directos:* Dinero o recursos que los ciudadanos comunes o las empresas deben destinar a pagos de sobornos; la enorme cantidad de recursos públicos de los programas sociales que se pierden en el camino de los intermediarios; el porcentaje que se «invierte» en un gestor para que la Secretaría de Hacienda «baje» los recursos a las entidades federativas; o la «comisión» que el constructor incorpora al presupuesto de una obra para que le sea asignada.

*Indirectos:* Disminución en la productividad del capital invertido por empresas; la inversión que deja de llegar; la reducción en la calidad del bien producido y el servicio otorgado; o los pagos que tienen que hacerse para conseguir la autorización de apertura de un negocio.<sup>34</sup>

En un reciente estudio publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía se reveló que en un periodo de dos años el costo de la corrupción en México aumentó 64 por ciento. Ese estudio reflejó que, mientras que en 2017 el impacto al bolsillo de los mexicanos fue de 7 mil 780 millones de pesos, para 2019 la cifra escaló a 12 mil 770 millones de pesos. En términos per cápita, cada persona mayor a 18 años desembolsó 3 mil 822 pesos a

---

<sup>31</sup> Principal foro de coordinación de políticas macroeconómicas entre las veinte economías más importantes del mundo.

<sup>32</sup> *Corruptions Perceptions Index*. 2021, <https://www.transparency.org/en/cpi/2021>.

<sup>33</sup> *Iniciativa Con Proyecto De Decreto Que Reforma La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos Para Crear El Sistema Nacional Anticorrupción Y De Fiscalización*. 2014

<sup>34</sup> CASAR, María Amparo. *Anatomía De La Corrupción. 3a Edición, Corregida Y Aumentada*. (2020): 65 y 66.

consecuencia de la corrupción.<sup>35</sup> Sin embargo, el costo indirecto de la corrupción puede escalar hasta cifras inimaginables.

4. *Capacidad de Combate a la Corrupción*. El papel de la participación de la sociedad civil. Entre las principales causantes de la corrupción en los ámbitos gubernamentales se encuentra la falta de control de transparencia en la rendición de cuentas, aunado a la mala gestión de cargos públicos, lo que conlleva a una impunidad creciente. La cifra negra de impunidad en casos de corrupción es de 99%, es decir, por cada 100 actos de corrupción, 23 son denunciados, pero solo uno tiene algún tipo de consecuencia.<sup>36</sup> Las cifras reflejan un círculo vicioso que parece interminable. Mientras siga habiendo corrupción, habrá impunidad, y mientras no disminuya la impunidad, tampoco lo hará la corrupción.

Americas Society/Council of the Americas (AS/COA) y otras organizaciones han desarrollado recientemente un indicador de corrupción denominado como Índice de Capacidad de Combate a la Corrupción (CCC, por sus siglas en inglés de *Capacity to Combat Corruption Index*) que mide la capacidad de los países para desenmascarar, castigar y disuadir la corrupción. Para ello toma en consideración 14 variables que se agrupan en 3 subcategorías distintas: (i) capacidad legal, (ii) instituciones políticas y democracia y (iii) sociedad civil, medios de comunicación y sector privado.<sup>37</sup>

En el primer estudio elaborado en el año 2019 se evaluó a Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, México, Perú y Venezuela por representar de manera colectiva casi el 90% del Producto Interno Bruto de América Latina y la Región del Caribe. Sin embargo, el índice CCC obtenido por México resulta desolador: 4.65 de 10 puntos.<sup>38</sup> Lamentablemente, en el ulterior estudio realizado en el año 2021 el resultado obtenido por nuestro país fue aún peor, lo que llevó a las organizaciones evaluadoras a concluir que México se encuentra en una clara trayectoria descendente en el Índice CCC: mientras que el descenso de 2019

---

<sup>35</sup> *Costo De La Corrupción Creció 64 Por Ciento En México*. 2021, acceso el 17 de febrero de 2022, 2022, <https://oneamexico.org/2021/12/09/costo-de-la-corrupcion-crecio-64-por-ciento-en-mexico/>.

<sup>36</sup> AGUILAR, Sofía Ramírez. *Los Mexicanos Frente a La Corrupción Y La Impunidad. Perspectivas y Prospectivas 2019*. (2019), 23.

<sup>37</sup> RISKS, AS/COA and Control. *The Capacity to Combat Corruption (Ccc) Index*. (2019): 3.

<sup>38</sup> Ídem: 13

a 2020 fue de apenas un 2%, su puntuación global en 2021 cayó un 7%.<sup>39</sup>

Ambos estudios revelan lo deficiente que ha sido la lucha contra la corrupción en México y refieren, de manera específica, que una de las mayores carencias en la persecución de dicho objetivo ha sido la falta de eficiencia e independencia judicial en la medida en que los tribunales mexicanos están sobrepasados de trabajo y siguen siendo propensos a la injerencia política. Así las cosas, los puntajes obtenidos por México en 2021 en las subcategorías de capacidad y de instituciones políticas y democracia fueron de 3.82 y 4.08, respectivamente.<sup>40</sup>

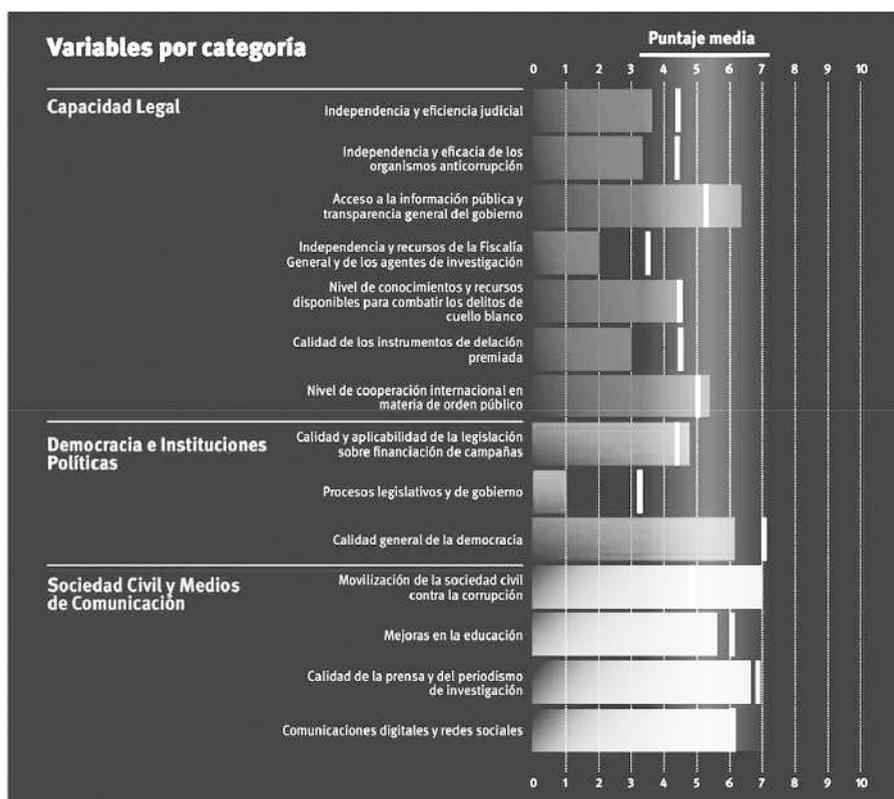
Sin embargo, en la tercera categoría –sociedad civil, medios de comunicación y sector privado– la puntuación obtenida por México fue de 6.35 puntos, es decir, casi tres puntos arribas de las otras subcategorías. De hecho, en comparación con los países evaluados obtuvo más de 2 puntos por encima de la media regional, solo detrás de Uruguay. Lo anterior es una clara evidencia de que la fortaleza de México en la lucha contra la corrupción está fuera del gobierno: la sociedad civil se ha vuelto cada vez más activa y tiene un papel fundamental para la consecución de tan importante objetivo.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> RISKS, AS/COA and Control. *The Capacity to Combat Corruption (Ccc) Index*. (2021): 27 y 28.

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> Idem



Fuente: [www.americasquarterly.org](http://www.americasquarterly.org)

Dicha cuestión coincide con las recomendaciones hechas por Transparencia Internacional a nuestro país en el año 2021 donde estableció que: *El gobierno de México tiene que aprovechar el amplio apoyo social en esta materia para enfrentar a las redes de corrupción que se mantienen vivas, operantes, y en muchos casos vinculadas a redes criminales.*<sup>42</sup>

Lo anterior no debe ser entendido como una mera recomendación sino que, además, el Estado Mexicano se ha obligado –mediante los tratados internacionales signados en materia de combate a la corrupción– a permitir y promover el apoyo de la sociedad civil en la defensa de dicho derecho humano, cuestión que fue reconocida por la propia Cámara de Diputados en la Exposición de Motivos que dio origen a la reforma constitucional en materia de corrupción al establecer que *la participación ciudadana es fundamental en el desarrollo del Sistema Nacional Anticorrupción, por lo que las organizaciones de la sociedad civil*

<sup>42</sup> México, Sin Avance En Índice De Percepción De La Corrupción: Transparencia Mexicana. 2022, <https://www.tm.org.mx/ipc2021/>.

podrán coadyuvar con los órganos responsables del combate a la corrupción.<sup>43</sup>

Por medio de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y la Convención Interamericana Contra la Corrupción el Estado Mexicano asumió la obligación de crear, mantener y fortalecer medidas adecuadas para fomentar la participación activa de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción. Dicha obligación no debe entenderse como una mera directriz de sensibilizar, incitar o promover publicitariamente dicha participación, sino como un deber para la administración pública de establecer las condiciones necesarias para que la sociedad pueda participar activa y directamente en la lucha contra la corrupción, permitiéndole el acceso a vías, acciones y procedimientos para controlar activa y directamente la corrupción.

### III ] Derecho a defender los derechos humanos

1. *Defensoras y defensores de derechos humanos. Concepto y alcance.* El Estado Mexicano ha suscrito y ratificado distintos instrumentos internacionales en donde reconoce que los gobernados tienen derecho a defender los derechos humanos. El marco de análisis básico para determinar quién debe ser considerado como defensora o defensor de derechos humanos se encuentra contenido en el artículo 1º de la Declaración sobre Defensores que establece que *toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional.* En otras palabras, cualquier persona o grupo que promueva o procure la protección y realización de derechos humanos reconocidos a nivel nacional o internacional, debe ser considerada como *defensora de derechos de humanos.*

De modo que el concepto de *defensor o defensora de derechos humanos* puede ser entendido desde dos perspectivas:

**Defensores de derechos humanos (sentido amplio):** Se refiere a cualquier persona física o moral cuya actividad esté dirigida a la defensa de derechos humanos mediante medios pacíficos. Por ejemplo, organizaciones civiles, colectivos ciudadanos, periodistas o personas físicas.

---

<sup>43</sup> *Iniciativa Con Proyecto De Decreto Que Reforma La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos Para Crear El Sistema Nacional Anticorrupción Y De Fiscalización.* 2014.

Defensores de derechos humanos (sentido estricto): Se refiere de manera exclusiva a las personas físicas cuya actividad esté dirigida a la defensa de derechos humanos mediante medios pacíficos.

Al interpretar la Declaración sobre Defensores la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado algunos criterios para identificar quién puede ser considerada como defensora o defensor de derechos humanos, sugiriendo que dicho estatus se determine de acuerdo con las acciones realizadas por la persona –proteger o promover cualquier derecho civil, político, económico, social o cultural– y no otras calidades, como por ejemplo, si ésta recibe un pago o no por sus labores.<sup>44</sup>

En el manual dedicado a este tema, la Alta Comisionada de la ONU señala que no existe una lista cerrada de actividades dirigidas a la defensa de derechos humanos, sino que estas pueden conllevar distintas acciones como investigación y recopilación de información para la denuncia de violaciones a los derechos humanos, acciones de cabildeo ante autoridades nacionales e internacionales, acciones para asegurar la responsabilidad de funcionarios públicos y disminuir la impunidad, acciones para apoyar la gobernabilidad democrática y erradicar la corrupción, contribución para la implementación a escala nacional de los parámetros internacionales establecidos por los tratados internacionales en materia de derechos humanos, educación y capacitación de en la materia, entre muchas otras. Cualquiera que sea la acción, lo importante es que (i) esté dirigida a promover la protección de derechos humanos y que (ii) no involucre medios violentos.<sup>45</sup>

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera la labor realizada por los defensores y las defensoras de derechos humanos como *fundamental para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho*.<sup>46</sup> En este sentido, se refirió a las actividades de vigilancia, denuncia y educación que realizan las y los defensores de derechos humanos, resaltando que la defensa de los derechos no solo atiende a los derechos civiles y políticos, sino que abarca necesariamente los derechos económicos, sociales

---

<sup>44</sup> Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas [consultable en https://www.cidh.oas.org/countryrep/defensores/defensorescap1-4.htm](https://www.cidh.oas.org/countryrep/defensores/defensorescap1-4.htm)

<sup>45</sup> Ídem.

<sup>46</sup> Caso Fleury y otros vs. Haití, Sentencia de 23 de noviembre de 2011 (Fondo y Reparaciones), CIDH.

y culturales, de conformidad con los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia.

Así mismo, la Corte IDH ha destacado que las mencionadas actividades de promoción y protección de los derechos humanos pueden ejercerse de forma intermitente u ocasional, por lo que la calidad de defensora de derechos humanos no constituye necesariamente una condición permanente.<sup>47</sup> A su vez, señaló que la calidad de defensor de derechos humanos radica en la labor que se realiza, con independencia de que la persona que lo haga sea un particular o un funcionario público.

En ese orden de ideas, para que una persona sea reconocida defensora de los derechos humanos no es indispensable que esta sea conocida como *activista de los derechos humanos*, que posea credenciales o que trabaje en una organización cuyo nombre incluya las palabras *derechos humanos*<sup>48</sup> sino que, se reitera, se debe atender a las actividades que realice para promover, procurar o proteger el respeto de los derechos humanos.

En cuanto a la labor de defensa de los mismos como uno de los elementos dinamizadores y referentes de los sistemas democráticos, los diversos actores de la *acción social*<sup>49</sup> son quienes crean, perfeccionan y defienden las instituciones de la democracia y les obligan a ser efectivas para los fines que fueron diseñadas. Gracias al escrutinio que realizan las organizaciones de la sociedad civil, así como las y los defensores de derechos humanos a las instituciones estatales, se promueve y efectúa una continua vigilancia de la función pública que es vital en toda sociedad que se precia por ser democrática.<sup>50</sup>

La CIDH también ha afirmado que la labor adelantada por defensoras y defensores es esencial para la construcción de una sociedad democrática sólida y duradera, y su papel es protagónico en el proceso para el logro pleno del Estado de Derecho y el

---

<sup>47</sup> Caso defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala, Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), CIDH.

<sup>48</sup> El derecho a defender los derechos: La protección a defensoras y defensores de derechos humanos en el Sistema Interamericano. J. H. M. Flores, 2015; consultable en [http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas\\_CSIDH\\_DerDefenderDer-3aReimpr.pdf](http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CSIDH_DerDefenderDer-3aReimpr.pdf)

<sup>49</sup> SCJN. Parámetro para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos. Tesis número LXVIII/2011. Pleno. Varios 912/2011, 14 de julio de 2011.

<sup>50</sup> José de Jesús Orozco Henríquez y Jorge Humberto Meza Flores, *Breves consideraciones para la construcción de una política de protección a defensoras y defensores de derechos humanos en conformidad con los estándares interamericanos*.

fortalecimiento de la democracia.<sup>51</sup> En dicho proceso de construcción, el respeto y garantía de los derechos humanos depende, en gran medida, de las garantías efectivas y adecuadas de que gocen las defensoras y defensores para realizar libremente sus actividades.<sup>52</sup>

En ese sentido, el criterio de la Primera Sala<sup>53</sup> del Alto Tribunal ha determinado que el derecho a defender derechos humanos cobra una especial relevancia y constituye un derecho humano autónomo reconocido por el parámetro de control de regularidad constitucional<sup>54</sup>.

Lo anterior encuentra su fundamento en congruencia con lo expuesto, en primer lugar, en la referida *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*. En segundo lugar, en la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos quien, mediante la Resolución 1671, exhortó a los Estados Miembros –incluido el Estado Mexicano– a continuar con sus esfuerzos tendientes a otorgarles las garantías y facilidades necesarias a fin de seguir ejerciendo libremente sus tareas de promoción y protección de los derechos humanos. En tercer lugar, en el caso *Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala*, en el que la Corte IDH resolvió que lo que permite atribuir a una persona o grupo de personas la condición o la calidad de defensor de derechos humanos radica en la labor que realiza, con independencia de que la persona que lo haga sea un particular o un funcionario público; así como en el caso *Valle Jaramillo Vs. Colombia*, en el que dispuso que la labor realizada por los y las

---

<sup>51</sup> CIDH, Comunicado de prensa 35/11. *CIDH condena asesinato de defensor de derechos humanos en México*, Washington, D.C., 25 de abril de 2011; CIDH, Comunicado de prensa 18/11 *CIDH condena persistencia de amenazas y asesinatos contra defensoras de derechos humanos y sus familias en Colombia*, Washington, D.C., 7 de marzo de 2011; CIDH, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.124. Doc. 5 rev. 1, 7 de marzo de 2006, párr. 23.

<sup>52</sup> CIDH, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.124. Doc. 5 rev. 1, 7 de marzo de 2006, párr. 23.

<sup>53</sup> Primera Sala, SCJN, Amparo en revisión 1031/2019.

<sup>54</sup> Tesis bajo rubro: *DERECHO A LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS. CONSTITUYE UN DERECHO HUMANO AUTÓNOMO RECONOCIDO POR EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL*, con registro digital 2024650, Primera Sala, Tesis 1ª. XIII/2022 (11ª.), Úndecima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 13, Mayo de 2022, Tomo IV, página 3498.

defensoras de derechos humanos es fundamental para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de derecho, en tanto que actúan ejerciendo un constante reclamo, monitoreo, visibilización y denuncia de aquellas situaciones en que dicho goce y disfrute no se encuentra garantizado o es, incluso, violentado. En cuarto lugar, en la obligación general del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, prevista en el párrafo tercero del artículo 1° de la Constitución Federal. Y, en quinto lugar, en la eficacia horizontal de los derechos humanos, por virtud de la cual los particulares se encuentran, también, obligados a su promoción, protección, respeto y garantía.

2. *Derechos de los defensoras y defensores de derechos humanos.* El artículo 9 de la Declaración sobre Defensores establece que toda persona tiene derecho a:

*Denunciar las políticas y acciones de los funcionarios y órganos gubernamentales en relación con violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales mediante peticiones u otros medios adecuados ante las autoridades judiciales, administrativas o legislativas internas o ante cualquier otra autoridad competente prevista en el sistema jurídico del Estado, las cuales deben emitir su decisión sobre la denuncia sin demora indebida.*

La Comisión Interamericana ha considerado que este derecho no se puede restringir en atención a consideraciones geográficas e implica la posibilidad de promover y defender libre y efectivamente tanto aquellos derechos indiscutidos, como aquellos cuya formulación aún se discute y se encuentra en desarrollo, por ejemplo, aquellos derechos y libertades contenidos en la propia Declaración sobre Defensores.<sup>55</sup>

Lo anterior, a su vez, implica la obligación colateral del Estado Mexicano de garantizar ese derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 2° del citado ordenamiento que establece que *los Estados tienen el deber de proteger, promover y hacer efectivos todos los derechos humanos, adoptando las medidas necesarias para crear las condiciones sociales, económicas, políticas y de otra índole, así como las garantías jurídicas requeridas para que toda persona sometida a su jurisdicción pueda disfrutar en la práctica de todos esos derechos y libertades.*

---

<sup>55</sup> 7 CIDH, Segundo informe sobre la situación de de las y los defensores de derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 66. 31 de diciembre de 2012, párr.16.

De manera que la garantía y respeto del derecho a defender los derechos se puede dividir para su estudio en dos dimensiones:<sup>56</sup>

La primera, sus presupuestos, los cuales se integran por la satisfacción de los derechos individuales universalmente reconocidos de los cuales son titulares cada una de las personas que se dedican a la defensa de los derechos humanos (como lo son el derecho a la vida, a la integridad, etc.)<sup>57</sup>

La segunda, propiamente en cuanto a su actividad, requiere que el Estado respete y garantice los derechos estrictamente inherentes a la actividad de defensa de los derechos humanos (como lo son la libertad de expresión, derechos políticos y la posibilidad de que las causas que patrocinan puedan acceder a la justicia, de conformidad con los derechos específicamente reconocidos en la Declaración sobre Defensores)<sup>58</sup>.

Ambas dimensiones son indispensables para el ejercicio libre de las actividades de defensa de los derechos humanos y deberían ser analizadas conjuntamente por los órganos jurisdiccionales al momento de determinar una afectación a los derechos de defensoras y defensores de derechos humanos como consecuencia de una represalia a sus actividades.<sup>59</sup> Así, al tiempo que el Estado satisface los derechos inherentes a la persona del defensor, debe velar por el cumplimiento de otros derechos que permiten a las defensoras y defensores contar con una estructura idónea para el desarrollo de su actividad. Al respecto, la Representante Especial de la ONU, Hina Jilani, ha considerado que la protección a defensoras y defensores de derechos humanos incluye especial atención a la protección y el mantenimiento del 'espacio contextual' en el que actúan [...]. Con este 'espacio' garantizado los defensores están en mejores condiciones de desarrollar sus actividades y defender sus propios derechos.<sup>60</sup>

A efecto de permitir un espacio contextual adecuado para la defensa de los derechos humanos, se deben garantizar y respetar los derechos de reunión y libertad de asociación de defensoras y defensores de derechos humanos, los cuales son fundamentales para la defensa de los derechos humanos, ya que protegen los

---

<sup>56</sup> Ídem.

<sup>57</sup> Ídem.

<sup>58</sup> Ídem.

<sup>59</sup> Ídem.

<sup>60</sup> Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Informe presentado por la Representante Especial del Secretario General sobre defensores de derechos humanos, Sra. Hina Jilani, Informe anual 2003, A/CN.4/2003/104, párr. 87.

medios a través de los cuales comúnmente se materializan las reivindicaciones de las defensoras y defensores.<sup>61</sup>

Aunado a ello, es indispensable que las autoridades permitan a las defensoras y defensores el debido acceso a la justicia esto es, el acceso a los medios y las instancias jurisdiccionales que sean lo suficientemente eficaces para proveer de un remedio legal, así como eliminar todo obstáculo para que las organizaciones de la sociedad civil tengan acceso a un recurso judicial efectivo para la defensa y procuración de derechos humanos.

De modo que el derecho de acceso a la justicia debe entenderse desde una doble perspectiva: (i) tanto la posibilidad física de presentar demandas judiciales(ii) como las perspectivas reales de obtener una respuesta en un corto plazo, de acuerdo con la legislación correspondiente. Desde este ángulo, el acceso a la justicia no se circscribe a la existencia formal de los recursos judiciales –como el juicio de amparo–, sino también a que éstos sean idóneos para investigar, sancionar y reparar las violaciones denunciadas, cobrando especial relevancia la legitimación para accionar estos recursos judiciales.

Otro de los derechos inherentes al ejercicio de la defensa de los derechos humanos es aquel que se despliega mediante la participación política en la gestión de los asuntos públicos, reconocido en el artículo 23.1 de la CADH<sup>62</sup>, y que por ello precisamente encuentra también su reconocimiento en el precepto 8 de la Declaración sobre Defensores<sup>63</sup>.

Este derecho, según el mismo Tribunal Interamericano además de ser *un fin en sí mismo*, constituye un medio elemental

---

<sup>61</sup> CIDH, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas OEA/Ser.L/V/II.124*. Doc. 5 rev. 1, 7 de marzo de 2006, párr. 51.

<sup>62</sup> El artículo 23.1 de la CADH establece, en cuanto a los derechos políticos, que: *Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.*

<sup>63</sup> ONU. *Declaración sobre Defensores*, supra nota 1. El artículo 8, en su tenor literal establece que: *1. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a tener la oportunidad efectiva, sobre una base no discriminatoria, de participar en el gobierno de su país y en la gestión de los asuntos públicos. 2. Ese derecho comprende, entre otras cosas, el que tiene toda persona, individual o colectivamente, a presentar a los órganos y organismos gubernamentales y organizaciones que se ocupan de los asuntos públicos, críticas y propuestas para mejorar su funcionamiento, y a llamar la atención sobre cualquier aspecto de su labor que pueda obstaculizar o impedir la promoción, protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales!*

en las sociedades democráticas para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención Americana<sup>64</sup>.

Esta participación política puede incluir amplias y diversas actividades, realizadas por personas de forma individual o agrupadas, *para intervenir en asuntos de interés público, como por ejemplo, la defensa de la democracia*<sup>65</sup>.

De hecho, la Corte Interamericana ha configurado concretamente el derecho a participar en los asuntos públicos, como una *específica concretización del derecho a defender la democracia, el cual comprende a su vez el ejercicio conjunto de otros derechos como la libertad de expresión y la libertad de reunión*<sup>66</sup>.

Así, además de constituirse el derecho a defender derechos humanos como un derecho humano autónomo reconocido por la SCJN y por el parámetro de control de regularidad constitucional, guarda un estrecho vínculo entre los derechos políticos, el acceso a la justicia, la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación, los cuales a su vez refuerzan la enorme importancia para posibilitar el *juego democrático*<sup>67</sup> y la labor de los y las defensoras de derechos humanos.

## IV ] Juicio de amparo

1. *Legitimación de defensoras y defensores de derechos humanos en el juicio de amparo.* El derecho de acceso a la justicia de las defensoras y defensores de derechos humanos (derecho a defender derechos humanos, entre otros, el derecho a vivir en un ambiente libre de corrupción) solamente puede ser satisfecho en la medida en que puedan acudir de manera efectiva a la vía de amparo a reclamar violaciones a derechos humanos. Ello en virtud de que, como ya hemos adelantado, el juicio de amparo es el recurso idóneo –o el único– para demandar las normas generales, actos u omisiones de autoridad que afecten los derechos fundamentales de los gobernados.

---

<sup>64</sup> Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302. Párr. 163. Corte IDH. Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 143, y Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas.

<sup>65</sup> Corte IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302. Párr. 163.

<sup>66</sup> *Idem*.

<sup>67</sup> *Idem*, supra, párr. 140

Sin embargo, el mayor problema que han enfrentado históricamente las defensoras y defensores de derechos humanos en México para acudir a esa instancia constitucional ha sido el de acreditar su legitimación para actuar en el juicio. Es importante recordar que, en la medida en que la procedencia del juicio de amparo presupone la existencia de un agravio en la esfera jurídica de la quejosa, para promoverlo no basta con ostentar un interés simple, como el que tenemos todos los gobernados tenemos de que se persigan y castiguen los actos de corrupción.

Pareciera que el nombramiento de un servidor público, el desvío millonario del presupuesto público o los actos de corrupción en hospitales públicos son impugnables por todos y por nadie a la vez. Cuando las violaciones de derechos humanos son cometidas en perjuicio de personas determinadas podemos fácilmente identificar quién puede acudir a la vía judicial, pero ¿qué pasa con aquellos actos u omisiones que afectan a toda la población? ¿y a colectividades determinadas? ¿quién puede demandar la rendición de cuentas a las autoridades que nombran a personas que no son independientes del poder político? ¿quién puede impugnar actos de corrupción de un funcionario público?<sup>68</sup>

Fue precisamente con el objetivo de ampliar el ámbito de protección de los derechos humanos e incluir a los derechos colectivos y difusos –como el derecho a vivir en un ambiente libre de corrupción– que, tras la Reforma de Amparo, se introdujo en la Ley de Amparo la figura de interés legítimo, en sus vertientes individual y colectivo. Con ella se legitima para promover el juicio a personas que, si bien no resienten una afectación directa respecto de un derecho subjetivo, sí tienen un interés actual, real y jurídicamente relevante de que se resuelva sobre la constitucionalidad de un determinado acto de autoridad que estiman violatorio de un derecho colectivo o difuso.

Bajo esa lógica, los criterios más modernos y garantistas en materia de protección de derechos humanos emitidos por el Alto Tribunal y los Tribunales Colegiados de Circuito han reconocido que las violaciones a derechos humanos generan una afectación en la esfera jurídica de los defensores y defensoras de derechos humanos que los legitima para acudir a la justicia a reclamar la reparación de dichas violaciones. En términos del juicio de amparo, ello implica tener por satisfecho el requisito de legitimación para promover el amparo bajo el razonamiento de que, si un acto u

---

<sup>68</sup> *Un México Impredicible*. 2018, accessed 14 de febrero de 2022, <https://www.dlmex.org/blog/32>.

omisión de la autoridad vulnera el derecho humano que determinado defensor o defensora se dedica a proteger conforme al desarrollo de sus actividades, ello es suficiente para considerar que le genera una afectación diferenciada a la del resto de la sociedad y, por ende, tiene un interés legítimo en el juicio.

Con la finalidad de explicar lo anterior, se presenta el siguiente ejemplo: supongamos que en una licitación pública donde participan varias empresas del sector privado, se adjudica la licitación de manera irregular a la empresa X por presuntamente sobornar a un determinado funcionario público. En ese caso hipotético, la legitimación para promover un juicio de amparo se regiría conforme a lo siguiente:

| Interés jurídico   | Interés legítimo  | Interés simple   |
|--|---|--|
| Sería titular de un interés jurídico la diversa empresa Y, que también participó en la licitación, en virtud de la vulneración a sus distintos derechos subjetivos, particularmente, el derecho a la participación en contrataciones públicas (artículo 134 de la CPEUM), legalidad (artículo 16 de la CPEUM) e igualdad (artículo 1 de la CPEUM). | A pesar de no contar con una afectación individual y directa respecto de un derecho subjetivo, las defensoras y defensores del derecho humano a vivir en un ambiente libre de corrupción podrían alegar su interés legítimo para defender el derecho en concreto que se dedican a proteger. | Interés que tiene cualquier gobernado de que las licitaciones se ejecuten de manera regular. |
| Procede el juicio de amparo.   | Procede el juicio de amparo.  | No procede el juicio de amparo.  |

De manera que la relación de las defensoras y defensores de derechos humanos y su legitimación para promover el juicio de amparo puede ser entendida desde dos perspectivas distintas, pero íntimamente relacionadas:

Legitimación en el amparo derivada del *derecho a defender*: En la medida en que el Estado Mexicano ha adquirido el compromiso internacional de permitir a las defensoras y defensores de derechos humanos acceder a la justicia para defender los

derechos humanos de manera efectiva, ello implica necesariamente reconocer su legitimación para acudir al que es el medio de protección de derechos humanos por antonomasia –juicio de amparo–.

Legitimación en el amparo derivada de la afectación a un derecho colectivo o difuso: El hecho de que las actividades de determinado defensor de derechos humanos estén dirigidas a proteger un derecho humano en específico –derecho a vivir en un ambiente libre de corrupción– es suficiente para acreditar que tiene un interés legítimo –actual, real, jurídicamente relevante y diferenciado de aquel del resto de personas– para promover el juicio de amparo en contra de un acto u omisión de la autoridad que estime violatorio de ese derecho.

Lo anterior, a su vez, es acorde con:

- i. La obligación que tienen las autoridades de promover y garantizar los derechos fundamentales, conforme a lo establecido en el artículo primero de la CPEUM;
- ii. El objeto de la Reforma de Amparo consistente en (a) romper tecnicismos y limitaciones de la protección constitucional, así como en (b) modificar el entendimiento los derechos difusos –como el derecho a vivir en un ambiente libre de corrupción o en general el derecho a defender los derechos humanos– que en la práctica han sido vistos como directrices abiertas para el Estado y no como derechos exigibles de manera individual o colectiva;
- iii. La obligación asumida por el Estado Mexicano mediante la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y la Convención Interamericana Contra la Corrupción de establecer las condiciones necesarias para que la sociedad pueda participar activa y directamente en la lucha contra la corrupción, permitiéndole el acceso a vías, acciones y procedimientos para controlar activa y directamente la corrupción.

## *2. Precedentes destacados en materia de legitimación de las defensoras y defensores de derechos humanos.*

a.- Interés legítimo de las organizaciones de la sociedad civil (defensores de derechos humanos en sentido amplio) para promover el juicio de amparo

Existen distintos precedentes en los que la SCJN y los Tribunales Colegiados de Circuito han reconocido a organizaciones

de la sociedad civil (defensores de derechos humanos en sentido amplio) su interés legítimo para promover el juicio de amparo contra violaciones a los derechos humanos que se dedican a proteger conforme a su objeto social.<sup>69</sup>

Es decir, el parámetro para acreditar que las defensoras y defensores de derechos humanos efectivamente tienen un interés legítimo para reclamar violaciones a un determinado derecho humano, y no un interés simple, ha consistido en demostrar que su objeto social –la razón de ser de su existencia– es, precisamente, la defensa del derecho que está siendo vulnerado. Lo anterior bajo el argumento de que el hecho de que una persona moral haya sido creada específicamente para defender un derecho humano en concreto y que efectivamente se dedique a ello, la sitúa en una posición diferenciada a la del resto de personas, de modo que un acto u omisión de autoridad que vulnera el derecho humano que protege conforme a su objeto social le produce una afectación y, por consecuente, la eventual concesión de un amparo le generaría un beneficio jurídico.

Sin embargo, para las defensoras y defensores de derechos humanos en sentido estricto ha sido más complicado acreditar que las violaciones a determinados derechos humanos colectivos o difusos efectivamente les genera una afectación en su esfera jurídica que las legitima a acudir a la vía de amparo. Es común que jueces y tribunales sobresean<sup>70</sup> en el juicio de amparo por considerar que la quejosa –defensores de derechos humanos en sentido estricto– no acredita contar con un interés legítimo en el juicio, es decir, un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante diferenciado del que tiene el resto de las personas de que se cumpla la ley.

Lo anterior carece de sustento jurídico en la medida en que la CIDH ha sido clara al establecer que una persona sea reconocida

---

<sup>69</sup> Entre ellos se destaca el R.A. 323/2014 promovido por Aprender Primero A.C. -defensor del derecho humano a la educación- y conocido popularmente como Mexicanos Primero; resuelto por la Primera Sala del Alto Tribunal.

<sup>70</sup> Artículo 63. El sobreseimiento en el juicio de amparo procede cuando:

(...)

V. Durante el juicio se advierta o sobrevenga alguna de las causales de improcedencia a que se refiere el capítulo anterior.

Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente:

(...)

XII. Contra actos que no afecten los intereses jurídicos o legítimos del quejoso, en los términos establecidos en la fracción I del artículo 5o de la presente Ley, y contra normas generales que requieran de un acto de aplicación posterior al inicio de su vigencia;

defensora de los derechos humanos no es indispensable que esta sea conocida como *activista de los derechos humanos*, que posea credenciales o que trabaje en una organización cuyo nombre incluya las palabras *derechos humanos*<sup>71</sup> sino que, se debe atender a las actividades que realice para proteger el respeto de los derechos humanos.

b.- Amparo contra violaciones al derecho de libertad de expresión (J.A 390/2020-IV) resuelto por el Juzgado Noveno de Distrito en el Estado de Guanajuato<sup>72</sup>

El citado juicio de amparo fue promovido por defensores de derechos humanos en contra de un acuerdo de la autoridad que estimaron violatorio de su derecho a la libertad de expresión. Al pronunciarse sobre la legitimación en el juicio el Juez Noveno de Distrito aplicó un criterio acorde a las directrices formuladas por la CIDH y la propia ONU al establecer que para ser considerado *defensor o defensora de derechos humanos* no se requiere cumplir requisitos especiales o la existencia de un reconocimiento público de ese carácter.<sup>73</sup>

Bajo ese razonamiento, aun y cuando las quejas no ofrecieron pruebas para acreditar que efectivamente eran activistas de los derechos de libertad de expresión y reunión, ese Juzgado consideró que exigir pruebas al respecto sería *desmedido y carente de razonabilidad*<sup>74</sup> y, por el contrario, reconoció el interés legítimo de las quejas en virtud de las razones siguientes:

---

<sup>71</sup> El derecho a defender los derechos: La protección a defensoras y defensores de derechos humanos en el Sistema Interamericano. J. H. M. Flores, 2015; consultable en [http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas\\_CSIDH\\_DerDefenderDer-3aReimpr.pdf](http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CSIDH_DerDefenderDer-3aReimpr.pdf)

<sup>72</sup> Consultable en: [https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1243/12430000267698170040041.doc\\_1&sec=V%C3%ADctor\\_Castillo\\_G%C3%B3mez&svp=1](https://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=1243/12430000267698170040041.doc_1&sec=V%C3%ADctor_Castillo_G%C3%B3mez&svp=1)

<sup>73</sup> J.A 390/2020-IV, Juzgado Noveno de Distrito en el Estado de Guanajuato (2020): 56.

<sup>74</sup> Ídem.

| Requisitos para acreditar el interés legítimo | Razonamiento formulado en la sentencia   |
|---|--|
| Existencia de un vínculo de derechos          | Las normas impugnadas están estrechamente vinculadas con los bienes jurídicos que protegen los derechos fundamentales de quienes pidieron el amparo y, por ende, pueden ocasionarles daño directo o indirecto de manera inminente. <sup>75</sup>   |
| Principio de afectación                       | La sola presentación de la demanda de amparo demuestra que las quejas tienen la intención de defender los derechos fundamentales de libertad de expresión y reunión que podrían afectarse o limitarse por el acto reclamado.<br>Las personas que solicitan el amparo actúan como defensoras de derechos humanos, y aducen que las disposiciones jurídicas que impugnan inhiben el ejercicio de ciertos derechos que son inherentes a la actividad de defensa y promoción de los derechos humanos a la que se auto adscriben. <sup>76</sup> |
| Relación jurídica específica                  | Las quejas se diferencian del resto de la colectividad, ya que manifestaron y demostraron ser activistas y actuar en defensa de los derechos humanos a través de manifestaciones pacíficas, por lo que podrían arriesgar su integridad en mayor medida que el resto de la población. <sup>77</sup>   |
| Beneficio jurídico                            | Por virtud de las consideraciones anteriores, un eventual amparo favorable se traduciría en un beneficio jurídico para la quejosa en el desempeño de sus actividades y en la defensa de los derechos humanos a la libertad de expresión y reunión.   |

<sup>75</sup> Ídem: 1.<sup>76</sup> Ídem: 54.<sup>77</sup> Ídem: 1.

c.- Amparos contra violaciones al derecho a vivir en un ambiente libre de corrupción (R.A. 482/2014 y 492/2014) resueltos por la Primera Sala del Alto Tribunal.<sup>78</sup>

Al resolver los precedentes citados, la Primera Sala no realizó un escrutinio de los requisitos para acreditar el interés legítimo, al resolver los citados juicios la Primera Sala reconoció dicha legitimación a defensores de derechos humanos en sentido estricto contra la llamada *Ley Anti-halconeo* en Chiapas. Al respecto estableció que el parámetro para determinar la calidad de defensores de derechos humanos es material y no formal; es decir, el simple hecho del ejercicio informativo y de defensa y promoción de derechos humanos con fines constitucionalmente legítimos bastan para que este se estime la eventual afectación que produce la norma por su sola entrada en vigor, puesto que el sentido y alcance de la misma es más gravosa que sus fines por el solo hecho de afectar en este caso seriamente el derecho de acceso a la justicia, y vulnerando el principio democrático, de independencia judicial, progresividad, y participación ciudadana en vía de consecuencia.

| Requisitos para acreditar el interés legítimo | Razonamiento formulado en la sentencia  |
|---|---|
| Existencia de un vínculo de derechos          | La quejosa sí es destinataria de la norma impugnada porque, al no presentar alguna condición de inimputabilidad, debe considerarse que está obligada a abstenerse de obtener o proporcionar la información a que hace referencia la norma penal, esto es, debe considerar que esa obligación constituye una razón para la acción que resulta protegida jurídicamente, por lo que es perentoria y, luego, debe ser suficiente para que el sujeto excluya cualquier otra consideración de oportunidad para actuar en sentido contrario a la obligación de abstención impuesta por la norma impugnada. <sup>79</sup> |

78

Consultable

en

[https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2014/2/2\\_167828\\_2751.doc](https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2014/2/2_167828_2751.doc)

<sup>79</sup> R.A. 482/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014): 34.

|                              |  |
|------------------------------|--|
| Principio de afectación      | Esta afectación debe considerarse cualificada por un contexto adicional que lo torna objetivo, concreto y real, a saber, que a la quejosa en el ejercicio de su profesión como destinataria de la norma se le impone la obligación primaria de abstención para obtener y proporcionar cierta información que, por sus características propias, la torna de interés público, ya que se trata de información relacionada, en general, con temas de seguridad pública y el eficiente funcionamiento de las instituciones encargadas de su cuidado. <sup>80</sup>  |
| Relación jurídica específica | La quejosa es Oficial del Programa de Derecho a la Información en la organización de defensa de los derechos a la libertad de expresión y acceso a la información Artículo 19 Oficina para México y Centroamérica y ha publicado artículos periodísticos en diferentes entidades federativas, incluida Chiapas <sup>81</sup> . Por tanto, forma parte de un gremio cuya actividad principal es justamente la realización de las actividades que se encuentran excluidas mediante una obligación de no hacer: obtener y proporcionar información. <sup>82</sup> |
| Beneficio jurídico           | La quejosa encuentra que el seguimiento de la obligación primaria la lleva a considerarla como una razón para la acción que, de tenerla como una razón perentoria y autónoma para guiar su conducta, la llevaría a ver frustrado un beneficio: el ejercicio robusto y desinhibido de su actividad profesional. <sup>83</sup>   |

<sup>80</sup> Ídem: 21.

<sup>81</sup> Es aplicable el artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Ver, entre otras, las siguientes publicaciones:

[http://www.animalpolitico.com/2014/02/cita-ciegas-de-\\*\\*\\*\\*\\*/](http://www.animalpolitico.com/2014/02/cita-ciegas-de-*****/);

<http://informe2013.articulo19.org/>;

[http://www.etcetera.com.mx/articulo/el\\_costo\\_de\\_la\\_legitimidad/18973/](http://www.etcetera.com.mx/articulo/el_costo_de_la_legitimidad/18973/)

<sup>82</sup> R.A. 482/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014): 35.

<sup>83</sup> Ídem.

d.- Amparo contra violaciones a vivir en un ambiente libre de corrupción (J.A. 801/2021) resuelto por el Juzgado Cuarto de Distrito del Centro Auxiliar de la Novena Región con Residencia en Zacatecas en auxilio del Juzgado Sexto de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México

Merece la pena resaltar el J.A. 801/2021 promovido recientemente por dos defensores de derechos humanos, a la postre co-fundadores de una asociación civil mexicana y miembros de diversos colectivos ciudadanos, en contra de determinados artículos de la Ley de la Fiscalía General de la República publicada en el DOF el 20 de mayo de 2021, por estimarlos violatorios de la idoneidad y eficacia de la procuración de justicia en México. Para efecto de acreditar su legitimación en el juicio, los defensores de derechos humanos formularon los siguientes argumentos:

| Requisitos para acreditar el interés legítimo | Razonamiento formulado en la sentencia  |
|---|---|
| Existencia de un vínculo de derechos          | El hecho de que la parte quejosa se ostente como defensora de los derechos humanos para los efectos del juicio de amparo, en los términos del artículo 1° de la Declaración sobre Defensores, genera un vínculo con la indebida integración de un organismo autónomo e independiente ante quien pueda acudir para promover la defensa de los derechos humanos.  |
| Principio de afectación                       | <p>Las normas reclamadas vulneran la independencia de los titulares de las Fiscalías Especializadas de la Fiscalía General de la República y vulneran la idoneidad y eficacia de la procuración de justicia en el Estado Mexicano.</p> <p>Los quejosos revisten de un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante en tanto que, si uno de los objetos para los que actúan como defensores de derechos humanos es promover la independencia de los órganos de procuración de justicia y para que el Estado</p> |

|                              |  |
|------------------------------|--|
|                              | garantice la existencia de canales y mecanismos de acceso efectivos de acceso a la justicia, la violación de estándares internacionales y nacionales en torno a la independencia de los Fiscales Especiales de la Fiscalía General de la República ha vulnerado los derechos humanos de la parte quejosa.  |
| Relación jurídica específica | Los quejosos tienen una especial situación frente al ordenamiento jurídico. En particular, a través del ejercicio de ese interés legítimo, procuran la existencia de medios necesarios para lograr que la defensa de los derechos humanos sea efectiva, bajo la supervisión de organismos autónomos e independientes y funcionarios que para acceder al cargo cumplieron con las reglas previamente establecidas por el legislador.  |
| Beneficio jurídico           | En caso de obtener el amparo, los quejosos obtendrían un beneficio determinado apreciado bajo un análisis de razonabilidad, atendiendo a la naturaleza colectiva de los derechos reclamados y en razón del carácter que ostentan y el interés en las actividades que realizan, en tanto que el análisis de la constitucionalidad del procedimiento de nombramiento, designación y remoción de fiscales especiales de la norma general reclamada significaría la restitución de sus derechos. |

A pesar de que los defensores de derechos humanos acreditaron los extremos a que se refiere la jurisprudencia de la SCJN para ostentar un interés legítimo y de conformidad con lo resuelto por ese Alto Tribunal en precedentes de defensores de derechos humanos, el 27 de enero de 2022 el mencionado juzgado emitió sentencia de primera instancia en la que resolvió sobreseer en el juicio por considerar que la parte quejosa no acreditó ser titular de un interés legítimo.

e.- Amparo contra la negativa de reconocer el carácter de víctima en la denuncia contra actos de corrupción (J.A 959/2021) resuelto por el Juez Quinto de Distrito del Estado de Aguascalientes.

En la demanda que dio origen al juicio de amparo 959/2021, la parte quejosa señaló como acto reclamado el acuerdo de recepción de una denuncia de actos de corrupción que presentó ante la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción de Aguascalientes. Ello en virtud de que en dicho acuerdo se le reconoció la calidad de *denunciante* más no la calidad de *víctima*, por considerar que no cumplía con los requisitos para acreditar dicho estatus.

Sin embargo, al resolver el asunto el Juez Quinto de Distrito del Estado de Aguascalientes concedió el amparo a la parte quejosa por considerar que efectivamente le correspondía el carácter de *víctima* en virtud de los argumentos siguientes:

- i. Debe brindarse a las personas mayores herramientas que las posibiliten de proteger no únicamente sus bienes jurídicos individuales (como la vida, integridad física, libertad, etc.), sino también los colectivos o supraindividuales, en tanto son susceptibles de afectar a un amplio sector de la sociedad de la cual forman parte.<sup>84</sup>
- ii. El concepto de víctima debe ser maximizado, permitiéndosele intervenir en aquellos casos en que una conducta delictiva afecte o ponga en peligro bienes jurídicos colectivos, en tanto es susceptible de resentir algún tipo de perjuicio al formar parte de la sociedad en la que esa conducta se está llevando a cabo.<sup>85</sup>
- iii. Ello es especialmente relevante en los delitos de corrupción pues, como lo han señalado la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y la Convención Interamericana Contra la Corrupción es un fenómeno que socava las instituciones y valores de la democracia, compromete el desarrollo sostenible de los países, permite la actividad de la delincuencia organizada involucrando vastas cantidades de recursos públicos de los Estados.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> J.A 959/2021 Juez Quinto de Distrito del Estado de Aguascalientes (2021):30.

<sup>85</sup> Ídem.

<sup>86</sup> Ídem: 31.

- iv. Por ende, su protección y titularidad debe estimarse establecida para cualquier persona u organización que persiga dichos fines y que formen parte de la misma, pues la sociedad y sus integrantes, al resentir una afectación, están interesados en que se investiguen tales conductas, así como a los responsables.<sup>87</sup>
- v. La interpretación que debe efectuarse de los artículos 108 del Código Nacional de Procedimientos Penales<sup>88</sup>, en relación con el precepto 4 de la Ley General de Víctimas<sup>89</sup>, debe ser en el sentido de que todas las personas y no solo los grupos, comunidades u organizaciones sociales, poseen la titularidad de los bienes jurídicos colectivos y, por ende, son susceptibles de tener la calidad de víctimas, siempre que éstas formen parte

---

<sup>87</sup> Idem.

<sup>88</sup> Artículo 108. Víctima u ofendido Para los efectos de este Código, se considera víctima del delito al sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva. Asimismo, se considerará ofendido a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito. En los delitos cuya consecuencia fuera la muerte de la víctima o en el caso en que ésta no pudiera ejercer personalmente los derechos que este Código le otorga, se considerarán como ofendidos, en el siguiente orden, el o la cónyuge, la concubina o concubinario, el conviviente, los parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, por afinidad y civil, o cualquier otra persona que tenga relación afectiva con la víctima.

<sup>89</sup> Artículo 4. Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte.

*Son víctimas indirectas los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella.*

*Son víctimas potenciales las personas físicas cuya integridad física o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito.*

*La calidad de víctimas se adquiere con la acreditación del daño o menoscabo de los derechos en los términos establecidos en la presente Ley, con independencia de que se identifique, aprehenda, o condene al responsable del daño o de que la víctima participe en algún procedimiento judicial o administrativo.*

*Son víctimas los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito o la violación de derechos.*

de la sociedad en la que la conducta delictiva se está llevando a cabo.<sup>90</sup>

- vi. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como diversos Tribunales del Poder Judicial de la Federación, han adoptado un concepto abierto y ampliado del carácter de víctima y ofendido con la finalidad de dar acceso a la justicia a las personas que, si bien muchas veces no tienen la posibilidad de generar el requisito de procedibilidad en cuanto a la afectación o menoscabo de sus bienes jurídicos tutelados, sin embargo, sí cuentan con un interés jurídico o legítimo en que se sancionen ciertas conductas.<sup>91</sup>

A pesar de que el carácter de víctima es de naturaleza penal y no es una figura aplicable en estricto sentido al juicio de amparo, lo relevante del presente precedente es el razonamiento efectuado por el Juez de Distrito en el que reconoce la legitimación de los defensores y defensoras de derechos humanos para defender el derecho a vivir en un ambiente libre de corrupción.

De manera que, de una interpretación conjunta de los artículos 108 del Código Nacional de Procedimientos Penales, 4 de la Ley General de Víctimas y 5 de la Ley de Amparo es posible concluir que, a efecto de proporcionar la protección más amplia en materia de derechos humanos, debe reconocerse el interés jurídico o legítimo de las víctimas de corrupción –tanto directas como indirectas (defensores de derechos humanos)– para denunciar esos hechos indebidos, ya sea que estén tipificados en tratados internacionales, deriven de estándares internacionales o estén regulados en la Ley General de Responsabilidades Administrativas o el Código Penal Federal, según sea la materia.

3. *Obstáculos y limitantes del juicio de amparo como recurso judicial efectivo para la protección de derechos humanos.* El hecho de que el juicio de amparo sea el medio o idóneo –o el único– en el marco jurídico mexicano para la defensa y protección de derechos humanos no implica que el mismo sea un recurso eficiente en concordancia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con los estándares y obligaciones internacionales adquiridas por el Estado Mexicano. Aún existen demasiados obstáculos para que el juicio de amparo sea un recurso verdadero, rápido, sencillo y eficaz de protección de derechos

---

<sup>90</sup> J.A 959/2021 Juez Quinto de Distrito del Estado de Aguascalientes (2021):32.

<sup>91</sup> Ídem:9.

humanos, no solo por las trabas en la legitimación activa sino también por los rigorismos innecesarios y los plazos irrazonables que afectan la eficacia de su procedimiento.

La Corte IDH ha enfatizado a México en diversas sentencias<sup>92</sup> su protección judicial conforme al deber de *protección judicial* y a lo establecido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>93</sup>, al puntuar que dicha obligación exige no solamente una adecuada regulación en la materia, sino también garantizar un acceso efectivo y rápido a la justicia. En palabras del juez de la Corte Internacional de Justicia Antônio Cançado Trindade, la obligación del artículo 25 *no se reduce a garantizar el acceso formal, stricto sensu, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional al acceso a la justicia dotado de contenido jurídico propio que significa lato sensu, el derecho a obtener justicia.*<sup>94</sup>

Similarmente, en el caso mexicano *Radilla Pacheco* contra el Estado Mexicano, bastó la comprobación del impedimento de acceso a un recurso jurídico efectivo para determinar la denegación del derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH por parte del Estado Mexicano. Dicho caso dio paso a la Reforma de Amparo y la Reforma de Derechos Humanos previamente mencionadas, sin embargo, su impacto no ha alcanzado los criterios establecidos y requeridos por la Corte IDH.

---

<sup>92</sup> Informe No. 14/93; Caso 10.956 de 7 de octubre de 1993; CIDH No. 8/91; Caso 10.180, CIDH; Cso

<sup>93</sup> ARTÍCULO 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

<sup>94</sup> Trindade Cançado, Antônio Augusto. *Derecho Internacional De Los Derechos Humanos. Esencia Y Trascendencia*. México: Porrúa, 2006.

De forma alarmante, la omisión del Estado Mexicano de adecuar las disposiciones internas para garantizar un recurso judicial efectivo para la protección de derechos humanos ha resaltado continuamente en las consideraciones de los casos más paradigmáticos contra México. En el Caso Castañeda de 6 de julio de 2009, la Corte IDH reconoció la carencia de un recurso efectivo para la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de México, lo que torna evidente la necesidad de ajustar la Constitución Federal y la legislación interna para garantizar, no solo un acceso formal a un recurso jurídico, sino un acceso rápido y eficiente a la justicia para asegurar la debida protección de los derechos fundamentales.

Más recientemente, el Caso Digna Ochoa vs. México ha vuelto a evidenciar los obstáculos que presenta el sistema jurídico mexicano para (i) contar con un recurso judicial efectivo, rápido y sencillo y, (ii) garantizar la defensa de derechos fundamentales y la protección de defensores y defensoras de derechos humanos. Sobresale en este caso, al igual que en el Caso Campo Algodonero, la obligación del Estado mexicano de garantizar un acceso efectivo a la justicia, ya que en ambos se puntualizó la ineficacia judicial frente a casos de violencia contra las mujeres, lo cual, de acuerdo a la Corte IDH, envía un mensaje de tolerancia y aceptación de estos crímenes, situaciones que generan la responsabilidad internacional del Estado Mexicano.

En vista de lo anterior, existen diversas razones por las cuales el juicio de amparo no constituye el recurso efectivo, rápido y sencillo que exigen los tratados en materia de derechos Humanos. El proceso de actualización del juicio de amparo se realiza básicamente a través de la jurisprudencia de la SCJN<sup>95</sup>, lo que evidentemente ha resultado insuficiente, ineficiente y contrario a lo requerido por los estándares internacionales y las sentencias de la Corte IDH, ello a la luz del artículo 2º del Pacto de Derechos Civiles, y Políticos, y 1º, 2º, 8º, y 25 de la CADH.

La afirmación anterior se confirma en las propias palabras del Ministro en retiro Góngora Pimentel, al puntualizar que:

*El proceso de amparo requiere tiempo, para que se realice con todas las garantías y se ajuste a lo dispuesto en la ley. Los tribunales no siempre están expeditos, es decir, libres de todo estorbo, pronto, para actuar, sino que la maquinaria judicial camina despacio. Y la justicia pronta y efectiva, como lo requiere el*

---

<sup>95</sup> Pimentel Góngora, Genaro David. *El Derecho Que Tenemos La Justicia Que Esperamos*. México: Laguna, 2006.

*artículo 17 constitucional, llega, en muchos casos, tarde, por que el tiempo transcurrido para obtenerla la ha privado por completo de eficacia*<sup>96</sup>.

Dentro de las razones por las cuales el amparo no posee las características que exigen las obligaciones internacionales adquiridas por México, además de lo presentado, destacamos en concordancia algunas señaladas por la actual Ministra de la SCJN, Loretta Ortiz Ahlf<sup>97</sup>, que a continuación se mencionan: i.- La exigencia de una parte agraviada y los altos estándares de legitimación<sup>98</sup>. ii.- La asimetría entre las partes. iii.- El reclamo de intereses difusos o colectivos. iv.- La carga excesiva de asuntos en los tribunales, así como la falta de capacitación de jueces. v.- Prolongados periodos de inactividad procesal por parte de los tribunales.

La realidad que enfrentan las defensoras y defensores de derechos humanos en México refleja un panorama alarmante. De 2006 a 2019, la CNDH reportó 46 defensores asesinados en distintas regiones del País<sup>99</sup>. Durante 2020, la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos documentó al menos 8 casos de asesinato de personas defensoras de derechos humanos, donde la letal agresión fue represalia por su legítima labor.<sup>100</sup> Durante 2021, un total de 25 defensores de derechos humanos fueron asesinados extrajudicialmente, todos ellos ejecutados por motivos políticos y donde los perpetradores de los crímenes fueron agentes del

---

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 850

<sup>97</sup> Loretta Ortiz Ahlf, *¿Es el amparo un recurso efectivo para la protección de derechos humanos?*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3066/9.pdf>

<sup>98</sup> Como se ha mencionado, el principal obstáculo para la defensa de derechos humanos es el conflicto de la legitimación para el juicio de amparo como recurso de protección constitucional. Ello ha obstaculizado el amparo y lo ha convertido en un mecanismo ineficiente para la debida protección de derechos humanos. De manera preocupante, la falta de comprensión del concepto de interés legítimo por parte de los juzgadores federales, así como los rigurosos estándares para su acreditación constituyen una de las principales razones de la ineficiencia del juicio de amparo. Ello deja fuera de la protección constitucional un sinnúmero de violaciones a derechos humanos.

<sup>99</sup> Comunicado de Prensa DGC/229/19, Dirección Gral. de comunicación, CNDH, *Los Defensores de Derechos Humanos requieren condiciones de seguridad para ejercer sus actividades, destaca la CNDH*.

<sup>100</sup> [https://hchr.org.mx/comunicados/la-onu-dh-condena-los-asesinatos-de-los-defensores-de-derechos-humanos-rodrigo-morales-vazquez-y-alejandro-garcia-zagal/#\\_ftn1](https://hchr.org.mx/comunicados/la-onu-dh-condena-los-asesinatos-de-los-defensores-de-derechos-humanos-rodrigo-morales-vazquez-y-alejandro-garcia-zagal/#_ftn1)

Estado bajo la modalidad de comisión o aquiescencia.<sup>101</sup> Así, México se ha convertido en uno de los países más peligrosos para ser activista, defensor de derechos humanos y/o periodista.

Ante estas circunstancias, desde 2009<sup>102</sup> y recientemente en 2022, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y la CIDH<sup>103</sup> reiteraron su llamado a las autoridades mexicanas a que realicen investigaciones prontas y diligentes, donde se agoten las líneas de investigación, y determinen los autores materiales e intelectuales, así como los móviles de estos crímenes, que no deben quedar en la impunidad. De forma paralela, se debe avanzar en la atención de las causas estructurales que favorecen estos ataques, para garantizar de manera sostenible la seguridad de quienes ejercen la defensa de los derechos humanos y el periodismo.<sup>104</sup>

La realidad en México y varios países de América es que los defensores de derechos humanos, pese a su papel de garantes de los derechos de todos, se enfrentan a una gran cantidad de obstáculos en su labor, los cuales incluyen además de los abordados en este informe, los siguientes: i.- Asesinatos. ii.- Ejecuciones extrajudiciales. iii.- Desapariciones forzadas. iv.- Amenazas. v.- Impunidad y corrupción. vi.- Falta de legitimación para acceder al juicio de amparo o a un recurso judicial efectivo para la defensa de violaciones a derechos humanos –como principalmente señalado–. vii.- Actividades de inteligencia y otras injerencias ilegales, abusivas o arbitrarias. viii.- Allanamientos ilegales a las sedes de las organizaciones. ix.- Impunidad en las investigaciones de ataques sufridos por defensoras y defensores de derechos humanos. x.- Iniciación de acciones penales sin fundamento contra defensoras y defensores de derechos humanos y uso de tipos penales para criminalizarlos. xi.- Campañas de desprestigio y estigmatización contra defensores y sus

---

<sup>101</sup>En 2021 asesinaron extrajudicialmente a 25 defensores de derechos humanos en México, Forbes. Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/en-2021-asesinaron-extrajudicialmente-a-25-defensores-de-derechos-humanos-en-mexico/>

<sup>102</sup> OACNUDH, *Defender los derechos humanos: entre el compromiso y el riesgo, Informe sobre la situación de las y los defensores de derechos humanos en México, enero de 2006 a agosto de 2009*.

<sup>103</sup> CIDH, Comunicado de prensa 35/11. *CIDH condena asesinato de defensor de derechos humanos en México*, Washington, D.C., 25 de abril de 2011;

<sup>104</sup> La ONU-DH condena los asesinatos del defensor de derechos humanos José Trinidad Baldenegro y del periodista Armando Linares López, Ciudad de México, 17 de Marzo de 2022, OACONUDH, <https://hchr.org.mx/comunicados/la-onu-dh-condena-los-asesinatos-del-defensor-de-derechos-humanos-jose-trinidad-baldenegro-y-del-periodista-armando-linares-lopez/>

organizaciones. xii.- Uso excesivo de la fuerza pública contra manifestaciones de protesta social. xiii.- Controles administrativos y financieros arbitrarios a las organizaciones de derechos humanos. xiv.- Restricciones al acceso a información en poder del Estado y las acciones de *habeas data*. xv.- Falta de acciones y mecanismos para garantizar la seguridad y protección de defensores de derechos humanos por parte del Estado.

A partir de ello, se subraya la importancia de proteger y no criminalizar ni estigmatizar a las personas defensoras de derechos humanos, principalmente en su labor de protección y respeto de derechos humanos y en el combate a la corrupción, cuyo trabajo sustituye en muchos sentidos las obligaciones que originalmente corresponden al Estado, de ahí que es necesario que las autoridades de los tres poderes reconozcan que el trabajo de esas personas contribuye al bienestar de la ciudadanía y al desarrollo sostenible y democrático de los países.

## V ] Conclusiones y recomendaciones

1. *Fortalecer el derecho de acceso a la justicia.* La evolución de la jurisprudencia en el sistema interamericano demanda a los Estados un rol más activo como garantes, no solo del reconocimiento de los derechos, sino también de la posibilidad real de ejercerlos.<sup>105</sup>

La obligación del Estado Mexicano de contar con recursos judiciales idóneos para reclamar la violación de derechos fundamentales<sup>106</sup> no es solamente negativa –de no impedir el acceso a esos recursos– sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos.

Para tal efecto, el Estado debe remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia y que, a su vez, perpetúan un clima de violaciones a derechos humanos e impunidad.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> FERNÁNDEZ, Lila Zaire Flores. *Los Mecanismos De Protección a Derechos Humanos Como Una Herramienta En El Combate a La Corrupción*. Doctorado Institucional en Derecho, Universidad Juárez del Estado de Durango, 2016.

<sup>106</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 17 de la CPEUM y el Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

<sup>107</sup> *El Acceso a La Justicia Como Garantía De Los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales. Estudio De Los Estándares Fijados Por El Sistema Interamericano De Derechos Humanos.* <https://www.cidh.oas.org/countryrep/accesodesc07sp/Accesodesci-ii.sp.htm>.

El Estado Mexicano debe cumplir su obligación de respetar y garantizar los derechos inherentes con la actividad de defensa de los derechos humanos, lo que se traduce en que las defensoras y los defensores de los mencionados derechos puedan intervenir en los procesos de acceso a la justicia relativas a violaciones de sus derechos humanos, de conformidad con los derechos específicamente reconocidos en la mencionada Declaración.

2. *Facilitar el acceso al juicio de amparo.* Los requisitos fijados para la acreditación del interés legítimo en el juicio de amparo son excesivos y contrarios a su esencia como medio de protección de los derechos humanos. Representan una traba excesiva que impide el acceso a la jurisdicción.

Los conceptos de parte agraviada, interés legítimo y jurídico suelen constituir los principales impedimentos para el ejercicio legítimo del derecho de acceso a la justicia en caso de vulneración de los derechos humanos.

El juicio de amparo debería ser procedente por el simple hecho de que se actualice una vulneración o afectación de un derecho fundamental o garantía individual.

En tanto no se lleven a cabo las modificaciones legislativas pertinentes, corresponde a jueces, tribunales y a la SCJN flexibilizar los estándares de legitimación en el juicio de amparo, creando precedentes que permitan garantizar una protección más amplia de derechos humanos, sobre todo con respecto a las personas que se consideren defensoras de derechos humanos.

3. *Consolidar el derecho a defender derechos humanos.* Dado el difícil contexto, principalmente latinoamericano, en que defensores y defensoras de derechos humanos desarrollan su invaluable actividad, es necesaria la consolidación y el reconocimiento pleno del derecho a defender los derechos humanos como derecho autónomo –como ya lo hace la constitución de la Ciudad de México–.

Para garantizar el derecho a defender de las defensoras y defensores de derechos humanos deberá analizarse ese derecho a la luz de los tratados internacionales, así como eliminar las barreras técnicas que a lo largo de los años han sido impuestas por los Tribunales en México y consecuentemente apartarse de aquellos criterios que restrinjan su legitimación en el juicio de amparo.

La sola presentación de una demanda debería ser su suficiente para demostrar el interés legítimo de las defensoras y defensores de derechos humanos en el juicio de amparo, pues evidencia su intención de defender esos derechos.

Ello es acorde con el parámetro reconocido por la propia Comisionada de Naciones Unidas en el sentido de que el estatus de *defensora o defensor de derechos humanos* se debe determinar de acuerdo con las acciones realizadas por la persona.

Lo anterior es indispensable en la medida en que la labor de los defensores de derechos humanos juega un papel crucial en la democratización del Estado Mexicano.<sup>108</sup>

4. *Reconocer la importancia de las defensoras y defensores de derechos humanos en la lucha contra la corrupción.* En primer lugar, es necesario que éstos gocen en plenitud de derechos inherentes a la existencia de su persona, como los derechos a la vida y a la integridad personal.

Se debe garantizar y no obstaculizar la creación y el funcionamiento de estructuras asociativas para el desarrollo de las actividades de promoción y defensa a través del cumplimiento de las obligaciones consustanciales a los derechos de asociación y libertad de reunión.

Permitir la defensa de derechos humanos supraindividuales es especialmente relevante en los delitos de corrupción por tratarse de un fenómeno que:

- Socava las instituciones y valores de la democracia, compromete el desarrollo sostenible de los países, permite la actividad de la delincuencia organizada involucrando vastas cantidades de recursos públicos de los Estados.
- Conlleva conductas que muchas veces no están tipificadas y que se realizan de manera oculta.
- En la mayoría de los casos queda impune.

Ello, a su vez, implica atender a las recomendaciones hechas por Transparencia Internacional<sup>109</sup>, así como a los datos que arroja el índice CCC en el sentido de que la fortaleza de México en la lucha contra la corrupción está fuera del gobierno: en la sociedad civil.

Asimismo, implica dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas por medio de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y la Convención Interamericana Contra la Corrupción de establecer las condiciones necesarias para que la sociedad pueda participar activa y directamente en la lucha contra

---

<sup>108</sup> *El Súper Poder De Las Organizaciones De La Sociedad Civil*. 2020, accessed 17 de febrero del 2022, <https://www.dlmex.org/blog/38>.

<sup>109</sup> *México, Sin Avance En Índice De Percepción De La Corrupción: Transparencia Mexicana*. 2022, <https://www.tm.org.mx/ipc2021/>.

la corrupción, permitiéndole el acceso a vías, acciones y procedimientos para controlar activa y directamente la corrupción.

5. *Efectuar las modificaciones pertinentes a la ley.* La problemática existente en torno al interés legítimo podría corregirse mediante el proceso legislativo. Lo anterior llevaría a definir en el artículo 4 de la Ley de amparo que las organizaciones de la sociedad civil, los colectivos ciudadanos, los grupos de personas defensoras de derechos humanos podrán defender intereses supraindividuales y derechos objetivos.

6. *Garantizar la integridad de las defensoras y defensores de derechos humanos.* Finalmente, se debe prestar especial atención al fenómeno de la criminalización de las y los defensores como fenómeno obstaculiza, o desmotiva la labor de defensa y promoción de los derechos humanos<sup>110</sup>.

Ello en la medida en que cuando se pretende silenciar e inhibir la labor de las defensoras y defensores, se niega a su vez a miles de personas la oportunidad de obtener justicia por violaciones a sus derechos humanos.<sup>111</sup>

## **Semblanza de la organización redactora**

DLM es una organización sin fines de lucro que fue fundada en 2015 para promover el respeto de los derechos humanos y el fortalecimiento del Estado de Derecho en México, a través de la participación de la sociedad civil en la vida pública del país, con el objetivo de identificar problemas comunes y proponer soluciones que impacten a las autoridades y al sector privado.

DLM busca incidir en el respeto a los derechos humanos y en el fortalecimiento del Estado de Derecho, actuando como un puente entre la sociedad civil y el Estado Mexicano y representando las expresiones y demandas de la colectividad. Se constituye como un actor que fomenta el intercambio de ideas, genera conocimiento y provoca la creación de precedentes judiciales en materia de rendición de cuentas, control de la corrupción y transparencia.

DLM asesora casos de litigio estratégico y trabaja con organizaciones, colectivos, ciudadanos y ciudadanas para

---

<sup>110</sup> CIDH, *Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/15 31 diciembre 2015. Párr. 11.

<sup>111</sup> *Informe Sobre La Situación De Las Defensoras Y Defensores De Los Derechos Humanos En Las Américas*. <https://www.cidh.oas.org/countryrep/defensores/defensorescap1-4.htm>.

promover el combate a la corrupción y la rendición de cuentas en México con una perspectiva de derechos humanos.

## Bibliografía

- AGUILAR, Sofía Ramírez. *EPN: La Corrupción Como Sello De Gobierno. Un Sexenio Perdido Para México*. (2019): 106
- Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Derecho Internacional De Los Derechos Humanos. Esencia Y Trascendencia*. México: Porrúa, 2006
- CASAR, María Amparo. *Anatomía De La Corrupción. 2a Edición, Corregida y Aumentada*. (2016): 11. [https://imco.org.mx/wp-content/uploads/2016/10/2016-Anatomia\\_Corruptcion\\_2-Documento.pdf](https://imco.org.mx/wp-content/uploads/2016/10/2016-Anatomia_Corruptcion_2-Documento.pdf).
- CASAR, María Amparo. *Anatomía De La Corrupción. 3a Edición, Corregida y Aumentada*. (2020): 65 y 66
- Convención De Las Naciones Unidas Contra La Corrupción*. Nueva York, 2004
- Corruptions Perceptions Index*. 2021, <https://www.transparency.org/en/cpi/2021>.
- Costo De La Corrupción Creció 64 Por Ciento En México*. 2021, accessed 17 de febrero de 2022, 2022, <https://oneamexico.org/2021/12/09/costo-de-la-corrupcion-crecio-64-por-ciento-en-mexico/>.
- Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Juan Manuel ACUÑA. *Curso De Derecho Procesal Constitucional*. México: Editorial Porrúa, 2011
- El Acceso a La Justicia Como Garantía De Los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales. Estudio De Los Estándares Fijados Por El Sistema Interamericano De Derechos Humanos*. <https://www.cidh.oas.org/countryrep/accesodesc07sp/Accessodescii.sp.htm>.
- El Súper Poder De Las Organizaciones De La Sociedad Civil*. 2020, acceso: 17 de febrero del 2022, <https://www.dlmex.org/blog/38>.
- Exposición de Motivos de la Reforma en Materia de Amparo de 6 de Junio de 2011. 2011.
- FERNÁNDEZ, Vicente. *El Juicio De Amparo En La Décima Época*. México: Editorial Porrúa México, 2019
- FERNÁNDEZ, Lila Zaire Flores. *Los Mecanismos De Protección a Derechos Humanos Como Una Herramienta En El Combate a La Corrupción*. Doctorado Institucional en Derecho, Universidad Juárez del Estado de Durango, 2016
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Estudio De La Defensa De La Constitución En El Ordenamiento Mexicano*. Mexico: Editorial Porrúa, 2005
- FLORES, Jorge Humberto Meza. *El Derecho a Defender Los Derechos: La Protección a Defensoras y Defensores De Derechos Humanos En El Sistema Interamericano*. 2015. [http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas\\_CSIDH\\_DerDefenderDer-3aReimpr.pdf](http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CSIDH_DerDefenderDer-3aReimpr.pdf).

José de Jesús OROZCO HENRÍQUEZ y Jorge Humberto MEZA FLORES, *Breves consideraciones para la construcción de una política de protección a defensoras y defensores de derechos humanos en conformidad con los estándares interamericanos*

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David. *El Derecho Que Tenemos La Justicia Que Esperamos*. México: Laguna, 2006

TM, *Guía De Lenguaje Claro Sobre Lucha Contra La Corrupción*. 2009. <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf>.

*Iniciativa Con Proyecto De Decreto Que Reforma La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos Para Crear El Sistema Nacional Anticorrupción Y De Fiscalización*. 2014

*Informe Sobre La Situación De Las Defensoras Y Defensores De Los Derechos Humanos En Las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.124. Doc. 5 rev. 1, 7 de marzo de 2006

<https://www.cidh.oas.org/countryrep/defensores/defensorescap1-4.htm>.

OACNUDH, *Defender los derechos humanos: entre el compromiso y el riesgo, Informe sobre la situación de las y los defensores de derechos humanos en México, enero de 2006 a agosto de 2009*.

<http://www.hchr.org.mx/documentos/libros/informe.pdf>

*Los Mexicanos Frente a La Corrupción Y La Impunidad. Perspectivas Y Prospectivas 2019*. 2019: 23

MEJÍA ROSILES, Rocío. *El Interés Legítimo De Las Personas Defensoras De Derechos Humanos Para Interponer Un Juicio De Amparo*. *Paréntesis Legal*. (2021). <https://www.parentesislegal.com/post/el-inter%C3%A9s-leg%C3%ADtimo-de-las-personas-defensoras-de-derechos-humanos-para-interponer-un-juicio-de>.

TM, México, *Sin Avance En Índice De Percepción De La Corrupción: Transparencia Mexicana*. 2022, <https://www.tm.org.mx/ipc2021/>.

RISKS, AS/COA and Control. *The Capacity to Combat Corruption (Ccc) Index*. (2019): 3

TRON PETIT, Jean Claude *¿Qué Hay Del Interés Legítimo?* México DF: Porrúa

UGARTE, Pedro Salazar. *La Reforma Constitucional Sobre Derechos Humanos. Una Guía Conceptual*. (2014): 222

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Derecho Internacional de los derechos humanos. Esencia y trascendencia, México, Porrúa, 2006, p.755*

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *El derecho que tenemos la Justicia que esperamos, Torreón, Laguna, 2006, p. 841-851*

Loretta ORTIZ AHLF, *¿Es el amparo un recurso efectivo para la protección de derechos humanos?*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3066/9.pdf>

*Un México Impredecible*. 2018, acceso el 14 de febrero de 2022, <https://www.dlmex.org/blog/32>.

VIDAL-BENEYTO, José. *La Corrupción De La Democracia. El país*. (2009). <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/52490/JVB976.pdf?sequence=1>.



# El Derecho Internacional y el Derecho Comparado, desarrollos evolutivos

CARLOS A. GABUARDI\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los signos de nuestro tiempo y la urgente necesidad de una brújula*. III. *El Derecho Internacional y sus Complejidades*. IV. *El Derecho Comparado, el método comparativo y el desarrollo y adecuación de métodos propios para el entendimiento del derecho interno en función de su interrelación internacional y global*. V. *Algunos ejemplos que ilustran la evolución actual del Derecho Internacional, así como sus imperantes necesidades*. VI. *Conclusiones*.

## I | Introducción

Hace treinta años escribí un artículo al que llamé *El Derecho Mercantil Internacional y los Tratados*<sup>1</sup> y aunque ya hacía tiempo que quería retomar el tema, no es hasta ahora cuando tengo oportunidad de hacerlo. Lo cierto es que por una cosa o por otra esta tarea se había ido postergando, pero como bien dicen los primeros versos del Eclesiastés, cada cosa tiene su tiempo<sup>2</sup> y según parece, el tiempo de retomar el tema ya ha llegado; y ese tiempo, cuando llega y cuando toca, siempre es el mejor de todos los tiempos.

Treinta años son muchos años; para muchos es prácticamente toda su vida, para otros la mitad y así, según sea el caso, pero lo cierto es que siempre en un tercio de siglo pasan muchísimas cosas y también cambian muchísimas otras. Aunque

---

\*El Dr. Carlos A. Gabuardi, es Profesor de Derecho Comparado en la Facultad Libre de Derecho de Monterrey. Fue abogado del Departamento Legal del Banco Mundial, Washington, D.C.; Gerente Legal Corporativo y secretario suplente del Consejo de Administración del Grupo Gamesa y Director del Departamento de Derecho en la Universidad de Monterrey. El doctor Gabuardi tiene una Maestría en Derecho, con honores, otorgada por en la Escuela de Derecho de la Universidad de Tulane, Nueva Orleáns, Luisiana, y un Doctorado en Derecho (Ph.D.) por la misma universidad.

<sup>1</sup> GABUARDI ARREOLA, Carlos, *El Derecho Mercantil y los Tratados*, Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, No. 21, 1992.

<sup>2</sup> ECLESIASTÉS, 3:1 Todo tiene su tiempo, y todo lo que se quiere debajo del cielo tiene su hora.

esto es especialmente cierto con respecto a estos últimos treinta años; pues como atinadamente los señalara el insigne jurista D. Santiago Muñoz Machado,<sup>3</sup> durante su discurso con motivo de la Apertura del VIII Congreso Internacional de la Lengua celebrado en Córdoba, Argentina, el 27 de marzo de 2019, hoy en día estamos *en medio de la mayor revolución de la historia de la humanidad...*<sup>4</sup>

Señalo esta reflexión, porque quizá esta frase fue el acicate que me ha hecho darle prioridad a este tema y me ha obligado a sentarme a escribir y retomar los cuestionamientos que comencé a hacerme con respecto al Derecho Mercantil, así como sobre su ser y su quehacer en el entorno de un mundo globalizado en los primeros años de la última década del siglo XX.

Así, treinta años después, al retomar mis trabajos sobre este particular, he querido tener frente a mí el artículo al que me he referido al inicio de este escrito, y he decidido comenzar revisando los temas con los que concluí en aquél entonces, para luego ir contrastando a la luz de los nuevos tiempos algunos de los temas que entonces visité en aquel artículo, para posteriormente referirme a los problemas de hoy y a su proyección hacia el futuro.

## II ] Los signos de nuestro tiempo y la urgente necesidad de una brújula

En la vorágine de los tiempos corrientes cada vez resulta más difícil identificar el alcance de las fuerzas que estiran, tensan y constantemente están transformando las realidades del mundo actual, pues tal parecería que casi no hay ningún aspecto de la vida que no haya sido profundamente afectado y a veces trastocado por todo este conjunto dinámico de elementos transformadores.

---

<sup>3</sup> D. Santiago Muñoz Machado ha sido Director de la Real Academia de la Lengua desde el 10 de enero de 2019.

<sup>4</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago, Discurso pronunciado con motivo de la Apertura del VIII Congreso Internacional de la Lengua celebrado en Córdoba, Argentina, el 27 de marzo de 2019, El discurso puede escucharse en el evento de inauguración del VIII Congreso Internacional de la Lengua Española. <https://www.youtube.com/watch?v=GXUdQF4R318> (Consultado por última vez el 16 de octubre de 2022). Póngase atención al minuto 34 del video citado. Sobre esta misma realidad, Léontin-Jean Constantinesco había escrito lo siguiente: *... he querido a ayudar a los juristas más jóvenes a comprender que, bajo las apariencias engañosas de un paisaje espiritual y material habitual, están viviendo en un mundo cuya mutación representa un verdadero cambio de edad y caminan hacia un mundo radicalmente nuevo.* CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, Tratado de Derecho Comparado, Introducción al Derecho Comparado, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1981, Vol. 1 P. 20

Por ello, me parece que debe reconocerse que el fenómeno jurídico está necesaria e íntimamente vinculado con el dinamismo y complejidad de la evolución humana por cuanto este es parte integrante del fenómeno cultural, ya que hoy, tanto como ayer, el gran desafío del Derecho consiste en encontrar el equilibrio entre la estabilidad y la certeza que debe proveer el orden jurídico y la urgente necesidad de responder a el torbellino de circunstancias cambiantes que configuran los nuevos tiempos.<sup>5</sup>

Ya desde 1992, yo había señalado que debido a nuestro actual entendimiento del fenómeno jurídico debería reconocerse que por su propia naturaleza el Derecho sufría de una especie de desfase constante y sistemático que lo mantenía constantemente con un cierto rezago respecto a la agilidad y dinamismo de los nuevos planteamientos que nos presentan los tiempos actuales.<sup>6</sup>

Me parece que hoy en día la situación no sólo no ha cambiado, sino que aún diría más, pues el desfase entre el Derecho vigente y la realidad en la que pretende operar el orden

---

<sup>5</sup> La razón de que el Derecho no haya seguido el movimiento de adaptación estriba en que se encuentra descuartizado por un doble movimiento contradictorio. Por distintos motivos, el mundo no ha parado de empequeñecerse. El planeta se unifica, y la vida económica, política, jurídica y cultural rebasa ampliamente las fronteras nacionales. Por otra parte, los Estados soberanos siguen constituyendo el marco y el fundamento de la vida de los pueblos, así como la fórmula tipo de organización política en el mundo contemporáneo. El Estado soberano sigue intentando dominar, controlar, circunscribir la vida de los pueblos en un mundo en el que la vida, precisamente, no ha parado de rebasar los marcos y las fronteras de la nación; pero se está realizando un proceso de integración planetaria. CONSTANTINESCO, Léontin- Jean, Loc. Cit, Vol. 1 P. 43

<sup>6</sup> En 1992 escribí: Entre otras muchas razones, este desfase puede ser atribuido a las siguientes causas: 1.- La imposibilidad manifiesta para prever y regular lo que se desconoce, pues, aunque normalmente las formulaciones normativas se hacen para operar en el futuro, la exigencia y necesidad de esas disposiciones son planteadas por requerimientos empíricos. 2.- Estos requerimientos surgen al manifestarse lo insuficiente de los planteamientos jurídicos ya existentes; una vez que son confrontados con las situaciones generadas por la cambiante y dinámica realidad. 3.- El proceso de confrontar el marco jurídico con la realidad existente debe generar una crítica doctrinaria y jurisprudencia! que apunte hacia soluciones más adecuadas a la evolución de la actividad humana. 4.- La instrumentación formal de leyes materiales y de las nuevas soluciones es tardía, pues normalmente esto implica una modificación y cambio al status quo. 5.- Habida la implementación formal de las soluciones, debe gestarse una adecuación de la idiosincrasia y de la cultura de los juristas (funcionarios, jueces, postulantes, consultores, profesores, investigadores, etc.) en relación con los nuevos planteamientos y a la nueva normatividad. 6.- Durante el transcurso de estos acontecimientos, los imperativos prácticos habrán superado la nueva normatividad; por lo que el proceso de confrontación crítica deberá de ser tan constante como los cambios que los motivan y les dan origen. GABUARDI ARREOLA, Carlos, Loc. Cit. P. 208.

jurídico es cada vez más crítico y el pronóstico no parece ser muy alentador, pues además de que las necesidades planteadas por las realidades actuales han desbordado por mucho al Derecho vigente, hasta el momento no parece haber planteamientos metodológicos claros y bien definidos que estén orientados a atacar esta problemática.

Efectivamente, lo que he observado es que frente a la evolución del entorno, el avance evolutivo del Orden Jurídico – cuando este ha ocurrido– se ha ido dando a tumbos y mediante soluciones jurídicas plasmadas en reformas puntales de trascendencia y alcance muy limitado; en ocasiones adecuando instituciones existentes, en otros casos estirando el alcance de instituciones pensadas originalmente para solucionar problemas distintos, a veces llevándolas a los confines de sus propios límites y en otros extralimitándolas, así como en otros muchísimos casos, bordando soluciones en un ámbito de que se encuentra entre la marginalidad y las sombras del derecho vigente, aún y cuando estas soluciones no sean necesariamente ilegales.

En parte, este trabajo pretende revisar –a modo de diagnóstico preliminar– algunos ejemplos que ilustran claramente algunas situaciones que indican los rumbos a los que parecen perfilarse algunas de las respuestas –que a modo de soluciones– se han ido dando e implementando, pues creo que estas nos ayudarán a entender lo que está pasando, así como a encontrar las tendencias marcadas, pues creo que hay cuestionarse si efectivamente estas respuestas y soluciones nos están orientando a los lugares a los que queremos ir, asumiendo que como sociedad, efectivamente sepamos cual es el destino al que queremos llegar.

De este modo, me parece que el uno de los primeros pasos que debe darse para determinar la situación actual del fenómeno, consiste en hacer una revisión del estado que guardan las respuestas y soluciones que se han ido avanzando, para posteriormente tratar entender sus posibles implicaciones y consecuencias.

Este proceso nos obliga a encontrar una brújula que nos ayude a conocer el rumbo al que habrá de llevarnos este análisis, pues sólo entonces podremos cuestionarnos si la dirección a la que apuntan las respuestas y soluciones implementadas están efectivamente orientadas al rumbo deseado.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Esto lo digo asumiendo que en la humanidad efectivamente tenemos una idea clara y consensuada con respecto al rumbo que queremos que tome el Derecho en los años por venir, pues lo cierto es que aunque el discurso de las instituciones globales y el de los grandes intelectuales parece definir una orientación, el quehacer de los actores globales y los políticos

En el ámbito doméstico –por lo menos en México– la necesidad de encontrar respuestas acertadas y de orientarlas bien es más que evidente; pues tan sólo tratar de ilustrar la deficiente realidad de nuestro sistema legal requeriría de páginas enteras de ejemplos, de anécdotas, de historias de sufrimiento humano y de pérdidas multimillonarias, algunas de ellas las han tendido que asumir los inversionistas y empresarios, otras –quizá la mayoría– las hemos tenido que pagar todos los mexicanos, algunas veces con nuestros impuestos y otras veces, con las oportunidades perdidas.

Con frecuencia se oye decir que en México hay buenas leyes, pero estas no se aplican, ni se cumplen. Eso no es cierto, pues, aunque debemos reconocer que, aunque que hay partes significativamente valiosas en la legislación vigente, hay muchos de nuestros ordenamientos son francamente malos o notoriamente deficientes, además de que en general, estos presentan gravísimos vicios de obsolescencia.

En el ámbito internacional la situación anda por el estilo, pero además en este ámbito el problema principal está relacionados con la ausencia de un marco jurídico en casi todas las materias. Mucha gente piensa que todos los temas internacionales están normados por lo tratados, pero ojalá que fuera así. Lo cierto es que en el ámbito internacional los tratados internacionales son la excepción y no la regla.

Por si eso fuera poco y a pesar de que vivimos en un mundo globalizado, nuestro planeta todavía opera bajo el paradigma del Estado moderno y de la internacionalidad;<sup>8</sup> sin embargo, todavía no se han podido desarrollar los organismos necesarios implementar de manera efectiva y eficiente el incipiente orden jurídico internacional y supranacional, que no global. Por ello, obvia

---

que los dirigen, en cuanto líderes legítimos de los mismos, parecen actuar en una dirección distinta a la que se anuncia en sus discursos. Por eso he tomado el símil de la brújula, pues ésta, puesta en el lugar adecuado siempre marca al Norte.

<sup>8</sup> *La globalización exige una reformulación del Derecho, una respuesta jurídica adecuada a los nuevos tiempos, para que no queden aprisionados por normas caducas y pasajeras. Es hora, pues, de un Derecho global, como antes lo fue del Derecho de gentes y luego lo ha sido del Derecho internacional. Sin el ius gentium, no se entiende el Derecho inter nationes, el International Law. Y sin el desarrollo de éste, no hubiera nacido el incipiente Derecho global. Los tres Derechos -de gentes, internacional y global- son como abuelo, padre y nieto, respectivamente. Forman parte de una misma familia. Tienen, por tanto, rasgos comunes que los aproximan por basarse en principios jurídicos distintos y aplicarse en momentos históricos del todo diferentes. Prueba de ello es que han convivido superpuestos.* DOMINGO OSLÉ, Rafael, *¿Qué es el Derecho Global?*, 2a. ed., España, Thomson – Aranzandi, 2008. Pp. 20 y 21

decir que a la fecha todavía carecemos de normas jurídicas auténticamente globales.

Por otra parte, la mayor parte de los estudios jurídicos, así como la práctica cotidiana de la abogacía y del Derecho, prácticamente han decidido ignorar las diversas cosmovisiones que determinan la realidad del ser y quehacer jurídico alrededor del mundo, pues tal como atinadamente lo ha señalado David J. Gerber:

*La globalización pone a los sistemas y las culturas jurídicas en un contacto más directo, frecuente, íntimo, y a menudo complicado y tenso. Esto influye en lo que los profesionales del derecho desean y necesitan saber con respecto al Derecho Extranjero, la manera en que estos transfieren, adquieren y procesan la información, así como la manera en que se toman las decisiones. Se podría esperar que consecuentemente, el ámbito del Derecho Comparado estaría repleto de esfuerzos para comprender la globalización y su impacto sobre el derecho, y para desarrollar estrategias para lidiar con estos aspectos.<sup>9</sup>*

En mi opinión, en un mundo que hoy todavía continúa operando bajo la concepción de las pluralidades normativas de la internacionalidad, el rumbo para comenzar a trabajar, tanto en el alcance teórico como en las implicaciones prácticas de estas realidades y problemáticas, puede ser encontrado apoyándonos en dos ejes principales y en su contenido metodológico inherente: el primero se refiere al Derecho Internacional –tanto Público, como Privado– así como en las complejidades que son propias de estas disciplinas y en su interacción cotidiana con el resto del orden jurídico; y el segundo, que por supuesto también interactúa con primero, se refiere a un ámbito de complejidad propia: el de la diversidad cultural, pues el fenómeno jurídico es un fenómeno cultural cuya concepción, entendimiento y operación siempre está sujeta a los diferentes paradigmas culturales del entorno en el que se desarrolla y opera cada sistema jurídico.

Consecuentemente, considero que en el momento actual estos dos ejes temáticos, el del Derecho Internacional y el del Derecho Comparado, proporcionan –aunque con sus limitaciones propias– las herramientas necesarias para la operación global y multinacional del Derecho, lo cual, como lo he mencionado, ocurre en un entorno en el que los sistemas y tradiciones jurídicas del mundo entero están constantemente colisionando entre sí, tanto

---

<sup>9</sup> GERBER, David J., *Globalization and Legal Knowledge; Implications for Comparative Law*, Tulane Law Review, New Orleans, No. 75, Marzo de 2001, P. 950

desde el punto de vista normativo (sustantivo y procesal), como desde el punto de vista cultural.

### III J El Derecho Internacional y sus complejidades

Una exploración inicial sobre el estado actual del Derecho Internacional, tanto Público como Privado,<sup>10</sup> nos obliga a reconocer la complejidad que presenta el fenómeno, tanto en términos de su contenido, como en términos de su rol y definición relacional; tanto al interior de nuestros propios sistemas jurídicos nacionales, como

---

<sup>10</sup> Aunque parezca resultado una visión simplista, lo cierto es que la definición de aquello que es el Derecho Internacional Privado está en constante transformación y no puede ser única, pues ésta dependerá lo que se conceptualice como la nota que identifica la internacionalidad de este. Lo cual, es muy posible que varíe dependiendo del contexto en el que nos ubiquemos. Por ejemplo, la conceptualización de aquello que se considera como Derecho Mercantil varía significativamente en las tradiciones jurídicas y en la del Common Law. Así, en los países de tradición Romano-Germánica, en donde el Derecho Mercantil se considera como una disciplina autónoma, este concepto hará referencia a todos aquellos aspectos y situaciones que quedan comprendidos en esta categoría: la del Derecho Mercantil, lo que de alguna manera implican la presencia problemáticas propias en materia de conflicto de leyes, aplicación de un Derecho extranjero o bien, con respecto a la determinación de las normas del tratado internacional que eventualmente sería aplicable, por otra parte, en los países afiliados a la tradición jurídica del *Common Law*, en donde el Derecho Mercantil no es una rama autónoma, éste será aquel conjunto de reglas que se aplican a la actividad económica del comercio internacional. Cfr. WEIR, Tony, *The Common Law System*, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume 11, Chapter 2, (Structure and Divisions of the Law). Completed 24 December 1971. p. 104. Asimismo, en referencia al *Common Law*, Schlesinger ha señalado: *En los escritos legales, o para propósitos de agrupación curricular de materias, los académicos ingleses o americanos, ocasionalmente, pueden considerar práctico utilizar el término Derecho Mercantil. Pero éste no es un término especializado que indique una dicotomía básica entre dos conjuntos de reglas positivas, en la que la operación de una de ellas predica la calidad mercantil de las partes o de sus actos.* Citando a R.B. Schlesinger, *The Uniform Commercial Code in the Light of Comparative Law: 1*, *Inter-American Law Review*, (January-June 1959) p. 40. Por su parte, Barrera Graf habla de la existencia de un Derecho Mercantil Internacional regido por usos del comercio internacional y por normas codificadas por dichos órganos internacionales ... agregando que *la labor legislativa de todos estos cuerpos es enorme y de creciente importancia y da origen a una nueva Ley Mercatoria.* Barrera Graf, Jorge, *La Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y el Derecho Mexicano. Estudio comparativo*, Anuario Jurídico X, 1983. Universidad Nacional Autónoma de México. p. 39. También a manera de ejemplo, puede señalarse la concepción radicalmente diferente que presentan algunas instituciones del Derecho de Familia en las tradiciones jurídicas Romano-Germánica y del *Common Law*. Y así del mismo modo podrías encontrar ejemplos concernientes a las diferencias entre los Derechos Occidentales y los de Tradiciones Islámica, o los Derechos Orientales.

en cuanto a las que ocurren en el contexto de un mundo globalizado en donde cada uno de estos sistemas jurídicos está en constante interacción con los otros sistemas del orbe.

Así, nuestra primera observación apunta hacia la complejidad de las fuentes normativas,<sup>11</sup> tanto en el Derecho Internacional Público, como en el Derecho Internacional Privado.<sup>12</sup>

Efectivamente, aunque el fenómeno de la fragmentación de las fuentes del Derecho Internacional es un tema que ya ha sido objeto de diversos estudios y comentarios tanto por parte de los estudiosos del Derecho Internacional Público,<sup>13</sup> así como por parte

---

<sup>11</sup> FUENTES DE DERECHO O FUENTES JURÍDICAS: *Todo aquello que da nacimiento al derecho objetivo o sea a las normas jurídicas. Carnelutti considera como fuentes del derecho la ley, la costumbre, el uso, el reglamento, el contrato colectivo, la sentencia colectiva de la magistratura del trabajo, las ordenanzas de las corporaciones, las sentencias y los contratos. El citado juriconsulto piensa que es fuente del derecho todo acto producto de Derecho, sea que se trate de mandatos abstractos o concretos, de mandatos especiales o generales, y por eso incluye entre las fuentes de derecho a las sentencias y a los contratos. La mayor parte de los juriconsultos únicamente considera como fuentes jurídicas a las que engendran las normas de carácter general y abstracto, entre las cuales no pueden estar comprendidas las estipulaciones de un contrato o lo resuelto por una sentencia. Subdivide Carnelutti las fuentes por su forma en generales y especiales, explícitas e implícitas (la ley es explícita, la costumbre implícita), autónomas y complementarias o sea las que producen mandatos autónomos o complementarios. Entre las fuentes de Derecho hay que incluir a los contratos colectivos de trabajo. Convencionales, industriales, tratados internacionales, contratos, sentencias, y transacciones.* PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 12a. edición, Editorial Porrúa, 1979, p. 375

<sup>12</sup> En este sentido, conviene citar nuevamente lo señalado por el profesor Rafael Domingo, *La globalización exige una reformulación del Derecho, una respuesta jurídica adecuada a los nuevos tiempos* (DOMINGO OSLÉ, Rafael, *Loc. Cit.*, P. 20), y enfatizar – también nuevamente – que el concepto mismo de aquello que se considera *internacional*, está apuntalado en el paradigma jurídico del Estado Moderno, un concepto al que en más de una manera la realidad lo ha ido llevando a un cierto nivel de obsolescencia pues, cada vez más, el fenómeno de la globalización parece desafiar la idea misma de las fronteras nacionales y de sus consecuencias e implicaciones jurídicas.

<sup>13</sup> *La fragmentación del derecho internacional ha sido una preocupación teórica, por lo menos, desde mediados del siglo pasado, destacándose desde entonces la ramificación que viviría el derecho internacional a raíz de los múltiples regímenes normativos creados por tratados multilaterales de diversa índole material (funcional) y regional.* RODILES, Alejandro, *La Fragmentación del Derecho Internacional. ¿Riesgos u Oportunidades para México?*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, Vol. 9, Enero de 2009. P. 373. *Es aún un hecho incuestionable el que las últimas décadas han conocido una extraordinaria expansión de las normas jurídicas internacionales acompañadas de la formación de la jerarquía normativa en el Derecho internacional gracias al reconocimiento del ius cogens por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Esa impresionante proliferación normativa entreabrió la posibilidad de conflictos normativos y profundizó la tendencia de fragmentación del Derecho internacional en múltiples subsistemas dotados de lógica propia y fines específicos. Esos hechos suscitan la preocupación con la*

coherencia del Derecho internacional, ya que la presencia de antinomias es indeseable no solamente por poner al intérprete delante de alternativas inconciliables, sino también porque impiden la realización de la justicia.” DO AMARAL JUNIOR, Alberto, *El «diálogo» de las fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo*, Madrid, vol. LXII/1 enero-junio 2010 Pp. 61-62. *El sistema de derecho internacional se ha ido fragmentando cada vez más, sobre todo desde el final de la Guerra Fría. Este trabajo pretende presentar las principales características de este desarrollo y sus implicaciones. Varios factores son responsables de la fragmentación creciente: La proliferación de regulaciones internacionales; aumento de la fragmentación política (yuxtapuesta a una creciente interdependencia regional y mundial en ámbitos como la economía, el medio ambiente, la energía, los recursos, la salud y la proliferación de armas de destrucción en masa); la regionalización del derecho internacional debido al aumento del número de foros regionales dedicados a la formulación de reglamentos internacionales; la emancipación de los individuos de los Estados; y la especialización de las regulaciones internacionales. Actualmente no existe un sistema homogéneo de derecho internacional. El derecho internacional consiste en bloques y elementos erráticos; diferentes sistemas parciales; y subsistemas y subsistemas universales, regionales o incluso bilaterales de diferentes niveles de integración jurídica. Todas estas partes que interactuando entre sí, crean lo que paradójicamente puede llamarse un "sistema desordenado" lleno de tensiones, contradicciones y fricciones intra-sistemáticas.* HAFNER, Gerhard, *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law*, Michigan Journal of International Law, Volume 25, Issue 4, 2004. Pp. 849-850. La fragmentación es un proceso a lo largo del cual ciertos sectores del Derecho Internacional general van adquiriendo un perfil propio diferenciándose, en mayor o menor medida según los casos, del Derecho Internacional común.” PAGLIARI, Arturo Santiago, *Fragmentación del Derecho Internacional. Aplicación y Efectos. El fenómeno de la fragmentación no sólo es una realidad desde el punto de vista normativo, sino que también tiene repercusiones en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, e incide en el grado de eficacia de la aplicación del Derecho Internacional. Es difícil pronunciarse en el sentido de si es positiva o negativa; lo cierto es que es inevitable, ya que la expansión material del Derecho hace ineludible que los nuevos campos sean objeto de regulación jurídica. La fragmentación del Derecho en sí misma no puede calificarse como positiva o negativa; los que pueden calificarse de esa manera son los efectos o consecuencias que la misma produce en ciertos ámbitos del Derecho.*, Ponencia presentada en el XXXVI Curso de Derecho Internacional: *Universalismo y Regionalismo a Inicios del Siglo XXI*, Rio de Janeiro, 3 al 21 de agosto de 2009. Pp. 144 y 155 Este texto también se puede consultar en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_xxxvi\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2009\\_arturo\\_santi\\_ago\\_pagliari.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxvi_curso_derecho_internacional_2009_arturo_santi_ago_pagliari.pdf) (Consultado por última vez el 3 de mayo de 2017) *No en vano, en los últimos tiempos han aflorado al menos cuatro fenómenos de nuevo cuño que afectan de manera sustancial al Derecho internacional, a saber, la globalización, la fragmentación, el desplazamiento del modelo basado en la institucionalización de la sociedad internacional por otro modelo nuevo sustentado en elementos informales y el progresivo abandono de exigencias elementales de legalidad internacional a favor de criterios de mera legitimidad y efectividad.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLEARES, José, *La Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales: Una Nueva Regulación para Disciplinar una Práctica Internacional Difícil de Ignorar*, Revista Española de Derecho Internacional, Madrid, Vol. 67/1, enero-junio 2015, P. 16.

de la Organización de las Naciones Unidas;<sup>14</sup> también debe decirse que no ha sido hasta fechas muy recientes cuando la doctrina mexicana se ha focalizado en este fenómeno.<sup>15</sup>

De este modo, aun y cuando el estudio de la fragmentación de las fuentes en el Derecho Internacional se ha originado y se ha desarrollado principalmente en el seno del Derecho Internacional Público, también debe reconocerse que la fragmentación de las fuentes del Derecho tiene su propio correlato en el ámbito Derecho Internacional Privado, situación que desde luego no ha pasado del todo desapercibida para algunos de los estudiosos más prestigiados en esta materia, tanto en el extranjero, como en México.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Es relevante mencionar los trabajos realizados sobre este tema particular por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas: *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional*, durante las sesiones 54 a la 58 durante los años del 2002 al 2006, y particularmente el Informe elaborado por Martti Koskenniemi sobre este tema, según consta en el documento de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006. Todos estos documentos consultables en [http://legal.un.org/ilc/guide/1\\_9.shtml](http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml) (Consultado por última vez el 3 de mayo de 2017).

<sup>15</sup> Véase el artículo de Alejandro Rodiles al que me he referido anteriormente. Rodiles, Alejandro, Loc. Cit.

<sup>16</sup> *En el Curso General impartido en la Academia de La Haya, en 1995, Erik Jayme enfatizó que la pluralidad de las fuentes, propia del Derecho posmoderno, requiere la coordinación de las leyes en el interior del sistema jurídico. Ésta es una condición para la eficiencia y la justicia en una época marcada por la tendencia de legislarse sobre las más variadas materias, muchas veces convergentes, tanto en el Derecho interno como en el Derecho internacional.* DO AMARAL JUNIOR, Alberto, Loc. Cit. P. 71, (citando a Jayme, E., *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, Recueil des Cours, Leiden, vol. 251, 1995, pp. 60 y 251). *De las anteriores afirmaciones se desprende otra, ya citada pero que conviene traer en este momento, y es que en México asistimos a una interesante diversificación o fragmentación normativa ad intra para dar respuesta a los tres sectores que conforman el contenido de esta disciplina jurídica. Esta fragmentación se origina como consecuencia de la pluralidad de legislaciones estatales existentes, como manifestación del poder legislativo conferido a cada una de las 31 entidades federativas y al Distrito Federal. De esta forma debemos acudir a cada uno de los códigos de procedimientos civiles existentes para determinar la competencia judicial internacional, a cada uno de los códigos civiles para el sector del derecho aplicable y regresar a los distintos códigos de procedimientos civiles para el reconocimiento y la ejecución de pronunciamientos judiciales extranjeros. Este factor orilla a la realización de especulaciones, e incluso interpretaciones, por parte de los distintos operadores jurídicos en cuanto a la aplicación de la normativa de derecho internacional privado. De esta forma concluimos que México no posee una ley que de manera global e integradora se pronuncie sobre los distintos aspectos que conforma el objeto de estudio de esta disciplina, debiendo recurrir a distintos cuerpos normativos para encontrarla.* GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ

Consecuentemente, opino que el tema de la pluralidad y complejidad de las Fuentes del Derecho Internacional Privado es una de las grandes áreas en las que se debe continuar trabajando, pues – por lo menos en México – apenas y se ha revisado someramente el tema, a lo que habría que agregar que tanto sus implicaciones teóricas como prácticas son importantísimas.

#### **IV ] El Derecho Comparado, el método comparativo y el desarrollo y adecuación de métodos propios para el entendimiento del derecho interno en función de su interrelación internacional y global**

Ya anteriormente me he referido al Derecho Comparado como uno de los ejes para abordar el alcance de las fuerzas que estiran, tensan y constantemente están transformando las realidades del mundo actual. En este sentido, quizá lo primero que habría que apuntar, es que uno de los errores más frecuentes en los que constantemente se incurre es el de confundir el Derecho Extranjero con el Derecho Comparado.<sup>17</sup>

El Derecho Extranjero se refiere al sistema y al ordenamiento jurídico que impera en un determinado país que no es el nuestro y, aunque naturalmente el Derecho Comparado se nutre y se informa con el contenido de los Derechos Extranjeros; debe subrayarse que la normas, instituciones y soluciones jurídicas de los Derechos Extranjeros, por sí mismas, no son el Derecho Comparado.<sup>18</sup>

---

JIMÉNEZ, Sonia, *Derecho internacional privado*. Parte general, México, Nostra Ediciones, 2010. P. 48

<sup>17</sup> *Los estudios de Derecho comparado se confunden la mayor parte de las veces con los de Derecho extranjero.*

*Sin embargo, las yuxtaposiciones empiezan a hacerse más numerosas. La comparación parece agotarse en la yuxtaposición de textos. Léontin Jean, Idem., P. 141. Desde la primera guerra mundial, el Derecho comparado parecía confundirse con la información relativa a los derechos extranjeros y bastándose a sí misma. Léontin Jean, Idem., P. 229.*

<sup>18</sup> *el examen del derecho extranjero constituye un mentó esencial del proceso comparativo. CONSTANTINESCO, Léontin Jean, Tratado de Derecho Comparado, El Método Comparativo, Chile, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1987, Vol II. P. 94 El conocimiento de una institución de derecho extranjero por un lado y su conocimiento como elemento de comparación por otro configuran dos hechos similares en su técnica y en su contenido, pero que, no obstante, sirven a objetivos diferentes. Con ello queda planteada la cuestión relativa al conocimiento de esta institución en cuanto tal y como elemento de comparación. CONSTANTINESCO, Léontin Jean, Idem, Vol II. P. 95 Un derecho extranjero no es*

Tal y como lo ha mencionado el ilustre jurista rumano Léontin-Jean Constantinesco, el Derecho Comparado (al que él denomina como la Ciencia de los Derechos Comparados)<sup>19</sup> tiene tanto un método propio<sup>20</sup> como un contenido sustantivo propio,<sup>21</sup> agregando que –en más de una manera– el contenido sustantivo del Derecho Comparado fue determinado por René David quizá sin que él mismo se diera cuenta de esto,<sup>22</sup> pues como lo afirma el propio Constantinesco, *La ciencia es una forma de explicar y entender un conjunto de conocimientos destacados en un ámbito propio y delimitado, ordenándolos y clasificándolos. Una ciencia es ante todo un sistema de clasificación que permita rapprocher des faits que les apparences séparaient, bien qu'ils fussent liés par quelques parentés naturelles et cachées. La science, en d'autres termes, est un système de relation objective.*<sup>23</sup>

---

*investigado con la intención de aplicarlo, sino con la de conocerlo en cuanto factor cultural.* CONSTANTINESCO, Léontin Jean, Idem, Vol II. P. 102

<sup>19</sup> *La Ciencia de los Derechos comparados, tal y como la concibo, es el producto del encuentro de dos fenómenos principales. El primero es el ensanchamiento de nuestro horizonte histórico y científico; sin él, el Derecho comparado no rebasaría los límites de una simple curiosidad científica. El segundo es la radical y cada vez más acelerada transformación del mundo en el que vivimos. Sin la percepción de esta transformación, sin la comprensión de su significado, el Derecho comparado estaría condenado a no ser sino un simple método.* CONSTANTINESCO, Léontin Jean, Idem., P. 28

<sup>20</sup> *El método comparativo constituye un camino ordenado y sistemático destinado a desprender y deducir nuevos conocimientos. Es aplicable en todos los ámbitos del Derecho. Los conocimientos deducidos por medio de la aplicación del método comparativo son susceptibles de diversas aplicaciones: unas de naturaleza teórica; otras, de naturaleza práctica.* Idem.

<sup>21</sup> *El objeto y ámbito propio de la ciencia de los Derechos comparados es clasificar los órdenes jurídicos en familias y en sistemas jurídicos. Esta clasificación de naturaleza tipológica sólo puede hacerse con el apoyo de criterios científicos, que son suministrados, precisamente, por los elementos determinantes.* Idem.

<sup>22</sup> *Y es sorprendente que David, que ha dado de la forma más concreta la prueba de la existencia del Derecho comparado en cuanto disciplina autónoma, al presentar los grandes sistemas de Derecho contemporáneos, no vea ahí el ámbito propio, por excelencia, de esta ciencia autónoma que, según el, estaría buscando en vano su ámbito. Así que puede decirse que, con los grandes sistemas, David ha refutado sus mismos argumentos, con los que deniega al Derecho comparado el carácter de ciencia autónoma.* CONSTANTINESCO, Léontin Jean, Idem., P. 285. Cfr. DAVID, René, y Jaufree-Spinosi, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro Mexicano de Derecho Uniforme, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México. 2010. (Edición, traducción y notas del Dr. Jorge Sánchez Cordero).

<sup>23</sup> Idem. Pp. 310 y 311. Citando a H. Pincaré, *La valeur de la science*, (París, 1913), P. 266

Así, Constantinesco concluye lo siguiente:

*El problema que se plantea al Derecho comparado, como a cualquier disciplina que aspire a volverse ciencia autónoma, es el de realizar investigaciones sobre una parcela desconocida de la realidad con el objetivo de hacerla conocible y comprensible, descubriendo las verdaderas relaciones entre las cosas, es decir, entre las instituciones y los órdenes jurídicos. Resolver este problema significa ante todo distinguir entre el método comparativo y la ciencia de los Derechos comparados y saber utilizar los resultados obtenidos por el primero para la construcción de la segunda. Esto sólo puede hacerse en cuanto se encuentren criterios seguros, seleccionables, entre la inmensidad de conocimientos destacados por medio del método comparativo, los que tengan trascendencia relevante en cuanto a la ciencia de los Derechos comparados se refiere. Tratando de agrupar, ordenar y clasificar los conocimientos relevantes destacados por medio del método comparativo en un todo coherente, autónomo y con objeto y ámbito propios, es como puede fundarse la ciencia de los Derechos comparados. El Derecho comparado es una ciencia en cuanto, con el empleo del método comparativo, da a conocer las relaciones de los órdenes jurídicos y, a partir de ahí, descubre una parte de su verdadera naturaleza. Para eso tiene que pasar de ser un aglomerado de conocimientos aislados a ser una ciencia.<sup>24</sup>*

Desde la perspectiva de mi propia experiencia, considero que el Derecho Comparado (entendido tanto desde de su contenido sustantivo, como desde su perspectiva metodológica) permite que los juristas que operan en el ámbito global e internacional desarrollando un entendimiento y comprensión multiparadigmático del fenómeno jurídico y de la manera en que éste se cruza e interactúan en el ejercicio cotidiano de la abogacía.

## **V ] Algunos ejemplos que ilustran la evolución actual del Derecho Internacional, así como sus imperantes necesidades**

Como lo he mencionado anteriormente, en mi opinión el análisis de las líneas evolutivas del Derecho Internacional, tanto en su vertiente pública, como en la del ámbito privado, debe abordarse desde esta doble perspectiva: la de la complejidad y diversidad que presenta el sistema de la fuentes, así como también

---

<sup>24</sup> *Idem.* P. 311

desde la perspectiva del Derecho Comparado, el cual permite habilitar a los juristas para para enfrentar la dinámica los tiempos actuales, de modo tal que los juristas desarrollen una visión multiparadigmática del fenómeno jurídico tal y como éste existente en la realidad global, de modo que con este bagaje, los juristas puedan operar e interactuar mejor y más eficientemente con los diversos ordenamientos y tradiciones jurídicas.

Por tanto, sin que por ello pretenda agotar los temas, en este apartado deseo presentar algunas áreas puntuales que en mi opinión revelan algunos de los desarrollos más importantes en estas materias.

1. *El Derecho y la globalización.* En mi opinión, el primer tema para iniciar la discusión debe reconocer los grandes retos que enfrenta el Derecho ante el fenómeno de la globalización, pues todos los sistemas legales del mundo han evolucionado y se han consolidado en el marco de los paradigmas de la soberanía nacional y del Estado Moderno; por lo que, frente a la realidad de un mundo globalizado, se hace necesario considerar este nuevo paradigma: el de la globalización.

Consecuentemente, esto obliga a evaluar el impacto y las consecuencias que está teniendo para el Derecho el fenómeno de la globalización, así como con respecto a las maneras de lidiar con tal impacto y consecuencias.

Así, entre otras cosas, el fenómeno de la globalización ha implicado una nueva concepción de los pilares de los sistemas legales nacionales en el mundo contemporáneo, lo cual, a su vez, plantea la urgente necesidad de revisar, entender y valorar a la luz de estas nuevas realidades, el estado que guardan las respuestas y soluciones, teóricas y prácticas, dadas por las instituciones jurídicas existentes.

Particularmente, me preocupa la implementación de soluciones que se han ido bordando en un ámbito que, sin incurrir necesariamente en la ilegalidad, sí se encuentra entre la marginalidad jurídica y las sombras del derecho vigente, con la consecuente incertidumbre jurídica ya de por sí causada por estas nuevas realidades.

2. *El Derecho Comparado.* Efectivamente, la utilización del Derecho Comparado es cada vez más frecuente, pues éste no sólo habilita a los abogados para identificar, dentro de su propio contexto: (i) las fuentes del Derecho, incluyendo los métodos usados y aplicados por éstas), (ii) las instituciones jurídicas, tanto las que son propias de dichas tradiciones, como las que siendo

semejantes a las de nuestra propia tradición tienen modalidades y aplicaciones distintas a las de nuestro sistema; y (iii) las normas jurídicas vinculantes y persuasivas existentes dentro de esos sistemas jurídicos.

Por otro lado, el Derecho Comparado también permite identificar la manera en que los juristas de las diversas tradiciones jurídicas abordan las cuestiones, problemas y planteamientos que se les hacen dentro de su práctica profesional y en el seno de su propia tradición, así como conocer y comprender los procesos de razonamiento que utilizan para procesar los mismos.

Por tanto, la profundización en el contenido sustantivo y metodológico del Derecho Comparado resulta de gran importancia, pues el Derecho Comparado permite lograr un cabal entendimiento de los Derechos Extranjeros, de su operación fáctica y de su interacción con otros ordenes jurídicos, evitándose así las frecuentes distorsiones y malentendidos derivados de aquellos enfoques que consideran que la óptica y el método conforme al que determinado jurista fue educado y entrenado, es el paradigma idóneo para entender y valorar lo que ocurre en otras tradiciones jurídicas, por lo que con , con el apoyo del Derecho Comparado, se pueden sortear de mejor manera los gravísimos problemas que ocurre cuando por moda o por imitación extra-lógica enfrentamos las consecuencias de trasplantes jurídicos realizados de una manera poco pulida, tal y como ha ocurrido con la doctrina de la inmunidades y en instituciones tales como las del *Long Arm Statute*, el *Stream of Commerce*, el *Discovery*, el contenido obligatoria de la regla del precedente, así como el análisis de la jurisdicción de los tribunales en razón de las condiciones particulares de la persona sujeta a juicio (*Personal Jurisdiction*), entre muchísimas otras.

De este modo, me parece pertinente hacer notar que aunque mucho se ha avanzado en el estudio de los contenidos sustantivos y metodológicos del Derecho Comparado, creo que los esfuerzos todavía son incipientes, aislados, poco conocidos y poco difundidos entre la mayor parte de los juristas, incluso entre aquellos que ejercen en el ámbito internacional y global, con lo cual – por increíble que parezca – con frecuencia estos carecen de las herramientas necesarias para realizar su propio trabajo de la mejor manera posible, actuando más por corazonada que por técnica.

Por tanto, creo que los contenidos sustantivos y metodológicos del Derecho Comparado deben ser utilizados de manera cotidiana en el manejo de asuntos que involucren la interacción de diversos sistemas y tradiciones jurídicas.

3. *La necesidad de desprendernos de conceptualizaciones que responden a criterios pedagógicos.* Al referirme a la necesidad de desprendernos de conceptualizaciones que responden a criterios pedagógicos, me parece importante subrayar que los criterios que distinguen y separan al Derecho Internacional Privado y al Derecho Internacional Público,<sup>25</sup> se han desarrollado principalmente atendiendo a criterios metodológicos y pedagógicos, y con propósitos de enseñanza e investigación.

Así, aunque estoy de acuerdo con lo afirmado por los profesores Sooksripaisarnkit y Prasad en el sentido de que con frecuencia en la realidad contemporánea la distinción clara entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público es irreal y de que en muchos casos esas dos disciplinas se superponen, por lo menos en el momento actual, me parece esta parcela de la realidad respecto a los límites y la interacción entre los conceptos y principios fundamentales que apuntalan estas disciplinas y los cuales necesariamente requieren de una visión de conjunto, tanto desde la perspectiva estrictamente profesional, como desde la perspectiva académica, quizá podría enseñarse y discutirse en seminarios especializados o en cursos avanzados de Derecho Internacional, pero sólo después de haber cubierto los cursos básicos de Derecho Internacional Privado y de Derecho Internacional Público

En este sentido, me parece necesario tomar conciencia de que los conceptos y categorías académicos y pedagógicos se desarrollan para explicar la realidad, por lo que en mi opinión es imprescindible evitar la práctica – mucho más frecuente de lo que sería deseable – de tratar de encasillar la realidad dentro de los cartabones y patrones acuñados con base en paradigmas

---

<sup>25</sup> Sobre este tema es importante la obra *Blurry Boundaries of Public and Private International Law. Towards Convergence or Divergent Still?* editada por los profesores Poomintr Sooksripaisarnkit y Dharmita Prasad. SOOKSRIPAISARNKIT, Poomintr, y PRASAD, Dharmita (editores), *Blurry Boundaries of Public and Private International Law. Towards Convergence or Divergent Still?*, Singapur, Springer, 2022. Si bien el derecho internacional público y el derecho internacional privado se enseñan en la mayoría de las facultades de derecho como materias distintas, en realidad se originaron a partir de la misma raíz. Incluso hoy en día, cualquier distinción clara entre ellos es irreal y en muchos casos se superponen. Idem. P. 1. El propósito de este capítulo es argumentar que cualquier distinción clara entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado podría no reflejar la realidad en las prácticas modernas contemporáneas y que lo que se ha estado enseñado en las facultades de derecho no representa la realidad. Idem. P. 2, el punto es si una distinción clara entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado como resultado de los pensamientos del siglo XVII sigue siendo válida en el entorno contemporáneo. Idem. P. 5.

concebidos a partir de categorías conceptuales, o de las necesidades y realidades de otros tiempos.

4. *Las fuentes del Derecho en el ámbito entorno global y transnacional.* Tradicionalmente, las fuentes del Derecho se han consolidado en un entorno en el que los paradigmas de la soberanía nacional y del Estado Moderno y conforme estos paradigmas, las principales fuentes del Derecho han sido la legislación (*lato sensu*) y los Tratados Internacionales (*lato sensu*), lo cual trae aparejadas dos limitaciones de gran importancia, por un lado la cuestión de que la legislación (*lato sensu*) debe operar ceñida a estrictos principios de territorialidad y por otro, el hecho de que los Tratados sólo vinculan a los países que los suscriben.

En este sentido, tradicionalmente se había considerado que mientras la legislación doméstica (*lato sensu*) era el instrumento idóneo para regular en el ámbito interno las relaciones jurídicas de las personas de Derecho Privado y que su aplicación debería regir exclusivamente en el territorio de un determinado Estado o país, y que consecuentemente, dicha legislación no debería tener ni efectos, ni implicaciones en países extranjeros, y por otra parte, los Tratados Internacionales (*lato sensu*) eran considerados como el instrumento idóneo para regular en el ámbito internacional las relaciones jurídicas entre sujetos de Derecho Internacional Público (principalmente los Estados Soberanos); no obstante, desde ya hace buen tiempo, es cada vez más frecuente que se emita legislación con el propósito de que esta surta efectos extraterritoriales, o para bloquear los efectos extraterritoriales de una determinada legislación extranjera, así como también es cada vez más frecuente que situaciones con matices internacionales concernientes a personas de Derecho Privado sean principalmente reguladas por Tratados Internacionales, por lo que en ambos casos queda un enorme número de planteamientos jurídicos sin resolver respecto al alcance, contenido y aplicación de estas normas.

Del mismo modo, bajo la gran influencia del idioma inglés y de las corrientes doctrinarias dominantes en los países del Common Law, las principales fuentes del Derecho – la legislación (*lato sensu*) y los Tratados Internacionales (*lato sensu*) – han sido clasificadas bajo la etiqueta de “Derecho duro”, y frente a esta clasificación se ha contrapuesto la noción del *Soft Law* o “Derecho blando” que cada vez ha ido tomando mayor importancia.

La situación antes referida parece indicar una evolución en la teoría tradicional de las fuentes del derecho acuñada dentro de la tradición Romano-Germánica, así una desviación de esta concepción, por lo que ante esta situación subrayamos la

importancia de que al enfrentar esta tendencia evolutiva se recurra al apoyo de los contenidos sustantivos y metodológicos del Derecho Comparado.

Ante las situaciones descritas anteriormente, habrá que reconocer que en todas ellas nos enfrentamos a ámbitos en los que la ausencia de normas jurídicas claras y definidas es el estándar con el que hay que bregar.

5. *La solidaridad civil de los Estados sede de las empresas multinacionales y transnacionales.* Plantear la cuestión de la solidaridad civil de los Estados sede de las empresas multinacionales y transnacionales podría parecer una exageración, pero no lo es y como muestra me permito citar el artículo II del Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales<sup>26</sup> en el que se establece que *Un Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo.*

Sobre este particular habría que agregar que, aunque en México la solidaridad invariablemente tiene que estar establecida expresamente en la ley o en el contenido clausular de un contrato, esto no es necesariamente así en otros sistemas y tradiciones jurídicas.

Consecuentemente, creo que este es uno de los ámbitos en los que se debe procurar el desarrollo e investigación, tanto con fines teóricos como prácticos, pues con frecuencia cuestiones como la problemática ambiental, la administración y manejo de los recursos hídricos, la venta de armas para alimentar conflictos bélicos o cuasi-bélicos en el extranjero, entre muchos otros, debería de implicar una respuesta indemnizatoria basada en la solidaridad civil de esas empresas o entidades.

6. *La cuestión de los hechos y actos jurídicos no contractuales de alcance global y transnacional.* En este apartado me refiero especialmente a los hechos jurídico, así como a los actos jurídicos de origen no contractual con alcance y efectos de alcance global y transnacional, aunque no exclusivamente.

Sobre este tema tengo particularmente en mente cuestiones tales como la contaminación ambiental causada por los

---

<sup>26</sup> NACIONES UNIDAS, Treaty Series, vol. 961, núm. 13810. Firma México: 29 mar 1972. Aprobación Senado: 27 dic 1972. Publicación DOF Aprobación: 2 abr 1973. Vinculación de México: 8 abr 1974 Ratificación. Entrada en vigor internacional: 1° sep 1972. Entrada en vigor para México: 8 abr 1974. Publicación DOF Promulgación: 8 ago 1974.

países altamente industrializados tanto en el territorio de otros países como en ámbitos que forman parte del patrimonio común de la humanidad como las aguas internacionales, los fondos marinos internacionales, así como el polo norte y la antártica, pero también en este rubro podríamos referirnos a la comercialización de armamento para que sea utilizado en actividades ilícitas en otros países o en conflictos armados de otros países, por sólo citar algunos ejemplos.

7. *La autonomía de la voluntad como fuente de las obligaciones en un entorno global y transnacional.* Muy vinculado al inciso anterior, está la cuestión de la autonomía de la voluntad como fuente de las obligaciones en un entorno global y transnacional, en donde los efectos de los actos jurídicos deberían tener una reglamentación en la que se reconociera no solamente el marco jurídico de los países receptores y de origen, sino el carácter transnacional o global de las transacciones de que se trate.

En este sentido, aun y cuando en el ámbito de las obligaciones internacionales por lo general opera el principio *Pacta Sunt Servanda* y el de que cada quien se obliga en la medida y en los términos que desea hacerlo, quedando jurídicamente obligado a cumplir con dichos compromisos.

En ambas situaciones, conviene poner especial atención a las limitaciones o atenuaciones modificatorias a la autonomía de la voluntad, las cuales se pueden expresar ya sea mediante limitaciones expresas o mediante disposiciones imperativas que deberán observarse a pesar de que la voluntad de referencia se haya manifestado en tal o cual sentido, o bien mediante disposiciones que le otorguen mayor peso y valor a expresiones de la conducta observada, del quehacer o de la práctica manifestada por una o ambas partes que a las propias declaraciones de voluntad.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Como ejemplo de estas situaciones se puede citar la relativa a la doctrina de los actos propios (*venire contra proprium factum nulli conceditur*) reconocida y adoptada en los Códigos Civiles mexicanos, así como en la doctrina del *Estoppel* angloamericano, así como en el artículo 29 fracción 2 de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías que dice: *Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basada en tales actos.* (el subrayado es mío).

8. *La cuestión de las empresas multinacionales y transnacionales tanto como sujetos de Derecho Internacional Público, como de Derecho Internacional Privado.* La cuestión de las empresas multinacionales y transnacionales también plantea diversas problemáticas que en mi opinión no han sido adecuadamente atendidas, ni por el Derecho Internacional Público, ni por el Derecho Internacional Privado.

Así, con más frecuencia de lo que sería deseable encontramos que muchas empresas multinacionales y transnacionales abusan de la complejidad y limitaciones del marco jurídico internacional, ya sea Derecho Internacional Privado o de Derecho Internacional Público, para obtener ventajas a su favor, o para evitar la aplicación de normas jurídicas que son reconocidas como imperativas, fundamentales y de orden público, ya sea en el ámbito del Derecho Internacional Público, en sus propios países o en los países que operan.

Del mismo modo, también habría que reconocer que muchas de estas empresas multinacionales y transnacionales con frecuencia tienen ejercen una influencia no deseada en diversos ámbitos del globo, así como un efecto distorsionador en la economía y definición política y jurídica de muchos países cuyos presupuestos nacionales son mucho menores que el de estas multinacionales.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Sobre este particular vale la pena revisar el apartado sobre las corporaciones transnacionales desarrollado por Favio Farinella en su libro *Sujetos del Derecho Internacional Público, Una revisión a la luz de los Derechos Humanos*. Cfr. FARINELLA, Favio, *Sujetos del Derecho Internacional Público, Una revisión a la luz de los Derechos Humanos*, Mar del Plata, EUDEM, 2013. Pp. 111 a 116. Así, me parece de especial interés citar el párrafo con en que Farinella concluye este apartado: *Los estados en desarrollo deben enfrentar la creciente importancia de las compañías transnacionales en su economía local, las negociaciones contractuales o la eventual interferencia que su actividad puede tener con la política del estado anfitrión. Por su parte, los estados desarrollados manifiestan su obligación de proteger los intereses de sus nacionales y la seguridad jurídica en beneficio de las compañías que invierten en estados en desarrollo. Como vemos, la subjetividad internacional de las compañías internacionales debe ser atendida jurídicamente, ya que (sic) en caso contrario, las situaciones se resuelven de facto, en perjuicio del ente más débil -generalmente los estados en desarrollo- afectando en suma a la sociedad civil.* Idem. P. 116. También sobre este tema es recomendable el artículo de Jacqueline Hellman *La superación de la doctrina clásica en torno a la subjetividad internacional en detrimento de las multinacionales*, en donde resulta relevante referirse a los aparados I a VI en donde la autora se refiere al estatus de las personas físicas y jurídicas en el orden legal internacional y en particular a la cuestión de la personalidad jurídica de las empresas multinacionales. Hellman, Jacqueline, *La superación de la doctrina clásica en torno a la subjetividad internacional en detrimento de las multinacionales*, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 2018, pp. 409-450. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2018.18.12106> (Consultado por

En suma, considero que ya es tiempo de que se reconozca mediante instrumentos jurídicos globales la personalidad jurídica de las empresas multinacionales y globales, no sólo como de Derecho Internacional Privado, sino también como sujetos de Derecho Internacional Público.

9. *La exigibilidad de obligaciones de Derecho Internacional Público en el ámbito privado.* Esta situación valora la importancia de las demandas interpuestas en Holanda por organizaciones de la sociedad civil en contra del Shell en la que se logró que los tribunales de aquel país obligaran a esta empresa a reducir su huella de carbono.<sup>29</sup>

Este caso se basa en la decisión emblemática *Urgenda* mediante la que se determinó que la inadecuada acción del gobierno holandés sobre el cambio climático violó el deber [de Holanda] de cuidar a sus ciudadanos. En la demanda contra Shell, los demandantes extienden este argumento a las empresas privadas, argumentando que dados los objetivos del Acuerdo de París y la evidencia científica sobre los peligros del cambio climático, Shell tiene el deber de tomar medidas para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero. Los demandantes basan este argumento en el deber de cuidado en el artículo 6:162 del Código Civil holandés, tal como lo informan los artículos 2 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que garantizan el derecho a la vida (artículo 2) y el derecho a la vida privada, vida familiar, domicilio y correspondencia (artículo 8). El argumento de los demandantes describe cómo el amplio conocimiento de Shell sobre el cambio climático, las declaraciones

---

última vez el 1 de noviembre de 2022). Asimismo, vale la pena revisar el artículo *Los Sujetos del Derecho Público Global*, de Rosario Leñero Bohórquez, y en particular el apartado sobre las empresas transnacionales en donde ella menciona que hay ejemplos de reconocimiento limitado de una capacidad jurídica activa de las empresas multinacionales, aunque también señala que en cuanto a la exigibilidad internacional de obligaciones los avances son mucho más modestos, atribuyendo a la OCDE los principales esfuerzos para sujetar a las empresas multinacionales al Derecho Internacional Público a través de disposiciones de *Soft Law*. Leñero Bohórquez, Rosario, *Los sujetos del Derecho público global*, 1/20 *Preprints series of the Center for European Studies*, Luis Ortega Álvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective, 2020. <https://www.uclm.es/es/centros-investigacion/cee/investigacion/-/media/C8339FDEF240479CA8DA69154DD29D49.ashx> (Consultado por última vez el 1 de noviembre de 2022)

<sup>29</sup> *Vereniging Milieudéfensie et alt. v. Royal Dutch Shell PLC*. Case Number / Cause List Number: C/09/571932 / HA ZA 19-379 (*engelse versie*). Judgment of 26 May 2021.

engañosas sobre el cambio climático y la acción inadecuada para reducir el cambio climático ayudan a respaldar la conclusión de que Shell puso en peligro ilegalmente a los ciudadanos holandeses y las acciones constituyen una negligencia peligrosa.

El 26 de mayo de 2021, el Tribunal de Distrito de La Haya ordenó a Shell reducir sus emisiones en un 45 % para 2030, en relación con 2019, en todas las actividades, incluidas sus propias emisiones y las emisiones de uso final. El Tribunal escribió que *ordena [a Royal Dutch Shell ("RDS")], tanto directamente como a través de las sociedades y personas jurídicas que comúnmente incluye en sus cuentas anuales consolidadas y con las que forma conjuntamente el grupo Shell, que limite o haga que limitar el volumen anual agregado de todas las emisiones de CO2 a la atmósfera (Alcance 1, 2 y 3) debido a las operaciones comerciales y productos energéticos vendidos del grupo Shell hasta tal punto que este volumen se haya reducido al menos en 45% a fines de 2030, en relación con los niveles de 2019*. En otras palabras, el Tribunal ordenó a Shell que redujera las emisiones en un 45 % neto tanto en las emisiones de sus propias operaciones como en las emisiones del uso del petróleo que produce. El Tribunal hizo que su decisión fuera ejecutable provisionalmente, lo que significa que Shell deberá cumplir con sus obligaciones de reducción aún si se apela dicha sentencia.<sup>30</sup>

Dicho lo anterior, cabe decir que este caso no está totalmente concluido ya que el 22 de marzo de 2022 Shell apeló la decisión del juez de primera instancia.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Milieudéfensie et alt. v. Royal Dutch Shell plc. <http://climatecasechart.com/non-us-case/milieudéfensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/> (Consultada por última vez el 11 de octubre de 2022). El sitio que mantiene esta información está mantenido por el *Sabin Center for Climate Change Law* de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia, en colaboración con el bufete Arnold & Porter Kaye Scholler, LLP

<sup>31</sup>[https://www.shell.nl/media/nieuwsberichten/2022/waarom-shell-in-hoger-beroep-gaat/\\_jcr\\_content/par/textimage\\_1538868955.stream/1647937612380/09807a0bc888002fec77cc718dbd364e28a19820/20220322StatementofAppeal\(ENG\).pdf](https://www.shell.nl/media/nieuwsberichten/2022/waarom-shell-in-hoger-beroep-gaat/_jcr_content/par/textimage_1538868955.stream/1647937612380/09807a0bc888002fec77cc718dbd364e28a19820/20220322StatementofAppeal(ENG).pdf) (Consultado por última vez el 11 de octubre de 2022). Shell puede presentar su apelación antes del 26 de agosto de 2021. El proceso de apelación podría demorar varios años. Sin embargo, no hay garantía de que Shell revoque con éxito el veredicto del Tribunal de Distrito. En diciembre de 2019, en el caso Urgenda, el Tribunal Supremo de los Países Bajos confirmó un fallo que responsabilizaba al gobierno holandés de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en al menos un 25 % para 2020 (en comparación con los niveles de 1990). La Corte Suprema podría adherirse a su jurisprudencia y extender estas obligaciones de reducción a empresas individuales como Shell. *Shell to Appeal Court Ruling in Netherlands Climate Case*, Harvard Law School Forum on Corporate Governance, <https://corpgov.law.harvard.edu/> (Consultado por última vez el 11 de octubre de 2022).

No obstante, las acciones judiciales intentadas por estas organizaciones de la sociedad civil han constituido un precedente de gran importancia en relación con la exigibilidad de obligaciones de Derecho Internacional Público cuyo cumplimiento es demandado por parte de personas de Derecho Privado con el propósito de lograr que empresas privadas den cumplimiento a obligaciones cuyo destinatario original era un Estado Soberano.

Considero que este caso disparará otra serie de cuestionamientos litigiosos de este tipo alrededor del mundo, incluyendo en países como México, ya que estos planteamientos son consistentes con las doctrinas dominantes que reconocen el efecto transversal y la exigibilidad judicial de los Derechos Humanos.

10. *Los Estados soberanos como actores en los tribunales de ámbito doméstico.* Esta situación valora la importancia de las demandas interpuestas por México en contra de varias empresas fabricantes de armas de los Estados Unidos.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> *El cuatro de agosto de 2021, la Secretaría de Relaciones Exteriores, por medio de su Consultoría Jurídica, presentó una demanda civil contra empresas fabricantes y distribuidoras de armas ante la Corte Federal de Massachusetts. El Gobierno de México demandó a las compañías por prácticas comerciales ilegales y negligentes que propician el tráfico de sus armas a nuestro país.* <https://portales.sre.gob.mx/acervo/litigio-del-gobierno-de-mexico> (Consultada por última vez el 11 de octubre de 2022). El 30 de septiembre un juez federal de Boston rechazó la demanda que el Gobierno de México presentó en 2021 contra 11 fabricantes de armas por negligencia y fomentar el tráfico ilícito de sus productos, que propician la violencia en territorio mexicano argumentado que la ley federal prohíbe "inequívocamente" los recursos legales que responsabilizan a la industria de que las armas terminen en poder de los narcotraficantes. México insistirá en demandar a fabricantes de armas de EEUU pese a fallo. 5 de octubre de 2021. SWI swissinfo.ch - [https://www.swissinfo.ch/spa/m%C3%A9xico-eeuu\\_m%C3%A9xico-insistir%C3%A1-en-demandar-a-fabricantes-de-armas-de-eeuu-pese-a-fallo/47956794](https://www.swissinfo.ch/spa/m%C3%A9xico-eeuu_m%C3%A9xico-insistir%C3%A1-en-demandar-a-fabricantes-de-armas-de-eeuu-pese-a-fallo/47956794) (Consultada por última vez el 11 de octubre de 2022). El Gobierno de México presentó el pasado miércoles 26 de octubre una solicitud de apelación ante la Corte de Distrito de Massachusetts por el fallo de desestimar la demanda contra empresas estadounidenses fabricantes de armas. <https://www.infobae.com/america/mexico/2022/10/27/mexico-presento-solicitud-de-apelacion-en-boston-sobre-la-demanda-de-fabricantes-de-armas-en-eeuu/#:~:text=El%20Gobierno%20de%20M%C3%A9xico%20present%C3%B3,empresas%20estadounidenses%20fabricantes%20de%20armas.> (Consultada por última vez el 30 de octubre de 2022). El Gobierno de México presentó el pasado miércoles 26 de octubre una solicitud de apelación ante la Corte de Distrito de Massachusetts por el fallo de desestimar la demanda contra empresas estadounidenses fabricantes de armas. <https://www.infobae.com/america/mexico/2022/10/27/mexico-presento-solicitud-de-apelacion-en-boston-sobre-la-demanda-de-fabricantes-de-armas-en->



Pero no es todo, ya que, en caso de no dar cumplimiento a un mandato judicial de esta naturaleza, nuestro país incurriría en desacato al mandato judicial de un tribunal extranjero con todas las consecuencias que esto implica. Asumo, sin embargo, que la cancillería mexicana evaluó adecuadamente este riesgo al diseñar su estrategia de litigio.

11. *El concepto del patrimonio común de la humanidad y sus efectos en el ámbito privado.* Uno de los grandes desarrollos de los últimos tiempos ha consistido en el desarrollo de la noción jurídica de lo que hoy se entiende por patrimonio común de la humanidad, en sus diversas versiones: tangible, intangible, natural y las que se continúen desarrollando.

Así, al referirnos a la cuestión de la demanda de *Milieudefensie et alt. v. Royal Dutch Shell* hemos presentado algunos atisbos de las posibles acciones judiciales que se podrían intentar por daños al patrimonio común de la humanidad de naturaleza tangible, aunque aquí también podríamos referirnos al patrimonio intangible y a la tala inmoderada e irracional de las reservas de la biosfera en países en países como Brasil y México.

Por ejemplo, hemos visto un gran abuso por parte de empresas multinacionales tanto públicas como privadas en lo que se refiere al patrimonio común de la humanidad de naturaleza intangible, tal como ha sucedido con el uso de diseños desarrollados por pueblos originarios de América para ser usados en sus productos sin que los pueblos originarios dueños de esos diseños obtengan ningún beneficio por parte de la industria de la moda y de otras grandes marcas que producen artículos de lujo.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> El Gobierno mexicano continúa con su cruzada en defensa de los derechos de propiedad intelectual de las comunidades indígenas. Louis Vuitton, Carolina Herrera o la diseñadora francesa Isabel Marant ya han estado en el centro de la diana con acusaciones de plagio y expolio cultural a las comunidades. Ahora el dedo señala a Zara, a quien la Secretaría (Ministerio) de Cultura mexicano envió la semana pasada una carta con motivo de un vestido de su última colección al estilo de los huipiles bordados a mano por los artesanos indígenas mexicanos. La carta reclama a la multinacional española que explique públicamente *con qué fundamentos se privatiza una propiedad colectiva, cuyo origen está identificado en diversas comunidades oaxaqueñas, así como los beneficios que serán retribuidos a las comunidades creadoras.* México acusa a Zara de plagiar diseños indígenas, David Marcial Pérez, 31 de mayo de 2021. <https://elpais.com/mexico/2021-05-31/mexico-acusa-a-zara-de-plagiar-disenos-indigenas.html> (Consultado por última vez el 30 de octubre de 2022). *Nike, Zara, Louis Vuitton, Isabel Marant, Carolina Herrera, Mango, Anthropologie, Patowl y Rapsodia son algunas de las marcas que han sido denunciadas por usar diseños indígenas en sus productos. Y no solo es una reivindicación en las redes sociales: también algunos de los gobiernos de los países afectados han pedido explicaciones oficialmente a las marcas.* La acusación a Nike,

12. *El derecho y la internet.* Otro ámbito que requiere atención jurídica, en el ámbito internacional es la que se refiere a las actividades que se realizan por Internet, tanto en la que usamos todos de manera cotidiana como en su versión oscura conocida como la *Dark Web*.

En la red transparente parece que prácticamente todas las instituciones fundamentales del derecho civil y mercantil ameritan ser revisadas, desde las manifestaciones de voluntad unilaterales y contractuales resultado de la aplicación de programas computacionales, hasta el reconocimiento de la jurisdicción de los tribunales domésticos con respecto a las actividades de empresas que no tienen presencia en el país, pero desarrollan actividades con efectos y consecuencia de todo tipo en nuestro territorio; y otro tanto podría decirse de los delitos que se cometen por Internet y que tienen incidencia en el territorio nacional sin que haya ni la más mínima idea de quien está detrás de las actividades cometidas a través de la red mundial.

13. *El derecho y las nuevas tecnologías.* Al igual que la Internet, las nuevas tecnologías que crecen y se desarrollan a pasos aceleradísimos están poniendo en jaque a prácticamente todas las instituciones jurídicas, sin que el Derecho parezca adaptarse a las nuevas realidades.

---

Louis Vuitton y Oysho: la delgada línea entre la inspiración y la apropiación cultural, Camila Osorio & Daniel Lara, *El País*, Chiapas (México) / Madrid, 4 de julio de 2021-<https://elpais.com/mexico/2021-07-04/la-delgada-linea-entre-la-inspiracion-y-la-apropiacion-cultural.html> (Consultado por última vez el 10 de octubre de 2022). *Lo han vuelto a hacer. La empresa de ropa de marca Ralph Lauren ha pedido disculpas este viernes por vender varios productos en sus tiendas con un diseño idéntico a los sarapes de Contla, Tlaxcala, y de Saltillo, en Coahuila.* – La Secretaría de Cultura envió en mayo del año pasado una carta a la empresa española Zara instándole a retribuir a “las comunidades creadoras” por el uso de patrones y bordados oaxaqueños en uno de sus vestidos. Con ella venía citada toda una batería de convenios y textos jurídicos internacionales, desde la ONU a la Organización Internacional del Trabajo, que reconocen de algún modo la autoría y la protección del trabajo artesanal de los pueblos indígenas. Sin embargo, la ley se establece sobre terreno legal peliagudo por la complejidad que implica la autoría colectiva y sus derivadas a la hora de demandar o establecer una compensación por el daño. El difícil camino para denunciar el plagio de textiles indígenas: *En la práctica no hay ningún recurso legal.* Daniel Alonso Viña, *El País*, 22 de octubre de 2022 <https://elpais.com/mexico/2022-10-22/el-dificil-camino-para-denunciar-el-plagio-de-textiles-indigenas-en-la-practica-no-hay-ningun-recurso-legal.html> (Consultado por última vez el 30 de octubre de 2022)

14. *La cooperación judicial internacional en materia civil y mercantil.* Otro ámbito que requiere atención urgente es el de la cooperación judicial internacional en materia civil y mercantil, en donde los procesos parecen no reconocer todos los cambios ocurridos en el mundo.

Sin embargo, en este tema yo quiero reconocer el liderazgo que han tomado los Estados de Nuevo León y Tamaulipas mediante la utilización de las nuevas tecnologías celebrando audiencias y diligencias probatorias mediante la utilización de plataformas de videoconferencia basadas en Internet.

## VI ] Conclusiones

Fundamentalmente, mis conclusiones de hace treinta años siguen siendo validas: se nos plantean dos retos de igual urgencia e importancia: el primero que se refiere a la necesidad de adecuar y armonizar el Derecho interno para hacerlo compatible con los principios del Derecho Internacional y el fenómeno de la globalización; y el segundo, que consiste, precisamente, en determinar cuáles son las áreas y campos específicos por donde deben iniciarse estos cambios.

Naturalmente en treinta años se han dado grandes avances, incluyendo entre estos los relativos al rígido principio del territorialismo que México suscribió por tantos años. Sin embargo, el avance evolutivo del conjunto total del universo jurídico mexicano –cuando este ha ocurrido– se ha ido dando a tumbos y mediante soluciones jurídicas plasmadas en reformas puntuales de trascendencia y alcance muy limitado, en ocasiones adecuando instituciones existentes, y en otros casos estirando el alcance de instituciones pensadas originalmente para solucionar problemas distintos a los planteados, a veces llevándolas a los confines de sus propios límites y en otros extralimitándolas, así como en otros muchísimos casos, bordando soluciones en un ámbito de que se encuentra entre la marginalidad y las sombras del derecho vigente, aún y cuando estas soluciones no sean necesariamente ilegales.

En este trabajo he señalado algunas de las áreas en la que creo necesario trabajar, pero seguramente son más.

Me parece que hay que explicitar los derechos y deberes económicos de los actores que dominan el ámbito internacional. A principios de los años setenta del siglo XX se elaboró la Carta de los Deberes y Derechos Económicos de los Estados, la idea era buena, pero por un lado esta propuesta estaba muy ideologizada, y por el otro, su enfoque economicista la limitaba de origen.

En mi opinión éste es uno de los grandes puntos pendientes en la agenda del orden jurídico en el siglo XXI y en el contexto de la globalización.

Por otra parte, no hay duda que en los últimos treinta años el Poder Judicial Mexicano, el federal y el de los Estados de la República han avanzado muchísimo y se han fortalecido significativamente, pero todavía queda mucho por hacer.

Me parece sumamente importante trabajar en la elaboración de un método jurisdiccional más adecuado a los nuevos tiempos, así como también en lo relativo a la celeridad de la justicia.

Aunque hay otros temas, tal y como lo señaló la iniciativa de reforma judicial federal de 2020.

Finalmente, me parece que algunas de las reflexiones de René David con las que concluí mi trabajo hace treinta años son todavía válidas:

*Los tiempos han cambiado, en un mundo nuevo donde las relaciones internacionales de todas las especies han adquirido una importancia sin lugar a duda creciente, parece haber una necesidad de que la soberanía nacional arregle sus límites, los estados mantienen una competencia natural para regular a quien pase sobre su territorio, pero es necesario lograr un acuerdo entre ellos para regular las cuestiones que tienen implicaciones internacionales. La idea misma del Derecho, si hemos de admitir esta proposición, requiere ser revisada; el Derecho no puede ser confundido con la ley, obra de una autoridad estatal; en aquello que concierne a los asuntos internacionales, al menos todos deben admitir que él puede derivar de otras fuentes. Proclamar que no hay otro Derecho que aquél resultante de la ley estatal, es asimilar el Derecho y la fuerza, a pesar del esfuerzo de todos los siglos por distinguir entre las dos cosas; se rechaza en el plano jurídico la idea de comunidad de naciones, lo cual se impone con evidencia sobre el plano político, así como sobre el plano económico; se desea fundar un seudo Derecho Internacional sobre el egoísmo de los estados, sin preocupación de la coexistencia pacífica que es la condición misma para la supervivencia de nuestro mundo; se traspone en el plan internacional, la concepción individualista que sobre el plano de los derechos internos ha sido reconocida como nefasta, y que es falseada, porque el derecho está hecho para regular los derechos de los hombres no para consagrar el egoísmo de los individuos.<sup>34</sup>*

---

<sup>34</sup> DAVID, Rene. *Renaissance de l'idée de Jus Gentium: une proposition Française, Le Droit Comparé, Droits d'hier, Droits de demain*, París, Económica, 1982. p. 319.

# Armonía en el Derecho de la Competencia

LUIS JAVIER REYNOSO ZEPEDA<sup>1</sup>

## UNA NOTA SOBRE EL APORTE DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL AL DERECHO DE LA COMPETENCIA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Armonía y Derecho (i)*. III. *Armonía y Derecho (ii)*. IV. *Lo imperfecto tiende a su perfección*. V. *Armonía en el Derecho de la Competencia y cómo participa la Propiedad Intelectual en ésta*. VI. *Conclusiones*.

**Resumen.** Aristóteles estudió, entre muchos otros temas, la mutabilidad de las cosas y el fenómeno del cambio. Este artículo aborda cómo dichas reflexiones pueden ayudar a entender la armonía en el Derecho, muy particularmente, en el Derecho de la Competencia y cómo la Propiedad Intelectual es una voz principal en la consecución de esta. En un primer paso se explicará cómo se ha relacionado tradicionalmente al concepto de armonía con el Derecho. Posteriormente, se habrá de clarificar el entendimiento que se propone de la noción armonía, se retomará tal estudio aristotélico con apoyo del pensamiento de Tomás de Aquino para describir a la noción del movimiento, que es lo que ocurre cuando la 'materia' que tiene determinada *potencialidad* respecto alguna *forma*, le adquiere y se convierte en *actualidad*. Es decir, se clarificará cómo es que lo imperfecto tiende a su perfección y cómo es que esta idea de movimiento es aplicable al devenir del Derecho hacia su perfeccionamiento.

**Palabras clave:** Armonía, Derecho de la Competencia, represión a la competencia desleal, derecho antimonopolios, Propiedad Intelectual.

## HARMONY IN COMPETITION LAW A NOTE ON THE CONTRIBUTION OF INTELLECTUAL PROPERTY TO COMPETITION LAW

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana, campus Guadalajara y docente en el Doctorado de Derechos Humanos del Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara y en la Maestría en Derecho Comercial y de la empresa de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

**Abstract.** Aristotle studied, among many other subjects, the mutability of things and the phenomenon of change. This article addresses how such reflections can help to understand harmony in Law, particularly in Competition Law and how Intellectual Property is a main voice in achieving this harmony. In a first step, it will be explained how the concept of harmony has traditionally been related with the Law. Subsequently, the proposed understanding of the notion of harmony will be clarified, the aforementioned Aristotelian study will be revisited with the support of the thought of Thomas Aquinas to describe the notion of movement, which is what happens when the 'matter' that has a certain 'potentiality' with respect to some 'form', acquires it and becomes 'actuality'. In that sequence, it will be clarified how it is that the imperfect tends to its perfection and how it is that this idea of movement is applicable to the evolution of Law towards its own perfection.

**Keywords:** Harmony, Competition Law, Repression to Unfair Competition, Antitrust Law, Intellectual Property.

HARMONIA NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA  
UMA NOTA SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DA PROPRIEDADE  
INTELLECTUAL PARA O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

**Resumo.** Aristóteles estudou, entre muitos outros temas, a mutabilidade das coisas e o fenómeno da mudança. Este artigo discute como tais reflexões podem ajudar a compreender a harmonia no Direito, particularmente no Direito da Concorrência, e como a Propriedade Intelectual é uma voz importante na sua consecução. Num primeiro passo, será explicado como o conceito de harmonia tem sido tradicionalmente relacionado com o Direito. Posteriormente, a fim de clarificar a compreensão proposta da noção de harmonia, o estudo aristotélico será retomado com o apoio do pensamento de Tomás de Aquino para descrever a noção de movimento, que é o que acontece quando a "matéria" que tem uma certa "potencialidade" em relação a alguma "forma", adquire-a e torna-se "atualidade". Por outras palavras, será esclarecido como o imperfeito tende para a sua perfeição e como esta ideia de movimento é aplicável ao desenvolvimento do Direito no sentido da sua perfeição.

**Palavras-chave:** Harmonia, Direito da Concorrência, Repressão à Concorrência Desleal, Direito Antitruste, Propriedade Intelectual.

*Todo se mueve, todo cambia, en el Derecho; pero no todo se mueve al mismo ritmo ni todo lo cambia el legislador. La Historia del Derecho es una estructura de ritmos diversos, una polifonía de cambios.*

(Trazegnies, 2001, p. 205)

## I | Introducción

El presente artículo expone cómo un método de análisis desarrollado por Aristóteles para estudiar la mutabilidad de las cosas y el fenómeno del cambio puede ayudar a entender la armonía en el Derecho, muy particularmente en el Derecho de la Competencia, y cómo la Propiedad Intelectual es una voz principal en la consecución de esta.

Tal como refiere De la Parra (2014), existe una marcada tendencia de considerar que una disciplina jurídica es relevante si es autónoma de otras especialidades del derecho. Sin embargo, no es claro si hay algún efecto particular que pudiera acompañar la consideración de autonomía de una disciplina jurídica. El Derecho de la Propiedad Intelectual no ha sido ajeno a tales esfuerzos y mas que caer en un discurso que pretenda laurear a esta disciplina enumerando argumentos sobre su autonomía y dignidad, es pertinente referir que se trata de un híbrido que congrega elementos del derecho privado, tomando bases de otras ramas del derecho, como la administrativa, penal, registral, represión de la competencia desleal, etc.

Fijando especial atención a la referida relación del Derecho de la Propiedad Intelectual con el Derecho Represor de la Competencia Desleal es que se tomará provecho en este trabajo para explicar la referida armonía en el Derecho de la Competencia, esto con el propósito de facilitar su aprendizaje y análisis, no para fijar jerarquías entre ambas disciplinas jurídicas cuya vida y fines últimos son compartidos de forma tal que parecería que solo se pueden alejar en muy determinados y aislados momentos.

Este artículo se divide en siete partes, posterior a esta primera sección introductoria se referirá a cuál ha sido la aproximación tradicional de la armonía con el Derecho y cuál es la perspectiva que se propone en el presente artículo. Posteriormente en la tercera sección se habrá de explicar qué es la armonía. En una cuarta parte se expondrá el principio filosófico que dicta que lo imperfecto tiende a su perfección. En la quinta sección se explicará el entendimiento de la armonía en el Derecho de la Competencia.

Como penúltimo paso tendremos a las conclusiones de este trabajo, para finalizar con la cita de la bibliografía utilizada.

## II J Armonía y derecho (i)

La palabra *armonización* en el contexto del derecho, y muy particularmente en del derecho de la competencia, ha sido asociada con la aplicación de medidas derivadas de las políticas de competencia de los Estados, con la intención de extender su perspectiva de protección y cobertura (Hope y Maeleng, 1998). Sin embargo, no existe una definición precisa de qué se debe entender por armonización bajo un contexto legal, una parte de la doctrina le ha entendido como la eliminación de disparidades o diferencias de los sistemas de justicia de diferentes Estados (Klip y Van der Wilt, 2002) otra parte, en cambio considera que las diferencias son esenciales en la armonía (Boodman, 1991) y que un proceso de armonización debe entenderse como *un proceso de (re)ordenar las relaciones entre diversos elementos de acuerdo con un estándar previamente fijado para así evitar o eliminar fricciones* (Klip y Van der Wilt, 2002, p. 16), esto es: un proceso para modificar las diferentes legislaciones con intención de mejorar su consistencia y eliminar las fricciones entre ellas (Calderoni, 2010).<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Resulta pertinente hacer la acotación de que no se debe confundir el derecho uniforme con la armonización del derecho. El derecho uniforme es la manifestación que nace en respuesta a los conflictos derivados de las transacciones comerciales internacionales, la que se traduce en un conjunto de reglas internacionales elaboradas mediante la modificación de ciertos regímenes internos de los Estados para configurar un conjunto de normas generalizadas que sean vinculantes para las partes contratantes, a la que los Estados puedan adherirse mediante un procedimiento establecido. Por su parte, la armonización se presenta mediante diversos grados o campos, abarcando diversas ramas del Derecho, con el fin de realizar una estandarización de reglas, de conceptos o de métodos, no implica la existencia de obligaciones internacionales, de modo que cada Estado tendrá discrecionalidad en la determinación del contenido y alcance que tendrá la norma que será introducida a su derecho interno. La diferencia entre ambos métodos, es que la armonización permite que el Estado en cuestión actúe en el ejercicio de su poder soberano y de su jurisdicción, por su parte, con la unificación los Estados, en ejercicio de sus facultades soberanas, se hacen recíprocas concesiones con el propósito de lograr una regulación uniforme sobre una materia determinada, para que esta opere se requiere de un ordenamiento jurídico distinto a los de naturaleza nacional. Un ejemplo de derecho uniforme es la Convención de Viena de 1980 que constituye el instrumento de mayor importancia en lo respectivo a la regulación de relaciones económicas internacionales, debido a que representa una regulación completa, ágil y flexible destinada a regular las operaciones que son normalmente utilizadas en el mundo (México firmó su adhesión a la Convención el día 11 de abril de 1980, fue ratificado por el Senado de la República el día 14 de octubre de 1987 siguiente y entró en vigor a partir

Se coincide con la apreciación de Martin Boodman (1991) respecto a que los procesos de armonización legal pueden ser mejor ilustrados a través de analogías con la música, dada la etimología de la palabra y su sentido temprano. Sin perjuicio de ello, se propone como línea argumental de este artículo no centrar el análisis a realizar en los procesos de armonización legal del derecho de la competencia en los contextos doctrinales antes referidos, sino enfocar los esfuerzos en el estudio de los principios filosóficos que el Derecho comparte con la armonía y con la música.

La anterior propuesta encuentra respaldo en las consideraciones de Ronald Dworkin (1986) respecto a la interpretación creativa, esto es el acercamiento hermenéutico de interpretación de una manifestación del ser humano, que revela su propósito particular, ya que entiende que toda manifestación lo tiene y, por tanto, se puede obtener un componente normativo de la misma. Es posible obtener un provecho de la comparación del derecho con otras formas u ocasiones de interpretación.<sup>3</sup> Incluso, Dworkin (1986), refiere que un juez puede decidir cuál es la ley en cuestión, apoyándose de un crítico literario que despedaza las distintas dimensiones de valor en una obra o poema complejo. Evidentemente, el objetivo no será hacer un extenso tratamiento de los principios del arte musical o criticar la calidad artística de determinados textos literarios, sino obtener de estos los mejores datos posibles que nos permitan comprender la estructura e integralidad del Derecho de la Competencia bajo la mejor luz posible (Manderson, 2000).

---

del día 17 de marzo de 1988). Ahora bien, ejemplo de la armonización tenemos a los principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT) que tiene su origen por la propuesta de Vittorio Scialoja a la Asamblea General de la Sociedad de Naciones. En esta se fundamentaba la idea de crear una entidad que tuviese como propósito el estudio de diversas problemáticas del derecho privado. Actualmente el Instituto UNIDROIT tiene 63 Estados inscritos (México es miembro del Instituto desde el 06 de mayo de 1940) y de este nacen los referidos principios que tienen una importancia relevante en temáticas relacionadas a contratación internacional. (Calderón y Castro, 2018; Labariega, 1998; Huamán, 2014).

<sup>3</sup> Es una situación virtuosa que en un contexto determinado reflejaría el principio *ex fabula ius oritur* (el Derecho deriva de la ficción) que François Ost propuso en complemento al principio 'ex facto ius oritur' (el Derecho deriva de los hechos) con el que el derecho es enseñado tradicionalmente (Ost, 2006; Cáceres Nieto, 2016). Un ejemplo más de esto es la relación entre el cine y el Derecho, que Hernández Zúñiga (2018) ha estudiado, dicho autor refiere que el lenguaje cinematográfico da cobijo a *circunstancias sociales, políticas, culturales, filosóficas y desde luego jurídicas*, por lo que la enseñanza del derecho, en apego a su teleología de compartir conocimiento, puede recurrir al cine como una perfecta herramienta para ello.

### III J Armonía y derecho (ii)

La etimología de la palabra armonía revela una amplia variedad de significados: adecuar, adaptar, reconciliar, concordar, administrar, afinar un instrumento e inclusive besar. El significado más general es la unificación de componentes disímiles en un todo ordenado (Rowell, 1985). Lo dicho por Teón de Esmirna (1979) resulta muy acertado, ya que asegura que los seguidores de Pitágoras, quienes fueron precursores de muchas de las ideas adoptadas por Platón, llaman a la música la armonización de los opuestos, la unificación de las cosas dispares y la conciliación de lo contradictorio. La música es la base del acuerdo entre las cosas de la naturaleza y del mejor gobierno en el universo. Supone la forma de la armonía en el universo, del gobierno legal en un Estado y de un modo razonable de vida en el hogar.

En la antigua Grecia se consideró a la armonía como un símbolo de orden universal, que unía a todos los niveles del cosmos, los cuatro elementos básicos (tierra, agua, fuego, aire), las formas más elevadas de vida (el hombre) y la estructura del universo (los planetas, el sol y la luna) (Rowell, 1985). Aristóteles (s.f./1994, I, V, 985b-986a) refería en relación a las teorías pitagóricas: *supusieron que los elementos de los números son elementos de todas las cosas que son, y que el firmamento entero es armonía y número.*

La armonía para los griegos sirvió como una pertinente metáfora de la interdependencia de todas las partes de su mundo conocido (los elementos de la naturaleza, las plantas, los animales, la especie humana, el Estado, la tierra y el universo formaban una cadena de ser continua) (Lovejoy, 1965). Todos los niveles de esta jerarquía compleja estaban regidos por principios, y cualquier movimiento dentro de un miembro o de un nivel ejercería influencia en todos los demás de alguna forma.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Robert Sharpe (2004) sostuvo la idea que el placer que provoca la música es una consecuencia de la forma que esta imita el orden divino y la estructura matemática de la naturaleza. Afirmó que en Grecia se consideraba que la música tenía aspectos muy opuestos, uno de los cuales era la expresión del éxtasis y del frenesí y el otro un lado civilizador y educativo, la anterior percepción de dualidad se ha mantenido a través de la historia, estamos familiarizados con la distinción de Nietzsche entre el arte de Dionisio y el arte de Apolo: uno intoxicante y orgásmico y el otro tranquilo, reflexivo, ordenado y equilibrado. Incluso dicho contraste está presente en la música de un solo compositor, Stravinsky, en *'The Rite of Spring'*, por un lado, y *'Apollon Musagète'* o *'Agon'*, por el otro. El primer aspecto, el éxtasis y frenesí, es lo que las personas mayores han encontrado alarmante en la música rock, comenzando con Bill Haley y continuando con los *Rolling Stones*.

## IV ] Lo imperfecto tiende a su perfección

La idea que la música es, o involucra, una especie de movimiento se remonta, al menos, al siglo cuarto a. C., cuando uno de los discípulos de Aristóteles, Aristóxeno, distinguió la melodía vocal del discurso debido a los diferentes tipos de movimientos de la voz (s.f./1902). Aunque abordaremos una metáfora diferente del movimiento musical, esta percepción de Aristóxeno señala la existencia de un movimiento dirigido hacia un fin musical anticipado y específico. Un concepto de particular importancia y prácticamente el origen del entendimiento de movimiento dirigido en la música, es el fenómeno conocido como 'progresión armónica'. La progresión, en general, es una serie de dos eventos armónicos temporalmente consecutivos (sonoridades), relacionados de una forma más compleja que solo una mera sucesión. Si se relaciona dicha expresión con un movimiento dirigido musicalmente, la progresión incluirá la noción de que un evento inicial engendra la expectativa de un movimiento rumbo a un segundo evento específico, en el que la noción de implicación y certeza en su realización sea consecuente (Cohen, 2001).

Es importante referir que la progresión armónica no solo incluye la progresión de acordes, sino que también incluye la progresión de un intervalo armónico a otro, específicamente casos en los que un intervalo disonante o menos estable se mueve a un intervalo consonante o más estable, ello en apego a las reglas de la voz principal (Cohen, 2001). Entonces, el término armonía es apropiado a dichos casos ya que la idea que un intervalo en realidad progresa a otro es dependiente no solo de las reglas de la voz principal, sino que también a las cualidades sonoras de los intervalos por sí mismos, es decir, su percepción de las características propias de estos, ya que estos sean disonantes o consonantes, o bien, que sean más estables o menos (Cohen, 1993). Esta perspectiva, implica que la progresión armónica como un criterio de movimiento dirigido, demanda una segunda sonoridad que sea apta de constituir una meta y que la primera sonoridad requiera, implique o suponga un movimiento hacia tal meta.

En la actualidad el paradigma de progresión armónica es entendido como la progresión de acordes del dominante al tónico.<sup>5</sup> En el pasado, la teoría de Rameau contenida en su 'Tratado de la

---

<sup>5</sup> Las teorías modernas de armonía tonal invocan el poder estructural del acorde tónico para explicar la necesidad percibida de evolución de la triada consonante dominante a dicho acorde (Riemann, 1886).

armonía reducido a sus principios naturales' (*Traité de l'harmonie réduite à ses principes naturels*) (1722/1971) fue concebida con una perspectiva teórica diferente, en la que la necesidad de una sonoridad de progresar resulta de la disonancia acústica que requiere una resolución, ya que una sonoridad acústica consonante en sí misma es estable, conclusiva y perfecta, lo que Rameau llamó 'tónica'. Como resultado, este último concibió la progresión de acordes como un elemento motivante requerido que no puede ser provisto por las tríadas consonantes:<sup>6</sup> cualquier acorde que se escuche como no tónico y progresivo debe ser disonante, por tanto, debe considerarse que requiere una resolución específica (Christensen, 1993; Dahlhaus, 1990).

La teoría de acordes progresiva de Rameau está relacionada con el principio contra puntual de la progresión de intervalos referido en un primer momento, los intervalos menos estables deben moverse a aquellos más estables,<sup>7</sup> ya sea que esto implique a disonancias moviéndose a consonancias imperfectas (como en Rameau) o consonancias imperfectas hacia consonancias perfectas (como con Aristóxeno) (Cohen, 2001; Dahlhaus, 1990; Christensen 1993).

En las concepciones musicales esbozadas anteriormente existe un principio determinante, una sonoridad menos consonante, ya sea disonante, imperfecta o menos perfecta, requiere como su secuencia una sonoridad específica más consonante, caracterizada como perfecta. En esta progresión se identifica claramente una premisa filosófica, el principio aristotélico

---

<sup>6</sup> De acuerdo a las reglas de la armonía moderna, una tríada es la combinación simultánea de tres notas integradas armónicamente para formar un acorde tonal. Además de esta sencilla nota explicativa sobre lo que es una tríada, es interesante atender al concepto expresado por Marion Bauer (1920) sobre la relevancia del acorde de C mayor, ya que apoyándose en lo dicho por el pianista Harold Bauer, refirió que dicha voz de tres acordes es parte de la misma idea, que todo acto perfecto es una trinidad, lo que es simbolizado por la Trinidad en la religión; el triángulo en la geometría; el alma, la mente y el cuerpo en la filosofía. Este acorde, C mayor, habría de considerarse completo, perfecto, como el concepto de Dios, lo que contrasta con la nueva armonía y sus disonancias pendientes, su indefinición y sus progresiones ilimitadas, expresan el crecimiento de las ideas, el desarrollo del género humano y discretamente revela el ideal de la divinidad, un mundo sin límites.

<sup>7</sup> Esto es parte de la doctrina de los contrapuntos (*contrapunctus*), una teoría práctica de dos partes, contrapunto de nota-contra-nota que usa solo intervalos consonantes que aparecieron en 1330. Esta doctrina divide los intervalos consonantes en dos clases, perfectos e imperfectos, y enseña que el principio general sintáctico que las consonancias imperfectas deben moverse hacia las perfectas, ello como una tendencia final, sino que inmediatamente (Cohen, 2001).

que dicta que lo imperfecto por naturaleza, tiende a la perfección.<sup>8</sup> Este principio comprende cinco elementos conceptuales distintos: (1) una distinción básica entre lo imperfecto y lo perfecto, principio que a su vez establece que (2) las cosas imperfectas tienden hacia su perfección; (3) ello es así porque son imperfectas; (4) las cosas imperfectas poseen esta tendencia por naturaleza y (5) la cosa imperfecta se esfuerza por naturaleza hacia una cosa particular, específica y perfecta; más precisamente, se esfuerza hacia, o busca, el estado de ser que representa su propia perfección con respecto a alguna imperfección específica (Cohen, 2001).

Como se ha referido, este principio proviene de Aristóteles, aunque sus formulaciones más relevantes se derivan de la escolástica, ya que es invocado en los comentarios de Tomás de Aquino sobre la 'Metafísica' del Estagirita (1269/1961). El Aquinate le percibió como un principio evidente por sí mismo, refiriendo que lo *imperfecto tiende a su perfección* (*imperfectum appetit suam perfectionem*) (L. I, lec. 1, p. 7 | 2) y el cual cita numerosas veces en sus escritos en varios contextos y formulaciones, en ocasiones usando el verbo tender (*tendit*) (1274/1990, I-II, q. 16, a. 4, corpus), otras veces el verbo desear (*cupit*) (1259/1957, L. IV, Cap. 79, n. 11), en lugar de apetecer (*appetit*), último término que se ha adaptado con el verbo tender al expresarle en español.

A diferencia de Platón,<sup>9</sup> cuyo pensamiento dominó la filosofía durante el principio de la edad media, Aristóteles consideró que las entidades materiales individuales son totalmente reales y pueden ser objeto de conocimiento científico. Esto ya que para Platón las entidades físicas no eran susceptibles de conocimiento debido a estar sujetas al cambio (Hegel 1833/1995; Chacón Ángel, 2017). Aristóteles desarrolló un método de análisis para estudiar las características de la mutabilidad de las cosas y el

---

<sup>8</sup> Aristóteles abre el libro primero de su 'Metafísica' (s.f./1994, I, I, 980a) con la expresión *todos los hombres por naturaleza desean saber*, esto como se verá a continuación es la base a este principio de que lo imperfecto, por naturaleza, tiende a la perfección.

<sup>9</sup> Es pertinente acotar que Platón fue influido por Heráclito de Éfeso, a quien se le atribuye el aforismo: *ningún hombre puede cruzar el mismo río dos veces, porque ni el hombre ni el agua serán los mismos*. Y de quien toma la idea de relevancia del cambio en la configuración de sus entendimientos sobre los objetos del conocimiento. También es pertinente mencionar que esa misma influencia sobre la relevancia del cambio se refleja en autores modernos, ello visible en la obra de Jorge Luis Borges (1980), en particular ejemplifiquemos con el siguiente fragmento de una de sus conferencias: *somos (para volver a mi cita predilecta) el río de Heráclito, quien dijo que el hombre de ayer no es el hombre de hoy y el de hoy no será el de mañana. Cambiamos incesantemente y es dable afirmar que cada lectura de un libro, que cada relectura, cada recuerdo de esa relectura, renuevan el texto. También el texto es el cambiante río de Heráclito*.

fenómeno del cambio, en particular atendió a conceptos metafísicos como forma y materia, así como actualidad y potencialidad (Cohen, 2001). Este método es la base de su estudio de la naturaleza. Para Aristóteles el movimiento es lo que ocurre cuando la 'materia' que tiene determinada 'potencialidad' respecto alguna 'forma', le adquiere y se convierte en 'actualidad' (Ross, 1995).

Aristóteles toma como su objeto primario a las cosas naturales, aquellas que asumen el cambio, en secuencia, la naturaleza en sí misma es el principio del movimiento que tienen las cosas naturales, no restringiendo tal criterio solo a los seres vivos (cuyo principio de movimiento reside en su alma) (s.f./1995, II, 192b y VIII, 255a-256<sup>a</sup>; s.f./1987, II, 329a-329b; Ross, 1995).<sup>10</sup> El Estagirita encontró los principios que explican el movimiento en la 'forma' y la 'materia', esto al identificar que la forma es el principio que organiza y determina a las cosas, la forma es específica. La materia es lo que es organizado y determinado por las formas (las que no son en sí materiales, pero subsisten en conjunción con la materia que informan). Todas las cosas existentes están compuestas de estos dos principios (s.f./1995, II, 194b y III, 200b-208a; s.f./1987, I, 332a; Maritain, 1963).

La adquisición de nuevas formas por la materia es lo que Aristóteles entendió como la naturaleza esencial del movimiento. El proceso básico de éste siempre es el mismo, la materia que previamente careció de una forma particular le adquiere. El hecho que la materia puede adquirir diversas formas, significa que tiene una capacidad real, un poder para hacerlo, el término 'potencialidad' es lo que designa a esta capacidad. Por su parte, Aristóteles consideró que la 'actualidad' es el término de la condición o estado de real existencia de una cosa.<sup>11</sup> En

---

<sup>10</sup> Jacques Maritain (1945 y 1947), apoyado en la 'Metafísica' de Aristóteles, se refirió al movimiento en los seres volitivos, la cual estaría determinada por una búsqueda permanente hacia el bien, hacia una perfección deseada.

<sup>11</sup> Efraín González Morfin (1999) refiere que estas nociones, actualidad y potencialidad, *contribuyen de manera decisiva a la comprensión clara y profunda del ser real, de las perfecciones y de los límites de la realidad*, además que son necesarias para entender adecuadamente el cambio como dimensión esencial de todo ser limitado. En particular a la potencialidad, dicho autor, refiere una interesante distinción entre potencia activa o capacidad de hacer y producir, por una parte, y la potencia objetiva o posibilidad de ser hecho o producido, refiriendo que *el objeto de la potencia activa debe ser posible, es decir, tener potencia objetiva para pasar a la existencia actual mediante la actividad de la causa. La potencia objetiva o posibilidad de ser hecho consiste en la compatibilidad de las notas o elementos constitutivos de la esencia, de tal manera que la potencia activa de un ser omnipotente no puede hacer o producir lo intrínsecamente*

consecuencia, el movimiento es el acto, evento o proceso por el cual la materia adquiere en actualidad una forma hacia la cual está todavía parcialmente en potencialidad, al menos mientras se encuentra en movimiento (s.f./1995, III, 201a; Maritain, 1963). Incluso, el propio movimiento es un tipo de actualidad transicional e incompleta, debido a que la cosa que se mueve está en el acto o proceso de adquirir una forma a través de la completa actualidad en la que se encuentra en potencialidad, lo que significa que se ha empezado a adquirir tal actualidad, pero todavía no se ha obtenido (Aristóteles, s.f./1995, III, 201a-201b). Lo que se mueve lo hace por su potencialidad, no por su actualidad y lo que está en potencialidad avanza hacia la actualidad. El movimiento es una actualidad incompleta del ser movable (VIII, 257b). La actualidad completa de una forma es por lo que cualquier movimiento ocurre, por lo que se le llama la causa final y cuando es alcanzada, la potencialidad de lo movable por la forma ha sido actualizada; en el momento que esto sucede el movimiento cesa (II, 199a).

La concepción del movimiento de Aristóteles se entenderá completa cuando lo movable alcanza su fin predeterminado, el cual es la completa actualidad de la forma que buscaba el movimiento (s.f./1985, X, 1174a). Esto implica una relación particularmente cercana entre la forma y la actualidad, por un lado, y la expresión total de movimiento completo en el otro. Las ideas griegas que expresaron la idea total de que algo está completo fueron traducidas al latín como *'perfectio'* (perfección) y *'perfectum'* (perfecto) (Cohen, 2001), algo que no fue expresamente adoptado por Aristóteles, pese ello los escolásticos<sup>12</sup> tendieron a usar el

---

*incompatible o contradictorio. No es deficiencia de potencia activa la incapacidad de hacer un círculo cuadrado o una libertad sin posibilidad de opción. Esto reviste una importante relevancia, ya que resalta que cada ser en su potencialidad se apega a su esencia, es decir, cada ser podría desarrollarse hasta el punto máximo o perfecto que corresponde a su propia esencia, como veremos más adelante en el presente trabajo.*

<sup>12</sup> La doctrina ha equiparado el término escolástico para referir a la filosofía medieval, principalmente a aquella desarrollada durante el siglo XII hasta antes de la reforma protestante. Hablando en términos generales, podemos decir que hay tres rasgos generales en el pensamiento escolástico: (i) los pensadores atesoraban una argumentación rigurosa, así como una lógica y una dialéctica confiables para descubrir, a través de la discusión y el análisis, la verdad filosófica; (ii) aceptaron, como guía fundamental para desarrollar sus propias ideas, la visión de los filósofos antiguos para mostrar la legitimidad de las propias reflexiones, implicándose una referencia constante y un diálogo con dichos predecesores; y (iii) en general, los pensadores durante este período se sintieron obligados a formular preguntas sobre la relación de sus teorías con las verdades reveladas y a coordinar las ideas de la filosofía con la enseñanza teológica (Gracia y Noone, 2002).

término perfección como una expresión técnica muy cercana al equivalente de actualidad y forma (Tomás de Aquino, 1269/1961, L. IX, lec. 3; Aristóteles, 1994, IX, 3, 1047a). Por el contrario, para esta misma escuela de pensamiento cuando algo se encuentra en estado de potencialidad (completa o parcialmente) con respecto a una forma determinada, es el equivalente a la imperfección, tal como expresó Tomás de Aquino al referir que la actualidad de lo movable es tal que tiene una "ordenación a una posterior actualidad" y, por tanto, es "imperfecta" (1272/1963, L. III, lec. 2). En una expresión concreta, la perfección es el estado de una cosa que ha alcanzado y que actualmente posee, la actualidad que está en su naturaleza como objetivo, ello cuando se considera como el resultado de un proceso de movimiento natural. Por tanto, a través de tal movimiento, lo que en su estado de potencialidad es *imperfecto* con respecto a alguna forma determinada, es llevado a la *perfección* por la adquisición completa de la actualidad correspondiente (Cohen, 2001).

Hasta este punto hemos tratado dos de los términos usados en el principio aristotélico en análisis, *lo imperfecto por naturaleza, tiende a la perfección*, esto al haber clarificado el entendimiento de lo perfecto y lo imperfecto, así como apoyados en el concepto de movimiento, hemos visto la conexión de estos con la naturaleza. Resta atender el otro elemento esencial del principio filosófico en estudio, que es que lo que está en potencialidad y, por tanto, es imperfecto respecto a una forma determinada 'busca' su perfección en dicha forma. La noción de 'búsqueda' fue referida por Aristóteles en su 'Física' (s.f./1995) al tratar la distinción entre materia y privación como principios del cambio. Refirió que estos dos principios son opuestos a la forma como su contrario, acotando que la materia es opuesta a la forma en el sentido que esta última es lo que la materia busca y desea: *Porque, admitiendo con ellos que hay algo divino, bueno y deseable, afirmamos que hay por una parte algo que es su contrario y por otra algo que naturalmente tiende a ello y lo desea de acuerdo con su propia naturaleza.* (I, 192a).

El uso de los adjetivos 'divino' y 'bueno' por parte de Aristóteles indica su entendimiento que el apetito de la forma proviene de la 'entidad eterna e inmóvil' (s.f./1994, XII, 6, 1071b) o 'primer motor inmóvil'. Para el Estagirita esta forma pura se trata de Dios,<sup>13</sup> quien mueve todo en el cosmos, directa o

<sup>13</sup> En su 'Metafísica' el Estagirita refiere a Dios (*ho theos*) textualmente: *Así pues, si Dios se encuentra siempre tan bien como nosotros a veces, es algo admirable. Y si más aún, aún más admirable. Y se encuentra así. Y en él hay vida, pues la actividad. Y su actividad es, en sí misma, vida*

indirectamente, por tratarse de la máxima actualidad y perfección respecto del cual todos los demás seres,<sup>14</sup> dado que son en potencialidad con respecto a él, se esfuerzan en su propia expresión (Aristóteles, s.f./1994, XII, 6-10 y s.f./1995, VIII, p. 423-490; Ross, 1995; Cohen, 2001; Tomás de Aquino, s.f./1950, c. IV, V).

Resultará de provecho para fortalecer este último eslabón de la exposición realizada en este apartado, citar a Simplicio (s.f./2012, p. IX, 250.1), comentador neoplatónico, quien expresó en relación a lo dicho por Aristóteles:

*La forma es divina, buena y por la que se debe luchar y la materia, por su propia naturaleza, se esfuerza por alcanzarla. (...) Y si él quiere decir que la primera forma, aquella separada que también llama mente y primera causa, es 'divina y buena y por la*

---

*perfecta y eterna. Afirmamos, pues, que Dios es un viviente eterno y perfecto. Así pues, a Dios corresponde vivir una vida continua y eterna. Esto es, pues, Dios (s.f./1994, VII, 1072b).* Con esta descripción de cómo se representa a la divinidad, Aristóteles sigue una tradición que le precede, que Dios es principio del orden del mundo, como proclamaba Tales de Mileto. Podemos encontrar un muy pertinente ejemplo adicional a Dios como principio de orden en el diálogo de Timeo de Platón (s.f./1992, Timeo 30a), en el que el propio Timeo le refiere a Sócrates: “*Como el dios quería que todas las cosas fueran buenas y no hubiera en lo posible nada malo, tomó todo cuanto es visible, que se movía sin reposo de manera caótica y desordenada, y lo condujo del desorden al orden, porque pensó que éste es en todo sentido mejor que aquél.* Lo anterior habrá de resultar llamativo al considerar que el Aristóteles y Platón se contextualizaron en una cultura politeísta, no resultarían tales dichos, aparentemente, monoteístas conformes a su contexto. Ingemar Düring (2005) clarificó la situación, explicando que nosotros malentendemos con facilidad el uso en griego del término *ho theos*, porque no estamos acostumbrados a la mentalidad politeísta, refiere: *por ejemplo, en Heródoto el dios significa dos cosas. Muy a menudo el dios es un concepto genérico, así como nosotros decimos el hombre consta de cuerpo y alma o la donna è mobile. Al decir esto nosotros no pensamos en un hombre o en una 'donna' individual. Así en Heródoto se dice: el dios puede tanto exaltar como humillar, y quiere decir que todos los dioses poseen esa capacidad. En otros casos el dios es aquel dios que acaba de hacer o ha hecho algo, pues está convencido de que algo semejantes sólo lo puede hacer el dios (Marías, 1963).*

<sup>14</sup> En un contexto cercano, Jacques Maritain (1972, pp. 36-37) expresó sobre Dios: *Toda forma, en efecto, es decir toda luz es 'cierta irradiación proveniente de la claridad primera', 'una participación de la claridad divina'. Y toda consonancia o toda armonía, toda concordia, toda amistad y toda unión cualquiera ella sea entre los seres, procede de la belleza divina, tipo primitivo y sobreeminente de toda consonancia que reúne todas las cosas, las unas con las otras, y las llama a todas a Sí, mereciendo con razón bajo este aspecto 'el nombre de bello que deriva de llamar'. Así 'la belleza de la creatura no es otra cosa que una semejanza de la belleza divina participada en las cosas', y siendo, por otra parte, toda forma principio de ser, y conservadora del ser toda consonancia y armonía, hay que decir que la hermosura divina es la causa del ser de todo lo que es.*

*que se debe luchar', todo con una constitución natural realmente debe esforzarse por ella, ya que todo está construido por la naturaleza misma, que también es una causa divina, de tal manera que cada cosa se esfuerza por asimilarse a esta primera forma de acuerdo con su propia capacidad. Porque la adecuada perfección para estas cosas es la asimilación, y la estabilidad en la forma es la perfección para las cosas compuestas, y para la materia es la participación en la forma hacia la cual tiene inclinación y para la cual es adecuada. (...) Y así también se dice que lucha por la forma; porque el deseo existe en las cosas con alma, pero lo que hay en las cosas naturales sin alma es el esfuerzo.*

Asimismo, Tomás de Aquino (1963, L. I, lec. 15) realizó un detallado comentario al pasaje al que se refirió Simplicio, incluyó una explicación del 'apetito natural' de la materia por la forma:

*El apetito natural no es más que la ordenación de las cosas para su fin de acuerdo con su propia naturaleza. Sin embargo, un ser en actualidad no solo está ordenado a su fin por un poder activo, sino también por su materia en la medida en que tiene su propia potencialidad. Porque la forma es el fin de la materia. Por lo tanto, que la materia busque la forma, no es más que la materia siendo ordenada a adquirir la forma, como potencialidad a actualidad.*

Esto nos permite entender mucho mejor el comentario de Tomás de Aquino respecto al primer enunciado de la 'Metafísica' de Aristóteles, que, como se refirió previamente en una nota marginal, establece que *todos los hombres por naturaleza desean saber*, Aquino adujo tres razones para respaldar esta afirmación (1969, L. I, lec. 1, p. 7 | 2), para los efectos de este trabajo solo nos interesa la primera razón:

*La primera (razón) es que cada cosa naturalmente tiende a su propia perfección. Por esta razón también se dice que la materia desea la forma, ya que cualquier cosa imperfecta tiende a su perfección. Por lo tanto, dado que el intelecto, por el cual el hombre es lo que es, considerando que en sí mismo están todas las cosas potencialmente, que se convierten en actualidad solo a través del conocimiento, porque el intelecto no es ninguna de las cosas que existen antes de comprenderlas, por lo que cada hombre desea naturalmente conocimiento tal como la materia desea formarse.*

Por tanto, para Aristóteles y, en este caso particular, Tomás de Aquino, la naturaleza esencial del ser humano es el intelecto, el cual alcanza su perfecta actualidad en el acto del conocimiento. Cuando el intelecto se encuentra en la ignorancia, este se encuentra en estado de potencialidad respecto del conocimiento. De esto viene que Aquino considere que la perfección del intelecto es el conocimiento y que como toda cosa imperfecta tiende a su perfección, todo hombre debe tender al conocimiento, como la materia tiende a la forma. La frase *lo imperfecto tiende a su perfección* es entonces la formulación escolástica del principio general que implica la base de la explicación de Aristóteles del movimiento natural.<sup>15</sup>

Volviendo al abordaje de la disonancia en la música, ésta es imperfecta porque de alguna forma está concebida como una entidad que se encuentra potencialmente dirigida hacia su más cercana consonancia, lo que representaría su perfección, ello de una forma similar como la potencialidad de la materia por la forma. Por tanto, la disonancia intrínsecamente posee una tendencia a la perfección (Cohen, 2001).

Esto es una correlación al principio aristotélico estudiado en este apartado, en virtud del cual se requiere que una cosa imperfecta tiende a su perfección, no en un sentido general, sino en una perfección específica y predeterminada, su propia perfección.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Resaltemos en este punto lo dicho por Tomás de Aquino (s.f./1929, L. II, D. 11, Q. 2, A.1) parafraseando la definición de movimiento de Aristóteles: *el movimiento es la actualidad de una cosa imperfecta tendiendo hacia su perfección (motus est actus imperfecti tendentis in perfectionem)*.

<sup>16</sup> Jacques Maritain (1972, pp. 36 y 37) realizó un pertinente comentario que podemos relacionar a esta 'propia perfección', para ello entendamos el contexto de las cualidades artísticas de una obra como las manifestaciones de una particular perfección, así pues, dicho autor refirió que: *Lo que los antiguos decían de la belleza debe tomarse en el sentido más formal, cuidando de no materializar su pensamiento en alguna especificación demasiado estrecha. (...) Lo mismo ocurre con la proporción, la conveniencia o la armonía. Se diversifican según los objetos y según los fines. (...) Integridad y proporción no tienen ninguna significación absoluta y deben entenderse únicamente en relación al fin de la obra, fin éste que no es otro que el hacer resplandecer una forma en la materia. Por último y, sobre todo, este esplendor mismo de la forma, que es lo esencial de la belleza, tiene una infinidad de maneras diversas de resplandecer sobre la materia.*

## V ] Armonía en el Derecho de la Competencia y cómo participa la Propiedad Intelectual en ésta

La defensa de la competencia tiene justificación en sus contribuciones hacia el bienestar social,<sup>17</sup> esto ya que la competencia ayuda a alcanzar la eficiencia en la distribución de los recursos, atrae la innovación como consecuencia del deseo de los sujetos por superar a terceros competidores, transmite y esparce información privada a través de las actividades concurrenciales y habilita el ejercicio de la libertad a través de la libertad de elección (Arai, 2019, p. 1).

Contando con la exposición de ideas realizada en los apartados anteriores como respaldo, abordaremos la reflexión sobre la integración del derecho de la Competencia por parte del Derecho Represor de la Competencia Desleal y del Derecho Antimonopolios (Derecho de Defensa de la Competencia o conocido en México como Derecho de la Competencia Económica) y cómo se da la intersección de la propiedad intelectual con tal Derecho de la Competencia (Ganea et al, 2021).

En este trabajo hemos abordado recurrentemente a conceptos jurídicos de una complicada delimitación, hablar de qué es el bien jurídico cae igualmente en este tipo de conceptos. El concepto moderno de bien jurídico se centra alrededor de la defensa de los derechos subjetivos de las personas, algo que se puede justificar con facilidad tomando como base el contrato social, ya que de este surgen derechos a ser respetado y deberes de respetar (Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, 1997). Si los individuos decidieron libremente constituir la sociedad, la función del Estado será la de crear los medios adecuados que impidan las lesiones jurídicas.

Franz von Lizst (1999, p. 6) definió al bien jurídico como el *interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico*, afirmó que no es un concepto puramente jurídico sino un concepto material, previo al derecho positivo, una creación de la vida, un interés del individuo, de la comunidad que el derecho protege y lo eleva a la categoría de bien jurídico. El orden jurídico no crea el interés, lo

---

<sup>17</sup> Estos beneficios son referidos en los materiales de divulgación de la Comisión Europea al referir a la competencia y entenderla como *un mecanismo básico de la economía de mercado que alienta a las empresas a ofrecer a los consumidores bienes y servicios en los términos más favorables. Fomenta la eficiencia y la innovación y reduce los precios. Para ser efectiva, la competencia requiere que las compañías actúen independientemente unas de otras, pero sujetas a la presión competitiva ejercida por las demás* (Unión Europea, 2014).

crea la vida, pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico.

Lo anterior tiene un sencillo acoplamiento con las teorías modernas de los derechos fundamentales. Sin embargo, no se debe confundir el bien jurídico con un derecho subjetivo, ya que el primero es el interés que da sentido a la norma y no la facultad de una persona de exigir que ese interés sea respetado. Pueden existir bienes jurídicos que no tengan correlación con algún derecho subjetivo (Aguirre Obarrio, 1981), esto justifica la creación de esta noción, así las situaciones en las cuales existía un bien digno de protección que no podía relacionarse con un derecho subjetivo propiamente dicho, no quedarían vulnerables.

Habrà de tenerse en cuenta que los objetivos del Derecho de la Competencia son: (i) el proceso competitivo y la estructura competitiva del mercado, (ii) la libertad económica, (iii) la equidad, (iv) la protección de competidores y de pequeñas y medianas empresas, (v) la integración del mercado, (vi) el bienestar social (concepto que incluye en sus alcances a la eficiencia económica, en tanto, esta sería el nivel de bienestar social alcanzado).<sup>18</sup> Ahora bien, estos objetivos deben integrar necesariamente el interés vital del Estado para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, debido a la importancia del mercado en la estructura social, por tanto, deben adquirir dichos objetivos reconocimiento jurídico; ello siguiendo la definición de von Lizst de bien jurídico antes citada.

Se puede observar que los primeros cinco objetivos de los seis listados previamente, corresponden a cuestiones relacionadas a la competencia en el mercado y a las interacciones desplegadas dentro del mercado al competir, objetivos que se consideran instrumentales y supeditados al cuidado del bienestar social (Nazzini, 2011), que es el fin último de toda actividad social y, por ende, de toda actividad económica. Por tanto, pudiéramos realizar una formulación reduccionista de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho de la Competencia y referir que estos son el bienestar social y la competencia en el mercado como instrumento de este.

---

<sup>18</sup> Los presentes objetivos se han tomado de los trabajos de la Red Internacional de Competencia, en particular de su reporte del año 2007 y de las formuladas por Renato Nazzini (2011). La Red Internacional de Competencia es un grupo de trabajo integrado por representantes de diversas agencias gubernamentales de competencia y especialistas del mundo, en el que dialogan respecto a temas relacionados a la competencia. México participa a través de la Comisión Federal de Competencia Económica desde el año 2001 (Red Internacional de Competencia, 2018).

Ahora bien, la doctrina ha particularizado el bien jurídico para el Derecho de la Competencia Económica y para el Derecho Represor de la Competencia Desleal. Refiramos en primera instancia a González de Cossío (2017, p. 116), quien categóricamente refiere que el bien jurídico tutelado por la competencia económica<sup>19</sup> es la 'eficiencia'. Por su parte, Abanto Vásquez (1994), considera que tal bien jurídico es la libre competencia misma. En una tercer y última referencia, Agüero Vargas (2004) considera que el bien jurídico en cuestión involucra aspectos que dirigen a los actores al conocimiento de las conductas anticompetitivas, conocimiento que responde al bienestar de los consumidores y la eficiencia económica, es decir, es una suerte de consideración ecléctica que apunta como bienes jurídicos a la competencia en el mercado y al bienestar social.

Podemos observar en las tres consideraciones citadas, coincidencias con los bienes jurídicos propuestos previamente para el Derecho de la Competencia en general, es decir, González de Cossío aunque refiere a la eficiencia como valor, esto implica una alusión directa al bienestar social, en tanto la eficiencia está relacionada a alcanzar una determinada cantidad de bienestar; con Abanto Vásquez se coincide en que la competencia en el mercado es un bien jurídico,<sup>20</sup> ello sin que sea óbice que tal autor le agregue la característica de libertad como factor definitorio a la expresión; asimismo, se coincide en la enunciación realizada por Agüero Vargas sobre los bienes jurídicos del Derecho de la Competencia en General, ya que refiere tanto a la competencia como al bienestar social como bienes jurídicos.<sup>21</sup>

Por lo que ve al Derecho Represor de la Competencia Desleal, Cabanellas de las Cuevas *et al*, (2014) refieren que esta disciplina jurídica tiene como bien jurídico tutelado a una competencia efectiva y leal que protege tanto a competidores como a la colectividad, esto como una influencia del marco del

---

<sup>19</sup> Téngase presente que la expresión *derecho de la competencia económica* es la forma como se conoce al derecho antimonopolios en México.

<sup>20</sup> Xavier Ginebra (2011), en un contexto general, coincide con Abanto Vásquez, ya que considera que el bien jurídico del derecho de la competencia económica es la protección de la expectativa normativa que tienen los agentes económicos de poder participar y mantenerse en el mercado sin restricciones artificiales creadas por otros participantes.

<sup>21</sup> En un sentido con determinadas coincidencias, Witker (2003) expresa como intereses protegidos del derecho de la competencia económica a: la protección del proceso competitivo, la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores; intereses que se considera están incluidos en la expresión de los bienes jurídicos tutelados por el Derecho de la Competencia en general.

concepto de la economía social de mercado, asimismo, refieren que esta disciplina tiene como bien jurídico tutelado a cierta realidad fáctica, consistente, en el comportamiento competitivo de los mercados, basado en la calidad y precio de las prestaciones. Por su parte, González Iturria (2007) refiere como bien jurídico protegido por esta disciplina a la buena fe, lo que coincide en cierto sentido con González de Cossío, quien refiere que el bien jurídico tutelado es el aviamiento empresarial, concepto identificado por el anglicismo 'goodwill',<sup>22</sup> es decir bajo la propia concepción del autor de referencia, se busca evitar conductas deshonestas y parasitarias (pp. 136-137). Es elemento común entre las tres consideraciones que el cómo se compite sea referido, es decir, tienen señalamientos explícitos al acto de competir, el cual representa un instrumento para el bienestar social. Por tanto, en una deducción simple podemos encontrar simetrías y coincidencias para ubicar a los bienes jurídicos que se han propuesto para el Derecho de la Competencia en general como inspiradores de estos bienes jurídicos enunciados para el Derecho Represor de la Competencia Desleal.

Expuesto este marco referencial en el que ubicamos como los bienes jurídicos protegidos por el Derecho de la Competencia al bienestar social y la competencia en el mercado como instrumento de éste y que estos dos bienes influyen e informan a los bienes jurídicos del Derecho de la Competencia Económica y al Derecho Represor de la Competencia Desleal, habremos de explicar por qué se considera que estas disciplinas jurídicas son armónicas, considerando los principios filosóficos expuestos en los apartados previos del presente capítulo.

Partiremos expresando disenso a la consideración de González de Cossío (2017, p. 136) respecto a que dichas disciplinas tienen intereses jurídicos distintos, como hemos visto ambas poseen raíces comunes, al menos por lo que ve a los bienes jurídicos que les informan y que estas protegen. Afirmar que el Derecho Represor de la Competencia Desleal no es Derecho de la Competencia sería una violación al principio filosófico de no contradicción: *es imposible que lo mismo se dé y no se dé en lo*

---

<sup>22</sup> De acuerdo al Black's Law Dictionary (Garner, 2009), el término 'goodwill' se entiende como: *La reputación de un negocio, el patrocinio y otros activos intangibles que se consideran al evaluar la empresa, (...) la capacidad de obtener ingresos superiores a los ingresos que se esperarían del negocio visto como una simple colección de activos (A business's reputation, patronage, and other intangible assets that are considered when appraising the business, (...) the ability to earn income in excess of the income that would be expected from the business viewed as a mere collection of assets.)*.

*mismo a la vez y en el mismo sentido* (Aristóteles, 1994, IV, 3, 1005b), ya que referir que una disciplina que centra su atención en el bienestar social y la competencia en el mercado como sus bienes jurídicos tutelados, no atiende a la competencia, es un sin sentido que ejemplifica claramente tal principio.<sup>23</sup>

El Derecho Represor de la Competencia Desleal atiende: (i) al proceso competitivo y la estructura competitiva del mercado, al cuidar la lealtad de la competencia; (ii) a la libertad económica, al restringir prácticas por parte de competidores que se alejen de los buenos usos y costumbres en el comercio que limiten la concurrencia de terceros; (iii) a la equidad, al atender en sus criterios a los usos y costumbres en el comercio, permitiendo la discriminación entre prácticas y características de cada comerciante, para su adecuada protección; (iv) a la protección de competidores y de pequeñas y medianas empresas, estableciendo criterios comunes que favorecen su participación en el mercado, bajo consideraciones de protección que les garantizan similares estándares de protección que los grandes concurrentes; (v) a la integración del mercado, estableciendo criterios para la circulación de productos provenientes de otros mercados nacionales; (vi) al bienestar social al establecer un marco normativo en el que los principios del pacto social puedan encontrar equilibrio e incidir virtuosamente en la competencia, en el mercado y en la obtención del bien común, como fin social.

Con perspectiva de estas coincidencias entre el Derecho de la Competencia Económica y el Derecho Represor de la Competencia Desleal y con base a los principios filosóficos referidos en este trabajo es que se afirma que ambas disciplinas jurídicas son armónicas,<sup>24</sup> hay una consonancia tal que da vida al Derecho de la Competencia, en ambas disciplinas se manifiestan los principios básicos del pacto social y permiten visualizar claramente su impacto en el mercado.

La doctrina ha realizado numerosas exploraciones a la relación que guarda la Propiedad Intelectual y el Derecho de la Competencia. Hay diversas opiniones sobre si existe o no conflicto entre ambas disciplinas. Hay quienes sostienen que existe tensión entre el Derecho de la Competencia y la Propiedad Intelectual, enfocándose en las normas de competencia, que buscan eliminar

---

<sup>23</sup> Platón (1988, IV, XII, 436b) expresó el mismo principio como *es evidente que una misma cosa nunca producirá ni padecerá efectos contrarios en el mismo sentido, con respecto a lo mismo y al mismo tiempo*.

<sup>24</sup> El propio González de Cossío estima que existe armonía entre ambas disciplinas: *No sólo no existe contradicción, existe sintonía – incluso armonía – entre ambas disciplinas* (2017, p. 137).

los monopolios y alientan la competencia, y el contraste de los derechos intelectuales, que buscan premiar a los creadores e inventores con un monopolio temporal.

De acuerdo a quienes sostienen esta perspectiva, la principal función de los derechos de propiedad intelectual es conceder y defender derechos de propiedad que tienen un valor económico y, por el otro lado, el principal objetivo de las normas antimonopolios deberá ser minimizar las consecuencias adversas del poder monopolístico que surge de los derechos de propiedad intelectual (Vats, 2011; Jain y Jindel, 2014), esto debido a que el poder de mercado que se deriva de un derecho intelectual puede dañar a los consumidores con el establecimiento de precios más altos que aquellos necesarios para asegurar un efectivo costo de producción. Incluso, el daño pudiera llegar al nivel de distorsionar a la información, ya que pudiera limitar el crecimiento de la productividad con el tiempo y así reducir el alcance del incremento sostenible en los estándares de vida (Patel et al, 2011).

La otra perspectiva expresa que las leyes de competencia son un medio de asegurar un instrumento que garantiza la innovación continua y el crecimiento económico, medios para lograr el bien común.<sup>25</sup> Es decir, los objetivos del derecho de la competencia y de la propiedad intelectual son complementarios, en tanto a que ambas tienden a alentar la innovación, la competencia e incrementan el bienestar del consumidor. Es importante preservar la competencia por la innovación porque la competencia asegura los mejores resultados para los consumidores (Vats, 2011; Healey, 2020).

En los últimos años han predominado las opiniones que indican que no existe conflicto alguno (González de Cossío, 2007; Petracolla y Stanley, 2010; Tassana Velaochaga, 2015). Ya que se sostiene que ambas disciplinas forman parte de un mismo sistema legal y tienen el objetivo común de alcanzar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, esto en tanto que las leyes de defensa de la competencia (sin segregar a aquellas relacionadas a la represión de la competencia desleal) y las de protección a la propiedad intelectual comparten un mismo objetivo común, promover las innovaciones y mejorar el bienestar social debido a la inclusión del progreso técnico como un proceso esencial de la competencia (Tassana Velaochaga, 2015).

---

<sup>25</sup> Esto es producto del concepto de la ‘competencia dinámica’, una reagrupación de teorías que se pudieran distinguir del “modelo estático de competencia”. Las teorías de la competencia dinámica tienen como común denominador el enfoque en la innovación como el componente llave del proceso competitivo (Lianos et al, 2017)

Así pues, en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales la Propiedad intelectual y el Derecho Antimonopolios comparten los mismos objetivos, sin dejar de lado las particularidades de cada disciplina. Las leyes antimonopolios no solo buscan incentivar la competencia, lo que implica la disminución de precios e incrementar la producción en una perspectiva a corto plazo (eficiencia estática), sino que también impulsa los incentivos de la innovación y alienta a los agentes comerciales a ser constantemente innovadores para crear nuevos productos y ganar nuevos mercados (eficiencia dinámica) (Schovsbo, 2012).

Bajo esta última arista es que hay una asimilación a un postulado del derecho intelectual, esto es, que la exclusividad provee de incentivos necesarios para que los agentes comerciales inviertan en conocimiento y que la protección generalmente deviene en beneficios al tejido social debido a que el valor del mercado de la innovación hace posible compensar las pérdidas sufridas en otros mercados. Es pues que no será aventurado afirmar que el derecho antimonopolios y los derechos intelectuales forman parte de una superestructura orientada a alentar la innovación a través de incrementar en bienestar del consumidor (Schovsbo, 2012; Jain and Jindel, 2014).

Incluso se ha afirmado que los derechos intelectuales, no producen *per se* monopolios en el sentido económico, ya que estos típicamente permiten la entrada de productos sustitutos en el mercado.<sup>26</sup> Solo en determinadas circunstancias es posible que el poder de mercado que pudiera poseer un titular de derechos intelectuales se expanda de forma que se manifieste como una barrera a la competencia en perjuicio de un tercero, llevando a un monopolio de facto. En tales casos, no solo la competencia está en riesgo, también lo estaría el proceso dinámico de la innovación (Vats, 2011). Asimismo, a un nivel operacional es aceptado que las normas antimonopolios sirven como un segundo nivel de normas de equilibrio que pueden ser utilizadas por las autoridades antimonopolios para controlar casos específicos de uso abusivo de los derechos intelectuales (Schovsbo, 2012).

Aristóteles ofrece una forma de entender a esta interacción entre el Derecho de la Competencia y el Derecho Intelectual, de

---

<sup>26</sup> Por ejemplo, las invenciones patentadas tienen sustitutos, un mismo problema puede ser resuelto de más de una manera; la protección del derecho de autor no alcanza la protección de las ideas, esto es, fuera de lo original de una creación determinada, no se limita la generación de obras basadas en una idea, concepto o noción determinado. En tales ejemplos, las alternativas limitaron la habilidad de los titulares de derechos de fijar precios altos o limitar la producción (Dreyfuss, 2005).

acuerdo con su *Ética Nicomáquea* las virtudes solo pueden ser alcanzadas por efecto de prueba y error como un medio de alcanzar el punto medio entre los polos de la deficiencia y del exceso, todo ello únicamente posible en un contexto social donde las interacciones entre personas suceden. Esto es apreciable en los fragmentos que se reproducen a continuación:

*Adquirimos las virtudes como resultado de actividades anteriores. Y éste es el caso de las demás artes, pues lo que hay que hacer después de haber aprendido, lo aprendemos haciéndolo. (...) Y este es el caso también de las virtudes: pues por nuestra actuación en las transacciones con los demás hombres nos hacemos justos o injustos, y nuestra actuación en los peligros acostumbrándonos a tener miedo o coraje nos hace valientes o cobardes; y lo mismo ocurre con los apetitos y la ira: unos se vuelven moderados y mansos, otros licenciosos e iracundos, los unos por haberse comportado así en estas materias, y los otros de otro modo. (s.f./1985, II, 1, 1103a-1103b) La virtud del hombre será también el modo de ser por el cual el hombre se hace bueno y por el cual realiza bien su función propia. Como esto es así, se ha dicho ya; pero se hará más evidente, si consideramos cuál es la naturaleza de la virtud. En todo lo continuo y divisible es posible tomar una cantidad mayor, o menor, o igual, y esto, o bien con relación a la cosa misma, o a nosotros; y lo igual es un término medio entre el exceso y el defecto. Llamo término medio de una cosa al que dista lo mismo de ambos extremos, y éste es uno y el mismo para todos; y en relación con nosotros, al que ni excede ni se queda corto, y éste no es ni uno ni el mismo para todos. (...) La virtud, entonces, es un término medio, o al menos tiende al medio. Además, se puede errar de muchas maneras (pues el mal, como imaginaban los pitagóricos, pertenece a lo indeterminado, mientras el bien a lo determinado), pero acertar sólo es posible de una (y, por eso, una cosa es fácil y la otra difícil: fácil errar el blanco, difícil acertar); y, a causa de esto, también el exceso y el defecto pertenecen al vicio, pero el término medio, a la virtud: Los hombres sólo son buenos de una manera, malos de muchas. Es, por tanto, la virtud un modo de ser selectivo, un término medio relativo a nosotros, determinado por la razón y por aquello por lo que decidiría el hombre prudente. (s.f./1985, II, 6, 1106a-1106b)*

*Así pues, tres son las disposiciones, y de ellas, dos vicios – uno por exceso y otro por defecto – y una virtud, la del término medio; y todas, se oponen entre sí de cierta manera; pues las extremas son contrarias a la intermedia y entre sí, y la intermedia es contraria a las extremas. (s.f./1985, II, 8, 1108b.)*

Tomando en consideración tal punto de equilibrio como la exégesis de las virtudes, se puede afirmar que el equilibrio en el derecho de la competencia, que tiene como consecuencia un estado virtuoso o armónico, es alcanzado con la interacción de las disciplinas jurídicas que le son propias o instrumentales, es decir, las deficiencias y los excesos del actuar humano relacionadas a los objetivos del derecho de la competencia, que se inspiran en los principios del pacto social, pueden ser disminuidos con en la interacción de dichas disciplinas.

Es pertinente referir que, de forma consistente con la ontología aristotélica, las disciplinas propias y auxiliares del Derecho de la Competencia tienen valor intrínseco y no pueden considerarse dentro de una relación instrumental, sino bajo una relación de interdependencia. Cada disciplina funciona en sus propios términos, en determinados supuestos los efectos de tales disciplinas son un prerrequisito para el funcionamiento de las otras disciplinas, ello sin ser instrumentales entre sí. Esta relación surge de las deficiencias y excesos inherentes de dichas disciplinas.

Bajo el contexto aristotélico abordado, la virtud se encuentra entre la deficiencia y el exceso, debido a la potencia de cada disciplina propia y auxiliar del Derecho de la Competencia de ubicarse en tales extremos ajenos a la virtud, estos necesitan transferir sus valores entre sí para que puedan funcionar dentro de tal ubicación. Este espacio entre la deficiencia y el exceso se alcanza a través de la conducta racional de los legisladores y juzgadores respecto a los objetivos e instrumentos de cada disciplina, usando todas sus capacidades para alcanzar los fines de cada disciplina, por tanto, se involucra un balance entre estas.

El entendimiento de las disciplinas del Derecho de la Competencia y sus disciplinas auxiliares dependerá del entendimiento de los objetivos de tal regulación y tal entendimiento solo podrá lograrse a través del entendimiento de sus partes y de las disciplinas auxiliares y de los equilibrios que guardan recíprocamente. Este equilibrio entre disciplinas es asimilable a la teoría del equilibrio general o *múltiple equilibria*, la cual explica como a través de la interacción de distintos universos microeconómicos se alcanza el equilibrio macroeconómico que involucra a toda una comunidad y que resuelve el problema central de la asignación y distribución de los recursos (WEINTRAUB, 1982) lo cual en analogía permitiría afirmar que el equilibrio dentro de los efectos de cada disciplina jurídica en cuestión en suma al equilibrio en las relaciones de cada disciplina con las otras, llevaría al equilibrio general en el Derecho de la Competencia.

Para clarificar esta idea del punto medio o equilibrio entre disciplinas, bastaría observar la interacción de la propiedad intelectual y el derecho antimonopolios. Cuando hay una competencia efectiva, los derechos intelectuales pueden ser protegidos, en contraste, los derechos intelectuales deben ser limitados cuando la competencia no es efectiva. Esto implica a la vez que, en mercados competitivos, la sustancia de un derecho intelectual residirá en la prerrogativa de oponerse a usos no autorizados. En mercados no competitivos, por el contrario, los derechos intelectuales se vuelven un derecho financiero, al manifestarse como un derecho a reclamar una compensación por el uso de innovación bajo criterios razonables y no discriminatorios (Nihoul, 2009; Healey, 2020).

## VI ] Conclusiones

La armonía es la conciliación de componentes disímiles en un todo ordenado. En esa secuencia y por su vínculo casi intuitivo con el concepto, la música es la base del acuerdo entre las cosas de la naturaleza y del mejor gobierno en el universo. Supone la forma de la armonía en el cosmos, del gobierno legal en un Estado y de un modo razonable de vida en el hogar.

La música es, o involucra, una especie de movimiento. Esto implica al principio aristotélico que dicta que lo imperfecto por naturaleza, tiende a la perfección. Lo anterior, no en un sentido general, sino a una perfección específica y predeterminada, su propia perfección. Este principio aristotélico no es restrictivo de la música, es sin duda, compartido por el Derecho.

Realizándose una formulación sintética de los bienes jurídicos protegidos por el derecho de la competencia y referir que estos son el bienestar social y la competencia en el mercado como instrumento de éste, podemos afirmar que el Derecho Antimonopolios y el Derecho Represor de la Competencia Desleal son disciplinas jurídicas armónicas y que la Propiedad Intelectual es una voz participe en tal armonía.

Habrà de realizar el descargo que este trabajo al no haber realizado un estudio meticuloso de normas, casos y decisiones jurisprudenciales ni haber pretendido constituirse en una nueva tesis de índole técnico jurídico ni de filosofía del derecho, solo pretende brindar una perspectiva basada en el pensamiento aristotélico de cómo el Derecho, como toda creación humana, se encuentra en movimiento, en un constante proceso de perfeccionamiento inspirado en alcanzar lo bueno y deseable, es decir, pretende lograr *el conjunto de condiciones de la vida social*

que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección (Concilio Vaticano, 2012).

Y que, en el caso del Derecho de la Competencia, tal movimiento a su perfección, se verá favorecido si otras disciplinas jurídicas conexas, como la Propiedad Intelectual, interactúan entre sí de forma armónica. Entendiendo que este principio de armonía no implica que sean inexistentes los conflictos entre las disciplinas jurídicas, ello implicaría cegarse ante realidades de la vida jurídica cotidiana, como lo hemos ejemplificado en este trabajo con la referencia a la difícil relación entre el Derecho Antimonopolios y la Propiedad Intelectual e, incluso, podríamos apuntar sin fallo que entre los derechos humanos puede haber una colisión y esto no implica que el Derecho no pueda ser armónico. Sino que la interacción se realice de forma equilibrada, atemperándose los excesos y carencias que pudieran ocurrir en tales interacciones y teniendo claro que comparten objetivos comunes y un fin último.

En el caso del Derecho de la Competencia y la Propiedad Intelectual, hemos visto que tienen como objetivo alentar la innovación, cuidar al mercado como herramienta para alcanzar el bien común y, propiamente, tender al logro del bien común como fin último. Por tanto, la evolución propia del Derecho Intelectual y del Derecho de la Competencia, sus interacciones, su movimiento deben guardar armonía, ya que al hacerlo servirán de un valioso instrumento para la sociedad.

## Bibliografía

- ABANTO VÁSQUEZ, M. (1994) Introducción al Derecho Penal de la Competencia. Análisis Histórico y Comparativo del Decreto Legislativo 701. *Derecho PUCP*, volumen 48, pp. 253-291.
- AGÜERO VARGAS, F. (2004) Nuevos elementos para el debate sobre el bien jurídico Libre Competencia, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, volumen 19, pp. 124-133.
- AGUIRRE OBARRIO, E. (1981). Preludio al bien jurídico. *Lecciones y ensayos*, volumen 46, pp. 17-24.
- ARAI, Koki. (2019) *Law and Economics in Japanese Competition Policy*. Springer
- ARISTÓTELES. (1985). *Ética Eudemia*. Gredos, Madrid.
- ARISTÓTELES. (1987). *Acerca de la Generación y la Corrupción*.
- TRATADOS BREVES DE HISTORIA NATURAL. GREDOS.
- ARISTÓTELES. (1994). *Metafísica*. Gredos.
- ARISTÓTELES. (1995). *Física*. Gredos.
- ARISTÓXENO. (1902). *The Harmonics of Aristoxenus*. Clarendon Press.

- BAUER, M. (1920). Natural Law: its influence on Modern Music. *The Musical Quarterly*, volumen 4, pp. 469-477.
- BOODMAN, M. (1991). The Myth of Harmonization of Laws. *The American Journal of Comparative Law*, volumen 39, pp. 699-724.
- BORGES, J. (1980). Siete noches. Meló.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. y Hormazábal Malarée, H. (1997). *Lecciones de Derecho Penal*. Trotta.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., Palazzi, P., SANCHEZ HERRERO, A. y SEREBRINSKY, D. (2014), *Derecho de la Competencia Desleal*. Heliasta.
- CÁCERES NIETO, E. (2016) *Una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- CALDERÓN, E. y Castro. (2018). Uniformidad o armonización del derecho del comercio internacional, *Revista de Derecho*, volumen 25, pp. 22-34.
- CALDERONI, F. (2010). *Organized Crime Legislation in the European Union*. Springer.
- CHACÓN ÁNGEL, P. (2017) La génesis del conocimiento: de la sensación a la razón, *Educere*, volumen 21, pp. 241-251.
- COHEN, D. (1993). Metaphysics, Ideology, Discipline: Consonances, Dissonance, and the Foundations of Western Polyphony. *Theoria*, volumen 7, pp. 1-86.
- COHEN, D. (2001). The Imperfect Seeks Its Perfection: Harmonic Progression, Directed Motion, and Aristotelian Physics. *Music Theory Spectrum*, volumen 23, pp. 139-169.
- CONCILIO VATICANO II (2012) *Concilio Vaticano II – Documentos Completos*, Opus Dei - Oficina de Información.
- CORBALÁN, F. (2019) *La proporción áurea. El lenguaje matemático de la belleza*. RBA Coleccionables.
- CHRISTENSEN, T. (1993) *Rameau and Musical Thought in the Enlightenment*. Cambridge University Press.
- DAHLHAUS, C. (1990) *Studies on the Origin of Harmonica Tonality*. Princeton University Press.
- DE LA PARRA, E. (2014) *Introducción al derecho intelectual*. Porrúa.
- DREYFUSS, R. (2005) *Unique Works/Unique Challenges at the Intellectual Property/Competition Law Interface*. <http://ssrn.com/abstract=763688>
- DÜRING, Ingemar (2005). *Aristóteles*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- DWORKIN, R. (1986). *Law's Empire*. The Belknap Press.
- GANEVA, P., Friedmann, D., Lee, J. y Clark D (2021) *Intellectual Property in China*. Wolters Kluwer.
- GARNER, B. (2009) *Black's Law Dictionary*. West.
- Ginebra Serrabou, X. (2011). *El Derecho de la Competencia en los tiempos de crisis*. Porrúa.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. (2007) Competencia Económica y Propiedad Intelectual, ¿complementarios o antagónicos? *Jurídica, anuario del departamento del derecho de la universidad iberoamericana*, volumen 37, pp. 181-196.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. (2017). *Competencia*, Porrúa.

- GONZÁLEZ ITURRIA, M. (2007). *Competencia Desleal*. Universidad de los Andes.
- GONZÁLEZ MORFÍN, E. (1999) *Temas de filosofía del Derecho*. Oxford University Press.
- Gracia, J. y Noone, T. (2002). *A companion to Philosophy in the Middle Ages*. Blackwell Publishing.
- GRACYK, T. y KANY, A. (2011) *The Routledge Companion to Philosophy and Music*. Routledge.
- HEALEY, D. (2020) *Research Handbook on Methods and Models of Competition Law*. Edward Elgar Publishing.
- HEGEL, G. (1995) *Lecciones sobre la historia de la filosofía II*. Fondo de Cultura Económica.
- HERNÁNDEZ ZÚÑIGA, E. (2018) *Cine y Derecho. Derecho y Cine. Una aproximación teórica metodológica*. Tirant lo Blanch.
- HOPE, E. y MAELENG, P. (1998). *Competition and Trade Policies. Coherence of conflict?* Routledge.
- HU, S., (1953) The Natural Law in the Chinese Tradition. *Natural Law Institute Proceedings*. volumen 5, pp. 119-153
- HUAMÁN, M. (2014). La transferencia de la propiedad en los contratos de compraventa internacional de mercadería regulados por la Convención de Viena de 1980, *Lex*, volumen 13, pp. 245-261
- JAIN, A. y JINDEL, S. (2014) Paradoxical Relationship: Intellectual Property Rights and the Competition Policy. <https://ssrn.com/abstract=2407642>
- KLIP, A. y VAN DER WILT, H. (2002). *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*. Royal Netherlands Academy of Science.
- LABARIEGA, P. (1998). El Unidroit: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Revista de Derecho Privado*, volumen 27, pp. 115-128.
- LIANOS, I., KORAH, V., SICILIANI, P. (2017) *Competition Law and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation*. Hart Publishing.
- LIPPMAN, E. (1964) *Musical Thought in Ancient Greece*. Columbia University Press.
- LOVEJOY, A. (1964) *The great chain of being*. Harvard University Press.
- MACCORMACK, G. (1989) Harmony in Traditional Chinese Thought, *Ratio Juris*, volumen 2, pp. 254-273;
- MANDERSON, D. (2000) *Songs without Music*. The University of California Press.
- MARCHENKOV, V. (2009). *The Orpheus Myth and the Powers of Music*. Pendragon Press.
- MARÍAS, J. (1963) *La filosofía en sus textos*. Labor.
- MARITAIN, J. (1945) *A preface to Metaphysics*. Sheed & Ward.
- MARITAIN, J. (1963) *Introducción a la filosofía*. Club de lectores.
- MARITAIN, J. (1972) *Arte y Escolástica*. Club de lectores.
- NAZZINI, R. (2011) *The Foundations of European Union Competition Law*. Oxford University Press.
- NIHOUL, P. (2009) The Limitation of Intellectual Property in the name of competition. *Fordham International Law Journal*, volume 32, pp. 489-524.

- OST, F. (2006). El reflejo del Derecho en la Literatura, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, volumen 29, pp. 333-348.
- TORRES, O. (Ed), *Derecho & Literatura* (pp. 21-52). Libitum.
- PATEL, A., PANDA, A., DEO, A., KHETTRY, S. y MATHEW, S. (2011) *Intellectual Property & Competition Law. JICLT Journal of International Commercial Law and Technology*, volumen 6, pp. 120-130.
- PETRACOLLA, D. y STANLEY, L. (2010) *Derechos de Propiedad Intelectual y Defensa de la Competencia: ¿tensión permanente o creciente compatibilidad?* *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, volumen 6, pp. 35-48.
- PLATÓN. (1988). *La República*. Gredos.
- PLATÓN. (1992) *Diálogos VI. Filebo, Timeo, Critias*. Gredos.
- RAMEAU, J. (1971). *Treatise on Harmony reduced to its natural principles*. Dover Publications.
- RED INTERNACIONAL DE COMPETENCIA. (2007). *Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies*. International Competition Network. [https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/07/UCWG\\_SR\\_Objectives.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/07/UCWG_SR_Objectives.pdf)
- RED INTERNACIONAL DE COMPETENCIA. (2018). *What is the ICN?* International Competition Network. <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/about/>
- RINCÓN CÓRCOLES, A. (2004) *Fibonacci y el número áureo. Manual formativo de Acta*, volumen 34, pp. 73-81.
- RIEMANN, H. (1886) *The Nature of Harmony*. Theo Presser.
- ROSS, D. (1995) *Aristotle*, Routledge.
- ROWELL, L. (1985) *Introducción a la Filosofía de la música*. Gedisa.
- SCHOVSBO, J. (2012) *IPR, Competition Law and Dynamic Development – IPR’s Constitutionalisation and Expansion: Can the ‘Common Goals’ Description Cope?* <https://ssrn.com/abstract=2064820>
- SHARPE, R. (2004). *Philosophy of Music*. Acumen.
- SIMPLICIO. (2012). *Simplicius: On Aristotle Physics 1.5-9*. Bloomsbury.
- TASSANO VELAOCHAGA, H. (2015). La convergencia entre el derecho de la competencia y los derechos de propiedad intelectual. *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, volumen 74. Pp. 237-248.
- TEÓN DE ESMIRNA (1979). *Mathematics useful for understanding Plato*. Wizards Bookshelf.
- TOMÁS DE AQUINO. (1929). *Scriptum Super Libros Sententiarum, Sumptibus P. Lethielleux*.
- TOMÁS DE AQUINO. (1950). *In librum Beati Dionysii de Divinis Nominibus*. Marietti.
- TOMÁS DE AQUINO. (1957). *Summa contra Gentiles*. Image Books.
- TOMÁS DE AQUINO. (1963). *Commentary on Aristotle’s Physics*. Routledge & Kegan Paul.
- TOMÁS DE AQUINO. (1969). *Commentary on the Metaphysics of Aristotle*. Henry Regnery Company.

- TOMÁS DE AQUINO. (1990). Suma de Teología. Biblioteca de Autores Cristianos.
- TRAZEGNIES, F. (2001). Responsabilidad Extracontractual. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- UNIÓN EUROPEA. (2014) *Políticas Antitrust de la Comisión Europea*. [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/overview\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/overview_en.html)
- VATS, N. (2011) Intellectual Property Rights versus Competition Law, *Kurukshetra Law Journal*, volumen 01, pp. 188-210.
- VON LIZST, Franz. (1999) *Tratado de Derecho Penal*. Reus.
- WEINTRAUB, (1982) *General Equilibrium Theory*, Macmillan.
- WHITE, J. (1990). *Justice as Translation*, The University of Chicago Press.
- WHEELWRIGHT, P. (1959). *Heraclitus*. Princeton University Press.
- WITKER, J. (2003). *Derecho de la Competencia Económica en el TLCAN*. Porrúa.

# Ensayos preparados por alumnos

Revista

PERSPECTIVA  
JURÍDICA 

NÚMERO  
**19** SEMESTRE II  
2023



# La difamación, en el ámbito del derecho de daños

GUILLERMO ALEJANDRO GATT ONTIVEROS<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Caso de Rebel Wilson V. Bauer*. II. *¿Cuáles son los límites a la libertad de expresión?* III. *Nacimiento de la Contumelia*. IV. *Evolución Histórica*. V. *Cambio de paradigma: Se establece como derecho humano* VI. *Comparación de Estados Unidos y México*. VII. *Opinión personal*.

**Resumen.** El artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce la libertad de expresión como un derecho intrínseco del ser humano. Cierto es que la expresión de cada persona es fundamental para el desarrollo de sociedades, gobiernos y la vida de cada uno de sus habitantes, pero también tiene un aspecto negativo como lo es la difamación, injuria y/o calumnia, que un tercero puede hacer para dañar la reputación de otro, difundiendo información falsa a sabiendas de su falsedad, y con intención de dañar. Ahora bien, con el flujo de información en la actualidad se ha hecho sencillo realzar estos actos deplorables que generan un daño moral a la persona afectada, pero esto no es moderno desde Roma, con la conocida *iniuria*, hasta Inglaterra con las leyes de Ethelberto de Kent, se ha desarrollado el análisis de la figura jurídica que hoy conocemos como daño moral o derecho de daños. El presente artículo explorará el derecho de daños, su importancia y lo sensible que puede llegar a ser la difamación en una sociedad que se mueve por medio de la información.

**Palabras clave:** Difamación, injuria, calumnia, daño, reparación, moral.

**Abstract.** *Article 13 of the American Convention on Human Rights recognizes freedom of expression as an intrinsic right of the human being. While the expression of each person is fundamental for the development of societies, governments, and the lives of their inhabitants, it also carries a negative aspect, such as defamation, insult, and/or slander. These acts, committed by a third party, can damage the reputation of another individual by*

---

<sup>1</sup> Alumno de 9° semestre de la Facultad de Derecho, de la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

*spreading false information knowingly, and with the intention of causing harm. In the contemporary era, with the rapid flow of information, it has become easier to highlight these deplorable acts that generate moral harm to the affected person. However, it is crucial to recognize that this issue is not unique to modern times; from Rome with the well-known concept of iniuria to England with the Laws of Aethelbert, the legal framework addressing the concept we now know as torts right or damage law has evolved. This article aims to explore the law of damages, emphasizing its importance and examining how sensitive defamation can be in a society driven by information.*

**Keywords:** Defamation, insult, slander, damage, repair, moral.

## I ] Caso de Rebel Wilson v. Bauer

En el año 2012, podía verse una película que el autor del presente trabajo considera terrible, pero se ha convertido en un clásico de la comedia; hablamos de la película *Pitch Perfect*<sup>2</sup>. Se dice que dicha película le debe su éxito al concepto original, de enfocarse en un grupo femenino de música a capella<sup>34</sup>, o bien, debido a que el contenido humorístico podría ser disfrutado por todos en general, o porque se enfocaba en problemáticas que no muchas otras películas se atrevían a navegar. Sin embargo, una de las razones por la cual la película es tan recordada<sup>5</sup> es por la actriz que interpretó a Patricia Fat Amy Hobart: Rebel Wilson.

*Pitch Perfect* sería la película que llevaría a Rebel Wilson al plano del reconocimiento internacional<sup>6</sup>, e incluso a presentar los premios cinematográficos de MTV<sup>7</sup> en 2013. Supuestamente, en los

---

<sup>2</sup> MANNA, Zara, 31 de octubre de 2022, *Pitch Perfect remains iconic 10 years later*, en The Michigan Daily, Michigan, Estados Unidos.

<sup>3</sup> Interpretar música a capella quiere decir interpretar la obra vocal y coral en grupo sin acompañamiento de ningún instrumento armónico.

<sup>4</sup> LITVINSKAYA GLADKOVA, Tatiana Victorovna, (2018), *Unidad de Aprendizaje Coro A Capella*, Universidad Autónoma del Estado de México, Escuela de Artes Escénicas, México.

<sup>5</sup> S/N, Reuters Magazine, 09 de octubre de 2013, *Benedict Cumberbatch, Rebel Wilson on People's Ones to Watch list*, recopilado el 10 de abril de 2023 de <https://www.reuters.com/article/people-cumberbatch-wilson-idINDEE9980FD20131009>.

<sup>6</sup> S/N, Hearst Men's & Enthusiast Media Group, (2021), *Rebel Wilson, Biography*, recopilado el 02 de mayo de 2023 de <https://www.biography.com/actors/rebel-wilson>.

<sup>7</sup> MTV es un programa de televisión que se ha consagrado como uno de los fenómenos más importantes de la cultura popular, según St. James Encyclopedia of Popular Culture.

meses siguientes, las oportunidades laborales florecerían para Wilson.

Sin embargo, en Mayo de 2015<sup>8</sup> saldría a luz un escándalo mediático en el que estaría involucrada dicha actriz: se mencionó, en varios artículos<sup>9</sup> publicados por las revistas *Woman's Day*, *Australian Women's Weekly*, *NW*, y *OK Magazine*<sup>10</sup>, que, a grandes razgos, (i) se había comprobado que la actriz que al momento tendría 29 años tenía realmente algunos años sobrepasando las tres décadas, (ii) que Rebel Wilson había mentido sobre su nombre, e incluso (iii) que incluso había mentido sobre su niñez. En resumen, e incluso explícitamente, se estableció que Rebel Wilson era una mentirosa serial<sup>11</sup>.

Por motivo de lo anterior, Wilson presentó una demanda por difamación ante la Suprema Corte de Victoria, Australia. Los argumentos otorgados por la actriz, y tomados en cuenta al otorgar el laudo, fueron los que la Jueza Tate, la Jueza Beach y la Jueza Ashley describen a continuación:

*On 18, 19 and 20 may 2015 Bauer Media [...] published [...] articles on various websites; the articles stayed on the websites for about a year. [...] A trial at jury found that Mrs. Wilson had beed defamed by those articles [...] Most articles carried the meaning that Mrs. Wilson was a serial liar, who would lie about many aspects of her private life, in order to further her Hollywood career [...]. The judge below found that Bauer published the defamatory articles, knowing that the sting in the articles was false, and that it did so in order to maximize its commercial opportunities, and as part of*

---

<sup>8</sup> GRIFFITHS, James, (14 de septiembre de 2017), CNN Entertainment, recopilado el 12 de abril de 2023 en <https://edition.cnn.com/2017/09/12/entertainment/rebel-wilson-defamation-australia/index.html>.

<sup>9</sup> Dichos artículos no se encuentran disponibles para ser leídos a la fecha.

<sup>10</sup> Todas dichas revistas formando parte del conglomerado multimedia llamado Bauer Media Group.

<sup>11</sup> S/N, Owen Hodge Lawyers, *What Rebel Wilson's case against Bauer Media tells us about Defamation*, recopilado el 13 de abril de 2023 de <https://www.owenhodge.com.au/general-articles/what-rebel-wilsons-case-against-bauer-media-tells-us-about-defamation/#:~:text=Wilson%20had%20lied%20about%20a,was%20a%20'serial%20liar'>.

*a campaign to take down Mrs. Wilson. There has been no challenge to those findings.*<sup>12 13</sup>

Ahora, habiendo establecido los motivos determinantes para establecer un veredicto por dicho jurado, resta conocer el monto que Bauer Media Group tuvo que pagar a Rebel Wilson:

*On 13 September 2017, the judge below awarded Mrs. Wilson \$650,000.00 dollars as damages for non-economic loss, including non-aggravated damages. This was awarded for compensating Mrs. Wilson for the hurt to her feelings, to compensate her for the damage of reputation, and to provide vindication for her reputation. His Honour also awarded damages for economic loss of \$3'917,472.00 as well as interests [...] to compensate Mrs. Wilson for what she claimed were lost opportunities she experienced, and not being offered lead or co-lead roles, over the period mid 2015 to the end of 2016.*<sup>14 15</sup>

---

<sup>12</sup> En los días 18, 19 y 20 de mayo de 2015, Bauer Media [...] publicó [...] artículos en diversos sitios web; los artículos permanecieron en dichos sitios web por aproximadamente un año. [...] El jurado concluyó que la Señorita Wilson había sido víctima de difamación por dichos artículos. [...] La mayoría de los artículos establecían que la Señorita Wilson era una mentirosa serial, quien mentiría acerca de diversos aspectos de su vida personal, para efecto de avanzar en su carrera en Hollywood. [...] El juez inferior concluyó que Bauer publicó los artículos difamatorios a sabiendas de que la información era falsa, y que lo hizo para efecto de maximizar sus oportunidades comerciales, y como parte de una campaña en contra de la Señorita Wilson. No ha habido disputa acerca de dichas conclusiones. (Traducción del autor del presente trabajo).

<sup>13</sup> Bauer Media Pty Ltd (ACN 053 273 546) v WILSON Rebel Melanie Elizabeth S APCI 2017 0109, recopilado el 14 de abril de 2023 de la página oficial de la Suprema Corte de Victoria, <https://www.streaming.scvwebcast1.com/judgment-bauer-media-pty-ltd-acn-053-273-546-v-wilson-rebel-melanie-elizabeth-s-apci-2017-0109-14-june-2018/>, mediante el video oficial de dicho procedimiento.

<sup>14</sup> El día 13 de septiembre de 2017, el juez inferior otorgó a la Señorita Wilson \$650,000.00 dólares australianos por concepto de daños por pérdidas no-económicas, incluyendo daños no agravados. Lo anterior fue otorgado a la Señorita Wilson por el daño a sus sentimientos, para compensarle por los daños a su reputación, y para darle vindicación por su reputación. Su Señoría asimismo le otorgó, por concepto de daños económicos, la cantidad de \$3'917,472.00 con intereses [...] para compensar a la señorita Wilson de los que ella dice que fueron oportunidades perdidas que sufrió, así como por no habersele ofrecido papeles principales o co-principales, en el período que va de la mitad del 2015 al final del 2016.

<sup>15</sup> Bauer Media Pty Ltd (ACN 053 273 546) v WILSON Rebel Melanie Elizabeth S APCI 2017 0109, recopilado el 14 de abril de 2023 de la página oficial de la Suprema Corte de Victoria, <https://www.streaming.scvwebcast1.com/judgment-bauer-media-pty-ltd-acn-053-273-546-v-wilson-rebel-melanie-elizabeth-s-apci-2017-0109-14-june-2018/>, mediante el video oficial de dicho procedimiento.

Pues bien, no nos enfocaremos en el caso que antecede, aunque es uno de los más emblemáticos en la materia: para ponerlo en perspectiva, por daños no económicos, se obligó a pagar a Bauer la cantidad equivalente a \$7'795,854.95 pesos mexicanos, y por daños económicos, la cantidad equivalente a \$46'984,682.28 pesos mexicanos.<sup>163</sup>

Leer dicha noticia, y poner en dinero mexicano la pena que se debería pagar, despertó en mí la siguiente pregunta: ¿Cómo es que una revista, que no tiene relación jurídica alguna con una persona, puede ser obligada a pagar semejantes cantidades por el simple hecho de haber publicado información falsa? ¿Es tal la trascendencia de unos sentimientos heridos y de oportunidades perdidas, siendo que ambos temas podrían haber sido arreglados con la publicación por parte de Wilson de su acta de nacimiento?

## II ] ¿Cuáles son los límites a la libertad de expresión?

El artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece lo siguiente: *La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley.*<sup>17</sup> Es decir, que la libertad de expresión, que es sin dudas un derecho humano (consagrado incluso en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>18</sup>), tiene ciertos límites en su ejercicio. Dichos límites no resultan de poca importancia, sino que han sido reiterados en diversas ocasiones por las figuras jurisdiccionales más altas de nuestro país.

Uno a los conceptos más importantes que señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación como límite al derecho de expresión, es el estándar de *Malicia Efectiva o Real Malicia*. Su propósito y forma de operar se puede observar en la tesis a continuación transcrita:

---

<sup>16</sup> Lo anterior, teniendo en cuenta un tipo de cambio promedio de \$11.9867 pesos mexicanos por dólar australiano – que es el tipo de cambio al momento de redactar el presente trabajo de investigación, y sin tomar en cuenta que en el 2017 – año del veredicto – el dólar australiano era un poco más costoso respecto al peso mexicano.

<sup>17</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), artículo 6, párrafo primero.

<sup>18</sup> Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969), artículo 13, párrafo primero.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA REQUIERE NO SÓLO QUE LA INFORMACIÓN DIFUNDIDA HAYA SIDO FALSA, SINO QUE SE HAYA DIFUNDIDO A SABIENDAS DE SU FALSEDAD O CON LA INTENCIÓN DE DAÑAR [...].

Se sostuvo que la principal consecuencia del sistema de protección dual es la doctrina de la real malicia o malicia efectiva [...]. Conforme a esa doctrina, sólo puede exigirse a quien ejerce su derecho a la libertad de expresión o de información, responsabilidad ulterior por las opiniones o información difundida –de interés público– si se actualiza el supuesto de la malicia efectiva. [...] Entonces, la doctrina de la real malicia requiere no sólo que se demuestre que la información difundida es falsa sino, además, que se publicó a sabiendas de su falsedad, o con total despreocupación sobre si era o no falsa, pues ello revelaría que se publicó con la intención de dañar. [...] Por tanto, la intención de dañar [...] requiere acreditar que el informador tenía conocimiento de que la información era inexacta, o al menos duda sobre su veracidad, y una total despreocupación por verificarla, pues sólo así puede acreditarse la intención de dañar. [...] <sup>19</sup>

Pues bien, tenemos entonces como límite establecido al derecho humano de la libertad de expresión, el establecido mediante el estándar de *Malicia Efectiva* o *Real Malicia*, el cual, indica que únicamente es responsable una persona de lo que dice<sup>20</sup>, cuando se hayan cumplido tres requisitos: (i) que la información difundida sea falsa, (ii) que se publicó a sabiendas de su falsedad, o con total negligencia respecto a su veracidad, y (iii) con la intención de dañar.

### III ] Nacimiento de la contumelia

Con la promulgación de la Ley de las XII Tablas (año 451 A.C.), surge, en las Tablas VIII y IX, el derecho penal en Roma, el cual separaba los delitos en *crimina*, o ilícitos públicos, y *delicta*, o ilícitos privados<sup>21</sup>. Entre los de la segunda categoría, que fueran aquellos realizados contra una persona en particular, aparece la figura de la *iniuria*, la cual se enfocaba en daños físicos.

<sup>19</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis [J.]: 1a./J. 80/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 71, octubre de 2019, Tomo I, p. 874, Reg. Digital 2020798.

<sup>20</sup> Entendiendo por *decir*, asimismo escribir y/o publicar.

<sup>21</sup> BIRKS, Peter (1969), *The Early History of Iniuria*, en 37 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 163, *Daube Noster: Essays in Legal History for David Daube*,

No es hasta que surgen los llamados edictos especiales<sup>22</sup>, que se regulan las *iniurias* que trascendían el plano físico. El primero de dichos edictos fue, según Descheemaeker y Scott (2013), el edicto *De convicio*<sup>23</sup>, mediante el cual se ejercía acción en contra de aquellas personas que clamaban (entendiendo por ello la palabra *convicium*, significándose *combinación de voces*) en contra de la buena moral.

Ulpiano establecería, entonces, que, a partir del siglo primero, había surgido plenamente el delito de *iniuria*. Lo anterior, puesto que se había establecido ya que la *iniuria* dañaba no solo a la persona físicamente, sino que necesariamente dañaba su dignidad o traía aparejada desgracia<sup>24</sup>; aunado a ello, se había reconocido que el *convicium* era en efecto una *iniuria*.<sup>25</sup> Había nacido plenamente el concepto de la *contumelia*. Al respecto, explican García y García (2021)<sup>26</sup>, lo siguiente:

*Los teólogos y canonistas medievales distinguen entre la injuria propiamente dicha o contumelia, siguiendo a las Instituciones de Justiniano, porque se dirige directamente a ofender el honor de una persona, y la detractio o difamación, que es el acto clandestino para perjudicar la fama de otra persona. Se comprende cualquier acto que por su naturaleza puede perjudicar la opinión o valoración que la persona tiene en la sociedad, [...] de donde se desprende que es imprescindible el animus iniuriandi. No podemos olvidar que la contumelia implica, como recuerda Paulo, intención de ofender a una persona, animus iniuriae faciendi.*

Si en efecto es cierto que han pasado más de 1900 años desde que se generaron tales conceptos, se ha establecido claramente el nacimiento, no solo del derecho penal en general, sino que de aquel que toma en cuenta los daños hechos a particulares, con un enfoque que trasciende el plano físico.

Es decir, podemos observar, a partir de la mera existencia de conceptos tales como la *inuiria-contumelia*, la forma en que, a través de la evolución pretoria y jurisprudencial, se comienza a

<sup>22</sup> DESCHEEMAEKER, Eric y SCOTT, Helen (2013). *Iniuria and the Common Law*, en Hart Publishing, Oregon, Estados Unidos, p. 3.

<sup>23</sup> ULPIANO, D. 47.10.15.2 (57 *Ad Edictum*).

<sup>24</sup> D 47.10.1.2 (ULPIANO, 57 *Ad edictum*).

<sup>25</sup> D. 47.10.15.3 (ULPIANO, 56 *Ad edictum*).

<sup>26</sup> GARCÍA SÁNCHEZ, Justo y GARCÍA FUEYO, Beatriz, (2021) *La Noción Romana De Iniuria, Como Ofensa Moral Recogida Por Escrito, Y La Recepción De Cuatro Regulae iuris En Una Querella Hispana Del Siglo XVII*, Tradición y Recepción Romanísticas, Vol. II., p. 565.

desmaterializar el concepto del delito en Roma, para incluir necesariamente aquellas ofensas que dañan la dignidad de la persona<sup>27</sup>.

#### IV ] Evolución histórica

Los delitos equiparables a aquel romano de la *inuiria-contumelia* han estado presentes en diversas civilizaciones a través del tiempo. Por ejemplo, en Inglaterra, a inicios del siglo VII *the Laws of Aethelbert*, es decir, las leyes de Ethelberto de Kent, quien fuese rey de dicho lugar. Las Leyes de Ethelberto serían el primer código escrito en una lengua germánica. La peculiaridad de esas leyes es que se basaban en sus tres tipos de multas establecidas: *wer*, *bot*, y *witte*. En el caso de las calumnias, serían castigadas mediante el pago del *bot*.<sup>28</sup>

En el mismo país, a finales del siglo IX, se publicaron las leyes de Alfredo el Grande. En dichas leyes, se mencionaba expresamente que las calumnias serían castigadas mediante la escisión de la lengua del ofensor: *Or this other one from King Alfred (c. 890): If anyone utters a public slander, and it is proved against him, he shall make no lighter amends than the carving out of his tongue*<sup>29, 30</sup>

Sin embargo, más tarde se estableció que el culpable podía elegir, entre la remoción de dicho músculo, o bien, el pago de una multa, dependiendo de la importancia de la calumnia<sup>31</sup>. Es relevante mencionar asimismo la presencia de la prohibición de las calumnias en las leyes religiosas:

Por ejemplo, existe en el judaísmo, un término conocido como *Lashon Hara*, cuya traducción literal sería algo similar a *lengua diabólica*, o *lenguaje diabólico*. El *Lashon Hara* es el acto de referirse a una persona de manera despectiva, siendo un pecado menor en la Ley Halakhic. El *Lashon Hara* se produce cuando

<sup>27</sup> ESCUTIA ROMERO, Raquel (2011), *La difamación pública en Derecho Romano*, Universidad a Distancia de Madrid.

<sup>28</sup> RODGER, Valerie A., (2006), *From Restoration to Retribution: Evolution in the treatment of wrongdoing in early English law c. 600 A.D. to c.1135 A.D.*, University of Alberta, Canadá, p. 8.

<sup>29</sup> *O esta otra del Rey Alfredo (c.890): Si alguien murmurara en calumnia pública, y se probare contra él, deberá otorgar retribuciones no más pequeñas que la remoción de su lengua* (Traducción del autor del presente trabajo de investigación).

<sup>30</sup> MILLER, William I., (1999), *Fear, Weak Legs, and Running Away: A Soldier's Story*, Universidad de Michigan, Estados Unidos, p. 241.

<sup>31</sup> RODGER, Valerie A., (2006), *From Restoration to Retribution: Evolution in the treatment of wrongdoing in early English law c. 600 A.D. to c.1135 A.D.*, University of Alberta, Canadá, p. 24.

aquello que se dice es mediante argumentos verdaderos, pero sin la intención de reparar una situación negativa<sup>32</sup>. Sin embargo, otro pecado, llamado *Hotzaat Shem Ra* es mucho más grave que este, puesto que se refiere a la difamación de una persona, independientemente del medio que se utilice para hacerlo.<sup>33</sup>

La distinción principal con el *Lashon Hara* es que el *Hotzaat Shem Ra* se sustenta en argumentos falsos. Habiendo ingresado al campo de lo religioso, sería ilógico no mencionar el Octavo, de los Diez Mandamientos católicos. El Octavo Mandamiento se conoce de muchas formas, que expresan lo mismo: *No darás falso testimonio ni mentirás; No dirás falso testimonio contra tu prójimo, No perjurarás, sino que cumplirás al Señor tus juramentos*<sup>34</sup>

Es imperante mencionar que el pecado contenido en el Octavo Mandamiento es, *No darás falso testimonio ni mentirás*. Al respecto, es evidente que la religión católica no aprueba aquellos dichos falsos en contra de persona alguna, en especial aquellos que tengan intenciones dañosas para el prójimo.

## V] Cambio de paradigma: se establece como derecho humano

Sin embargo, aunque existen diversos ejemplos, tanto religiosos como históricos, lo cierto es que difícilmente se puede hablar de evolución de la figura, hasta finales de la Segunda Guerra Mundial, en 1945. La finalización de dicha guerra generó un crecimiento inmenso en fundamentales materias que hasta entonces estaban olvidadas, o eran irrelevantes.

Un ejemplo de esto es Gustav Radbruch un filósofo y jurista alemán nacido en 1878, cuyos trabajos académicos se pueden dividir en dos: (i) sus escritos anteriores a 1933, y (ii) sus escritos posteriores a 1945; lo anterior, porque en su filosofía de derecho anterior a 1933, su pensamiento era uno relativista (o quizá incluso positivista), y su pensamiento posterior a la Segunda Guerra Mundial fue uno profundamente iusnaturalista, enfocado primordialmente en el derecho injusto. En resumen, la filosofía de

<sup>32</sup> S/N. (2015), *Source Sheet on Prohibitions on Loshon Ha-Ra and Motzi Shem Ra and disclosing another's confidential secrets and proper Etiquette for Speech*, Association of Jewish Libraries, p. 13.

<sup>33</sup> CRUZ, S. (2016), *Lashón Hara & Hotzaat Shem Ra*, recopilado el 18 de abril de 2023 de <https://fabio366.rssing.com/chan-53568896/article76.html>

<sup>34</sup> S/N (2018), *El Papa Francisco explica el octavo mandamiento: No darás falso testimonio ni mentirás*, Librería Editrice Vaticana, Opus Dei, recopilado el 18 de abril de 2023 de <https://opusdei.org/es-mx/article/diez-mandamientos-no-mentir-papa-francisco/>

Radbruch presentada en su obra de 1932 *Rechtphilosophie*<sup>35</sup> establecía que la ley era todo aquello que tenía valor legal, es decir, cualquier precepto legal – aunque Radbruch consideraba que la ley debía tener como fin último llegar a la justicia – por el hecho único de ser ley, servía para otorgar certeza o seguridad jurídica; por lo cual, este pensador consideraba que la ley se debía cumplir, aunque ésta fuera injusta: *It is more important that the strife of legal views be ended than that it be determined justly*<sup>3637</sup>; en otras palabras, una ley era válida porque era ley, y para otorgar certeza jurídica, debía ser cumplida aunque no fuera justa.

Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial, que fue un episodio en el que las leyes violentas y profundamente injustas de la Alemania Nazi marcaron la época, Gustav Radbruch entra a una transformación de su pensar, culminada con la *Fórmula de Radbruch* o de la Injusticia Extrema. Dicha fórmula es la siguiente:

*El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como 'Derecho injusto' ante la justicia [...].*<sup>38</sup>

La fórmula antes transcrita se puede explicar de la siguiente manera: Una ley es válida porque es ley, y para otorgar certeza jurídica, debe ser cumplida, aunque no sea justa, sin embargo, si la injusticia contenida en la ley llegara a límites intolerables, esa ley no es derecho, y por ende no debe ser cumplida.

Al igual que en el caso de Gustav Radbruch, muchísimos pensadores, filósofos, legisladores y juristas comenzaron a repensar el valor que tiene el ser humano, por el simple hecho de serlo. Naturalmente, después de ver (o vivir) los resultados destructores

---

<sup>35</sup> RADBRUCH, Gustav, 1932, *Rechtphilosophie*, Cuarta Edición, Wolf, E., Stuttgart, 1950.

<sup>36</sup> PAULSON, Stanley L., *Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?*, Oxford Journal of Legal Studies, Inglaterra, 1995.

<sup>37</sup> Es más importante que se ponga fin al conflicto entre opiniones jurídicas, a que dicho conflicto se determine de manera justa (traducción del autor del presente trabajo de investigación).

<sup>38</sup> RADBRUCH, Gustav, 1946 (traducción de SEOANE, José Antonio), *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, Süddeutschen Juristen-Zeitung, Primer Volumen, Alemania (pp. 105-108).



Como se señaló en páginas anteriores del presente trabajo de investigación, ya había sido reconocido como Derecho Humano la libertad de expresión, así como la libertad de opinión. Sin embargo, se puede decir que esta es la primera vez que se estableció como Derecho Humano, el hecho de que las personas tienen derecho a que se les proteja contra las injerencias o ataques arbitrarios en contra de su honra y de su reputación.

## VI ] Comparación de Estados Unidos y México

En el décimo semestre de la carrera de Derecho, cursé el seminario llamado *Derecho de Daños*; sin embargo, en la gran mayoría de las ocasiones, cuando nos referimos en México al Derecho de Daños, nos referimos en realidad a la Responsabilidad Civil Extracontractual<sup>43</sup>. Lo anterior, es el caso puesto que, como menciona Jorge Avilés (2022)<sup>44</sup>, el concepto anglosajón *tort law*, no tiene traducción al castellano que exprese su complejidad. Por ende, terminamos usando el término *Derecho de Daños*.

Continúa explicando Avilés (citando a la profesora María Paz Gatica), que en los países anglosajones, el *tort law* se estructura como un catálogo de hechos que son ilícitos, cada uno de ellos con su propia descripción y requisitos; algunos juristas precisarían, en dicha definición, que en el *tort law* necesariamente se prevé una reparación del daño.

En el *tort law*, se distingue a lo que hemos explicado que surge con el nombre romano de *Contumelia*, en dos conceptos distintos:

(a) *Slander*, dicho término es definido de la siguiente manera: *A false statement, usually made orally, which defames another person. Unlike libel, damages from slander are not presumed, and must be proven by the party suing*<sup>45, 46</sup>

(b) *Libel*, cuya definición jurídica es: *A method of defamation expressed by print, writing, pictures, signs, effigies, or any communication embodied in physical form that is injurious to a*

<sup>43</sup> DE LA ROSA XOCHITLOTZI, Carlos y MÁRQUEZ ROJAS, Velia F. (2020) *Derecho de Daños.- Responsabilidad Extracontractual*, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>44</sup> AVILÉS, Jorge (2022), *¿Tort Law o Responsabilidad Civil?*, Biblioteca Idealex, recopilado el 24 de abril de 2023, de <https://idealex.press/tort-law-o-responsabilidad-civil/>

<sup>45</sup> Es una declaración falsa, usualmente realizada de manera oral, la cual defama a otra persona. A diferencia del libelo, los daños derivados de la calumnia (*slander*) no se presumen, y deben ser comprobados por la parte demandante.

<sup>46</sup> S/N (2003), TXO Production Corp. V. Alliance Resources, 509 U.S. 443

*person's reputation, exposes a person to public hatred, contempt or ridicule, or injures a person in his/her business or profession.*<sup>47</sup>

En Estados Unidos, al enfrentarse ante un caso de difamación (ya sea *slander*, o *libel*), se realiza un proceso conocido como la *caracterización*. En dicho proceso, se debe especificar el tema específico del discurso supuestamente difamatorio. Lo anterior, para efecto de conocer si dicho discurso en efecto daña a la persona, y si en realidad es falso. Después de la primera etapa, se deben dar elementos probatorios para determinar si la declaración se ha hecho con malicia.<sup>48</sup>

Como pudimos observar en el caso cuya resolución fue transcrita en las primeras páginas del presente trabajo de investigación (hablamos del caso de Rebel Wilson v. Bauer), estos son realmente los únicos requisitos que establece, por lo general, el Common Law. Por ende, se puede concluir que, en un juicio de difamación en Estados Unidos se observarán tres elementos: (i) que la declaración de que se trate sea falsa, (ii) que dicha declaración haya dañado a la persona y (iii) que se haya declarado con malicia.

En cambio, en México, el caso es bastante distinto a ello. Vale la pena destacar que, antes del año 2007, el Código Penal Federal regulaba los delitos de *Injurias y Difamación*, así como el de *Calumnia*, sin embargo, los mismos fueron derogados. Sin embargo, hoy en día, en el Código Civil Federal se sustenta la ilicitud que dichos conceptos engloban: *Con esto podemos observar que los delitos de calumnia, injuria y difamación, que de alguna manera se protegían en el ámbito penal, se quedan en el ámbito civil, cuya reparación se engloba a través de la reparación del daño moral.*<sup>49</sup>

Es así que se encuentra regulada, entonces, la antes llamada *contumelia*. Por ende, en el análisis de los casos de difamación (incluyendo a la calumnia y a la injuria), recaeremos necesariamente en el derecho a la reparación que, conforme al artículo 1916 del Código Civil Federal tiene todo aquel que ha sido dañado en su moral.

Es por lo anterior, que la jurisprudencia (como aquella que se ha explicado ya en el presente ensayo) es tan importante para

---

<sup>47</sup> S/N, Cornell Law School, *Defamation*, recopilado el 26 de abril de 2023 de <https://www.law.cornell.edu/wex/libel>.

<sup>48</sup> SMITH, Gerald R., (1992), *Of Malice and Men*, Valparaiso Law Review, Indiana, Estados Unidos, pp. 55-57

<sup>49</sup> GAMBOA, VALDÉS y GUTIÉRREZ (2012), *Calumnias, Difamación e Injurias*.- Estudio Teórico Conceptual, de Antecedentes, de las reformas al Código Penal Federal, iniciativas presentadas, y de Derecho Comparado.

observar la manera en que se resuelven los casos de daños morales por motivos como los aquí expuestos. Lo anterior, puesto que es precisamente la jurisprudencia la que regula la Real Malicia.

Evidentemente, se deberán observar distintos elementos, propios de todos los procesos relativos a la responsabilidad civil extracontractual: Se observará, entonces, el hecho generador (es decir, si en efecto la declaración del demandado es antijurídica, culpable y dañosa), el daño realizado (que usualmente sería moral, pero bien puede ser patrimonial), y la relación de causalidad (que realmente los daños sufridos por el demandante hayan sido causados por el actuar del demandado).

## VII ] Opinión personal

Sin dudas, considero que difamar a una persona, es decir, publicar o propagar mentiras, con un ánimo de malicia, es algo terrible, que debe a todas luces ser castigado. Si bien se ha reducido a meramente el resarcimiento de los daños causados, no debe verse, para nada, como algo irrelevante.

Desde hace aproximadamente 4 años, ha tomado muchísima fuerza el movimiento feminista del *Me Too*. Dicho movimiento ha permitido que, mediante el uso de las redes sociales, mujeres que han sufrido acosos y violencia sexual de distintas índoles, puedan alzar la voz, y acusar a las personas que las han afectado.

Considero que lo anterior ha sido, por lo general, benéfico para la sociedad: las mujeres, finalmente, tienen una herramienta útil y a su alcance, para, si no defenderse de la violencia sexual, al menos asegurar una repercusión para quien la ha violentado. Finalmente, el movimiento es una crítica poderosísima en contra del sistema jurídico que impide que las mujeres tengan acceso a la justicia.

Sin embargo, han existido casos en los que personas han sido falsamente señaladas como acosadores o violadores. No dudo que algunos de dichos casos sean por error honesto de quien lo ha acusado; sin embargo, tampoco dudo de que, en muchos casos, se acusa deliberadamente a una persona, con el simple propósito de hacerle daño. Es por lo anterior que considero que el movimiento del *Me Too* se puede perfeccionar, si en México nos aseguramos de que las demandas en contra de difamación sean efectivas. Lo anterior, puesto que se reducirían al mínimo los casos en que las acusaciones en redes sociales sean falsas, y crecería la visibilidad de los casos publicados, puesto que no se dudaría tan fácilmente de su veracidad.

## Bibliografía

- AVILÉS, Jorge (2022), *¿Tort Law o Responsabilidad Civil?*, Biblioteca Idealex.
- Bauer Media Pty Ltd (ACN 053 273 546) v WILSON Rebel Melanie Elizabeth S APCI 2017 0109.
- BIRKS, Peter (1969), *The Early History of Iniuria*, en *37 Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 163*, Daube Noster: *Essays in Legal History for David Daube*.
- CRUZ, S. (2016), *Lashón Hara & Hotzaat Shem Ra*.
- DE LA ROSA XOCHITIOTZI, Carlos y MÁRQUEZ ROJAS, Velia F. (2020) *Derecho de Daños.- Responsabilidad Extracontractual*, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- DESCHEEMAER, Eric y SCOTT, Helen (2013). *Inuria and the Common Law*, en Hart Publishing, Oregon, Estados Unidos.
- ESCUTIA ROMERO, Raquel (2011), *La difamación pública en Derecho Romano*, Universidad a Distancia de Madrid.
- ESTRADA E., Guillermo E., (2020), *Reinterpretaciones contemporáneas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Salazar Ugarte, México.
- GAMBOA, VALDÉS y GUTIÉRREZ (2012), *Calumnias, Difamación e Injurias.- Estudio Teórico Conceptual, de Antecedentes, de las reformas al Código Penal Federal, iniciativas presentadas, y de Derecho Comparado*.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Justo y GARCÍA FUEYO, Beatriz, (2021) *La Noción Romana De Iniuria, Como Ofensa Moral Recogida Por Escrito, Y La Recepción De Cuatro Regulaeiuris En Una Querella Hispana Del Siglo XVII*, Tradición y Recepción Romanísticas, Vol. II.
- GRIFFITHS, James, (14 de septiembre de 2017), CNN Entertainment.
- LITVINSKAYA GLADKOVA, Tatiana Victorovna, (2018), *Unidad de Aprendizaje Coro A Capella*, Universidad Autónoma del Estado de México, Escuela de Artes Escénicas, México.
- MANNA, Zara, 31 de octubre de 2022, *Pitch Perfect remains iconic 10 years later*, en *The Michigan Daily*, Michigan, Estados Unidos.
- MILLER, William I., (1999), *Fear, Weak Legs, and Running Away: A Soldier's Story*, Universidad de Michigan, Estados Unidos.
- PAULSON, Stanley L., *Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Inglaterra, 1995.
- RADBRUCH, Gustav, 1932, *Rechtstphilosophie*, Cuarta Edición, Wolf, E., Stuttgart, 1950.
- RADBRUCH, Gustav, 1946 (traducción de SEOANE, José Antonio), *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, *Süddeutschen Juristen-Zeitung*, Primer Volumen, Alemania (pp. 105-108).
- RODGER, Valerie A., (2006), *From Restoration to Retribution: Evolution in the treatment of wrongdoing in early English law c. 600 A.D. to c.1135 A.D.*, University of Alberta, Canadá.
- S/N (2003), *TXO Production Corp. V. Alliance Resources*, 509 U.S. 443
- S/N (2018), *El Papa Francisco explica el octavo mandamiento: No darás falso testimonio ni mentirás*, Librería Editrice Vaticana, Opus Dei.

S/N, (2013), *Évolution des droits de l'homme au niveau international et national*, Royaume du Maroc, Conseil National des Droits de l'Homme.

S/N, Cornell Law School, *Defamation*.

S/N, Hearst Men's & Enthusiast Media Group, (2021), *Rebel Wilson, Biography*.

S/N, Owen Hodge Lawyers, *What Rebel Wilson's case against Bauer Media tells us about Defamation*.

S/N, Reuters Magazine, 09 de octubre de 2013, *Benedict Cumberbatch, Rebel Wilson on People's Ones to Watch list*.

S/N. (2015), *Source Sheet on Prohibitions on Loshon Ha-Ra and Motzi Shem Ra and disclosing another's confidential secrets and proper Etiquette for Speech*, Association of Jewish Libraries.

SMITH, Gerald R., (1992), *Of Malice and Men*, Valparaiso Law Review, Indiana, Estados Unidos.

# El derecho a la nacionalidad de los niños en Latinoamérica

JOSÉ MARÍA OLVERA AMADO<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Nacionalidad*. III. *Importancia de la nacionalidad*. IV. *Apátridas*. V. *Regulación del problema*. VI. *El problema en América Latina*. VII. *Corte IDH*. VIII. *Limitaciones y Desafíos en las Decisiones de la Corte*. IX. *Costumbre*. X. *Conclusiones*.

**Resumen.** En la práctica latinoamericana se ha desarrollado el derecho a la nacionalidad por parte de la Corte Interamericana, lo que abre la posibilidad de preguntarse si otorgar nacionalidad es una facultad reservada para los Estados o si ahora es parte del sistema internacional de derechos humanos. Esto a pesar de que el contractualismo y el consenso son los pilares de las fuentes de obligaciones a nivel internacional. En específico, a partir de la práctica estatal, parece haber una fuente consuetudinaria internacional en lo que respecta a las formas en que los Estados otorgan nacionalidad. En el presente artículo se expone el problema de la apatridia, haciendo referencia también a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y se plantea la posibilidad de encontrar en la costumbre internacional la fuente de dicho derecho.

**Palabras clave:** Nacionalidad, apatridia, costumbre, derechos humanos.

**Abstract.** *In Latin American practice, the right to nationality has been developed by the Inter-American Court, raising the question of whether granting nationality is a prerogative reserved for states or if it has now become part of the international human rights system. This is in spite of contractualism and consensus being the pillars of sources of obligations at the international level. Specifically, based on state practice, there seems to be an international customary source regarding the ways in which states confer nationality. This article addresses the issue of statelessness, referencing the Inter-American Court's jurisprudence, and explores*

---

<sup>1</sup> Estudiante de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara, miembro del Club de Investigación.

*the possibility of identifying customary international law as a source of such right.*

**Keywords:** *Nationality, statelessness, custom, human rights.*

## I ] Introducción

Uno de los principales problemas en la materialización y ejecución de los derechos humanos es la capacidad del individuo de poder exigir el cumplimiento de obligaciones a nivel internacional, facultad que funciona principalmente a través de la nacionalidad. En el presente artículo, nos sumergiremos en la problemática global que afecta a la sociedad contemporánea: *la apatridia*. Aunque a nivel mundial se evidencia una crisis de casos sin precedentes, nuestro enfoque se centra en la situación regional de Latinoamérica, con especial atención a República Dominicana y su situación con respecto al derecho de los niños a adquirir una nacionalidad.

El reconocimiento de la nacionalidad como un derecho inherente al individuo, que sirve para acceder a una amplia gama de derechos y obligaciones, ha sido destacado en numerosas instancias legales y doctrinarias. Desde la perspectiva de Hannah Arendt, la nacionalidad se erige como el derecho que garantiza otros derechos<sup>2</sup>.

Aunque la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no ofrece una claridad absoluta respecto a las fuentes del derecho a adquirir nacionalidad, sus sentencias reflejan una valiosa intuición sobre la necesidad de este derecho. Ante la ausencia de una fuente inequívoca, se propone considerar la costumbre internacional como una explicación plausible.

En consecuencia, al demostrar la existencia de esta costumbre internacional, se establece una obligación real y exigible para los países de la región que aún establecen en su legislación interna excepciones para otorgar la nacionalidad. Esta obligación, lejos de contradecir los principios del derecho internacional, resalta el compromiso de los Estados que han aceptado esta responsabilidad en la protección de aquellos que carecen de nacionalidad.

---

<sup>2</sup> ARENDT, Hannah, *La pluralidad del mundo*, Taurus, España, 2019, pág. 120.

## II ] Nacionalidad

El derecho a la nacionalidad ha experimentado un auge significativo en los inicios del siglo XXI. Este derecho deriva del concepto de nacionalidad, entendido como un vínculo de pertenencia entre el individuo y el Estado<sup>3</sup>. Este concepto tiene su origen, tal como lo entendemos hoy en día, en los dos tratados conocidos como la *Paz de Westfalia*, firmados entre enero y octubre de 1648. Tras el conflicto religioso originado tras la guerra de los Treinta Años y su auge en el conflicto entre los Habsburgo, Suecia y los Borbones, y, por otro lado, la guerra de Flandes, ambos entre el catolicismo y el protestantismo<sup>4</sup>.

De manera que, el origen de los Estados soberanos, y, por ende, la noción de nacionalidad, se remonta a este momento crucial de la historia. Es así que se otorgan, tres derechos a los Estados: primero, determinar una religión libremente; segundo, soberanía territorial y sobre sus nacionales; y tercero, la no intervención de otros Estados. Es por esto que el legado de Westfalia no solo es el Estado sino las bases del derecho internacional público, o como lo refiere Kissinger, *el primer intento de institucionalizar un orden internacional entre diferentes potencias*<sup>5</sup>. Esto tuvo como consecuencia que, en las interacciones internacionales, es decir, *vis a vis* entre Estados, sea el Estado quien actúe en representación de sus nacionales.

No obstante, podemos encontrar antecedentes previos sobre la pertenencia del individuo a una comunidad o grupo, en las *civitas* romanas o en las *polis* griegas. De cualquier forma, fue en 1648 cuando se establecieron las bases de la nacionalidad tal como la comprendemos en la actualidad. Fue después de la creación de los Estados que estos adquirieron la facultad de proteger a los individuos, es decir, a sus nacionales<sup>6</sup> en el plano internacional. De esta manera, es que surgen figuras jurídicas que otorgan esta

---

<sup>3</sup> EDWARDS, Alice, *Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge, Reino Unido, 2014, pág. 11.

<sup>4</sup> HALLINAN, Camilla *et al.*, *The Law Book*, Penguin Random House, Reino Unido, 2021, pág. 95.

<sup>5</sup> KISSINGER, Henry, *World Order*, Penguin Random House, Estados Unidos, 2015, pág. 20.

<sup>6</sup> NACIONES UNIDAS, *Report of the Commission on Human Rights, 6th Session*, E/600, Estados Unidos, 1947, pág. 46.

capacidad de protección, como la acción de protección diplomática<sup>7</sup> ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

2.1. *Formas de adquirir nacionalidad.* La nacionalidad es el vínculo político y jurídico que relaciona a un Estado y un individuo<sup>8</sup>. Este vínculo puede tener distintas fuentes; las más reconocidas a nivel internacional son el *ius sanguinis*, tener ascendencia con personas nacionales de ese Estado, *ius soli* haber nacido en el territorio de ese Estado, y *ius optandi*, conocido como naturalización, que puede ser otorgado a discrecionalidad por el Estado, con los requisitos que el determine. Por consiguiente, este vínculo no solo brinda una protección internacional al individuo sino también crea derechos y obligaciones dentro del régimen normativo estatal<sup>9</sup>.

Pues bien, fue en 1955 cuando la CIJ presentó un primer parámetro de referencia sobre qué implicaciones tiene la nacionalidad a nivel internacional. En el caso *Nottebohm*, señaló: *Nationality serves above all to determine the person upon whom it is conferred enjoys the rights and is bound by the obligations which the law of the State in question grants to or imposes on its nationals.*<sup>10</sup> Además la CIJ proporcionó un estándar mínimo para que un individuo sea reconocido como nacional, con el requisito de *genuine link* que establece la necesidad de una conexión genuina entre el individuo y el Estado, es decir, que exista una verdadera pertenencia al mismo.

2.2. *Fuentes del derecho.* En el sistema internacional de derechos humanos, es el artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el que establece que todos los individuos tienen derecho a la nacionalidad<sup>11</sup>. Además, el más importante de

---

<sup>7</sup> COMISIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL, *Report of the ILC on the work of its fifty-third session*, Yearbook of the ILC, Estados Unidos, 2001, pág. 120.

<sup>8</sup> NIBOYET, J.P., *Traité de Droit International Privé Français. Tome V*, Revista Española de Derecho Internacional, España, 1950, pág. 189.

<sup>9</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*; Second Phase, 6 April 1955, ICJ Reports 1955, pág. 4; General List, No. 18.

<sup>10</sup> *La nacionalidad sirve, ante todo, para determinar que la persona sobre la cual se confiere goza de los derechos y está sujeta a las obligaciones que la ley del Estado en cuestión otorga o impone a sus nacionales. Idem.*

<sup>11</sup> Aunque no se trata de un tratado, sí constituye un instrumento de carácter vinculante. No es simplemente una declaración ordinaria, sino más bien una que interpreta principios

los tratados de derechos humanos en el sistema internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en el artículo 24(3), reconoce el derecho a adquirir nacionalidad, únicamente a los niños. Por otro lado, en 1989, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en relación al mencionado artículo, emitió una declaración en la que señaló *los Estados son requeridos para adoptar las medidas necesarias para otorgar a todos los niños nacionalidad*<sup>12</sup>. Sin embargo, esta declaración tiene dos problemas: por un lado, no es una fuente de obligaciones internacionales, por lo que no hay ninguna exigencia para los Estados y, por el otro, no es claro en establecer la obligación de otorgar nacionalidad a los niños. Por lo tanto, a pesar de que existe este derecho en dos instrumentos internacionales relevantes, es muy difícil su materialización, principalmente porque la nacionalidad es un tema que queda dentro de las facultades de regulación interna de los Estados.

### III ] Importancia de la nacionalidad

La nacionalidad es un *estatus que poseen individuos*, es decir, se debe entender como un *moderno status feudal*, según lo denomina Joseph Carens<sup>13</sup>. Esto se debe a que la nacionalidad puede concebirse como la misma pertenencia que tenía un vasallo con su señor feudal, una relación que conllevaba derechos y obligaciones. Por lo tanto, no pertenecer a un feudo implicaba estar en una completa indefensión. Es así que, en contraste, la apatridia nos proporciona un claro ejemplo de que existe algo peor que un 'estatus feudal', y eso sería no tener ningún estatus<sup>14</sup>.

Sin embargo, el verdadero problema ético en relación con la nacionalidad radica en la imposibilidad del individuo de acceder a esta libremente. Esto se puede plantear de la siguiente manera: *si el mundo se va a dividir de manera exhaustiva en Estados, los individuos deberían poder adquirir nacionalidad y los derechos que*

---

contenidos en la Carta de las Naciones Unidas. Algunos autores sostienen que ha alcanzado el estatus de costumbre internacional.

<sup>12</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS ONU, *Observación general núm. 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia*, CRC/C/HC/20\*, Estados Unidos, 2016, pág. 3.

<sup>13</sup> CARENS, Joseph, *Migration and Morality: A Liberal Egalitarian Perspective*, University of Pennsylvania Press, Estados Unidos, 1992, pág. 26.

<sup>14</sup> GIBNEY, Matthew, *Statelessness and citizenship*, Cambridge, Estados Unidos, 2014, pág. 59.

de esta emanan en algún lugar<sup>15</sup> y no depender de la disposición de los Estados. En este sentido, John Finnis señaló *Whoever and wherever one may be, one is both entitled and bound to regard one- self as belonging to [a State]: statelessness is an anomaly, a disability, and presumptively an injustice.*<sup>16</sup>

Sin embargo, los efectos políticos parecen ser catastróficos en este esenario. Este problema se vivió en el contexto de la Segunda Guerra Mundial con los judíos. Hannah Arendt, en su libro *Los Orígenes del Totalitarismo*, hace una revisión de los efectos que tiene la apatridia en una sociedad, específicamente cuando no existe nign Estado que proteja a un grupo de personas.

Arendt parte de la idea de que los derechos humanos, tras la proclamación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, ya no están afianzados al territorio al cual pertenecen los individuos. Por esta razón plantea que la principal paradoja de esta declaración es que concibe al hombre como abstracto, sin ningún vínculo con algún otro ente<sup>17</sup>. Sin embargo, este concepto no era operable en su totalidad, ya que los derechos traían aparejado su funcionamiento al de las naciones Estado.

En consecuencia, los apátridas se dieron cuenta de que los derechos humanos eran inconcebibles sin la existencia previa de los derechos nacionales, es decir, que los derechos del hombre demostraron ser inaplicables<sup>18</sup>. Y la verdadera calamidad de los apátridas no fue la desigualdad ante la ley, sino que para ellos no existía ley alguna<sup>19</sup>. De hecho, se encontraban en el mayor estado de indefensión, ya que ningún país reclamaría y defendería a estas personas. Fue precisamente esta situación la que permitió al régimen nazi disponer de los judíos libremente.

Particularmente, el hombre se dio cuenta de que puede existir un estatus peor que la esclavitud, que es precisamente no tener estatus alguno, no ser parte de una sociedad. En consecuencia, el mero concepto de apatridia trasciende la esfera actual de la ley internacional que todavía opera en términos de

---

<sup>15</sup> Op. cit. pág. 61.

<sup>16</sup> *Quienquiera y dondequiera que uno se encuentre, está tanto facultado como obligado a considerarse a sí mismo como perteneciente a... [un estado]: la carencia de estado es una anomalía, una discapacidad y presumiblemente una injusticia.* FINNIS John, *Nationality, Alienage and Constitutional Principle*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 08/2008, Reino Unido, 2008, pág. 30.

<sup>17</sup> ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza Editorial, España, 2022, pág. 416.

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> *Idem.*

acuerdos recíprocos y tratados entre Estados soberanos, en el que no existe esfera que se halle sobre las naciones y pueda regular el estatus de los apátridas<sup>20</sup>. Fue entonces que el hombre cobró conciencia de la existencia del derecho a tener derechos, esto es, la nacionalidad<sup>21</sup>.

#### IV ] Apátridas

La falta de nacionalidad es un problema de gran relevancia para los Estados, principalmente porque es a partir de este concepto que el individuo adquiere gran parte de sus derechos y obligaciones, es decir, la personalidad jurídica<sup>22</sup>. En consecuencia, las personas que no tienen una nacionalidad son llamadas apátridas, *stateless* (en inglés) *heimatlosen* (en alemán).

Este concepto, con valor consuetudinario, fue adoptado en la Convención sobre el Estatuto de Apatridia de 1954, en la que, en su artículo 1, se reconoce como apátridas a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación. En un estudio sobre la apátrida, la Organización de Naciones Unidas (ONU) concluyó que la apatridia es un concepto tan antiguo como el mismo concepto de nacionalidad<sup>23</sup>. En este sentido, se puede decir que cualquier persona o grupo de personas que son despojadas de su nacionalidad o nacen sin nacionalidad son apátridas. De este modo, podemos identificar que las principales causas de este problema son la pérdida, privación y el no otorgamiento de la nacionalidad.

La apatridia es un problema que ha proliferado con el tiempo. A pesar de los grandes esfuerzos para poner fin a este problema; es evidente que aún persisten numerosos casos de apatridia. La principal causa de la apatridia en niños son las limitaciones que existen en la adquisición de la nacionalidad. Aunque, como regla general, en el derecho internacional se han aceptado las causas de adquisición de nacionalidad, *ius soli* y *ius sanguinis*, estas no son absolutas ni obligatorias, sino que continúan siendo objeto de regulación interna de los Estados.

De igual forma, otro de los principales problemas de la apatridia puede ser identificado al ver las razones por las que los Estados deciden no otorgar nacionalidad a las personas, más allá

---

<sup>20</sup> Ibidem. pág. 419.

<sup>21</sup> ARENDT, Op. cit. pág. 115.

<sup>22</sup> ARELLANO, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Porrúa, México, 1995, pág. 95.

<sup>23</sup> NACIONES UNIDAS, *A Study of Statelessness*, UN Doc. E/1112, Estados Unidos, 1949.

de razones de control social como sucedió en la Segunda Guerra Mundial.

En relación con este tema, Matthew J. Gibney destaca que la apatridia posee diversos usos políticos. En primer lugar, se observa una política utilitarista por parte de algunos Estados, que buscan obtener ganancias a expensas de los apátridas, como ocurre en la República Dominicana con los haitianos empleados como mano de obra barata. Es así que un Estado que no regulariza la situación jurídica de un apátrida obtiene una considerable ventaja, especialmente en lo que respecta a la manipulación de la fuerza laboral, lo que resulta en salarios notoriamente bajos.

En segundo lugar, encontramos lo que podríamos denominar como una política de miedo o disrupción, donde el control político sobre determinados grupos se convierte en la prioridad, como sucedió durante la era nazi en Alemania. Por último, según Gibney, nos encontramos con la *construcción de personas*, en la que esta política busca la formación de un grupo cohesivo de ciudadanos totalmente leales al Estado. En otras palabras, se busca la creación de nacionalistas a través de la constante reiteración de los límites nacionales. En consecuencia, la formación de una comunidad unida se logra a expensas de la demarcación clara de los excluidos<sup>24</sup>.

## V ] Regulación del problema

Debido a que la apatridia representa un verdadero problema a nivel mundial, se ha buscado regular su proliferación y desarrollo. Por un lado, en 1954 se estableció la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, y, por otro lado, en 1961 se creó la Convención para Reducir los Casos de Apatridia. Es esta segunda convención la que busca materializar el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En la Resolución 248 B (IX), el Consejo Económico y Social (ECOSOC) se reconoce la necesidad de regular los casos de apatridia<sup>25</sup>. Fue el 8 de agosto de 1949, cuando el ECOSOC adopta una resolución en la que solicitaba la creación de un comité *ad hoc*

---

<sup>24</sup> GIBNEY, Matthew, *Statelessness and citizenship*, Cambridge, Estados Unidos, 2014, págs. 50-61.

<sup>25</sup> ECOSOC, *Study of Statelessness Resolution*, Resolución 248 B (IX), Estados Unidos, 1949, pág. 3.

para considerar medios para evitar la apatridia<sup>26</sup>. Este comité marcó el primer paso de una larga lista de acciones para prevenirla y eliminarla.

Entre las primeras resoluciones del comité *ad hoc* se encuentra la que adoptó un llamado a reconsiderar las leyes sobre nacionalidad, además de encargar a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) la preparación de un proyecto de artículos relativos a la apatridia<sup>27</sup>. De los borradores de artículos<sup>28</sup> que se presentaron para la adopción de la Convención para la reducción de la apatridia, los Estados optaron por aquella que no buscaba establecer reglas demasiado restrictivas en lo que respecta a la nacionalidad. Esto se hizo en busca de un balance entre la soberanía de los Estados, sus intereses y los intereses de la comunidad internacional<sup>29</sup>.

Asimismo, conforme se ha desarrollado el derecho a la nacionalidad en el derecho internacional, se puede apreciar una clara tendencia hacia la eliminación de la apatridia. Es evidente que las convenciones sobre Reducción de la Apatridia de 1961 y el Estatuto de Personas Apatridas de 1954 establecen un marco legal claro que define cuáles son los derechos mínimos de una persona sin nacionalidad y cuáles son las obligaciones de los Estados para reducir el número de personas apátridas. Además, estas convenciones son coherentes con los principios del derecho internacional, entre los que se incluye el principio de no intervención con asuntos internos, lo que significa que la regulación en torno a la nacionalidad siempre ha respetado las bases del derecho internacional, que son la soberanía y el consensualismo. Es a partir de estas convenciones que el concepto de nacionalidad comienza a ser regulado en el marco internacional<sup>30</sup>. Resulta evidente que el propósito de las convenciones es proteger a los individuos que no tienen nacionalidad; sin embargo, estas convenciones no operan de manera aislada, sino que es a través del

---

<sup>26</sup> ECOSOC, *Report of the Ad Hoc committee in statelessness and related problems*, E/1618, Estados Unidos, 1950, pág.28.

<sup>27</sup> ECOSOC, *Proyecto de Convención relativo al estatuto de los refugiados*, Disposiciones Relativas al problema de apatridia, 319B III (XI), Estados Unidos, 1950, pág. 3.

<sup>28</sup> ILC, *'Draft Convention on the Elimination of Future Statelessness'*, Yearbook of the International Law Commission, Estados Unidos, 1954, pág. 2.

<sup>29</sup> VAN WASS, Laura, *Nationality Matters. Statelessness under International Law*, OR: Intersentia, Estados Unidos, 2008, pág. 45.

<sup>30</sup> SPIRO, Peter, *A New International Law of Citizenship*, American Journal of International Law 694, Estados Unidos, 2011, pág. 710.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) que operan en el sistema legal internacional<sup>31</sup>.

## VI ] El problema en América Latina

La historia ha sido un factor determinante en la nacionalidad, entendida en su concepción moderna. Es así que la nacionalidad y ciudadanía en América Latina tienen su origen en los procesos de independencia y la carga hereditaria de las colonias, especialmente cuando se habla de su regulación. Esto ocurrió entre finales del siglo XVIII y comienzos del XIX. A pesar de que la mayoría de los países americanos aceptan el principio de *ius soli*, aún hay algunos que no garantizan la prevención de la apatridia y que no están en consonancia con las normas internacionales aplicables<sup>32</sup>.

En virtud de ello, es relevante mencionar que, en la actualidad, tan solo en América Latina, hay al menos 220,000 personas en situación de apatridia, y el mayor número de casos se encuentra en la República Dominicana<sup>33</sup>. Aunado a esto, solo 16 países son signatarios de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia. En consecuencia, es evidente que el mayor problema en América Latina se encuentra en la República Dominicana, donde, en 2010, se implementó una reforma constitucional que estableció en su artículo 18 que son dominicanos aquellos que nazcan en el país, con excepción de los hijos de personas en tránsito o de aquellos que residen ilegalmente en el territorio dominicano. Esto representa un claro límite a la posibilidad de adquirir la nacionalidad con respecto a los hijos de migrantes. Posteriormente, en 2013, una sentencia del Tribunal Constitucional de República Dominicana<sup>34</sup> estableció que esta ley aplicaba de manera retroactiva, privando de nacionalidad a personas que nacieron antes de la promulgación de esta ley. De esta regulación surgen dos problemas principales: por un lado, la privación arbitraria de nacionalidad y, por otro, la negación del derecho a la nacionalidad

---

<sup>31</sup> NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Resolution No. 61/37*, High Commissioner for Refugees, Estados Unidos, 2007.

<sup>32</sup> NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos, *Inscripción de los nacimientos y derecho de todo ser humano al reconocimiento en todas partes de su personalidad jurídica*, A/HRC/27/22, Estados Unidos, 2014, pág.11.

<sup>33</sup> SUSMANN, Cecilia, *Apatridia en Brasil, Costa Rica, República Dominicana, Chile, Bahamas y Barbados, Argentina*, Universidad Católica de Santa Fe, Argentina, 2019, pág. 7.

<sup>34</sup> Tribunal Constitucional de República Dominicana, *Sentencia (168-13)*, República Dominicana, 2013, pág. 131.

a niños nacidos en su territorio. Este artículo se enfoca exclusivamente en el segundo.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos constituye el marco de referencia normativo común entre los países de América Latina. Este sistema tiene su origen en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH) de 1969, la cual surge de la Organización de Estados Americanos.

La regulación en América Latina de este derecho encuentra sus raíces en la Declaración Americana de Derechos del Hombre, adoptada en 1948, específicamente en su artículo XIX. Sin embargo, el problema de este antecedente radica en que su valor normativo es exclusivamente declarativo y no vinculante para los Estados. Fue con la adopción de la CADH que se estableció una obligación para los Estados partes, conforme al artículo 20 de dicho instrumento. No obstante, este derecho no es absoluto y presenta dos condiciones principales que limitan su alcance: en primer lugar, se materializa únicamente para los niños nacidos en el territorio, y, en segundo lugar, aunque acepta el estándar de *ius soli*, no constituye una imposición absoluta, ya que prevé la posibilidad de que el Estado restrinja este derecho siempre que el niño pueda adquirir la nacionalidad de otra manera.

En definitiva, podemos concluir que, en América Latina, a pesar de existir un derecho a la nacionalidad, considerado como uno de los derechos más importantes del ser humano<sup>35</sup>, éste está regulado exclusivamente para los niños. Además, es crucial señalar que son los Estados quienes deciden con total discrecionalidad a quiénes y cómo otorgan la nacionalidad. Esto se debe, entre otras razones, a que cuando la CDI redactó los borradores de la Convención de 1961 sobre la apatridia, que sirvió de inspiración para la CADH, los Estados optaron por la propuesta menos restrictiva e intrusiva y se reservaron varias facultades en cuanto a la nacionalidad. En otras palabras, quedaron varios aspectos bajo el *dominio reservado* del Estado. De hecho, el *Convenio Concerniente a Determinadas Cuestiones Relativas a Conflictos de Leyes de Nacionalidad* de 1930 estableció desde un inicio, en su primer artículo, que es facultad de cada Estado determinar quién es su nacional. Por consiguiente, la regulación en torno a la nacionalidad constituye un asunto de derecho interno.

A pesar de ello, se han realizado una gran cantidad de esfuerzos en la región para continuar con la erradicación de la apatridia. El más reciente de estos esfuerzos es el *Plan de Acción de Brasil*, cuya meta es poner fin a la apatridia para el año 2024.

---

<sup>35</sup> CIDH, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile

Los principales logros de este acuerdo son la adhesión de cinco países más a la Convención para Reducir los Casos de Apatridia. Además, se ha avanzado en la armonización de las leyes de apatridia, buscando así mitigar los requisitos para adquirir la nacionalidad a través del principio de *ius soli*.

## VII ] Corte Interamericana de Derechos Humanos

Se puede señalar que la práctica de la Corte IDH comenzó con la opinión consultiva emitida en 1984; sin embargo, ha sido en tres ocasiones en las que la Corte IDH se ha pronunciado respecto al tema de nacionalidad. Primero, en la opinión consultiva sobre la Constitución de Costa Rica, posteriormente, en 2004, en el caso de las niñas Yean y Bosico, y, por último, en 2014, en el caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Como se puede observar, ambos casos contenciosos se centran exclusivamente en la problemática normativa de República Dominicana.

7.1. *Reforma a la Constitución de Costa Rica*.<sup>36</sup> La primera resolución de la Corte IDH se emite en el año 1984. Se trata de una Opinión Consultiva solicitada por Costa Rica. Relativa a una reforma constitucional propuesta por el país de sus artículos 14 y 15, que versan sobre la nacionalidad y sus modalidades de adquisición. En términos generales, la pregunta se dirigía a una comparación entre los tratados de nacionalidad y su incorporación al derecho interno. En la sentencia, la Corte IDH inicia estableciendo que la nacionalidad debe considerarse como un estado natural del ser humano<sup>37</sup>.

En los primeros apartados de la resolución, la Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatiza de manera contundente que, a pesar de ser competencia de cada Estado, la evolución demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados<sup>38</sup>. La sentencia se centra principalmente en el papel que desempeña la protección integral de los derechos humanos en relación con la nacionalidad, es decir, la importancia de la protección que otorga el tener una nacionalidad para los derechos humanos del individuo. Además,

---

<sup>36</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Reforma a la Constitución de Costa Rica (Costa Rica)*; Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984.

<sup>37</sup> *Ibidem*. pág. 10.

<sup>38</sup> *Idem*.

rompe con el concepto tradicional de nacionalidad al señalar que esta ya no se determina como un hecho fortuito vinculado al lugar de nacimiento o la herencia de los progenitores<sup>39</sup>. Más bien, según la Corte IDH, la nacionalidad se convierte en un acto voluntario que busca vincular a quien lo expresa con una sociedad específica. En consecuencia, a partir de esta sentencia, el concepto de nacionalidad parece quedar completamente a discreción del individuo.

En específico, se discute una disposición del artículo 14 en la que se plantea imponer requisitos a la forma de adquirir nacionalidad por naturalización. De esta primera decisión de la Corte IDH respecto al derecho a la nacionalidad, podemos destacar dos ideas principales. En primer lugar, que la discrecionalidad para otorgar nacionalidad se ve restringida por *los derechos humanos*, y, en segundo lugar, que es el individuo quien debe decidir qué nacionalidad va a adquirir. Esto nos plantea: ¿qué debemos entender por las restricciones de derechos humanos? ¿Cuáles son sus alcances? ¿Existe un marco regulatorio claro al respecto?

7.2. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*<sup>40</sup>. La segunda resolución de la Corte IDH respecto al derecho a la nacionalidad tuvo lugar en el caso de las niñas Yean y Bosico contra la República Dominicana en 2005. Este caso fue presentado por la Comisión Interamericana mediante la función de competencia contenciosa de la Corte IDH. La controversia giraba en torno a que el Estado, a través de sus autoridades del registro civil, se negó a otorgar nacionalidad a las niñas Yean y Bosico, a pesar de que su Constitución establece el principio de *ius soli*.

Este caso es particular debido a que la exclusión del principio de *ius soli* como medio de adquirir la nacionalidad se ve restringida por una excepción que establece la imposibilidad de adquirir nacionalidad a hijos de *personas en tránsito*, una posición claramente dirigida en contra de los migrantes. Esto solo se entiende al analizar que la República Dominicana ha enfrentado grandes migraciones de haitianos desde el primer tercio del siglo XX. Además, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones

---

<sup>39</sup> *Idem*.

<sup>40</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*; Caso contencioso (Sentencia), 8 de septiembre de 2005.

Unidas ya había señalado que debían dejarse en el pasado las prácticas anti-haitianas<sup>41</sup>.

Durante el desarrollo del proceso, República Dominicana optó por emitir las actas de nacimiento para las niñas, argumentando que ya no existía materia litigiosa. No obstante, la Corte IDH emitió una condena. En su decisión, la Corte IDH reafirma que la nacionalidad es una expresión jurídica de un hecho social en el que se establece un vínculo entre un individuo y un Estado<sup>42</sup>. Pero es en esta sentencia donde deja atrás el criterio de la opinión consultiva y señala que la determinación de quiénes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin embargo, esta declaración no la hace de forma absoluta y la matiza con la posibilidad de que esta discrecionalidad pueda llegar a sufrir un proceso de restricción conforme al derecho internacional<sup>43</sup>.

Esta sentencia nos presenta un claro marco de referencia de cuáles son estos supuestos límites; un deber de prevenir, evitar y reducir los casos de apatridia que se derivan de las Convenciones de Reducción y el Estatuto de Personas Apátridas<sup>44</sup>. Y señala de manera clara que la República Dominicana está incluida porque es un Estado parte de la Convención de Reducción de Apatridia desde el 5 de diciembre de 1961. Es decir, la Corte IDH deja claro cuál es la obligación que se está incumpliendo y cuál es su fuente, sin dejarlo en un concepto tan difuso como sucedió en la opinión consultiva que únicamente señaló *derechos humanos*. En este caso, la Corte IDH sentenció que el Estado violó los derechos a la nacionalidad y a la igualdad. En consecuencia, condenó a que se debían adoptar en el derecho interno, dentro de un plazo razonable, las medidas legislativas necesarias para que el procedimiento y los requisitos para adquirir la nacionalidad fueran de manera sencilla<sup>45</sup>.

Entonces: ¿es una obligación únicamente de carácter convencional? Y si es de carácter convencional, queda preguntarnos: ¿hay restricciones relativas o es el simple cumplimiento de los Estados? ¿Qué sucede con los Estados no parte?

---

<sup>41</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Comentarios del Gobierno de la República Dominicana a las observaciones finales del Comité de los Derechos Humanos*, UN Doc. CCPR/CO/71/DOM/Add.1, Estados Unidos, 2002

<sup>42</sup> Op. cit. pág. 60.

<sup>43</sup> *Idem*.

<sup>44</sup> *Idem*.

<sup>45</sup> *Idem*.

A pesar de este criterio más claro de la Corte IDH, el Juez Augusto Cançado Trindade señaló en un voto razonado<sup>46</sup> que, en realidad, el derecho a la nacionalidad ha pasado de ser materia de competencia exclusiva de derecho interno a formar parte de orden jurídico internacional. Es decir, señala que no es una materia que pertenezca al dominio reservado del Estado sino de un orden jurídico internacional. Para fundamentar esta afirmación, se vale del argumento *obiter dictum* de la Opinión Consultiva sobre derechos de nacionalidad en Túnez y Marruecos de la CIJ, que indica que la nacionalidad puede depender de otras cuestiones relativas al derecho internacional, haciendo referencia a otras obligaciones formales para los Estados y no a un orden mundial, como lo pretende el juez de la Corte IDH. A pesar de que es cierto que la apatridia conlleva grandes problemas para los individuos, el razonamiento de este juez se extralimita en los principios del derecho internacional, principalmente el de contractualismo como fuente de obligaciones.

7.3. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*<sup>47</sup>. La resolución más reciente que ha tomado la Corte IDH en lo relativo al derecho a la nacionalidad se tomó en 2014 en otro caso contra la República Dominicana. En específico, este es un caso de detención arbitraria y de una expulsión sumaria del territorio de la República Dominicana, en el que personas haitianas y dominicanas de ascendencia haitiana, incluidos niños y niñas, fueron expulsadas por un procedimiento establecido en la normativa de la República Dominicana. Cabe señalar que existen grandes impedimentos para reconocer la nacionalidad de niños con ascendencia haitiana nacidos en la República Dominicana.

Se denunciaron varias expulsiones colectivas y masivas. El criterio que adopta la Corte IDH es más claro aún que los anteriores, ya que, aunque en general adopta lo establecido en las sentencias anteriores, en esta señala de manera clara que, a pesar de que la determinación de quienes son nacionales es de completa discrecionalidad estatal<sup>48</sup>, esta se debe ejercer en concordancia con

---

<sup>46</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*; Caso contencioso (voto razonado del Juez Augusto Cançado Trindade), 8 de septiembre de 2005.

<sup>47</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*; Caso contencioso (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 28 de agosto de 2014.

<sup>48</sup> *Idem*.

los parámetros emanados de la normativa obligatoria de derechos internacionales a los que los países Estados en ejercicio de su soberanía se han sometido.

En particular, se señala la obligación de evitar el incremento del número de apátridas mediante la adopción de legislaciones que restrinjan sobremanera los requisitos de nacionalidad. Es claro que, de las obligaciones internacionales adquiridas por la República Dominicana, esta debe otorgar nacionalidad a los niños que, de otra forma, quedarán apátridas. La justificación alegada en este caso era la posibilidad de que los niños adquirieran una nacionalidad haitiana; por lo que, la Corte IDH señala que al no existir una certeza de que se puede adquirir dicha nacionalidad, hay una obligación de la República Dominicana a otorgar dicha nacionalidad. La Corte IDH sentenció por unanimidad que el Estado violó el derecho al reconocimiento de nacionalidad y condenó a otorgar la nacionalidad dominicana a William Medina, Awilda Medina y Luis Ney Medina<sup>49</sup>.

## VIII ] Limitaciones y desafíos en las decisiones de la Corte IDH

En principio, es necesario delinear con claridad la problemática que ha surgido en América Latina. Es evidente que, desde la firma de las dos convenciones sobre apatridia del sistema de Naciones Unidas, los Estados no estuvieron de acuerdo en comprometerse a que un tratado especificara la forma en que regularían la materia de nacionalidad en su derecho interno. Esto se deduce de los comentarios de los Estados a los proyectos de las convenciones<sup>50</sup>, lo que resultó en obligaciones muy ambiguas consagradas en las convenciones. Por consiguiente, el comentario de la CDI expresa claramente la situación que se presentó ante la Asamblea General de las Naciones Unidas cuando se presentaron los borradores finales: *The most common observation... was that some provisions of their legislation conflicted with certain articles of the draft conventions*<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> *Idem*.

<sup>50</sup> COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Sexta sesión de los Borradores de Convención para reducir los casos de apatridia, Estados Unidos, 1954.

<sup>51</sup> "La observación más común... fue que algunas disposiciones de su legislación entraban en conflicto con ciertos artículos de los proyectos de convenciones." COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Yearbook* 1954, vol. II, documento A/2693, Estados Unidos, 1954, pág. 2.

Por lo cual, aunque parece ser que hay instrumentos internacionales que regulan el tema, es evidente que las obligaciones adoptadas aún son demasiado respetuosas del derecho interno. Es necesario recordar que el presente artículo solamente se enfoca en la obligación de otorgar nacionalidad a los niños nacidos en el territorio de un país. Esto implica que la nacionalidad solo puede ser otorgada por el Estado; por lo tanto, su adquisición y pérdida solamente se pueden determinar por un Estado soberano a través de su propio orden jurídico interno<sup>52</sup>.

8.1. *Voluntad de los Estados en el Derecho Internacional.* Sin embargo, ¿por qué es relevante que no haya obligaciones claras respecto a otorgar nacionalidad? Esto se debe a que el derecho internacional tiene sus fundamentos en un orden contractualista, en el cual prevalece la voluntad de los Estados. Esta premisa queda patente en la Carta de las Naciones Unidas, específicamente en su artículo segundo, donde se establece el principio de igualdad soberana de los Estados. Esta disposición puede interpretarse como la afirmación de que todo el derecho internacional emana de la soberanía de las partes.

Este principio adquiere mayor relevancia al referirnos al artículo 38 del Estatuto de la CIJ, donde se enuncian las fuentes del derecho internacional. Todas estas fuentes, ya sean tratados, costumbre o incluso el *stare decisis* de la CIJ en su función contenciosa (como fuente subsidiaria), se vinculan directamente con la voluntad de las partes. Es imperativo destacar que la facultad contenciosa de la Corte solo puede activarse mediante la manifestación de la voluntad de las partes.

Ahora bien, que la nacionalidad sea un derecho que surge principalmente del derecho nacional, es cierto. No obstante, en ocasiones este derecho nacional puede interferir con ramas que son exclusivas del derecho internacional, y en consecuencia también se ve regulado por estas normas. Como en el caso de la Corte Permanente de Justicia Internacional *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, en el cual se estableció que *like nationality, is not, in principle regulated by international law, the right of a State to use its discretion is nevertheless restricted by obligations which it may have undertaken towards other States*<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl, Estudios de Derechos Humanos, Derecho Constitucional y libertad religiosa, México, Porrúa, 2014, pág. 131.

<sup>53</sup> Al igual que la nacionalidad, que en principio no está regulada por el derecho internacional, el derecho de un Estado a usar su discreción está, no obstante, restringido por las obligaciones que puede

8.2. *Criterio de la Corte IDH.* Es evidente que en las tres ocasiones en las que la Corte IDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse en lo que respecta al derecho a la nacionalidad, se ha establecido que la facultad de los Estados de regular la nacionalidad conforme al derecho interno está sujeta a las obligaciones adicionales que tienen los Estados con respecto a la nacionalidad. A pesar de que es una competencia de derecho interno, esta se encuentra condicionada por las obligaciones adquiridas por los Estados, especialmente aquellas derivadas de ser parte de un tratado, según lo establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Sin embargo, en las dos primeras sentencias en las que se pronunció, se estableció un criterio muy difuso en cuanto a cómo se debería regular el derecho a la nacionalidad. Es decir, se señalaron restricciones a la facultad de otorgar nacionalidad, pero no se proporcionó un marco de referencia claro. Fue hasta la tercera sentencia que se delimitaron las obligaciones convencionales de los Estados, principalmente en relación con las convenciones relativas a los apátridas.

Cabe destacar que el camino argumentativo tomado por la Corte IDH parece no ser muy claro respecto a los principios que rigen el derecho internacional<sup>54</sup>. Aunque el fin perseguido, que es la prevención y eliminación de la apatridia, es loable, la forma en que se pretende conseguirlo no queda completamente clara.

El principal problema radica en que la Corte IDH no analiza a fondo la fuente de las obligaciones, sino que discute la existencia de una obligación. Considero que la Corte IDH debió buscar en otras fuentes de derecho internacional la obligación de los Estados. Es decir, más allá de los instrumentos convencionales, debería haberse preguntado si existe alguna norma consuetudinaria.

## IX ] ¿Se puede hablar de costumbre?

Cuando se habla de obligaciones internacionales para los Estados, se debe ser muy claro en dos aspectos. Por un lado, identificar el tipo de obligación, es decir, su fuente, y, por otro lado, tener claro el contenido de la obligación. Derivado de las

---

*haber contraído hacia otros Estados."* PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco (France | United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*; Advisory Opinion No. 4, 7 February 1923.

<sup>54</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*; Caso contencioso (Voto concurrente del Juez Patricio Pazmiño ), 26 de marzo de 2021.

sentencias anteriores, me parece que se puede identificar en la costumbre del derecho internacional una obligación de otorgar a los niños nacionalidad. Dicho esto, lo que se pretende es identificar una obligación de los Estados en Latinoamérica de otorgar nacionalidad a los niños que nacen en su territorio.

Evidentemente, la identificación de la costumbre y, por ende, la determinación de dicha obligación debe ser analizadas de acuerdo con las reglas establecidas en el derecho internacional. En este caso, se hace referencia al Proyecto de Conclusiones sobre la Identificación del Derecho Internacional Consuetudinario elaborado por la CDI<sup>55</sup>, del cual se derivan los elementos principales: *opinio iuris e inveterata consuetudo*.

9.1. *Práctica general (inveterata consuetudo)*. De conformidad con este elemento esencial necesario para probar la existencia de costumbre, que según la CDI se determina mediante la práctica actual de los Estados<sup>56</sup>, resulta evidente que se debe llevar a cabo un estudio de los actos de los Estados que conforman Latinoamérica. Para esto, es necesario tener en cuenta el contexto general, la naturaleza de la norma y las circunstancias propias de cada uno de esos medios, refiriéndose principalmente a la práctica de los Estados que contribuye a la formación o expresión de normas de derecho internacional consuetudinario. La práctica del Estado consiste en su comportamiento, ya sea en el ejercicio de sus funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole.

Así, el fundamento central de esta investigación radica en la práctica de la obligación de prevenir la apatridia y, por ende, garantizar el otorgamiento de nacionalidad a los niños al momento de su nacimiento en el territorio respectivo. La principal fuente de esta obligación emana de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia. Es importante señalar que este análisis resultaría innecesario en el caso de que todos los países latinoamericanos fueran parte de dicha convención. No obstante, cuatro países de la región —México, Cuba, Venezuela y El Salvador— no forman parte de la misma. En consecuencia, este análisis se enfocará exclusivamente en la práctica estatal de estos cuatro países.

Además de esta convención, que sirve como punto de partida, es imperativo analizar otras fuentes de esta obligación, la cual lleva al derecho a la nacionalidad de los niños. No podemos pasar por alto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

---

<sup>55</sup>COMISIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL, *Texto del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario* (A/73/10), Estados Unidos, 2018.

<sup>56</sup> *Idem*.

del cual estos cuatro Estados son signatarios. En su artículo 24(3), se establece que todos los niños tienen el derecho de adquirir la nacionalidad. Este análisis también debe incluir la Convención sobre los Derechos del Niño, de la cual, nuevamente, estos cuatro Estados son partes. En su artículo 7, se materializa lo dispuesto en el artículo 24(3) del PIDCP. Por lo tanto, este análisis se centrará en la práctica estatal de estos cuatro Estados, y, además, se abordará el caso de la República Dominicana, uno de los países que genera el mayor número de apátridas en el mundo.

En primer lugar, es imperativo resaltar la manera en que se ha legislado la adquisición de nacionalidad en el ámbito del derecho interno de varios países. En Cuba, la Constitución de la República de Cuba de 1992, en su artículo 29, establece que son ciudadanos cubanos por nacimiento aquellos que nacen en su territorio, adoptando así el principio de *ius soli*. De manera similar, la Constitución Política de El Salvador, en su artículo 90, define como salvadoreños a quienes nacen en el territorio salvadoreño, reafirmando el mismo principio de *ius soli*. En Venezuela, su Constitución, en el artículo 32, también acepta el principio de *ius soli* al establecer que son venezolanos por nacimiento aquellos que nazcan en su territorio. Por otro lado, México se encuentra regido por el mismo principio según el artículo 30 de su Constitución. No obstante, es República Dominicana la que, a pesar de dos sentencias de la Corte IDH, aún establece restricciones a la adquisición de la nacionalidad con respecto al principio de *ius soli*.

Ahora bien, no es suficiente con establecer cuál es la práctica legislativa, ya que, como sucede en el caso de la República Dominicana, puede haber ciertas excepciones al principio aceptado por la mayoría de los países. Por lo tanto, es necesario evidenciar la coherencia entre la práctica legislativa, judicial, así como la actuación del poder ejecutivo, con la finalidad de establecer una clara práctica estatal. Primero tenemos el caso de El Salvador, que hace algunos años, el Sr. Viceministro para los Salvadoreños en el Exterior, Juan José García, informó que el proyecto de adhesión a la Convención de 1954 se encontraba actualmente bajo estudio en la Casa de la Presidencia<sup>57</sup>. Además, en 2020, El Salvador aprobó la Ley Especial para la Atención y Protección Integral de las Víctimas de Violencia en Condiciones de Desplazamiento Forzado, lo cual respalda los esfuerzos del Estado en favor de la erradicación de la apatridia.

---

<sup>57</sup> MONDELLI, Juan, *El Salvador avanza hacia la adhesión y ratificación de las Convenciones de Apatridia*, Costa Rica, ACNUR, 2014

Por otro lado, tenemos el caso de Venezuela que, en noviembre de 2023, firmó un memorando para la protección de la niñez sin cuidados parentales. Dicho acuerdo establece un canal directo entre ambos Estados y define un procedimiento para gestionar y obtener documentos de identidad, así como para confirmar la nacionalidad de los menores, con el objetivo de prevenir el riesgo de apatridia. Esto refleja la práctica estatal del país para prevenir la apatridia en niños.

En México, por otro lado, resulta evidente que, a raíz de la reforma al artículo primero constitucional y con el reconocimiento del bloque de constitucionalidad, se otorga una protección especial a los apátridas, especialmente en concordancia con los tratados mencionados. A pesar de que no se encuentran actos ejecutivos específicos recientes sobre el combate a la apatridia, el sistema de derechos humanos es un gran esfuerzo por erradicarla. Esto sin dejar de mencionar la práctica judicial que se ha tenido en cuenta, como el Incidente de Suspensión (revisión) 29/2021<sup>58</sup>, o el amparo en revisión que resolvió la Segunda Sala de la Suprema Corte 153/2018<sup>59</sup>.

Esto, sin dejar de mencionar los esfuerzos de la República Dominicana por combatir la apatridia<sup>60</sup>. En 2020, el país tomó la decisión de permitir la naturalización de alrededor de 750 personas nacidas y criadas en el territorio que, anteriormente, fueron privadas de la ciudadanía<sup>61</sup>. Además, en 2014, el Presidente de la República Dominicana presentó un proyecto de ley sobre

---

<sup>58</sup> TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, *Acta de nacimiento provisional. su expedición con motivo de la concesión de la suspensión del acto reclamado no implica proveer de efectos constitutivos de derechos no existentes hasta antes de la presentación de la demanda de amparo, en virtud de que los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, filiación, identidad y nacionalidad son inherentes al menor de edad (legislación aplicable para la ciudad de México)*, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 23, Marzo de 2023, Tomo IV, página 3762, 2021.

<sup>59</sup> SEGUNDA SALA SCJN, *Nacionalidad mexicana por nacimiento. el artículo 30, inciso a, fracción ii, de la constitución política de Los Estados Unidos Mexicanos no es extensivo a supuestos no previstos expresamente*. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 74, Enero de 2020, Tomo I, página 995, 2020.

<sup>60</sup> OEA, *República Dominicana: CIDH insta al Estado a erradicar la apatridia*, Estados Unidos, 2023, Fecha de consulta 28 de noviembre del 2023, <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2023/232.asp>

<sup>61</sup> GEORGETOWN LAW HUMAN RIGHTS INSTITUTE, *Dejado Atrás: Como la Apatridia en la República Dominicana Limita el Acceso a la Educación de los Niños*, Informe, Estados Unidos, 2014, pág. 5.

nacionalidad al Congreso como un primer paso para restaurar la nacionalidad de decenas de miles de personas, principalmente de ascendencia haitiana<sup>62</sup>.

Asimismo, a nivel regional existe la Declaración y el Plan de Brasil, una *hoja de ruta común para fortalecer la protección y promover soluciones sostenibles para las personas refugiadas, desplazadas y apátridas en América Latina*<sup>63</sup>. Esta iniciativa representó la primera a nivel global, consolidando a América Latina como una región líder a nivel mundial en la erradicación de la apatridia.

Por otro lado, la práctica debe ser general y consistente, es decir, debe poseer un carácter generalizado y mantener coherencia en la comunidad de Estados<sup>64</sup>. En este caso, es evidente que en América Latina no solo hay un propósito general de prevenir la apatridia<sup>65</sup>, sino que también el principio de *ius soli* es aceptado por las legislaciones nacionales como el medio idóneo para evitarla en todos los países de la región. Sin embargo, es importante destacar que la generalidad no implica universalidad; esto indica que pueden existir algunas variaciones en la protección estatal. No obstante, se debe prestar especial atención a los Estados que son directa o principalmente afectados<sup>66</sup>. Dado que se trata de un derecho general para los individuos, no es necesario realizar un análisis específico de universalidad; basta con examinar la práctica generalizada.

Así las cosas, no cabe duda de la existencia de una práctica estatal que ha sido reiterada e interrumpida por los Estados durante los últimos años. En cuanto al primer elemento de la costumbre, queda claro con la actividad que ha habido en los Estados.

---

<sup>62</sup> ACNUR, *Avances de República Dominicana en materia de ciudadanía*, Estados Unidos, 2020, consultado el 20 de noviembre del 2023 en <https://www.acnur.org/mx/noticias/comunicados-de-prensa/acnur-saluda-los-avances-de-republica-dominicana-en-materia-de>

<sup>63</sup> ACNUR, Declaración de Brasil, Brasil, 2014.

<sup>64</sup> COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Proyecto de Conclusiones sobre la identificación del Derecho Internacional Consuetudinario*, A/73/10, Estados Unidos, 2018, pág. 16.

<sup>65</sup> MONDELLI, Juan, *La erradicación de la apatridia en el Plan de Acción de Brasil*, Agenda Internacional 22(33), Perú, 2015, pág. 131.

<sup>66</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *North Sea Continental Shelf Cases* (Federal Republic of Germany/Netherlands); Judgement, 20 February 1969, ICJ Reports 1969, pág. 3.

9.2. *Aceptada como derecho (opinio iuris)*. Ahora bien, una vez establecido que existe una práctica estatal que es suficientemente generalizada por la mayoría de los Estados en Latinoamérica, es necesario probar que esta práctica se toma como obligatoria; dicho de otra forma, que es aceptada como ley<sup>67</sup>. En consecuencia, se debe atender a si los actos de los Estados fueron realizados con la creencia consciente de que sus acciones los obligaban legalmente. Por tanto, es necesario afirmar que los Estados que son parte de la Convención para Prevenir los Casos de Apatridia, al aprobarla lo hicieron con la intención de quedar legítimamente obligados, entre estos, por supuesto, se encuentra la República Dominicana.

Ahora queda la pregunta de si los cuatro Estados que no han firmado la convención han relizado actos que los obligan legalmente. Dicho esto, basta con analizar lo establecido en sus condiciones, que es precisamente la aceptación del principio *ius soli* para niños nacidos en sus territorios. Esto no solo sirve para demostrar sus actos, sino que es el ejemplo más claro de una obligación o un acto que se considera como obligatorio.

9.3. *Consideraciones finales*. De todo lo expuesto precedentemente, y específicamente a la luz de lo recomendado por la CDI<sup>68</sup> para identificar la costumbre, se puede deducir que hay una clara costumbre en Latinoamérica en lo que respecta al derecho de los niños de adquirir nacionalidad siguiendo el principio de *ius soli*. En consecuencia, esto se ve reflejado como una obligación de los Estados.

## X ] Conclusiones

En resumen, podemos identificar que hay una clara crisis de casos de apatridia en el mundo; sin embargo, a nivel regional, este problema ha mermado en la sociedad. En específico, se analizó la situación de la República Dominicana, que incumple con el derecho de los niños a adquirir una nacionalidad. Como se desprende de los casos citados, la nacionalidad es un derecho inherente a los seres humanos, y es a través de este que se puede acceder a una gran cantidad de derechos y obligaciones. Como señala Hannah Arendt, es el derecho a tener derechos por el impacto que tiene en el plano internacional. A pesar de que la Corte IDH no es clara en sus sentencias sobre el derecho a adquirir nacionalidad, es evidente

---

<sup>67</sup>COMISIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL, Op. cit. pág. 16.

<sup>68</sup>Idem.

que la intuición no solo de la necesidad de reconocer la existencia de dicho derecho.

Ahora bien, es claro que no se puede identificar de forma contundente su fuente, por lo que señalar que proviene de la costumbre internacional puede ser una solución clara. Aunque varios países en Latinoamérica han sido claros en sus esfuerzos por prevenir la apatridia, algunos otros aún son reacios a aceptar en su totalidad estas obligaciones. Sin embargo, su práctica es evidente en cuanto a la finalidad de proteger a las personas que no tienen nacionalidad; específicamente, a través de sus actos legislativos, se observa una tendencia, en el reconocimiento de la nacionalidad a los niños que nacen en su territorio. La consecuencia que se demuestre la existencia de una costumbre regional es que hay una obligación real y exigible para los países de Latinoamérica que aún establecen excepciones para otorgar la nacionalidad. De este modo, existe una obligación congruente que no va en contra de los principios del derecho internacional, ya que no se parte de la idea de que simplemente la nacionalidad pasa a una esfera internacional por el bien que busca proteger, sino que queda claro que son los mismos Estados quienes han aceptado esta obligación.

## Bibliografía

- ACNUR, *Avances de República Dominicana en materia de ciudadanía*, Estados Unidos, 2020, consultado el 20 de noviembre del 2023 en <https://www.acnur.org/mx/noticias/comunicados-de-prensa/acnur-saluda-los-avances-de-republica-dominicana-en-materia-de>
- ARELLANO, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Porrúa, México, 1995.
- ARENDR, Hannah, *La pluralidad del mundo*, Taurus, España, 2019.
- ARENDR, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza Editorial, España, 2022.
- CARENS, Joseph, *Migration and Morality: A Liberal Egalitarian Perspective*, University of Pennsylvania Press, Estados Unidos, 1992.
- DÍAZ, Cástor, *La Protección diplomática en el derecho internacional contemporáneo*, The Yearbook of Diplomatic Consular Law, España, 2016.
- EDWARDS, Alice, *Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge, Reino Unido, 2014.
- FINNIS John, 'Nationality, Alienage and Constitutional Principle', Oxford Legal Studies Research Paper No. 08/2008, Reino Unido, 2008.
- GEORGETOWN LAW HUMAN RIGHTS INSTITUTE, *Dejado Atrás: Como la Apatridia en la República Dominicana Limita el Acceso a la Educación de los Niños*, Informe, Estados Unidos, 2014.
- GIBNEY, Matthiew, *Statelessness and citizenship*, Cambridge, Estados Unidos, 2014.

- GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl, *Estudios de Derechos Humanos, Derecho Constitucional y libertad religiosa*, México, Porrúa, 2014.
- HALLINAN, Camilla et al., *The Law Book*, Penguin Random House, Reino Unido, 2021.
- KISSINGER, Henry, *World Order*, Penguin Random House, Estados Unidos, 2015.
- MONDELLI, Juan, "El Salvador avanza hacia la adhesión y ratificación de las Convenciones de Apatridia", Costa Rica, ACNUR, 2014
- MONDELLI, Juan, *La erradicación de la apatridia en el Plan de Acción de Brasil*, Agenda Internacional 22(33), Perú, 2015.
- NIBOYET, J.P., *Traité de Droit International Privé Français. Tome V*, Revista Española de Derecho Internacional, España, 1950, pág. 189.
- OEA, *República Dominicana: CIDH insta al Estado a erradicar la apatridia*, Estados Unidos, 2023, Fecha de consulta 28 de noviembre del 2023, <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2023/232.asp>
- SPIRO, Peter, *A New International Law of Citizenship*, American Journal of International Law 694, Estados Unidos, 2011.
- SUSMANN, Cecilia, *Apatridia en Brasil, Costa Rica, República Dominicana, Chile, Bahamas y Barbados, Argentina*, Universidad Católica de Santa Fe, Argentina, 2019.
- VAN WASS, Laura, *Nationality Matters. Statelessness under International Law*, OR: Intersentia, Estados Unidos, 2008.

### Casos e Informes

- ACNUR, *Declaración de Brasil*, Brasil, 2014.
- CIDH, *Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*
- COMISIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL, *Report of the ILC on the work of its fifty-third session*, Yearbook of the ILC, Estados Unidos, 2001.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Sexta sesión de los Borradores de Convención para reducir los casos de apatridia*, Estados Unidos, 1954.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Yearbook 1954*, vol. II, documento A/2693, Estados Unidos, 1954.
- COMISIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL, *Texto del proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario (A/73/10)*, Estados Unidos, 2018.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Proyecto de Conclusiones sobre la identificación del Derecho Internacional Consuetudinario*, A/73/10, Estados Unidos, 2018.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS ONU, *Observación general núm. 20 sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia*, CRC/C/HC/20\*, Estados Unidos, 2016.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Comentarios del Gobierno de la República Dominicana a las observaciones finales del Comité de los Derechos Humanos*, UN Doc. CCPR/CO/71/DOM/Add.1, Estados Unidos, 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Reforma a la Constitución de Costa Rica (Costa Rica)*; Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*; Caso contencioso (Sentencia), 8 de septiembre de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*; Caso contencioso (voto razonado del Juez Augusto Cançado Trindade ), 8 de septiembre de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*; Caso contencioso (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 28 de agosto de 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*; Caso contencioso (Voto concurrente del Juez Patricio Pazmiño ), 26 de marzo de 2021.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*; Second Phase, 6 April 1955, ICJ Reports 1955, pág. 4; General List, No. 18.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Netherlands)*; Judgement, 20 February 1969, ICJ Reports 1969.

ECOSOC, *Study of Statelessness Resolution*, Resolución 248 B (IX), Estados Unidos, 1949.

ECOSOC, *Report of the Ad Hoc committee in statelessness and related problems*, E/1618, Estados Unidos, 1950.

ECOSOC, *Proyecto de Convención relativo al estatuto de los refugiados*, Disposiciones Relativas al problema de apatridia, 319B III (XI), Estados Unidos, 1950.

ILC, *'Draft Convention on the Elimination of Future Statelessness'*, Yearbook of the International Law Commission, Estados Unidos, 1954.

NACIONES UNIDAS, *A Study of Statelessness*, UN Doc. E/1112, Estados Unidos, 1949.

NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Resolution No. 61/37*, High Commissioner for Refugees, Estados Unidos, 2007.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos, *Inscripción de los nacimientos y derecho de todo ser humano al reconocimiento en todas partes de su personalidad jurídica*, A/HRC/27/22, Estados Unidos, 2014.

NACIONES UNIDAS, *'Report of the Commission on Human Rights, 6th Session'*, E/600, Estados Unidos, 1947.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco (France | United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*; Advisory Opinion No. 4, 7 February 1923.

# La responsabilidad patrimonial del Estado en el ejercicio de la impartición de justicia

RODRIGO RAMOS TREVIÑO.<sup>1</sup>

*Que todo aquel que se queje con justicia, tenga un tribunal que lo escuche, lo ampare y lo defienda contra el arbitrario*

José María Morelos y Pavón

SUMARIO: I. *Introducción: La responsabilidad patrimonial del Estado y sus alcances frente a particulares.* II. *Antecedentes históricos y la responsabilidad patrimonial del Estado.* III. *Responsabilidad patrimonial del Estado por el error judicial.* IV. *Legislación española.* V. *Propuestas de legislación.* VI. *Conclusiones.*

**Resumen.** La responsabilidad patrimonial del Estado se ha mantenido en constante evolución a través de los años. Desde nuestra primera disposición en el Código Civil hasta ahora, en las leyes administrativas que lo rigen. En un principio, esta responsabilidad era exigible ante la falta de cuidado o negligencia de un funcionario del Estado en todas las ramas del gobierno, pero en la actualidad, parece que la responsabilidad del Estado se limita al ámbito administrativo, dejando de lado los actos judiciales y legislativos. Este ensayo analizará los cambios que ha sufrido el derecho a la justa indemnización por parte del Estado en la administración de la justicia, en todos sus niveles y competencias.

**Palabras clave:** Responsabilidad civil, administración de la justicia, responsabilidad patrimonial del Estado

**Abstract.** *The financial liability of the State has been in a constant over the years. From our first provision in the Civil Code, until now, in the administrative laws that govern it. Initially, this liability was enforceable in the event of carelessness or negligence*

---

<sup>1</sup> Estudiante de Derecho en la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara.

of a State official in all branches of government, but nowadays, it seems that the liability of the State is limited to the administrative sphere, leaving aside judicial and legislative acts. This essay will analyze the changes that the right to fair compensation by the State has undergone in the administration of justice, at all levels and competencies.

**Keywords:** Civil liability, administration of justice, miscarriage of justice, State's financial liability.

## I ] Introducción: la responsabilidad patrimonial del Estado y sus alcances frente a particulares

A lo largo de la historia, se puede destacar que existe en los distintos ordenamientos legales a nivel mundial, una inclinación hacia el resarcimiento de un daño causado injustamente en la esfera jurídica y patrimonial de una persona. Ahora lo conocemos como *responsabilidad civil* y ha tenido sus diferentes concepciones y actualizaciones, llegando al sistema que ahora rige, en el que existe responsabilidad civil contractual y extracontractual entre particulares dentro de la competencia del derecho privado.

La primera, se reciente cuando, preexistiendo una relación jurídica entre dos partes, una de ellas, en su actuar u omisión, causa a la otra, un perjuicio que deviene del mismo contrato que los atañe. En este mismo sentido, se puede deducir que la segunda, nace a partir de una falta de cuidado que resulta en una afectación en la esfera jurídica o económica de un tercero.

Para abordar de una manera plena el concepto de las obligaciones nacidas a partir de los hechos ilícitos, consideremos el artículo 1910 del Código Civil Federal, que establece que:

*El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.<sup>2</sup>*

Partiendo de esta reglamentación, es imprescindible notar los conceptos importantes que a continuación se detallan. *El que, obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres, cuyo concepto se refiere a una persona que descuida su actuar y comete una acción contraria a la ley o a las buenas costumbres y que por*

<sup>2</sup> *Código Civil Federal, Artículo 1910*, promulgado por Decretos de 7 de enero y de 6 de diciembre de 1926 y de 3 de enero de 1928.

ese descuido deviene un daño a terceros, y que por eso está *obligado a repararlo*, significa que en contrapartida toda persona tiene el derecho a ser indemnizado cuando sufre un daño injustificadamente por un tercero.

Este precepto deriva de leyes y reglamentos históricos que ven el daño resentido sin causa o justificación como una gran injusticia que se tiene que rectificar. En la *lex aquilia*, en el *Código Napoleónico*, hasta nuestro Código Civil Federal, se pueden encontrar un sinnúmero de disposiciones que buscan mantener la cohesión social, pues de no ser así, viviríamos en un estado de incertidumbre e inseguridad jurídica, en la cual, por un accidente o acción de mala fe de un tercero, podríamos sufrir un menoscabo en el patrimonio, lo que, de no tener un canal identificado para alegar que ese daño se rectifique, propiciaría aún más injusticias en el momento que alguien decida reparar el daño por sus propios métodos. Es gracias a nuestros sistemas jurídicos desarrollados por nuestros antepasados que tenemos el artículo 1910 antes citado, pero ¿qué sucede cuando quien comete una injusticia, no es un particular, sino un funcionario del Estado?

El daño sufrido de manera injustificada no es necesariamente solo el resultado de la conducta antijurídica de un gobernado, ésta puede provenir de un mal uso de las facultades que tienen los servidores públicos, así como de los trabajadores del Estado en sentido amplio, por lo que no se puede reducir el derecho a una indemnización solamente de una injusticia entre particulares, sino también entre el Estado y gobernado.

En el sistema actual de nuestro derecho, existe el precepto Constitucional<sup>3</sup> que instituye el fundamento para exigir una justa indemnización del Estado por una falta de cuidado en su *actividad administrativa irregular*, la cual, se regula mediante la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, para los entes públicos federales, y, dentro del Estado de Jalisco, en la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Jalisco y sus Municipios, para los entes públicos estatales. En ambos casos, se puede apreciar

---

<sup>3</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 5 de febrero de 1917, y adicionada el 27 de mayo de 2015, Artículo 109.* De la responsabilidad que tiene el Estado por medio de sus servidores públicos, contiene los procedimientos del Juicio Político, así como inhabilitaciones, multas, suspensión de labores, entre otras sanciones. En lo que respecta a la indemnización en favor del particular, existe solamente este último párrafo. En otra referencia que se hará más adelante en el escrito, se habla de una reforma Constitucional de este artículo, para incluir una garantía mucho más amplia y efectiva para el ciudadano respecto de la responsabilidad en el error judicial, en una iniciativa de reforma de 2021.

la distinción que tiene este tipo de responsabilidad entre particulares –meramente civil–, y la del Estado, la cuál se rige por disposiciones en materia administrativa.

Algo que no se puede ignorar es el hecho de que estos ordenamientos legales solamente comprenden las disposiciones y procedimientos concernientes a la actividad *administrativa* del Estado. Es decir, el artículo 109 Constitucional solamente regula la indemnización que se puede exigir cuando, en la actividad materialmente ejecutiva de uno de los tres poderes de la Federación, se causa un daño en el patrimonio de un particular que no tiene causa jurídica para resentir, dejándolo en un estado de indefensión en contra de todos aquellos actos materialmente legislativos o judiciales que le causen un perjuicio, por ser igualmente negligentes o incompetentes que en su actividad administrativa irregular, excluyendo la responsabilidad legislativa y judicial.<sup>4</sup>

Para efectos de este ensayo, se explorará la poca o inexistente regulación que tiene el Derecho Mexicano respecto de responsabilidad patrimonial que tiene el Estado por la actividad judicial irregular del Poder Judicial, comúnmente conocida como el *error judicial*, la cual se puede definir como *una respuesta incorrecta del juzgador en la resolución judicial respectiva*<sup>5</sup>. Con motivo de esta laguna en nuestra legislación, se hace una propuesta para facultar al particular para accionar en contra del error judicial en cualquiera de los aspectos que se desahogarán a continuación.

## II ] Antecedentes históricos y la responsabilidad patrimonial del Estado

En la época moderna, se habla de la responsabilidad patrimonial que tiene el Estado está regulada en materia administrativa, pero hace no muchos años, ese no era el caso. En el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal (hoy Código Civil Federal) de

---

<sup>4</sup> PAZ MEDINA, Luis, E.; *et al Estado del arte del error judicial en México*, publicado en la Revista Iberoamericana de Ciencias, Tabasco, México, 2016, Vol. 3 No. 7, p. 118

<sup>5</sup> Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se adiciona un último párrafo al artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Senado de la República, LXV Legislatura, suscrita por la Senadora Verónica Noemí Camino Farjat, noviembre 2021.

1928<sup>6</sup>, se plasmaron los principios de la responsabilidad civil extracontractual, aún vigente en, el artículo 1910<sup>7</sup>, así como el fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado en el artículo 1928:

*El Estado tiene la obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado, cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado.*<sup>8</sup>

En este artículo se observa que el Estado no era un responsable directo, sino *subsidiario*, cuya obligación estaba condicionada a que el servidor público causante del daño patrimonial a un particular no pudiera solventar la responsabilidad causada por el hecho ilícito. Eso significaba que, en ninguna circunstancia, el Estado sería responsable solidario, lo que podía entorpecer los litigios en contra de sus funcionarios, ya que, primero se tenía que agotar este primer supuesto en todas sus instancias hasta que, finalmente, se pudiera exigir que la Administración complete el resto del pago por los daños causados si en un primer lugar servidor no pudo sufragar éste.<sup>9</sup>

Casi 100 años después, nos topamos con la primera reforma al artículo 1928, dejándolo casi con el texto original, pero con una adición que aumenta en un grado mucho más importante el nivel de responsabilidad del Estado:

*El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público*

---

<sup>6</sup> El Código Civil Para el Distrito Federal y Sus Territorios Federales, en Materia Común, Y Para toda la República en Materia Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928, el 14 de julio de 1928 el 3 de agosto de 1928 y el 31 de agosto de 1928.

<sup>7</sup> *Ibidem*, Artículo 1910: El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

<sup>8</sup> *Ídem*

<sup>9</sup> MEDINA VILLANUEVA, Jorge E., *Introducción a la responsabilidad civil extracontractual*, publicado por Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021, p. 28

*directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.*<sup>10</sup>

Ahora se hace mención de que la *responsabilidad será solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos*, cuya inclusión cambia radicalmente el sentido del precepto, porque en este punto, basta con que el particular demuestre que un servidor público actuó de manera dolosa para que el Estado responda de manera *solidaria*, en vez de subsidiaria, haciendo más sencillo el proceso judicial para el particular que busca una rápida indemnización por los daños causados en el patrimonio de éste.

Sin embargo, este cambio no se mantuvo con vida por muchos años, ya que el artículo del Código Civil Federal en cita, fue derogado con la entrada en vigor de la nueva Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado<sup>11</sup>, el primero de enero del año 2005. Esta ley es la que actualmente rige la figura en mención, bajo las reglas<sup>12</sup> de la rama administrativa del Derecho, en adición al precepto 109 constitucional, que en su último párrafo dice:

*Los servidores públicos y particulares que incurran en responsabilidad frente al Estado, serán sancionados conforme a lo siguiente:*

[...]

*La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o*

---

<sup>10</sup> Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994.

<sup>11</sup> *Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 2004, en cuyo decreto se deroga el artículo 1928 del *Código Civil Federal*.

<sup>12</sup> *Históricamente, la construcción del derecho administrativo se ha realizado alrededor de los actos unilaterales de la administración, y que aplica a diversas materias de la acción administrativa (contrario al derecho privado, que se ha construido alrededor del derecho de las obligaciones). Vinculado al precedente, el principio de presunción de validez de los actos administrativos, el cual otorga efectos de derecho a la voluntad unilateral de la administración, y coloca al particular que ha sufrido un daño o insatisfecho, en una situación de defensa e impugnación de actos.*

[...] *La Administración tiene sus propias reglas, que se van ajustando a las necesidades del servicio público y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados. Por lo tanto, no es posible de aplicar la misma regla a situaciones que tienen una base diferente. El postulado de igualdad jurídica de los particulares hace parte de las nociones de derecho civil, por el contrario, la Administración, vigilante del interés público, debe asegurar la salvaguarda de su actuar, aun en contra de las voluntades privadas.* Cambero Quezada, G. La evolución de la responsabilidad patrimonial del estado en México, publicado en la revista *Letras Jurídicas*, Número 10, octubre de 2015, pp. 5-7

*derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes*<sup>13</sup>.

Este artículo tiene tres conceptos importantes para analizar.

1. La *actividad administrativa irregular*. El Estado será responsable cuando en su *actividad administrativa irregular*, cause algún daño a cualquier ciudadano, pero ¿qué significa exactamente este concepto? Por un lado, nos podemos auxiliar de la Ley<sup>14</sup> que regula esta figura, encontrándonos con el primer artículo que dice:

*[la actividad administrativa irregular es] aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate.*<sup>15</sup>

Parece que, en el proceso de elaborar esta definición, el legislador recoge, de los antecedentes civiles, los principios vitales de la responsabilidad civil extracontractual, mezclando las oraciones y cambiando el orden las palabras del original artículo 1910 del Código Civil Federal<sup>16</sup>, por lo que sería prudente afirmar que aun continúa, al menos en espíritu, la intención que tenía el Estado cuando publicó el artículo, en nuestra Constitución.

2. La adopción de los vocablos *objetiva y directa*, en cuanto a la forma de responsabilidad del Estado por los daños ocasionados. En contraposición a la antigua responsabilidad subsidiaria y -de poder probarse el dolo del funcionario que ocasionó el daño- solidaria, nos encontramos con esta nueva manera de exigir una indemnización por el perjuicio soportado. Por una parte, la responsabilidad directa se refiere a que se puede exigir de manera inmediata al Estado que responda por los daños.

<sup>13</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>14</sup> Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

<sup>15</sup> *Ídem*

<sup>16</sup> *aquella [conducta] que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar = ...a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.*

en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate = *El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro está obligado a repararlo.*

Es decir que, sin importar quién<sup>17</sup> haya ocasionado los daños, no hay necesidad de primero agotar los recursos en contra el funcionario, para luego iniciar un segundo proceso en contra del Estado para que se cubra el resto del menoscabo.

Por otra parte, está la responsabilidad objetiva, la que se refiere a que no es necesario probar si hubo la intención de causar dicho daño. La existencia de un daño o perjuicio es suficiente para invocar la responsabilidad patrimonial estatal, siempre y cuando se pueda probar que exista un nexo causal entre el hecho generador y el daño resentido. Esta adición le quitó la importancia que tenía el probar si el funcionario público accionó con dolo en cuanto a su necesidad para que el Estado pueda repetir en contra de éste una vez que se demandaba de manera solidaria en el Derecho Civil, cuyo funcionamiento sigue vigente<sup>18</sup> en la Ley actual.

Sirve como ejemplo la siguiente jurisprudencia, la cual hace mención de estos tres conceptos: actividad administrativa irregular y responsabilidad objetiva y directa:

*DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ORIGINADOS POR FALTA GRAVE. EL ARTÍCULO 6º., CUARTO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO RELATIVA, AL PREVER EL PAGO DE LOS CAUSADOS AL ACTOR, A CARGO DE LA AUTORIDAD DEMANDADA, NO CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 113, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.*

*El segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la responsabilidad del Estado, únicamente respecto de los daños que cause a los particulares con motivo de su actividad administrativa irregular, es decir, **aquella que por acción u omisión incumpla con las obligaciones legales establecidas o por el funcionamiento defectuoso de un servicio; en este supuesto, el particular podrá demandar la indemnización directamente al Estado (responsabilidad directa) sin necesidad de ir en primer término contra el funcionario a quien pudiera***

---

<sup>17</sup> *Los servidores públicos y particulares que incurran en responsabilidad frente al Estado...*, Artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>18</sup> *Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Artículo 31.- *El Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización cubierta a los particulares cuando, previa substanciación del procedimiento administrativo disciplinario previsto en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, se determine su responsabilidad, y que la falta administrativa haya tenido el carácter de infracción grave. El monto que se exija al servidor público por este concepto formará parte de la sanción económica que se le aplique.*

*imputarse el daño, pues lo que determina la obligación es la realización del hecho dañoso imputable al Estado (responsabilidad objetiva) y no la motivación subjetiva del agente de la administración [...] Por tanto, la responsabilidad patrimonial del Estado es objetiva respecto de sus actos irregulares que causen daño patrimonial al particular. En ese sentido, el cuarto párrafo del artículo 6o. de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, al prever el pago de los daños y perjuicios causados al actor en el juicio contencioso administrativo originados por falta grave, a cargo de la autoridad demandada, no contraviene el indicado precepto constitucional, pues la inclusión de dicha condena es acorde con el sentido de responsabilidad objetiva y directa a que éste se refiere, máxime que la obligación de pago al particular está sujeta a que se verifiquen aquellas hipótesis tendentes a acreditar la existencia real del daño y que éste sea imputable al Estado de manera grave, lo que no implica que se trate de una determinación caprichosa del legislador, sino que requiere del cumplimiento de los requisitos legales necesarios.<sup>19</sup>*

Para tal efecto, el Doctor Guillermo Cambero Quezada, analiza de una manera muy acertada en su artículo<sup>20</sup> que, *la reserva del derecho de la Administración a repetir contra el funcionario culpable concilia los dos intereses, el de los particulares, que pueden, en la mayoría de los casos, conseguir la seguridad de la indemnización, y los de la Administración, que puede, en caso de culpa personal, repetir contra el funcionario culpable<sup>21</sup>.* Pareciera que las reformas constitucionales construyeron en las disposiciones de Derecho Civil y se enfocaron en brindar una mayor seguridad a los ciudadanos.

Consideremos ser que se resolvieron los problemas que se tenían antes, como la dificultad en encontrar al funcionario responsable dentro de los órganos de gobierno, lo cual, pudiera llevar meses solo para dar inicio a un proceso. Asimismo, no sería realista pensar que era fácil probar la intención del funcionario, para responsabilizar de manera solidaria al Estado, así como a este primero, básicamente inutilizando la nueva adición del artículo

---

<sup>19</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro I, Octubre de 2011, Tomo 3, página 1623; Citado por Cambero Quezada, G. en el artículo *La evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en México*, publicado en la revista *Letras Jurídicas*, Número 10, 2015, p. 16

<sup>20</sup> CAMBERO QUEZADA, G. *La evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en México*, (*Letras Jurídicas* Núm 10 Otoño 2015, Universidad de Guadalajara).

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 22

1927<sup>22</sup>. Todo apunta a que el Derecho evolucionaba en favor de las garantías constitucionales de los particulares, pero desgraciadamente, este no es el caso.

3. De una lectura comprensiva del actual artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos parece ser más una excepción de responsabilidad, que una atribución de responsabilidad al ente público. Nos damos cuenta de este cambio en la frase antes mencionada: actividad administrativa irregular, con énfasis en *administrativa*, lo que lógicamente excluye de manera expresa la actividad judicial irregular y la actividad legislativa irregular. ¿Qué quiere decirnos esto?

Simple y sencillamente, el artículo 109 de nuestra Carta Magna no incluye la facultad de accionar en contra del Estado a través de los tribunales administrativos o en cualquier otra vía, para pedir la indemnización por los daños que se generen de manera directa por estas actividades irregulares. En el mismo sentido, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, aunque menciona que son sujetos de ese ordenamiento, los entes públicos federales del poder Judicial y Legislativo, se entiende que solo lo serán en caso de que la expedición de dichos actos sean materialmente administrativos, cuya interpretación se ve reforzada por el artículo 3° de la ley en cita, que se *exceptúan de la obligación de indemnizar, [...] los daños y perjuicios que no sean consecuencia de la actividad administrativa irregular del Estado*<sup>23</sup>.

Como se abordaba en la Introducción de este ensayo, la responsabilidad patrimonial de la Administración, en un sentido amplio, aborda mucho más que solo la actividad administrativa. Si bien, se dio un paso hacia adelante al establecer la responsabilidad directa y objetiva del Estado frente a los particulares, se dieron dos pasos hacia atrás al dejar por fuera la responsabilidad en la que debería de incurrir por la actividad irregular de los otros Poderes Constitucionales<sup>24</sup>. En ambos supuestos, una mala administración de la justicia o la expedición de leyes que no sigan los procesos marcados por las leyes, los funcionarios del Estado pueden causar daños y perjuicios a los ciudadanos; la falta de cuidado, atención y debido proceso, pueden causar daños irreparables y, aunque algunas de éstas puedan ser justiciables a través del Juicio de Amparo, éste último no es una solución para cualquier controversia

<sup>22</sup> MEDINA VILLANUEVA, Jorge E., *Introducción a la responsabilidad civil extracontractual* (Tirant, 2021), pp. 30-31

<sup>23</sup> *Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado*, artículo 3°.

<sup>24</sup> PAZ MEDINA, Luis, E.; *et al Estado del arte del error judicial en México*, p. 118

que se suscita entre los particulares y los Poderes de la Nación. Es necesario fincar responsabilidad al Estado por estas fallas, al igual que en la actividad administrativa.

### III ] Responsabilidad patrimonial del Estado por el error judicial

Un concepto medianamente estudiado por la doctrina y vergonzosamente poco por la legislación, es la figura del *error judicial*. Irónicamente, aun encontrándonos en una época de progresión de los Derechos Humanos con la reforma de 2011, poco encontramos escrito al respecto, aun cuando, supuestamente, en el orden jerárquico del bloque Constitucional, existe el derecho humano a ser indemnizado justamente por la administración de la justicia anormal<sup>25</sup>.

Concluye Rigoberto Ortiz en su escrito *El error judicial, un intento conceptual y una enunciación etiológica del mismo*, que se puede definir el *error judicial*, como una respuesta incorrecta del juzgador en la resolución judicial respectiva<sup>26</sup>, la cual tiene una trascendencia en el fallo y en la esfera jurídica del particular enjuiciado. Dice el resultado depende de varios matices, lo que resulta en que no necesariamente se habla de una negligencia o ignorancia del *iudex* a la hora de dictar sentencia, sino de otras variables, como lo puede ser la falta de formación de los jueces, así como el defecto de las instituciones publicas que administran la justicia.<sup>27</sup>

Dentro de la responsabilidad que tiene el juez al dictar un fallo, Ortiz reconoce distintos tipos de errores que se pueden manifestar: i) errores en el encabezamiento de la decisión, ii) en el fundamento de derecho, iii) en la interpretación del derecho, iv) en la aplicación del derecho y, v) en el fundamento de hecho<sup>28</sup>. En la primera, se entiende que los errores se dan cuando no se llama a juicio a quien debe comparecer y cuando se llama a juicio a quien no tiene legitimidad en la causa. El segundo, en relación con el tercer y cuarto punto, en el error de la fundamentación del

---

<sup>25</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 10, Derecho a Indemnización: *Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.*

<sup>26</sup> ORTIZ TREVINO, Rigoberto G. *El error judicial, un intento conceptual y una enunciación etiológica del mismo*, Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández, tomo II, 2015, p. 334

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 329

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 330

derecho, ya sea 1) cuando la interpretación de una norma es insuficiente o equivocada, resultando en una aplicación de una norma que no se fundamenta correctamente, y 2) en la incorrecta aplicación de una norma a un caso en concreto. Finalmente, el error en el fundamento de los hechos, cuando un juez puede otorgar un valor probatorio mucho más extenso del que verdaderamente se probó en juicio o, cuando se asientan hechos que son completamente falsos<sup>29</sup>.

Ahora bien, siendo estas las causales por las que se puede encontrar que hubo una falla en el arbitrio del juzgador, no sería correcto asumir que en todos los escenarios en los que se actualice alguna de éstas, se pueda asumir que, necesariamente, habría algún tipo de responsabilidad en la que incurre el servidor público en sus funciones de impartidor de justicia<sup>30</sup>. Es decir, que no sería apropiado fincar una responsabilidad al juez cada vez que incurre en una de las propuestas descritas, esto de acuerdo con uno de los criterios judiciales que al día de hoy se aplica<sup>31</sup>:

*INDEMNIZACIÓN POR ERROR JUDICIAL GRAVE O FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. CASO EN QUE NO PROCEDE SU PAGO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA).*

*La acción de pago de daños contra el Estado prevista en el artículo 154, fracción III, de la Constitución Política, en relación con los numerales 83 y 84 del Código Procesal Civil, ambos del Estado de Coahuila, por error judicial grave o funcionamiento anormal de la administración de justicia, únicamente debe prosperar cuando se cause de manera directa e indiscutible un daño objetivo, grave y trascendente a la esfera de derechos de alguna persona, pero no cuando en uso de su arbitrio judicial las autoridades jurisdiccionales resuelvan de manera contraria a sus intereses algún litigio y, por ello, se vea orillada a interponer los medios de defensa correspondientes a fin de corregir la actuación judicial que considera equivocada pues, de admitir lo contrario, se llegaría al extremo de que cada vez que se declara fundado un recurso y, por ende, se revoca, modifica o nulifica una determinación o resolución de primera instancia, habría responsabilidad de indemnizar con cargo al órgano recurrido que volvería caótica la prestación del servicio público de administración de justicia.<sup>32</sup>*

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 331

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 317

<sup>31</sup> *Ídem*

<sup>32</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, marzo de 2007, página 1691. Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis aislada.

En este caso, no se puede hablar de error judicial sin que haya un daño grave en la esfera jurídica del particular, ya que de no ser así, cualquier fallo que sea revocado en segunda instancia, podría dar pie a que los jueces se vuelvan acreedores de responsabilidades civiles o administrativas por el simple uso de sus facultades de arbitrio en el ejercicio de sus funciones, esto sin obviar que en los casos en que medie el dolo por parte del servidor, lo que pudiera resultar en la imputación por parte del Ministerio Público en el caso de que se cometa una conducta delictiva.

#### IV ] Legislación española

En la legislación de España, podemos encontrar que, como en nuestro pasado mexicano, existía la responsabilidad civil de jueces y magistrados, así como la responsabilidad del Estado por la impartición de la justicia. Dice Celia Santa Cruz, *En España, al igual que el resto de países que siguen el modelo continental europeo, se instauró el régimen de responsabilidad civil directa de jueces [...] con las limitaciones procesales y materiales propias, y tan solo se establecía responsabilidad patrimonial del Estado en lo relativo a los errores judiciales constatados en juicios de revisión penal mediante sentencia absolutoria*<sup>33</sup>. Muy similar a nuestros antecedentes, específicamente en el artículo 1928, donde encontramos la responsabilidad subsidiaria del Estado, siendo el funcionario público, quien resiente la mayoría del peso por su actuar, salvo en los casos penales, los cuales no se hace mención en dicho ordenamiento por ser de naturaleza civil. Esto se refuerza más cuando dice *no resultaba posible extender la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado a los casos de actuaciones ilícitas, dolosas o culposas de los jueces, o a los de prisiones preventivas injustas o indebidas, o a los de cualquier otro funcionamiento anormal de la justicia*<sup>34</sup>.

En un marco legal muy parecido al nuestro, y muy recientemente, se eliminó la figura de la responsabilidad civil directa de los jueces y magistrados, modificando el artículo 296 de

---

<sup>33</sup> SANTA CRUZ DEL BARRIO, C., *Responsabilidad de Jueces y Magistrados: Análisis jurisprudencial*, publicado por la Facultad de Derecho en la Universidad de Valladolid, 2020, p. 35

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 36

dicho sistema de leyes, por lo que dispone la Jefatura del Estado lo siguiente:

*También se elimina la responsabilidad civil directa de los Jueces y Magistrados, escasísimamente utilizada en la práctica. Con ello se alinea la responsabilidad de los Jueces con la del resto de los empleados públicos y se da cumplimiento a las recomendaciones del Consejo de Europa en esta materia. Esa exención de responsabilidad no excluye lógicamente, que la Administración pueda repetir, en vía administrativa, contra el Juez o Magistrado si éste ha incurrido en dolo o culpa grave.<sup>35</sup>*

El artículo reformado dice lo siguiente:

*Los daños y perjuicios causados por los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones darán lugar, en su caso, a responsabilidad del Estado por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sin que, en ningún caso, puedan los perjudicados dirigirse directamente contra aquéllos.*

*2. Si los daños y perjuicios provinieren de dolo o culpa grave del Juez o Magistrado, la Administración General del Estado, una vez satisfecha la indemnización al perjudicado, podrá exigir, por vía administrativa a través del procedimiento reglamentariamente establecido, al Juez o Magistrado responsable el reembolso de lo pagado sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que éste pudiera incurrir, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley...<sup>36</sup>*

Al igual que en nuestra legislación, específicamente de los artículos 109 de la CPEUM y de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, se remueve por completo la posibilidad de accionar directamente en contra de los funcionarios públicas, otorgando entonces, la facultad de dirigirse contra el Estado, y éste, a su vez, se reserva el derecho de repetir por la vía administrativa en contra del juez o magistrado responsable.<sup>37</sup> En este caso, el argumento para este cambio se debe a que la acción

---

<sup>35</sup> *Ley Orgánica 7/2015 del Poder Judicial*, publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 22 de julio de 2015, España. Se reforma el artículo 296.

<sup>36</sup> *Ídem*

<sup>37</sup> *Ídem*

civil en contra del funcionario era de uso escaso, y probablemente sea por una buena razón.<sup>38</sup>

En cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado por la administración de justicia, la misma Ley y casi con la propia fundamentación que la nuestra, se indica que el particular tiene el derecho a que se le resarza por haber resentido las consecuencias de un acto jurídico que no debería de soportar<sup>39</sup>.

Si solo se hace una lectura rápida o sin comprensión, un lector pudiera pensar que, en esencia, el sistema legal europeo y el nuestro, confieren los mismos derechos y obligaciones a las partes, pero la clave yace en lo que se mencionaba líneas atrás: la legislación mexicana, en el peor de los casos, excluye a los jueces y magistrados de la responsabilidad en la que incurren por el error judicial; y en el mejor de ellos, no la regula, lo que deja al particular en un estado de indefensión.

En cuanto al error judicial, dice Celia Santa Cruz, *tendrán los perjudicados derecho a indemnización como consecuencia de la adopción de resoluciones judiciales no ajustadas a Derecho, ya sea por la incorrecta aplicación de la norma jurídica o por la valoración equivocada sobre los hechos u omisión de los elementos de prueba que resulten esenciales*<sup>40</sup>.

Por último, podemos apreciar que el error judicial sí es una figura legítima dentro de su ordenamiento normativo y viendo como el mexicano y el español son muy similares, no habría razón para que solo pudiese existir en el europeo y no en el nuestro.

## V ] Propuestas de legislación

El sistema normativo mexicano tiene un gran camino por recorrer si es que quiere alcanzar los niveles de otros países que están a años luz de donde nos encontramos. Si bien, parece que el legislador padece de un trastorno en el cual no puede hacer un cambio positivo sin hacer dos negativos, propiciando así, que las leyes locales y federales no sean coherentes o que no contengan la normatividad que supuestamente deberían considerar (en el caso de los tratados internacionales, que nuestro Congreso de la Unión ratifica con mucho entusiasmo, sin tomar en cuenta las modificaciones que teóricamente se deberían hacer para cumplir con los estándares que imponen).

---

<sup>38</sup> SANTA CRUZ DEL BARRIO, C., *Responsabilidad de Jueces y Magistrados: Análisis jurisprudencial*, p. 36

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 37

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 38

Si queremos lograr la evolución de nuestro derecho, un buen paso sería comenzar con el sistema judicial, el cual se encuentra saturado y sin un presupuesto que le dé mantenimiento. Si a esta realidad le sumamos que la preparación de los jueces es deficiente, nos encontramos en un hoyo, respecto de los problemas que nos seguirán asechando. Por fortuna, como todo problema en el mundo, existe una solución, y para ello, puedo encontrar dos formas que, aplicadas en conjunto, pueden llegar a corregirlo:

1. La existencia de una verdadera carrera judicial, que se base en el mérito, competencia y resultados de los jueces para ganarse sus nombramientos.
2. La reintegración de las disposiciones de responsabilidad patrimonial por daños graves causados por el error judicial.

Es necesaria la aplicación de estas dos propuestas en conjunto, ya que la implementación de una sin la otra, tendría como consecuencia resultados distintos o, en su caso, unos mucho peores, como corolario de otras fallas que se encuentran dentro del propio sistema.

El primer punto resuelve el problema de la incompetencia de los juzgadores en el Poder Judicial, ya que una verdadera carrera judicial, que no solo sea letra muerta, se convierte en un incentivo para ser mejor que los demás y que los nombramientos sean verdaderamente porque el jurista demostró tener los conocimientos necesarios, así como el criterio suficiente para dictar el derecho. Se nos olvida que las sentencias de los jueces son parte del ordenamiento jurídico de nuestro país, y que no solo la jurisprudencia emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito, o la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es fuente de derecho válida. Se tiene que empezar desde el fuero común, sanando desde lo particular, para llegar a lo general, donde poco a poco, sean más los jueces que iniciaron en un juzgado local, y que, con experiencia, estudio y esfuerzo, se llegó al más alto nivel del Poder Judicial.

En segundo lugar, está la legislación positiva del error judicial, ya no como concepto doctrinal o, en ciertos casos, jurisprudencial, sino como la letra que dispone la responsabilidad que tiene el oficial de la corte con mayor jerarquía: el juez. La administración de la justicia no es una tarea fácil y no debería de serlo. Dictar el derecho y emitir un fallo conlleva una responsabilidad muy grande y, es por eso que no se puede tomar a la ligera. Esta propuesta tiene como incentivo negativo que, ante la negligencia grave de un juzgador, se haga responsable por los daños que le ocasionó a cualquiera de las partes en una litis.

La propuesta anterior resuelve tres problemas. Por un lado, tener juzgadores competentes, nos lleva a una realidad jurídica de seguridad, la cual refuerza las relaciones entre particulares, ya que, teniendo un sistema judicial fuerte y preparado, no cabe duda que en la mayoría de los casos, se llegaría a una sentencia justa, por lo que se tomarán de una manera más seria las negociaciones, propiciando la resolución de conflictos fuera de juicio.

En segundo lugar, si llegan menos asuntos a los juzgados, hay menos carga laboral para los funcionarios del Poder Judicial, lo que acelera, a su vez, los asuntos que ya se están ventilando en los tribunales. Reduciendo así, los casos en los que se pueda haber el error judicial.

Por último, y en virtud de las dos consecuencias anteriores, el particular se ve beneficiado en su esfera jurídica, ya que, por el lado privado, podrá resolver sus problemas antes de llegar a juicio y, por el lado público, se sabe que se resolverá conforme al derecho y que, en caso de que no suceda así, podrá exigir una indemnización por la mala administración de justicia si es que fuera el caso en concreto.

## VI ] Conclusiones

- 1) La responsabilidad patrimonial del Estado ha cambiado enormemente, desde el Derecho Civil hasta el Derecho Administrativo.
- 2) Al ser un área de exploración relativamente nueva, hay una falta de legislación respecto de la responsabilidad en la que incurre el Estado frente a los actos materialmente judiciales y legislativos, ya que, en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, hay una exclusión expresa respecto de éstos aun con el artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 3) El error judicial es una figura poco explorada en el Derecho mexicano, no obstante que en la jerarquía constitucional existe la Convención Americana de Derechos humanos que expresamente contiene la indemnización por error judicial.
- 4) Para que resulte aplicable este concepto, es necesario que el error judicial se regule cuando se afecte la esfera jurídica del particular de manera grave y directa.
- 5) El ordenamiento legal español y el mexicano tienen fuentes muy similares por su origen hispánico, pero difieren en que el mexicano no sanciona el error judicial, a diferencia del español que sí lo hace.

- 6) Una propuesta legítima para resolver los problemas que plagan al Poder Judicial mexicano, recae sobre dos cuestiones: la verdadera implementación de la carrera judicial en el país; y retomar la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia del error judicial.

## Bibliografía

CAMBERO QUEZADA, G. *La evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en México*. Guadalajara, 2015.

MEDINA VILLANUEVA, J. E. *Introducción a la responsabilidad civil extracontractual*, Tirant Lo Blanch. Ciudad de México, 2021.

ORTIZ TREVIÑO, R. G. (2015). *El error judicial, un intento conceptual y una enunciación etiológica del mismo*. Ciudad de México. Obtenido por: Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa: <http://cesmdfa.tfja.gob.mx/tesisXXIV/lineC3.html>

PAZ MEDINA, L. A., González Hernández, M., & Ramos Ferrer, J. A.. *Estado del arte del error judicial en México*. Tenosique: Revista Iberoamericana de Ciencias, 2016.

RIVERA, L. J. *EL Juicio Ordinario Administrativo y El Juicio Contencioso-Administrativo*. Ciudad de México: UNAM, 2013.

RUIZ, J. F. (1997). *Revista Jurídica UNAM*. obtenido de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3484/4124>

SANTA CRUZ DEL BARRIO, C. *Responsabilidad de jueces y magistrados: análisis jurisprudencial*. Valladolid: Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 2020.

# La pérdida de chance o de oportunidad

SARA ALEJANDRA REJON RÍOS<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Contexto y antecedentes históricos*. III. *Descripción y Análisis*. IV. *Situación actual*. V. *Regulación*. VI. *Opinión personal y Conclusión*.

**Resumen.** La pérdida de oportunidad, también conocida como *pérdida de chance*, ha creado un panorama de importancia en el derecho civil. El presente estudio examina dicho concepto, desde sus orígenes etimológicos hasta su implementación en distintos sistemas jurídicos internacionales dentro de la responsabilidad civil, otorgando especial atención al ámbito jurídico mexicano. Buscando proporcionar una comprensión más completa de la responsabilidad civil, y el impacto de la pérdida de oportunidad.

**Palabras clave:** Oportunidad, chance, responsabilidad, pérdida.

**Abstract.** *The loss of opportunity, also known as loss of chance, has created an important panorama in civil law. This study examines this concept, from its etymological origins to its implementation in different international legal systems within civil liability, giving special attention to the Mexican legal environment. It seeks to provide a more complete understanding of civil liability and the impact of loss of opportunity.*

**Keywords:** *Opportunity, chance, responsibility, lost.*

## I | Introducción

La figura jurídica de la pérdida de oportunidad, también conocida como *pérdida de chance*, se ha convertido en un tema de gran relevancia en el ámbito del derecho de responsabilidad civil. Esta noción se refiere a la situación en la que un individuo experimenta el arrebató de la probabilidad de obtener un

---

<sup>1</sup> Estudiante de 9º semestre de Derecho de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara.

resultado favorable debido a la conducta negligente o ilícita de un tercero. A pesar de que la pérdida de oportunidad se ha consolidado como un concepto legal importante en diversos sistemas jurídicos, su definición, condiciones, características y cuantificación plantean desafíos significativos.

Este trabajo de investigación tiene como objetivo analizar a fondo la pérdida de oportunidad, explorando su origen etimológico, evolución y su impacto en los principios tradicionales de la responsabilidad civil. Se prestará una atención especial a su aplicación en México, considerando la jurisprudencia y la doctrina mexicanas. Se examinarán las definiciones ofrecidas por tribunales y expertos en este país, y se destacará la importancia de la certeza del daño en esta figura en el contexto mexicano.

En última instancia, este trabajo tiene como objetivo ahondar sobre un concepto legal complejo y evolutivo que desafía las nociones tradicionales de la responsabilidad civil, y que en México resulta tan novedoso. Con esta labor se busca proporcionar una comprensión más profunda de la pérdida de oportunidad y su impacto progresivo en la práctica legal en este país.

## II ] Contexto y antecedentes históricos

El concepto de *perte de chance*, también conocido como pérdida de chance o de oportunidad, en el ámbito jurídico surgió gracias a la doctrina y la jurisprudencia en la segunda mitad del siglo XIX. Su origen se atribuye a Francia, donde se desarrolló gradualmente a través de decisiones judiciales y difusión de los doctrinistas.

Sorprendentemente viene de un país del *Civil Law*, pues como ya lo mencionamos esta figura nació fuera de los códigos y leyes, y aún así logró tener repercusión en los textos legales de la época. El primero que estableció la noción de pérdida de chance es una resolución del Tribunal de Casación francés, del 17 de julio de 1889, la cual trataba sobre un *alguacil* que impidió la tramitación de un proceso. En un principio, esta figura buscaba indemnizar a aquellos que perdían la oportunidad de tener un resultado positivo en algún proceso, concurso o certamen por culpa de un tercero. Es así que tiempo después la misma doctrina del chance fue utilizada por la Sala de lo Civil del Tribunal de Casación en sentencia de 17 de marzo de 1911, relativa a un mandamiento procesal que se abstuvo de ejercitar la acción, consolidándose definitivamente en el *arrêt de la Chambre de Requête*s del 26 de mayo de 1932, sobre

la actuación negligente de un notario<sup>2</sup>. Después de varias resoluciones francesas haciendo alusión a esta noción, llegaron los ejemplos por excelencia que hasta hoy en día se siguen usando para ilustrar la pérdida de chance u oportunidad en todos los sistemas jurídicos que la emplean, como son el incumplimiento contractual de un transportista que no entrega al caballo de competencia a su propietario a tiempo para que pueda competir, ocasionando una falta que priva al propietario de la oportunidad que tenía de ganar un premio con su animal; otro caso muy recurrido en la práctica es en la responsabilidad civil médica, cuando se priva al paciente de sanar o sobrevivir, debido a una negligencia.

Desde entonces esta noción siguió tomando fuerza, traspasó fronteras y llegó a popularizarse en países del *Common Law* como Inglaterra, y posteriormente Estados Unidos.

En Inglaterra la primera sentencia que indemnizó la pérdida de un chance se remonta a 1911 y era el caso *Chaplin v. Hichs*, de la Court of Appeal, que admite la resarcibilidad de la posibilidad frustrada de ganar un concurso.<sup>3</sup> En resumen, el caso trata de un concurso convocado por un agente teatral que consistía en contratar a 12 actrices elegidas de entre 50 candidatas, las ganadoras se dividirían en 3 grupos de 4 a las cuales se les repartiría una suma de 20, 16 y 12 libras esterlinas de manera mensual dependiendo el grupo. La parte actora fue una de las 50 candidatas, pues el agente teatral no le comunicó la fecha de su entrevista personal y por lo cual no pudo tener la oportunidad de ser una de las 12 seleccionadas. Al final obtuvo una indemnización de 100 libras esterlinas, la explicación de la resolución fue que ella tenía una posibilidad de cuatro de ser elegida para obtener una ganancia gracias a dicho concurso, es decir esa *chance* representaba un valor económico y a causa del agente la perdió, lo que dió lugar a una indemnización.

Estados Unidos considera que la doctrina se introdujo al país a raíz del caso inglés mencionado anteriormente. Este caso marcó un punto de partida fundamental al ofrecer un enfoque innovador para abordar cuestiones relacionadas con la pérdida de oportunidades en el contexto del *Common Law*. A partir de ahí sucedió lo mismo que en los países nombrados, la pérdida de chance fue tomando poder en Estados Unidos y así nacieron dos

---

<sup>2</sup> MEDINA ALCOZ, Luis. *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad*, Editorial Aranzadi, España, 2007, p.131.

<sup>3</sup> BATALLA ROBLES, Ricardo. *La teoría de la pérdida del chance o de oportunidad y su aplicabilidad en Costa Rica*, tesis, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2010, p. 37.

importantes sentencias que ilustran esta figura. Una fue de la *Texas Court of Civil Appeal* de 1917 con el caso *Kansas City M. & O. Ry. Co V. Bell*; y la otra del Tribunal Supremo de Iowa de 1912 en el caso *Wachtel v. National Alfalfa Journal Co.*<sup>4</sup>

La evolución de esta figura a través de la jurisprudencia e interpretación de los doctrinistas hizo que los países adquirieran posturas diferentes respecto de la misma durante el siglo XX, que fue cuando realmente se posicionó en el mundo jurídico internacional. Existen 3 tendencias preponderantes.<sup>5</sup> Primero están los países *padres*, Francia e Inglaterra, y los *hijos* que siguieron e implementaron ampliamente la doctrina en sus sistemas jurídicos como lo son Italia, Bélgica, Argentina, Chile y Australia. Para nuestro estudio es de especial relevancia el caso de Francia, Argentina, y Chile, todos ellos pertenecientes al *Civil Law*.

Francia, como buen progenitor, es el país que más ha implementado y desarrollado la figura de la pérdida de oportunidad. En este país hay fallos que utilizan esta figura para indemnizar daños por este concepto en múltiples campos, como lo son competiciones deportivas, pictóricas, literarias, escultóricas, etc. También ocupa un lugar importante en los casos de responsabilidad patrimonial del Estado y, en los casos de responsabilidad civil médica.

En Argentina existe un amplio desarrollo del tema, sustentado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Al igual que en Chile, donde hay un caso donde se condena al Estado por haber actuado con negligencia ante el tsunami del 2010, la cual está totalmente sustentada en la figura de la pérdida de la chance (sentencia CS Rol 12169-2017), la cual estudiaremos posteriormente.

En segundo lugar, están los países que guardan cierta reserva respecto de la aplicación de esta figura. Es decir, los que formalmente admiten su aplicación, pero materialmente es rechazada por los órganos jurídicos; y se admiten únicamente en ciertos campos específicos.

Teniendo el caso de Canadá, que basa su jurisprudencia en la francesa y por lo tanto admite la figura, pero la realidad es que la mayoría de sus estados (los anglosajones) y hasta los tribunales en sí, se muestran reservados.

Estados Unidos aplica la pérdida de chance únicamente en el ámbito de responsabilidad médica, lo cual es raro porque como

---

<sup>4</sup> Ibid, p. 38.

<sup>5</sup> Ibid, p 38-41.

lo vimos anteriormente, cuando recién se adoptó la doctrina se aplicaba también en casos de concursos.

En tercer lugar, existen los países que rechazan la indemnización de las oportunidades perdidas por completo. En esta categoría están Alemania, Dinamarca, Suiza, Noruega, y más.

Por último, en esta sección, nos interesa abordar los antecedentes históricos propios de México. Para el sistema mexicano es un concepto bastante novedoso, apenas empezó a introducirse en algunas tesis aisladas a partir del siglo XXI, la más antigua que logramos identificar data del 2016. Más adelante en esta investigación profundizaremos sobre el caso en específico de México y su avance en esta doctrina.

### III ] Descripción y análisis

La pérdida de oportunidad o pérdida de chance es un concepto jurídico que se ha convertido en un elemento importante en el ámbito de la responsabilidad civil en diversos sistemas legales. A lo largo de los años, este concepto ha evolucionado y ha generado un debate significativo en la comunidad jurídica debido a su naturaleza particular. A continuación, profundizaré en la descripción y análisis de la pérdida de oportunidad, es importante indagar en su definición, condiciones, características y cuantificación.

*i) Etimología y significado.* La noción detrás de una palabra se empieza a comprender con la etimología de la misma. La palabra *Chance*, nos remonta a su origen francés, como lo especifica la Real Academia Española: *Voz tomada del francés o del inglés Chance que significa oportunidad*<sup>6</sup>. De ahí que algunos sistemas en el mundo llamen a la figura como pérdida de chance, y otros bajo la denominación que utiliza nuestro derecho, pérdida de oportunidad. Independientemente de la palabra, incluso idioma utilizado, el significado es el mismo.

Aclarando la diferencia de nombres entre los sistemas jurídicos, seguimos con el estudio de la palabra que terminará por explicar la relación del nombre de esta figura con el derecho. A partir del siglo XII, la suerte<sup>7</sup>, en su primer sentido, hace referencia a la fortuna y el éxito. Así es como caen los dados y el azar

---

<sup>6</sup> Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, *Diccionario panhispánico de dudas (DPD)*, <https://www.rae.es/dpd/chance>, 2.<sup>a</sup> edición (versión provisional). Consulta: 07/11/2023.

<sup>7</sup> Una de las acepciones de la palabra *Chance* en francés es suerte.

(afortunado o desafortunado). Esta es la forma en que suceden las cosas y los acontecimientos (felices o infelices) ocurren, con suerte. Unos 600 años después, la palabra suerte cobrará otro significado: a través de ella existe la posibilidad de que ocurra por casualidad. Este matiz introduce la dimensión de eventualidad, oportunidad, probabilidad y por tanto incertidumbre. Es así que la etimología se relaciona, de manera inesperada, con las reglas y sutilezas del derecho de responsabilidad civil.

De hecho, la etimología del término *chance* resume los aspectos legales notables de esta noción. Por un lado, la oportunidad es versátil: implica el misterio del éxito o del fracaso, el lado feliz o infeliz del acontecimiento, su aspecto positivo o negativo. La posibilidad de no ganar o ganar, curarse o no curarse. Por otro lado, la oportunidad conduce a la incertidumbre, a lo posible y por tanto abre el camino al cálculo de probabilidades. La chance lleva a quienes quieren aprehenderla a una proyección, a una especulación que ronda, a veces arbitrariamente, entre eventualidades de las que la única certeza que podemos tener es que son simplemente probables, que pueden o no suceder. Por tanto, he ahí la relación de la etimología y su evolución con el derecho.

*ii) Alteración de los principios de responsabilidad civil.*

Siguiendo con nuestro estudio, la noción de pérdida de oportunidad es algo *perturbadora* porque altera varios principios importantes de la responsabilidad civil. Clásicamente, el daño jurídicamente reparable debe ser cierto y directo, lo que excluye un daño probable. Sin embargo, la pérdida de oportunidad se interpone entre el daño cierto y el daño probable, y termina por medio borrar la línea entre ambos.<sup>8</sup> La doctrina distingue entre el daño probable, que es virtual reparable, y el daño aleatorio, que habla del daño eventual y no es reparable por su grado de incertidumbre.<sup>9</sup>

*iii) Definición de la pérdida de oportunidad.* Pasando a definir concretamente la figura, presentaremos algunas de las definiciones dadas por la jurisprudencia y otras por doctrinistas. La pérdida de oportunidad es definida por la sala penal y por la

---

<sup>8</sup> TELLER, Maria. *La perte d'une chance de contracter ou de ne pas contracter*. Conferencia. Association droit et commerce. Tribunal de Comercio de Marsella, Francia, 5 de abril de 2013.

<sup>9</sup> BRIGUET-LAMARRE, R. *La perte de chance: définition, conditions, évaluation*, Francia, 2023. <https://aideauxtd.com/perde-de-chance/>. Fecha de consulta 7/11/2023.

primera sala civil francesas como: *La disparition, par l'effet d'un délit, de la probabilité d'un événement favorable, encore que par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certain.*<sup>10</sup> [La desaparición, como resultado de un delito, de la probabilidad de un evento favorable, aunque por definición, la realización de una oportunidad nunca es segura].

Posteriormente, esta definición evolucionará e integrará el elemento de la certeza del daño en la definición de pérdida de oportunidad en una sentencia dictada en 2010. Desde esta sentencia la pérdida de suerte presenta un carácter directo y cierto cada vez que se constata la desaparición de una eventualidad favorable<sup>11</sup>.

En cuanto a la doctrina hay diferentes fuentes que intentan definir esta figura, los autores franceses Mazeaud, Mazeaud y Chabas la definen así: *Une situation par définition avantageuse pour la future victime, comportait un aléa et lorsque, par le fait du défendeur, cet aléa a disparu, emportant les chances qu'avait le demandeur de conserver une situation bénéfique ou de la voir se réaliser.* [Una situación por definición ventajosa para la futura víctima, que comporta un álea y cuando por el hecho del demandado dicho álea desaparece, incluyendo la posibilidad que tenía el demandante de conservar una situación benéfica o verla realizar]<sup>12</sup>

Como aportación a la doctrina no francesa, el costarricense Federico Torre Alba Navas hace la siguiente reagrupación de elementos que constituyen el concepto estudiado:

1) Un aspecto cierto: La preexistencia de una oportunidad objetiva y seria. Existe, en primer término, un componente fáctico o una oportunidad objetiva y seria, consistente en circunstancias reales que permitirían anticipar, con anterioridad al evento dañoso, el desarrollo de un curso de acontecimientos favorable al sujeto afectado: Un estado de cosas que ya contiene, en estado germinal, la simiente de otro estado de cosas preferible. Esta es, propiamente, la oportunidad seria y real que gozaba el perjudicado antes del evento dañoso, y que resulta frustrada como consecuencia de éste. Este componente fáctico, constituye un

<sup>10</sup> Cour de Cassation, Chambre criminelle, 74-92.118, sentencia del 18 de marzo 1975. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007056911?isSuggest=true>. Fecha de consulta 7/11/2023.

<sup>11</sup> Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, sentencia del 14 de octubre de 2010, 09-69.195. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000022921702/>. Fecha de consulta: 07/11/2023

<sup>12</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *La pérdida de la oportunidad en derecho mexicano: una asignatura pendiente*, México, GDCA abogados, fecha desconocida.

hecho que debe ser acreditado con base en los elementos comunes de prueba.

2) Un aspecto incierto: La preexistencia de un álea. El segundo componente de la pérdida del chance, es la existencia de un componente aleatorio: Si bien el damnificado se encontraba en una situación propensa al desenvolvimiento causal de un estado de cosas favorable, existe, sin embargo, cierto margen de incertidumbre. En otras palabras, hay un número de variables indeterminadas, desconocidas, que podrían haber tenido incidencia negativa sobre la realización de la oportunidad. Según el Lic. Torrealba, el álea inherente a toda pérdida de oportunidad, si bien existe, no se indemniza. A la hora de fijar el quantum debitor se debe descontar el factor aleatorio, al cual se le asigna un valor.

3) Un hecho interruptor del desenvolvimiento causal normal, atribuible al responsable. El tercer elemento es la interrupción del curso causal normal de los acontecimientos, por virtud de un hecho (activo u omisivo) imputable al responsable, cuyo efecto es la erradicación de la oportunidad en un momento en que no es posible determinar si, a falta del hecho dañoso, la oportunidad se habría realizado a plenitud.

4) Un resultado cierto: La supresión o reducción significativa de la oportunidad preexistente. Debido a la acción u omisión del responsable, se determina un resultado cierto de naturaleza fáctica consistente en la desaparición o reducción del chance u oportunidad preexistente. Se puede demostrar empíricamente el resultado dañino que frustra la oportunidad, mediante elementos comunes de prueba.<sup>13</sup>

Entonces se concluye que la figura compuesta y evolucionada, por una parte, tiene que poblar un daño cierto y directo, el daño puede ser existente o futuro, pero no puede ser hipotético. En decir, que efectivamente el daño causado haya hecho desaparecer la oportunidad de que una situación positiva sucediera o de que una situación negativa no sucediera, o incluso que sucediera con menor intensidad. Esos son los dos primeros elementos importantes a tener en cuenta para la utilización de esta figura, daño cierto y directo.

Cierto porque se tiene la certeza de que es una oportunidad seria y real frustrada, y que, si no se hubiera producido el hecho dañoso, la víctima hubiera mantenido la esperanza vista como oportunidad en el fruto de obtener una ganancia o evitar una pérdida. Directo porque el nexos causal debe probar que la víctima,

---

<sup>13</sup> TORREALBA NAVAS, Federico. *La pérdida de oportunidad o chance*, Artículo inédito, en BATALLA ROBLES, Luis, Op. Cit. P. 55-56.

para poder perder la oportunidad debía previamente tener una, y que a causa del hecho ilícito ya no la tiene. Es decir, que la acción u omisión del demandado ha sido la causa principal de la pérdida de la oportunidad.

iv) *Naturaleza de la figura.* La pérdida de oportunidad es una construcción jurídica que busca remediar una situación en la que un individuo ha visto disminuida su probabilidad de obtener un resultado favorable debido a la conducta negligente o ilícita de un tercero. La figura se basa en la premisa de que, en circunstancias normales, una persona tenía una oportunidad real y sustancial de lograr un resultado beneficioso, pero esa oportunidad se ha desvanecido debido a la acción del demandado. Es esencial comprender que la pérdida de oportunidad no busca indemnizar el resultado en sí mismo, sino la oportunidad perdida para alcanzar ese resultado.

Dicho lo anterior, los expertos remarcan la importancia de definir y clasificar la figura de la pérdida de oportunidad en el ámbito del Derecho de daños. Este debate, que podría parecer puramente académico en principio, adquiere una relevancia práctica significativa en la aplicación del principio de congruencia en los procesos legales y en la búsqueda de brindar seguridad jurídica.

A pesar de los esfuerzos por llegar a una conclusión definitiva, persiste la falta de consenso y claridad en cuanto a si la pérdida de oportunidad debe ser considerada como un tipo de daño económico, daño moral o una categoría autónoma en sí misma. Este tema ha generado debates y diferentes puntos de vista entre los expertos en la materia.

En el marco del Derecho de la responsabilidad civil, se distingue entre daños y perjuicios, que en la actualidad abarcan no solo aspectos económicos sino también daños extrapatrimoniales. Esta clasificación se extiende al daño emergente (el menoscabo presente en el patrimonio del damnificado al momento de la sentencia) y al daño futuro (como los gastos de por vida de una persona discapacitada en dispositivos ortopédicos). Por otro lado, el perjuicio se relaciona con el lucro cesante (las nuevas utilidades que el damnificado no obtiene debido al hecho ilícito o incumplimiento).<sup>14</sup>

El punto crucial es que, respecto a la pérdida de oportunidad, persisten divergencias en la doctrina legal. Algunos la vinculan estrechamente al lucro cesante, mientras que otros

---

<sup>14</sup> BATALLA ROBLES, Luis, op. cit. 56-64.

argumentan que se diferencia por su amplitud, ya que puede abarcar aspectos económicos y morales, incluso algunos otros argumentan que es una subespecie del género de daños. Esta falta de consenso se traduce en una falta de claridad en la doctrina y jurisprudencia.

Sin embargo, la conclusión principal es que, independientemente del desacuerdo doctrinal en cuanto a su clasificación, la pérdida de oportunidad es una figura importante en el Derecho de daños y forma parte de los daños y perjuicios que pueden ser objeto de indemnización

v) *Cuantificación de la pérdida de oportunidad.* La cuantificación de la pérdida de oportunidad puede, como la mayoría de los demás temas en responsabilidad civil, puede ser un desafío, dado que se basa en la idea de probabilidad y potencial. Los tribunales y expertos en derecho han desarrollado enfoques diversos para evaluar y cuantificar la pérdida de oportunidad, que pueden incluir:

- Métodos probabilísticos: En algunos casos, se utilizan métodos matemáticos y estadísticos para determinar la probabilidad de que un resultado favorable se hubiera logrado si no se hubiera perdido la oportunidad. Esto puede implicar el uso de modelos de probabilidad y cálculos.
- Análisis pericial: Los peritos pueden desempeñar un papel crucial en la cuantificación de la pérdida de oportunidad. Realizan evaluaciones expertas para determinar la probabilidad de éxito antes y después de la pérdida del chance.
- Valoración subjetiva: En situaciones en las que la cuantificación precisa es difícil, se pueden considerar factores subjetivos, como la opinión de expertos y el testimonio de las partes involucradas.

La realidad es que la cuantificación de la pérdida de la chance da para un trabajo entero de investigación, es por eso que terminaremos esta sección con mencionar los 4 elementos fundamentales, según Ricardo Pascale, para una aproximación general para cuantificar la pérdida de la chance<sup>15</sup>. Estos elementos son; 1.Los flujos de fondos.- 2. Período de tiempo.- 3. Tasa de descuento.- 4.Incertidumbre.

---

<sup>15</sup> PASCALE, Ricardo. *La pérdida de la chance: una contribución a su cuantificación*, Universidad de la República, Uruguay, 2018, p. 3.

La cuantificación de la pérdida de oportunidad a menudo depende de las circunstancias del caso y la jurisprudencia aplicable en una jurisdicción particular. En última instancia, el objetivo es proporcionar una compensación justa y equitativa al demandante por la oportunidad perdida de lograr un resultado favorable o menos perjudicial que el obtenido.

#### IV ] Situación actual

En la actualidad, es importante destacar que, la noción de pérdida de oportunidad tiene una aplicación y aceptación generalizada en el ámbito del Derecho Comparado, tanto en situaciones contractuales como extracontractuales, así como en los campos del Derecho Público y Privado. Es fundamental reconocer que dentro de la categoría de pérdida de oportunidad se indemnizan diversos tipos de perjuicios, que pueden ser de naturaleza patrimonial, como la pérdida de la oportunidad de obtener ganancias o de ahorrar costos específicos, así como daños de carácter no patrimonial, como la pérdida de la oportunidad de sobrevivir o de recuperarse de una enfermedad, y también situaciones mixtas, como la privación de oportunidades para avanzar en una carrera profesional. Aunque gran parte de los enfoques y definiciones relacionados con la pérdida de chance que hemos rescatado en la literatura jurídica se centran en pérdidas de chance de naturaleza patrimonial, todas las manifestaciones de esta figura comparten un principio común.<sup>16</sup>

Como ya lo mencionamos, este principio ha estado presente en sistemas jurídicos por más de 100 años, pero lo que fue en un principio ya no es lo que es hoy. Al menos no en todas las jurisdicciones. Mientras algunos países han ampliado su aplicación y otros la han reducido, otros cuantos apenas empiezan a implementarla y a estudiarla más a fondo, como es el caso de México que utilizó este concepto en su jurisprudencia hace apenas un par de años. Entonces se podría decir que, hasta la fecha, la pérdida de oportunidad está en plena evolución. Siguiendo la pauta que marca Francia, como pionero en esta figura jurídica, notamos que por mucho tiempo el Tribunal de Casación (francés) indemnizó la pérdida de chance como una fracción del daño<sup>17</sup>, a diferencia del Consejo de Estado que indemnizaba el daño en su totalidad, una uniformización de la jurisprudencia de los dos órdenes de competencia parece estar tomando forma. Este

---

<sup>16</sup> BATALLA ROBLES, Luis, Op. Cit p.43.

<sup>17</sup> Postura restrictiva.

concepto se utiliza en ocasiones para compensar el incumplimiento de una obligación de información, o incluso un daño por falta de preparación, o para sancionar un fallo técnico (retraso en la intervención, error en el diagnóstico, etc.). La pérdida de oportunidad no reemplaza el vínculo causal, sino que repara el daño o la desaparición de una probabilidad de rechazar un tratamiento, obtener una cura o sufrir menos daño.

## V ] Regulación

Aunque cada país tiene posturas diferentes al respecto, un pequeño estudio de derecho comparado en varias jurisdicciones nos permitió confirmar que la teoría de la pérdida de chance no está en retroceso.<sup>18</sup> Al contrario, cada vez más países reconocen una forma de indemnización por pérdida de oportunidades, o en el caso contrario, que para efectos de este trabajo no profundizaremos en el tema, consagran soluciones alternativas a esta figura.

La pérdida de chance plantea cuestiones complejas en el ámbito legal, ya que implica determinar la probabilidad de que una oportunidad se habría materializado si no fuera por la negligencia o el incumplimiento de un tercero. Esto requiere una evaluación cuidadosa de evidencia, factores de causalidad y cálculos de daños que pueden variar significativamente de un país a otro. A través de esta comparación, exploraremos las similitudes y diferencias en las regulaciones y jurisprudencia relacionadas con la pérdida de chance en estos dos sistemas legales, brindando una visión integral de cómo se aborda esta cuestión en distintas partes del mundo.

Al analizar la regulación de la pérdida de chance, buscamos proporcionar información objetiva de cómo y en qué casos se utiliza esta figura en México y otros países. Esta investigación contribuirá a una comprensión más completa de cómo se aborda la pérdida de chance en la práctica legal y las implicaciones que esto tiene para las partes afectadas y la justicia en general.

1. *México*. La pérdida de chance u oportunidad en México es una noción que entró recientemente al sistema jurídico mexicano, y aún es poco utilizada. Aunque no existe una ley específica que aborde exclusivamente la pérdida de chance en el

---

<sup>18</sup> LENTZ, Jeanne. *Controverse autour de la notion de perte d'une chance envisagée en tant que dommage*, Liège Université, Bélgica, 2018.

sistema jurídico mexicano, los tribunales mexicanos han abordado este concepto en sus decisiones y jurisprudencia.

A continuación, la jurisprudencia mexicana relacionada con la pérdida de chance, que nos ayudará a ilustrar cómo se utiliza la figura en el país: *RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO. LA TEORÍA DE LA OPORTUNIDAD PERDIDA ES APLICABLE PARA DECIDIR SOBRE SU MALA PRAXIS.*<sup>19</sup>

Esta tesis destaca que el mayor desafío que enfrenta una persona que demanda a su abogado en un caso subyacente es demostrar que, de no ser por la negligencia del abogado, habría tenido éxito en su pretensión original. Esta dificultad se debe a la teoría del caso dentro de un caso, que exige a la parte demandante reconstruir todo el juicio subyacente, lo que implica una carga probatoria desproporcionada. Para abordar esta situación y equilibrar las cargas probatorias, se ha propuesto la aplicación de la teoría de la pérdida del chance. Según esta teoría, la obligación del abogado se considera como de medios y no como un resultado garantizado. En lugar de demostrar de manera absoluta el mérito de la pretensión original, la parte demandante solo necesita evidenciar la probabilidad de éxito y demostrar el esfuerzo del abogado en favor del cliente. Esta postura se apoya en los principios del sistema probatorio mexicano, que busca una distribución equitativa de las cargas probatorias en los juicios.

Se destaca entonces que uno de los usos que se le da a esta teoría en nuestro país es para equilibrar la carga de la prueba en un *case within a case*. *RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO. SU MALA PRAXIS PROFESIONAL, PRODUCIDA POR DEJAR PRESCRIBIR LAS PRETENSIONES DE SU CLIENTE, DA LUGAR A QUE EL VALOR DE ÉSTAS PUEDA CONSIDERARSE EN LA SENTENCIA CONDENATORIA.*<sup>20</sup>

Esta tesis nos dice que, en casos de responsabilidad civil del abogado debido a su mala praxis profesional, especialmente cuando deja prescribir las pretensiones de su cliente por inacción, el valor de estas pretensiones puede considerarse en una sentencia

---

<sup>19</sup> *RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO. LA TEORÍA DE LA OPORTUNIDAD PERDIDA ES APLICABLE PARA DECIDIR SOBRE SU MALA PRAXIS* Décima Época, Registro: 2022912, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, 2021.

<sup>20</sup> *RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ABOGADO. SU MALA PRAXIS PROFESIONAL, PRODUCIDA POR DEJAR PRESCRIBIR LAS PRETENSIONES DE SU CLIENTE, DA LUGAR A QUE EL VALOR DE ÉSTAS PUEDA CONSIDERARSE EN LA SENTENCIA CONDENATORIA*, Décima Época, Registro: 2022913, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, 2021.

condenatoria. Según el artículo 35 y el artículo 71 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional en la Ciudad de México, y en concordancia con la teoría de la oportunidad perdida o pérdida del chance, el juez debe analizar las posibilidades hipotéticas de éxito de la pretensión que no prosperó y reconocer que las obligaciones del profesional son de medios y no de resultados.

Si se demuestra que la negligencia del abogado, al dejar prescribir las pretensiones del cliente, fue la razón para la pérdida total del derecho a hacer valer esa pretensión, es legal y razonable considerar en la cuantificación de la condena de daños las prestaciones pecuniarias que el cliente ya no pudo demandar a su deudor, las costas y la restitución de las sumas pagadas por concepto de honorarios profesionales o gastos. Esta decisión se basa en el incumplimiento de la obligación de medios por parte del abogado, lo que resultó en la pérdida no solo del adeudo subyacente, sino también del derecho mismo a hacer valer la pretensión.

Esta tesis viene a completar directamente a la anterior citada, y se posiciona no respecto de la carga probatoria, pero de la indemnización por parte del abogado a su cliente en caso de ser responsable de la pérdida de alguna oportunidad ventajosa por dejar prescribir pretensiones.

*RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA EXTRA CONTRACTUAL POR ACTUACIONES MÉDICAS. SI QUIEN LA RECLAMA FORMA PARTE DE UN GRUPO VULNERABLE, PARA PROBAR EL NEXO CAUSAL ENTRE LA ACTUACIÓN Y EL DAÑO MATERIAL O MORAL, DEBE APLICARSE LA TÉCNICA PROBATORIA DENOMINADA "OPORTUNIDAD PERDIDA".*<sup>21</sup>

La tesis expone que, en casos de responsabilidad civil subjetiva extracontractual por actuaciones médicas, especialmente cuando la víctima forma parte de un grupo vulnerable, la prueba del nexo causal entre la actuación médica y el daño material o moral puede ser sumamente difícil debido a las complejidades del cuerpo humano y a la falta de conocimiento médico por parte de los

---

<sup>21</sup>RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA EXTRA CONTRACTUAL POR ACTUACIONES MÉDICAS. SI QUIEN LA RECLAMA FORMA PARTE DE UN GRUPO VULNERABLE, PARA PROBAR EL NEXO CAUSAL ENTRE LA ACTUACIÓN Y EL DAÑO MATERIAL O MORAL, DEBE APLICARSE LA TECNICA PROBATORIA DENOMINADA OPORTUNIDAD PERDIDA. Décima Época, Registro: 2021435, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, enero de 2020.

pacientes. La aplicación de la técnica probatoria de la *oportunidad perdida* aborda esta problemática.

La técnica de la *oportunidad perdida* se basa en tres requisitos:

a. Que la parte que reclama la indemnización pertenezca a un grupo vulnerable.

b. Existencia de incertidumbre causal, lo que significa que no se puede probar de manera concluyente que la actuación médica incorrecta causó el daño, pero tampoco se puede demostrar que el daño no se debió a la falta de atención oportuna del médico.

c. Debe estar probado objetivamente que existía una posibilidad significativa de evitar el daño con el comportamiento adecuado. Esta posibilidad debe ser real y seria, respaldada por datos objetivos, y no una mera especulación.

Al aplicar esta técnica, se reconoce que, aunque no se pueda establecer de manera definitiva que la actuación médica incorrecta causó el daño, sí se puede demostrar que la víctima perdió una oportunidad real y seria de evitar ese daño. Esta aproximación busca equilibrar la justicia al ofrecer una vía para que las personas afectadas, especialmente aquellas en situaciones de vulnerabilidad, reciban indemnización por la pérdida de oportunidades ocasionada por la negligencia médica.

Esta última tesis aborda uno de los temas más socorridos por la figura de la pérdida del chance a nivel internacional. Sin embargo, lo aborda desde una postura algo criticada, la de compensar con la figura jurídica estudiada la necesidad de probar un nexo causal.

Es así como ha comenzado a postularse el derecho mexicano sobre la pérdida de chance o de oportunidad, con la responsabilidad civil del abogado por mala praxis y la de la responsabilidad civil médica. Sin duda, queda un largo camino por recorrer y mucho por estudiar, pero el proceso es bueno y enriquecedor.

2. *Países de tradición romana.* Los países de tradición romana, como el derecho italiano o el derecho francés, son muy favorables a la aplicación de esta teoría en un gran número de casos. El derecho francés admite tanto la concepción extensiva como la restrictiva de la pérdida de una oportunidad como lo mencionabas hace un par de párrafos. Desde este punto de vista, es muy similar a la ley belga. En estos países se aplica tanto los casos judiciales como administrativos. En Italia, la primera sentencia sobre la pérdida de una oportunidad se dictó el 4 de marzo de 2004. Esto es relativamente tarde en comparación con las leyes belgas y francesas.

Aunado a esto se encuentra toda la jurisprudencia ya citada en el resto de la investigación, que nos da una idea bastante clara de la amplia aplicación de esta figura en estos países, sobretudo en Francia.

3. *Países del common law.* En las tradiciones anglosajonas, como el derecho inglés y estadounidense, encontramos una posición intermedia, porque se acepta la teoría de la pérdida de oportunidad, pero sólo es aplicable en un número limitado de hipótesis, como perder una oportunidad de ganar un caso judicial o participar en un concurso para el caso de Inglaterra; o únicamente para responsabilidad civil médica como es el caso de Estados Unidos.

Por ejemplo, en lo que respecta al derecho inglés, en el caso *Mac Ghee/National Coal Board*<sup>22</sup>, la Cámara de los Lores permitió recurrir al concepto de pérdida de una oportunidad de evitar una enfermedad, si no se podía determinar el vínculo causal entre la culpa y el daño establecido<sup>23</sup>. Por otro lado, en el caso *Whilsher/Essex Area Health Authority*, la Cámara de los Lores rechazó el uso de la pérdida de la oportunidad de no nacer ciego.

La Corte Suprema de Canadá adopta un punto de vista aún más estricto, en el sentido de que parece rechazar la pérdida de una oportunidad en su concepción restrictiva, dado que sólo admite la pérdida de oportunidades futuras o hipotéticas, si el nexo causal es cierto.

Respecto a la pérdida de oportunidades en el ámbito médico, es rechazada por los Tribunales Supremos de Inglaterra, Canadá y Australia. Sin embargo, Australia e Inglaterra adoptan una posición menos estricta que Canadá y parecen dispuestas a hacer ciertas concesiones.<sup>24</sup>

Si no se acepta la pérdida de una oportunidad, se aplica el derecho común. Cabe señalar que el principio de indemnización en el derecho de responsabilidad de los sistemas del *Common Law* se basa en el sistema del todo o nada, según el equilibrio de

---

<sup>22</sup> SPURIN, C.H. *Breach of the Duty of care in negligence*, Nationwide Médiation Academy, Reino Unido, 2004.

<sup>23</sup> Postura criticada por los franceses argumentando que originalmente, la pérdida de oportunidad era un instrumento para atenuar el requisito de certeza del daño y que hoy en día, la noción la utilizan a menudo para remediar la incertidumbre relativa a la relación causal, hasta el punto de que la pérdida de chance se ha convertido en el instrumento de compensación de las expectativas (de cierto modo legítimas) y de las esperanzas frustradas.

<sup>24</sup> KHOURY, L., *Le juge canadien, anglais et australien devant l'incertitude causale en matière de responsabilité médicale*, p. 1007 a 1013, en Lentz, Jeanne, Op. Cit. p. 26.

probabilidades: si el vínculo causal entre la culpa y el daño se basa en una probabilidad superior a 50%, la totalidad del daño es indemnizable. En caso contrario, se rechaza cualquier reparación.

4. *Aplicación en el derecho internacional.* Para terminar, podemos agregar que los principios UNIDROIT, utilizados en el contexto del comercio internacional, contemplan explícitamente en el artículo 7.4.3 (2) la figura de la pérdida de la chance que *La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca.*<sup>25</sup>

## VI ] Opinión personal y conclusión

En mi opinión, la noción de *pérdida de chance* o *pérdida de oportunidad* es un concepto legal interesante que aborda de manera justa situaciones en las que una persona ha sufrido daños debido a la negligencia de otra parte, pero donde en algunas situaciones no tan obvias es difícil establecer una relación causa-efecto definitiva. La pérdida de chance reconoce que, en ciertos casos, una persona puede haber perdido una oportunidad legítima debido a la acción u omisión de otro, lo que justifica una compensación.

Sin embargo, como en cualquier área del derecho, es esencial equilibrar los intereses de todas las partes involucradas y evitar abusos. La pérdida de chance debe aplicarse con cuidado y estudiar profundamente cada caso concreto, basarse en pruebas sólidas de que la oportunidad realmente existía y que su pérdida fue directamente atribuible a la negligencia de la parte demandada.

Considero que México podría aplicar este principio en muchos más ámbitos de los que lo hace y tendría mucho éxito en la protección derechos de las víctimas. Por ejemplo, en la responsabilidad patrimonial del Estado. Recientemente con el desastre natural de Acapulco y la negligencia por parte del Estado en no dar un oportuno aviso de que el huracán tocaría tierra (y con semejante intensidad), se actualiza una clara pérdida de oportunidad en múltiples campos, como el de proteger los bienes expuestos que se podían salvar (barcos, posesiones personales de valor, etc.) o, más importante aún, se les arrebató a muchas personas la oportunidad de luchar por su vida. Claramente, con una actuación adecuada del Estado, proporcionando la información y ayuda adecuadas, los daños que causó el huracán serían mucho

---

<sup>25</sup> Artículo 7.4.3 (2), principios UNIDROIT. Fecha de consulta: 08/11/2023

menores. Aunque en México la responsabilidad patrimonial del Estado se exceptúe en casos fortuitos, debería haber un mecanismo de protección para los ciudadanos en casos como este. En países como Chile ya se ha condenado al Estado por una situación como esta.<sup>26</sup>

En resumen, considero que la pérdida de chance es una herramienta valiosa en el derecho que aborda situaciones complicadas de daños y responsabilidad. Pero su aplicación debe ser guiada por la equidad y la justicia, garantizando que las víctimas reciban una compensación justa sin abrir la puerta a demandas excesivas o injustificadas.

Finalmente, de manera más objetiva, podemos concluir que el ámbito de la pérdida de chance se está ampliando; pero, a medida que la pérdida de chance gana terreno, la noción pierde claridad y tiende a volverse, según las diferentes decisiones judiciales, cada vez más ambigua.

## Bibliografía

Artículo 7.4.3 (2), principios UNIDROIT

BATALLA ROBLES, Ricardo. La teoría de la pérdida del chance o de oportunidad y su aplicabilidad en Costa Rica, tesis, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2010.

BRIGUET-LAMARRE, R. La perte de chance: définition, conditions, évaluation, Francia, 2023. <https://aideauxtd.com/perte-de-chance/>  
Cour de Cassation, Chambre criminelle, 74-92.118, sentencia del 18 de marzo 1975.  
<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007056911?isSuggest=true>

Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, sentencia del 14 de octubre de 2010, 09-69.195  
[.https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000022921702/](https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000022921702/)

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. La pérdida de la oportunidad en derecho mexicano: una asignatura pendiente, México, GDCA abogados, fecha desconocida

INOSTROZA ADASME, Sonia. Análisis de la sentencia CS Rol 12169-2017 a la luz de la pérdida de la chance, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 2020

KHOURY, L., Le juge canadien, anglais et australien devant l'incertitude causale en matière de responsabilité médicale, McGill Law Journal, 2014

LENTZ, Jeanne, Controverse autour de la notion de perte d'une chance envisagée en tant que dommage, Liège Université, Bélgica, 2018

---

<sup>26</sup> INOSTROZA ADASME, Sonia. *Análisis de la sentencia CS Rol 12169-2017 a la luz de la pérdida de la chance*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 2020.

MEDINA ALCOZ, Luis. La Teoría de la Pérdida de Oportunidad, Editorial Aranzadi, España, 2007

PASCALÉ, Ricardo. La pérdida de la chance: una contribución a su cuantificación, Universidad de la República, Uruguay, 2018

Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, Diccionario panhispánico de dudas (DPD), <https://www.rae.es/dpd/chance>, 2.ª edición (versión provisional)

SPURIN, C.H. Breach of the Duty of care in negligence, Nationwide Mediation Academy, Reino Unido, 2004

TORREALBA NAVAS, Federico. La pérdida de oportunidad o chance, Artículo inédito

TELLER, Maria. La perte d'une chance de contracter ou de ne pas contracter. Conferencia. Association droit et commerce. Tribunal de Comercio de Marsella, Francia, 5 de abril de 2013



# ¿Por qué la legislación que regula la portación de armas en México transgrede los principios de certeza y seguridad jurídica?

ADÁN EMILIO ROLÓN DURÁN<sup>1</sup>

*Agradecimientos:  
a Clarissa del Real y a  
los miembros del club de investigación  
de la Universidad Panamericana  
campus Guadalajara*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El derecho al uso de armas en México a través de la historia. III. Regulación actual de la portación de armas en México. IV. Sobre la necesidad de portar armas en México. V. Jurisprudencia en relación con el derecho constitucional a usar armas de fuego. VI. Conclusiones.

**Resumen.** El artículo aborda la regulación de armas en México, destacando la diferencia entre poseerlas en el domicilio (derecho constitucional) y portarlas en lugares públicos (regulado por la Ley de Armas). Se revisa la evolución histórica del derecho desde la Constitución de Cádiz hasta hoy, vinculándolo con eventos como la independencia y la Revolución Mexicana. Se critica la falta de claridad en los criterios para otorgar licencias de portación, resaltando la discrecionalidad de la SEDENA. Se argumenta a favor del derecho a la legítima defensa, respaldado por la alta incidencia delictiva en México. Se aboga por regulaciones responsables que equilibren seguridad ciudadana y derechos individuales, considerando verificaciones de antecedentes y evaluaciones psicológicas. El artículo concluye destacando la complejidad del debate y la necesidad de regulaciones efectivas.

**Palabras clave:** Derecho constitucional, portación de armas, licencias de portación.

**Abstract.** *The article addresses the regulation of weapons in Mexico, highlighting the difference between possessing them*

---

<sup>1</sup>Estudiante de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara. Miembro del club de investigación.

*at home (constitutional right) and carrying them in public places (regulated by the Weapons Law). The historical evolution of law is reviewed from the Constitution of Cádiz to today, linking it with events such as independence and the Mexican Revolution. The lack of clarity in the criteria for granting carrying licenses is criticized, highlighting the discretion of SEDENA. It is argued in favor of the right to self-defense, supported by the high incidence of crime in Mexico. Responsible regulations are advocated that balance citizen security and individual rights, considering background checks and psychological evaluations. The article concludes by highlighting the complexity of the debate and the need for effective regulations.*

**Keywords:** *Constitutional law, carrying weapons, carrying licenses.*

## I ] Introducción

La definición de arma puede variar según el país o la región, pero una descripción adecuada sería la de una herramienta diseñada o adaptada para causar daño físico. Frecuentemente cuando se habla del uso de armas no se distingue entre posesión y portación, ya que suele sobreentenderse que el derecho a poseer un arma va acompañado del derecho a utilizarla libremente bajo ciertos preceptos como la legítima defensa, cacería, actividades deportivas, etc.

En México el derecho a poseer armas está reconocido por la Constitución en su artículo 10 que versa de la siguiente manera:

*Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo de la Fuerza Armada permanente y los cuerpos de reserva. La Ley Federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas.<sup>2</sup>*

De modo que los habitantes tienen la posibilidad de poseer armas en su domicilio para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley y las reservadas al uso exclusivo del ejército, armada, fuerza aérea y Guardia Nacional.

---

<sup>2</sup>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. Art. 10 Reformado 2019 (México).

Por otro lado, el derecho a la posesión, uso y transporte de armas en la vía pública para fines tales como la legítima defensa, deportes, caza, escolta privada o de otra índole, sin perjuicio de otras actividades lícitas que con ellas puedan realizarse; sin embargo, a diferencia de la posesión de armas, la portación de estas no está reconocida como un derecho constitucional y es la Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA) y la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos (LFAFE) la que determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares donde los habitantes podrán ser acreedores de una licencia que los faculte a portar legalmente sus armas.

Existen varios argumentos a favor y en contra sobre la portación de armas en México, y si bien, esta discusión no es ajena al tema del artículo y no pasa desapercibida, no ahondaremos en ese debate, ya que el tema central de este artículo son los inconvenientes jurídicos que presenta la legislación mexicana con respecto a la emisión de licencias particulares de portación de armas.

## II ] El derecho al uso de armas en México a través de la historia

La historia de México ha sido moldeada por diversos acontecimientos que han influido en la percepción y regulación del derecho al uso de armas en el país. Desde los albores de la independencia hasta los tiempos modernos, la relación entre la población y las armas ha experimentado transformaciones significativas. Este capítulo se sumerge en el pasado para explorar la evolución del derecho al uso de armas en México, desde sus posibles antecedentes en la Constitución de Cádiz de 1812 hasta las complejidades normativas y debates contemporáneos. Se examinan episodios clave, como el movimiento independentista y la Revolución Mexicana, para comprender cómo estos eventos han dejado una huella en la legislación y en la percepción cultural del derecho a poseer y portar armas. A través de un análisis histórico, se busca presentar los fundamentos de este derecho constitucional.

1. *Las armas en el movimiento independentista.* Los autores Luis René Guerrero Galván y José Gabino Castillo Flores señalan que uno de los posibles primeros antecedentes del derecho al uso de armas en México lo podemos encontrar en la Constitución de Cádiz de 1812, y es que en su artículo 56 mencionaba que a las juntas parroquiales los ciudadanos no podían presentarse con armas de fuego. Esto nos habla de que en aquella época era común que los ciudadanos portaran consigo

armas de fuego. Lo anterior es relevante ya que durante la primera parte del siglo XIX esta constitución estuvo vigente en el territorio mexicano, cosa que cobra relevancia dentro del contexto de independencia que se vivió en el país por aquellos años.<sup>3</sup>

La relación entre el derecho de poseer y portar armas y la independencia de México en el siglo XIX fue un capítulo fundamental en la conformación del pensamiento sobre este tema. La figura de Miguel Hidalgo y Costilla, considerado el padre de la independencia, desempeñó un papel central al convocar al pueblo a levantarse contra el dominio español en 1810. Este llamado a la acción incluía la explícita solicitud de que los ciudadanos se armaran para luchar por la libertad.

Sin embargo, a medida que la lucha por la independencia avanzaba, los líderes insurgentes también tuvieron que lidiar con la necesidad de establecer un orden interno. Las tensiones y rivalidades entre diferentes facciones insurgentes llevaron a la creación de reglamentos y códigos militares que regulaban la posesión y el uso de armas dentro de las filas independentistas. Tras más de una década de conflictos, México finalmente logró su independencia en 1821. Sin embargo, el periodo post independencia estuvo marcado por la inestabilidad política y social. La posesión y el uso de armas continuaron siendo temas de relevancia, ya que las luchas internas y las tensiones políticas requerían la movilización armada en diferentes momentos.

En este contexto, la Constitución de 1824 estableció el derecho de los ciudadanos para poseer y portar armas para su seguridad y legítima defensa. No obstante, esta disposición no perduró mucho tiempo, ya que, con la promulgación de la Constitución de 1836, México adoptó una postura más centralizada y autoritaria, restringiendo el derecho de posesión y portación de armas en manos de civiles.

2. *El derecho al uso de armas en el contexto revolucionario.* Dando un salto en el tiempo hasta Revolución Mexicana, que tuvo lugar entre 1910 y 1920, representó un periodo de profundos cambios sociales, políticos y económicos en México. Durante este conflicto armado, la posesión y el uso de armas desempeñaron un papel central en la lucha de diversos grupos por reformas y justicia social. La Revolución Mexicana, al ser un movimiento diverso y multifacético, involucró a campesinos, obreros, intelectuales y militares, creando una

<sup>3</sup>GUERRERO, L. y CASTILLO, J. (2006). Comentario al artículo 10 constitucional en *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones* 2da ed. México <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5629/13.pdf>

dinámica compleja en cuanto a la relación entre las armas y la población.<sup>4</sup>

Desde el inicio de la Revolución, varios líderes revolucionarios, como Francisco Madero, Emiliano Zapata y Pancho Villa, abogaron por la idea de que el pueblo tenía el derecho de poseer armas como un medio para defender sus derechos y luchar contra la opresión. Este llamado resonó especialmente en las zonas rurales, donde la posesión de armas era parte de la tradición, ya que los habitantes de esas zonas, acostumbrados a la inseguridad y al depender de la caza para su sustento, tenían muy arraigado el uso de las armas en su vida cotidiana.<sup>5</sup>

Campesinos y obreros se organizaron en grupos armados para luchar contra las fuerzas del antiguo régimen y buscar la implementación de reformas agrarias y laborales. La movilización armada de la población se convirtió en una expresión tangible de su participación en la construcción de un nuevo orden social.

Sin embargo, a medida que la Revolución avanzaba, se generaron tensiones entre los diferentes líderes y facciones revolucionarias. El control sobre las armas y las fuerzas armadas se convirtió en un elemento crucial para la estabilidad interna y la consolidación del poder. A pesar de los ideales iniciales de democratización del acceso a las armas, algunos líderes revolucionarios comenzaron a centralizar el control sobre las fuerzas armadas y a regular de manera más estricta la posesión de armas por parte de la población civil. La Constitución de 1917, promulgada en pleno desarrollo de la Revolución, reflejó esta compleja relación entre las armas y la sociedad mexicana. El artículo 10 de la Constitución de 1917 reconocía el derecho de los ciudadanos para poseer armas para su seguridad y legítima defensa, pero también establecía limitaciones y regulaciones. Este artículo sentó las bases para la legislación actual en materia de armas de fuego en México.<sup>6</sup>

### III ] Regulación actual de la portación de armas en México

El presente capítulo se sumerge en el entramado normativo que regula la portación de armas en México, examinando detalladamente el marco legal establecido por la

---

<sup>4</sup>CARBONELL, M. (2006). Comentario al artículo 10 constitucional en *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, 2da ed. México <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5629/13.pdf>

<sup>5</sup>VÁZQUEZ, Josefina (2008). De la Independencia a la consolidación republicana. En *Nueva historia mínima de México* (pp. 264-297). El Colegio de México

Constitución y la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos. Se destaca la distinción entre el derecho constitucional a poseer armas en el domicilio y la regulación más específica que rige la portación en lugares públicos.

Se analiza críticamente el artículo 26 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, desglosando los requisitos y criterios establecidos para la obtención de licencias de portación. Se exploran los principios fundamentales de legalidad, seguridad y certeza jurídica que fundamentan el sistema legal mexicano, y se evalúa cómo estos principios se aplican en el contexto de la regulación de armas.

Este capítulo proporciona un análisis exhaustivo de la legislación actual, examinando su coherencia, limitaciones y la discrecionalidad de la autoridad en la emisión de licencias, lo que arrojará luz sobre los desafíos jurídicos que plantea la actual regulación de la portación de armas en México.

### *1. Los principios de legalidad, seguridad y certeza jurídica.*

En el ámbito del Derecho, los principios son fundamentos o reglas fundamentales que orientan la interpretación y aplicación de normas jurídicas. Estos principios constituyen los cimientos sobre los cuales se construye y desarrolla todo el sistema legal, proporcionando coherencia, equidad y justicia en la aplicación de las leyes. Dentro del sistema legal mexicano, la importancia de los principios de seguridad y certeza jurídica se manifiesta de manera fundamental, sosteniendo la estabilidad y previsibilidad en la aplicación de la ley.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como piedra angular de la normativa, contiene disposiciones cruciales para garantizar la seguridad jurídica en el país. El artículo 16<sup>6</sup>, por ejemplo, establece salvaguardas contra intrusiones indebidas al afirmar que ninguna persona puede ser molestada en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sin un mandamiento escrito y fundamentado de la autoridad competente. Asimismo, el artículo 20<sup>7</sup> establece principios fundamentales del proceso penal, tales como la publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, asegurando que los procedimientos judiciales transcurran de manera transparente, justa y equitativa.

El artículo 17<sup>8</sup> de la Constitución Federal, consagra el derecho que tiene la población a que se le administre justicia, esto resalta el derecho a la seguridad jurídica inscrito en los

---

<sup>6</sup>Idem

<sup>7</sup>Idem

<sup>8</sup>Idem

artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este derecho, esencial para la ciudadanía, protege contra la incertidumbre jurídica, garantizando a los individuos la seguridad de no encontrarse en situaciones de indefensión ante los actos del Estado.

Desde la perspectiva doctrinal, la seguridad jurídica se erige como un pilar fundamental del Derecho. La doctrina aboga por la previsibilidad y definición clara de las consecuencias jurídicas previstas por la ley. La seguridad jurídica, en este contexto, surge de la certeza que debe caracterizar la actuación de las autoridades, quienes, en todos los ámbitos, deben ceñirse de manera rigurosa a la Constitución Política y a las leyes, generando así un ambiente de confianza en el ejercicio de la autoridad.<sup>9</sup>

2. *Artículo 26, fracción I, apartado F de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.* Se podría argumentar que el artículo 10 constitucional sí reconoce la posibilidad de portar armas de fuego fuera del domicilio, sin embargo, a diferencia de la posesión, la portación no es reconocida como un derecho y queda a disposición de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos la determinación de los casos excepcionales en los que los particulares pueden portar un arma en vía pública. Al revisar esta ley, encontramos que en el artículo 26 establece los requisitos para ser acreedor a una licencia particular de portación, como lo son el no tener impedimentos físicos/psicológicos, no ser consumidor de drogas, haber cumplido con el Servicio Militar Nacional, etc. Estos pueden parecer requisitos coherentes y que dan amplia cabida a que la población en general tenga acceso a la licencia particular de portación de armas de fuego, sin embargo, dentro de este artículo 26, fracción I, apartado F nos encontramos con el siguiente requisito *Acreditar, a criterio de la Secretaría de la Defensa Nacional, la necesidad de portar armas.*

El artículo 26, fracción I, apartado F también señala 3 puntos o criterios por los cuales se puede acreditar la necesidad: i.- la naturaleza de la ocupación, ii.- las circunstancias del lugar en que viva y iii.- cualquier otro motivo justificado.<sup>10</sup> Desarrollaremos cada uno de ellos a continuación.

i.- *La naturaleza de la ocupación.* En tanto al punto "i" no hay mucho debate, ya este criterio se puede entender que va dirigido a aquellos oficios dedicados a la seguridad y protección que exponen a los trabajadores a agresiones/peligros, por lo que

---

<sup>9</sup>Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (2016). Derecho a la legalidad y seguridad jurídica. En *Catálogo para la calificación de violaciones a derechos humanos* (2da edición). México.

para la realización de su labor requieren potencialmente del uso de armas de fuego. Cabe aclarar que este punto es en relación a aquellos que ejercen funciones de seguridad privada, ya que funcionarios públicos como la policía o la guardia nacional cuentan con sus respectivos reglamentos para la utilización de armas de fuego.

ii.- *Las circunstancias del lugar en que viva.* Si bien el punto "ii" pretende fungir como limitante a la discrecionalidad de la autoridad, no establece un límite real objetivo para su aplicación. Dado que vivimos en un Estado de Derecho, lo lógico sería que nadie necesitara utilizar armas de fuego; sumado a esto, la Constitución mexicana establece en el artículo 21 que *La seguridad pública es una función del Estado*. Esto resultaría satisfactorio en un país donde el crimen y la violencia fuera una excepción a la regla, sin embargo, como ya se mencionó en este artículo, la delincuencia no es esporádica, sino que es una realidad a la que cada año se enfrenta más de una cuarta parte de la población.

Es por esto que utilizar el criterio de *las circunstancias especiales del lugar en que se viva* no es muy claro, ya que es bastante amplio y podríamos extraer diversas conclusiones: por un lado, podríamos establecer que los niveles de violencia en el país son normales y que por ende, tendría que existir un nivel mayor de violencia para poder considerar necesaria la portación de armas; por otro lado, podríamos decir que, en base a los datos del gobierno, el país en general experimenta circunstancias de violencia que se escapan de lo normal, calificando como *circunstancias especiales* y justificando la obtención de una licencia de portación de armas a la mayoría de la población.

iii.- *Cualquier otro motivo justificado.* El punto "iii" es el que resulta más problemático, ya que pretendiendo establecer un criterio limitador para la autoridad, lo que nos ofrece es todo lo contrario ya que lo único que dice es *Cualquier otro motivo justificado*. El uso de la palabra *cualquier* ya nos genera problemas, pues por definición, algo cualquiera es indeterminado; cosa que no solo no delimita, sino que además vuelve inútiles los dos puntos anteriores al dejar el camino libre a todo lo que *justifique* según el criterio de la autoridad.

Y es que la arbitrariedad de la Secretaría de la Defensa Nacional a la hora de expedir las licencias de portación de armas se hace notar cuando se compara la cantidad de licencias expedidas y el número de delitos registrados en cada entidad

federativa, ya que si se supone que la situación del lugar en el que viven es un criterio para determinar si alguien necesita o no una licencia para portar armas, deberíamos ver una correlación entre estas cifras, dado que a mayores niveles de violencia, mayor necesidad de defenderse; sin embargo, esto dista bastante de la realidad.

Para ejemplificar como es que la discrecionalidad conferida a la SEDENA no tiene criterios realmente limitantes está el caso de la Ciudad de México, la cual no es la entidad federativa con mayor número de delitos registrados en lo que va de 2023, sin embargo, es la que mayor número de licencias tiene vigentes en 2023, llegando a acumular el 51% de todas las licencias expedidas a nivel nacional.<sup>11</sup>

Otro ejemplo de esta discrecionalidad discriminatoria es el Estado de Guanajuato, el cual ha registrado más de 85 mil delitos en lo que va de 2023 y es el tercer Estado más inseguro de acuerdo a las cifras proporcionadas por el gobierno, no obstante, tiene tres veces menos licencias registradas que el estado de Querétaro, el cual por cierto ha registrado 38 mil delitos en lo que va de 2023 (menos de la mitad de Guanajuato).<sup>12</sup>

Esto nos lleva a la conclusión de que realmente no existe un criterio legal real bajo el cual los habitantes puedan respaldarse para emitir su solicitud de licencia de portación de armas de fuego, ya que en los ejemplos previamente descritos queda en evidencia que no hay un criterio firme por el cual se otorguen las licencias, dejando en incertidumbre a la población mexicana y constituyendo una violación al principio de certeza jurídica.<sup>13</sup>

#### **IV ] Sobre la necesidad de portar armas en México**

Este capítulo se sumerge en el análisis de la necesidad de portar armas en el contexto mexicano, examinando detalladamente dos facetas cruciales: la legítima defensa y la realidad de la violencia e inseguridad en el país. Se parte de la base legal establecida en el artículo 15 del Código Penal Federal, explorando cómo la legítima defensa se relaciona con el derecho a poseer y portar armas en México.

Se profundiza en la violencia e inseguridad que enfrenta la sociedad mexicana, respaldándose en datos gubernamentales

---

<sup>11</sup>SEDENA (2023). Licencias particulares individuales de portación de armas de fuego vigentes, por entidad federativa. Consultado el 18 de enero de 2024. Recuperado de <https://datos.gob.mx/busca/dataset/licencias-particulares-individuales-de-portacion-de-armas-de-fuego-vigentes-por-entidad-federat>

<sup>12</sup> SESNSP (2023). Incidencia delictiva nacional enero-julio 2023. Consultado el 9 de septiembre de 2023. Recuperado de [https://drive.google.com/file/d/1YFVUz4ALRWk\\_ZgZXXAlaCynSqZRJrGXv/view](https://drive.google.com/file/d/1YFVUz4ALRWk_ZgZXXAlaCynSqZRJrGXv/view)

<sup>13</sup>Idem

sobre la incidencia delictiva. Se argumenta que, dada la alta prevalencia de delitos, la necesidad de defenderse es imperante y se explora cómo esta necesidad se traduce en un respaldo para ampliar el derecho a utilizar armas fuera del domicilio. Este capítulo proporciona un análisis crítico y contextualizado que busca arrojar luz sobre la relación entre la necesidad de portar armas y la realidad social y jurídica en México.

1. *La defensa de la vida desde la doctrina de la Iglesia Católica.* Como sabemos, el Derecho no es una ciencia exacta, por lo que está en constante evolución y al mismo tiempo pueden coexistir diversas posturas y doctrinas sobre el mismo tema. Y es que el tema de la defensa de la vida por medios *violentos* también está sujeto a diversas opiniones de acuerdo a las diferentes corrientes de pensamiento filosóficas; dado la dificultad que representa analizar cada una de ellas y para fines de este artículo solo nos centraremos en una, la cual es parte de la doctrina de la Iglesia Católica.<sup>14</sup>

El catecismo de la Iglesia Católica en su punto 2258 ya nos dice que *la vida humana ha de ser tenida como sagrada* y no solo eso, sino que además establece claramente que nadie, en ninguna circunstancia, se puede matar de forma directa a un ser humano inocente. Esto nos puede hacer pensar que, dentro de esta doctrina, el uso de armas letales no podría estar justificado bajo ningún concepto, ya que solo Dios tiene poder sobre la vida, entonces ¿por qué utilizar esta doctrina para defender el derecho al uso de armas?

La respuesta se nos revela entre los puntos 2263-2267 de este mismo catecismo, los cuales hablan explícitamente de la legítima defensa y la toma de medidas en vista de preservar el bien común. El punto 2264 dice que es *legítimo hacer respetar el propio derecho a la vida. El que defiende su vida no es culpable de homicidio, incluso cuando se ve obligado a asestar a su agresor un golpe mortal*; no califica a estos actos de defensa como un atentado contra la vida, sino que por el contrario son una forma de respeto hacia la propia vida.

Pero es que la doctrina de la Iglesia no lo deja aquí, sino que, siguiendo esta línea, también se mete en el terreno del uso de armas con los fines que esta considera legítimos. En el punto número 2265 se hace referencia a este uso de armas para la protección de la vida, *la defensa del bien común exige colocar al agresor en la situación de no poder causar perjuicio. Por este motivo, los que tienen autoridad legítima tienen también el derecho de rechazar, incluso con el uso de las armas.*

---

<sup>14</sup>IGLESIA CATÓLICA. *Catecismo de la Iglesia Católica Segunda sección. Capítulo segundo: Artículo 5 (2263-2267 C.I.C.).*

También Santo Tomás de Aquino ha dejado entrever estos principios de legítima defensa dentro de su suma teológica, versando al respecto de la siguiente manera: *Si para defenderse se ejerce una violencia mayor que la necesaria, se trataría de una acción ilícita. Pero si se rechaza la violencia en forma mesurada, la acción sería lícita [...] y no es necesario para la salvación que se omita este acto de protección mesurada a fin de evitar matar al otro, pues es mayor la obligación que se tiene de velar por la propia vida que por la de otro.*<sup>15</sup>

Tras este análisis de la doctrina podemos obtener dos conclusiones, la primera es que incluso en un sistema moral y de creencias donde la vida es el valor fundamental de la creación, puede ser lícito *atentar* en contra de una vida en favor de proteger la vida propia y la de aquellos bajo nuestro cuidado. La segunda conclusión que podemos extraer es que, si bien el uso de armas puede llegar a ser lícito, este no debe ser indiscriminado, por lo que deben existir una serie de robustas regulaciones que prioricen el bien común y nos ayuden a garantizar el derecho humano a la vida.

## 2. La legítima defensa dentro del marco jurídico mexicano.

La legítima defensa de acuerdo con el artículo 15 del Código Penal Federal fracción IV se puede entender en aquellos casos que *se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa.*<sup>16</sup> Si bien este artículo señala como principal fuente de presunción de legítima defensa a aquellos atentados en contra del hogar, no limita ni excluye el uso de la fuerza para repeler una agresión fuera del domicilio en favor propio o de alguien más.

Partiendo de la base de que la Constitución y los tratados de Derechos Humanos protegen el derecho a la vida, la libertad, la seguridad, entre otros, resultaría ilógico establecer que estos derechos son solo vigentes dentro del domicilio de los particulares. Así también, el derecho a la legítima defensa no se limita solo al domicilio particular, por lo que, decir que el derecho a poseer armas no incluye la facultad de portación en la vía pública sería una incongruencia, ya que la finalidad de poseer un arma de acuerdo con el artículo 10 constitucional es precisamente la seguridad y la legítima defensa.

---

<sup>15</sup>Santo Tomás DE AQUINO, *Summa Theologiae*, 2-2, q. 64, a. 7.

<sup>16</sup>Código Penal Federal (CPF). Art. 15 Fracción IV (México).

3. *La violencia e inseguridad en México.* Yendo más allá y atendiendo al contexto que se vive en la sociedad mexicana, se hace más que evidente que la necesidad de defenderse es imperante, y esto se puede comprobar con los mismos datos que proporciona el gobierno acerca de la incidencia delictiva, los cuales nos muestran que en el año 2021, por cada cien mil habitantes 24,207 fueron víctimas de alguna clase de delito, en otras palabras, un cuarto de la población es víctima de la delincuencia cada año.<sup>17</sup>

Teniendo estos números en mano podemos concluir que tenemos un grave problema de seguridad en el país, sin embargo esto no demuestra el por qué es necesario ampliar el derecho a utilizar armas de fuego fuera del domicilio; la respuesta se encuentra una vez más en los datos proporcionados por el gobierno, los cuales muestran que en 2021 se registraron casi 600 mil asaltos, mientras que de robos a casa/habitación se registraron menos de 50 mil.<sup>18</sup> Esto nos permite realizar una relación de necesidad y proporcionalidad, ya que si tenemos derecho a utilizar armas de fuego para defendernos en nuestro domicilio, entonces con mayor razón deberíamos tener derecho a defendernos en la vía pública donde se vuelve doce veces más necesario.<sup>19</sup>

## V ] Jurisprudencia en relación con el derecho constitucional a usar armas de fuego

En este capítulo, se examina la jurisprudencia que ha delineado y contextualizado el derecho constitucional a usar armas de fuego en México. Se centra en casos específicos, destacando antecedentes y resoluciones judiciales relevantes que han influido en la interpretación y aplicación de este derecho. Se aborda detalladamente el amparo directo en revisión 249/2007<sup>20</sup>, explorando los hechos, argumentos, y la postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al derecho a poseer y portar armas. Así como también se analiza el voto emitido por el ministro José Ramón Cossío Díaz.

1. *Antecedentes.* El seis de abril de 2006, en el domicilio marcado como 507 de la Avenida Convención en la ciudad de Aguascalientes, México, se encontró un arma de fuego: una pistola tipo escuadra, marca Llama, calibre .9mm, con el número de matrícula 227021. El propietario, dueño de una carnicería, alegó haberla sacado para defenderse de un robo.

<sup>17</sup>INEGI (2021). Incidencia delictiva. Consultado el 7 de septiembre de 2023. Recuperado de <https://www.inegi.org.mx/temas/incidencia/>

<sup>18</sup>Idem

<sup>19</sup>BRENNAN, I. R., & Moore, S. C. (2009); *Weapons and violence: A review of theory and research. Aggression and Violent Behavior* 14(3), 215-225.

Posteriormente, el Juez Primero de Distrito en Aguascalientes emitió una sentencia condenatoria el 13 de septiembre de 2006, dentro de la causa penal número 26/2006. El acusado fue declarado penalmente responsable por el delito de portación de arma de fuego sin licencia, según el artículo 81 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos. La sentencia incluyó dos años de prisión, multa y amonestación.

En respuesta, el acusado presentó un recurso de apelación, que fue resuelto por el Tribunal Unitario del Vigésimo Tercer Circuito el 29 de noviembre de 2006. El tribunal confirmó la sentencia inicial en todos sus términos.

Posteriormente, el 4 de diciembre de 2006, el acusado interpuso una demanda de amparo directo contra la sentencia, argumentando la violación de garantías constitucionales, específicamente los artículos 10, 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito resolvió el juicio de amparo directo penal 735/2006 el 1 de febrero de 2007, denegando el amparo al quejoso al considerar infundados sus motivos de inconformidad.

Insatisfecho con esta decisión, el acusado presentó un recurso de revisión ante el tribunal colegiado mencionado. En este recurso, el Defensor Público Federal solicitó que la Suprema Corte de Justicia conociera del asunto, argumentando que en la demanda de garantías se había pedido la interpretación directa del artículo 10 de la Constitución federal.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió un fallo que niega el amparo solicitado por el quejoso. Se sostiene que el derecho a poseer armas no es ilimitado y se destaca que el Legislador Ordinario Federal, en concordancia con el proceso legislativo, estableció en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos que el concepto de domicilio para la posesión de armas se refiere al lugar de residencia permanente de las personas físicas y no incluye negocios mercantiles.<sup>21</sup>

2. *Voto particular del ministro José Ramón Cossío Díaz.* En el contexto del debate sobre el derecho constitucional a poseer armas en el domicilio, el ministro aborda críticamente la sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, identificando omisiones y carencias en el razonamiento jurídico utilizado para negar el amparo solicitado. Si bien este voto

---

<sup>20</sup>Voto particular sobre amparo directo en revisión 249/2007, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministro José Ramón Cossío Díaz.

<sup>21</sup>Idem

particular fue emitido en el contexto de una discusión en torno al concepto de domicilio (otro ejemplo de la poca claridad en la legislación que regula el uso de armas de fuego), también resulta de utilidad para los fines de este artículo, ya que la premisa central del razonamiento del ministro es la necesidad de un análisis profundo de la legislación secundaria para evaluar si esta afecta el núcleo esencial de un derecho fundamental.

Se parte de la premisa crucial de examinar la legislación secundaria que modifica derechos fundamentales, destacando que la mayoría obvió este análisis crítico. El enfoque se orienta hacia determinar si la legislación secundaria desnaturaliza el núcleo esencial del derecho a poseer armas en el domicilio, considerando la conceptualización de los derechos fundamentales como entidades con un núcleo esencial que debe ser preservado ante limitaciones que podrían hacer impracticable su ejercicio.

El ministro, señala el núcleo del derecho al uso de armas con un análisis que se adentra en el artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se consagra el derecho a poseer y utilizar un arma de fuego, resaltando la importancia de examinar la cláusula que a su punto de vista ya no es parte nuclear de este derecho y que remite a una legislación secundaria. Dentro de esta cláusula se faculta al legislador ordinario para regular las condiciones, lugares y tipos de armas que la población podrá utilizar para la protección de sus bienes.

Dentro de este voto particular se propone una interpretación intermedia que considere la relación entre el concepto de domicilio y los bienes e intereses tutelados con el motivo de alcanzar los fines del derecho a la posesión de armas. Al desentrañar la esencia de este derecho, podemos verlo como un medio para alcanzar la seguridad y la legítima defensa en cualquier lugar que realmente se requiera. Este enfoque, según el autor, fue desatendido por la mayoría de la Corte.

Y es precisamente este enfoque el que puede dar la pauta para modificar la legislación en torno a este derecho en virtud de proteger su esencia y dar pie a una nueva regulación en materia de portación de armas por el cual se alcance la *interpretación intermedia* que propuso el ministro y que, en este caso, considere la relación entre los conceptos de *necesidad* según la ley y los intereses protegidos.

En resumen, el comentario realizado por el ministro José Ramón Cossío Díaz ha explorado a fondo las deficiencias en la

sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y realizando una invitación a profundizar en la legislación secundaria al derecho al uso de armas y cómo es que esta puede ir más allá de sus facultades y alterar el núcleo fundamental del derecho. Concluye que la falta de atención a estos aspectos puede llevar a resultados contraintuitivos y potencialmente injustos, socavando la protección efectiva de los derechos fundamentales en juego.

## VI ] Conclusiones

En un país como México, donde la seguridad ciudadana es un tema de preocupación constante, el derecho a portar armas se ha convertido en un asunto cada vez más discutido y que genera una gran controversia y debate. Como se ha argumentado a lo largo de este artículo, existen razones para respaldar la existencia de este derecho bajo los principios de necesidad y proporcionalidad.

En primer lugar, el derecho a portar armas se encuentra respaldado por la Constitución Política de México en su artículo 10, lo que lo convierte en un derecho legítimo y fundamental. Este artículo establece claramente que los ciudadanos tienen el derecho de poseer armas en sus domicilios para su seguridad y legítima defensa.

Sin embargo, es esencial enfatizar que la portación de armas sí debe estar sujeta a una regulación por parte de las autoridades, dado que la actual legislación deja mucho espacio a criterios arbitrarios y poco claros que contravienen los principios de seguridad y certeza jurídica, se vuelve más que evidente la necesidad de robustecer esta legislación, pero sin alterar la esencia ni los bienes que protegen el derecho al uso de armas. La emisión de licencias de portación de armas debe llevarse a cabo con un proceso de verificación de antecedentes exhaustivo y una evaluación psicológica que garantice que solo las personas responsables y aptas tengan acceso a las armas de fuego. Además, se deben implementar mecanismos efectivos de seguimiento y control para evitar que las armas legales se desvíen hacia el mercado negro o se utilicen de manera indebida. Esto no significa que se coarte o se cancele el derecho, ya que al igual que otras figuras de derecho controvertidas que sí están reguladas como el uso de estupefacientes para cuestiones médicas, así también el derecho a poseer y portar armas debe regularse para su ejercicio pleno.

Al final del día, el debate sobre el derecho a portar armas en México en realidad debería ser un derecho complejo, no obstante, en lo que sí deberíamos tener un consenso, es que, a fin de avanzar en materia de legalidad en el país, es necesario contar con regulaciones adecuadas y un enfoque en la responsabilidad individual y del Estado, ya que, así como las armas además de causar daño pueden ser una herramienta valiosa para la seguridad ciudadana y la protección de los derechos individuales, la ley también puede ayudar o perjudicar el desarrollo de una población.<sup>22</sup>

## Bibliografía

- BRENNAN, I. R., & MOORE, S. C. (2009); "Weapons and violence: A review of theory and research. *Aggression and Violent Behavior*", 14(3), 215-225
- CARBONELL, M. (2006). Comentario al artículo 10 constitucional en *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, 2da ed. México <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5629/13.pdf>
- Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (2016). Derecho a la legalidad y seguridad jurídica. En *Cátalogo para la calificación de violaciones a derechos humanos* (2da edición). México.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. Art. 10 Reformado 2019 (México)
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. Art. 21 Reformado 2019 (México)
- GÓMEZ, R. (2023). *Sobre las armas de fuego ¿Instrumentos de destrucción malévola o herramientas al servicio del usuario?*
- GUERRERO, L. y Castillo, J. (2006). Comentario al artículo 10 constitucional en *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones* 2da ed. México <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5629/13.pdf>
- Iglesia Católica. *Catecismo de la Iglesia Católica Segunda sección. Capítulo segundo: Artículo 5* (2263-2267 C.I.C.)
- INEGI (2021). Incidencia delictiva. Consultado el 7 de septiembre de 2023. Recuperado de <https://www.inegi.org.mx/temas/incidencia/>
- Instituto de Investigaciones Jurídicas (s.f.) *Legislación sobre la posesión y portación de armas de fuego en México desde una perspectiva comparada*. UNAM <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3097/8.pdf>

---

<sup>22</sup>GÓMEZ, R. (2023). *Sobre las armas de fuego ¿Instrumentos de destrucción malévola o herramientas al servicio del usuario?*

Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos [LFAFE]. Art. 26 Reformado 2022 (México)

SENSP (2023). Incidencia delictiva nacional enero-julio 2023. Consultado el 9 de septiembre de 2023. Recuperado de [https://drive.google.com/file/d/1YFVUz4ALRWk\\_ZgZXXAlaCynSqZRJrGXv/view](https://drive.google.com/file/d/1YFVUz4ALRWk_ZgZXXAlaCynSqZRJrGXv/view)

Santo Tomás DE AQUINO, *Summa theologiae*, 2-2, q. 64, a. 7

VÁZQUEZ, Josefina (2008). De la Independencia a la consolidación republicana. En *Nueva historia mínima de México* (pp. 264-297). El Colegio de México

Código Penal Federal (CPF). Art. 15 Fracción IV (México)

Voto particular sobre amparo directo en revisión 249/2007, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ministro José Ramón Cossío Díaz



# La Responsabilidad Civil por la vulneración del derecho al honor en las redes sociales

ELIZABETH BLANCA CONCEPCIÓN TORRES LAGUNA<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Evolución del concepto de Daño Moral*. III. *Derechos fundamentales*. IV. *Daño Moral por vulneración del derecho al honor en redes sociales*. V. *Regulación en España*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias*.

**Resumen.** Se analizará el ámbito de la responsabilidad civil, para conocer cómo se configura por los daños ocasionados en las interacciones que surgen dentro de una plataforma digital. Se abordarán también los posibles conflictos que pueden surgir entre derechos fundamentales, como el derecho a la libertad de expresión e información y el derecho al honor.

**Palabras clave:** Daño Moral, derechos fundamentales, derecho al honor, redes sociales, responsabilidad civil.

**Abstract.** *An analysis of the domain of civil liability will be conducted with the objective of comprehending its configuration in cases of harm resulting from interactions within a digital platform. Additionally, the paper will derive into potential conflicts that may emerge among fundamental rights, specifically, the right to freedom of expression and information, and the right pertaining to honor.*

**Keywords:** *Moral Damage, fundamental rights, right to honor, social networks, civil liability.*

## I ] Introducción

En el contexto del siglo XXI, se ha evidenciado un gran avance tecnológico, que ha propiciado el desarrollo de plataformas de comunicación instantánea, con la capacidad de difundir

---

<sup>1</sup> Estudiante de 9º Semestre de Derecho en la Universidad Panamericana campus Guadalajara.

información de manera continua y a alta velocidad.<sup>2</sup> Estas plataformas, como Facebook, Instagram, LinkedIn y "X" (antes Twitter); entre otras, al ofrecer una interacción directa y actualizada, se han convertido en los principales vehículos de comunicación e interacción entre los seres humanos.

Lo anterior plantea una serie de desafíos y cuestiones legales que involucran la extensión de los derechos de libertad de expresión, acceso a la información y preservación del honor, así como las responsabilidades de los usuarios en lo que respecta a sus interacciones y la información que comparten.<sup>3</sup>

Este enfoque nos lleva a cuestionarnos: ¿Cuáles son las implicaciones de responsabilidad civil en este escenario? ¿Cuál ha sido la posición de los tribunales respecto a este asunto? Con el fin de abordar estas interrogantes, la presente investigación se divide en cinco apartados, los cuales se describen a continuación:

En el primero, se abordará la evolución de la responsabilidad civil en relación al concepto de Daño Moral. El segundo, proporcionará al lector una visión detallada sobre el estado actual de la regulación y la perspectiva de los tribunales en lo que respecta a los derechos fundamentales que pueden entrar en conflicto con el derecho al honor, enfocándolo desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y acceso a la información. El tercer apartado proporcionará un análisis sobre el estado actual del manejo de la responsabilidad civil en redes sociales por vulneraciones al derecho al honor. En el cuarto se llevará a cabo un estudio comparativo acerca de cómo se aborda este tema en las regulaciones de España, y finalmente se reservará un apartado para las conclusiones extraídas del estudio, así como las recomendaciones a tener en cuenta.

## II ] Evolución del concepto de Daño Moral

Para llegar al objetivo de este trabajo, es necesario partir del concepto de Daño Moral. Como antecedente fundamental, se encuentra el Código Civil Federal de 1928, que por vez primera incorporó la noción de Daño Moral en un sentido amplio, considerándolo como un perjuicio sujeto a compensación

---

<sup>2</sup> CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, *Daño Moral en redes sociales: su tratamiento procesal en el derecho comparado*, IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, Vol. 14, 2019, p. 163.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 164.

equitativa.<sup>4</sup> El artículo 1916 de dicho Código establecía lo siguiente:

*Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar a favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia, si aquella muere, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esta indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928.<sup>5</sup>*

El artículo en cuestión se caracterizaba por condicionar la compensación por Daño Moral a la existencia de un daño material, limitando la indemnización a un máximo de una tercera parte de la compensación otorgada por el daño material. Asimismo, excluía la compensación por Daño Moral en casos de violación contractual y responsabilidad objetiva, y establecía la exención de responsabilidad por parte del Estado en esta cuestión. Únicamente mencionaba el principio de equidad como criterio orientador para cuantificar la indemnización. El resultado de estas restricciones dificultaba enormemente la obtención de una compensación por daños morales.

No obstante, en el año de 1982, el artículo 1916 experimentó múltiples reformas presentando avances sustanciales frente a la regulación anterior.<sup>6</sup> Dentro de los principales están que se establece una definición más precisa del Daño Moral, destacando los bienes y valores que pueden verse afectados. Establece también la independencia entre la compensación por Daño Moral y la reparación del daño material. Así mismo reconoce la procedencia de la compensación por Daño Moral en situaciones de responsabilidad contractual, extracontractual, objetiva y del

---

<sup>4</sup> GARCÍA TORRES, Antonio, *Gaceta del Senado Martes 09 de noviembre de 2004 / LIX/2PPO-74-8S/3232*, [https://www.senado.gob.mx/65/gaceta\\_del\\_senado/documento/3232](https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_del_senado/documento/3232). Fecha de Consulta: 1 de noviembre de 2023.

<sup>5</sup> Art. 1916, *CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES, EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL 1928* [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF\\_orig\\_26may28\\_ima.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF_orig_26may28_ima.pdf). Fecha de Consulta: 1 de noviembre de 2023. p. 398.

<sup>6</sup> CÁMARA DE DIPUTADOS, *Decreto por el que se reforman los artículos 1916 y 2116 y adiciona un artículo 1916 bis al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, 1982* [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF\\_ref27\\_31dic82\\_ima.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF_ref27_31dic82_ima.pdf). Fecha de Consulta: 1 de noviembre de 2023. p. 17.

Estado. Finalmente, proporciona pautas generales para que el juez considere al determinar la indemnización por Daño Moral.<sup>7</sup> En la misma reforma, se incluye un artículo adicional, el 1916 Bis.<sup>8</sup>

Toda esta evolución normativa se refleja en el Código Civil Federal (CCF) actual de la siguiente manera:

*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 aspectos 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 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. [...] 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 [...]*

*Artículo 1916 Bis.- No estará obligado a la reparación del Daño Moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República. En todo caso, quien demande la reparación del Daño Moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta. En ningún caso se considerarán ofensas al honor las opiniones desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional. Tampoco se considerarán ofensivas las opiniones desfavorables realizadas en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho cuando el modo de proceder o la falta de reserva no tenga un propósito ofensivo.<sup>9</sup>*

Ahora bien, enfocándonos en el ámbito local específicamente en el Código Civil del Estado de Jalisco (CCJ),

---

<sup>7</sup> GARCÍA TORRES, Antonio, Op. Cit.

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> Art. 1916 y 1916 Bis, CÓDIGO CIVIL FEDERAL, Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

encontramos una definición más precisa del concepto de Daño Moral en su artículo 1391. Dicho artículo señala que el Daño Moral surge por la violación de cualesquiera de los derechos de personalidad. Reiterando que es independiente del daño material y que no se considerará Daño Moral el causado por el ejercicio de los derechos de opinión, crítica, expresión e información, siempre y cuando dicho ejercicio se realice en concordancia con los términos establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>10</sup>

Los derechos de la personalidad, mencionados en el artículo anteriormente citado, se definen en el mismo marco legal como aquellos derechos que salvaguardan y preservan el disfrute que cada ser humano experimenta como parte de una sociedad, en relación con otros individuos y frente al Estado. Estos derechos se detallan en el artículo 28 del CCJ y comprenden el derecho a: i) La vida ii) Integridad física y psicológica, iii) Los afectos, sentimientos y creencias, iv) Su honor y reputación, v) Al nombre, vi) La presencia física, vii) El secreto epistolar, telefónico, profesional y el secreto testamentario y vii) La vida privada y familiar.

### III ] Derechos fundamentales

1. *Derecho al honor.* En lo referente al derecho al honor, la Constitución no lo reconoce expresamente como un derecho humano, sino que su reconocimiento como tal está inmerso en los artículos 6o. y 7o. constitucionales que lo citan como un límite a la libertad de expresión, además de estar contemplado explícitamente en tratados internacionales.<sup>11</sup> Según lo establecido en el artículo 6 de la CPEU, se garantiza que la expresión de ideas no estará sujeta a persecución judicial o administrativa, excepto en casos en los que [...] *ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público [...]*.<sup>12</sup>

El concepto del derecho al honor se ha delineado con mayor claridad a través de criterios jurisprudenciales, donde se establece

<sup>10</sup> Art. 1391, CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO, Decreto 29165.

<sup>11</sup> V. gr: Art. 11. Protección de la Honra y de la Dignidad, de la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. y en el Art. 12 de la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

<sup>12</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

que se puede concebir el honor como [...] el concepto que la persona tiene de sí misma o que los demás se han formado de ella, en virtud de su proceder o de la expresión de su calidad ética y social [...].<sup>13</sup>

Siendo así que este derecho se puede entender desde dos perspectivas: 1. En el plano subjetivo, el honor se basa en un sentimiento íntimo, el concepto personal de uno mismo, y 2. Desde una perspectiva objetiva, el honor se refiere a la valoración que los demás hacen de nuestras cualidades morales y profesionales en la comunidad, es decir, la concepción que tienen los demás de ti.<sup>14</sup>

En el aspecto subjetivo, el honor se ve afectado por todo lo que daña el sentimiento de dignidad personal. En la perspectiva objetiva, el honor se ve afectado cuando algo daña la buena reputación que una persona merece, es decir, su derecho a que los demás no influyan negativamente en la opinión que se tiene sobre ella.<sup>15</sup> Dentro de este último contexto, se puede identificar que el derecho al honor podría entrar en conflicto principalmente con dos derechos fundamentales: el derecho a la libertad de expresión y el derecho al acceso a la información.

*2. Derecho a la Libertad de Expresión.* El derecho a la Libertad de Expresión se ve consagrado en los artículos 6o. y 7o. de la CPEUM. El art. 7, establece que *Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos [...]. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el [...] artículo 6o. [...].*

El art. 6o de la Constitución es fundamental, ya que declara que *La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa.* No obstante, es esencial destacar que este derecho no es absoluto, ya que tiene sus límites. Como se mencionó, este, no se puede utilizar para atacar la moral, los derechos de terceros (como el derecho al honor y la vida privada), provocar delitos o perturbar el orden público.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, *DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA*. Registro digital: 2005523, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, página 470.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> Art. 6, *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*, Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

3. *Derecho al acceso a la información.* Dicho derecho también se encuentra consagrado en el art. 6o. constitucional, el cual señala que: [...] *El derecho a la información será garantizado por el Estado. Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.*

Asimismo, según se señala en criterios jurisprudenciales, se debe considerar la primacía del derecho a ser informado, ya que es esencial para la formación de una opinión pública libre y es fundamental para el funcionamiento de una democracia genuina.<sup>17</sup>

4. *Conflicto entre libertad de expresión, acceso a la información y el derecho al honor en redes sociales.* La libertad de expresión y el derecho de acceso a la información, han experimentado un aumento significativo gracias a las facilidades de acceso, expansión y rapidez que ofrecen Internet y las redes sociales. No obstante, como ya señalamos, es importante reconocer que estas mismas características también pueden dar lugar a abusos.

Ahora bien, partiendo del concepto de prevalencia en lugar de jerarquía, en relación a los derechos de libertad de expresión e información sobre el derecho al honor, es fundamental destacar que no siempre los primeros prevalecerán. Esto se debe a que las expresiones o informaciones deben cumplir con los límites establecidos.

i) El interés general de la información. Continuando con el razonamiento previo, en cuanto al derecho a estar informado se subrayó que debe considerarse una protección prevalente al mismo, por resultar esencial para la formación de una opinión pública libre. Sin embargo, es crucial destacar que este derecho no es absoluto. Pues si bien el Estado tiene la responsabilidad de proporcionar información sobre asuntos de interés público, también debe proteger y garantizar el derecho al honor y la reputación de las personas. En virtud de ello, en los casos en los que el derecho a ser informado pueda entrar en conflicto con el derecho al honor, se debe tomar en cuenta los siguientes tres requisitos al decidir si se debe o no difundir cierta información:

- a) La información debe ser de relevancia pública o de interés general, lo que implica que debe tratar temas socialmente trascendentes o que verse sobre personas con un impacto público o social significativo.

---

<sup>17</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, *DERECHO A SER INFORMADO Y DERECHO AL HONOR. ESTÁNDAR PARA DETERMINAR SU PREVALENCIA*, Registro digital: 2012527, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, página 840.

- b) La información debe ser veraz, lo cual no requiere una verdad absoluta, pero sí una aproximación certera a la realidad en el momento de la difusión. Siendo así que debe basarse en investigaciones, datos, informes oficiales o hechos notorios, es decir, que tengan detrás un razonable ejercicio de investigación.
- c) La información debe ser objetiva e imparcial, sin juicios o valoraciones subjetivas que puedan considerarse como de libertad de expresión y que no tengan por fin informar a la sociedad.<sup>18</sup>

ii) La condición pública. Este criterio es aplicable tanto en situaciones donde el derecho al honor entra en conflicto con el derecho a la libertad de expresión como en aquellas donde se confronta con el derecho al acceso de la información. La jurisprudencia ha destacado que los individuos de relevancia pública pueden encontrar una restricción más significativa en la protección de su derecho al honor cuando se enfrenta a los derechos de libertad de expresión e información, debido a la exposición pública de su figura.

Según señaló la SCJN, es importante tener en cuenta que quienes ocupan cargos públicos están sujetos a un mayor escrutinio, tanto en relación con su persona como con sus actividades públicas. Por lo tanto, cuando un servidor público utiliza una cuenta en alguna red social como medio de comunicación con los ciudadanos, debe permitir que sus seguidores mantengan el contacto y no bloquearlos solo porque sus opiniones críticas le resulten molestas o incómodas, siempre y cuando el comportamiento del usuario no sea abusivo o constitutivo de un delito. Por lo tanto, si el contenido de esas expresiones no tiene el [...] propósito de ofender en forma desmesurada al servidor público titular de la cuenta de una red social de Internet en su dignidad, en su honra, en su credibilidad, de referirse a él como carente de valor, o contienen opiniones que no concuerdan con la forma en que despliega sus actividades públicas [...], dicho comportamiento no puede considerarse abusivo ni justifica el bloqueo de los emisores de esas opiniones.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, *LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN REDES SOCIALES DE INTERNET. CUANDO UN SERVIDOR PÚBLICO UTILICE UNA RED DE ESTE TIPO COMO MEDIO DE DIVULGACIÓN DE SUS ACTIVIDADES Y COMO VEHÍCULO DE COMUNICACIÓN CON LOS GOBERNADOS, ESTÁ OBLIGADO A PERMITIR A SUS SEGUIDORES EL CONTACTO EN SU CUENTA Y A NO BLOQUEARLOS POR SUS OPINIONES CRÍTICAS, SALVO QUE SU COMPORTAMIENTO SEA CONSTITUTIVO*

iii) Comportamientos abusivos de usuarios. En el caso de las redes sociales, es posible encontrar [...] *comportamientos abusivos derivados de su propia naturaleza, como son la comunicación bilateral y el intercambio de mensajes, opiniones y publicaciones entre los usuarios*. Esto puede dar lugar a amenazas, ofensas, calumnias, o provocaciones a la violencia dirigidas tanto al titular de la cuenta como a otros usuarios que interactúan en ella.<sup>20</sup>

Sin embargo, según se ha establecido en los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), es fundamental aclarar que las expresiones *críticas, severas, provocativas, chocantes, [...] indecentes, escandalosas, perturbadoras, inquietantes*, que puedan causar molestias o disgusto, no deben ser consideradas como comportamiento abusivo por parte de los usuarios de la red. Siendo así que solo cuando dichas expresiones rebasen el límite de protección que ampara al derecho de libre expresión, por lesionar derechos de terceros o atentar contra el honor de una persona, o cuando sean constitutivas de delito podrán ser válidas las medidas de restricción y bloqueo.<sup>21</sup>

iv) Discurso expresivo. Asimismo, la doctrina judicial ha establecido que [...] *existe una presunción general de cobertura constitucional de todo discurso expresivo [...]*.<sup>22</sup> Explicando que en las situaciones en las que las expresiones tienen como objetivo transmitir sentimientos positivos o presentar críticas que utilizan un lenguaje respetuoso y aceptable para el receptor, es evidente que no se estaría infringiendo el derecho al honor de la persona de la que se habla en esas ideas u opiniones. Subrayando que:

*Así, el estándar de constitucionalidad de las opiniones emitidas en ejercicio de la libertad de expresión es el de relevancia pública, el cual depende del interés general por la materia y por las personas que en ella intervienen, cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado, pues en caso contrario ni siquiera existiría un conflicto entre*

---

DE ABUSO O DE UN DELITO. Registro digital: 2022074, Libro 78, Septiembre de 2020, Tomo II, página 932.

<sup>20</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, *LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN REDES SOCIALES. NO PROTEGEN EL COMPORTAMIENTO ABUSIVO DE LOS USUARIOS*, Registro digital: 2020010, Libro 67, Junio de 2019, Tomo III, página 2327.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, *LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR. EXPRESIONES QUE SE ENCUENTRAN PROTEGIDAS CONSTITUCIONALMENTE*. Registro digital: 2003304, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1, página 540.

*derechos fundamentales, al no observarse una intromisión al derecho al honor.*<sup>23</sup>

En lo que respecta a la interacción entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, como el derecho al honor, se suscita una complejidad adicional cuando la libertad de expresión se ejerce con la finalidad de efectuar críticas a una persona, lo que potencialmente resultaría en que esa persona se sienta ofendida. La complejidad subyace en el hecho de que el Estado [...] *no puede privilegiar un determinado criterio de decencia, estética o decoro respecto a las expresiones que podrían ser bien recibidas, ya que no existen parámetros uniformemente aceptados que puedan delimitar el contenido de estas categorías.* Como consecuencia, estas restricciones se consideran demasiado ambiguas en el contexto de la libertad de expresión como para que sean consideradas como conformes a la Constitución.<sup>24</sup>

Concluyendo así la jurisprudencia que, de hecho, en las discusiones sobre temas de interés público, es fundamental permitir un intercambio de opiniones abierto [...] *pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y desagradablemente mordaces sobre personajes públicos o, en general, ideas que puedan ser recibidas desfavorablemente por sus destinatarios y la opinión pública.* Siendo esto necesario para mantener una sociedad diversa y abierta, que es esencial para una verdadera democracia.<sup>25</sup>

Asimismo, la doctrina de la SCJN respecto a los conflictos entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, como lo es el derecho al honor, destaca la importancia de considerar una serie de aspectos o criterios de relevancia constitucional al resolver casos concretos. Algunas de estas cuestiones clave incluyen:<sup>26</sup>

1. El contenido de las expresiones que originaron el conflicto (hechos u opiniones): [...] *para estar en posibilidad de determinar el derecho específico que ejerce la persona que se expresa (libertad de información o libertad de opinión) frente al derecho que se afecta a la persona que alega haber resentido un daño (honor, intimidación o propia imagen).*<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> BUSCADOR JURÍDICO DE LA SCJN, AMPARO DIRECTO 30/2020 - PRIMERA SALA, Ministro: ANA MARGARITA RÍOS FARJA. [https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias\\_pub/woa-YoABkURTGTreV\\_PB/](https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/woa-YoABkURTGTreV_PB/) \*. Fecha de Consulta: 1 de noviembre de 2023, pp 25-56.

<sup>27</sup> Idem.

2. La temática involucrada en el caso: Como se mencionó previamente, por lo general, los discursos expresivos sobre temas de interés público tienen una mayor protección constitucional. Esto significa que la relevancia y el interés público del tema en discusión también deben ser considerados al evaluar el conflicto.
3. La calidad de la persona que emitió la expresión: Para poder determinar si la persona que emitió las declaraciones debía cumplir con algún estándar de diligencia específico.
4. La calidad de la persona que alega haber sufrido un daño: *[...] para estar en posibilidad de determinar dos cosas: el nivel de resistencia que presentan sus derechos de la personalidad frente a la libertad de expresión y el criterio de imputación [...] que tiene que satisfacer para obtener una reparación.*<sup>28</sup>

La consideración de estos criterios reviste una importancia fundamental en la resolución de disputas que enfrentan la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Su aplicación adecuada es esencial para alcanzar un equilibrio constitucional apropiado en tales casos.

v) Expresiones que están excluidas de protección constitucional. Ahora bien, aunque es evidente que la Constitución ampara la mayoría de las expresiones, esto no implica que no existan restricciones. De conformidad con la jurisprudencia de la SCJN, se señala que existen expresiones que no están amparadas por la protección constitucional, específicamente aquellas que resultan *absolutamente vejatorias*.<sup>29</sup> Estas expresiones se consideran vejatorias cuando cumplen dos criterios: En primer lugar, son ofensivas u oprobiosas, dependiendo del contexto en el que se utilicen y, En segundo lugar, resultan innecesarias para expresar opiniones o información que esté relacionada o justificada por lo que se ha manifestado.<sup>30</sup>

Respecto al primer criterio, se especifica que *[...] las expresiones ofensivas u oprobiosas no deben confundirse con críticas que se realicen con calificativos o afirmaciones fuertes [...]*. Por lo tanto, se concluye que las expresiones pueden ser catalogadas como u oprobiosas cuando implican un menosprecio

---

<sup>28</sup> Idem.

<sup>29</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, *LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LAS EXPRESIONES OFENSIVAS U OPROBIOSAS SON AQUELLAS QUE CONLLEVAN UN MENOSPRECIO PERSONAL O UNA VEJACIÓN INJUSTIFICADA*. Registro digital: 2003641, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, página 557.

<sup>30</sup> Idem.

personal o una vejación injustificada, al realizar deducciones crueles que generen una respuesta equivalente, al mostrar un desprecio personal.<sup>31</sup>

## IV ] Daño Moral por vulneración del derecho al honor en redes sociales

1. *Concepto de red social.* En esencia una red social es un espacio en el que la persona, mediante la creación de un perfil personal, interactúa con otros usuarios de la red. Por medio de las redes sociales nos convertimos tanto en generadores como en receptores de información. A través de estas plataformas, compartimos nuestra identidad al proporcionar detalles como nuestro nombre, edad e imagen, así como aspectos de nuestra personalidad, como pensamientos, ideas, gustos, preferencias e inquietudes.<sup>32</sup>

Como señalan Morales Viales, y Ugarte Ibarra: *La personalidad virtual será la información digital de cada persona, la cual deberá ser considerada como centro de atribución e imputación de efectos jurídicos.*<sup>33</sup> En el mundo físico, ejercemos estos derechos a través de nuestra personalidad, mientras que en el mundo virtual lo hacemos a través de nuestra personalidad virtual. En este último contexto, uno de los derechos de la personalidad más afectados, debido a las particularidades del entorno virtual en el que se desarrolla, es el derecho al honor.<sup>34</sup>

En el caso de la protección del derecho al honor mediante acciones legales de responsabilidad civil, es importante identificar las partes que tienen la legitimidad para ser convocadas a un juicio. Estas partes incluyen tanto a los proveedores de servicios de la red social, como a los usuarios de la plataforma, quienes utilizan estas redes para crear y compartir contenido informativo. Por lo que es fundamental destacar que la cuestión jurídica abordada en este trabajo se centra en los desafíos que surgen de la interacción de

---

<sup>31</sup> Idem.

<sup>32</sup> VIEJO NOVA, Sara, *LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO AL HONOR EN REDES SOCIALES*, 2020, [https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/46531/TFM\\_Viejo\\_Nova\\_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/46531/TFM_Viejo_Nova_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Fecha de Consulta: 1 de noviembre de 2023, p. 4.

<sup>33</sup> MORALES VIALES, R & UGARTE IBARRA, R, *Tutela de los derechos de la personalidad virtual y protección de datos de carácter personal en las redes sociales online*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, 2012, p.15.

<sup>34</sup> VIEJO NOVA, Sara, Op. Cit, p. 7.

los usuarios en la red, en lugar de los problemas relacionados con la responsabilidad de la red como proveedora del servicio.

2. *Daño Moral resultante de la violación del derecho al honor en plataformas de medios sociales.* Con base en la evaluación de lo tratado con anterioridad, podemos llegar a la conclusión de que las redes sociales son un sistema de comunicación que conlleva ciertos riesgos. En esta sección, nos centraremos en explicar cómo, mediante el uso de esas comunicaciones, pueden traspasarse los límites que hemos estudiado y violarse de derechos fundamentales, en particular el derecho al honor, lo que podría dar lugar a la responsabilidad civil por daños morales.

i) Elementos de la responsabilidad civil. De conformidad con lo señalado por el Dr. Galindo Garfias, se destacan tres componentes esenciales que deben estar presentes para que pueda surgir la responsabilidad civil: i) Un hecho ilícito, ii) La existencia de un daño y iii) Un nexo de causalidad entre el hecho y el daño.<sup>35</sup>

a) Hecho ilícito. Respecto al hecho ilícito sabemos que su existencia se ha desglosado del artículo 1910 del CCF, el cual dispone lo siguiente: *El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.*<sup>36</sup>

En lo que respecta a su tratamiento en el contexto de las redes sociales, es importante no considerar automáticamente como hechos ilícitos los comentarios o publicaciones que se generan en una red social. Dado que, estos pueden ser meras manifestaciones de la libertad de expresión o del derecho al acceso a la información. Sin embargo, como ya se explicó previamente, la SCJN en diversos criterios jurisprudenciales, ha señalado que en ciertos casos sí puede llegar a existir responsabilidad por las publicaciones, cuando las mismas constituyen una vulneración del derecho al honor.

b) La existencia de un daño. Ahora bien, es fundamental resaltar que, en relación al segundo componente, existe la posibilidad de que surja un Daño Moral y/o un daño patrimonial, remarcando que estos dos tipos de daño independientes uno del

---

<sup>35</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Responsabilidad civil", *Diccionario jurídico mexicano*, 12a. Ed., México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 2826.

<sup>36</sup> Art. 1910, *CÓDIGO CIVIL FEDERAL*, Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

otro, como se explicó previamente en la sección inicial sobre la *Evolución del concepto de Daño Moral*.

Siguiendo las pautas de la doctrina judicial reciente, la SCJN señala que [...] *tanto las personas físicas como las morales cuentan dentro de los derechos de su personalidad, con el derecho al honor y a su buena reputación, por lo que tienen legitimación para emprender acciones de Daño Moral cuando esos bienes jurídicos son lesionados [...]*.

Sin embargo, se explica que cuando se trata de demostrar que se ha sufrido un Daño Moral debido a una afectación a la buena reputación, no se puede presumir automáticamente, ya que esto debe ser demostrado. Dado que, la presunción de daño que se aplica en otros casos no se justifica en situaciones que involucran la buena reputación, ya que esto depende de factores externos y la interacción con otras personas, que pueden ser probados directamente.

En resumen, mientras que el derecho al honor y la buena reputación son un derecho inherente a todas las personas y no necesita ser demostrado previamente, el Daño Moral resultante de la afectación a este derecho si debe ser probado, ya que no se presume automáticamente.<sup>37</sup>

c) Nexos de causalidad entre el hecho y el daño. Dado que las interacciones en las redes sociales en este caso se pueden categorizar dentro de la responsabilidad civil extracontractual, podemos establecer que el nexo causal surge cuando el daño experimentado es una consecuencia directa de la conducta del individuo responsable. Siendo así que el nexo debe estar debidamente acreditado, puesto que el origen de la responsabilidad depende de la atribución del hecho dañoso al demandado.<sup>38</sup>

Para este componente se sugiere utilizar el razonamiento que ha sido empleado por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en el cual establece que todas las personas deben ser conscientes sus actuaciones en internet puede generar afectaciones a los derechos fundamentales de las demás

---

<sup>37</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, *DAÑO MORAL. SU EXISTENCIA POR LA AFECTACIÓN DEL DERECHO AL HONOR EN SU VERTIENTE DE BUENA REPUTACIÓN, NO GOZA DE PRESUNCIÓN, SINO QUE DEBE ACREDITARSE*, Registro digital: 2019714, Libro 65, Abril de 2019, Tomo I, página 787.

<sup>38</sup> Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación, *Derecho de Daños, Responsabilidad extracontractual*, 2020, [https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2023-07/CUADERNO%20Derecho%20de%20daños\\_ELECTRÓNICO.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2023-07/CUADERNO%20Derecho%20de%20daños_ELECTRÓNICO.pdf). Fecha de Consulta: 1 de noviembre de 2023, p. 1.

personas:[...] debe existir una gran conciencia de lo vulnerable que resultan los derechos frente a quienes utilizan los servicios de internet para no discriminar, ofender o infringir los derechos fundamentales de las personas, por cuanto el Estado de Derecho debe repudiar el crimen, la mentira, y la infamia.<sup>39</sup>

Esto implica que, según la Corte Suprema de Justicia, la responsabilidad por el uso de una plataforma en línea no se restringe al individuo que inicia la acción, sino que se extiende a todas las personas que contribuyen a la violación de los derechos de otras personas al difundir publicaciones difamatorias.<sup>40</sup>

## V ] Regulación en España

Siguiendo el análisis efectuado por la Dra. Karla Cantoral Domínguez en su trabajo titulado *Daño Moral en redes sociales: su tratamiento procesal en el derecho comparado*, en el cual se lleva a cabo un análisis Sentencia del Tribunal Supremo de Madrid de 20 de julio de 2018 (STS 2748/2018), donde se estableció lo siguiente.

Los hechos del caso narran cómo una persona en una posición de autoridad, en la plataforma de red social "X" (anteriormente conocida como Twitter), compartió imágenes y detalles de una trabajadora de una empresa municipal que estaba en licencia médica. En estas imágenes, la empleada aparecía en eventos sociales y actos públicos de partidos políticos, seguidos de comentarios que cuestionaban si su ausencia estaba justificada.<sup>41</sup>

Las pretensiones presentadas por la parte demandante (la trabajadora) son notables, ya que, además de buscar una compensación por Daño Moral, también solicitaron que se ordenara a la parte demandada (superior jerárquico) eliminar de manera [...]inmediata, plena y definitiva supresión de las manifestaciones que consi-derara lesionaran su derecho al honor, intimididad e imagen. Además, se le instó a abstenerse de realizar

---

<sup>39</sup> RUBIANO PÉREZ, Miguel Angel, *Responsabilidad civil extracontractual por interacciones en Twitter*, 2021, <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/53783>. Apud. Tolosa Villabona, Luis Armando. Sentencia del 23 de enero de 2019. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Pág. 53.

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> SANTOS E SILVA, Pedro y MONCLÚS, Jorge, *EL RIESGO LEGAL DE COMPARTIR IMÁGENES A TRAVÉS REDES SOCIALES*, 2018, <https://s3.amazonaws.com/documents.lexology.com/c8d731e6-c055-4247-a9f9-29b770173041.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAVYILUYJ754JTDY6T&Expires=1699222643&Signature=hG4m3a%2Fssb6lSlt8mmPgwjQjvw%3D#page=1>. Fecha de Consulta: 1 de noviembre de 2023, p. 1.

futuros actos de intromisión en cualquier ámbito, medio o plataforma de comunicación que afectara su derecho al honor.<sup>42</sup>

En la primera instancia, el reclamo fue desestimado. El Juzgado de Primera Instancia no. 48 de Madrid dictó que las publicaciones no permitían apreciar, [...] *en absoluto, intromisión ilegítima alguna en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del actor.*<sup>43</sup>

Posteriormente, en la segunda instancia, el recurso de apelación tampoco tuvo éxito. Sin embargo, el Tribunal Supremo admitió el recurso de casación, analizando tanto la supuesta vulneración del derecho al honor como a la intimidad personal y a la propia imagen, cuya protección se regula en la Ley Orgánica 1/1982.<sup>44</sup>

En relación con la supuesta violación del derecho al honor, el Tribunal Supremo rechazó cualquier intromisión, argumentando que los comentarios sarcásticos hechos sobre las imágenes se basaron en hechos veraces, y se ven amparados en la libertad de expresión [...] *ya que el absentismo laboral injustificado presenta cierto interés general y, además, no se emplearon expresiones insultantes o vejatorias.*<sup>45</sup>

No obstante, de acuerdo con las observaciones de la Dra. Cantoral, explica como a pesar de que la ley especial 1/1982 no establece un procedimiento expreso para este tipo de conflictos, los jueces en España se han encargado de abordar los casos relacionados al daño moral ocasionado en redes sociales a partir de los criterios que se van generando en cada sentencia.<sup>46</sup>

## VI ] Conclusiones

En México, el Daño Moral es un mecanismo que garantiza la salvaguarda y la preservación de los derechos para el disfrute que cada ser humano experimenta como parte de una sociedad, en relación con otros individuos y frente al Estado. Sin embargo, en el

<sup>42</sup> CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, Op. Cit. p, 173.

<sup>43</sup> DON RAFAEL, Sarazá Jimena, *COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JULIO DE 2018 (476/2018)*, [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/comentarios\\_sentencias\\_unificacion\\_doctrina\\_civil\\_y\\_mercantil/abrir\\_pdf.php?id=COM-D-2018-14](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2018-14). Fecha de Consulta: 1 de noviembre de 2023, p. 219.

<sup>44</sup> *LEY ORGÁNICA 1/1982*, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

<sup>45</sup> SANTOS E SILVA, Pedro y MONCLÚS, Jorge, Op. Cit.

<sup>46</sup> CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, Op. Cit. p, 174.

contexto de las plataformas digitales y las posibles vulneraciones que pueden surgir dentro de las mismas, es necesario establecer parámetros más sólidos para garantizar su protección adecuada. [...] *Las posibilidades de que derechos como el honor, la intimidad o la imagen sean afectados en las redes sociales van en constante aumento.*<sup>47</sup> Dicha proliferación de casos hace que sea esencial comprender que, del ejercicio abusivo del derecho de la libertad de expresión e información, sí puede proceder la reclamación para la reparación por Daño Moral.<sup>48</sup>

Un aspecto importante a tener en cuenta es la rapidez con la que funcionan las redes sociales. Siendo así, que cuando se publica información en estas plataformas, esta se vuelve accesible para un gran número de personas casi de manera inmediata.<sup>49</sup> Por lo tanto, es esencial que el proceso legal para abordar el Daño Moral en estos temas sea ágil y efectivo, con el propósito de proteger de manera efectiva los derechos de la personalidad en este entorno digital dinámico.

Siendo así que, dadas las particularidades de los casos de Daño Moral derivados de la vulneración de derechos de la personalidad en las redes sociales, se recomienda la valoración de los siguientes elementos: i) Proporcionar medidas precautorias actualizadas para prevenir daños futuros y detener el daño<sup>50</sup>, ii) El contenido de las expresiones que originaron el conflicto, iii) La temática involucrada en el caso, para determinar si son de interés público, iv) La identidad de las partes, es decir, la calidad de la persona que alega haber sufrido un daño y la calidad de la persona que emitió la expresión.

Podemos concluir que, en efecto, el derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información son fundamentales para la consecución de una sociedad diversa y abierta, pilares esenciales en la construcción de una auténtica democracia. Siendo así que, cuando estos derechos se ejercen en las redes sociales de manera adecuada, pueden contribuir al desarrollo de ciudadanos informados y críticos. Sin embargo, cuando no se establecen límites adecuados en el ejercicio de los mismos, pueden surgir comportamientos que generen responsabilidades y daños de difícil reparación.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> Idem.

<sup>48</sup> BUSCADOR JURÍDICO DE LA SCJN, AMPARO DIRECTO 30/2020, Op. Cit.

<sup>49</sup> CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, Op.cit. p, 180.

<sup>50</sup> CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, Ibidem. p, 171.

<sup>51</sup> Idem.

## Bibliografía

BUSCADOR JURÍDICO DE LA SCJN, AMPARO DIRECTO 30/2020 - PRIMERA SALA, Ministro: ANA MARGARITA RÍOS FARJAT. [https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias\\_pub/woa-YoABkURTGTreV\\_PB/\\*](https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/woa-YoABkURTGTreV_PB/*).

Fecha de Consulta: 1 de noviembre de 2023,

CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, *Daño Moral en redes sociales: su tratamiento procesal en el derecho comparado*, IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, Vol. 14, 2019, p. 164.

DON RAFAEL, Sarazá Jimena, COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JULIO DE 2018 (476/2018), [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/comentarios\\_sentencias\\_unificacion\\_doctrina\\_civil\\_y\\_mercantil/abrir\\_pdf.php?id=COM-D-2018-14](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2018-14). Fecha de Consulta: 1 de noviembre de 2023, p. 219.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Responsabilidad civil", Diccionario jurídico mexicano, 12a. ed., México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 2826.

GARCÍA TORRES, Antonio, *Gaceta del Senado Martes 09 de noviembre de 2004 / LIX/2PPO-74-85/3232*, [https://www.senado.gob.mx/65/gaceta\\_del\\_senado/documento/3232](https://www.senado.gob.mx/65/gaceta_del_senado/documento/3232).

Fecha de Consulta: 1 de noviembre de 2023.

MORALES VIALES, R & UGARTE IBARRA, R, *Tutela de los derechos de la personalidad virtual y protección de datos de carácter personal en las redes sociales online*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, 2012.

RUBIANO PÉREZ, Miguel Angel, *Responsabilidad civil extracontractual por interacciones en Twitter*, 2021, <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/53783>. Apud. Tolosa Villabona, Luis Armando. Sentencia del 23 de enero de 2019. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Pág. 53.

SANTOS E SILVA, Pedro y MONCLÚS, Jorge, *EL RIESGO LEGAL DE COMPARTIR IMÁGENES A TRAVÉS REDES SOCIALES*, 2018, <https://s3.amazonaws.com/documents.lexology.com/c8d731e6-c055-4247-a9f9-29b770173041.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAVYILUYJ754JTDY6T&Expires=1699222643&Signature=hG4m3a%2Fssb6lSl8mmPgwjqJvjw%3D#page=1>.

Fecha de Consulta: 1 de noviembre de 2023

VIEJO NOVA, Sara, *LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO AL HONOR EN REDES SOCIALES*, 2020, [https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/46531/TFM\\_Viejo\\_Nova\\_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/46531/TFM_Viejo_Nova_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Fecha de Consulta: 1 de noviembre de 2023.

# Vida universitaria

Revista

PERSPECTIVA  
JURÍDICA 

NÚMERO  
**19** SEMESTRE II  
2023



## Una mexicana rescatada por Nueva York

DENISSE G. GÓMEZ<sup>1</sup>

Sinatra dijo que “*si lo logras en Nueva York, puedes hacer cualquier cosa en donde sea*”. Si es cierto eso o no, no lo sé; porque sigo en la Gran Manzana y hasta ahora no he probado mi suerte en otro lugar (ni tengo planes de hacerlo). ¿Si lo estoy logrando o no? Eso depende de lo que definamos como éxito.

Después de vivir más de dos años en Nueva York estoy convencida de dos cosas. Primero, de que el mayor reto de cualquier persona que reside en esta ciudad es no perder la cordura; y segundo, de que el solo hecho de habitar en una urbe como esta puede tornarse en un éxito en sí mismo. Es decir, conseguir un trabajo, construir una vida, y más aún para los extranjeros, conseguir una visa en Nueva York, es en sí mismo el mayor de los éxitos.

El frenético ritmo laboral, la cultura de la competitividad, los altos costos de alquiler, la desigualdad social, y el clima imperdonable, son algunos de los factores que convierten a Nueva York en una ciudad tan retadora. De acuerdo a un reciente estudio, la Gran Manzana es catalogada como la peor ciudad entre 182 ciudades para conseguir un trabajo; y ocupa el lugar 174 en estándares de calidad de vida.

Nueva York amenaza a cualquiera con perder la cordura. Te obliga a incorporarte a un ritmo de vida que no conoce la pausa ni el descanso; a un ambiente desposeído de empatía y descaradamente capitalista; a una cultura de banqueros, donde el éxito se mide en términos de *dinero o poder*. Como lo describe Hernán Díaz, ganador del premio Pulitzer, la ciudad es esencialmente *gobernada por financieros*, y aquellos que no forman parte de este círculo enfrentan un desafío adicional.

A pesar de los retos impuestos por esta ciudad, o quizás gracias a ellos, Nueva York se proclama como la *gran ciudad* del

---

<sup>1</sup> Abogada egresada de la Universidad Panamericana y maestra en Derechos Humanos por la Universidad de Columbia en Nueva York. Actualmente es *Chief of Staff* y Coordinadora Legal de *We are all Human*, organización dedicada a la inclusión laboral de las personas hispanas en Estados Unidos basada en Nueva York.

éxito. En los años 30, la afirmación era clara: *hay muchas manzanas en el árbol, pero solo una Gran Manzana*. Es por ello que aquellos que logran habitarla, se aferran tenazmente a ella, ya que, a pesar de que su ritmo frenético amenaza con perder la cordura, la ciudad y sus residentes emergen inevitablemente a rescatarte.

Esos momentos a los que yo llamo rescates pueden adoptar diferentes caras; para algunos, se trata de encuentros con celebridades, para otros, son experiencias culturales, y para algunos otros, son éxitos laborales. En mi caso, se trata de momentos que crean la ilusión de estar *cambiando al mundo*, esos instantes que retratan la grandeza e imponencia de la ciudad en cuestión de segundos. Y aunque no puedo afirmar que en efecto estoy cambiando al mundo, puedo asegurar, sin temor a equivocarme, que en Nueva York he sido testigo de momentos que quedarán registrados en la Historia, o tal vez, solo en mi memoria.

Con la educación jurídica y la formación humanista que obtuve en la Universidad Panamericana, logré acceder a una de las universidades más prestigiosas del mundo, la Universidad de Columbia que hasta el 2021 estaba rankeada como la segunda mejor del país, solo después de MIT y a la par de Harvard. Compartí pasillos por los cuales caminaron gigantes intelectuales y líderes como Barack Obama, Ruth Bader Ginsburg (ministra de la Suprema Corte) y Kimberlé Crenshaw (aclamada jurista feminista). Con estas grandes figuras, no solo compartí este campus, sino los estudios de Derecho. Y para mi sorpresa, al comenzar las clases con reconocidos profesores americanos y compañeros con intimidantes trayectorias, me descubrí preparada y con las herramientas suficientes para sobrellevar la alta carga escolar. Cualquiera que ha *sobrevivido* la carrera de Derecho en la UP, no me dejaría mentir, la fórmula compuesta por los demandantes exámenes orales, las clases con método socrático y, sobre todo, el arduo proceso de redactar y presentar una tesis, te preparan para cualquier reto académico.

Durante los últimos meses de la Maestría me encontré en uno de los momentos más estresantes de mi vida. Había que conseguir cuatro objetivos: presentar exámenes finales, redactar una tesis de derechos humanos – con un alto rigor académico y múltiples entrevistas con expertos –, concluir con éxito mi tercera pasantía en las Naciones Unidas y, lo más importante (y angustiante también): conseguir un trabajo que me patrocinase la visa. Afortunadamente, en este periodo también me sentí equipada y con una seguridad y preparación que solo puedo atribuir a la experiencia como abogada UP.

Son múltiples los factores que lo explican. Por un lado, el requerimiento de trabajar en un prestigioso despacho tan a temprana edad, al tiempo se deben presentar frecuentes exámenes, lecturas e intervenciones en clase. Por otro lado, hay que aquellas vueltas nocturnas a “Ciudad Judicial” para presentar aquellos términos que requerían un nivel de precisión que no admitía error alguno, no fueron en balde...A pesar de haber sido tan joven y nada más que “una pasante” en aquella época, no puedo enfatizar suficiente lo determinantes que fueron esos cinco años de la Licenciatura para mi crecimiento profesional... y personal.

Tuve la fortuna de realizar tres pasantías en las Naciones Unidas; me tocó presenciar momentos clave de nuestra historia contemporánea. Un momento sin duda memorable fue presenciar las declaraciones de guerra de Rusia contra Ucrania en 2022 en el histórico salón más importante de la ONU, el Consejo de Seguridad –donde los países más poderosos (incluidos los “5P”) toman decisiones para mantener la paz mundial (o al menos intentarlo). En ese mismo espacio sucedió el emblemático atentado contra el “Che” Guevara en 1964. Estar ahí, en ese pequeño cuarto donde se leería el discurso que yo misma preparé fue tan solo uno de los momentos más valiosos. Y admitir, que nada me preparó mejor para esa experiencia donde presencié el Derecho Internacional en su estado más puro que las entrañables clases – y conversaciones – con mis estimados profesores, el Dr. Pedro Pallares, Dr. Guillermo Gatt, Dr. Jaime Olaiz y la Mtra. Laura Treviño (con quienes estaré siempre agradecida).

Actualmente, soy *Chief of Staff* y Coordinadora Legal en una de las organizaciones hispanas más destacadas de Estados Unidos presidida por una reconocida activista y emprendedora social mexicana, Claudia Romo Edelman. En mi trabajo, tengo la fortuna de tener acceso directo a las prominentes figuras latinoamericanas que están moldeando a la cultura hispana en este país, incluyendo las 50 mujeres latinas de más alto nivel en las empresas estadounidenses. Nuestro objetivo es mejorar la Diversidad, Equidad e Inclusión (DEI) de los latinos en los corporativos de Estados Unidos. En un ambiente donde la competencia y la ambición nublan la empatía, la mirada humanista de la UP me ha rescatado de la frivolidad de la cultura corporativa y me ha abierto innumerables caminos y conexiones que nunca me imaginé tener.

Cada uno de estos momentos y etapas ha representado una especie de “rescate” para mí, donde Nueva York me recuerda y reafirma que su grandeza y su renombre justifican plenamente el esfuerzo invertido.

Recientemente, tuve la fortuna de experimentar un rescate muy especial. Me encontraba en un elevador de la Universidad de Columbia y coincidí con el periodista neoyorquino Ronan Farrow, reconocido por su trascendental investigación sobre Harvey Weinstein, la cual fue el punto de partida del movimiento #MeToo en Estados Unidos. Irónicamente, Farrow es conocido tanto por ser un defensor destacado del movimiento feminista debido a sus reportajes sobre abuso sexual, como por ser hijo de Mia Farrow y Woody Allen, este último acusado de abuso sexual hacia su hija adoptiva y hermana de Ronan.

A pesar de la excepcionalidad de este encuentro, debo confesar que no fue la celebridad de Ronan Farrow lo que considero como un rescate. Porque, aunque conocer a una figura tan destacada tiene su encanto, la verdadera magia de ese momento radicó en las personas con quienes me encontraba al hacerlo.

Asistí a una conferencia, en el campus de Columbia con Denise Dresser (escritora, politóloga y académica), Peniley Ramírez (periodista, poeta e investigadora) y María Hinojosa (periodista ganadora del premio Pulitzer en 2022). Tres mujeres extraordinarias que ejercen una notable influencia en la opinión pública de Latinoamérica. Tres grandes líderes cuyas voces abren camino para innumerables mujeres. Tres latinas que amplifican las voces del feminismo latinoamericano en Estados Unidos.

En un elevador del campus, las tres compartían su respeto y admiración por el periodista Farrow, quien también es profesor en Columbia. Al salir, nos lo encontramos por casualidad y las grandes líderes se conmovieron tanto como niñas aficionadas que se encuentran con sus grandes héroes. Y fue así como presencié un rescate neoyorquino.

Encontrarme un día como cualquier otro en un elevador con tres de las mujeres que considero admirables estupefactas por alguien que a su vez ellas admiran, fue un momento épico. Las veía conmovidas ante la presencia de un joven periodista de 35 años al que yo apenas conocía. Ronan era un rescate para ellas, y a su vez, ellas eran un rescate para mí. Eso es Nueva York.

La ciudad inevitablemente le regala momentos como este a todo el que aquí reside. La "horizontalidad" de la ciudad lo permite. Ronan, Denise, María y Peniley inevitablemente se *camuflajan* con el resto, utilizando el metro, ocupando las aulas universitarias y compartiendo con el resto de la población, el caos y el desagradable olor de las calles de Nueva York. La ciudad obliga a todos -incluso a Ronan Farrow- a ser un ciudadano más que como todos, intenta sobrevivir en esta urbe sin perder la cordura.

Por eso y por muchas cosas más, me considero afortunada de residir en una ciudad de soñadores, aun sabiendo que soy tan solo una más entre 8 millones de personas que persiguen con tenacidad un mismo sueño: mantenerse en la Gran Manzana sin perder la cordura.

En su icónica canción *New York, New York*, Sinatra expresa su anhelo de ser parte de la inagotable energía de la ciudad que nunca duerme. Tal vez debido a su experiencia como inmigrante, se empeñó en resaltar no solo la majestuosidad de la ciudad sino también los desafíos que conlleva volverse parte de ella.

A pesar de los retos, yo, al igual que Sinatra, comparto un profundo amor por Nueva York. Quién sabe, tal vez él también se maravillaba con los momentos mágicos con los que la ciudad rescata a quienes la habitan. Esos momentos que algunos llamarían un simple encuentro en un elevador y para otros sería un verdadero rescate para no perder la cordura en Nueva York.

Revista

**PERSPECTIVA  
JURÍDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA  
CAMPUS GUADALAJARA