

UNIFORMACIÓN, INTERNACIONALIZACIÓN Y REGIONALISMO EN EL DERECHO

con énfasis en el Derecho Privado

Aldo Petrucci
Rodolfo Gómez Alcalá
Coordinadores

Francesco Dal Canto
Emilio González de Castilla del Valle
Presentación



UNIVERSITÀ DI PISA



Uniformación, internacionalización y regionalismo en el Derecho

(con énfasis en el Derecho Privado)

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT HUMANIDADES

MANUEL ASENSI PÉREZ

*Catedrático de Teoría de la Literatura y de la Literatura Comparada
Universitat de València*

RAMÓN COTARELO

*Catedrático de Ciencia Política y de la Administración de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología
de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*

M^a TERESA ECHENIQUE ELIZONDO

*Catedrática de Lengua Española
Universitat de València*

JUAN MANUEL FERNÁNDEZ SORIA

*Catedrático de Teoría e Historia de la Educación
Universitat de València*

PABLO OÑATE RUBALCABA

*Catedrático de Ciencia Política y de la Administración
Universitat de València*

JOAN ROMERO

*Catedrático de Geografía Humana
Universitat de València*

JUAN JOSÉ TAMAYO

*Director de la Cátedra de Teología y Ciencias de las Religiones
Universidad Carlos III de Madrid*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

Aldo Petrucci
Rodolfo Gómez Alcalá
Coordinadores

Francesco Dal Canto
Emilio González de Castilla
del Valle
Presentación

**Uniformación,
internacionalización
y regionalismo
en el Derecho**
(con énfasis en el
Derecho Privado)



tirant humanidades
Ciudad de México, 2024

Copyright * 2024

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant Humanidades publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

© Sus autores

© TIRANT HUMANIDADES
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc
CP 06100, Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1183-959-4
MAQUETA: Disset Ediciones

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa:
http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

RECTOR

Don Emilio González de Castilla del Valle

JUNTA DIRECTIVA

Don José Luis Izunza Espinosa

Don Fernando Cataño Muro Sandoval

Don Juan Pablo Estrada Michel

Doña Gabriela de la Mora Galván

Don Mario Héctor Blancas Vargas

SECRETARIOS

Don José Manuel Villalpando

Secretario Académico

Doña Renata Sandoval Sánchez

Secretaria de Administración

Doña Cecilia Lizardi Tort

Secretaria de Posgrado

Don Arturo Ramos Sobarzo

Director del Centro de Investigaciones Jurídicas

Don Manuel Alexandro Munive Páez

Director del Doctorado

COMITÉ EDITORIAL

Don Juan Pablo Estrada Michel

Director

Don Francisco de Icaza Dufour+

Director Honorario

Doña Lizbeth América Cedillo Valderrama

Don Rodolfo Gómez Alcalá

Don Rafael Estrada Michel

Don Pablo Francisco Muñoz Díaz

Don Arturo Ramos Sobarzo

Don José Manuel Villalpando

Índice

Presentazione	13
Francesco Dal Canto	
Presentación:	15
Emilio González de Castilla del Valle	
Uniformidad y regionalización en el Derecho.	21
Por: Aldo Petrucci y Rodolfo Gómez Alcalá.	

Primera Parte: Derecho Romano.

Consideraciones sobre la jurisdicción internacional en Roma antes de la institución del pretor peregrino.	47
por: Alessandro Cassarino	
La <i>iurisdictio</i> del pretor peregrino.	77
Por: Rodrigo de la Peza López Figueroa	

Segunda Parte: Historia del Derecho (Derecho común).

«Solamente la verdad sabida, y la buena fe guardada». La equidad mercantil entre derecho común y codificación.	123
Por: Andrea Landi	
El Derecho de los mercaderes al momento de su encuentro con los Estados nación: el caso de la Federación Mexicana.	165
Por: Rafael Estrada Michel	

Tercera Parte: Derecho Internacional.

La contribución del acuerdo Unión Europea-México a la gobernanza medioambiental internacional.....	199

Por: Leonardo Pasquali

Nuevos tratados de libre comercio, medio ambiente y desarrollo.....	251

Por: Mónica María Antonieta Velarde Méndez

Cuarta Parte: Derecho Mercantil.

El abuso de la pantalla societaria y el problema de la desestimación de la personalidad jurídica.....	293

Por: Ilaria Kutufa

Abuso de la pantalla societaria: el problema de la superación de la personalidad jurídica y la identificación del beneficiario final como resultado de la actividad económica.....	343

Por: Paulina Morfín Cedeño

Quinta Parte: Arbitraje.

La protección de las inversiones en el tratado comercial entre la Unión Europea y México.....	381

Por: Leonardo Pasquali

Sexta Parte: Derecho Civil

Promoción de la autonomía de los adultos vulnerables. Principios supranacionales y límites del sistema de protección italiano.	437

Por: Chiara favilli

La persona adulta mayor, la familia y el Estado: panorámica mexicana.....	475

Por: Lizbeth América Cedillo Valderrama

Séptima Parte:
**La unificación y regionalización del Derecho en la práctica
de los abogados.**

**En los orígenes de la moderna hermenéutica contractual:
la doctrina del *status causae* legal *scriptum/voluntas*. Una
reflexión entre retórica y derecho.....** 529

Por: Federico Procchi

**Principios UNIDROIT: una alternativa para los profesionales del
derecho contractual.** 557

Por: Gerardo Lozano Alarcón

Presentazione

Per la seconda volta durante il mio mandato di Direttore ho l'onore di scrivere una breve presentazione del volume che racchiude, dopo tre anni di intenso lavoro, i risultati della Settima ricerca congiunta fra la *Escuela Libre de Derecho* di Città del Messico ed il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa, dedicata ai temi dell'uniformazione, internazionalizzazione e regionalizzazione del diritto nella prospettiva privatistica. La sua pubblicazione è un ulteriore tassello nel sempre più ricco mosaico della collaborazione avviata fra le due Istituzioni nel 2004 ed è la dimostrazione di quanto sia importante il dialogo scientifico e culturale all'interno delle comunità accademiche di Paesi diversi come strumento di reciproca comprensione ed integrazione.

Il presente libro si aggiunge alle altre sei opere già editate su tematiche giuridiche di ampio respiro e di spiccata attualità: "La crisi della legge" (2007); "Principi e regole" (2011); "La responsabilità del giudice, del funzionario pubblico e dei professionisti" (2013); "La reazione formale e sostanziale dei diritti di fronte alla crisi economica" (2015); "L'accesso alla giustizia" (2018); "I diritti del corpo umano ed i suoi atti di disposizione" (2021). Tutte si sono caratterizzate per la trattazione interdisciplinare degli argomenti, per il confronto fra i due ordinamenti e per il fecondo dialogo fra cultori di materie diverse in un'ottica di comparazione sia diacronica che sincronica.

La partecipazione a questa nuova ricerca è stata estesa anche ad altri docenti delle due Istituzioni, di entrambi i generi, con l'obiettivo di allargare progressivamente il numero di quelli coinvolti e di sfruttarne le diverse competenze. In considerazione del titolo della ricerca, gli ambiti interessati sono stati quelli storico – giuridico, civilistico, commerciale, internazionale, dell'arbitrato e della professione forense, quest'ultimo a conferma del vincolo fondamentale, che dovrebbe sempre esistere tra formazione e pratica giuridica. In particolare, seguendo l'ordine del libro, si devono ai docenti e ricercatori pisani i contributi: *Consideracio-*

nes sobre la jurisdicción internacional en Roma antes de la institución del pretor peregrino (Alessandro Cassarino); «Solamente la verdad sabida, y la buena fe guardada». Le equidad mercantil entre derecho común y codificación (Andrea Landi); La contribución del Acuerdo Unión Europea-México a la gobernanza medioambiental internacional (Leonardo Pasquali); El abuso de la pantalla societaria y el problema de la desestimación de la personalidad jurídica (Ilaria Kutufà); La protección de las inversiones en el Tratado comercial entre la Unión Europea y México (Leonardo Pasquali); Promoción de la autonomía de los adultos vulnerables. Principios supranacionales y límites del sistema de protección italiano (Chiara Favilli); En los orígenes de la moderna hermenéutica contractual: la doctrina del status causae legal scriptum/ voluntas. Una reflexión entre retórica y derecho (Federico Procchi).

Infine, non mi resta che rinnovare l'auspicio che *Escuela Libre de Derecho* e Dipartimento di Giurisprudenza di Pisa possano continuare nel percorso di reciproca collaborazione, rafforzando e sfruttando al meglio tutte le potenzialità insite nel loro Accordo.

Pisa, luglio 2024

Francesco Dal Canto
Direttore del Dipartimento

Presentación:

Para mí constituye un gran honor al mismo tiempo que un estímulo, el poder presentar al público de habla española la obra: *“Uniformación, internacionalización y regionalismo del Derecho”* que resulta ser el resultado final del esfuerzo de investigación conjunta realizada por distinguidos profesores tanto del Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa, en Italia, como de la Escuela Libre de Derecho, en la Ciudad de México.

El trabajo también resulta ser ya el séptimo que arroja el esfuerzo entre ambos institutos universitarios dentro de una colaboración que tiene más de 20 años de haberse formado y que ha dado excelentes frutos tangibles de gran aceptación en nuestra comunidad, como lo será también sin duda el que ahora publicamos. El primer libro escrito fue en italiano y español y data del año 2007, con el título de *“La crisis de la ley”*; posteriormente también en ambos idiomas tenemos en el año 2010 *“Principios y reglas”*; le siguió en el año 2013 *“Estudios sobre la responsabilidad jurídica del juez, el servidor público y los profesionistas”* donde si bien seguía el idioma de cada autor ya apareció un resumen en español del artículo en italiano para su mejor difusión. No fue sino hasta el año del 2015 donde se dio un salto importante en las investigaciones en aras de una mayor difusión en los países de habla española con *“La reacción formal y sustancial de los derechos frente a la crisis económica”*, donde el libro estuvo totalmente redactado en español con resúmenes en ambos idiomas. Le siguió *“El acceso a la justicia”* en el año 2018, también totalmente en español con resúmenes y ahora palabras clave en español e italiano y por último *“Los derechos del cuerpo humano y sus actos de disposición”*, en el año 2021 donde se conservó el idioma español para todos los trabajos con resúmenes, palabras claves en italiano, español y esta vez en inglés. Como se ve a lo largo de todas estas empresas se ha ido mejorando los resultados de los artículos conjuntos, siempre con el ánimo de lograr una mayor difusión y comprensión de las ideas que se exponen, buscando dar un mayor alcance en su difusión, lo que es

importante para resaltar retos, similitudes y avances en cada país respecto de los puntos tratados. El mundo actual presenta nuevos retos de gran calado que seguramente serán motivo de próximas publicaciones conjuntas.

De la lectura de estas obras se podrá apreciar que lo que se intenta no es únicamente el diálogo entre ateneos o juristas de otro país, por cierto, de gran tradición y prestigio en la historia del Derecho, sino llegar a consensos sobre los temas relevantes contemporáneos, las inquietudes mutuas que se dan, el estado de la ciencia en los mismos y las propuestas de solución que puedan ser compartidas al público en general. No solo desde el punto de vista del derecho positivo nacional o extranjero, sino proyectado los temas analizados en la historia misma del Derecho, resaltando sus vínculos también con la teoría y la filosofía jurídica, debido a que no se intenta mostrar las respuestas que dan a los temas tratados desde el punto de vista del derecho nacional, sino cómo se han venido desarrollando en el devenir de los tiempos y en el pensamiento de los grandes juristas, sin descuidar el estado de la legislación y de los convenios internacionales en la materia, de ahí que estos trabajos han sido muy bien recibidos no solo en nuestra comunidad jurídica sino en diversos países de habla hispana, que seguramente se ampliará al existir ahora un texto que incluye el idioma Inglés.

Lo que está en nuestro ánimo es no solo la producción pero sobre todo la difusión de nueva ciencia jurídica; de ahí que la Escuela Libre de Derecho ha puesto en su página de internet de manera permanente el contenido de todas estas obras.

En esta ocasión el tema que se desarrolla consiste en exponer diversas ópticas sobre el fenómeno innegable de la globalización en el Derecho, mediante su universalización, lo que ha contribuido a la unificación de sus contenidos en la mayoría de los países, dando así un renacimiento de la idea medieval del *derecho común* al que se aspira ¿qué tan cerca o tan alejados estamos de esta meta? Si bien el beneficiario directo de esta acción ha sido el derecho privado preponderantemente el derecho

mercantil, la acción no se detiene ahí sino que pretende abarcar otras ramas del derecho como el administrativo, la solución de controversias o el constitucional. Finalmente lo que se trata como se explicará en la obra es evitar el conflicto no solo entre las personas sino entre las naciones, procurando establecer mecanismos eficaces y permanentes para la paz mundial.

No se pretende sobrevalorar esta tendencia a la uniformidad, sino también el de explicar la necesidad de conservar ciertas instituciones y valores que existen en ámbitos específicos de las comunidades, por lo que si bien existe una tendencia hacia la semejanza jurídica, también se encuentran sesgos hacia la regionalización, lo que en algunos aspectos ha llevado a algunos países y políticas que polarizan al defender el derecho que consideran propio. En ese tenor, lo que se pretende es resaltar la necesidad de buscar el difícil equilibrio entre uniformidad y la debida protección de los bienes nacionales, tomando en consideración ciertos valores universales, y de ahí la importancia del texto que ahora introducimos.

La obra se encuentra dividida en una introducción y siete partes, tratando de abarcar algunos de los aspectos más representativos del tema propuesto. Así en una primera sección dedicada al Derecho Romano, se analiza cómo fue posible y la manera en que se introdujo y evolucionó una jurisdicción que resolviera los problemas cotidianos entre nacionales y extranjeros en la antigua Roma y su constante expansión territorial, con la institución del *pretor peregrino*. En el segundo segmento, de historia jurídica, explica cómo se aplicó la equidad mercantil en la época medieval ante la inexistencia de los derechos nacionales y, como contrapartida, la aparición de un derecho común, al que ahora se aspira, y la manera en que el mismo concluyó con la codificación. En la tercera parte dedicada al Derecho Internacional indaga el reflejo de la unificación del Derecho tanto en la Unión Europea como en los Tratados de Libre Comercio por lo que hace al medio ambiente. El cuarto apartado de Derecho Mercantil señala los excesos de la pantalla societaria y la crisis de la personalidad jurídica en las personas morales. En el tema del

arbitraje que ocupa la quinta parte se expone la manera en que se protegen las inversiones en el tratado internacional que existe actualmente entre la Unión Europea y nuestro país. La sexta parte de la investigación está dedicada a la protección de la persona adulta mayor y la promoción de su autonomía vista desde un nivel supranacional con las restricciones que existen tanto en Italia como México, cuestionando al mismo tiempo si se da o no la regionalización en esta materia. Por último, en el segmento dedicado a la práctica de los abogados- lo que resulta una novedad en la investigación- se señala cómo la retórica jurídica, que se originó en la antigüedad y ahora en la globalización está resurgiendo, puede auxiliar a los profesionistas a resolver problemas que se le presentan en su vida diaria ante un fenómeno jurídico cada vez más complejo producto de esta universalización de los contenidos normativos, o cómo los principios *Unidroit* que es sin duda una de las grandes contribuciones de la unificación jurídica puede resultar una herramienta útil para superar los retos que presentan la interpretación y aplicación de contratos internacionales.

Por ello, agradezco al profesor Francesco Dal Canto, Director del Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa, el interés y el decidido apoyo que ha mostrado para que continúen estas investigaciones conjuntas que tratan de dar un punto de vista diferente y único a otro tipo de publicaciones que se realizan entre instituciones educativas; así como a los profesores que mostraron su disposición en la realización de esta investigación: Alessandro Cassarino, Rodrigo de la Peza López Figueroa, Andrea Landi, Rafael Estrada Michel, Leonardo Pasquali, Mónica María Antonieta Velarde Méndez, Ilaria Kutufá, Paulina Morfín Cedeño, Chiara Favilli, Lizbeth América Cedillo Valderrama, Federico Procchi, Gerardo Lozano Alarcón, Aldo Petrucci y Rodolfo Gómez Alcalá, en especial se les reconoce su interés, esfuerzo, dedicación y todo el tiempo que tomaron y distrajeron de sus actividades cotidianas para que esta obra pueda salir a la luz el día de hoy.

Más que un libro la obra que se presenta constituye el testimonio de la convivencia de practicantes, profesores e investigadores de distin-

tos países y continentes que pretenden mantener un dialogo sobre los mismos temas y de aportar sus reflexiones en aras de mejorar los sistemas jurídicos nacionales e internacionales que reflejan, una vez más, la universalización de las ideas que estamos viviendo y que deseamos que continúe.

Emilio González de Castilla del Valle

Rector

Ciudad de México, julio del 2024

Uniformidad y regionalización en el Derecho.

“Hemos dicho que el legislador debe proponerse tres cosas en la institución de sus leyes a saber: que la libertad, la concordia y la cultura reinen en el Estado que intenta organizar.” (701 a)

Las leyes
Platón

“Sólo la constitución establecida de conformidad con los principios, primero de la libertad de los miembros de una sociedad (en cuanto hombres), segundo de la dependencia de todos respecto a una única legislación común (en cuanto súbditos); y / tercero, de conformidad con la ley de la igualdad de todos los súbditos (en cuanto ciudadanos), la única que deriva de la idea del contrato originario y sobre la que deben fundarse todas las normas jurídicas de un pueblo, es republicana...Hay que preguntarse, además, si es también la única que puede conducir a la paz perpetua.” (Ak. VIII, 359)

Hacia la paz perpetua
Immanuel Kant

“La enseñanza de Grocio ha sido identificada con la evolución del Derecho Internacional a un verdadero sistema de Derecho de contenido lícito y moral”. (p.327)

Derecho Internacional
Hersch Lauterpacht

Por: Aldo Petrucci y Rodolfo Gómez Alcalá.

Si queremos conocer lo que es efectivamente el Derecho por regla general se acude a los manuales de introducción o teoría de esta ma-

teria, en donde encontramos en el mejor de los casos una visión muy general y esquemática de lo que se suele pensar por los abogados sobre el fenómeno jurídico. Pero cuando queremos contrastar esta idea con la realidad, apreciamos importantes diferencias que hacen que nos desinterese de esta explicación teórica y nos involucremos más sobre lo que sucede en la realidad, aunque ya no necesariamente en base a categorías jurídicas. Y es que la idea que nos dan los científicos y especialistas del Derecho sobre su rama de estudio suele en la mayoría de los casos estar muy alejada del acontecer actual. Si bien esos libros nos pueden decir las ideas básicas sobre su naturaleza y el grado de desarrollo que ha tenido, o sus distintos componentes y sus distinciones con otros modelos normativos y en el mejor de los casos los contenidos normativos actuales, pero en cambio, no nos pueden explicar cómo es al día de hoy esta realidad, a qué factores políticos, nacionales o internacionales ha obedecido su integración actual, menos aún nos pueden señalar cuáles pueden ser sus tendencias de desarrollo hacia el porvenir.

Lo mismo pudiera decirse de las distintas ramas del Derecho que por regla general solo se ocupan de los contenidos normativos, los alcances y limitaciones de las normas, las similitudes con otras reglas que estuvieron vigentes en el pasado o los defectos que en cuanto a técnica y contenido suelen tener. Pero difícilmente pueden adentrarse a los motivos por los cuales se tienen esos contenidos o sus méritos políticos o morales.

Menos aún se detienen a pensar por qué cuando los juristas de distintas nacionalidades dialogan entre sí pueden apreciar que sus regulaciones son muy similares, de tal manera que el diálogo que tienen entre ellos se simplifica y se adquiere una mejor comprensión respecto de las inquietudes y problemáticas de sus propios países, lo que permite la mejor evaluación de sus contenidos no solo los nacionales sino también los extranjeros.

La respuesta a esto es que el fenómeno jurídico contemporáneo se está asimilando en sus distintas áreas, sobre todo en el ámbito privado,

de tal manera que da la impresión que el Derecho donde quiera que se presente parece ser solo uno. Aunque también y al mismo tiempo en esta misma área y en otras sobre todo en el Derecho Público sucede lo contrario, es decir, pese a tendencias simplificadoras de las reglas, se dan movimientos de regionalización y particularización de los sistemas normativos en donde lo que se busca es preservar instituciones, costumbres, valores e intereses que únicamente encontramos en determinadas áreas geográficas, ya sea nacionales y dentro de espacios más pequeños en los propios estados.

Lo anterior nos permite apreciar que dentro del Derecho contemporáneo, aquél que los libros no nos permiten explicar, se están produciendo tres situaciones a nivel mundial que lo están modificando radicalmente, lo que está sucediendo lentamente que tal vez no nos permite ser conscientes de ello, ni podemos a primera vista vislumbrar su origen, la forma en que se está desarrollando ni hacia dónde nos conducirá. Nos referimos a la *internacionalización* y con ello la *uniformidad*, pero también al *regionalismo* en el Derecho, eventos que aparecen a la vez de una manera centrífuga, pero también centrípeta, lo que se traduce al mismo tiempo en la *universalización*, pero al mismo tiempo en su *regionalización*.

Con la internacionalización del Derecho como se ha señalado se está produciendo que la creación y el contenido de las normas y principios que nos rigen sea similar en los distintos estados, lo que sucede en algunas ocasiones de una manera consciente y deliberada por medio de convenciones internacionales o la asimilación de normas extranjeras para facilitar las relaciones con otras naciones, pero también se da desde la doctrina o la ciencia ya sea porque se encuentran las mismas soluciones a problemas idénticos o porque se piensa que es lo correcto o razonablemente seguir.

Los motivos por lo que se ha dado actualmente esa unificación son explicables si acudimos a la historia. La soberanía estatal que nació junto con el surgimiento de los propios estados contemporáneos hizo

énfasis en el carácter particular, único, voluntario y propio de los sistemas jurídicos nacionales que eran el resultado de individuos y pueblos diferentes entre sí. Si bien formábamos parte de una misma especie biológica, las características propias de cada una de ellos dada sus particularidades físicas, la situación geográfica en el que se hallan, su clima, su lenguaje y su historia los hacía distintos, siendo que lo importante era precisamente hacer notar en las propias leyes esas diferencias, lo que era relevante destacar que se trataba en realidad de individuos y comunidades diferentes, Platón, Aristóteles, Maquiavelo, Montesquieu, Tocqueville entre otros destacaron en sus escritos la existencia de esas diferencias y distinciones entre comunidades políticas. Por supuesto esto produjo la comprensión de la separación que existía entre ellos y con ello, la dificultad en el diálogo, intercambio cultural y el comercio entre los países.

La existencia de actitudes y pensamientos sentidos y vividos como diferentes generó competición y con ello, avances en la ciencia y en la cultura en sus distintas ramas, pero también separación y la sensación de que los otros eran enemigos y con ello conflictos bélicos. La relación que existía entre los estados y su defensa de su soberanía y la competición que se daba entre ellos, era proclive a la generación de conflictos bélicos que amenazaban la paz y seguridad de los pueblos e individuos. Si bien la guerra en la antigüedad y en los tiempos modernos fue un vehículo de culturización y con ello de transmisión y difusión de instituciones y de normas como se dio en el caso de las guerras napoleónicas o de independencia de los nuevos estados en los siglos XVIII y XIX, la tecnología que se desarrolló del material bélico puso en riesgo la seguridad mundial. De alguna forma habría que evitarla porque destruía más de lo que podía beneficiar incluso a los estados que la provocaban. Ejemplo palpable de ellos fueron la Primera (la Gran Guerra) y la Segunda Guerra Mundial, con sus efectos devastadores en todo el mundo. Conflictos que se iniciaron para atender problemas de carácter regionales pero provocaron consecuencias dañinas y trascendentes reformas en todo el

orbe, terminando con millones de individuos, la desaparición de estados y poniendo en riesgo la existencia misma de nuestro planeta.

Frente a ello, en el preámbulo del tratado Internacional por el que se formó la Organización de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945¹, se señala que el establecimiento de ese instituto internacional se da con el ánimo de asegurar a las futuras generaciones la paz y evitar el flagelo de la guerra que por dos veces habían afectado a toda la humanidad. Era indispensable en el bien de esa humanidad el encontrar un nuevo comienzo y reconocer que existe una piedra angular en el origen, la formación y desarrollo de todo los estados y las relaciones que se pueden producir entre ellos, misma que consiste en el reconocimiento de la dignidad del individuo y con ello lo indispensable de volver a valorar a la persona humana con el reconocimiento, desarrollo y protección de sus derechos fundamentales. A partir de ahora se deberían establecer en un plano de igualdad no solo entre los hombres y mujeres, de grupos, pueblos o comunidades sino además entre toda clase de naciones. En ese sentido resultaba indispensable establecer nuevas condiciones bajo las cuales pudieran mantenerse el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y otras fuentes del derecho internacional para mantener la justicia y además promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto amplio de libertad no solo entre individuos sino entre los propios países.

Se fijó en el artículo 55 que la Organización se establecía con el propósito de crear condiciones de estabilidad y bienestar, indispensable para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, fundamentadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y la libre determinación de los estados. La naciente institución debía promover y encauzar su actuación en la consecución de tres fines esenciales:

1 Mismo que puede consultarse en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/full-text>

En primer lugar, buscar un nivel de vida más elevado para las personas, trabajo permanente para todos y condiciones de progreso y desarrollo económico y social. En segundo lugar, lograr la solución de los problemas internacionales de carácter económico, social, sanitario y otros conexos, buscando la cooperación internacional en el orden cultural y educativo. En tercer lugar, pero no menos importante el respeto universal de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, buscando su efectividad, para lo cual los estados miembros se comprometieron a tomar medidas conjuntas o separadas, con la ayuda del Organismo para la realización de estos propósitos.

Se puede decir que el cumplimiento parcial que se ha tenido de estos objetivos ha llevado como lo hemos señalado a una labor de unificación del Derecho lo que es altamente recomendable, no solo porque donde hay necesidad de regulación debe existir la necesidad de encontrar la respuesta más adecuada a ella, sino como se señala en la Carta, facilita la comunicación y el intercambio por medio del comercio entre las naciones, lo que fortalece la permanencia e integridad de los pueblos, pero también a elevar su nivel económico y cultural, por lo que no cabe duda que es necesaria el fomento de esta unificación, como una acción deliberada de la comunidad internacional para lograr los objetivos de lo que a partir del final de la Segunda Guerra Mundial se ha buscado con la creación de un nuevo Derecho Internacional, ahora centrado en el individuo y no en las naciones, creando un nuevo orden mundial basado en la preponderancia del derecho a la paz, que en los días actuales parece que está presentando problemas estructurales profundos².

- 2 Para revisar la modificación trascendental que ha operado en el Derecho Internacional y de la variación de las relaciones estatales basadas en el derecho a la guerra por otro fundamentado en el derecho a la paz debe consultarse la relevante investigación: "*The internationalist (how a radical plan to outlaw war remade the World)*" a cargo de los profesores de la Universidad

No solamente la raíz bélica y la creación de la gran organización internacional explica el fenómeno que estamos viviendo, sino que gracias al desarrollo de las ciencias y de la tecnología el mundo se ha empequeñecido y se ha hecho accesible para todos. El desarrollo de las tecnologías y sobre todo de las comunicaciones ha fomentado de manera expansiva el comercio internacional dentro de una relativa paz mundial que ha contribuido al desarrollo de instrumentos y de figuras jurídicas que han creado el crecimiento y redistribución de las redes de producción y de consumo y la expansión del comercio lo que ha propiciado un mundo cada vez más interdependiente entre sí que necesita vehículos de comunicación y entre ellos similares sobre todo en el Derecho.

De todo lo anterior se destaca la importancia de que exista un marco jurídico nacional e internacional que facilite la relación entre los estados y la agilización del comercio entre ellos, con seguridad jurídica y el desarrollo de la inversión económica internacional con el pleno respeto de los derechos fundamentales. Por ello el 17 de diciembre de 1966 y mediante la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas se estableció una Comisión para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) o mejor conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL, como la encargada de cumplir con un mandato específico que procure promover la armonización y modernización progresiva del derecho mercantil internacional. A partir de su creación este organismo internacional busca el fomento y la preparación de instrumentos legislativos y no legislativos en esta rama del Derecho³. En la actualidad podemos decir que sus esfuerzos se han enfocado en la solución de controversias, el establecimiento de prácticas contractuales internacionales en las ramas del transporte, el régimen de insolvencia, el comercio electrónico, pagos internacionales, operaciones con garan-

de Yale Hathaway Oona A. y Scott J. Schapiro; Simon & Schuster Paperbacks, New York, 2018.

- 3 Para mayor información puede consultarse en https://uncitral.un.org/es/about/faq/mandate_composition

tías, contrataciones públicas y compraventa de mercancías. A lo largo de todos los años desde su creación ha logrado no solo su aceptación a nivel mundial porque ofrece soluciones razonadas y adecuadas a los distintos tipos de estado, con la preparación de textos internacionales.

Todo ello se lo logra mediante el fomento de técnicas legislativas como la elaboración de convenciones y convenios internacionales como medio de unificación internacional, con compromisos legislativos vinculantes a los estados, la preparación de leyes modelo, o guías legislativas, o recomendaciones, o disposiciones modelo, o adopción de textos legislativos, o la interpretación uniforme de los textos normativos, etcétera. Así podemos decir que uno de los fenómenos que explican la internacionalización y uniformidad del Derecho consiste en esta acción consciente y deliberada de carácter mundial en aras de fomentar el desarrollo económico de pueblos y estados lo que finalmente debe contribuir a la paz mundial.

Casi al mismo tiempo en que se estaba recomponiendo las relaciones internacionales con la formación de un nuevo orden mundial y como consecuencia de un nuevo Derecho Internacional se sintió la necesidad de reordenar el comercio internacional estableciendo las bases de un nuevo modelo de comercio multilateral ante los déficits que se encontraron las relaciones comerciales internacionales después de la Primera Guerra Mundial y que de cierta manera propició el camino hacia la Segunda. Por ello, en el año de 1947, los países aliados con Estados Unidos a la cabeza elaboraron un gran tratado internacional que fue lo que se conoció como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) cuyo objetivo fue eliminar las barreras existentes entre los estados y por el contrario fijar como meta la liberalización progresiva del comercio mundial mediante la cooperación entre los propios estados. A la par de este Acuerdo también se estableció el Fondo Monetario Internacional cuya finalidad consistió en fijar las bases de un nuevo sistema monetario y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) cuya meta fue propiciar y canalizar el ahorro de los países a largo plazo. No fue sino hasta el año de 1995 que se pudo

establecer un organismo internacional que es la actual Organización Mundial de Comercio⁴ (OMC). Así debemos considerar una segunda vertiente de unificación del Derecho mediante tratados internacionales aquellos que derivan de este organismo mundial.

Dentro del artículo XXIV del GATT se permiten a nivel internacional el establecimiento de zonas aduaneras y particularmente de libre comercio, donde dos o más países o territorios aduaneros se eliminan entre ellos derechos aduaneros pero sobre todo reglamentaciones comerciales restrictivas en los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constituidos en esa zona. Al amparo del cual México firmó en el mes de noviembre de 1993 para entrar en vigor el 1 de enero del 1994 su primer Tratado de Libre Comercio de América del Norte “TLCAN” o “NAFTA” por sus siglas en inglés que comprendió los tres países de América del Norte: Canadá, Estados Unidos de América y nuestro país.

Este acuerdo tuvo como propósito el favorecer la apertura comercial de América del Norte a través de la eliminación sistemática de la mayoría de las barreras arancelarias y no arancelarias del comercio y la inversión entre los tres países, procurando crear condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio y proteger los derechos de propiedad intelectual en los países parte, estableciendo procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento del propio tratado y para la solución de controversias .

Posteriormente este tratado por presión de los Estados Unidos de América fue modificado por el T-MEC (2018) donde se incluyeron nuevos capítulos ahora sobre comercio digital, energía, medio ambiente, laboral, empresas pymes, competitividad, buenas prácticas regulatorias, anticorrupción, política macroeconómica, entre otros aspectos.

4 Para ver la historia de este organismo, así como sus fines puede verse: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/history_s/history_s.htm

Evidentemente estos tratados además de establecer las llamadas zonas libres han sido el espacio para ir uniformando en aras de la libertad de comercio las normas e instituciones que se tienen en la zona de América del Norte, protegiendo además productos prototípicos de cada uno de los estados parte.

Pero lo anterior no explica todo este fenómeno ya que por otro lado el acercamiento de los pueblos y de sus instituciones y centros de enseñanza ha propiciado un dialogo mundial lo que también se ha dado dentro del Derecho, con mayor o menor intensidad, la convicción de que el razonamiento jurídico como único modo de juzgar y justificar la legitimidad de los estados, sus modelos normativos así como la razonabilidad o justificación de sus decisiones ha llegado a la convicción del necesario alejamiento del voluntarismo jurídico como sinónimo en algunas ocasiones de irracionalidad o determinismo político que enfatiza y sobrevalora las bondades regionales, para buscar soluciones motivadas a los problemas actuales lo que ha propiciado la creación de razones que se consideran correctas y a veces únicas, confiando más que en la adopción de textos positivos, en el desarrollo de razones unificadoras que motivan la creación de normas jurídicas.

De igual forma la ciencia jurídica ha contribuido también a la creación de una nueva teoría con finalidad común, como lo recuerda el profesor alemán Peter Häberle. A partir del año 1991 en el área del Derecho Constitucional y a raíz de la creación de la Unión Europea se ha intentado consolidar un nuevo derecho público común europeo, lo que pudiera servir de base si es que todavía hay tiempo y posibilidades para la América Latina, modelo de ciencia que intenta asimilar la experiencia que se ha dado en el derecho mercantil pero sobretudo se enfoca en revivir y tomar del derecho civil, el antiguo *ius commune* europeo, que existió en siglo XIII y se desarrolló hasta finales del siglo XVIII. Si bien su origen se nutrió en el gran legado que significó el reencuentro con el Derecho Romano se desenvolvió ante la inexistencia de estados nacionales fuertes que pudieran imponer por medio de su legislación facilitar las relaciones sociales dentro de sus ámbitos territoriales.

Ahora se establece este nuevo Derecho con la idea de superar al estado nacional clásico y su pretendida idea de detentar el monopolio de la creación y aplicación del Derecho. Estaría desarrollado y sustentado en base a *principios* compartidos por las naciones derivado de la gran tradición tanto de la historia, cultura como de la ciencia jurídica romano canónica occidental y por el otro inspirado en las ideas racionalista de la ilustración de los fines del estado y su respeto a los derechos humanos los cuales deben tener una vigencia más allá del estado nacional, lo que se consolidaría por medio de políticas nacionales sustentadas en los mismos principios compartidos y en la creación del derecho comunitario y de interpretación a nivel judicial por tribunales internacionales⁵.

Estas acciones de organismos internacionales, diálogo y actividad conjunta ha llevado a la idea de que está surgiendo un nuevo *ius commune* que está fomentándose y desarrollándose en todo el mundo con mayor preponderancia en Europa. Frente a la existencia de centros de estudios con sus propias ideas y escuelas de carácter aislado y en contraposición de lo que se investiga en otros centros. La comunicación internacional ha llegado a la formación de hipótesis e ideas globales que se desarrollan al unísono en diversas universidades y centros de estudios a nivel mundial, lo que facilita la comprensión del Derecho como fenómeno esencial humano, pero también con el ánimo de perseguir los mismos fines dentro del estado con respuestas similares compatibles con las que se están dando en otras partes del mundo.

El empequeñecimiento del mundo se está dando sobre todo en la comunidad científica jurídica y en la forma de impartir el Derecho y

5 Al respecto véase: Häberle, Peter y Markus Kotzur, “*De la Soberanía al Derecho Constitucional Común: palabras clave para un dialogo europeo-latinoamericano*”, traducción Héctor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2003, en especial, páginas 18 y ss. Sobre la tradición jurídica occidental debe consultarse ya la obra clásica Merryman, John Henry, “*La tradición jurídica romano - canónica*”, traducción Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

en las distintas ramas del Derecho de cada estado que han ensanchado sus materiales de estudio para incluir textos de otros países y también normas internacionales.

Pero este auge en la internacionalización del Derecho que hemos tratado de esbozar en algunas de sus aristas también como lo señalamos al principio se ha visto confrontado por una reacción contraria también de fuerte relevancia. En primer lugar, se encuentra la necesaria adaptación de estas ideas y normas internacionales dentro de cada espacio nacional, lo que lleva a la creación de normas especiales, derogatorias o de concreción para poder aplicar esas normas internacionales dentro de esos espacios nacionales.

Pero también esa oposición a la unificación jurídica se ha visto empañada con el auge de los regionalismos o nacionalismos como un fenómeno de protesta a este cambio que se ha antojado para algunos demasiado rápido o inapropiado. En efecto frente a esta uniformidad del Derecho también han aparecido organizaciones y personas y políticos que buscan rescatar y enfatizar el valor de lo que consideran sus regiones y naciones para defender lo que opinan les es propio y por ello como contrapartida se ha venido desarrollando a la par un fenómeno del nacionalismo, regionalismo, sectarismo que amenaza y constituye un freno a esta creciente internacionalización. Frente a la uniformidad del criterio normativo se busca la norma especial, la regla regional, la pauta nacional, el estado propio y aislado del movimiento internacional como la respuesta idónea para la solución de los problemas actuales y la creación de un modelo opcional frente al fenómeno de la globalización. La salida de la Gran Bretaña de la Unión Europea el famoso “*Brexit*” (de que la sociedad inglesa actualmente se está arrepintiendo mucho) los movimientos proteccionistas económicos, las tendencias independentistas de regiones dentro de los países de la propia Unión, el auge de los nacionalismos, la radicalización de las ideas religiosas, las guerras comerciales, los populismos políticos económicos, todo ello es prueba de estas ideas en oposición de esta internacionalización y como un re-

cordatorio que no se vislumbra de manera clara el futuro del naciente derecho común.

Tal podemos decir que es uno de los síntomas principales en el panorama del Derecho mundial. Por ello se ha seleccionado como tema de estudio y análisis de la séptima investigación conjunta llevada a cabo por el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa y la Escuela Libre de Derecho para llamar la atención de su importancia, resaltar la manera en que se ha venido desarrollando y su estado actual y sus posibles alcances en el futuro, para de esta forma comprender de mejor manera el fenómeno jurídico actual.

Como en otras ocasiones la investigación se ha distribuido en distintas secciones de lo que se considera ha recaído los aspectos más importantes de la internacionalización y regionalización del Derecho, pero enfatizándolo como se ha señalado en el derecho privado, sin descuidar los aspectos teóricos e históricos del fenómeno, ya que no es la primera vez que ocurre en el mundo, de tal forma que la investigación está dividida en siete partes: Derecho Romano, Historia del Derecho, Derecho Internacional, Derecho Mercantil, Arbitraje, Derecho Civil y esta vez quisimos tocar algo más cercano a los abogados postulantes y de ahí que nos adentremos en los efectos de esta globalización por lo que toca a la profesión de abogado en sus actividades diarias.

En la primera parte revisaremos los efectos que en su momento produjo la internacionalización del Derecho en la historia con el Derecho Romano a cargo en primer lugar del profesor Alessandro Cassarino quien plantea la cuestión de cómo el Derecho de la Roma más antigua (VI-V siglos a.C.) veía al extranjero (*hostis*) que llegaba a la urbe por sus propios negocios, al examinar dos normas de la codificación de las XII Tablas de 450 a.C., que se referían explícitamente al *hostis* (*Tab. 2.2 y Tab. 6.4*). El contenido de éstas derivaba de las costumbres internacionales anteriores (*mores*) y tenía como fundamento la *fides*, es decir, un tipo de conducta basada en la recíproca confianza. Consecuentemente, en caso de litigios, necesitaba encontrar un tipo de procedimiento que

podiera garantizar la aplicación concreta de la *fides* y no discriminar los derechos del extranjero a pesar de un sistema, como el romano arcaico, en el que el formalismo y el ritualismo eran los criterios caracterizadores de un proceso.

Por su parte el profesor de la Escuela Libre de Derecho, Rodrigo de la Peza López Figueroa muestra cómo el Derecho Romano atendió los problemas que trajo consigo la expansión territorial del Imperio y con ello la necesidad de resolver problemas que se suscitaron en la aplicación de sus normas a personas que no eran sus ciudadanos. En efecto, lo anterior se logró por medio de un magistrado identificado como *pretor peregrino* quien diseñó el procedimiento formulario, a partir de diversas tradiciones desarrolladas desde la fundación de Roma. Lo anterior con el propósito de resaltar su importancia lo que se traduce en la necesidad de otorgarle un lugar importante en la Historia del Derecho debido a que de cierta manera y como lo explica su autor, sentó las bases para el futuro desarrollo de ese Derecho y su gran contribución al mundo, al permitir la aplicación de un derecho receptivo de tradiciones jurídicas de cualquier nación (*unificado*) aplicable a personas de cualquier nacionalidad (*internacional*) y tomando en cuenta las peculiaridades de la región en donde se aplicara en cualquier lugar del mundo entonces conocido (*regional*).

La sección siguiente está dedicada a la historia del Derecho y por lo que toca al segmento europeo, al derecho medieval y de la primera edad moderna, a cargo del profesor italiano Andrea Landi, quien centra su análisis en la *aequitas mercatoria*, como razón principal de la especialidad del derecho mercantil, en la reflexión marcadamente supranacional que aportó la ciencia jurídica del derecho común romano-canónico. También cuando se consolidaron los estados modernos y la clase mercantil perdió su hegemonía, la facultad de adaptar la norma en virtud de la equidad, reconocida desde la Baja Edad Media a todos los intérpretes y principalmente al juez, permanece a lo largo de la Edad Moderna y se abandona sólo progresivamente con el estado liberal decimonónico,

como consecuencia del “*monismo legislativo*”, cuyos resultados se dejan sentir también en la doctrina mexicana del siglo XIX.

Por su parte el profesor Rafael Estrada Michel propone que es posible caracterizar el tránsito de un Derecho de Antiguo Régimen a uno propio de la Modernidad soberanista a través del análisis de figuras orgánicas del constitucionalismo hispano. En el caso de la Federación Mexicana, las figuras son propias del periplo 1812-1824 (Diputaciones provinciales, Ayuntamientos constitucionales, Audiencias provinciales) y tuvieron un fuerte impacto en la configuración legicéntrica que aún padecemos en el Derecho Mercantil contemporáneo.

En el tercer segmento, relativo al Derecho Internacional, el Profesor Leonardo Pasquali plantea la cuestión si el nuevo acuerdo comercial entre la Unión Europea y México puede desempeñar un papel en la gobernanza medioambiental internacional y en qué medida. La cuestión surge porque se trata de un acuerdo que tiene aparentemente una doble limitación, en el plano material por ser un acuerdo comercial y en el espacial por afectar sólo a la Unión Europea y a México. Sin embargo, un examen de las normas jurídicas contenidas en el propio acuerdo indica que efectivamente puede contribuir, hasta cierto punto, a la gobernanza medioambiental internacional, puesto que, en primer lugar, no sólo contiene disposiciones sobre la liberalización del comercio, sino que, siguiendo el modelo de la nueva generación de acuerdos comerciales de la Unión Europea, también incluye disposiciones sobre el desarrollo sostenible y, en particular, sobre la protección del medio ambiente. Pese a que son normas perfectibles, sin duda resultan más avanzadas que las vigentes en el Derecho Internacional global, pudiendo así servir de modelo para toda la comunidad mundial.

La profesora Mónica María Antonieta Velarde Méndez señala en su trabajo centrado en el Tratado de Libre Comercio que está vigente entre México, los Estados Unidos y Canadá (T-MEC) enfocando sus reflexiones en el tema del medio ambiente. En efecto, el medio ambiente y el libre comercio son dos materias que se han considerado de manera tra-

dicional como antagónicas, una como impedimento para la realización plena de la otra. Si bien ésa fue la percepción durante varias décadas, hoy libre comercio y medio ambiente se han ido transformando en una realidad de interacción complementaria en la que de manera armónica tratados de libre comercio de última generación incorporan disposiciones que privilegian el cumplimiento de compromisos internacionales para contribuir a la gobernanza ambiental y dar efectividad a un medio ambiente sano. Al mismo tiempo, el libre comercio se ha reconocido como uno de los ejes principales de impulso y financiamiento para el desarrollo económico, social y ambiental, con una historia de evolución independiente que hoy se incorpora al círculo virtuoso del medio ambiente sostenible. Esto se demuestra en las disposiciones de los acuerdos de última generación de libre comercio que reconocen el acceso a la información, a la participación y a la justicia en materia ambiental, que surgen en el principio 10 de la *Declaración de Río*. Hoy los derechos de acceso proponen una vía para la realización de los derechos humanos al medio ambiente limpio, sano y sostenible y al desarrollo y estos a su vez como integradores de otros derechos como lo expresan los acuerdos de *Aarhus* y *Escazú*.

México una nación con vocación internacional, durante décadas se mantuvo en un modelo de economía cerrada, después de su ingreso al GATT aprovechó sus múltiples pertenencias a diversas regiones geográficas para impulsar novedosos acuerdos de libre comercio como palanca para su desarrollo, entre los primeros instrumentos comerciales de nueva generación fueron el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y Acuerdo de Asociación Económica Concertación Política y Cooperación entre México y la Unión Europea (Acuerdo Global). Acuerdos que contemplaron diversos capítulos entre ellos los financieros, la propiedad intelectual, la inversión y de mecanismos propios de solución de conflictos, ambos instrumentos reconocen una interrelación con tratados y disposiciones ambientales. Estos tratados se han renovado y han surgido otros, como el Acuerdo Integral Progresista de Asociación Transpacífico, que contemplan en sus disposiciones ambientales la ne-

cesidad de cumplir con las obligaciones adoptadas en tratados multilaterales para hacer viable un medio ambiente sano compatible con un desarrollo sostenible. Estos tratados enfatizan los derechos de acceso a la información, la participación y la justicia ambiental, que constituyen un desafío para permitir la realización de los derechos de las personas y las futuras generaciones como una dinámica nueva entre gobernanza ambiental, desarrollo sostenible y derechos humanos.

La cuarta sección está dedicada al Derecho Mercantil y la profesora de la Universidad de Pisa, Ilaria Kutufà, parte del supuesto que no es infrecuente que personas interesadas en ejercer una actividad económica adopten instrumentalmente la forma societaria para llevar a cabo una dirección sustancialmente individual de la empresa, con el único fin de beneficiarse del régimen de responsabilidad limitada por las obligaciones contraídas. Por este motivo, se subraya la importancia de analizar las técnicas de represión del abuso de la pantalla societaria que se han desarrollado a lo largo del tiempo en un intento de imputar las deudas societarias contraídas a la persona que realmente las hizo contraer y en cuyo exclusivo interés se ejerció la actividad. El tema de la exposición personal de un socio de una sociedad de capital, habitualmente protegido por el régimen de la responsabilidad limitada respecto a las obligaciones sociales, como consecuencia de operaciones de gestión directamente influidas por él, siempre ha sido debatido y abordado de forma diferente por los diversos ordenamientos jurídicos que lo han tratado.

A este respecto, el ordenamiento jurídico italiano ofrece un dato normativo parcialmente incompleto y no unívoco: por una parte, preocupándose — en materia de indemnización — de extender las normas de responsabilidad de los directivos únicamente a las personas que reúnen los requisitos para ser calificadas como administradores de hecho de la sociedad (artículo 2639 del Código Civil italiano [Codice Civile]); por otra, previendo — desde la perspectiva concursal — la extensión del procedimiento de liquidación judicial a la sociedad de hecho de la que sea posible probar que el empresario individual o la sociedad insolvente son socios con responsabilidad ilimitada (apartado 5 del artículo 256

del Código de Crisis Empresarial y la Insolvencia [Codice della Crisi dell'impresa e dell'insolvenza]). Por lo tanto, la investigación de la profesora Kutufà se propone analizar soluciones ofrecidas, a este respecto, en otros lugares, capaces de recomendar y estimular valoraciones mutuas provechosas.

En su turno, también la doctora Paulina Morfin Cerdeño dentro del segmento del Derecho Mercantil desde la perspectiva mexicana, enfoca su investigación en el mismo tema que su colega pisana que consiste en el abuso de la pantalla societaria en el sentido de que resulta necesario la superación de la personalidad jurídica y la identificación del beneficiario final como resultado de la actividad económica. La comisión de delitos y el blanqueo de recursos ilícitos frecuentemente implican el uso de diversas especies de entes mercantiles o de estructuras corporativas complejas en las que el delincuente se oculta tras la pantalla societaria. La sofisticación en la comercialización de bienes y servicios y las innovaciones tecnológicas han expandido el ámbito delictivo más allá de las fronteras nacionales, generando una dimensión transnacional, lo que ha fomentado la cooperación internacional mediante organizaciones supranacionales y tratados multilaterales para identificar, prevenir, sancionar y combatir las actividades delictivas que trascienden fronteras.

El artículo resalta la necesidad de establecer un régimen jurídico robusto y transfronterizo y de una armonización normativa para la administración de justicia en el contexto financiero internacional y subraya la importancia de implementar mecanismos de control y medidas preventivas para evitar la utilización indebida de estructuras societarias en la comisión de delitos. En particular, se enfoca en la necesidad de identificación de beneficiarios efectivos (*beneficial owners*) y en el marco legal en México, proponiendo medidas preventivas mínimas para mitigar riesgos y destacando la urgencia de establecer un sistema efectivo de vigilancia y control, y la relevancia de una coordinación interjurisdiccional y multisectorial para combatir y sancionar prácticas ilícitas a nivel global en esta materia.

En la quinta sección dedicada al arbitraje en un solo artículo a cargo del Profesor Leonardo Pasquali, se toma en consideración el reciente acuerdo comercial entre la Unión Europea y México para mostrar si la primera se está consolidando, y de qué forma, como un nuevo actor en la regulación de las inversiones a nivel internacional a través de algunos de sus acuerdos comerciales de “*nueva generación*”. De hecho, la Unión Europea, a través de su estrategia de política comercial y de inversión, está tratando de redefinir el sistema de resolución de disputas entre inversionistas y estados, para superar algunas de las cuestiones críticas más importantes de este sistema. Aunque se trata todavía de acuerdos estipulados sobre una base bilateral y, por tanto, limitados a sólo dos socios, lo que parece relevante es la posibilidad de que sirvan de modelo para desarrollos posteriores a nivel multilateral. El Acuerdo Unión Europea - México aborda aspectos cruciales como la independencia judicial, la transparencia, la falta de coherencia y previsibilidad de las decisiones, además del riesgo del fenómeno del “*chilling effect*”. En tal contexto, después de haber examinado brevemente los principales perfiles del sistema de protección de inversiones vigente en el Derecho Internacional, con especial atención a aquellos que presentan aspectos controvertidos, se procede al análisis de las disposiciones legales relevantes presentes en dicho Acuerdo, destacando las innovaciones que se van a introducir, pero al mismo tiempo señalando sus limitaciones intrínsecas.

En el sexto apartado, dedicado al Derecho Civil, la profesora pisana Chiara Favilli apunta el impulso dado por los principios europeos y los convenios internacionales para potenciar la autonomía y la autodeterminación de los adultos vulnerables, lo que indujo a muchos sistemas europeos y no europeos a reformar el régimen de medidas de protección y a regular, junto a instrumentos judiciales o administrativos, figuras de apoderamiento y mandato, específicamente concebidas para permitir la planificación anticipada de la gestión de los intereses patrimoniales para el momento en que no sea posible hacerlo de forma autónoma. La contribución de la profesora Favilli tiene como enfoque la situación italiana, en el contexto del fermento de reformas en curso en Europa para

hacer frente al envejecimiento de la sociedad y a la propagación de las patologías relacionadas con la edad, poniendo de relieve los límites del sistema interno, centrado en la medida judicial de la "*amministrazione di sostegno*".

Por su parte, la doctora Lizbeth América Cedillo Guadarrama se ocupa en destacar que si bien en México, dada su historia y conformación jurídico-política, no existe una franca uniformación -homologación o uniformidad- y/o regionalismo jurídico, en el caso de las personas mayores de sesenta años de edad se ha gestado una suerte de internacionalización, constitucionalización y federalización estandarizante de su tratamiento. Su investigación considera que su óptica se soporta no solo a través de convenciones, leyes y fundamentos constitucionales sino, muy especialmente, por la vía de un importante trabajo jurisdiccional, del que sintetiza criterios demostrativos de una construcción y/o aplicación de conceptos y protocolos que, si bien en cierto modo parece arrebatar el tema del ámbito del Derecho Civil y Familiar, potencia, en cambio, la protección que le es debida a este sector poblacional.

En la última sección, dedicada a aspectos que afectan a la práctica de los abogados, el profesor Federico Procchi, cuya investigación se inspira en el renovado interés de la abogacía italiana y, al mismo tiempo, de la comunidad científica romanista internacional por el estudio y la enseñanza de las técnicas argumentativas que encuentran su matriz en la retórica clásica grecorromana, entendida como una verdadera disciplina técnica, que responde a reglas teóricas precisas (*ars*). Con particular atención a la doctrina de los *status causae* legales, su contribución propone leer las modernas disposiciones de la hermenéutica contractual literal y subjetiva a la luz de la oposición oratoria entre *scriptum* (contenido literal del texto) y *voluntas* (intención real del escritor) en el análisis de un texto normativo o de negociación, con el fin de verificar la posible utilización por parte del jurista práctico moderno (en primer lugar, el abogado) de una "*tópica*" bien definida y probada para el desarrollo del proceso contradictorio.

En cambio, el profesor Gerardo Lozano Alarcón señala que en la práctica del Derecho Contractual Mexicano que involucra a partes extranjeras, nos enfrentamos a la creciente “importación” de contratos y cláusulas utilizados en transacciones internacionales que, inevitablemente, introducen conceptos y figuras propias de otros sistemas jurídicos (generalmente del Derecho estadounidense). En consecuencia, los tribunales judiciales y arbitrales se enfrentan al reto de aplicar estas figuras en diversas controversias, sin una regulación clara (o, a veces, inexistente) en el derecho nacional.

A la luz de la problemática descrita, considera que el uso de los principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales como complemento del derecho aplicable a los contratos internacionales, podría facilitar la resolución de las disputas que se presenten. Sin duda, el desconocimiento de estos principios desincentiva su uso en la práctica; sin embargo, se confía en que la claridad de éstos y las ventajas que ofrecen facilitarán su adopción en los contratos internacionales.

En ese contexto, el artículo contiene un breve estudio sobre Derecho Contractual a la luz de las disposiciones aplicables de la legislación mercantil mexicana y de los principios indicados en donde sin pretender hacer una comparación exhaustiva entre ambos ordenamientos jurídicos, se busca identificar diferencias y similitudes entre algunas de las figuras reguladas en los principios que considera como los más relevantes. En ese sentido se exponen brevemente las principales características por un lado de los propios principios, por el otro del Derecho Mercantil mexicano y por último la relación entre ambos.

Esperemos que esta selección de ámbitos del Derecho y temas ayude a los lectores a comprender de mejor manera los fenómenos que hemos indicado y la manera en que están afectando los tratados internacionales y las legislaciones locales en la configuración del Derecho actual, que ayuden a comprender mejor nuestra situación actual.

Como siempre agradecemos a ambos institutos e investigadores que colaboraron, con el fin de hacer realidad este proyecto de investigación.

Especial mención merece tanto el Director del Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa, el Doctor Francesco Dal Canto, así como el Rector de la Escuela Libre de Derecho, profesor Emilio González de Castilla del Valle, por hacer posible esta investigación conjunta, que pretende contribuir al debate internacional que existe en la materia y fomentar el desarrollo y difusión de temas relevantes para la ciencia jurídica. Como lo hemos dicho, si el Derecho se está volviendo internacional con aspectos concretos de regionalización es explicable el que existan investigaciones conjuntas que reflejen también la internacionalización y localismos de la ciencia jurídica.

También queremos agradecer a los profesores de ambos centros de enseñanza por hacer posible la investigación sacrificando su valioso tiempo y ayudar en el logro de estas finalidades. Las escuelas de derecho más que ser consideradas como centros de docencia y preparación de futuros abogados, también deben fomentar y desarrollar no solo la recepción de ideas jurídicas, sino asimismo la discusión y difusión de las mismas.

Esperemos que esta investigación ayude a comprender de mejor manera la importancia del desarrollo del Derecho en su unificación con la eliminación de los prejuicios o radicalismos que se están dando a nivel mundial, y por ello hacemos votos para que la libre difusión de las ideas y su sana discusión constituya uno de los instrumentos idóneos para la conservación de la paz mundial, sobre todo en estos tiempos de incertidumbre a nivel nacional, regional y mundial.

No queremos dejar de agradecer a las personas que nos ayudaron con las traducciones de los textos en italiano, inglés y español entre los cuales están los profesores Aldo Petrucci y Gerardo Lozano Alarcón. Sus aportaciones fueron esenciales para que la obra aparezca totalmente en español y tenga una mayor difusión en el público de habla hispana. También queremos agradecer a la señora María Verónica Hernández López por la preparación de los textos para su impresión final, junto con el profesor José Manuel Villalpando, Secretario Académico de la Es-

cuela Libre, por todos los esfuerzos que prestó para que esta obra saliera a la luz.

Como novedad de la investigación está en que la edición y difusión de la obra está encomendada a la editorial Tirant lo Blanch a quien agradecemos la confianza depositada en estos institutos y la labor de difusión que realizará para que se pueda llegar a las regiones más amplias posibles del ámbito hispanoamericano.

Primera Parte: Derecho Romano.

Consideraciones sobre la jurisdicción internacional en Roma antes de la institución del pretor peregrino.

por: Alessandro Cassarino

Departamento de Derecho-Universidad de Pisa

Resumen: Esta investigación plantea la cuestión de cómo el derecho de la Roma más antigua veía al extranjero (*hostis*) entendido como aquel que llegaba a la Urbe por sus propios negocios. En este contexto, resulta de mayor interés partir de las dos normas de las XII Tablas, que se refieren explícitamente al *hostis* (Tab. 2.2 y Tab. 6.4), y evaluar si pueden considerarse derivadas de las costumbres anteriores (*mores*), y luego fijadas por escrito, o bien si se inspiraron en lo que ya estaba presente en los tratados internacionales (*foedera*), con varias dudas en cuanto a los procedimientos que debían aplicarse. En tal período, la relación entre un romano y un *hostis* solía basarse en la *fides*, es decir, un tipo de conducta basada en la recíproca confianza. Sin embargo, necesita darse cuenta de cómo, en el marco del papel decisorio que se exige al órgano juzgador, dicho elemento no puede resultar equivalente a una norma técnica procesal, sobre todo en un sistema, como el romano arcaico, en el que el formalismo y el ritualismo parecen ser los criterios caracterizadores de un proceso.

Palabras clave: Derecho romano, *hostis*, *peregrinus*, *fides*

Riassunto: La presente ricerca pone la questione su come il diritto della Roma più antica vedeva lo straniero (*hostis*), da intendersi come colui che giungeva nell'Urbe per i propri affari. In tale contesto interessa maggiormente partire dalle due norme delle XII Tavole, che si riferiscono in modo esplicito all'*hostis* (Tab. 2.2 e Tab. 6.4), e valutare se possano ritenersi derivanti dagli antichi *mores* e poi riportate per iscritto, oppure se esse prendano spunto da quanto già era presente all'interno dei *foedera*, riguardo ai quali permane il dubbio sulle regole processuali da applicare. In questo periodo il rapporto tra un romano ed un *hostis* si risolve, solitamente, attraverso il richiamo alla *fides*, ovvero ad una tipologia di comportamento, che si fonda sull'affidabilità reciproca. Ci si renderà conto, tuttavia, come, nel quadro dell'indubbio ruolo decisionale richiesto all'organo giudicante, tale elemento non possa ritenersi equivalente ad una regola tecnica processuale, in un sistema, come quello romano arcaico, dove il formalismo ed il ritualismo appaiono gli elementi caratterizzanti di un processo.

Parole chiave: Diritto romano, hostis, peregrinus, fides

Abstract: *This research raises the question of how the most ancient Roman law looked at a foreigner (hostis), to be understood as one who came to the Urbs for his own business. In such context, I focus on the two rules of the XII Tables, which explicitly refer to hostis (Tab. 2.2 and Tab. 6.4), in order to analyse if they derived from the ancient uses (mores) and then codified, or they had their origin in the international treaties (foedera), where so many doubts remain as concerns to the procedural rules to be applied. In this time the relationship between Romans and hostes is usually resolved by invoking the fides, that is a standard of conduct based on reciprocal trust. It may be realised, however, how, in the framework of the decision-making role of a judge, the fides cannot be considered as equivalent to a technical procedural rule, in a system, like the archaic Roman one, where ritualism and formalism appear to be the characterising elements of a trial.*

Keywords: Roman Law, hostis, peregrinus, fides

Sumario: 1.- Premisa. 2.- Las normas de las XII Tablas en las relaciones con los extranjeros. 3.- ¿Influencia de los convenios internacionales? 4.- Breves notas sobre la magistratura con función jurisdiccional. 5.- Dudas sobre las normas procesales a aplicar antes la institución del pretor peregrino. 6.- Algunas conclusiones.

1.- Premisa:

La investigación, que vamos a desarrollar aquí, pretende abordar el tema de la jurisdicción internacional anterior a la creación de los pretores urbano y peregrino, los magistrados que, según las fuentes jurídicas, empezando por las isagógicas¹, constituyen la figura institucional que, mediante la emisión de un edicto cada año, se consideraba como productor del derecho aplicable en campo procesal.

1 Gayo *Inst.* 1.2: «Constan ... los derechos del Pueblo Romano de leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones de los príncipes, edictos de los que tienen el derecho de emitirlos, y respuestas de los prudentes» (*Constant auctem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium*).

Las cuestiones que plantearemos, siguen un mismo hilo conductor: ¿cómo el ordenamiento romano más arcaico daba protección a los derechos del extranjero, el *peregrinus* denominado en un origen *hostis*², cuando llegaba a la Urbe por sus propios negocios, cuya naturaleza, con toda probabilidad, se adscribe al intercambio comercial?

Examinar los aspectos puramente sociales³ queda fuera de nuestro alcance actual, ni tampoco nuestro análisis se ocupa del normal desarrollo de los negocios cuando no hagan surgir disputas.

En cambio, en una óptica procesal aquí nos interesa comprender si las dos reglas de las XII Tablas, que se refieren explícitamente a los extranjeros (*hostes*), *Tab. 2.2* y *Tab. 6. 4*, pueden suponerse derivadas de las costumbres anteriores (*mores*), y luego recogidas por escrito en dicha Codificación, o bien si relevan de lo que ya estaba presente en los tratados internacionales (los *foedera*); en ambos casos, tenía que desempeñar un papel fundamental la mutua *fides* entre los pueblos. Las dudas que surgen, conciernen las reglas procedimentales a seguir, dado que el proceso, en cualquier modo se interprete, pertenece al ámbito técnico de un ordenamiento jurídico, y la expectativa de una sentencia favorable fundamenta las pretensiones de quienes consideran vulnerados sus derechos por un tercero. Por lo tanto, también la presencia de un extranjero ante un tribunal se inserta muy bien en la lógica evolutiva de una determinada sociedad.

2 Para las fuentes y la doctrina que se han ocupado de la terminología *hostis* para indicar al extranjero y luego al enemigo, permítanme remitirme a la investigación, en particular, de F. Mercogliano, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 15 ss. Cf., también A. Cassarino, *La fides e l'hostis al tempo delle XII tavole. Qualche spunto di riflessione*, en *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, A. Petrucci (a cura di), G. Giappichelli editore, Torino, 2020, pp. 4 ss.

3 Sobre este punto, consultar a Mercogliano, *Hostes novi cives*, cit., pp. 39 ss.

Según la opinión más difundida en la doctrina moderna, la relación, de carácter procesal, entre un romano y un *hostis* solía solucionarse con base en la *fides*, es decir, la confianza recíproca⁴. Sin embargo, dicho elemento, en el marco del papel decisorio que se exige al órgano juzgador, no constituye por sí solo una norma técnica procesal, sobre todo en un sistema como el romano arcaico, en el que formalismo y ritualismo son los criterios caracterizadores de un juicio.

2.- Las normas de las XII Tablas en las relaciones con los extranjeros:

Ya tuve ocasión en el pasado de ocuparme de las dos normas del Código Decenviral⁵, que se concretaban, por un lado, en una ampliación del plazo de comparecencia en juicio, en caso de que una de las partes fuese extranjera (*Tab. 2.2*), y por el otro, en la garantía por evicción en una compraventa formal (*mancipatio*) que un romano debía prestar sin límites temporales, al *hostis*, ya que éste no podía ni adquirir la propiedad de la cosa comprada ni oponer su derecho a la reclamación de un tercero en contra de él (*Tab. 6.4*)⁶.

4 Cf., en doctrina, véase R. Fiori, *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, en *Modelli teorici e metodologie nella storia del diritto privato*, 3, R. Fiori (a cura di), Jovene editore, Napoli, 2008, pp. 237 ss.

5 Cassarino, *La fides e l'hostis al tempo delle XII tavole*, cit., pp. 1 ss. y pp. 8 ss.

6 En particular, en Cassarino, *La fides e l'hostis al tempo delle XII tavole*, cit., pp. 1 ss. y pp. 8 ss., analicé la garantía por evicción 'eterna' (*aeterna auctoritas*), prevista en la *Tab. 6.4*, cuya interpretación doctrinal común consiste en considerarla como una garantía que el ciudadano romano debía prestar al extranjero (y no viceversa), con el que había celebrado una compraventa formal (*mancipatio*) de una *res*, ya que éste no podía gozar de la plena propiedad, según las normas del *ius civile* (el derecho exclusivo para los ciudadanos). En este contexto, dado que la adquisición de la propiedad por el 'uso' (*usus*) era un modo propio del ciudadano romano, un extranjero, sin una adecuada garantía por evicción, habría obtenido sólo una *possessio na-*

Al tratar del tema, ya pude destacar, en la estela de la doctrina más acreditada⁷, cómo el aplazamiento del día de comparecencia del extranjero debía atribuirse a la relación de *fides*, entendida como corrección y

turalis, hoy correspondiente a una detención. Véase, además, a propósito de esta garantía E. Calore, *Aeterna auctoritas adversus hostem: una soluzione per lo straniero alla logica cittadina del meum esse*, en *Roma e America*, 40, 2019, pp. 321 ss. Según Gayo (*Inst.* 2.40), entre los extranjeros sólo existe un único derecho de propiedad, por el que una persona puede considerarse o no propietaria de un bien. Lo mismo había ocurrido en un origen, también en Roma, donde alguien o era propietario por derecho de los Quirites o no era reconocido como tal; luego hubo la distinción entre dos formas de propiedad: una para los ciudadanos y otra accesible también a los extranjeros: «Enseguida recordemos que ciertamente entre los peregrinos (los extranjeros) existe un solo dominio: en efecto, o bien cada uno es dueño, o bien no es entendido dueño. En un tiempo también el pueblo romano utilizaba este derecho, ya que con base en el derecho de los Quirites, cada uno era dueño, o bien no era entendido dueño. Pero después el dominio recibió una división, que alguno pueda ser con base en el derecho de los Quirites dueño, otro tener la misma cosa *in bonis*» (*Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium: nam aut dominus quisque est aut dominus non intellegitur. quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominus. sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere*). La entrega de una cosa por tradición (*traditio*), explica Gayo (*Inst.* 2.65), es propia del derecho natural, a diferencia de los actos formales de *mancipatio*, *in iure cessio* y la usucapción que pertenecían al *ius civile*: «Consecuentemente, con base en lo que dijimos es evidente que algunas cosas son enajenadas por tradición, otras por el derecho civil; en efecto el derecho de la *mancipatio* e *in iure cessio* y usucapción es propio de los ciudadanos romanos» (*Ergo ex his, quae diximus, apparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur, quaedam civili: nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum*).

7 F. Serrao, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, 1. *Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Jovene editore, Napoli, 2006, p. 65 s. y, en particular, pp. 266 ss.

lealtad necesarias para defenderse o solicitar la protección del ordenamiento en cuyo ámbito se originaban las controversias.

Siguiendo la composición estructural del Código Decenviral, tal y como ha sido reconstruido⁸, leemos en la *Tab. 2.2*:

«... Una enfermedad grave ... o un día fijado con un extranjero ... si una de estas cosas le ocurre al juez o al árbitro o al llamado en juicio, se debe aplazar el día de comparecencia».

(Morbus santicus ... aut status (conductus) dies cum hoste ... quid horum fuit vitium iudici arbitrove reove eo dies diffusus esto).

En la norma se afirma que si hay una enfermedad grave (*Morbus santicus*), o si se fijó un día de comparecencia con un extranjero (*aut status (conductus) dies cum hoste*), o si una tal situación le haya ocurrido al juez, al árbitro o al demandado (*quid horum fuit vitium iudici arbitrove reove*), se aplaza este día (*eo dies diffusus esto*).

Las dos hipótesis relatadas en el texto se mueven según un único denominador común, que podríamos considerar tanto fáctico como propiamente procesal: la exclusión de un juicio en contumacia por una de las partes que, en el momento de la promulgación de las XII Tablas, no era admisible, así como tampoco la ausencia de un juez o árbitro elegido para solucionar la controversia.

Si, por un lado, la norma parecería referirse al procedimiento formal por el cual se pedía al magistrado el nombramiento de un juez o árbitro (*legis actio per iudicis arbitrave postulationem*), pudiendo ser explicativa en este sentido la expresión '*iudicis arbitrive*' (de un juez o un árbitro), por el otro, la opinión más común entre los modernos, excluye su apli-

8 S. Riccobono, *Fontes Iuris Romani Ante Justiniani*, I, Barbera, Florentia, 1968, pp. 31.

cación a los extranjeros *tout court*, con motivo de que el *ius civile* no se extendía a los que no eran ciudadanos (*cives*)⁹.

Sin embargo, como señala otra parte de la doctrina, 'en la perspectiva romana, ciertamente desde tiempos remotos, las relaciones con los extranjeros no son menos jurídicas que las que se dan entre ciudadanos'¹⁰, y en consecuencia, necesitaba para un correcto desarrollo comercial, conceder las oportunas garantías procesales aplicables a ambos litigantes. Si Roma, incluso la más arcaica, no hubiera reglamentado el tema de las formas de protección que debían otorgarse también a quienes no pertenecían a la Urbe, el resultado habría sido un grave cierre económico y social de la comunidad, dejándola a un ámbito embrionario desprovisto de toda tendencia expansionista, únicamente con una economía agrícola-pastoral de subsistencia¹¹.

La referencia al *iudex* y al *arbiter* parece valer, por ende, para 'todas las figuras posibles de la fase *apud iudicem*' (la fase procesal ante al juez o el árbitro encargados de pronunciar un fallo)¹², sin una limitación al procedimiento de la *legis actio* específica.

9 Cf. por ej., B. Albanese, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palumbo, Palermo, 1987, pp. 17 ss.

10 Las palabras son de R. Fiori, *Il processo privato*, en *XII Tabulae. Testo e commento*, I, M. F. Cursi (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 84.

11 Cf., F. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pacini editore, Pisa, 1989, pp. 4 ss.

12 Así Fiori, *Il processo privato*, cit., p. 82. Del papel atribuido al juez y al árbitro habla Cicerón en su oración *pro Q. Roscio* (4.10-11), en que se afirma que en presencia de un juez, habría un juicio 'seguro', a comparación del poder 'incierto' del árbitro («... porque una cosa es un juicio, otra cosa un procedimiento arbitral. Un juicio tiene por objeto dinero cierto, un procedimiento arbitral incierto. Venimos a un juicio así, para ganar o perder todo el litigio; llevamos un asunto en un procedimiento arbitral con la idea que podríamos conseguir o nada o bien una cantidad inferior a la que pedimos»... *propterea quod aliud est iudicium, aliud est arbitrium. Iudicium est pecuniae certae*,

Si así es, el *hostis* en Roma arcaica no habría encontrado, por lo menos en el plano normativo, obstáculos para reclamar en juicio sus derechos procedentes de relaciones con ciudadanos locales. El punto que queda más difícil a solucionar, sin embargo, sigue siendo qué tipo de proceso se aplicaría, teniendo en cuenta que en el consecuente de las ‘acciones de la ley’ (*legis actiones*), el riguroso formalismo implicaba que como también subraya el propio Gayo (4.10-11)¹³, el pronunciamiento inexacto de los términos precisos previstos significaba la pérdida del juicio.

arbitrium incertae; ad iudicium hoc modo venimus ut totam litem aut obtineamus aut amittamus; ad arbitrium hoc animo adimus ut neque nihil neque tantum quantum postulavimus consequamur). Para un comentario del paso, cf., R. Ortu, *Alle origini del ‘iudicium privatum’*, en *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I, L. Garofalo (a cura di), Cedam, Padova, 2012, pp. 143 ss.

- 13 Nos remitimos a los textos de Gayo *Inst.* 4.10 («Además entre las acciones hay unas que se forman como acciones de la ley, y otras que llevan en sí mismas su fuerza y su poder. Para mayor claridad de esta materia, parece-nos conveniente tratar en primer lugar de las acciones de la ley». *Quaedam praeterea sunt actiones, quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant. quod ut manifestum fiat, opus est, ut prius de legis actionibus loquamur*) y, en particular, 4.11, en el que se relata el caso de la pérdida del litigio cuando hay un error en los términos del mismo, como la tala de un árbol («Las acciones que usaron los antiguos, se llamaban acciones de la ley, bien porque provenían de las leyes, pues que entonces no existían los edictos del pretor que introdujeron otras muchas acciones, o bien porque estando arregladas al testamento mismo de las leyes, eran tan invariables y tan observadas como ellas. Así es que, supuesto el caso de que uno al reclamar sus cepas cortadas, hubiese usado en la acción la palabra cepas, han decidido los jurisconsultos que habría perdido la cosa reclamada, fundados en que debiera haber empleado la palabra árboles, porque la ley de las Doce Tablas, de donde en este procedía la acción, habla en general de árboles cortados». *Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur; vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges*

Según informa Serrao¹⁴, cuando una parte procesal era un extranjero, tanto en la fase ante el tribunal del magistrado (*in iure*), así como en aquella presidida por un juez/ árbitro (*apud iudicem*), el juicio se estructuraba de formas muy libres dependiendo del ejercicio de la *iurisdictio* del magistrado ‘(y en un tiempo ya, tal vez, del rey)’. Sin embargo, ¿a quién le correspondía la tarea de pronunciar la sentencia: un juez (*iudex*) o árbitro o, ‘más probablemente’ a un órgano juzgador formado por un colegio de tres personas de distinta nacionalidad, denominadas *recuperatores*?

En efecto, considerando el papel desempeñado por la *fides*¹⁵, se supone comúnmente que cualquier disputa sería decidida por un panel imparcial, compuesto por tres miembros, dos de los cuales representaban a los sujetos implicados, uno romano y otro ‘extranjero’, mientras que el tercero era un juez ‘neutral’, es decir, no perteneciente a ninguna de las comunidades de las dos partes¹⁶.

Pero, si nos atenemos a la letra de las XII Tablas, y en particular al contenido de la *Tab. 2.2*, se habla de un juez, de un árbitro o del llamado en juicio. En mi opinión, en la época del Código Decenviral, el texto normativo presenta términos muy precisos, y no tan vagos como muchas

observabantur. unde eum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est, rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur). En doctrina, cf., por último, M. Varvaro, *Lineamenti di procedura civile*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, pp. 11 ss.

14 Serrao, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, cit., p. 269.

15 V. A. Guarino, *Storia del diritto romano*, 8º ed., Jovene, Napoli, 1990, p. 282. Agréguese también Fiori, *Fides e bona fides*, cit., pp. 237 ss.

16 Sobre la composición y el papel de los *recuperatores* cf., por ejemplo, L. Gagliardi, *I collegi giudicanti: ‘decemviri’, ‘centumviri’, ‘septemviri’, ‘recuperatores’. Idee vecchie e nuove su origini, competenze, aspetti procedurali*, en *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, II, L. Garofalo (a cura di), Cedam, Padova, 2012, pp. 371 ss.

veces ocurre en los derechos modernos, por lo tanto si falta la mención de un colegio de *recuperatores*, la razón probable es que no se quiso mencionarlo¹⁷. Por lo que, si dicha afirmación resultara comprobada, podríamos concluir por la exclusión de tal colegio, de la previsión de la norma decenviral, que únicamente contemplaría un solo juez o árbitro.

3.- ¿Influencia de los convenios internacionales?:

A la luz de lo expuesto en el apartado anterior, cabe preguntarse ahora si las dos reglas de las XII Tablas, en particular la relativa al aplazamiento del día de comparecencia en juicio, pueden considerarse el reflejo de una transmigración de remedios previstos en tratados internacionales, más o menos contemporáneos, así como el primero entre Roma y Cartago del año 509 a.C., y el tratado Casiano (*foedus Cassianum*) del año 493 a.C.

Si observamos con más detenimiento algunas cláusulas de los tratados que acabamos de mencionar, encontramos que en aquel entre Roma y Cartago, se indicaban las garantías que debían darse en las compras “internacionales” celebradas en Libia, Cerdeña y Sicilia, y en aquel entre la Urbe y los latinos (el tratado Casiano), que se hacía referencia al lugar donde debía celebrarse el juicio y el plazo dentro del cual celebrarlo, en caso de litigios procedentes de contratos entre particulares romanos y latinos.

17 Baste remitirse aquí a la *Tab.* 12.3, donde encontramos explícitamente la referencia a una triada de árbitros, que sólo pueden nombrarse si el ‘pretor’ quiere («Si alguien haya conseguido injustamente la concesión de un bien <objeto de un litigio>, si el pretor quiere, podrá atribuir tres árbitros, a cuyo juicio el será condenado a resarcir los daños pagando el doble de los frutos» *Si vindiciam falsam tulit, si velit is <prae>tor arbitros tris dato, eorum arbitrio ... fructus duplione damnum decido*). Cf. sobre este tema, véase M.F. Cursi, *Gli illeciti privati*, en *XII Tabulae. Testo e commento*, II, M.F. Cursi (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 590 nt. 189.

Para el tratado entre Roma y Cartago, nuestra fuente principal es el historiador griego Polibio (*Historiae* 3.22.1 y 4-13), que entorno a la mitad del II siglo a.C., aún había podido leer su contenido en el foro de Roma. En la parte que nos interesa aquí, Polibio comenta:

«... Los que vienen a comerciar no hagan negocios sino en presencia de un heraldo o de un escriba de la ciudad. Para las cosas que se venden en su presencia, que el precio sea garantizado para el vendedor por la fe pública, si se vendieron en Libia o Cerdeña. Si alguno de los romanos llega a la parte de Sicilia sobre la que gobiernan los cartagineses, que tenga en todo iguales derechos que los demás ...».

En la doctrina moderna¹⁸, se plantea la cuestión de cómo debe entenderse la cláusula de garantía: ¿se alude exclusivamente a una fe pública sobre el precio, en el sentido de una garantía de parte de las autoridades públicas cartaginenses, una vez que el vendedor haya cumplido con su obligación, o bien la *fides* indica un instrumento procesal, de carácter arbitral, en el caso de que nazcan controversias o distintas interpretaciones de las voluntades, que las partes se intercambiaron en la compraventa?¹⁹. Cabe señalar que en aquel tiempo, la fuerza de Cartago era mucho mayor que la de Roma y su posición debía considerarse de dominio, ya que esta última ‘se encontraba aún en una condición más débil’²⁰. Por lo que parece preferible la primera interpretación en relación con los contratos celebrados en Libia y Cerdeña, mientras que

18 F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, II, 2^o ed., Jovene, Napoli, 1973, pp. 70 s.

19 En mi opinión, de hecho, un problema que se plantea, es qué ocurriría en caso de que se hubiera celebrado un contrato en ausencia de un heraldo o escribano de la ciudad. La consecuencia parecería ser sólo una: la exclusión de algún tipo de garantía o asistencia procesal. Sin embargo, esto llevaría a una contradicción en cuanto a la aplicación práctica de la *fides*, entendida como imparcialidad o garantía por parte de quien fuera considerado digno de confianza (cf. Fiori, *Fides e bona fides*, cit., pp. 237 ss.).

20 De Martino, *Storia della costituzione romana*, II, cit., p. 71.

en Sicilia, los comerciantes romanos gozaban de los mismos derechos de los demás pueblos que comerciaban con los cartagineses allí.

Lo que se desprende del tratado Casiano (*foedus Cassianum*) que los romanos concluyeron con las ciudades latinas en 493 a.C., es distinto bajo el perfil jurisdiccional, puesto que en este caso, era un tratado equitativo entre partes iguales (*foedus aequum*)²¹. Su texto es reproducido por otro historiador griego, Dionisio de Halicarnaso (*Antiquitates Romanae* 6.95.2), que con referencia a las cláusulas incluidas en el tratado que nos interesan más, dice:

«Que haya paz mutua entre los romanos y todas las ciudades de los latinos mientras el cielo y la tierra estén donde están. ... los juicios relativos a contratos privados se decidirán en diez días en las ciudades donde se celebraron...».

Según la interpretación común de los modernos, es en esta cláusula final sobre la relación entre romanos y latinos, que probablemente debió originarse el procedimiento de la ‘recuperación’ (*reciperatio*), para ‘asegurar mediante tribunales de jueces de distintas nacionalidades la ejecución de los contratos celebrados entre romanos y extranjeros’²².

A diferencia del tratado con Cartago, en donde la reciprocidad ‘está implícita’²³, y la igualdad se refiere únicamente a los que comerciaban en Sicilia, con una equiparación jurídica de todos independientemente de la nacionalidad, el tratado con los pueblos latinos responde a la idea conceptual y sustancial de igualdad, entre los participantes.

21 Sobre los diferentes tipos de tratados, cf., A. Petrucci, *Curso de derecho público romano*, Porrúa, México, 2018, pp. 296 ss.

22 De Martino, *Storia della costituzione romana*, II, cit., pp. 71 s.

23 En cambio en el segundo tratado con Cartago de 348 a.C., la reciprocidad se ‘expresa’, como subraya De Martino, *Storia della costituzione romana*, II, cit., p. 70. Cf. también Petrucci, *Curso de derecho público romano*, cit., p. 301 s.

Pero para el procedimiento de ‘recuperación’, la fuente más detallada es el gramático Festo, que al citar al jurista Elio Gallo (*Aelius Gallus*) que vivió en el siglo I a.C., da la siguiente definición:

«Se da la ‘recuperación’ (*reciperatio*), como afirma Elio Galo, cuando entre el pueblo romano y los reyes y las naciones y las ciudades extranjeras un acuerdo establece en qué modo, mediante árbitros (*recipitatores*) se restituyan y recuperen los bienes y se obtengan los bienes de los privados en las relaciones entre ellos».

*(Reciperatio est, ut ait Gallus Aelius, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per recipitatores redderentur res recipiunturque, res privatas inter se persequantur)*²⁴.

Como se deduce claramente del pasaje²⁵, se entendía por *reciperatio*, según el pensamiento de Elio Galo (*ut ait Gallus Aelius*), un sistema procesal basado en el acuerdo (*lex*) entre el pueblo romano y los reyes, las naciones y ciudades extranjeras (*inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas*), por el que se creaban árbitros para dirimir los litigios, en el ámbito público, sobre la restitución y la recuperación de bienes entre las partes (*quomodo per recipitatores redderentur res recipiunturque*), y para solucionar las controversias entre particulares en tema de pertenencia de cosas (*res privatas inter se persequantur*).

Conforme a dicha definición, el sistema de la *reciperatio* presupondría necesariamente un acuerdo internacional entre dos ‘naciones’, con la finalidad de instituir órganos juzgadores para la resolución de litigios públicos y privados que se referían a bienes.

En esta óptica, por un lado, encuentra una confirmación la opinión de quienes hacen una distinción entre dos categorías de extranjeros, los que regulaban sus relaciones con Roma con base en un tratado (*foedus*), y los que tenían relaciones comerciales fuera de convenios inter-

24 *De verborum significatione* s.v. *Reciperatio*, ed. Lindsay, p. 342.

25 Cf. el comentario de Gagliardi, *I collegi giudicanti*, cit., pp. 375 ss.

nacionales²⁶. Por el otro, resulta evidente que a estas últimas se refiere el Código Decenviral, en donde en las dos reglas examinadas, no hay mención de un tratado con la 'nación' del extranjero, ni hay indicios que puedan hacerlo pensar. Entonces la previsión de un juez o árbitro, y no de un colegio de jueces, presente en la norma de la *Tab. 2.2*, excluye su aplicación al procedimiento de 'recuperación' (*reciperatio*)²⁷.

4.- Breves notas sobre la magistratura con función jurisdiccional:

Puesto que en la *Tab. 2.2* no se hace referencia a los *recuperatores* y al relativo procedimiento²⁸, dos cuestiones necesitan una respuesta: ¿quién se encargaba de la fase *in iure* (ante el tribunal), y cómo debía desarrollarse el juicio?

Reenviando la segunda cuestión al próximo apartado, para tentar de responder a la primera, parece oportuno partir de un supuesto seguro: en la época que estamos tomando en consideración todavía no había sido instituida la magistratura del pretor, cuyo origen lo conocemos siguiendo el *iter* descriptivo que las pocas fuentes de que disponemos, nos ofrecen.

La primogenitura fue del pretor urbano instituido en 367 a.C., y luego hubo la creación del pretor peregrino en 242 a.C., casi al final de la

26 Cf. Serrao, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, cit., pp. 266 s.

27 Debemos subrayar aquí cómo en un tratado, se preveía un acuerdo o intercambio de consenso entre las partes, algo que, en la *Tab. 2.2*, ciertamente no se encuentra. Ni tampoco me parece probable que los Pontífices como órgano colegiado encargado de la interpretación del derecho, hubieran podido proponer una aplicación de la *Tab. 2.2* tan extensa que incluyese a los *recuperatores* aunque no indicados en la letra de la norma.

28 Cuando las XII Tablas quieren mencionar más árbitros, lo hacen explícitamente, como se ve en *Tab. 12.3* (cf. nt. 17).

primera guerra púnica (241 a.C.)²⁹. Antes, en las relaciones con los extranjeros, es probable la hipótesis, planteada por Serrao³⁰, aunque de forma dubitativa, de una competencia primitiva ya del *rex*, al que correspondían todos los poderes de gobierno incluso el *ius dicere*, como se afirma en un fragmento del manual del jurista Pomponio³¹ (*l.s. ench.*) en D. 1.2.2.13 - 14:

«13. Después de haber conocido el origen y el desarrollo histórico del derecho, seguimos conociendo las denominaciones y el origen de las magistraturas, porque como expusimos, la efectividad del derecho se realiza solamente por medio de quienes son nombrados para la jurisdicción: en efecto, qué importa que en una ciudad, haya el derecho, si no existen quienes tengan el poder de gobernarlo? ... 14. En lo que concierne a las magistraturas, en el inicio de esta ciudad es sabido que los reyes tenían toda potestad».

(13. *Post originem iuris et processum cognitum consequens est, ut de magistratum nominibus et origine cognoscamus, quia, ut exposuimus, per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur: quantum est enim ius in civitate*

- 29 Sobre el papel del pretor en la creación de derecho 'honorario' (*ius honorarium*), cf. la obra de F. Gallo, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 53 ss. Sobre este magistrado también véase la voluminosa investigación en dos volúmenes, de T. Corey Brennan, *The praetorship in the Roman Republic*, 1, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 58 ss., en particular, pp. 85 ss. Para la 'práctica comercial en el área mediterránea' y la función del pretor 'peregrino' (*praetor peregrinus*), cf., R. Cardilli, *Fondamento romano dei diritti odierni*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 84 ss.
- 30 Serrao, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, cit., p. 269. Como Pomponio no deja de señalar en su manual (*l.s. ench.*, en D. 1.2.2.14), antes de proceder a la descripción de la institución de las distintas magistraturas, todo el poder le correspondía a los reyes: véase la primera parte de tal pasaje en el cuerpo del texto.
- 31 Un recién estudio específico sobre el manual de Pomponio es el de F. Nasti, *L'enchiridion di Sesto Pomponio. Una ricostruzione*, en *Scriptores Iuris Romani. Subsidia*, 3, L'Erma di Bretschneider, Roma, 2023.

esse, nisi sint, qui iura regere possint? ... 14. Quod ad magistratus attinet, initio civitatis huius constat reges omnem potestatem habuisse).

Tras tratar sobre el origen y el desarrollo del derecho hasta su época (*Post originem iuris et processum cognitum consequens est*), Pomponio siente la necesidad de informar sobre cada magistratura (*ut de magistratuum nominibus et origine cognoscamus*), porque el derecho se aplica y se hace efectivo únicamente a través del ejercicio de la función de *ius dicere* (*quia ... per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur*), hasta al punto de que se duda de la misma existencia de un derecho sin alguien que lo gobierne (*quantum est enim ius in civitate esse, nisi sint, qui iura regere possint?*). En tal contexto, se observa cómo ya al principio de la ciudad de Roma, a los reyes les pertenecía el poder sobre todo (*Quod ad magistratus attinet, initio civitatis huius constat reges omnem potestatem habuisse*).

Después de la caída de la monarquía, la competencia del *ius dicere* en los procedimientos, incluso en presencia de un extranjero, se transmitió a los supremos magistrados republicanos (los cónsules)³², que la ejercían en el tiempo en que fueron aprobadas las XII Tablas, cuando la *res publica* ya había alcanzado sus primeros sesenta años de vida. Tal evolución es confirmada por el manual de Pomponio cuando habla de la institución de la magistratura del pretor. Escribe en D. 1.2.27:

«Y como a los cónsules los llamaban a las guerras fronterizas, y no había quien en la ciudad pudiera administrar el derecho, se determinó que se creara además un pretor, que se llamó urbano, porque administraba el derecho en la ciudad».

(Cumque consules avocarentur bellis finitimis neque esset qui in civitate ius reddere posset, factum est, ut praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe ius redderet).

32 Pomponio (*l.s. ench.*) en D. 1.2.2.16: «Expulsos los reyes, fueron instituidos dos cónsules, en cuyas manos se aprobó con ley que estaba el poder supremo» (*Exactis deinde regibus consules constituti sunt duo: penes quos summum ius uti esset, lege rogatum est*).

Como se ve, el nacimiento de la magistratura del pretor sencillamente se describe como una mera necesidad práctica, ligada a la ausencia continuada de cónsules. Estos últimos, instituidos tras la expulsión de los reyes, por estar inmersos en guerras con los pueblos vecinos (*consules avocarentur bellis finitimis*), no garantizaban la administración del derecho en Roma (*neque esset qui in civitate ius reddere posset*) y por ello, necesitó crearse la figura del pretor, al que se denominó urbano por administrar la jurisdicción (el *ius dicere*) en la ciudad (*factum est, ut praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe ius redderet*)³³.

A este pretor, para los juicios en donde uno de los litigantes fuera extranjero, se añadió en seguida otro pretor, llamado peregrino, porque se le atribuyó una función jurisdiccional a causa de la multitud de extranjeros que afluían a la Urbe. Tanto el historiador Livio, en las *Periochae* (libro 19), una recopilación 'epitomizada' de su famosa historia de

33 En realidad, la introducción de la magistratura del pretor urbano no obedeció única y exclusivamente a puros intereses generales de administración del derecho y la justicia en ausencia de cónsules, sino también a un equilibrio constitucional en Roma entre patricios y plebeyos, a causa de la aprobación de las leyes *Liciniae Sextiae* de 367 a.C., una de las cuales introdujo la norma de que uno de los cónsules debía ser plebeyo (véase la historia de Liv. 6.35.4-5: «... la tercera ley establecía que en la elección de los cónsules, uno debía ser plebeyo» [*tertiam, ne tribunorum militum comitia fierent consulumque utique alter ex plebe crearetur*]). Por esta razón, continúa el historiador latino de Padua (Liv. 6.42.11), fue concedido por los plebeyos a los patricios que se creara un pretor, únicamente elegido entre ellos, para administrar el derecho en la Urbe («se concedió por la nobleza <los patricios> a la plebe la elección de un cónsul plebeyo, y por la plebe a la nobleza la elección entre los patricios, de un pretor para la jurisdicción en la ciudad» [*concessumque ab nobilitate plebi de consule plebeio, a plebe nobilitati de praetore uno qui ius in urbe diceret ex patribus creando*]). Cf., Corey Brennan, *The praetorship in the Roman republic*, 1, cit., 58 ss.

Roma (*ab Urbe condita*), así como Pomponio en su manual (en D. 1.2.28), atestiguan su creación.

Según leemos en los resúmenes de la obra del historiador latino, que vivió en torno a la época de Augusto (entre final del I siglo a.C. e inicio del I d.C.):

«... entonces (en 242 a.C.) por la primera vez fueron elegidos dos pretores».

(... *duo praetores tunc primum creati sunt*).

Como señala el propio Serrao³⁴, 'la pérdida del decimonoveno libro de la historia liviana reduce nuestros conocimientos a 'lacónicas y esqueléticas menciones'. Que el año de referencia fuera el 242 a.C., sin embargo, parece cierto, porque puede reconstruirse con precisión gracias a la labor de modernos intérpretes y comentaristas del texto liviano que, procediendo al análisis temporal de los acontecimientos relatados dicho libro, sitúan la creación del pretor peregrino precisamente en ese lapso de tiempo³⁵.

Más detallado aparece el relato de Pomponio (*l.s. ench.*) en D. 1.2.28, en el que se afirma que:

«Después, transcurridos algunos años, no bastando aquel pretor, porque también gran número de extranjeros acudía a la ciudad, se creó otro pretor, que se llamó peregrino, en razón a que ordinariamente administraba el derecho entre extranjeros».

(*Post aliquot deinde annos non sufficiente eo praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat*).

34 F. Serrao, *La "iurisdictio" del pretore peregrino*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 7.

35 Véanse por ejemplo, los traductores modernos de Livio, así como Livio, *Ab Urbe condita*, XIII, libri XLIV-XLV e *Periochae*, trad. e note M. Mariotti, Milano, 2003, p. 630.

Por ende, al cabo de algunos años (*¡sic!*), un solo pretor ya no era suficiente (*Post aliquot deinde annos non sufficiente eo praetore*), puesto que una multitud de extranjeros había llegado a Roma (*quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret*), y por tal motivo fue necesaria la institución de otro pretor, que tomó el nombre de ‘peregrino’ (*qui peregrinus appellatus*), ya que ejercía su jurisdicción sobre todo entre los extranjeros (*quod plerumque inter peregrinos ius dicebat*). Sin embargo, Pomponio no precisa los contornos temporales de su introducción, al utilizar la expresión ‘después de algunos años’ (*post aliquot deinde annos*), con una evidente vinculación estructural al § 27.

A pesar de la fecha exacta que condujo al nacimiento de una u otra magistratura, la reconstrucción ‘histórica’ oferta por Pomponio, nos permite deducir cómo: a) la elección del pretor peregrino se debió a la multitud de extranjeros presentes en Roma; b) anteriormente el derecho civil más antiguo (el *ius civile*), aunque propio de los romanos, tenía que regular también actos y procedimientos, en los que estaban involucrados los que eran presentes en Roma, pero no tenían la ciudadanía romana.

Con referencia a los actos, no quiero retomar el discurso en torno a la garantía por evicción que un vendedor romano debía prestar a su contraparte extranjera³⁶, como expresa la norma de *Tab.* 6.4 del Código Decenviral³⁷. Me limito a recordar únicamente lo que el grande roma-

36 Cassarino, *La fides e l'hostis al tempo delle XII tavole*, cit., pp. 8 ss.

37 La necesidad de excluir un plazo a la garantía por evicción hacia un extranjero es atribuible, en mi opinión, al hecho de que el *hostis* no podía adquirir la plena propiedad de la cosa comprada, jurídicamente hablando, según la disciplina del dominio *ex iure Quiritium*. De ahí la regla de la *Tab.* 6.4 deja claro que el ciudadano debe garantizar al extranjero el goce de lo que compró para siempre (*aeterna auctoritas*). Ya expresé en otro lugar (Cassarino, *La fides e l'hostis al tempo delle XII tavole*, cit., pp. 11 ss.), mis dudas sobre la interpretación del lema *ius commercii* otorgado al extranjero o extranjeros que venían a comerciar a Roma, permitiéndoles la celebración de actos pro-

nista italiano Arangio-Ruiz³⁸ calificó de ‘pequeño enigma’, puesto que la ausencia de un plazo para tal garantía no podría que referirse a la compraventa de cualquier tipo de cosa, no sólo *res nec Mancipi* sino también *res Mancipi*.

5.- Dudas sobre las normas procesales a aplicar antes la institución del pretor peregrino:

En cambio, nos interesa la cuestión del desarrollo del procedimiento basado en las normas decenvirales para la protección de los extranjeros: ¿estaba vinculado con las costumbres anteriores (*mores*) de Roma, o bien se inspiraba aun en las legislaciones griegas, conocidas gracias al envío de la delegación de decenviros a Atenas y otras ciuda-

pios del *ius civile*, ya que la fuente que lo afirma resulta tardía respecto de los años a los que aquí nos referimos (se trata de los *Tit. Ulp.* 19.4: «La *mancipatio* <la compraventa formal propia del *ius civile*> tiene lugar entre ciudadanos romanos y latinos de las colonias y Junianos y aquellos extranjeros a los que fue dado el *ius commercii*» [*Mancipatio locum habet inter ciues Romanos et Latinos colonarios Latinosque Iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est*]). Además, si ‘el derecho de comerciar’ se confiere con base en un convenio internacional, con la probable presencia de un colegio de *recuperatores*, encargado de la resolución de litigios entre las poblaciones o las particulares partes del tratado, su ausencia determinaría la inexistencia de este tipo de *ius commercii*. En cambio, como vimos *supra* § 2, las dos normas decenvirales de *Tab. 2.2* e *Tab. 6.4* parecerían aludir a un extranjero procedente de una comunidad que no había celebrado tratados con Roma. En doctrina, véase I. Pontoriero, *La nozione di commercium in Tit. Ulp. 19.4-5*, en *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiusinianiani (FIRA). Studi preparatori, II, Auctores – Negotia*, G. Purpura (a cura di), Giappichelli, Torino, 2012, pp. 131 ss.

38 V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, II, rist., Jovene, Napoli, 1980, p. 317 nt. 2.

des de Grecia?³⁹ Al respecto falta una respuesta segura, y únicamente se han manejado meras hipótesis⁴⁰.

Para intentar una respuesta, una buena indicación podría provenir de las finalidades que determinaron la realización de las XII Tablas. Seguimos, una vez más, las palabras del manual de Pomponio (*enchiridion*) en D. 1.2.2.4 y 6.

Así leemos en el § 4:

«... se dispuso que se constituyeran con autoridad pública diez hombres, por los que se buscasen leyes en las ciudades griegas, y la ciudad de Roma se fundara en leyes, que escribieron en tablas de marfil, y pusieron en el foro, ante los *rostra*, para que más claramente pudieran conocerse ... ellos mismos advirtieron que algo faltaba a estas primeras leyes; y por esto el año siguiente añadieron otras dos a las mismas tablas, y así por este accidente se llamaron leyes de las Doce Tablas».

(... *placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus: quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi ... qui ipsi animadverterunt aliquid deesse istis primis legibus ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt: et ita ex accedenti appellatae sunt leges duodecim tabularum ...*).

Por decisión pública se creó un colegio de diez hombres⁴¹ (*placuit publica auctoritate decem constitui viros*), cuya función principal era redactar un cuerpo de leyes, inspirado también en el derecho griego (*per*

39 Cf. C. Cascione, *Il contesto storico della legislazione decemvirale*, en *XII Tabulae*, I, cit., pp. 1 ss.

40 Justificadas por el hecho de que el comercio entre individuos, aunque sólo a través del trueque, se remontaba a tiempos inmemoriales, con un particular desarrollo durante la época de los reyes etruscos (VII-VI siglos a.C.). Sobre este punto, véase Serrao, *Diritto privato economia e società*, cit., pp. 110 ss.

41 Según la historia de Livio (*Ab urbe cond.* 3.9.5), la idea original era nombrar a una comisión de cinco hombres, cuya tarea era redactar normas para frenar el poder de los cónsules. Luego en el año 451 a.C., patricios y plebeyos

quos peterentur leges a Graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus), y transcrito en tablas de marfil (?) expuestas en un lugar público (*quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt*), para que cualquiera pudiera conocer su contenido (*ut possint leges apertius percipi*). Como la propia magistratura decenviral consideró que lo que se había escrito en estas tablas, estaba incompleto, se añadieron dos más, y por eso se había denominado la ‘codificación’ como las ‘leyes de las Doce Tablas’ (*qui ipsi animadverterunt aliquid deesse istis primis legibus ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt: et ita ex accedenti appellatae sunt leges duodecim tabularum*).

La narración que el jurista propone, por lo tanto, claramente destaca las razones que llevaron a la publicación de estas Tablas, que se identifican en la necesidad del conocimiento público de las normas contenidas en ellas, y al mismo tiempo, revela el carácter incompleto de este *corpus*, que se intentó solucionar con la añadida de las últimas dos tablas⁴².

A continuación, de la lectura del § 6 del mismo manual nos enteramos, por lo que más nos interesa, de un detalle que, en mi opinión, puede definirse como realmente interesante:

«Después, casi al mismo tiempo se formaron de estas leyes las acciones, por las que los hombres litigasen entre sí; cuyas acciones, para que el pueblo no las instituyese a su arbitrio, quisieron que fueran ciertas y solemnes, y a

llegaron al compromiso de crear la magistratura de los decenviros con la finalidad de compilación de las leyes (*Ab urbe cond.* 3.32- 34).

- 42 Es interesante, en este contexto, observar cómo las dos últimas Tablas se recuerdan por contener normas sumamente injustas, como nos señala Cicerón *de rep.* 2.63. Por ejemplo, en la *Tab.* 11, estaba incluida la prohibición de contraer un matrimonio válido por el *ius civile*, entre patricios y plebeyos, quitándoles el requisito del recíproco *conubium*. Esta norma fue derogada posteriormente por el plebiscito Canuleyo de 445 a.C. En doctrina, cf., I. Piro, *Il matrimonio e la condizione della donna*, en *XII Tabulae*, I, cit., pp. 172 ss.

esta parte del derecho se la llama acciones de la ley, esto es, acciones legítimas ...».

(Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas sollemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones ...).

Leemos cómo, casi por la misma época, a partir de las prescripciones de las XII Tablas, se compusieron acciones (*Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt*), para que los hombres pudieran disputar entre sí (*quibus inter se homines disceptarent*), pero evitando que el pueblo procediera a crear normas procesales a su arbitrio (*quas actiones ne populus prout vellet institueret*). Por eso se quiso que estas acciones fueran exactamente establecidas y solemnes (*certas sollemnesque esse voluerunt*), y se denominaron ‘acciones de ley’, es decir, ‘legítimas’ (*et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones...*)⁴³.

Un primer dato del comentario de Pomponio, que salta a la vista es que las normas incluidas en el Código Decenviral no pueden considerarse de naturaleza procesal, tal y como correctamente interpreta parte de la doctrina⁴⁴, dado que, si lo hubieran sido desde el principio, no se

43 Para un análisis de cada una de estas acciones, véase la recién obra de Varvaro, *Lineamenti di procedura civile romana*, cit., pp. 29 ss.

44 Me refiero en particular a Cursi, *Introduzione*, en *XII Tabulae*, I, cit., pp. XIII s., que critica la interpretación de M. Humbert, *La codificazione decemvirale: tentativo d'interpretazione*, en *Le Dodici Tavole. Dai decemviri agli Umanisti*, M. Humbert (a cura di), Iuss Press, Pavia, 2005, pp. 28 s., según el cual existían en las XII Tablas normas de carácter procesal. Añadiría, por mi parte, entre los muchos ejemplos que podrían mencionarse, cómo la regla sobre el derecho de sepultura no se ocupaba de la tutela judicial del derecho, sino de la prohibición de utilizar un fundo puesto en la ciudad, tanto para la sepultura como para la posible incineración. *Tab. 10.1*: «un hombre muerto no se debe ni enterrar ni quemar en la ciudad» (*hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito*). Cf. al respecto A. Cassarino, *Diacronia 'giurisprudenzia-*

explicaría por qué las ‘acciones de la ley’ (*legis actiones*), que regulaban el formalismo y la ritualidad de la tutela judicial de los derechos, se aprobaron no sólo con posterioridad, sino también en dependencia de las XII Tablas.

La referencia textual del manual del jurista, puede confrontarse con otra fuente sobre el origen de las *leges actiones*. Se trata de las Institutas de Gayo (4.11), en que se afirma:

«Las acciones que los antiguos tenían, se llamaban acciones de la ley (*legis actiones*) o porque habían sido introducidas por leyes, puesto que en aquel tiempo, todavía no se utilizaban los edictos del pretor, por los cuales fueron introducidas muchas acciones, o bien porque eran adaptadas a las palabras de las mismas leyes, y en consecuencia eran inmutables y se observaban como si fueran leyes».

(Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur).

El jurista comenta que las acciones que los antiguos utilizaban, tomaban el nombre de acciones de ley o porque fueron introducidas por varias leyes (*Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo quod legibus proditae erant*), teniendo en cuenta que ni el pretor ni sus edictos que incluían muchas acciones, aún no existían (*quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur*), o bien porque se adaptaban a las palabras de las leyes que las introducían, volviéndose inmutables del mismo modo que el dictado normativo (*vel ideo quia ipsarum legum*

le': note a margine di una recente interpretazione della Corte di Cassazione in tema di sepolcro gentilizio ed ereditario, en Roma e America, 42, 2021, pp. 320 ss.

verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur).

La comparación entre los textos de Pomponio y Gayo, suscita algunas reflexiones. La primera parte del comentario de este último, cuando habla de acciones introducidas por ley, parecería estar en contradicción con lo que afirma Pomponio sobre la exclusión del pueblo (y por lo tanto de las asambleas populares, que aprobaban las leyes) de la creación de las acciones. Sin embargo, se trata de una contradicción más aparente que real: las más antiguas acciones de la ley probablemente nacieron de las costumbres (*mores*), y luego fueron modeladas por el colegio de los Pontífices (que seguían manteniendo la interpretación de la ley incluso después de la aprobación de las Doce Tablas⁴⁵), con base en la disciplina procesal procedente de las normas por ahora codificadas. Juntos con los Pontífices no debemos olvidar el papel de los cónsules, los magistrados que en su poder de imperio (*imperium*), en aquel tiempo tenían la función jurisdiccional, indispensable para dar seguridad en términos procesales, a la aplicación concreta de los derechos reconocidos por el Código Decenviral. En cambio las *legis actiones* más recientes, como atestigua el propio Gayo, fueron introducidas por leyes entre el final del III y el inicio del II siglo a.C.⁴⁶

45 Cf. Petrucci, *Curso de derecho público romano*, cit., pp. 183, 201 s.

46 Si se acepta la solución que propongo en el texto, ambos pasajes de Pomponio y Gayo nos ofrecerían una imagen en la que las más antiguas *legis actiones* no fueron introducidas por una ley pública, sino que al poder legislativo se sustituyó la obra conjunta de los Pontífices y los magistrados con un poder judicial. Para una visión crítica del texto de Gayo remito a M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 2006, pp. 59 s. Sobre la interpretación de cómo debe entenderse el término '*lex*', referido al proceso, en su totalidad, véase, a Varvaro, *Lineamenti di procedura civile romana*, cit., pp. 11 ss. Las Instituciones de Gayo hablan de una ley Licinnia para la aplicación de la *legis actio per iudicis postulationem* a la división de cosas comunes (4.17 a), una ley Silia y una ley Calpurnia para la introducción de la más recién de las *legis actiones*, la *per condictionem* (4.19).

Por el contrario, la segunda parte del comentario de Gayo coincide con las palabras de Pomponio en D. 1.2.2.6: las *actiones* así creadas eran rígidas e inmutables, expresas con palabras solemnes como si fueran aquellas utilizadas en las leyes. En cambio, no hay datos que puedan indicarnos influencias de normas griegas.

6.- Algunas conclusiones:

Ahora llegamos a la respuesta hipotética a la pregunta de cómo se llevó a cabo el proceso con un extranjero en el derecho romano más antiguo.

Con base en lo que vimos, creo que no haya dudas que las normas que conocemos en la sistemática de las XII Tablas como *Tab.* 2.2 y, por asociación, *Tab.* 6.4, surgieron de la práctica del comercio, dominada por la simplicidad de los intercambios entre un *civis* y un *hostis* fuera de específicos tratados internacionales. Sin embargo, también en estos casos necesitaba administrar la justicia para solucionar las controversias procedentes de sus relaciones aunque básicas. De hecho, ya en tal época la idea de justicia (*iustitia*)⁴⁷, de la que deriva el término *ius*, implicaba la equidad en las relaciones con terceros, especialmente en presencia de una parte más débil en cuanto extranjera⁴⁸.

La protección a otorgar para dicha finalidad, dependía de la mera relación de *fides* que, a través de su aplicación en contextos prácticos, identificaba lo que era justo/*ius* (la realización de sus propios intereses,

47 Ulpiano (1 *inst.*) in D. 1.1.1 pr.: *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum ...* (Quien vaya a dedicarse al Derecho debe saber primero de dónde viene el nombre de Derecho (*ius*). Pues bien, <el derecho> se llama <así porque deriva> de la justicia).

48 Otra norma de las Doce Tablas que se ocupa de un sujeto más débil es la de *Tab.* 8.21: *patronus, si clienti fraudem fecerit, sacer esto* («un patrón, si ha hecho algo fraudulento a un cliente, es susceptible de ser matado por consagración»).

así como la obtención de una *res* adquirida), de lo que era injusto/*contra ius* (la ausencia de toda forma de asistencia jurisdiccional).

Falta una referencia al procedimiento arbitral de los *recuperatores* en la norma de *Tab. 2.2* por las razones que explicamos, a las que se puede agregar el siguiente comentario: ‘en el siglo V a.C., no creo que pudiera existir todavía un sistema clasificatorio que presupusiera, por un lado, el esquema *genus-species* y, por otro, el conocimiento de categorías conceptuales jurídicas abstractas’⁴⁹. Por eso sería incoherente con esta época suponer la referencia a un colegio de jueces o árbitros, dándole a la norma de *Tab. 2.2* un valor general y abstracto, más proclive a una interpretación moderna que se desvincula de cualquier criterio práctico⁵⁰.

Entonces, una vez excluida la intervención de un colegio arbitral (los *recuperatores*), necesitaba otro remedio para concretar la relación de *fides* en la hipótesis de disputas contractuales con los extranjeros. En mi opinión, sigue siendo lo más probable lo que supone aquella parte de la doctrina⁵¹, según la cual para estas disputas se debería proceder al nombramiento de un árbitro, como resultaría del inciso *iudicis arbitrive*⁵², que no valdría sólo para la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* de la que habla Gayo 4.17, sino se extendería a todos los casos en que alguien se elegía para emanar una sentencia declarativa.

49 Las palabras son de O. Diliberto, *La palingenesi decemvirale*, en *XII Tabulae*, I, cit., p. 33.

50 Como comentamos *supra*, nt. 17, si los decenviros hubieran querido indicar un colegio o un cierto número de juzgadores, ciertamente no habrían omitido hacerlo.

51 Ortu, *Alle origini del ‘iudicium privatum’*, cit., p. 158, que señala cómo la teoría de M. Wlassak, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, en *Festschrift zum Doc-tor-Jubiläum Prof. Dr. B. Windshied, überreicht von der Juristen-Fakultät zu Breslau*, Leipzig, 1888, 55 ss., sobre un origen arbitral de todas las sentencias de Roma arcaica no debe descartarse por completo.

52 Fiori, *Il processo privato*, en *XII Tabulae*, I, cit., pp. 81 ss.

A pesar de la incapacidad jurídica del extranjero para acceder a las *legis actiones*, que no es necesario retomar aquí, no cabe duda de que, para concretar la recíproca confianza (la *fides*) en normas procesales, desempeñaron un papel fundamental por un lado, los Pontífices gracias a su labor de interpretación del derecho, y por el otro, los magistrados titulares del *imperium* con función jurisdiccional (en aquel tiempo los cónsules), que así podían modelar de la forma más conveniente los juicios de que era parte un extranjero⁵³.

Si así es, a mi parecer, el magistrado romano no habría hecho otra cosa que aplicar las reglas que él mismo conocía, adecuándolas a la presencia de un extranjero con base en el elemento de la *fides*. No podemos, por tanto, que llegar a la conclusión que a la *fides* le correspondió un papel decisivo tanto en la organización del proceso como, en particular, en la fase más propiamente decisoria.

Bibliografía:

- Albanese, B., *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palumbo, Palermo, 1987.
- Arangio-Ruiz, V., *La compravendita in diritto romano*, II, rist., Jovene, Napoli, 1980.
- Calore, E., *Aeterna auctoritas adversus hostem: una soluzione per lo straniero alla logica cittadina del meum esse*, en *Roma e America*, 40, 2019, pp. 317-333.
- Cardilli, R., *Fondamento romano dei diritti odierni*, Giappichelli, Torino, 2021.

53 Según la interpretación de M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè editore, Milano, 1990, p. 299, la resolución del problema tuvo lugar 'mediante el ejercicio del poder del magistrado jurisprudente, a saber, el *imperium*'. También Serrao, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, cit., p. 269 afirma que: 'el juicio debía desarrollarse en una forma bastante libre, creada, en la época republicana, por el magistrado según su poder discrecional, eventualmente según las líneas de las *legis actiones* en vigor entre los ciudadanos'. Cf., Mercogliano, *Hostes novi cives*, cit., pp. 21 ss.

- Cascione, C., *Il contesto storico della legislazione decemvirale*, en *XII Tabulae. Testo e commento*, I, M.F. Cursi (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 1-30.
- Cassarino, A., *La fides e l'hostis al tempo delle XII tavole. Qualche spunto di riflessione*, en *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, A. Petrucci (a cura di), G. Giappichelli editore, Torino, 2020, pp. 1-20.
- , *Diacronia 'giurisprudenziale': note a margine di una recente interpretazione della Corte di Cassazione in tema di sepolcro gentilizio ed ereditario*, en *Roma e America*, 42, 2021, pp. 311-330.
- Corey Brennan, T., *The praetorship in the Roman republic*, 1, Oxford University Press, 2000.
- Cursi, M.F., *Gli illeciti privati*, en *XII Tabulae. Testo e commento*, II, M.F. Cursi (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 561-646.
- De Martino, F., *Storia della costituzione romana*, II, 2° ed., Jovene, Napoli, 1973.
- Diliberto, O., *La palingenesi decemvirale*, en *XII Tabulae. Testo e commento*, I, M.F. Cursi (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 31-44.
- Fiori, R., *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, en *Modelli teorici e metodologie nella storia del diritto privato*, 3, R. Fiori (a cura di), Jovene editore, Napoli, 2008, pp. 237-259.
- , *Il processo privato*, en *XII Tabulae. Testo e commento*, I, M. F. Cursi (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 45-149.
- Gagliardi, L., *I collegi giudicanti: 'decemviri', 'centumviri', 'septemviri', 'recuperatores'. Idee vecchie e nuove su origini, competenze, aspetti procedurali*, en *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad alberto Burdese*, II, L. Garofalo (a cura di), Cedam, Padova, 2012, pp. 341-384.
- Gallo, F., *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1997.
- Guarino, A., *Storia del diritto romano*, 8° ed., Jovene, Napoli, 1990.
- Humbert, M., *La codificazione decemvirale: tentativo d'interpretazione*, en *Le Dodici Tavole. Dai decemviri agli Umanisti*, M. Humbert (a cura di), Iuss Press, Pavia, 2005, pp. 3-50.
- Marrone, M., *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 2006.

- Mercogliano, F., *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, Jovene, Napoli, 2017.
- Nasti, F., *L'enchiridion di Sesto Pomponio. Una ricostruzione*, in *Scriptores Iuris Romani. Subsidia*, 3, L'Erma di Bretschneider, Roma, 2023.
- Ortu R., *Alle origini del 'iudicium privatum'*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I, L. Garofalo (a cura di), Cedam, Padova, 2012, pp. 131-160.
- Petrucchi, A., *Curso de derecho público romano*, Porrúa, México, 2018.
- Piro, I., *Il matrimonio e la condizione della donna*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, I, M. F. Corsi (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 151-188.
- Pontoriero, I., *La nozione di commercium in Tit. Ulp. 19.4-5*, in *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiusinianiani (FIRA). Studi preparatori, II, Auctores – Negotia*, G. Purpura (a cura di), Giappichelli, Torino, 2012, pp. 131-142.
- Riccobono, S., *Fontes Iuris Romani AnteJustiniani*, I, Barbera, Florentia, 1968.
- Serrao, F., *La "iurisdictio" del pretore peregrino*, Giuffrè, Milano, 1954.
- , *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pacini editore, Pisa, 1989.
- , *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, 1. *Dalla società gentile alle origini dell'economia schiavistica*, Jovene editore, Napoli, 2006.
- Talamanca, M., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè editore, Milano, 1990.
- Varvaro, M., *Lineamenti di procedura civile*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023.
- M. Wlassak, M., *Die Litiskontestation im Formularprozess*, in *Festschrift zum Doc-tor-Jubiläum Prof. Dr. B. Windschied, überreicht von der Juristen-Fakultät zu Breslau*, Leipzig, 1888.

La *iurisdictio* del pretor peregrino.

Por: Rodrigo de la Peza López Figueroa

Escuela Libre de Derecho

Resumen: *El propósito de este trabajo es explorar la hipótesis según la cual, el pretor peregrino diseñó el procedimiento formulario, a partir de diversas tradiciones desarrolladas desde la fundación de Roma. Esto permitiría afirmar que el pretor peregrino merece un lugar especial en la Historia, de extraordinaria relevancia para esta investigación conjunta, pues demostraría que dicho magistrado sentó la base para la aplicación de un derecho receptivo de tradiciones jurídicas de cualquier nación (unificado), aplicable a personas de cualquier nacionalidad (internacional), y en cualquier lugar del mundo entonces conocido (regional).*

Palabras clave: *Derecho romano, praetor peregrinus, procedimiento formulario, ius gentium*

Riassunto: Lo scopo della presente ricerca è esplorare l'ipotesi secondo la quale il pretore peregrino ha creato il procedimento formulare, basandosi su varie tradizioni sviluppate fin dalla fondazione di Roma. Ciò consentirebbe di affermare che il pretore peregrino merita un posto speciale nella Storia, di straordinaria rilevanza per questa ricerca congiunta, poiché dimostrerebbe che detto magistrato ha posto le basi per l'applicazione di un diritto ricettivo delle tradizioni giuridiche di qualsiasi nazione (UNIFICATO), applicabile a persone di qualsiasi nazionalità (INTERNAZIONALE), e in qualsiasi luogo del mondo allora conosciuto (REGIONALE).

Parole chiave: *Diritto romano, praetor peregrinus, processo formulare, ius gentium.*

Abstract: *The purpose of this work is to explore the hypothesis that the praetor peregrinus designed the formulary proceedings based on several traditions developed since the foundation of Rome. This would allow us to assert that the praetor peregrinus deserves a special place in history, of extraordinary relevance for this joint research, as it would demonstrate that said magistrate laid the groundwork for the application of a legal system, that was receptive of legal traditions from any nation (UNIFIED), applicable to individuals of any nationality (INTERNATIONAL), and in any place in the world that until then was known (REGIONAL).*

Keywords: *Roman law, praetor peregrinus, formulary proceedings, ius gentium*

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Soluciones arcaicas para los conflictos con peregrinos. 3.- Creación del procedimiento formulario. 4.- configuración del nuevo *ius Gentium*. 5.- Canales abiertos por el legado del pretor peregrino.

1.- Introducción:

Remontémonos hacia la época de la República romana,¹ cuya esencia radicó principalmente en rechazar que el *imperium*, esa máxima potestad sobre los ciudadanos romanos, estuviera depositada en un único *rex*, y en asegurarse de que en cambio, dicho *imperium* se repartiera entre al menos dos magistrados, que ejercieran un control mutuo, esto es, un mecanismo de equilibrio de poderes que les impidiera convertirse en tiranos. A lo largo de los años, además, este *imperium* no solo se repartió entre varios magistrados, sino que además se dividió para su ejercicio, en *coercitio* y *iurisdictio*,² esto es, respectivamente, la facultad para imponer sanciones o medidas coercitivas sobre la persona y su patrimonio, y la facultad para decir el derecho, mediante la administración de juicios en los que las controversias entre privados, se conducían hacia una solución jurídica. Alrededor del año 367 a.C.,³ los cónsules delegan esta *iurisdictio* en un *collega minor*, el *praetor*.

Poco más de un siglo después, en el año 242 a.C.,⁴ en Roma se dispuso que esa *iurisdictio*, la ejercería no sólo ese *praetor* ya conocido, y al

1 Del 509 al 18 a.C., aproximadamente.

2 Para abundar sobre estos conceptos, vid. GIUSEPPE GROSSO, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, 5^o Ed., Giappichelli Editore, Torino, 1965 [*Lezioni* (...)], i.a. pp. 158 ss., 181, 183 ss.

3 La creación de la magistratura del *praetor* se atribuye a una *Lex Licinia Sextia*, de ese año, esto es, del 143 de la República. Vid. WOLFGANG KUNKEL, *Historia del Derecho Romano*, Traducción de la 4^a Edición, Ediciones Ariel, Barcelona, 1966 [*Historia* (...)], § 6, I, p. 83.

4 Es decir, el año 263 de la República. Según JOHANNES LAURENTIUS LYDUS, ese año se designó en Roma al pretor urbano, que se llamó así para distinguirlo del pretor peregrino, esto es, el que recibe a los peregrinos (*id est pe-*

que a partir de ese año se llamaría *praetor urbanus*; sino que además, los comicios por Centurias eligieron a un segundo pretor, que debía encargarse de la jurisdicción entre peregrinos y entre éstos y los romanos, y al que se llamó *praetor peregrinus*.⁵

2.- Soluciones arcaicas para los conflictos con peregrinos:

La primera cuestión que considero interesante explorar, versa sobre las razones que pudieron haber conducido a esta decisión de duplicar una magistratura, en una época en la que precisamente, por las limitaciones del presupuesto público, se evitaba aumentar el número de funcionarios –sobre todo en las provincias–, incluso cuando las circunstancias actuales lo requirieran.⁶ Esta pregunta es aún más relevante, si se toma en cuenta que, según parece, en ese tiempo, ya existían varios mecanismos para solucionar los conflictos entre romanos y extranjeros.

Una razón importante es la económica. La economía romana durante la monarquía latina,⁷ se basaba principalmente en el pastoreo y la

regrinos recipientem). De magistratibus republicae romanae, I,38,45. POMP. ench. sing., D. 1,2,28. Cfr. THEODOR MOMMSEN, calcula que la creación de la pretura peregrina se produjo en el año 511 de Roma (desde su fundación), esto es, el año 243 a.C. *Römische Geschichte*, 9ª Ed., Deutsche Buch-Gemeinschaft G.M.B.H., Berlin, 1902, [RG], 3, XI (Tomo I, página 790).

5 En ocasiones se atribuye la creación del pretor peregrino a una *Lex Plaetoria*, del 242 a.C.; sin embargo, como acertadamente apunta GUARINO, difícilmente un plebiscito (como lo era dicha ley, propuesta por el Tribuno de la plebe Marco Pletorio), podría haber implementado una reforma constitucional de esa naturaleza; sino que es más verosímil la interpretación de que en dicha ley, se precisó que el pretor urbano seguiría ejerciendo su jurisdicción para administrar justicia dentro de Roma, para los ciudadanos. ANTONIO GUARINO, *Storia del Diritto Romano*, 12ª Ed., Editore Jovene, Napoli, 1998 [Storia (...)], § 22, 139, p. 300, 301.

6 MOMMSEN, RG, 3, XI (Tomo I, página 790).

7 754 a 616 a.C.

agricultura extensiva, y el sostenimiento de una familia no requería más que de un intercambio interno de bienes, con fines simplemente adquisitivos y no especulativos. Esto es, cada familia cultivaba una porción de tierra de manera consistente con sus características, e intercambiaba sus excedentes con otras familias por aquello que éstas cultivaran.

Esto cambió drásticamente durante la monarquía etrusca.⁸ El rey Tarquino Prisco comenzó a reorganizar a la sociedad Romana por clases socioeconómicas, tanto en las demarcaciones tribunicias de la ciudad como en los rangos militares, precisamente con el objeto de **transformar a Roma**, de una ciudad defensiva, en **una potencia militar** conquistadora. Cada vez con mayor frecuencia, **se difunde la agricultura intensiva**. Se destina la tierra al cultivo intensivo del olivo, y se explotan las minas para obtener hierro para la elaboración de armas. El resultado para las familias es un exceso en la producción de los bienes cultivados de manera intensiva, y una carencia de otros productos; así como el desarrollo de actividades artesanales. Esto hace que crezca la necesidad del intercambio externo, lo que significa el desarrollo de actividades comerciales con extranjeros. En las calles circundantes al foro romano, **se construyeron pórticos y tabernas**,⁹ precisamente con esa finalidad, y que debido a la privilegiada localización geográfica de Roma, fueron punto de encuentro fructífero para las relaciones comerciales.

Cuenta la leyenda que Servio Tulio, el segundo rey etrusco, además de organizar al ejército en centurias, fue el primero en emitir **moneda**,¹⁰

8 616 a 509 a.C.

9 LIVIO, *Ab Urbe condita*, 1, 35, 10. Vid. PIETRO CERAMI – ANDREA DI PORTO – ALDO PETRUCCI, *Diritto Commerciale Romano, Profilo Storico*. Segunda edición, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004 [DCR], pp. 19 – 23.

10 “Llamavase yugada la tierra que vn par de bueyes podía arar en vn día y obra-da el trecho q con un surco continuado podía vn buey llenar de vna vez, y esto era ciento y veinte pies; y duplicado en ancho haziavan una yugada. Eran do-nes grandísimos de los Capitanes Generales de los exercitos, y de ciudadanos valerosos, el espacio que vno pudiesse avar envidia, y tábié recibir del pueblo

y con ello comenzaron a desarrollarse **negocios de intercambio**, como la compraventa y el préstamo,¹¹ aunque de manera subsidiaria al principal eje de la economía romana, que todavía era el *ager publicus*, y los negocios relacionados con la agricultura protagonizadas por las familias patricias, que precisamente en esa época, comienzan a monopolizar el poder económico, militar, político y religioso.

Esto trae como consecuencia, que a principios de la República, existieran **suficientes relaciones comerciales con los peregrinos, para que su falta de regulación** y la falta de solución de conflictos que derivan de ellas, **comience a ser un problema**. Aquí se pone a prueba el Derecho Romano arcaico, y su capacidad para adaptarse a la nueva realidad.

Ahora bien, en la antigua Roma, la solución de conflictos entre los propios ciudadanos no se lograba mediante un solo mecanismo, derivado de una sola fuente jurídica; sino que por el contrario, existe una **gama amplia de mecanismos de solución** de mayor o menor eficacia, con las que los Romanos abordaban sus problemas, y dichas soluciones derivaban de muy distintas fuentes.

En este primer apartado, expondré algunos de los **diversos mecanismos** que primeramente **se emplearon para solucionar problemas entre ciudadanos** romanos (*cives*) y **extranjeros** (*hostes*), y que resultaron **insuficientes**, y por eso considero que esa insuficiencia demuestra que la posterior creación del pretor peregrino, y su labor, fueron un gran acierto de la Historia.

vna quarta, ò vna mina de farro, y de aquí tuvieron principio los primeros Sobrenombres (...) y el dinero mismo se llamava pecunia de pecore, (...). El primero que estampó en las monedas de cobre figuras de ovejas y de bueyes, fue Servio Rey." CAIUS PLINIUS SECUNDUS (PLINIUS MAIOR), *Naturalis Historia*, 18, 3. Versión en castellano antiguo, de 1624, dedicada al Rey Felipe IV, colección de la Universidad Complutense de Madrid, consultable en <https://archive.org/details/historianaturaloosogooq>.

11 Paulo, D.18, 1, 1, pr.

2.1.- *Ius commercii* con los extranjeros:

En la antigua Roma monárquica, todos los aspectos relevantes de la vida pública de los Romanos, se llevaban a cabo a través de rituales religiosos cargados de simbología. El pueblo Romano era muy religioso, y estaba convencido de que el éxito de cada decisión del rey, del senado, de la curia y de los colegios sacerdotales, pero también de **todos los actos de los particulares** con consecuencias sociales como un matrimonio, una venta, una adopción, además, por supuesto, de los ritos de culto, **únicamente producían sus efectos si** tenían la bendición de los dioses, para lo cual era esencial **cumplir** con el orden que ellos establecían, la *pax deorum*, del que derivaban estos **rituales solemnes**. Muy frecuentemente se debían pronunciar fórmulas solemnes en latín culto –los *carmina*–,¹² que por ser el lenguaje divino era lo único que lograba llamar la atención de los dioses para que acompañaran a los humanos en esos actos, y se lograran los fines buscados.¹³ **También en los juicios civiles**, que en aquel entonces se tramitaban mediante el sistema procesal que hoy conocemos como las acciones de la ley, la argumentación jurídica se expresaba a través de *carmina* diseñadas originalmente por el Colegio de los Pontífices, de manera que las partes no decidían –es más, ni siquiera comprendían- lo que estaban diciendo, sino que únicamente recitaban las *certa verba* sacramentales.¹⁴

Dichos rituales, solemnidades y formalidades se encontraban, en principio, **reservados a los ciudadanos** romanos, lo cual constituye cla-

12 PAUL JÖRS, WOLFGANG KUNKEL, Y LEOPOLD WENGER, *Römisches Recht*, 2^a Ed., Springer-Verlag, Gießen, 1987 [RR], p. 23.

13 Conforme a la Ley de las XII Tabas, producen efectos jurídicos los negocios que se celebren conforme a las formalidades. Tab. VI,1: *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*.

14 GAIUS, *Instituta*. I. 4, 29. (En: FRANCIS DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, 1^a Ed., at the Clarendon Press, Oxford, 1946 [TIG], Tomo I, p. 244. En adelante, para citar a Gaius se hará referencia únicamente al número del pasaje).

ramente un impedimento para que un romano y un extranjero puedan celebrar un negocio solemne –que en aquella época, además, eran prácticamente todos-, o acudir a juicio.

Lo mismo puede decirse de los ordenamientos jurídicos de todos los demás pueblos de aquella época, a cuyas solemnidades, ceremonias y rituales religiosos, no tenían acceso los romanos, ni nadie excepto los ciudadanos de esa comunidad. Esto es, los **sistemas normativos arcaicos**, tenían únicamente un **ámbito personal de validez**, de suerte que el derecho perseguía al ciudadano a donde estuviera (**principio de personalidad**).¹⁵

Los romanos encuentran un primer mecanismo para superar este obstáculo, **reconociendo a los latinos** a través de un tratado internacional (*foedus*), el *conubium* y el *commercium*, esto es, respectivamente, la facultad de contraer matrimonio civil romano, y de celebrar negocios jurídicos del *ius civile* romano, con ciudadanos Romanos.

15 Vid. MAX KASER, *Römische Rechtsgeschichte*, 2ª Ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1993 [RRG], § 31, I, 2, a), p. 135. Según este autor, entre las relaciones que desde la época arcaica se daban entre romanos y miembros de las comunidades aledañas, no podía aplicarse el *ius civile* romano ni el derecho extranjero, pues conforme a la experiencia antigua, regía un principio de personalidad, según el cual una persona, donde quiera que se encontrara, debía ser juzgada según el derecho de la nación a la que perteneciera. Por tanto, tratándose de un conflicto derivado de un contrato entre un romano y un peregrino, no es posible aplicar a cada parte su propio derecho nacional.

Según el relato de Tito Livio,¹⁶ un *foedus* es un *pactum*¹⁷ entre naciones, basado en la buena fe (*fides*),¹⁸ que los Romanos celebraban por conducto del Colegio de los Feciales,¹⁹ siempre con las mismas formalidades,²⁰ que delinean su naturaleza como un acto ceremonial, religioso, mediante el cual Roma hace un juramento a Júpiter (y no a su contratante), y requiere para su validez que la contraparte lleve a cabo un ritual equivalente por parte de un colegio sacerdotal con idénticas

16 TITO LIVIO, *Ab Urbe condita*, 1.24.3-4. El historiador nos cuenta la leyenda según la cual, se planeaba una guerra entre Roma y Alba Longa, que podía ser letal para ambas ciudades, y que se resolvió sin mayor derrame de sangre, gracias a que mediante este tratado, se pactó que únicamente se enfrentarían los triates Horacios, por parte de Roma, y los triates Curiacios, de Alba Longa, y que la supremacía estaría del lado de los hermanos victoriosos.

17 (...) *pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est)*; [“pacto” viene de pacción (de donde procede también el nombre de paz)]. Ulp. 4 ed., D. 2, 14, 1, 1.

18 No solo es *Iove* (Júpiter) quien vela por el cumplimiento del *foedus*, sino también la diosa *Fides*, que cuida todas las relaciones de fidelidad. Acerca de esta diosa, vid. *Infra*, §2.4.

19 Este es uno de los colegios sacerdotales que existían en la Roma antigua, y que precisamente tenía como principal función, el cuidado de que las relaciones con otras naciones, se llevaran a cabo de conformidad con el orden de los dioses.

20 El *verbenario*, uno de los Feciales, tras conformar con el rex que era su voluntad la celebración de un tratado, cortaba con el permiso de éste la hierba pura (*verbena*), y el rex lo investía con ella como mensajero regio del pueblo romano de los Quirites; y como tal, investía con la *verbena* a otro Fecial, el *pater patriatus*, quien a su vez recitaba una larga fórmula verbal misteriosa (*longum carmen*), daba lectura a las cláusulas del tratado, invocando a Júpiter a castigar al pueblo romano en caso de que fuera el primero en incumplir el pacto mediante una decisión pública y de manera dolosa, de manera proporcional a la fuerza con la que el propio *pater patriatus* golpeaba a un puerco con un cuchillo ritual de sílice. La lectura de las cláusulas y el sacrificio con el que se perfeccionaba la estipulación, se hacían ante el *pater patriatus* del otro pueblo, el cual llevaba a cabo un ritual con connotaciones similares.

funciones.²¹ Surge así la **posibilidad de relacionarse con extranjeros**, sin romper el principio de personalidad, pues el compromiso de ambos pueblos es con sus propios dioses, y no entre sí.

Resulta, entonces, que a principios de la República, en el año 493 a.C. se celebró el *foedus Cassianum*,²² un tratado de paz entre Roma y las ciudades del Lacio, que renovó la antigua Liga Latina,²³ que era una gran confederación de *gentes* y familias que existió al mismo tiempo, si no es que antes, de la fundación de la Ciudad, y con las que los Romanos tenían lazos culturales muy estrechos, como el lenguaje, la religión, las tradiciones, fiestas ceremoniales e incluso mitos y leyendas de antepasados y héroes comunes.

Mediante este tratado, al parecer, además de establecer de manera obligatoria un perenne estado de paz entre Roma y las ciudades Latinas, (i) se **otorgó a los ciudadanos de los pueblos latinos**, como se adelantó, **la capacidad de contraer matrimonio civil** con ciudadanos romanos (*conubium*), así como para **celebrar negocios civiles** con ellos (*commercium*), y para reunirse para decidir asuntos de política exterior (*concilia*); y (ii) se estableció que **los conflictos** derivados de contratos privados debían resolverse en un proceso que se llevara a cabo dentro de diez días, **en la ciudad en la que se hubieren celebrado**, así como alguna otra regulación de los contratos.²⁴

21 Ver el relato y la interpretación de la ceremonia en ALDO PETRUCCI, *Curso de Derecho Público Romano*, Porrúa, Ciudad de México, 2018 [*Curso (...)*], pp. 292 ss.

22 El nombre del tratado viene de uno de los magistrados que gobernaron ese año, Espurio Casio. LIVIO, *Ab Urbe condita*, 2.33.4.

23 TITO LIVIO, nos relata que durante el reinado de Tulio Hostilio se celebró un tratado con los latinos. *Ab Urbe condita*, 1.32.3. Quizás se haga referencia a un primer tratado de la Liga.

24 PETRUCCI obtiene esta conclusión a partir de la interpretación del relato de DIONISIO DE HALICARNASSO (*Antiquitates Romanae*, 6,95,2.), la definición de *nancitor* de FESTO (*de Verborum Significatione*), así como del relato de

Si los *Latini* con *ius commercii* podían celebrar negocios jurídicos como la *mancipatio* y la *sponsio*, para cuyo perfeccionamiento es indispensable la realización de rituales y el pronunciamiento de *carmina* sacramentales, entonces muy probablemente los procesos a los que se hace referencia, eran los juicios del derecho arcaico, en los que también debía actuarse a través de ademanes, palabras y conductas ceremoniales.

2.1.1.- Acceso a la capacidad jurídica romana. A partir de lo anterior, considero que esta solución romana al obstáculo derivado del principio de personalidad del derecho, es digna de mención por su trascendencia histórica. **A través de un tratado, se extiende la “capacidad jurídica”** de los ciudadanos romanos, a los extranjeros –aunque sólo a los Latinos–.

Sin embargo, esta medida **no prosperó** de forma permanente, pues por el contrario, como consecuencia de diversas guerras, Roma despojó a los Latinos estos beneficios, y en mi opinión, difícilmente los hubiera otorgado a otros pueblos, con los que –a diferencia de los Latinos– no compartía elementos culturales tan estrechos.

2.2.- Acceso a instituciones jurídicas y a la jurisdicción:

En efecto, no se tiene noticia de que Roma haya otorgado el *commercium* a los peregrinos.²⁵ Para ello existían al menos dos obstáculos, insuperables para aquella época: por una parte, el principio de personalidad

TITO LIVIO (*ab Urbe condita*, 8,14,10), esta última en sentido contrario, pues se narra cómo el Senado decide eliminar estas capacidades a los latinos. *Curso* (...), pp. 299, 375.

- 25 Los Romanos distinguen tres tipos de extranjeros: los *latini* (*veteres, coloniarii* o *iuniani*), los *peregrini* (*alicuius civitatis* o *dediticii*), y *barbari*. Vid. ÁLVARO D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 9ª Ed., Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1997 [*DPR*], §§17 y 189 (pp. 49 - 50).

hacía repugnante la idea de dar acceso a los extranjeros, a ceremonias tradicionales y a negocios solemnes, reservados a los ciudadanos romanos incluso desde un punto de vista religioso;²⁶ y por la otra, porque los negocios tienden a configurarse con elementos provenientes de la cultura jurídica de cada negociante, de manera que difícilmente, el negocio resultante puede adscribirse a alguna figura jurídica de los derechos nacionales, incluyendo al *ius civile* romano, además de que en todo caso, dichas nuevas figuras comerciales no son duraderas o inmutables, de manera que tampoco puede esperarse que sean recibidas en las costumbres o en las legislaciones nacionales.²⁷

El resultado de esto es que con aquellos extranjeros, ya fueran *peregrini* o *latini* que carecieran del *ius commercii* respecto de los romanos –y mucho menos con los *barbari*-, no era posible celebrar negocios solemnes.

Sin embargo, el pueblo romano está acostumbrado a un medio de convivencia donde se traslapen varios conjuntos de reglas de conducta a la vez,²⁸ y cuando el comercio lo requiere, **echan mano de algunas de las figuras jurídicas** de su preciado *ius civile* que quizás sean *un poco más seculares*, o bien, emplean alguna figura **omitiendo o sustituyendo alguna formalidad** que no sea indispensable, sólo para poder relacionarse comercialmente con los peregrinos, y después consideran –o fingen- que de todas maneras se produjeron los efectos buscados.

26 Según las creencias religiosas de los Romanos, el pronunciamiento de los *carmina* –palabras solemnes en latín culto- producía como efecto que los dioses pusieran atención y participaran en el acto ceremonial, de tal suerte que éste produjera sus efectos

27 GUARINO, *Storia* (...), § 22, 139, p. 301.

28 La misma fundación de la *civitas* deriva de un flujo y un intercambio cultural de familias y gentes, donde cada familia es una entidad política (núcleo monárquico) con un derecho consuetudinario propio (*mores*). Vid. GROSSO, *Lezioni* (...), p. 19 ss.

Por ejemplo, sustituyen el verbo sacramental *spondere* por *promittere* o algún otro verbo accesible a los extranjeros, incluso en otra lengua; y de esa manera el antiguo contrato de *sponsio*,²⁹ que puede emplearse para crear obligaciones de muy diversa índole, se convierte en el contrato de *stipulatio*, que funciona de idéntica manera y tiene efectos sin necesidad del verbo sacramental. O bien, se admite como forma civil de transmitir la propiedad, la *traditio ex iusta causa*, para bienes *nec Mancipi*,³⁰ facilitando de esa manera la compra, venta e intercambio de esos bienes.³¹

Tratándose de la transmisión de la propiedad sobre bienes, existe un pasaje interesante en la Ley de las XII Tabas,³² donde se establece que el deber del vendedor, de garantizar al comprador la posesión pacífica de la cosa y responder por la evicción, que tratándose de ciudadanos romanos únicamente era exigible durante el tiempo necesario para que el comprador adquiriera por usucapión, debía entenderse a perpetuidad

29 Se trata de un contrato *verbis*, esto es, se perfecciona por el pronunciamiento de las palabras, y específicamente consiste en que entre presentes, una persona haga una pregunta a otra que plantea la creación de una obligación (*spondes daret X milia?*), y la otra responde de inmediato con el mismo verbo (*spondeo!*), creándose en el acto la obligación.

30 Paulo, fr. Vat. 47a: (...) *in re nec Mancipi per traditionem deduci usus fructus non potest nec in homine, si peregrine tradatur: civili enim actione constitui potest, non traditione, quae iuris gentium est*. En: OTTO LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2ª Ed. inalterada, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, Graz, 1960, I Paul., fr. 986.

31 Tratándose de bienes *Mancipi*, considerados como los más preciados de una familia romana (esclavos, cuadrúpedos de carga, predios del suelo itálico y servidumbres de paso y de acueducto), únicamente puede haber transmisión de propiedad mediante los actos solemnes de *Mancipatio* e *in iure cessio*, en principio inaccesibles para los extranjeros.

32 Tab. IV.4: *Adversus hostem aeterna auctoritas <esto>*. [Frente a un extranjero, la garantía para la evicción de la cosa vendida no tenga límite de tiempo]. Ver Traducción y explicación de este pasaje en PETRUCCI, *Curso* (...), p. 315.

tratándose de compradores extranjeros, con lo cual se protege tanto la validez del negocio jurídico, como la seguridad jurídica del peregrino.

Esta **extensión parcial de algunas figuras jurídicas** del derecho civil, fue suficiente por cierto tiempo para la existencia de relaciones comerciales entre romanos y extranjeros.³³

Incluso existe la hipótesis de que, para solucionar los conflictos derivados de estos negocios, tanto romanos como extranjeros **podían acudir a juicio bajo el sistema arcaico** del procedimiento civil.³⁴ Quizás esta haya sido una de las razones por las que, para ciertas causas *in personam*, se introdujo en la Ley de las XII Tablas la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, que es un *modus agendi* laicizado, al menos en comparación con el rito solemne y religioso del *sacramentum*,³⁵ y en el que el demandado solicitaba expresamente *in iure*, que se nombrara un juez o árbitro.

En efecto, en la Instituta de Gayo –jurista clásico del s. II d.C.–, se narra que en adición a la preexistente *legis actio per sacramentum in personam*, en las XII Tablas se creó la acción por petición de juez para demandas derivadas –precisamente– del contrato de estipulación, y para división de herencias; y además se expone cuáles serían los *carmina* a pronunciar.³⁶ Curiosamente, los *carmina* los pronuncia únicamente el

33 KASER, *RRG*, § 31, I, 2, b), p. 135.

34 GROSSO, *Lezioni* (...), i.a. p. 262, n. 4.

35 CERAMI –DI PORTO –PETRUCCI, *DCR*, p. 24.

36 GAIUS, *Instituta*. I. 4,17a. ... *qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORUM DARE OPORTERE AIO. ID POSTULO AIAS AN NEGES. Aduersarius dicebat non oportere. Actor dicebat: QUANDO TU NEGAS, TE PRAETOR IUDICEM SIUE ARBITRUM POSTULO UTI DES. Itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat.* [el actor decía: “afirmo que derivado de una *sponsio*, debes darme diez mil sestercios. Te pregunto si lo afirmas o lo niegas”. El adversario negaba la deuda. El actor decía: “Como lo niegas, te pido a ti, pretor, que des un juez o árbitro”. Y de esta manera, en esta clase de acciones, podía negarse una acción sin penalización.]

actor, por lo que no es impensable que pudiera participar un peregrino en el juicio, al menos como demandado. Lo mismo podría decirse de la *legis actio per conductionem*, que según el testimonio del propio Gayo, se creó posteriormente mediante las leyes *Silia* y *Calpurnia*, para litigar *in personam* respecto de una cantidad cierta o una cosa cierta, respectivamente, y que funcionaba con frases solemnes muy parecidas, excepto porque se omitía señalar la causa del débito.³⁷

Un testimonio de esta hipótesis podría encontrarse en la misma Ley de las XII Tablas, donde se disponía que “el proceso solamente podía ser aplazado, en caso de enfermedad o por encontrarse una de las partes comprometida en otro litigio con un ciudadano de otra ciudad”;³⁸ de donde podría obtenerse la **posibilidad de que un peregrino fuera parte de un litigio del sistema arcaico**, bajo la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*.

Esta hipótesis parece más sostenible, si se toma en cuenta que conforme a los últimos descubrimientos arqueológicos, la introducción de la acción por petición de juez o árbitro, en la Ley de las XII Tablas, no sirvió realmente al propósito de dar acción para nuevos tipos de conflictos –pues parece que con la acción por apuesta (*per sacramentum in*

37 I. 4, 17b-18. *Per conductionem ita agebatur: AIO TE MIHI SESTERTIORUM X MILIA DARE OPORTERE. ID POSTULO AIAS AN NEGES. Aduersarius dicebat non oportere. Actor dicebat: QUANDO TU NEGAS, IN DIEM TRICENSIMUM TIBI IUDICIS CAPIENDI CAUSA CONDICO.* [Se actuaba por *condictio* (emplazamiento) de la siguiente manera: “afirmo que debes darme diez mil sestercios; te pregunto si lo afirmas o lo niegas”. El adversario decía no deber. El actor decía: “Como lo niegas, te emplazo a comparecer ante un juez dentro de treinta días.”

38 Tab. II, 2. (...) *morbus sonticus* (...) *aut status dies cum hoste* (...) *quid horum fuit unum iudici arbitrove reove, eo dies diffissus esto.* (CICERO, *de off.* 1, 12, 37). Traducción de VICENZO ARANGIO-RUIZ, *Las Acciones en el Derecho Privado Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945 [*Las Acciones* (...)], p. 31.

personam), podía litigarse respecto de *sponsiones*, acciones divisorias y cualquier otra pretensión personal-³⁹ sino que más bien, se trata de una **reforma profunda** del sistema procesal civil, que dota al juez o al árbitro de una función realmente judicial –pues realmente **condena por el oportere** (responsabilidad), y no solamente declara al ganador de una apuesta-, y parte en dos etapas el procedimiento, la parte *in iure*, en la que el Magistrado dicta el derecho que debe aplicarse, y la etapa *apud iudicem*, donde el litigio es decidido por un particular, que debe acatar la norma jurídica decretada por el Magistrado en la *litiscontestatio*, pero es libre para decidir sobre el juicio en uno u otro sentido.⁴⁰

Esto es, el **nuevo diseño del procedimiento civil**, podría haber generado una **ventaja para los peregrinos**, aunque sea marginal,⁴¹ consistente en la **posibilidad de litigar** contra romanos, **sin tener que cumplir con rituales** reservados a los *cives*, y además, de ser juzgados por una persona ajena a la estructura estatal romana, sobre todo si se trata de un árbitro.

2.2.1.- Acceso a las instituciones y a la jurisdicción, independencia judicial.

Si esta hipótesis es correcta, podríamos estar ante un **enorme paso evolutivo**, contenido en la Ley de las XII Tablas: el **acceso a ciertas instituciones y a la jurisdicción civil** romana por parte de los peregrinos.

39 El propio Gayo plantea la duda acerca de la razón por la cual se creó la acción por emplazamiento, si las mismas deudas se podían litigar con la acción por apuesta y la acción por petición de juez. I. 4, 20.

40 Estos descubrimientos se contienen en un pergamino encontrado en el Cairo por la papirologa Norsa, en 1933, que incluye textos de las Institutas de Gayo, que complementan lagunas que existían en las versiones previamente obtenidas. Vid. JÖRS, KUNKEL & WENGER, *RR*, p. 518 – 519.

41 Existe cierto consenso en la doctrina, en el sentido de que la bipartición del proceso obedeció a la necesidad del pretor de delegar al menos parte de su carga de trabajo. Vid. i.a. MOMMSEN, *RG*, 3,XI (Tomo I, página 790), y KUNKEL, *Historia* (...), § 6, II, pp. 85.

nos, que abarca una norma jurídica dictada por el Magistrado, y una sentencia dictada por un árbitro independiente.

Sin embargo, esta solución tuvo el principal defecto, en mi opinión, de que el peregrino es sometido a un **procedimiento en el que no necesariamente comprende** la trascendencia lo que se discute en la etapa *in iure*, por estar en un lenguaje ajeno y por **no poder argumentar ni añadir nada** en el mismo. En este aspecto, si el acceso a la jurisdicción del pretor era voluntaria para los extranjeros –como parece derivarse de la naturaleza arbitral de la etapa *apud iudicem*–, **muy probablemente eran pocos** los peregrinos que quisieran someterse a ella, y quizás esa es la razón por la que las fuentes digan tan poco acerca de este fenómeno.

2.3.- Juicios ante los Recuperadores:

Con el fin de llevar a cabo relaciones comerciales con los peregrinos, y para resolver el problema antes expuesto, relativo al **principio de la personalidad** del *ius civile* romano –y de los demás derechos locales–, es probable que desde inicios de la República, los **comerciantes romanos hayan acudido a una figura** derivada de las costumbres romanas **arcaicas** (*mores*), consistente en someter el conflicto a una suerte de “arbitraje comercial internacional”, esto es, a un **colegio de recuperadores**, que se componía de un número impar de comerciantes de distintas ciudadanías, normalmente un número igual de compatriotas de ambas partes, y al menos uno de una ciudadanía neutral.⁴²

En sus orígenes, el juicio de los *recuperadores* no estaba supervisado por algún magistrado investido de *iurisdictio*, porque su ámbito de aplicación no era resolver un problema privado, sino que tenía por objeto

42 ARANGIO-RUIZ, *Las Acciones* (...), p. 52, n.1. Según este autor, la palabra *recuperadores* (originalmente, “*reciperatores*”), se derivaba “de su función que era la de hacer recobrar sus bienes al demandante.”

la reparación de daños de la guerra,⁴³ esto es, en la antigüedad la *reciperatio* podría haber sido un mecanismo del *ius bellum*, consistente en la inclusión de una cláusula en algún tratado de paz (*foedus*)⁴⁴ entre el pueblo romano y otros reyes, naciones, y ciudades peregrinas, para recuperar las cosas indebidamente sustraídas como botín de guerra, y devolverlas a sus dueños.⁴⁵

Parece entonces que los **comerciantes rescatan la figura arcaica** de la *recuperatio*, para aplicarla al derecho comercial, pues obtienen la posibilidad de encomendar a un colegio de *recuperatores*, **conformado por comerciantes**, la facultad para conocer y resolver controversias relacionadas con la ejecución de contratos celebrados entre mercaderes romanos y peregrinos.⁴⁶

Quizás esta fue la solución derivada del primer *foedus* celebrado entre Roma y Cartago, apenas nacida la República, en el 509 a.C. En dicho tratado, se establece una relación de amistad entre ambas naciones, y aunque los patricios romanos renuncian al comercio marítimo, al aceptar que los navíos romanos no podían pasar de cierto punto geográfico, a cambio se establece el deber de los cartaginenses de abstenerse de participar en actos hostiles contra Roma y sus aliados, así como de establecer fortalezas o siquiera asentamientos en territorio latino, y sobre todo, obtienen plena libertad comercial con los cartaginenses en tierra. Dicho tratado hacía referencia a los contratos de compraventa,

43 KUNKEL, *Historia* (...), § 6, II, pp. 84 ss.

44 Vid. *Supra*, § 2.1.

45 “*Reciperacia est: cum inter civitates peregrinas lex convenit : ut res privatae reddantur singulis reciperentur.* [La recuperación es: el pacto celebrado con ciudades peregrinas, con el fin de devolver a cada quien las cosas privadas que han sido recuperadas.]” SEXTUS POMPEIUS FESTUS, *De verborum significatione*, sub voce “reciperacia”. Consultado en @Misc{BVMC:259950, url: {https://www.cervantesvirtual.com/obra/de-verborum-significatione}. Traducción libre.

46 CERAMI –DI PORTO –PETRUCCI, *DCR*, p. 24.

estableciendo una garantía del precio en favor del vendedor. Podría interpretarse, entonces, que el **vendedor podría hacer valer la garantía del precio**, mediante una *actio ex foedere*,⁴⁷ esto es, un mecanismo para **instaurar un juicio** que probablemente se llevaba en forma de **arbitraje ante los recuperadores**, en vista de que en aquella época, en territorio cartaginense no se impartía la jurisdicción de ningún pretor, y dentro de Roma, los peregrinos cartaginenses no podrían acceder a dicha jurisdicción –salvo por lo que se menciona en el apartado 2.2. que antecede.

Con esta nueva perspectiva, la función del colegio de *reciperatores* podría haber consistido en que, con base en sus propias costumbres comerciales, decidiera *“si alguna de las partes se había apartado, y en qué medida, de los criterios objetivos de honestidad y rectitud usualmente reconocidos como vinculantes en las relaciones de negocios, y estableciendo en consecuencia, si acaso y en qué medida, una de ambas partes tenía una razón para recuperar alguna cosa de la otra.”*⁴⁸

2.3.1.- Abstracción de reglas comerciales locales. Si esta hipótesis es correcta, creo advertir aquí otro **paso evolutivo interesante**. Los *recuperadores*, aun desde el plano simplificado de las costumbres mercantiles, contraponen, comparan y **concilian diversas reglas de conducta pertenecientes a culturas jurídicas distintas**, lo cual es posible gracias a la naturaleza del derecho mercantil, en el cual son notas esenciales la velocidad, la distancia y la posibilidad de lograr que las mercancías crucen las fronteras. Cualquier mercader comprende la importancia de abandonar los formalismos y de buscar una solución efectiva y rápida para los conflictos.

Sin embargo, esta medida tiene la **desventaja** de que se basa en la costumbre como única fuente del derecho, y **carece de una discusión**

47 POLIBIO, *Historiae*, 3, 22.1 y 4-13; En: Editorial digital Titivillus ePub base r1.2 [*Historiae* (...)]. Ver la interpretación de este tratado en PETRUCCI, *Curso* (...), pp. 297 s., y CERAMI –DI PORTO –PETRUCCI, *DCR*, p. 23.

48 GUARINO, *Storia* (...), § 22,139, pp. 301, 302. Traducción libre.

y **argumentación** entre expertos del derecho. Por lo tanto, aunque es muy funcional para conflictos mercantiles básicos, se vuelve **insuficiente** cuando dichos **conflictos** se hacen **más sofisticados**.

En efecto, la república romana comenzó a tener una expansión comercial en Italia y en el Mediterráneo, que fue la consecuencia principal de su acelerada expansión territorial, sobre todo tras la primera guerra púnica (que termina en 241 a.C.), con la que dicha expansión y la imposición de un imperialismo político y económico romano sobre la península itálica y sus islas, y sobre todo el Mediterráneo, se hace exponencial.

2.4.- El escrutinio de la diosa Fides:

Desde la fundación de Roma, existió la *consecratio* como **uno de los más arcaicos** mecanismos de solución de conflictos. Consistía en que **cualquier ciudadano podía dar muerte** impunemente a aquella persona que hubiera cometido un crimen que ofendiera a los dioses, y hubiera sido declarado culpable (*homo sacer*) de manera incontestada y unánime por el pueblo –reunido frecuentemente en una asamblea sobre alguna de las colinas de Roma–; pues se creía que con ello se consagraba la vida del *homo sacer* en favor de la deidad que hubiera resultado ofendida por el crimen cometido.

Como ya se ha expuesto, el pueblo Romano es intensamente religioso, y todos los actos de la vida pública están encarnados en una profunda simbología. En su cultura, es muy importante agradar a los dioses, cumplir el orden universal que ellos establecen. Ahora, algo que define a la religión Romana, es que a **cada dios** se atribuyen características humanas complejas, y al mismo tiempo, la personalidad de cada dios se va perfilando a través de leyendas y mitos, hasta convertirse en un **estereotipo** de los atributos que esa deidad representa, y lo que odia y lo que ama de los seres humanos. Estos estereotipos no son más que **categorías** creadas por el ser humano para entender al mundo y a la sociedad, y sirven **para determinar la conducta** que en cierta circunstancia, debería tener una persona o toda la comunidad.

Sin duda, una de las deidades más importantes para el *ius civile* es Júpiter, cuya simbología condena la debilidad y la cobardía, ensalza la valentía y la dominación, y castiga el incumplimiento de los juramentos, y por eso inspira varios conceptos jurídicos que representan el dominio del hombre sobre la tierra, las cosas, y los demás seres humanos, el poder de mando y el castigo de la desobediencia o del perjurio. Sin embargo, **de manera paralela e incluso por fuera del *ius civile***, existe una diosa que acompaña a Roma durante toda su historia, y condiciona **con la misma fuerza** la conducta de los Romanos, la diosa *Fides*, y buena parte de las *consecrationes* se llevaban a cabo para purgar ofensas contra esa diosa, esto es, contra actos de *infidelitas*.

2.4.1.- Consecratio: Sin duda, se trata de un mecanismo que termina con el conflicto, pues termina también con la vida del *infidelis homo sacer*.

Es **obvia la desventaja** de este mecanismo de resolución de conflictos, propia de una época sangrienta y menos civilizada. Sin embargo, sirve para puntualizar la importancia que poco a poco va desarrollándose en el ideario cultural romano, el valor de la *fidelitas*, del cumplimiento a los designios de la diosa *Fides*.

La **mitología de la diosa de la fidelidad** es fascinante. Se cuenta que el rey Numa quiso construir para ella un santuario en el Capitolio, junto al de Júpiter,⁴⁹ donde durante siglos se erigió su imagen para que todos los ciudadanos sintieran su presencia, su mirada, ostentando su mano derecha de manera destacada;⁵⁰ pues el **verdadero templo** de la diosa

49 LIVIO, *Ab Urbe condita*, 1, 19. CICERÓN hace también referencia a dicho templo, ubicado junto al de Júpiter: “...quam in Capitolio vicinam Iovis optimi maximi, ut in Catonis oratione est, maiores nostri esse voluerunt.” [a quien nuestros antepasados, como dice Catón, colocaron en el Capitolio al lado de Júpiter] *De off.*, 3,104.

50 “Cuius imagine ante oculos posita uenerabile fidei numen dexteram suam, certissimum salutis humanae pignus, ostentat. quam semper in nostra ciui-

se encuentra constantemente allí **donde se estrechan las manos de los hombres**, tan es así que el rey ordenó que para el culto solemne a *Fides*, el colegio sacerdotal de los *Flamines* tras hacer procesión hacia el templo con un carro cubierto tirado por dos caballos, celebraran la ceremonia con las manos cubiertas hasta los dedos, para indicar la custodia del templo de *Fides*.⁵¹

Lo anterior indica que, conforme a la religión romana, el **interés de la diosa *Fides* descansa en la amistad, la armonía y el pacto** entre los hombres, simbolizado con las manos estrechadas; y si *Fides* está satisfecha con este comportamiento humano, su mano diestra es la **“prenda de la salud humana”**,⁵² esto es, la garantía de la prosperidad, del florecimiento económico y cultural, de la paz entre las naciones, por lo que cada vez que se usa la mano derecha, debe hacerse en veneración a la diosa *Fides*.⁵³ Puede entenderse entonces, que si *Fides* no está satisfecha con el comportamiento de los hombres, permitirá todo aquello que acabe con la *salus humana*.

tate uiguisse et omnes gentes senserunt (...).” [puesta su imagen, venerable, ante los ojos, la Fe ostenta su diestra, ciertísima prenda de la salud humana] VALERIUS MAXIMUS, *Factorum et Dictorum Memorabilium* [*Factorum (...)*], 6. 6. init.

51 “*Ad id sacrarium flamines bigis curru arcuato vehi iussit manuque ad digitos usque inuoluta rem divinam facere, significantes fidem tutandam sedemque eius etiam in dexteris sacratam esse.*” [Sus flamines debían trasladarse hacia dicho santuario, sobre una carroza de dos ruedas, bajo una cubierta cóncava, y al hacer los sacrificios debían llevar la mano cubierta hasta los dedos, con lo cual significaban, que debemos respetar la Fe y llevar su templo santificado en nuestra diestra] *Ab Urbe condita* 1, 21.

52 “*certissimum salutis humanae pignus*” [ciertísima prenda de la salud humana], MAXIMUS, *Factorum ...*, 6.6.init.

53 “*fidem tutandam sedemque eius etiam in dexteris sacratam esse.*” [que debemos respetar la Fe y llevar su templo santificado en nuestra diestra] LIVIO, *Ab Urbe condita*, 1, 21.

El estereotipo de *Fides* genera una **evolución normativa** del comportamiento romano, pues aunque no haya nada preestablecido, al surgir en un caso concreto la pregunta sobre qué comportamiento le gustaría a *Fides*, la respuesta se da con gran naturalidad, al menos en un rango vasto de casos, debido a la **claridad de las virtudes y preferencias** de la diosa.⁵⁴ A lo largo de la historia van surgiendo relaciones que se encuentran custodiadas por *Fides*, y su contenido se va desarrollando de manera contundente, pues por lo general es muy claro lo que tiene que hacer y lo que no debe hacer cada quién para actuar conforme a la *fidelitas*.⁵⁵

Se trata de deberes que en la antigüedad **no podían hacerse valer en juicio**, ni mediante algún otro mecanismo del *ius civile*, pero que los romanos cumplen, no sólo por el miedo a ser declarados *homo sacer* por una *infidelitas* –ofensa contra *Fides*–, sino porque la nitidez de esos deberes los convence de la **necesidad de cumplirlos**, sobre todo porque constantemente se sienten **observados por la diosa**, con esa mirada penetrante y claramente amenazante ante la menor tentación de romper con el vínculo de las manos estrechadas.

Bueno, pues de entre las relaciones que desde tiempos arcaicos se encuentran bajo el escrutinio de *Fides*, son el *hospitium* y la *amicitia*, que son relaciones de reciprocidad, de mutua hospitalidad. Aunque es difícil encontrar en las fuentes una definición clara de estas figuras, parece que existieron por una parte, **contratos** considerados como relaciones de *amicitia*, y por lo tanto custodiados por *Fides*. Mucho antes de que el Derecho Romano clásico desarrollara un concepto de contrato y la división entre contratos *re, verba, litteris y consensu*,⁵⁶ existieron **nego-**

54 KASER, *RRG*, § 31, I, 3, p. 136.

55 Por ejemplo, es muy fácil determinar que el tutor que roba del patrimonio del pupilo, o el *familiae emptor* que compró el patrimonio entero del testador, que no cumple con el encargo de entregarlo después de su muerte al heredero, comete una *infidelitas*.

56 GAIUS, I, 3, 89, -92, -128 y -135.

cios jurídicos que se celebraban y cumplían espontáneamente, como resultado de la práctica comercial entre romanos y peregrinos.

Tenemos, en efecto, referencias expresas a la existencia de contratos de compraventa entre romanos y cartaginenses en el **primer foedus** celebrado entre Roma y Cartago, apenas nacida la República, en el 509 a.C. En dicho tratado, como se ha mencionado, **se regulaba de manera estricta los contratos de compraventa** entre ciudadanos de las dos naciones, condicionando su validez a la presencia de un subastador y un funcionario registrador, y estableciendo una garantía del precio en favor del vendedor. Además, reconocía a los comerciantes romanos los mismos derechos reconocidos a otros extranjeros. En el **segundo foedus**, del 348 a.C., se permite expresamente a los **romanos hacer y vender** en aquella parte de Sicilia gobernada por Cartago, con la misma libertad que un cartaginense.⁵⁷

2.4.2.- Cumplimiento espontáneo. Aunque no es propiamente un mecanismo de solución de conflictos, merece una especial mención la **espontaneidad en el cumplimiento** de las transacciones comerciales. Debido a la propia inercia y empuje que tiene el comercio, la gran mayoría de los negocios mercantiles se cumplen espontáneamente, reduciendo la necesidad de acudir a una instancia de resolución de conflictos. Al menos en el pensamiento romano, esto se debe en buena parte al **valor de la fidelidad**, que dota de contenido a los contratos y a las obligaciones que surgen de ellos, inclusive sin que se pacten expresamente;⁵⁸ que llega hasta nuestros días como el **prin-**

57 POLIBIO, *Historiae* (...), 3.22,8, -24,12.

58 A lo largo de los siglos se van desarrollando reglas de interpretación contractual derivadas del principio de la buena fe, como que lo pactado debe cumplirse, que ante la oscuridad de las palabras, debe elegirse la opción menos dañina, la más benéfica para las partes, la que conduzca al cumplimiento de la finalidad del contrato, etc.; así como reglas para la solución de

cipio de buena fe, y que el pueblo romano enarbola como una de las **principales banderas** de su expansión comercial.⁵⁹

Sin embargo, debe decirse también, que **ese número** –aunque reducido- de casos en los que no existe cumplimiento espontáneo, se quedan sin respuesta.

Ahora bien, en el **segundo tratado de Cartago** ante mencionado, se determinó que las violaciones al mismo no podrán resolverse mediante la venganza privada, sino que deberán considerarse como **crímenes públicos**, de lo cual puede deducirse que, al menos si este conflicto se produce en Roma, el magistrado que lleve a cabo el juicio público –quizás el *quaestor perduellionis*-, podrá sentenciar a quien vulnere un contrato celebrado entre un romano y un cartaginense, con alguna **condena corporal pública**.

2.4.3.- Juicio público. Se trata de un avance, el hecho de que pueda acusarse en público a quien, al incumplir un contrato de compraventa,

controversias, como el pago de daños y perjuicios por el incumplimiento contractual.

59 Al respecto, AULIUS GELLIUS nos narra lo siguiente, citando al jurista Sexto Cecilio, en *Noctes Atticae*, 20,1. En: Noches Áticas, trad. de Francisco Navarro y Calvo, El Ateneo Editorial, Buenos Aires, 1955 [*Noctes (...)*], p. 540:

“La práctica constante de todas las virtudes fue la que hizo pasar tan rápidamente al pueblo romano de la debilidad de su origen al esplendor de su grandeza. La virtud que mejor practicó fue la buena fe, siendo sagrada para él en las relaciones privadas lo mismo que en los asuntos públicos, llegando, por no violarla, hasta entregar a los enemigos ilustres cónsules. (...)

Nuestros padres quisieron establecer esta buena fe, no solamente en la reciprocidad de deberes, sino que también en las relaciones comerciales, y sobre todo en el préstamo, creyendo que la indigencia pasajera en que todos pueden encontrarse quedaría privada de socorros, si el deudor podía, con poco riesgo, burlar al acreedor.”

deba considerarse violador de un *foedus*, y que resulte indistinto si el acusado es romano o peregrino.

Sin duda, con este tratado se alcanza una solución menos brutal que la *consecratio*; sin embargo, esta solución propia del derecho arcaico **sigue siendo rudimentaria**, principalmente porque mediante la misma, **no puede hacerse cumplir el contrato**.

Por otra parte, cobran especial relevancia las **relaciones de *hospitium***, custodiadas por *Fides*, que se refieren propiamente a las relaciones de Roma frente a los peregrinos.

Existen casos de *hospitium publicum*, derivados normalmente de la celebración de un de un tratado internacional o *foedus*,⁶⁰ en donde se establecía esta relación entre Roma y los ciudadanos de otra nación, otorgando a éstos el derecho de residir libremente en territorio romano, el derecho de recibir hospedaje ya sea bajo el cuidado de una ciudad o de un particular, así como el derecho a recibir donativos públicos. Por otra parte, llegaron a existir casos de *hospitium privatum*, derivados normalmente de una concesión por parte del Senado, en favor de determinados ciudadanos de otra nación –por ejemplo, por prestar a Roma ayuda valiosa durante la guerra-; y a dichos ciudadanos se les conceden varios privilegios, como la exención de impuestos, así como también, el derecho a la hospitalidad.⁶¹

Este **deber de hospitalidad**, se encuentra no solamente en las figuras del *hospitium*, y también en las relaciones de amistad –*amicitia*- entre romanos y extranjeros, y tiene por objeto “el cuidado del huésped, pero se extiende además a la gestión de sus negocios, a la **tutela judicial**, y, en resumen, abarca en general la fidelidad.”⁶²

60 Vid. *Supra*, § 2.1.

61 PETRUCCI, *Curso* (...), pp. 310 – 314.

62 FRITZ SCHULZ, *Principien des römischen Rechts*, 2ª Ed. inalterada, Duncker & Humboldt, Berlin, 2003; pp. 157 - 160. Para Schulz, el derecho civil romano

Es aquí donde podemos encontrar, en mi opinión, **otro mecanismo arcaico de resolución de conflictos** relativos a peregrinos, que parece haber sido muy común entre todos los pueblos de la antigüedad, pero que desde el punto de vista romano, tiene sustento en la buena fe.

En efecto, parece que en cumplimiento a los deberes de hospedaje, ya sea derivado de una figura de *hospitium* público o privado, o bien, de una relación de *amicitia*, el ciudadano Romano que fungiera como **anfitrión, podría haberse hecho cargo de los negocios de su huésped peregrino**, como si se tratara de un **patronato** o una clientela. El *patronus* o anfitrión protector (*Gastfreund*), se constituiría en *procurator*,⁶³ esto es, haría suyo el litigio, para litigarlo como ciudadano conforme a Derecho civil,⁶⁴ y posteriormente, tras recibir las **resultas del juicio, las transferiría** al peregrino que se encontrara bajo su protección.⁶⁵

no podría entenderse sin en el número y en la fuerza de los vínculos extra-jurídicos basados en la amistad, y para sostenerlo presenta un par de ejemplos, como el de la carta que Cicerón escribió a su mujer desde el exilio, diciéndole que podrá en lugar de vender sus bienes para superar la desgracia, se confiara en sus amigos, porque si éstos actuaban conforme a sus deberes, no le faltaría dinero. Asimismo cita la famosa frase del propio Cicerón, en *Laelius*, 6,22: “*non aqua, non igni, ut aiunt, locis pluribus utimur quam amicitia*” [nada es de más ayuda que la amistad, ni el agua, ni el fuego]. PAULO identifica este deber como el origen del mandato, y señala que de ahí deriva su esencia de gratuidad. D.17,1,4.

63 GAIUS, I.4.84.

64 FERDINAND WALTER, *Geschichte des Römischen Rechts. Bis auf Justinian*, Eduard Weber, Bonn, 1840, 54 s., 234 s. Según Ulpiano, “Procurador es el que administra asuntos ajenos por mandato del titular. (...) El valerse de un procurador es muy necesario para aquellos que no quieren o no pueden atender por sí mismos sus asuntos puedan demandar o ser demandados por otros.” D.3,3,1 pr., 2.

65 MAX KASER, *Derecho Romano Privado*, 2ª Ed., Reus, Madrid, 1982 [DRP], página 369.

2.4.4.- Representación procesal. Si esta hipótesis se admite, puede encontrarse aquí **otro paso importante** en la evolución hacia la superación del principio de personalidad. Los ciudadanos romanos, en uso de su propia capacidad, pueden **hacer suyos los litigios de los peregrinos, litigarlos** conforme al derecho civil, **y luego transferir las resultas** del juicio a los peregrinos, todo ello en obediencia a un deber de fidelidad derivado de una **relación recíproca** entre romanos y peregrinos, custodiada por la diosa *Fides*, quien otorga a dichas relaciones validez y fuerza obligatoria, y de la que surgen deberes de contenido específico, normalmente de cooperación y ayuda mutua.

Sin embargo, esta medida tiene como principal desventaja, que **no en todos los casos un peregrino encontrará un *patronus* romano** que litigue por él en cumplimiento a un deber de fidelidad.

3.- Creación del procedimiento formulario:

Debido a la falta de información de fuentes confiables, existe una discusión casi infranqueable acerca del **origen del procedimiento formulario**;⁶⁶ pero en mi opinión, su existencia debe encontrarse antes de la *Lex Aebutia* (ca. 130 a.C.), que parece versar precisamente sobre su aplicación.

Esta ley también es un misterio, y ha provocado grandes debates en cuanto a la fecha de su emisión,⁶⁷ y en cuanto a su contenido. Las únicas

66 JÖRS, KUNKEL & WENGER, *RR*, pp. 524 ss.

67 MANUEL JESÚS GARCÍA GARRIDO compara dos procedimientos para determinar la fecha de la ley. Por una parte, se hace remisión a Ebucio, un tribuno de la plebe de la época de los Gracos, que probablemente fue el *rogator* de la ley; y por la otra parte, sigue el procedimiento de Girard, consistente en recoger todos los indicios históricos que demuestren que aún no existía la ley, de lo que resulta un período entre el 149 y el 123 a.C.; y de ambos concluye la probabilidad de que la *Lex Aebutia* sea aproximadamente del año

fuentes que la describen, las encontramos en las Institutas de Gayo, y en las narraciones de Aulio Gelio.

En esta última fuente, el noble erudito del s. II d.C. nos relata la conversación que tuvo con un jurista en el foro romano, a quien le preguntó sobre la antigua diferencia entre un asiduo y un proletario, a que se refiere la Ley de las XII Tablas;⁶⁸ y el jurista en un tono despectivo, respondió que “*la antigualla de las Doce Tablas vive aún, gracias a la Ley Aebucia, en las informaciones legales de las causas centunviales, donde, en último caso, duerme.*”⁶⁹

Por su parte, en la primera fuente, el jurista Gayo afirma que dicha ley, en conjunto con las *Leges Iuliae (iudiciorum privatorum)*, abolieron las acciones de la ley, que gradualmente se habían vuelto impopulares, por las excesivas solemnidades (*nimia subtilitae*) de los antiguos creadores del derecho, que eran llevadas a tal extremo, que quien cometía el menor error, perdía el caso. Señala asimismo, que en dichas leyes, se estableció la posibilidad de litigar (de que litiguemos) mediante palabras adaptadas (*concepta verba*), es decir por fórmulas.⁷⁰

Existe **cierto consenso** en el sentido de que, tomando en cuenta que en la época de Cicerón **coexistían el procedimiento formulario y el li-**

130 a.C. *Casuismo y Jurisprudencia Romana (Responsa)*, II. *Acciones y casos*, 3ª Ed., Ediciones Académicas, S.A., Madrid, 2006 [CJR], p. 64 n. 59.

68 Se hace referencia a la regla según la cual, el asiduo (esto es, el terrateniente), sólo podía tener por *vindex* (un fiador que garantiza la presencia del demandado en el juicio) a otro asiduo; mientras que de un proletario, puede ser *vindex* quien quisiera serlo. Tab. I, 4.: *assiduo vindex assiduus esto. proletario iam civi quis volet vindex esto.*

69 GELLIUS, *Noctes* (...), 16,10, p. 452.

70 GAIUS, I, IV, 30. *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. namque ex nimia subtilitate ueterum qui tunc iura condiderunt eo res perducta est, último uel qui mínimum errasset litem perderet. itaque per legem Aebutia, et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est ut per concepta uerba, id est per formulas, litigarem.*

tigio por las acciones de la ley, puede presumirse que la Ley *Aebutia* permitió a los ciudadanos romanos,⁷¹ elegir el primero de manera alternativa a las segundas, al menos para ciertos supuestos,⁷² y que fueron las leyes *Juliae Iudiciorum* las que abolieron definitivamente las acciones de la ley.⁷³

Esto explicaría que la *lex Aebutia*, que convierte algunos de esos juicios por fórmulas en *iudicia legitima* –pues la alternativa de acudir al procedimiento formulario se sostiene en una ley, y no en el *imperium* del magistrado–, haya sido tan bien recibida, al grado que a partir de su entrada en vigor, comenzaron a proliferar los juicios tramitados mediante el procedimiento formulario.

De las fuentes podemos obtener como conclusión, que en los litigios que eran sometidos a la jurisdicción del pretor urbano, existía una

71 Considero que Gayo usa el verbo *litigaremus* para referirse a los ciudadanos romanos. Esto, aun considerando las diferentes versiones del texto latino: *Litigaremus* según Kübler, corregido en el Código Veronés del anterior *litigatores*; *litigemus* según Krüger; pues ambas versiones indican el uso de la primera persona plural, de donde puede inferirse que Gayo se refiere a su propio *status civitatis*, es decir a los ciudadanos romanos. Vid. ZULUETA, *TIG*, Tomo I, p. 244.

72 GARCÍA GARRIDO, *CJR*, p. 64 n. 60. Este autor sostiene que la *Lex Aebutia* únicamente permitía a los ciudadanos romanos litigar por fórmulas, aquellos asuntos que anteriormente se litigaban mediante la acción de la ley *per conductionem*; es decir, las pretensiones *in personam* que versaran sobre cierta cantidad de dinero (*certa pecunia*) o sobre una cosa determinada (*certa res*). Entre otras razones para sostenerlo, señala que en el siglo II a.C., las obligaciones más frecuentes eran las derivadas de contratos de mutuo por cierta cantidad de dinero, y que por tanto, al abundar los litigios sobre dichas obligaciones, es natural que se simplificara el procedimiento para estas reclamaciones.

73 Esto, salvo en los casos en que se demande por el delito de *damnum infectum* y en los casos que resuelvan los centunviros, según relata el propio Gayo en I, 4, 31. Vid. ZULUETA, *TIG*, Tomo II, p. 215.

necesidad, hasta una **avidez, por dejar atrás el decrepito sistema** de las acciones de la ley, y usar el procedimiento formulario. Guarino⁷⁴ señala que inclusive, el **pretor urbano ya había comenzado a desarrollar varios aspectos del derecho honorario**, como los medios complementarios de su jurisdicción,⁷⁵ bajo la idea de que ésta no se deriva únicamente del *ius civile vetus*, sino de su *imperium*;⁷⁶ y que también ya había tenido la **idea de tramitar juicios sustentados en su propio *imperium*** (*iudicia imperium continentia*), además de los *iudicia legitima* tramitados con fundamento en la ley; pero que para ello afrontaba dos obstáculos: primero, las partes debían estar de acuerdo entre sí y con el pretor, de tramitar un juicio mediante un procedimiento semejante al que había introducido el pretor peregrino, y con base en reglas del *ius civile novum* –distintas y derogatorias del *ius civile vetus*–; y segundo, que el *iudex* debía emitir su sentencia antes de que el pretor en turno terminara su cargo anual. Esto evoca la siguiente pregunta: ¿por qué ante el pretor urbano existían obstáculos para emplear un procedimiento sustentado en el *imperium* del pretor, y no para el pretor peregrino?

La respuesta más verosímil⁷⁷ es que fue el **pretor peregrino quien creó el procedimiento formulario, precisamente para cumplir con el**

74 GUARINO, *Storia* (...), § 22,139, pp. 309 ss.

75 Se trata de órdenes que da el pretor, principalmente para que los juicios se desarrollen en mejores condiciones de eficiencia y orden, como los *interdicta*, las *in integrum restitutiones*, las *missiones in possessionem*.

76 De la diferencia entre estas dos fuentes del derecho, nace la distinción entre derecho civil y derecho honorario: las reglas de conducta derivadas de las antiguas *mores*, esto es, del derecho consuetudinario de las familias y gentes que fundaron la ciudad, plasmadas posteriormente en la Ley de las XII Tablas, son *ius civile (vetus)*; mientras que las reglas de conducta generadas por disposición de uno de los magistrados de la república, que en su conjunto heredaron el *imperium* del *rex* cuando se abandonó la monarquía, constituyen el *ius honorarium*.

77 JÖRS, KUNKEL & WENGER, *RR*, p. 525.

encargo para el cual fue creado, que era ejercer la *iurisdictio* entre peregrinos, y entre éstos y los ciudadanos romanos.

Esta hipótesis parece encontrar confirmación en las **características que distinguen** a los juicios legítimos de los juicios fundados en el *imperium*, que subsisten en la época de Gayo, pues las características distintivas son las que hacen estos últimos juicios **más accesibles a los peregrinos**: que una de las partes o el propio juez sea peregrino, que se pueda llevar más allá de la primera milla alrededor de la ciudad, y que en lugar de un *iudex unus*, pueda someterse la etapa *apud iudicem* a un colegio de *recuperatores*.⁷⁸

En efecto, el pretor peregrino frecuentemente ordenaba el nombramiento de un **colegio de recuperatores** en lugar de un *iudex unus*, principalmente por la dificultad del juicio, pero también, por la **desconfianza** que podría generar en las partes, pertenecientes a diversos países, el sometimiento de su causa a un juez que no fuera de su propia nacionalidad.

La hipótesis también explica que el pretor peregrino tuviera mayor libertad para implementar *iudicia imperium continentia*, pues los peregrinos no tenían acceso a los *iudicia legitima*, y esto explica también, que el procedimiento formulario desde su forma más básica, aunque estaba creado a semejanza de los modelos de las acciones de la ley, tenía una **primera gran diferencia: carecía de formalidades** religiosas y solemnes que condicionen su validez; y precisamente **por eso es accesible** no solo a los ciudadanos romanos, sino también a los peregrinos.⁷⁹

78 I. 4, 104, -105 y -109.

79 En este sentido KASER, *DRP*, página 356: “Este procedimiento no se limita en su aplicación personal a los ciudadanos romanos, sino que es también accesible a los peregrinos. Fue tal vez creado para los litigios habidos entre romanos y peregrinos o entre peregrinos, y tuvo su cumplido desarrollo en la práctica del *praetor peregrinus* creado en el año 242 a. de J.C. al lado del hasta la fecha único pretor.” El propio KASER, en *RRG*, § 31, I, 3, p. 136, señala

El resultado es un procedimiento en el que el pretor peregrino ofrece su jurisdicción, no para imponer un derecho aplicable, pues no existía tal; sino más bien para facilitar un medio para encontrar y aplicar un criterio resolutorio razonable y equitativo, siempre y cuando las partes se sometieran a su autoridad. Se trata de un procedimiento con la misma estructura bipartita del proceso civil romano; pero con las siguientes diferencias:⁸⁰

- 3.1.- Es arbitral, en cuanto las **partes no están obligadas a someterse** a la jurisdicción del pretor peregrino, ni a acogerse a la “regla de juicio” que él propusiera. Sin embargo, en la mayoría de los casos las personas accedían a este servicio público, sobre todo los extranjeros, pues la alternativa normalmente implicaba la imposibilidad de resolver el conflicto, haciendo valer razones propias. Además, dicho sometimiento se da al final de la etapa *in iure*, al momento de firmar la *formula*,⁸¹ que es el documento en el que se contiene la esencia de la Litis y las instrucciones de cómo el juez debe resolverla; lo cual **permite a las partes conocer** la forma en que podrá resolverse el juicio, y con base en ello **decidir si se someten al mismo**.

que el procedimiento formulario se origina en la jurisdicción para los peregrinos, o al menos fue impulsada por dicha jurisdicción de manera esencial.

80 Esta interpretación es de GUARINO, *Storia* (...), § 139, p. 302.

81 Este momento es equivalente a la *litiscontestatio*, que en el sistema de las acciones de la ley era un acto final en el que el actor recita al demandado (o a petición del actor, el pretor dicta al demandado) el *iudicium*, esto es, el criterio –elaborado durante la etapa *in iure* tras una extensa discusión y sucesivas argumentaciones– con base en el cual debía dictarse una resolución, en un sentido o en otro; y el demandado aceptaba el *iudicium* frente a testigos. Este acto, que se denomina “*dictare et accipere iudicium*”, posteriormente será por escrito, en un documento llamado *formula*, que precisamente da su nombre al procedimiento formulario.

3.2.- ES ARGUMENTATIVO. El **pretor no decreta** una solución inderogable, sino que **colabora con las partes en la investigación y el diseño del criterio resolutorio** contenido en la formula. Esto lo convierte en el único procedimiento romano de aquella época, en que **se litiga por los argumentos**, y no por la vigencia personal del derecho de la nación a que pertenezca alguna de las partes, como se ha señalado (principio de personalidad), o del cumplimiento de solemnidades sagradas. Para lograrlo, el Pretor Peregrino dispone un **parámetro argumentativo en tres gradas**:

- a) **Primero**, se **reconstruye la regulación** concreta a la cual las partes alegan que hubieran querido atenerse. Esto da origen a un **método asociativo**,⁸² que caracterizará a la posterior jurisprudencia clásica: se invoca un ordenamiento jurídico, un precedente, una opinión de algún jurista emitida en otro juicio, etc.
- b) **A continuación**, se realiza una **inducción**, para determinar si acaso y en qué medida, esta regulación invocada por las partes podría ser **compatible con la *bona fides***; y
- c) **Por último**, se lleva a cabo una **deducción**, para diseñar la “**regla de juicio**” más adaptada para la resolución del caso concreto sometido a jurisdicción.

3.3 Es PRIVADO. El juicio no se decide por el magistrado en la etapa *in iure*, sino que **se encomienda** en la etapa *apud iudicem*, a un ***iudex* o *arbiter*** –generalmente un panel de ***recuperatores***–, que no son funcionarios públicos, y que emiten la *sententia*, adoptando una de las opciones que el pretor haya plasmado como *iudicium* en la *formula*.

82 KASER, *RRG*, p. 172.

4.- Configuración del nuevo *ius gentium*:

Observemos a continuación cómo se pone en práctica el procedimiento diseñado por el pretor peregrino.

Para dar inicio a un *iudicium legitimum*, debía llevarse a cabo cierto acto solemne, al cual en el lenguaje arcaico, se le llamaba *actus* o *actio*, y que si se practicaba correctamente, tenía como efecto lograr la ejecución de una sentencia (*manus iniectio*) o de algún otro derecho indubitable (*pignoris capio*), o bien, para lograr la decisión de un punto controvertido (*sacramentum*, *postulatio iudicis* o *condictio*), y como dichas solemnidades estaban establecidas en alguna ley –al menos a partir de la emisión de la Ley de las XII Tablas-, se les llamó **acciones de la ley**, *legis actiones*. En este sentido, una *actio* es “aquel[...] acto[...] con [el] que se constituye y se introduce un juicio ante el magistrado, que después deberá, según los casos, decidir o remitir al juez”.⁸³

Este significado de la palabra *actio*, es al que se refiere siglos después Justiniano como *el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se nos debe*,⁸⁴ esto es, como una herramienta procesal que sirve para dar inicio a un juicio, y que en nuestro lenguaje actual podríamos definir como un **derecho adjetivo** cuyo ejercicio, permite a su titular el **acceso al servicio público de administración de justicia**.

83 Ver la definición y la explicación del significado de la palabra, en VITTORIO SCIALOJA, *Procedimiento Civil Romano, Ejercicio y Defensa de los Derechos*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, p. 96. Es especialmente interesante la definición elaborada por este autor, que tras advertir que la palabra tenía muchos significados, señala que “(...) *la palabra a c t i o* (...) *puede significar (...) en el antiguo sistema de las l e g i s a c t i o n e s*, sobre todo aquella parte del procedimiento que se desarrollaba ante el magistrado antes de acudir a presencia del juez; a c t i o entonces viene a contraponerse a i u d i c i u m, que es la segunda parte del desarrollo del proceso.”

84 JUSTINIANO, *Institutiones*, 4.1.

Desde esta perspectiva, considero que la libertad que de pronto alcanzó el pretor peregrino para implementar *iudicia imperium continentia*, gracias a su creciente *auctoritas*,⁸⁵ debió implicar a su vez una plena libertad sustentada únicamente en su *imperium*, para **admitir que los peregrinos, en lugar de ejecutar una *actio* llena de solemnidades inaccesibles para ellos, pudieran ejercer la *actio*, simplemente solicitando que les diera juicio, mediante la descripción de su pretensión jurídica; y aunque quizás al principio, el pretor también requirió ciertas formalidades en la expresión de esas palabras –las *concepta verba*, o “palabras adaptadas” a que se refiere Gayo-⁸⁶ este cambio es el primer paso hacia una de las principales características del procedimiento formulario, y que consiste en que **la razón por la que el pretor otorga o deniega una acción**, así como el contenido de la fórmula que se elabore en relación con la misma, **radica principalmente en el contenido de los argumentos** de las partes, en el análisis del fondo jurídico contenido en el caso práctico a resolver, y no en el cumplimiento de requisitos formales.**

Este podría ser el origen, a su vez, de **otra de las características** del sistema formulario, en el que no solamente existen cinco acciones para dar comienzo a cinco tipos de procedimiento, dentro de los cuales pudieran hacerse valer respectivamente todas las pretensiones que pudieran ser materia de un juicio, sino **que existe una *actio* para cada pretensión**, diseñada precisamente en función de su contenido.

Sabemos que en su versión más desarrollada, este aspecto del procedimiento formulario funciona a través de la inclusión de cada *actio* –y otras herramientas procesales- en el edicto del pretor. Así pues, si es creíble la teoría según la cual, dicho sistema procesal nació en manos

85 La autoridad es un conocimiento socialmente reconocido. En el caso del pretor peregrino, la capacidad de impartir jurisdicción de manera conveniente para quienes tienen un conflicto.

86 En opinión de JÖRS, KUNKEL & WENGER, *RR*, pp. 524, las *conceptae verba* del nuevo procedimiento formulario, al principio no necesariamente eran menos peligrosas o fastidiosas que las *carmina* del sistema de las *legis actiones*.

del pretor peregrino, no es difícil suponer que **quizás las primeras acciones se publicaron en el edicto del pretor peregrino**, porque al menos aquellas fórmulas relacionadas con acciones que condujeran a juicios entre peregrinos o entre éstos y ciudadanos romanos, se contenían exclusivamente en el edicto peregrino.⁸⁷

Entonces, **quizás la primera *actio*** que se estableció en el edicto del pretor peregrino, fue la *actio ex stipulatu*, para el nuevo procedimiento accesible a romanos y extranjeros por igual, para hacer valer obligaciones derivadas de la *stipulatio*.⁸⁸ Se habla incluso de una *stipulatio iuris gentium*, esto es, aquel antiguo contrato originalmente reservado a los ciudadanos en forma de *sponsio*, pero que al sustituir el verbo sacramental por otro equivalente no sacramental, se había hecho accesible a los peregrinos.⁸⁹

87 „Nahe liegt aber die Vermutung, dass allein im Album des Peregrinenprätors diejenigen Formelbildungen standen, die auf die Prozessführung von und mit Peregrinen berechnet waren. ...“ OTTO LENEL, *Das Edictum Perpetuum: Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 2ª Ed. mejorada, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1907, Cap. 1, Einleitung, p. 3.

88 GUARINO, *Storia* (...), § 140, p. 304. Ver también KUNKEL, *Historia* (...), § 5, I, pp. 75 ss; y ÁLVARO D'ORS, *DPR*, § 74, p. 118. Según este último autor, la prueba de la existencia de una fórmula derivada de una *stipulatio* entre extranjeros, antes de la *Lex Aebutia*, podría encontrarse en *Rudens*, la comedia de TITUS MACCIUS PLAUTUS (254 a.C. – 184- a.C.). He aquí el pasaje:

DÉMONES: ¿Por qué se comprometió a darte el dinero?

GRIPO: Él juró darme un talento de plata bien pesado si conseguía devolverle la posesión del baúl.

LÁBRAX: Designa a algún representante para ir al juez. [1380] A ver si tú has estipulado con mala fe o si yo tengo ya veinticinco años.

GRIPO: (Señalando a DÉMONES.) Trata con éste.

LÁBRAX: Tiene que ser otro.

DÉMONES: (A LÁBRAX.) ¡No voy a permitir que te lleves el baúl antes de comprobar que éste (Señalando a GRIPO.) es culpable! ¿Le prometiste el dinero?

LÁBRAX: Lo admito.

89 KASER, *RRG*, § 31, I, 2, c), p. 136, 137.

Este acto del pretor peregrino, quizás por primera vez, constituye un **paso gigantesco** en la evolución histórica hacia el surgimiento del derecho de gentes (*ius gentium*), pues el magistrado actúa dentro de su competencia formal, ejerciendo el *ius edicendi*⁹⁰ para establecer una disposición basada en su *imperium* (por lo tanto de *ius honorarium*, y no de *ius civile*), pero con las siguientes innovaciones:

- (I) **LEGITIMACIÓN AD PROCESSUM.** El pretor admite la **capacidad jurídica plena de los peregrinos** para acceder a la jurisdicción. El pretor peregrino quizás se atrevió a esto, por el probable antecedente histórico de que se admitiera a los extranjeros a participar en un juicio derivado de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, y es posible que los primeros juicios ante el pretor peregrino no hayan sido muy distintos de aquel precedente. Quizás la diferencia fuera que el peregrino podía actuar también como actor, y no solamente como demandado.
- (II) **LEGITIMACIÓN AD CAUSAM.** El pretor, ya de manera oficial, reconoce en su edicto la **capacidad jurídica del peregrino para celebrar válidamente el contrato** –lo cual seguramente era una práctica de mucho tiempo atrás-, pues de lo contrario no procedería el juicio. Además, la validez de dicho contrato no se sustenta ya en el pronunciamiento de una *carmen* (el verbo *spondere*) sino en el pronunciamiento de un verbo cualquiera, que significara la promesa o compromiso de obligarse, en lengua común (como *promittere*) o inclusive en una lengua extranjera; con lo cual queda plasmado expresamente en el edicto del pretor peregrino, que el sustento de los derechos y obligaciones derivados del contrato, de manera clara y abier-

90 El *ius edicendi* es la prerrogativa de todo magistrado de la república, para emitir un edicto, que es un documento que inicialmente sirve para rendir cuentas sobre el desempeño de su encargo, pero también para determinar las órdenes que imparta y que cobran vigencia durante dicho encargo.

ta, ya no es la voluntad de los dioses, sino la voluntad de los contratantes.

Quisiera precisar este último punto. La admisión de la *actio ex stipulatu* ejercida por un peregrino, no significa que el pretor peregrino haya logrado la laicización del derecho contractual de la noche a la mañana. El proceso de separación entre *fas* y *ius* es una evolución de varios siglos. Lo que sucede es que como se ha precisado,⁹¹ el acuerdo de voluntades en que se sustentan algunos contratos, el *consensus*, **está protegido por la diosa Fides**; y como esa diosa regula las relaciones de *amicitia* entre romanos y extranjeros, es con base en dicha protección, que los contratos adquieren validez. Es cierto que la estipulación es un contrato verbal, y como tal, su existencia se perfecciona con el pronunciamiento del verbo solemne, pero es importante observar que ese verbo **ya no es un *carmen***, un encantamiento que hace descender a los dioses para que produzcan el efecto jurídico, sino que se trata de una formalidad, para manifestar un acuerdo de voluntades. En otras palabras, en la ideología romana, la diosa *Fides* desciende no porque se le invoque con una palabra sagrada, sino porque su perenne intención es **cuidar el cumplimiento de la palabra dada**, ese valor de *fidelitas* que otorga a los romanos esa fama que les permitió relacionarse comercialmente con peregrinos, con una expansión exponencial.

Pero la *stipulatio* no fue la única forma contractual con los peregrinos, por lo que el siguiente paso, quizá fue la **creación e inclusión en edicto peregrino, de las *actiones empti, venditi***, esto es, las derivadas de la compraventa (*emptio venditio*); seguidas de las *actiones pro socio, locati, conducti, y mandati*, esto es, aquellas derivadas de la sociedad (*societas*), del arrendamiento (*locatio conductio*) y del mandato (*mandatum*),⁹² o al menos de una primera versión rudimentaria de las mismas; pues se trata de negocios contractuales **consensuales**, que no tienen su

91 Vid. § 2.4.

92 GUARINO, *Storia* (...), § 140, p. 304.

antecedente en una figura del *ius civile* romano, sino que fueron surgiendo espontáneamente en la práctica comercial entre romanos y peregrinos.

Ahora bien, la referencia más antigua que se tiene de estas acciones en las fuentes,⁹³ se remonta a la época de Quinto Mucio Scaevola –jurista republicano, cónsul en 95 a.C., y para entonces ya eran acciones civiles.⁹⁴ Sin embargo, esto se debe a que con fundamento en la *lex Aebutia*, el pretor urbano concedió estas acciones ya como *iudicia legitima* para pleitos entre romanos, pero se tiene noticia de que cada una de estas acciones tuvo su origen en el derecho de gentes.⁹⁵

Así, según Paulo, la compra y el arrendamiento son de derecho de gentes, y por eso pueden contraerse mediante el mero consentimiento;⁹⁶ y según Gayo, lo es también la sociedad –siempre que, igualmente, se contraiga por el mero consentimiento.⁹⁷

93 Cic. de off. 3,17,70. Por cierto, Q. Escévola, pontífice máximo, decía que suma fuerza había en aquellos arbitrios en los cuales era añadido "según la buena fe", y existimaba que el nombre de la buena fe manaba latísimamente, y que él se encontraba en las tutelas, las sociedades, los fideicomisos, los mandatos, las cosas compradas, las vendidas, las alquiladas, las colocadas, en las cuales se contenía la sociedad de la vida; que en ellas el estatuir la necesidad era de un magno juez, principalmente cuando en la mayor parte, existieran juicios contrarios, qué era oportuno que cada uno garantizara a cada uno, por lo cual las astucias deben ser quitadas, y la malicia, por cierto, parezca que ella es prudencia, pero está ausente y dista muchísimo de ésta.

94 ZULUETA, TIG, Tomo II, p. 147.

95 Vid. i.a. Hermog. 1 iur. Epit.: Por este derecho de gentes se introdujeron las guerras, se separaron los pueblos, se fundaron los reinos, se distinguieron las propiedades, se pusieron lindes a los campos, se elevaron edificios, se instituyeron el comercio, las compraventas, los arrendamientos, y las obligaciones, con excepción de algunas introducidas por el derecho civil. En D. 1, 1, 5.

96 D. 18, 1, 2., D. 19, 2, 1.

97 I. 3, 154.

Por lo demás, existen referencias a la celebración de estos contratos consensuales de buena fe, desde inicios de la república; pues como se ha señalado, los tratados primero y segundo que Roma celebró con Cartago hacían referencia expresa al contrato de compraventa entre romanos y cartaginenses.⁹⁸

Si esta interpretación es correcta, estamos ante la **primicia de las acciones *in factum conceptae***, esto es, inspiradas en los hechos del caso, y no en algún juicio que hubiera podido tramitarse bajo el antiguo sistema de las acciones de la ley; y además, de las **primeras acciones que dieron origen a *bona fide iudicia***, esto es, a juicios en los que el objeto de la eventual condena se basará en deberes derivados de la responsabilidad del deudor, a los que se hace referencia como *dare facere oportere ex fide bona*.

En mi opinión, esto es un gran paso evolutivo en el sistema procesal romano,⁹⁹ pues otorga al juez un **margen de acción mucho mayor** para adaptar distintos tipos de conocimiento y procesamiento de información al caso concreto: ya no tiene que limitarse a sentenciar conforme a lo que el magistrado define como la responsabilidad civil que puede atribuirse al demandado (el *oportere* del *ius civile*), sino que debe sentenciar, en caso de condena, a **todo aquello que según la buena fe, el demandado debe dar o hacer** (*quidquid dare facere oporteret ex fide bona*).

98 Ver § 2.4.

99 Cfr. JÖRS, KUNKEL & WENGER, *RR*, p. 525. En esta obra parece sostenerse que el cambio inicial en el momento de la creación del procedimiento formulario, se reduce en realidad a una estilización objetiva del programa procesal y su integración en el documento en el que se empodera al juez para resolver, lo cual sustituye la *litiscontestatio*, que consistía en la transmisión oral de dicho programa que realizaban los testigos que habían presenciado la etapa *in iure* ante el magistrado, ante el juez, en la segunda etapa del juicio, *apud iure*.

Si añadimos a esto, que en su mayoría estos juicios se someten al arbitraje de un panel de *recuperatores*, cobra mayor importancia facultad, que no tenía antes ningún juez, pues el resultado es la **aplicación de una fuente mutable del derecho**, que puede derivar de la valoración de lo acordado por las partes, de su comportamiento,¹⁰⁰ de los usos y costumbres de un lugar, de los criterios objetivos de honestidad y rectitud derivados de la practica mercantil,¹⁰¹ o los criterios de *fidelitas* que se derivan del principio de la buena fe, que dota de contenido a los contratos surgidos espontáneamente de la práctica comercial entre romanos y extranjeros,¹⁰² y que se va desarrollando a lo largo del tiempo.

Llegamos, a partir de todo lo anterior, a la cuestión sobre qué es el *ius gentium*. Hay que tomar en cuenta que en la paralela historia del mundo oriental, se había producido un **derecho panhelénico**, y más, una **idea estoica de un derecho natural** aplicable a todos los seres humanos y en todos los lugares. Este derecho se basa en la afinidad de todos los ordenamientos jurídicos griegos, y evolucionó en la práctica de manera sumamente elástica, caracterizándose por el uso de la escritura para los negocios jurídicos de importancia, y que había simplificado el tráfico jurídico precisamente con el comercio de ciudadanos de comunidades diversas.¹⁰³

Un par de siglos después de la aportación del pretor peregrino, Cicerón se hizo esa pregunta, y crea una categoría con todas las instituciones accesibles a los peregrinos, llamándola *ius gentium*, señalando que a diferencia del *ius civile*, es aplicable a todos los pueblos. Cicerón sostiene que el *ius gentium* se hace descansar en la *naturalis ratio*, y bajo esta perspectiva tiene un encuentro con el *ius naturale*.¹⁰⁴

100 GUARINO, *Storia* (...), § 139, p. 302.

101 Ver § 2.3.1.

102 Ver § 2.4.2.

103 KUNKEL, *Historia* (...), § 5, I, pp. 75 ss.

104 CIC. *de off.*, 3, 17, 69. Interpretación en KASER, *RRG*, § 31, I, 2, c), y II, p. 137, 138.

Esta explicación es entendible viniendo de Cicerón, que además de abogado era filósofo, y le interesaba mucho el estudio de la metodología empleada por sus amigos juristas. Además, es más fácil ver desde fuera, para quien no es jurista, el evidente surgimiento de un derecho supranacional, y llamar *ius gentium*, al conjunto de nuevas instituciones creadas gracias a la actividad del pretor peregrino. Sin embargo, coincido con Guarino, cuando señala que **para los juristas contemporáneos**, en cambio, no se trata sino de un nuevo sector particular del derecho civil romano; y que a pesar de que posteriormente, los juristas clásicos tratan estas instituciones dentro de un nuevo plano jurídico, siguen entendiendo que se encuadran **dentro del *ius civile Romanorum***, y muy pronto aplicables también a negocios análogos entre romanos, a los que el pretor urbano permitió elegir entre el sistema de las viejas acciones de la ley, o bien, al procedimiento más flexible inventado por el pretor peregrino.¹⁰⁵

Esto es, en mi opinión el *ius gentium* no es un derecho para extranjeros, ni un derecho concebido en la razón natural, o en algún otro concepto filosófico abstracto. Se trata de un conjunto de acciones creadas por el pretor –las primeras de ellas, según la hipótesis de este trabajo, por el pretor peregrino–, que por tanto son parte del sistema jurídico romano –que tratándose de las acciones de buena fe, admite un enriquecimiento con elementos de derecho extranjero para la valoración judicial–, pero que a través del procedimiento formulario, es accesible a extranjeros y romanos por igual.

5.- Canales abiertos por el legado del Pretor Peregrino:

Si lo hasta aquí expuesto es cierto, creo que el **legado que nos deja el pretor peregrino** es invaluable, pues combinando elementos culturales muy valiosos, madurados a través de los siglos en la experiencia jurídica

105 GUARINO, *Storia* (...), § 140, p. 303.

romana (2.1.1. los *foedera* integradores, 2.2.1. la apertura de las instituciones y del procedimiento civil, 2.3.1. el arbitraje de los *recuperatores*, y 2.4. el principio de la buena fe), logró establecer un **procedimiento innovador, accesible a romanos y extranjeros** (elemento internacional), que serviría por una parte como un **vaso comunicante entre la experiencia romana, y los ordenamientos o costumbres locales** de otras naciones, interpretadas y aplicadas mediante el principio de la **buena fe como eje guía** (elemento unificador del derecho), estableciendo la base para la posterior expansión del servicio de administración de justicia o *iurisdictio* **para que fuera accesible** en cualquier lugar del territorio romano (elemento regional).

Por otro lado, y en mi opinión de manera más importante, el sistema procesal que fue fruto de la labor del pretor peregrino, fue **tierra fértil para la labor jurisprudencial** del derecho clásico, porque dio la pauta para que los juicios pudieran resolverse con base en la argumentación.

Creo por lo tanto, que sin el legado del pretor peregrino, no podría hablarse de la jurisprudencia clásica, y por consiguiente, tampoco de la compilación justiniana, que fue el puente que comunicó la alta Edad Media con la baja Edad Media, y sin la cual, por ende, tampoco hubiera existido la escuela de los Glosadores y Postglosadores, el fenómeno de la recepción del Derecho Romano en toda Europa, el humanismo, la escuela del Derecho Natural, la Codificación europea y del resto del mundo románico, incluyendo a América Latina, y a la postre, la Unificación del Derecho Europeo.

Bibliografía:

- Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Las Acciones en el Derecho Privado Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.
- Cerami, Pietro –Di Porto, Andrea –Petrucchi, Aldo, *Diritto Commerciale Romano, Profilo Storico*. 2ª Ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2004.
- de Zulueta, Francis, *The Institutes of Gaius*, 1ª Ed., at the Clarendon Press, Oxford, 1946.

- D'Ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 9ª Ed., Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1997.
- García Garrido, Manuel Jesús, *Casuismo y Jurisprudencia Romana (Responsa)*, II. *Acciones y casos*, 3ª. Edición, Ediciones Académicas, S.A., Madrid, 2006.
- Grosso, Giuseppe, *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, 5ª Ed., Giapichelli Editore, Torino, 1965.
- Guarino, Antonio, *Storia del Diritto Romano*, 12ª Edición, Editore Jovene, Napoli, 1998.
- Jörs, Paul, Kunkel, Wolfgang, y Wenger, Leopold, *Römisches Recht*, 2ª Ed., Springer-Verlag, Gießen, 1987.
- Kaser, Max, *Derecho Romano Privado*, 2ª Ed., Reus, Madrid, 1982.
- Kaser, Max, *Römische Rechtsgeschichte*, 2ª Ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1993.
- Kunkel, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, Traducción de la 4ª Ed., Ediciones Ariel, Barcelona, 1966.
- Lenel, Otto, *Das Edictum Perpetuum: Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 2ª Ed. mejorada, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1907.
- Lenel, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2a. Ed. inalterada, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, Graz, 1960.
- Mommsen, Theodor, *Römische Geschichte*, 9a Ed., Deutsche Buch-Gemeinschaft G.M.B.H., Berlin, 1902.
- Petrucchi, Aldo, *Curso de Derecho Público Romano*, Porrúa, Ciudad de México, 2018.
- Schulz, Fritz, *Principien des römischen Rechts*, 2a. Ed. inalterada, Duncker & Humboldt, Berlin, 2003.
- Scialoja, Vittorio, *Procedimiento Civil Romano, Ejercicio y Defensa de los Derechos*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954.
- Walter, Ferdinand, *Geschichte des Römischen Rechts. Bis auf Justinian*, Eduard Weber, Bonn, 1840.

Segunda Parte: Historia del Derecho (Derecho común).

«Solamente la verdad sabida, y la buena fe guardada». La equidad mercantil entre derecho común y codificación.

Por: Andrea Landi

Departamento de Derecho – Universidad de Pisa.

“Pues el juicio será sin misericordia para quien no practicó la misericordia; la misericordia triunfa sobre el juicio” (Santiago, 2,13).

Resumen: *El ensayo considera la aequitas mercatoria, como razón principal de la especialidad del derecho mercantil, en la reflexión marcadamente supranacional que aportó la ciencia jurídica del derecho común romano-canónico. A pesar de la consolidación de los Estados modernos y la pérdida de hegemonía de la clase mercantil, la facultad de adaptar la norma en virtud de la equidad, reconocida desde la Baja Edad Media a todos los intérpretes y principalmente al juez, permanece a lo largo de la Edad Moderna y se abandona progresivamente con el Estado liberal decimonónico, como consecuencia de un “monismo legislativo” cada vez más evidente, cuyos resultados se dejan sentir también en la doctrina mexicana del siglo XIX.*

Palabras claves: *Equidad, buena fe, derecho común romano-canónico, derecho mercantil, jurisdicción.*

Riassunto: *Il saggio prende in considerazione l'aequitas mercatoria, quale principale ragione di specialità del diritto mercantile, nella riflessione, marcatamente sovranazionale, che fu fornita dalla scienza giuridica del diritto comune romano-canónico. Nonostante il consolidarsi degli Stati moderni e la perdita di egemonia del ceto dei mercanti, il potere di adattamento della norma in forza dell'equità, riconosciuto già dal basso Medioevo ad ogni interprete e principalmente al giudice, viene mantenuto per tutta l'Età moderna e progressivamente abbandonato con lo Stato liberale ottocentesco, in conseguenza di un sempre più conclamato “monismo legislativo”, i cui esiti si fanno sentire anche nella dottrina messicana del XIX secolo.*

Parole chiave: *Equità, buona fede, diritto comune romano-canónico, diritto mercantile, giurisdizione*

Abstract: *The essay considers the aequitas mercatoria, as the main reason for the speciality of merchant law, in the markedly supranational reflection provided by the legal science of Roman-canon Law. Despite the consolidation of modern States and the loss of hegemony of the mercantile class, the power to adapt the rule by virtue of equity, recognised since the late Middle Ages to every interpreter and mainly to the judge, persists in the modern age and is progressively abandoned with the nineteenth-century liberal State, as a consequence of an increasingly manifest “legislative monism”, the results of which are also felt in nineteenth-century Mexican doctrine.*

Keywords: *Equity, good faith, Roman- canon Law, Merchant Law, jurisdiction*

Sumario: 1.- Premisa. 2.- Una Mirada a la aequitas mercatoria en la doctrina italiana.- 3.- Juan de Hevia Bolaños y el trasplante de las elaboraciones europeas al Nuevo Mundo. 4.- El balance del ius mercatorum: el Diccionario universal razonado de la Jurisprudencia mercantil de Domenico Alberto Azuni. 5.- Más allá del Atlántico: breve incursión en el siglo XIX mexicano.

1.- Premisa:

Este ensayo pretende examinar algunos aspectos inherentes al tema de la equidad mercantil, que, como es bien sabido, fue una de las razones de la especial naturaleza del *ius mercatorum*: un derecho que surgió para responder a las necesidades de la clase hegemónica en la sociedad bajomedieval, y que estuvo vigente hasta las codificaciones del siglo XIX, con características similares en toda Europa y luego en el Nuevo Mundo, hasta el punto de que podemos hablar de su **universalidad**¹.

Ya el jurista de Ancona Benvenuto Stracca², a mediados del siglo XVI, señalaba en su *Tractatus de mercatura seu de mercatore*, cómo

- 1 Sobre estos eventos, entre muchos, cf. F. Galgano, *Lex mercatoria*⁵, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 21-29 y las consideraciones todavía útiles de T. Ascarelli, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 9-10, que nota un «carácter internacionalmente uniforme» en el derecho mercantil ya desde la Edad Media (p. 10).
- 2 Sobre el cual, ahora, la entrada de A. Legnani Annichini, en *Dizionario biografico degli Italiani*, 94, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2019, pp.

esta *aequitas mercatoria* había llevado a los juristas a enfocar el derecho mercantil de un modo profundamente distinto al del derecho civil (esencialmente romano) porque aquí tuvieron que dejar de lado los llamados *apices iuris*, es decir, las sutilezas ápice del derecho, que caracterizaban al derecho civil, para dar cabida a una mayor simplificación de las formalidades de la negociación en el ámbito sustantivo y a una mayor celeridad de los procesos en lo que respecta a las reglas procesales³.

Si esto era fácil de afirmar en principio e incluso era inequívocamente recibido por todos, la declinación de este principio en la práctica mercantil y en el ámbito judicial no era tan fácil, también porque una interpretación excesivamente libre de las normas, motivada por razones de equidad, podía fácilmente deslizarse hacia la arbitrariedad; y así, tanto los comentaristas como los intérpretes posteriores trataron de declinar este principio en la sociedad de su tiempo, teniendo siempre en cuenta las necesidades globales de la clase mercantil y valorando todos los elementos en juego en los casos individuales⁴.

286-288 y los ensayos recogidos en J.M. Blanch Nougues y otros, *Estudios en torno al tratado de los quebrados o fallidos* (De conturbatoribus sive decoc-toribus) de Benvenuto Stracca, Madrid, Dykinson, 2023.

- 3 Cf. F. Calasso, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*², Milano, Giuffrè, 1959, pp. 313-315 y U. Santarelli, *Mercanti e società tra mercan-ti*³, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 58-59; un acontecimiento reciente en F. Macino, *L'applicazione del principio di aequitas nella prassi giudiziaria dei mercanti* (XIV-XV sec.), en *Les documents du commerce entre Moyen Âge et époque moderne (XII^e-XVII^e siècle)*, cur. C. Mantegna y O. Poncet, Roma, Éco-le française, 2018, pp. 15-33, con amplia bibliografía.

- 4 La jurisdicción de la Mercanzia, en efecto, «es siempre equitativa y respon-de a las necesidades de la utilidad común de los mercaderes», por lo que no puede haber falta de equidad y moralidad, tanto a nivel de las partes como colectivamente; así V. Piergiovanni, *La giustizia mercantile*, ahora en Id., *Norme, scienza e pratica giuridica tra Genova e l'Occidente Medievale e Moderno*, II, Genova, Società ligure di storia patria, 2012, p. 1180.

En estas páginas, se tratará de dar cuenta de cómo se percibió ultramar esta razón de ser de la especialidad del *ius mercatorum*, tras la incorporación del Nuevo Mundo a los dominios de la Corona de Castilla, hasta el nacimiento del Estado liberal en el siglo XIX, que condujo a su definitivo apartamiento. Antes, sin embargo, será necesario considerar, aunque sea brevemente, las elaboraciones de la *scientia iuris* en el umbral de la Edad Moderna.

2.- Una mirada a la *aequitas mercatoria* en la doctrina italiana:

Como es bien sabido, el *ius mercatorum* estaba recogido en los estatutos de las instituciones mercantiles y en las costumbres: este derecho, como todos los demás derechos de las instituciones particulares (*iura propria*), había sido interpretado desde la Baja Edad Media por los juristas, mediante las herramientas conceptuales y las categorías proporcionadas por el derecho común romano-canónico (*ius commune*), principalmente fuera de las aulas universitarias, en una dimensión eminentemente práctica, cuyos ecos, sin embargo, además de las opiniones emitidas por los profesores en su calidad de abogados (los *consilia*), también se escuchaban a veces en las obras creadas en la escuela (los comentarios)⁵.

Así, cuando Benvenuto Stracca publicó en 1553 su tratado sobre la *mercatura*, al que ya nos hemos referido, primera obra de ordenación de todas las cuestiones mercantiles, disponía de un patrimonio interpretativo sobre la materia acumulada a lo largo de más de tres siglos y aún vigente.

5 Como prueba de este supuesto en la materia, véase el censo de autores citados en el tratado de Benvenuto Stracca sobre el importante tema de la quiebra, que van desde los primeros glosadores hasta los juristas de la edad moderna; cf. B. Stracca, *Tractatus de conturbatoribus sive decoctoribus*, Edición con versión latina, traducción al español y notas, ed. J.M. Blanch Nougues, A. Landi, C. Palomo Pinel, A. Petrucci, Madrid, Dykinson, 2022, pp. 341-344.

En cuanto a la *aequitas mercatoria*, pudo recurrir a especulaciones que se remontaban incluso a Bartolo da Sassoferrato y a su discípulo Baldo degli Ubaldi, para dar cuenta de las características particulares del *ius mercatorum* y de las reflexiones que sobre todo podían percibirse en una jurisdicción mercantil consolidada; de modo que la afirmación con la que se abre la parte de su tratado dedicada al procedimiento a seguir en los casos de los mercaderes - «en la curia de los mercaderes se debe principalmente observar la equidad y resolver los casos según lo bueno y lo justo, sin considerar sutilezas legales»⁶ -, aunque a estas alturas se encuentre y se sostenga «in sexcentis locis» (y por lo tanto se considere traslaticia) tiene su apoyo acreditado en el propio Bartolo da Sassoferrato, tanto para la identificación de lo que se entiende por sutilezas del derecho como para la presentación de las características de la curia de los mercaderes. El maestro de las Marcas había escrito:

«Nótese que se llaman 'vértices del derecho' los que conciernen más a cierta sutileza, que a la verdad del hecho. Nótese que en la curia de los mercaderes debe juzgarse según lo bueno y lo justo, omitiendo las solemnidades de la ley: qué se quiere decir [con esta expresión]; no digo que deba entenderse 'no tuvo respeto a la ley civil', pues eso iría contra l. bona fides [D.16.3.31]... sino que debe entenderse 'no observó las solemnidades de la ley', es decir, no tuvo en cuenta los vértices de la ley, que no tocan la verdad del negocio, como si se hubiera interpuesto la acción directa, cuando la acción útil era debida, o no se hubiera impugnado el litigio, y cosas por el estilo; lo cual debéis notar mucho».

(«Nota, quod apices iuris dicuntur, qui subtilitatem quandam respiciunt magis, quam facti veritatem. Nota quod in curia mercatorum debet iudicari de bono et aequo, omissis iuris solemnitatibus: quod [en verdad: quid] est dictum, hoc non dico, quod debeat intelligi non habito respectu ad iura civilia: quia esset contra l. bona fides [D.16.3.31] ... sed debet intelligi non inspec-

- 6 B. Stracca, *De mercatura, seu mercatore tractatus*, Venetiis, s.d.e., 1553, Ultima pars, *Quomodo procedendum sit in causis mercatorum*, fo. 244v, n. 1. He aquí el famoso *incipit*: «In curia mercatorum aequitatem praecipue spectandam, et ex bono, et aequo causas dirimendas esse, et de apicibus iuris disputare minime congruere, nemo est profecto, qui nesciat».

tis solemnitatibus iuris, hoc est non inspectis apicibus iuris, qui veritatem negotii non tangunt, ut si esset intentata actio directa, cum competeat utilis, vel non erat contestata lis, et similia, quod nota multum»⁷.

La lección de Bártulo, que también había sido recogida y desarrollada por Baldo⁸, se había convertido pronto en un lugar común entre los juristas⁹, de modo que en el proceso mercantil no había necesidad de detenerse en todos aquellos formalismos -ante todo, la distinción entre contrato y pacto desnudo: el primero asistido por una *actio*, de la que carecía el segundo¹⁰- que no pertenecían a la *veritas negotii*; formalismos

7 Bartolo da Sassoferrato, *In l. Si fideiussor § Quaedam ff. Mandati vel contra* (D.17.1.29.4), en Id., *Commentaria in Secundam Digesti Veteris Partem*, Venetiis [L.A. Giunti] 1596, fo. 104vb.

8 Baldo degli Ubaldi, *In l. Si pro ea C. Mandati* (C.4.35.10), en Id., *In quantum et quintum Cod. Lib. Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, 1599, fo. 99rb, n. 22: «En la curia de los mercaderes se dice que las negociaciones deben decidirse según la buena equidad, omitiendo las solemnidades de la ley: ¿qué significa esto? Respondo que 'según la buena equidad' no debe entenderse como 'no teniendo en cuenta el derecho civil', porque eso iría contra las leyes, como la l. *bona fides*, sino que debe entenderse como no teniendo en cuenta aquellos derechos que ponen ciertas solemnidades, o sutilezas, que no pertenecen a la verdad de la transacción y que se llaman 'vértices del derecho', según Bartolo» («In curia mercatorum dicitur quod negocia debent decidi de bona aequitate, omissis solemnitatibus iuris, quid hoc dictum? Respondeo dico, quod non debet intelligi de aequitate bona, hoc est non habito respectu ad iura civilia, quia hoc esset contra leges, ut l. *bona fides* ff. depositi [D.16.3.31], sed debet intelligi, hoc est non inspectis illis iuribus, quae ponunt quasdam solemnitates, seu subtilitates, quae veritate negotii non tangunt, et istae vocantur apices iuris, secundum Bartolum in d. § *quedam*») sobre el punto específico, cf. N. Horn, *Aequitas in den Lehren des Baldus*, Köln-Graz, Böhlau Verlag, 1968, pp. 90-91.

9 Cf. C. Donahue jr., *Equity in the Courts of merchants*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 72 (2004) pp. 1-33.

10 Sobre esta distinción, indicaciones rápidas, con referencias bibliográficas, en A. Landi, *Contrato. Una entrada para un diccionario de la modernidad*, en

que, en cambio, debían observarse precisamente en el proceso romano-canónico¹¹. Y todo ello para responder a las exigencias concretas de las negociaciones y rapidez de juicio que eran propias de la clase mercantil y respondían, en cierto modo, a un interés público¹².

Además, el mismo Stracca era consciente de los abusos a los que podían dar lugar los comerciantes con una mal entendida necesidad de equidad, sobre todo teniendo en cuenta que los jueces de los tribunales mercantiles a menudo no eran juristas, sino los propios comerciantes:

«Revista de investigaciones jurídicas», Escuela Libre de Derecho, 47 (2023) pp. 309-312.

- 11 Señaló con razón J. Hilaire, *Réflexions sur l'héritage romain dans le droit du commerce au Moyen Âge*, en «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 72 (2002) p. 225, que, en las curias mercantiles, «l'orientation générale était délibérément d'éluider l'application des règles de la procédure romaine ou romaine-canonique considérées comme trop contraignantes et cause de trop de lenteur, donc nuisibles au mouvement des affaires».

- 12 Ansaldo Ansaldi (1651-1717) escribió, en la segunda mitad del siglo XVII, que hay que evitar que «los mercaderes, en los laberintos judiciales, distraídos y tomados por la amargura, abandonen el comercio, y cese así la fe pública que es su fundamento» («Mercatores in iudicialibus labyrinthis, et amaritudinibus distracti, et involuti deserant commercium, et cesset publica fides illius nutritiva») así A. Ansaldi, *De commercio et mercatura discursus legales*, Romae, Ex Typographia Dominici Antonii Herculis, 1689, disc. gen., p. 627, n. 7. El cardenal De Luca justificará la decisión de omitir los *apices iuris* en los litigios entre comerciantes con la intención de favorecer la libertad de comercio, de gran interés público («ob commercii libertatem, quae favori publico nimium congruit») cf. G.B. De Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae*, VIII, *De credito et debito*, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1716, disc. 78, p. 142, n. 7. Sobre el tema consideraciones útiles en Santarelli, *Mercanti e società tra mercanti*, cit., pp. 60-61; sobre la *fides*, como «cánon de legalidad» de todo el sistema mercantil, se dijo algo en A. Landi, *Proiezioni ultramar del ius mercatorum europeo. La definizione di fallito nel Labyrintho de commercio di Juan de Hevia Bolaños*, en *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, cur. A. Petrucci, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 110-111.

aunque estos principios operativos eran recibidos por todos, había, en su opinión, muchos que no conocían el significado exacto de estas expresiones, y entre ellos había muchos comerciantes¹³. Sin embargo, esta necesidad de una jurisdicción ágil y concreta, que trascendiera, como se ha dicho, los intereses de la categoría, ciertamente no podía ignorarse.

Todavía a principios del siglo XVII, el cardenal Domenico Toschi, en una de sus *Practicae conclusiones iuris*, por un lado podía comenzar afirmando que el tribunal de los mercaderes se llama «curia aequitatis, et veritatis», en la que el juez debe atenerse precisamente a la equidad, ya que «inter mercatores servatur aequitas, non autem rigor iuris»¹⁴; por otra parte, sin embargo, no dejó de añadir que en su época se había perdido la antigua simplicidad de los juicios mercantiles, siendo un hecho bien conocido que los mercaderes «subtilizant nimis in foro contentioso, prout alii quicumque»¹⁵.

La necesidad de formas procesales ágiles y eficaces para la justicia mercantil -respecto de la cual también se ha señalado un «uso ideológico» para marcar las diferencias de dicha justicia respecto de otras

13 «En efecto, por mucho que esta palabra [equidad] esté en boca de todos, tal vez haya muchos que no conozcan en absoluto su verdadero significado, y principalmente los comerciantes, que dicen conocerlo» («Verum licet hoc verbum [aequitas] in ore omnium sit, sunt forsan multi, qui vim, ac potestatem relatorum verborum minime norunt, et praesertim mercatores, qui id se scire profitentur»); cf. Stracca, *De mercatura, seu mercatore tractatus*, cit., fo. 245r. Sobre este sentimiento, presente entre los juristas, de crítica de una equidad tratada por legos, cf. A. Padoa Schioppa, *Giurisdizione e statuti delle arti nella dottrina del diritto comune*, ahora en Id., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, Led, 1992, p. 57.

14 D. Toschi, *Practicae conclusiones iuris*, V, Romae, Ex Typographia Stephani Paulini, 1606, litt. M, concl. 207, pp. 691-692, n. 1.

15 Toschi, *Ibidem*, p. 692, n. 7. En este sentido también Ansaldi, *De commercio et mercatura*, cit., p. 626, n. 2.

jurisdicciones¹⁶ - había llevado a la ciencia jurídica a identificar el proceso sumario, que se había desarrollado en el derecho canónico a raíz de las decretales clementinas *Dispendiosam* (Clem. 2.1.2) y *Saepe contingit* (Clem. 5.11.2)¹⁷ el modelo al que referirse para organizar el proceso mercantil, partiendo de la obvia consideración de que tanto el sistema canónico como el de los mercaderes se fundaban en la equidad, aunque ciertamente la *aequitas canonica* no coincidía con la *mercatoria*¹⁸.

16 Así F. Migliorino, *Diritto mercantile*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero: Diritto*, en *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, VIII appendice, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2012, p. 130, para lo cual las instituciones mercantiles bajomedievales, al tener que lidiar con otras instituciones de la ciudad y con los incipientes señoríos, hicieron un «uso ideológico» de la diversidad procesal que practicaban; de modo que, en última instancia, «el derecho de los mercaderes encontró su razón de ser en un sistema de excepciones que imponía una problemática confrontación con el sistema de enjuiciamiento romano-canónico y con las instituciones del derecho privado común».

17 Para un resumen de las cuestiones relacionadas con estos decretos, cf. J. Belda Iniesta, *Reflexiones doctrinales en torno a las Clementinas Dispendiosam y Saepe contingit: El proceso sumario a la luz del utriusque iuris*, en «Glossae. European Journal of Legal History», 13 (2006), pp. 31-70.

18 Como se ha señalado por V. Piergiovanni, *La giustizia mercantile*, cit., p. 1179 «las razones para buscar la equidad del lado de la Iglesia o del lado de los comerciantes son ciertamente diferentes, pero ambos utilizan los mismos instrumentos técnicos para lograr resultados equivalentes pero valorados de forma diferente». Sobre la *aequitas canonica* y sus múltiples configuraciones, en una bibliografía interminable, nos basta con referirnos a P.G. Carron, «*Aequitas*» romana, «*miserecordia*» patristica ed «*epicheia*» aristotelica nella dottrina dell'«*aequitas*» canonica (dalle origini al Rinascimento), Milano, Giuffrè, 1971, *passim*; ideas concisas para la reflexión también en J. Facco, *Apunte sobre la aequitas en la tradición canónica medieval*, en «Revista jurídica Digital UANDES», 2/1 (2018), pp. 18-32.

Esto implicaba entonces, como a veces se decía utilizando una expresión de origen romano, tratar estos casos «levato velo»¹⁹, es decir, breve y sumariamente, renunciando a todas aquellas formalidades introducidas por el derecho civil y que no pertenecían al derecho natural inmutable²⁰.

Sin embargo, a pesar de la imitación del modelo canónico, no faltaron rasgos específicos de la jurisdicción mercantil que se justificaban precisamente por estar relacionados con la clase particular de litigantes y la naturaleza de las disputas; en este sentido, baste recordar el valor probatorio reconocido *inter mercatores* a los registros contables²¹ y la adopción de un lenguaje atécnico frecuentemente utilizado en estos juicios, en los que las partes no contaban (o no podían contar) con la

19 La expresión, que se encuentra en C.11.6 (5).5, significa básicamente «a puerta abierta», es decir, con la máxima publicidad, y también sugiere que el proceso no está en manos de las partes, sino que se deja a la prudente apreciación del juez, que se menciona en el texto de la constitución imperial (el llamado *officium iudicis*).

20 El jurista del siglo XVII Johan Marquard, basándose en las citadas *Clementinae* y en la práctica de su época, encontraba los *naturalia iudicii* en la citación, la breve narración del hecho, la petición, la prueba semiplena, la *cognitio causae* y la sentencia; las demás formalidades, como el ofrecimiento del libellus, la composición en artículos de la comparecencia, la *litis contestatio*, las prórrogas de plazo y los términos, podían omitirse, por innecesarias (cf. J. Marquard, *Tractatus politico-juridicus de iure mercatorum et commerciorum singulari*, Francofurti, Ex Officina Thomae Matthiae Götzii, 1662, L. 3, cap. 7, p. 423, nn. 8-10).

21 Ecos de lo cual pueden oírse en el actual artículo 2709 del Código Civil italiano, para el cual «los libros y registros de las sociedades sujetas a inscripción registral constituyen plena prueba contra el empresario». A este respecto cf. M. Fortunati, *Scrittura e prova. I libri di commercio nel diritto medievale e moderno*, Roma, Fondazione Mochi Onory per la Storia del diritto italiano, 1996.

ayuda de abogados y en los que los jueces, como hemos dicho, eran mercaderes²².

3.- Juan de Hevia Bolaños y el trasplante de las elaboraciones europeas al Nuevo Mundo:

El descubrimiento del Nuevo Mundo y la posterior incorporación de los territorios descubiertos al Reino de Castilla determinó la extensión casi automática a los mismos de la normativa mercantil y las elaboraciones doctrinales afines propias de dicho reino.

Aquí, un título entero de la *Nueva Recopilación* de 1567 se dedicó a la jurisdicción mercantil de las ciudades de Burgos y Bilbao, que ya se habían distinguido durante la Baja Edad Media por su fuerte vocación comercial. Ya desde el principio se dispuso que los jueces mercaderes (el Prior y los Cónsules) debían seguir un procedimiento muy simplificado para dictar sentencia; un procedimiento que se hacía eco de las disposiciones sobre procedimiento sumario antes referidas y consolidadas en la tradición estatutaria italiana²³: en efecto, los asuntos debían sustan-

22 Es esclarecedor a este respecto un *consilium* de Alessandro Tartagni de Imola (siglo XV) sobre cómo entender las escrituras entre mercaderes. En el caso que examinó, relativo a la división de bienes entre hermanos, se calificó como deudor al poseedor de un bien de su propiedad, por lo que el consultante, aun constatando la ignorancia de los redactores de la escritura, reconoce que las palabras empleadas deben entenderse según el significado que comúnmente les atribuyen las personas no versadas en terminología jurídica: «las palabras pronunciadas por la gente común deben entenderse del modo en que generalmente las entienden esas mismas personas» («verba prolata a vulgaribus debent intelligi secundum quod accipiuntur communiter a vulgaribus»); cfr. Alessandro Tartagni, *Cons. 102 Viso themate*, en Id., *Consilia sive Responsa*, VI, Venetiis, Apud Haeredes Alexandri Paganini, 1610, fo. 54vb, nn. 11-12.

23 Cf. los estudios aún válidos de A. Lattes, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano 1884, p. 268 y L. Goldschmidt,

ciarse «breve, i sumariamente segun estilo de Mercaderes» y debía llegarse a una decisión «guardando la Justicia à las partes, i conociendo, i determinando la causa por estilo de entre Mercaderes, sin libelos, ni escritos de Abogados, salvo “*solamente la verdad sabida, i la buena fee guardada*”, como se deve hacer entre Mercaderes, sin dár lugar à luegas de malicias, ni à plazos, ni à dilaciones de Abogados»²⁴.

Así, cuando Juan de Hevia Bolaños publicó en Lima, en 1617, su *Labyrintho de comercio terrestre y naval*, pudo dedicar un capítulo de su obra al Consulado -es decir, a la jurisdicción mercantil-, proponiendo una visión de este proceso forjada en la legislación castellana e inspirada en la doctrina europea (especialmente italiana) de los siglos anteriores²⁵, partiendo del hecho de que ese modelo de jurisdicción se había introducido *de plano* en los territorios ultramarinos con la fundación de los Consulados de Ciudad de México y Lima, en 1592-3 y 1613 respectivamente²⁶.

Storia universale del diritto commerciale, trad. it. a cura di V. Pouchain y A. Scialoja, Torino 1913, p. 140.

24 *N. Recop.* 3.13.1 (en la ed. Madrid, En la imprenta de Pedro Marin, 1775, I, p. 502, §§. 1-2).

25 Para conocer la importancia de este autor y de su obra, permítanos remitirnos a A. Landi, *¿Delito o desgracia? Juan de Hevia Bolaños y la calificación de la quiebra*, en «Revista de Derecho Privado», Universidad Externado de Colombia, 40 (2021), pp. 14-17 y a la bibliografía allí citada.

26 Para los cuales véase el Título 46 del Libro 9 de la *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias*; sobre el modo de proceder, en particular, las Leyes 28-29 y 30 (en la ed. Madrid, Por la viuda de Joaquin Ibarra, 1791, III, pp. 549-550). Sobre estos consulados, cf. G. del Valle Pavón, *La aplicación de la justicia en el consulado de mercaderes de la Ciudad de México*, en *Historia del Derecho. X Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, coord. O. Cruz Barney-J.L. Soberanes Fernández, II, México, Unam, 2016, pp. 49-66 y J.A. Pejovés Macedo, *El Tribunal del Consulado de Lima. Antecedentes del arbitraje comercial y marítimo en el Perú*, Lima, Fondo editorial de la Universidad, 2019, pp. 53-65. La derivación de estos consulados de los modelos españoles ya había sido

En cuanto a la exteriorización de la *aequitas mercatoria* en el juicio, Hevia nos presenta una especie de paráfrasis de la citada ley de la *Nueva Recopilación*, afirmando que en las causas que hayan de tramitarse ante el Consulado, ya sean de primera o de segunda instancia, no debe admitirse el patrocinio de abogados «y se ha de proceder, y determinar breve, y sumariamente, sin dilaciones, salvo solamente la verdad sabida, y la buena fé guardada»; y recordando, no obstante, las aclaraciones de algunos doctores sobre el hecho de que, en todo caso, la decisión del caso debía tomarse «segun Derecho»²⁷.

Esta aclaración no era baladí, pues pretendía evitar el arbitrio derivado de un uso indiscriminado de la *aequitas*; para esta recomendación Hevia se apoya, por tanto, en dos *auctoritates* notables en el panorama jurídico castellano: el jurista extremeño Alfonso de Azevedo (1518-1598) y el milanés Giulio Cesare Rugginelli († 1628).

El primero, comentando la ley en cuestión, había observado que la exclusión de los *apices iuris* en los procedimientos mercantiles no podía significar la abolición de todas las formalidades procesales: de hecho, en su opinión, sólo la forma del *libellus* y las sutilezas de los abogados debían ser expurgadas «in lege nostra»; de modo que pudo concluir que, aunque en estos casos se procede de acuerdo con la verdad, hay que juzgar, no obstante, de acuerdo con la ley («quamvis procedatur, secundum veritatem, judicandum tamen est secundum jura civilia»)²⁸.

destacada por J. de Veitia Linage, *Norte de la contratacion de las Indias occidentales*, En Sevilla, Por Juan Francisco de Bias, 1672, L. 1, cap. 17, pp. 102-112.

27 J. de Hevia Bolaños, *Labyrintho de comercio terrestre y naval*, En Lima, Por Francisco del Canto, 1617, L. 2, p. 566, n. 36.

28 A. De Azevedo, *Commentarii juris civilis in Hispaniae regias constitutiones*, I, Lugduni, Apud fratres Deville, 1737 (in *N. Recop.* 3.13.1), p. 301, n. 13.

Por otra parte, Rugginelli había reiterado que la cláusula «sola facti veritate attenta» no eximía a los jueces de dictar sentencia conforme a derecho, aunque fuera lícito omitir alguna formalidad procesal²⁹.

Además -señala Hevia-, si el juicio se tramita por el procedimiento ordinario, ello no afecta a la validez del juicio en sí, porque en este rito hay mayores garantías que en el sumario³⁰.

De ahí que la expresión «breve, y sumariamente», recordando sin duda a la clementina *Saepe*, signifique que el asunto debe tramitarse «con brevedad, sin dilación ni observancia de las solemnidades que por derecho positivo se requieren en la causa ordinaria»³¹.

En cuanto a la comprensión del sintagma «verdad sabida», Hevia señala que esta verdad debe resultar del proceso y debe estar «patrocinada, y roborada por las leyes y derecho»³²; en otras palabras, la simpli-

29 Cf. G.C. Rugginelli, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, Venetiis, Apud Baretium Baretium bibliopolam, 1610, cap. 1, somnario, fo. 2v, n. 168: «Iudex ille tenebitur secundum iura sententiam ferre, et ius suum unicuique tribuere; licet in aliquibus ordo iuris, et solemnitas sit sublata». En esta misma línea se manifestaba otro autor, recordado por Hevia y por los mismos Acevedo y Rugginelli, el piamontés Ottaviano Cacherano d'Osasco, quien, en relación con la citada cláusula, había observado cómo el Senado de Piamonte había admitido la excepción de ejecución previa, propuesta por el fideiussor, aunque se tratara de una excepción aparentemente técnica (O. Cacherano, *Decisiones Sacri Senatus Pedemontani*, Venetiis, Apud Ioan. Antonium Bertanum, 1598, dec. 2, pp. 17-20).

30 Hevia Bolaños, *Labyrintho*, cit., p. 566, n. 36, in fine; tal como señaló Rugginelli, *Practicarum quaestionum*, cit., cap. 27, fo. 76ra, n. 1.

31 Hevia Bolaños, *Labyrintho*, cit., p. 566, n. 37. De ello se podría deducir la oralidad del procedimiento, frente a las escrituras exigidas en el romano-cánónico, como ha señalado J. Montero Aroca, *La herencia procesal española*, México, Unam, 1994, p. 70.

32 Hevia Bolaños, *Labyrintho*, cit., p. 566, n. 37. De ahí podría deducirse, como aún señala Montero Aroca, *La herencia*, cit., p. 70, que la expresión la verdad sabida sólo «permitía acabar con el proceso, sin admitir más pruebas, cuan-

ficación y la referencia a la verdad no pueden llegar a eliminar los elementos esenciales del proceso. A este respecto, Hevia, además de hacer una referencia amanerada a Baldo³³, adjunta un *consilium* de Alessandro Tartagni, en el que el comentarista había afirmado que la cláusula «simplemente, de plano, sin estrepito, y figura de juicio, solamente sabida la verdad de la cosa y según la verdad del hecho» («simpliciter, de plano, sine strepitu, et figura iudicii, sola inspecta rei veritate, et secundum veritatem facti»), si implicaba la eliminación de las «solemnitates rigorosae iuris pontificii», no podía llegar a eliminar «las pruebas y todo lo relacionado con las defensas» («probationes et ea quae concernunt defensiones»)³⁴.

Pero es en relación con la explicación del significado de la locución «buena fee guardada» donde más se dejan sentir las elaboraciones doctrinales sobre la *aequitas mercatoria* y sus contigüidades con la que opera en el derecho canónico; en efecto, Hevia afirma que

«la buena fee guardada, se entiende, que se ha de guardar equidad de la justicia, templandola con el dulzor de la misericordia, porque la buena fee es equidad, y la equidad es temperamento del rigor, y assi, ella no es en todo contraria a el sino su modificativa con templança del rigor y subtilezas del derecho, el qual rigor y subtilezas del derecho no se ha de guardar en el Consulado, sino esta buena fee, o equidad temperativa del»³⁵.

do los jueces llegaban a la convicción de que conocían suficientemente los hechos».

33 Baldo degli Ubaldi, *In l. Nemo C. De sententiis* (C.7.45.13), en Id., *In VII, VIII, IX, X et XI Codicis libros commentaria*, Venetiis 1577, fo. 52va, que se limita a dar el sentido exacto de la ley en cuestión, señalando que no hay que juzgar según ejemplos, sino basándose en leyes.

34 Alessandro Tartagni, *Cons. 8o Viso processu*, en Id., *Consilia sive Responsa*, IV, Venetiis, Apud Haeredes Alexandri Paganini, 1610, fo. 72rb, n. 15 (en realidad, Hevia se refiere incorrectamente al Libro III de los *Consilia*).

35 Hevia Bolaños, *Labyrinthe*, cit., pp. 566-567.

En esta definición Hevia resume la elaboración de siglos en torno a la *aequitas*, tanto en la vertiente canónica - la referencia al Ostiense aparece a simple vista, sin necesidad de cita explícita («*Aequitas est iustitia dulcore misericordiae temperata*»³⁶) como en el específico del *ius mercatorum*, ya que, además de Rugginelli, se refiere al mucho más famoso Roberto Maranta que, con su *Speculum aureum*, había tenido un éxito extraordinario entre los juristas de toda Europa³⁷.

Maranta, en los pasajes indicados por Hevia, había recogido los hilos del discurso sobre la *aequitas* y el *rigor iuris*, que iba desde Bartolo hasta los autores de su tiempo, precisamente pasando ágilmente del derecho canónico al derecho de los mercaderes y proporcionando, en conclusión, una definición de la equidad con fuerte ascendencia canónica: para él no era otra cosa que la justicia ordenada, atemperada por la dulzura de la misericordia, de modo que, si se entienden correctamente todas las disposiciones expresadas, se evite juzgar creando un trato desigual³⁸. A sus ojos, por tanto, los *apices iuris* contrastaban con la buena fe³⁹.

36 Enrico da Susa, *Summa aurea*, Venetiis, Apud Franciscum de Franciscis, 1586, lib. 5, tit. *De dispensationibus*, n. 1, c. 1874.

37 Acerca de este jurista (1476-1535), cf. M.N. Miletto, v. *Maranta, Roberto*, en *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, dir. I. Biocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletto, II, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 1269-1271, que no dejó de destacar «la intuición en la derivación canónica de la justicia mercantil sumaria» que había este gran práctico.

38 R. Maranta, *Praxis, sive de ordine iudiciorum tractatus ... qui vulgo Speculum aureum et Lumen advocatorum nuncupatur*, Coloniae Agrippinae, Apud Ioannem Gymnicum sub Monocerote, 1598, pars 4, dist. 9, p. 146, n. 151, in fine: «*aequitas nihil aliud est, nisi ordinata iustitia, temperata dulcedine misericordiae, et si recte inspiciantur omnes dictae expositiones, idem sunt nec ad imparia iudicandae*».

39 *Ibidem*, p. 147. A este respecto, son significativas las referencias a D.14.2.1 y D.14.2.4.2: dos pasajes en los que los juristas romanos, basándose en razones de equidad, respecto a las mercancías arrojadas por la borda para salvar la nave, habían exigido que todos los propietarios de las mercancías transpor-

En los mismos términos, Rugginelli había señalado reiteradamente que las sutilezas ápices de la ley no pertenecen a la buena fe y son consideradas elementos ajenos a ella («apices iuris dicuntur, qui bonam fidem non tangunt, et omnia quae extrinsecus agitantur»); precisamente por ello, a partir de la enseñanza de Bartolo, no deben ser discutidas siempre que se proceda sobre la base de la buena fe, como sucede en la justicia mercantil («in curia mercatorum, et coram iudice, qui procedere potest sola veritate attenta non attenduntur apices iuris»)⁴⁰.

Más apoyo para la definición formulada de la equidad Hevia encuentra en pasajes de la compilación justiniana y en otros del *Corpus iuris canonici*; de modo que, si por un lado se recuerda que el juez debe tener siempre ante los ojos la equidad (con referencia explícita a D.13.4.4.1)⁴¹

tadas contribuyeran *pro rata* a indemnizar al propietario de las mercancías arrojadas en el mar, en caso de que la navegación tuviera buen éxito. Cabe señalar que Maranta recuerda a su vez a un jurista no insensible al *mos gallicus*, el paduano Marco Mantova Benavides, quien al tratar de los *apices iuris*, tras señalar que discutir sutilezas jurídicas «non est secundum bonam fidem», había afirmado, entre otras cosas, que su utilización por un árbitro le expondría a responsabilidad por haber errado en la identificación o aplicación del principio de derecho: «se dice que el árbitro hizo suya la controversia juzgando mal, incluso en éstas, es decir, [al referirse] a sutilezas jurídicas» («arbiter, litem suam facere dicatur male iudicando, etiam in his, id est in apicibus iuris»); cfr. M. Mantova Benavides, *Observationes legales*, Lugduni, Excudebat Godefridus et Marcellus Beringi fratres, 1546, observ. 66, p. 139). Al respecto, cf. A. Petrucci-A. Landi, “Iudex qui litem suam facit”. *La responsabilità del giudice dal diritto romano al diritto comune*, in *Estudios sobre la Responsabilidad jurídica del Juez, el Servidor Público y los Profesionistas*, México, Escuela Libre de Derecho, 2013, pp. 85-116.

40 Rugginelli, *Practicarum quaestionum*, cit., cap. 39, fo. 112vb, n. 47.

41 Es la *l. Quod si Ephesi* § *In Summa* ff. *De eo quod certo loco dari oportet*, donde se afirma que «en suma, el juez que fué nombrado para esta acción, debe tener también ante sus ojos la equidad» [trad. I.L. García Del Corral] («In summa aequitatem ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni additus est»).

por otro se derivan también de los textos canónicos instrucciones para el uso de la equidad, en la continua dialéctica de ésta con el *rigor iuris*; entre ellos, destacan por su trascendencia dos capítulos del *Decretum Gratiani*: el primero, consistente en un decreto del pontífice Fabián, en el que el papa, tras recordar que en todo proceso penal debía haber cuatro sujetos (jueces elegidos, acusadores idóneos, defensores congruentes y testigos legítimos) había afirmado sin ambages que los jueces estaban obligados a usar la equidad⁴²; el segundo, en cambio, estaba representado por un escrito de Ambrosio, en el que el santo obispo milanés advertía que al buen cristiano no le bastaba *querer* el bien al prójimo, sino que también era necesario *hacer* el bien mediante obras de caridad⁴³; las cuales, aunque debían graduarse según las diversas circunstancias, debían estar todas motivadas por la misericordia, ya que ésta es común y general a todos y nadie debe quedar excluido de ella⁴⁴.

Cabe señalar que la decretal del papa Fabián había dado oportunidad al glosador⁴⁵ tanto para vincular esta regla general de equidad con otro lugar canónico, en el que la función judicial se representaba como un estadiillo, con las dos pesas de la justicia y la misericordia colocadas en los platos⁴⁶ -lo que significaba que el buen juez debía mantener unidas la justicia y la misericordia, utilizando la primera para dictar la sentencia por los pecados cometidos y utilizando la segunda para atemperar el castigo-; como para alinearla con la famosa *l. Placuit* del Código de Justiniano⁴⁷, soporte de derecho civil de las elaboraciones sobre la

42 *Decretum*, Pars II, Causa 4, qu. 4, cap. 1 *Nullus*.

43 *Decretum*, Pars I, dist. 86, cap. 14 *Non satis*.

44 Como se indica textualmente en el *casus* de referencia: «misericordia communis et generalis est omnibus, et ab ea nullus excluditur».

45 Cfr. gl. *Aequitate* in cap. *Nullus*, cit.

46 *Decretum*, Pars I, dist. 45, c. 10. Para esta lectura, véase también el *casus* relativo al capítulo ahora citado.

47 He aquí el texto de la *l. Placuit* C. *De iudiciis* (C.3.1.8): «Pareció bien, que en todas las cosas fuese más atendible la razón de justicia y de equidad, que

equidad, utilizado a lo largo de la era del derecho común, para afirmar la prevalencia de ella sobre el *rigor iuris*⁴⁸.

Finalmente, Hevia, habiendo reafirmado la prevalencia de la equidad sobre el derecho estricto, incluso a la hora de elegir qué opiniones seguir en juicio, de acuerdo con la enseñanza de los mejores comentaristas, puede concluir por tanto que: «*en el consulado se ha de juzgar en esta equidad, omisso el rigor del derecho, solemnidades y subtilezas del que a la verdad del negocio no tocan, porque tocando a ella se han de guardar las leyes y derecho*»⁴⁹ donde la obvia referencia a la doctrina bartolina (antes mencionada) encuentra ulterior sellado en la indicación de la opinión adherente de Gregorio López⁵⁰.

la de estricto derecho» [trad. I.L. García Del Corral] («Placuit in omnibus rebus praecipuum esse iustitiae aequitatisque [scriptae] quam stricti iuris rationem»; el adjetivo entre corchetes no aparece en la edición crítica de P. Krüger).

48 Como ejemplo, véase la resonancia de estos debates, todavía a mediados del siglo XVII, en un autor de importancia tan secundaria como L. Mancini († 1654), *Disquisitiones geniales et anniversariae iuris disputationes*, Patavii, Typis Pauli Frambotti bibliopolae, 1640, centuria I, cap. 5, pp. 12-13. Recientemente se ha abordado la lectura de *l. Placuit*, trazando una historia de la *aequitas*, como modelo en cierto modo «metajurídico y ético», también A. Padoa Schioppa, *Equità nel diritto medievale e moderno: spunti della dottrina*, en *Quante equità?*, cur. D. Mantovani y S. Veca, Milano, Istituto lombardo-Accademia di Scienze e lettere, 2017, pp. 61-103; en partic., pp. 66-70, 99.

49 Hevia Bolaños, *Labyrinth*, cit., p. 568, n. 37, in fine.

50 Cf. Gregorio López, gl. in Part. 5.7 *De los mercadores* (ed. Salamanca, Por Andrea de Portonariis, 1555, fo. 36rb). El llamado *Accursio español*, tras afirmar la regla de que en la curia de los mercaderes se debe juzgar «de bono et aequo ommissis iuris solemnitatibus», había tomado al pie de la letra las tesis de Bartolo, en los términos expuestos en el texto; y había añadido además otra *auctoritas* de apoyo, representada por el perugino Angelo degli Ubaldi, quien, al tiempo que reiteraba la necesidad de que en tal tribunal se siguiera la equidad, había advertido que en la búsqueda de la verdad y la equidad, nada es más congruente con la buena fe que la observancia de pactos justos

El *Labyrintho* de Hevia -que a partir de 1644 se publicó junto con la *Curia Filípica*⁵¹ - se erige así en prueba de la estabilización doctrinal en cuanto a los principios a observar en los litigios mercantiles, tanto en España como ultramar; si echamos un vistazo a la continuación de su obra, escrita por el jurista español José Manuel Domínguez Vincente y aparecida en Madrid en 1736, precisamente con la intención de corregirla y actualizarla en lo necesario, encontraremos amplia confirmación de ello.

De hecho, las adiciones a la *Ilustración* siguen los pasos de la tradición recogida por Hevia, para dar mayor apoyo a sus supuestos, mediante la indicación de nuevas *auctoritates*, que iban en la misma línea interpretativa, especialmente en lo que se refiere al carácter sumario del proceso mercantil⁵².

Así, la referencia a Gabriel Álvarez de Velasco, con su tratado sobre los miserables, insinúa la yuxtaposición de los mercaderes con los huérfanos, las viudas y los pobres, que desde la época comunal⁵³, se había realizado precisamente con el fin de reconocer privilegios procesales

y honestos («nihil plus congrui humanae fidei, quam pacta iusta et honesta servari»; così Angelo degli Ubaldi, *Cons. 219 Punctus*, in Id., *Consilia*, Francofurti, Typis Andreae Wecheli, 1575, fo. 148ra, n. 1). Además, Hevia no deja de citar explícitamente a Bartolo y Baldo en los lugares que también hemos considerado en el § 2 anterior; de Bartolo añade también su comentario a la *l. Quintus Mutius ff. Mandati vel contra* (D.17.1.48), texto en el que se reitera que en la curia de los mercaderes «de negotio potest decidi bona aequitate», por lo que era inadmisibles la excepción de non intervenuta *stipulatio* y, por tanto, la existencia de un pacto desnudo, sin acción (cfr. Bartolo da Sassoferrato, *In secundam Digesti Veteris partem*, cit., fo. 105vb, n. 1).

51 Véase Landi, *¿Delito o desgracia?*, cit., p. 15, nt. 3.

52 J.M. Domínguez Vincente, *Ilustración y continuación á la Curia Filípica*, II, Madrid, En la imprenta de Gerónimo Ortega, é hijos de Ibarra, 1790, pp. 439-441, nn. 35-36.

53 En esta yuxtaposición el papel del derecho canónico fue fundamental, cf. V. Piergiovanni, *Il mercante e il diritto canonico medievale*. "Mercatores in itinere"

hacia estas categorías de personas definidas como necesitadas⁵⁴; por otra parte, en cambio, la cita del toletéense Alonso Pérez de Lara, con su tratado sobre las capellanías, recuerda la similitud del juicio sumarísimo mercantil con el celebrado en el Consejo del Rey: aquí, la referencia a que los casos deben ser resueltos «simplemente, i de plano, i sin estrepito, i figura de juicio, solamente sabida la verdad»⁵⁵ debe entenderse, como subraya este autor, en el sentido de la mera remisión a las solemnidades procesales, con exclusión por tanto de las sutilezas jurídicas, y no de los elementos que son necesarios para llegar a la verdad⁵⁶. Y en la misma línea está también la referencia al fiscal y consejero del Consejo de Inquisición, Juan Escobar del Corro, con su tratado sobre la prueba de pureza y nobleza, donde una vez más se subraya la necesidad de que los jueces tengan en cuenta tanto la justicia como la equidad en tan delicado juicio⁵⁷.

re dicuntur miserabiles personae”, en Id., *Norme, scienza e pratica giuridica*, I, cit., pp. 617-634.

54 G. Álvarez de Velasco (1597-1658), *De privilegiis pauperum et miserabilium personarum*, Lugduni, Sumptibus Horatii Boissat, et Georgii Remeus, 1663, pars 2, qu. 14 *Utrum mercator miserabilis sit persona?*, p. 161, n. 17.

55 Como se expresa *N. Recop.* 2.4.22, que retoma la conocida locución de las clementinas *Dispensiosam y Saepe*.

56 A. Pérez de Lara (1565-1639) *De anniversariis et capellaniis*, Lugduni, Sumptibus Rochi Deville, et L. Chalmette, 1733, L. 1, cap. 10, p. 40, nn. 46-47. Que constata que «cognitio causae est substantiale iudicii inductum de jure divinum», de modo que las excepciones legítimas y la misma figura del juicio no pueden extraerse en aquellos elementos introducidos por la ley de la naturaleza o de los pueblos (nn. 49-51) y puede concluir afirmando que la verdad, que no se beneficia de estos vestigios proporcionados por las leyes, no tiene la verdad («veritas, quae vestimentis legalibus, non juvatur, non habetur pro veritate», p. 41, n. 58).

57 Cf. J. Escobar del Corro (1592-1646 ca.) *Tractatus bipartitus de puritate et nobilitate probanda*, Genevae, Excudebat Philippus Gamonetus, 1664, pars 2, qu. 9, § 1, p. 120, n. 37: «para que los jueces puedan llegar mejor a su decisión y orientar su juicio, deben procurar que las informaciones sobre las

De distinto significado y trascendencia son, sin embargo, a nuestro juicio, otras citas de Domínguez Vincente que, constituyendo también confirmaciones del pensamiento de Hevia, atestiguan la ya consolidada dimensión universal del Derecho mercantil mencionada al principio.

La primera de ellas es la mención, aparentemente anodina, de Francisco Muñoz de Escobar, uno de los muchos prácticos españoles del siglo XVII, conocido sólo por su tratado de contabilidad, destinado, sin embargo, a ser el más famoso de su época⁵⁸: en el pasaje indicado por Domínguez, que forma parte de la discusión sobre el valor probatorio de los registros contables, tras afirmar el principio habitual de que en los tribunales mercantiles se procede «de bono, et aequo», Muñoz de Escobar señala entre las autoridades de apoyo al humanista alemán Ulrico Zasius y a la Rota genovesa⁵⁹.

En nuestra opinión, aquí radica la notable relevancia de esta referencia; pues la indicación de Zasius por parte del práctico español permite a Domínguez ampliar el abanico de autoridades doctrinales, desbordando los límites del *mos italicus*, aunque la cita sea inexacta⁶⁰. Zasius, en consonancia con lo que también hemos visto considerado por los co-

ualidades se reúnan de tal modo que permitan conocer la verdad de todo el asunto y, tras ella, observar la justicia junto con la equidad; y decidir, por tanto, sin temor a su propia conciencia» («ut melius iudices assequi valeant, et iudicium suum dirigant, curare debent, ut informationes circa qualitates ita peragantur, ut totius rei veritatem ad lucem deducant, et eam sequentes, **iustitiam cum aequitate tueantur**, et secure suae consulant conscientiae»).

58 Cf. J. Reeder, v. Muñoz de Escobar, Francisco, en *Diccionario Biográfico electrónico de la Real Academia de la Historia*, on line a la dirección <https://dbe.rah.es/biografias/23891/francisco-munoz-de-escobar>.

59 F. Muñoz de Escobar, *De ratiociniis administratorum et aliis variis computationibus tractatus*, Lermae, Apud Ioannem Baptistam Varesium, 1619, cap. 11, p. 113, n. 22.

60 De hecho, no existe un *Consilium* 115, nº 35 en los dos volúmenes de opiniones que dejó el humanista alemán, como al contrario. indica Muñoz.

mentaristas (supra § III, nt. 22) había descartado que se requiriera una «exquisita investigatio circa vires literarum» en las curias mercantiles y había reafirmado a continuación el principio de que en ellas no debía discutirse el *de apicibus iuris*, basándose en la autoridad de los hermanos Baldo y Angelo degli Ubaldi⁶¹.

En esta perspectiva de fortalecimiento de las *auctoritates* debe leerse también la referencia de Muñoz de Escobar a las ya imprescindibles *decisiones* de la Rota genovesa: un gran tribunal, establecido en 1528, que había puesto en práctica tempranamente «la mezcla de elementos de la cultura jurídica romana con la tradición consuetudinaria y jurisprudencial local» y que, por ello, se había convertido en un juez supremo «célebre sobre todo por su jurisprudencia mercantil»⁶²; en particular, cita una decisión sobre la admisibilidad y los efectos de la prueba testifical, en la que dicho Colegio había reiterado que «las sutilezas jurídicas y las sutilezas de ese tipo no deben tenerse en cuenta en el foro de comerciantes en el que se dirimen los litigios entre comerciantes» («apices iuris, et subtilitates huiusmodi non sunt in consideratione habendae ubi in foro mercatorio inter mercatores agitur»)⁶³.

Pero, junto a la cita de Muñoz de Escobar, cuyas implicaciones acabamos de intentar indicar, hay sobre todo otras dos alegaciones del abo-

61 U. Zasio, *Cons. 15 Quamvis*, in Id., *Responsa iuris sive consilia*, I, Francofurti 1576, p. 140, n. 53.

62 Como ha sido señalado por V. Piergiovanni, *Statuti, diritto comune e processo mercantile*, ahora en Id., *Norme, scienza e pratica giuridica*, II, cit., p. 1115.

63 *Decisiones Rotae Genuae de mercatura et pertinentibus ad eam*, Venetiis 1582, dec. 195, fo. 259ra, n. 12, de manera que «etiam Rota procedit summarie simpliciter, de plano, bona fide, habendo intuitum ad Deum, et veritatem ut in regulis, quo etiam casu huiusmodi subtilitates et iuris apices non curantur». Hay que señalar, además, que en la página de Muñoz, como en la de la Rota, hay una referencia a Baldo que, como consultor, se había expresado en términos similares; cf. Baldo degli Ubaldi, *Cons. 198 Ad intelligentiam*, in Id., *Consilia, sive Responsa*, I, Venetiis 1575, fo. 58vb, n. 5.

gado Domínguez que se sitúan impetuosamente en la *perspectiva universalista* antes mencionada: en primer lugar, la referencia al repertorio del cardenal Toschi, para subrayar, si aún era necesario, el encuadramiento del juicio mercantil en el contexto del procedimiento sumario, proporcionando así una explicación sagaz de la cláusula «simplemente, i de plano, sin estrepito, i figura de juicio» («simpliciter et de plano, sine strepitu et figura iudicii») derivada de la práctica de los consultores⁶⁴; y luego la referencia al corregidor Jerónimo Castillo de Bobadilla, con su *Política para corregidores*, acertadamente definida como «una monografía de un valor y de una utilidad muy elevados»⁶⁵, como guía para los oficiales reales; lo que había propiciado su extraordinaria difusión en todos los territorios sujetos a la Corona de Castilla. En las partes citadas de esta obra, Bobadilla, al tratar de la sentencia de residencia, recordaba que en una sentencia de este tipo se procede, en principio, como en todas las demás sentencias ordinarias, con una diferencia fundamental, sin embargo: «la brevedad de todos los terminos del juyzio»⁶⁶; en este proceso, de hecho, «ay muchas especialidades» y entre ellas está la de

64 D. Toschi, *Practicae conclusiones iuris*, I, Romae, Ex Typographia Stephani Paulini, 1605, litt. C, concl. 366, pp. 879-880, enfocada sobre el *consilium n5 In iudicium* de Oldrado da Ponte, jurista activo de finales de los siglos XIII y XIV (verlo en Id., *Consilia, seu Responsa, et Quaestiones Aureae*, Venetiis, Apud Franciscum Zilettum, 1571, fo. 45vb). Domínguez no deja de mencionar el otro célebre repertorio de opiniones jurídicas, verdadera brújula para los prácticos del derecho común junto con las *Practicae conclusiones*: el de Giovanni Bertachini de la región italiana de Las Marcas; sobre estos repertorios, cf. A. Landi, “Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat”. *Spigolature tra dottrina e prassi sull’elaborazione di regole e principî nel tardo diritto comune*, en *Principios y reglas*, México, Escuela Libre de Derecho, 2010, pp. 460-470.

65 Por F. Tomás y Valiente, *Manual de historia del derecho español*⁴, Madrid, Tecnos, 2013, p. 315. Bobadilla supuestamente murió alrededor de 1605.

66 J. Castillo de Bobadilla, *Política para corregidores, y señores de vasallos en tiempo de paz, y de guerra*, II, Barcelona, Por Geronymo Margarit, 1616, L. 5, cap. 2, p. 656, n. 33.

proceder «sumariamente, y la verdad sabida», teniendo en cuenta, sin embargo, la extensión y el momento que el soberano haya establecido en la medida de nombramiento del magistrado⁶⁷. En este sentido, creemos poder afirmar que la *auctoritas* de Bobadilla, si bien proporciona un mayor apoyo por la inclusión del juicio mercantil en el grupo de los procedimientos sumarios, con el ejemplo del *juicio de residencia*⁶⁸ también contribuye a reforzar una injerencia estatal cada vez más marcada en el derecho mercantil.

Dejando a un lado el repaso a las otras muchas alegaciones de la *Ilustración*⁶⁹ y pasando a considerar las reflexiones finales de Domínguez sobre la *aequitas mercatoria*, podemos ver cómo reitera el *Leitmotiv* habitual que ya hemos visto resumido por Hevia; por un lado, en efecto, puede excluir el *rigor iuris* y las sutilezas derivadas del mismo en los casos de los mercaderes; por otro, puede precisar que «esto solo procede quando para saber la verdad no se necesitan», por qué, en caso contrario, «quando son de substancia del juicio, para probar la verdad, no se pueden omitir, y se han de observar las reglas del Derecho»⁷⁰.

Era precisamente lo que Bartolo había dicho cuatro siglos antes.

67 *Ibidem*, L. 5, cap. 10, p. 821, n. 37.

68 Sobre cuyos fines y procedimientos, cf. F. de Icaza Dufour-J.P. Salazar Andreu, *Control y responsabilidad de los oficiales reales en Indias*, en *Estudios sobre la Responsabilidad jurídica del Juez*, cit., pp. 77-83.

69 Muchas de ellas (por ejemplo: De Luca, Ansaldi, Marquard) las examinamos en las páginas precedentes; otras resultaron ser meros adornos en el discurso seguido por el autor, en consonancia con el estilo barroco de amontonar literalmente cita sobre cita.

70 Domínguez, *Ilustracion*, cit., pp. 440-441, n. 36, in fine.

4.- El balance del *ius mercatorum*: el *Diccionario universal razonado de la Jurisprudencia mercantil* de Domenico Alberto Azuni:

Las alegaciones contenidas en la obra de Hevia, y las de posteriores actualizaciones, nos permitieron comprobar cómo la especulación jurídica en torno a la *aequitas mercatoria* había sido uniforme así en Europa como en América Latina, en una dimensión marcadamente *supranacional*, a pesar de la consolidación de los Estados modernos.

En el viejo continente, el *Dizionario universale ragionato della Giurisprudenza mercantile* de Domenico Alberto Azuni, que se sitúa al final de la experiencia del derecho común, habiendo visto la luz en Niza en 1787, también se inscribe en esta perspectiva: en efecto, precisamente por ser «un gran repertorio actualizado de la legislación, las costumbres, la doctrina y la jurisprudencia de toda Europa»⁷¹, nos presenta, mediante una visión de conjunto de las estabilizaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema que nos interesa, una confirmación de estas características.

La entrada *Equidad* del *Diccionario* comienza con algunas consideraciones sobre la polisemia del término: entre las muchas acepciones, Azuni muestra preferencia por la que entiende la equidad como «justa atemperación de la ley, empleada para mitigar su rigor en consideración a alguna circunstancia del hecho que cae en discusión», siguiendo, en esta elección, una sugerencia procedente del sistemático piamontés Tommaso Maurizio Richeri⁷². Así, en su opinión:

71 Así F. Liotta, v. *Azuni*, Domenico Alberto, en *Dizionario biografico degli italiani*, IV, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1962, pp. 759-761.

72 D.A. Azuni, *Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile*, II, In Nizza, Presso la Società Tipografica, 1787, p. 65, § 1. Sobre Richeri (1733-1797), «el más importante jurista piamontés del siglo», autor de derecho patrio, con su monumental *Universa civilis et criminalis jurisprudentia*, cf. I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*,

«Esta equidad, que debe ser la regla de la justicia (principalmente en los tribunales de comercio), debe preferirse a la disposición de la propia ley, cuando la cuestión a juzgar no está expresamente decidida por la ley, o cuando el sentido y las palabras de la ley pueden, en razón de su ambigüedad, recibir alguna interpretación»⁷³.

El reconocimiento de la equidad como regla de justicia en los tribunales es justificado por Azuni con la elección de lugares romanísticos, algunos de los cuales ya eran considerados fundamentales por la *scientia iuris* de siglos anteriores: así ocurre con la cita de D.13.5.1, para el que la *aequitas* es el principio general que informa la jurisdicción pretorial; o también para D.50.17.90 (91), que prescribe la observancia de la equidad «in omnibus», es decir, en todas las profesiones y especialmente en el derecho, que es precisamente «ars boni et aequi»⁷⁴. Pero antes de éstos hay otro en el que el vínculo con la equidad no es tan explícito y, sin embargo, a nuestros ojos, parece particularmente significativo: se trata de D.11.7.43, dictado a propósito de los entierros. Aquí, Papiniano había sostenido que, aunque había personas que no podían hacer religioso un lugar enterrando un cadáver, porque no lo poseían en exclusiva, podían, sin embargo, ejercer el interdicto especial *de mortuo inferendo*, por razones de utilidad pública, para que los cadáveres no queden insepultos⁷⁵. Este aplazamiento de Azuni parece decir, *mutatis mutandis*, que la *aequitas mercatoria* se fundaba, una vez más, en razones de utilidad

Torino, Giappichelli, 2002, pp. 387-391, al que pertenece la evaluación reportada.

73 Azuni, *Dizionario universale ragionato*, cit., p. 65, § 2.

74 Como recuerda la gl. *In omnibus*, ad h. l., que se refiere a D.1.1.1, con la muy conocida definición de Celso, reportada por Ulpiano.

75 Sobre estos eventos, cf. A. Cassarino, *Diacronia 'giurisprudenziale': note a margine di una recente interpretazione della Corte di Cassazione in tema di sepolcro gentilizio ed ereditario*, en «Roma e America. Diritto romano comune, Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina», 42/2021, pp. 311-330, en partic., pp. 318-325. Acerca de *res religiosae* hemos hablado en A. Landi, «In Hispania hodie». *Alcuni aspetti*

pública, considerada precisamente la particular importancia de la clase mercantil en la sociedad.

Junto a estos lugares romanísticos, no faltan referencias a las estabilizaciones jurisprudenciales, que se encuentran en la Rota florentina, y en autores como el experto de derecho mercantil Giuseppe Lorenzo Maria Casaregi⁷⁶.

En particular, cabe mencionar, entre las diversas sentencias indicadas por Azuni, una decisión de la Rota florentina sobre el tema de la sociedad comanditaria, porque cuando el tribunal estaba valorando los actos realizados por algunos socios y la *restitutio in integrum* solicitada por otros que se sentían perjudicados por estos actos, había afirmado que los jueces eran «todos uniformes, y estaban de acuerdo en abarcar la equidad en esta contingencia, que debe estar siempre ante los ojos del Juez», según D.13.4.4 (5), y a continuación había remitido «al prudente arbitrio del Juez la determinación de aquellos casos, en los que la equidad puede dar impulso a la concesión de tal prestación»⁷⁷.

Casaregi, por su parte, con abundante cosecha de autores indicados, había reiterado la importancia de la equidad, recordando también ese mismo pasaje del Digesto, y también C.3.1.8, al que había añadido un lugar canónico, dictado en materia de legados, sobre la prevalencia, en caso de contraste, de la ley divina sobre la humana (X.3.26.5) y había

della qualificazione delle res fra diritto comune romano-canonico e diritti particolari, Universidad Externado de Colombia (en prensa).

76 Poco relevante es la mención genérica, evidentemente *ad pompam*, de Cicerón y la referencia a una *disceptatio* del clérigo romano Stefano Graziano, que se había limitado a afirmar la necesidad de observar la *aequitas* en la interpretación de un laudo arbitral (cfr. S. Graziano, *Disceptationes forenses iudiciorum*, IV, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1699, cap. 755, p. 505, n. 28).

77 *Selectarum Rotae florentinae decisionum thesaurus ex bibliotheca Ioannis Pauli Ombrosi*, I, Florentiae, Ex typographia Bonducciana, 1772, dec. 15, p. 252, nn. 210 e 212.

concluido, drásticamente, que la propia ley se ruboriza en el caso de que establezca algo contra la equidad; de modo que, en tal caso, es admisible introducir una excepción a la ley para suprimir la disposición injusta⁷⁸.

Además la exposición de Azuni no podía dejar de examinar el problema de la *aequitas mercatoria*, en relación con el derecho marítimo en general y el contrato de seguro en particular; sectores del *ius mercatorum* que habían asumido una importancia creciente en el curso de la edad moderna⁷⁹.

También aquí demuestra que conoce bien tanto las directrices de la jurisprudencia decisoria como las de la doctrina europea reciente, cuando reafirma que en el derecho marítimo y en los contratos relacionados con él hay que preferir la equidad natural y que «no hay que atenerse a las sutilezas del derecho común y de las leyes, pues es la verdadera justicia, la filosofía y la sabia aplicación de las leyes a los casos particulares»⁸⁰.

78 G.L.M. Casaregi, *Discursus legales de commercio*, I, Florentiae, Apud Jo. Caetanum Tartinum, et Sanctem Franchium, 1719, disc. 32, pp. 194-195, nn. 8-10: «Nec non ipsamet lex ita aequitatem veneratus, ut contra eam aliquid statuere erubescit ... et si aliquid statueret, licitum erit inducere fallentiam ipsi legi, ut scilicet contra casum aequitate fulcitum conticescat» (p. 195, n. 10).

79 Cf. G.S. Pene Vidari, *Il contratto di assicurazione nell'età moderna*, ahora en Id., *Scritti di storia del diritto delle assicurazioni*, cur. C. Bonzo, Savigliano, L'artistica editrice, 2021, pp. 3-14.

80 Azuni, *Dizionario universale ragionato*, cit., p. 66, § 3.

Así, junto a la siempre presente Rota florentina⁸¹, hacen su aparición autores como el jesuita francés Joseph de Gibalin⁸² y el magistrado holandés Cornelis van Bynkershoek⁸³, que se unen a Stracca y Casaregi, para proponer la *communis opinio* sobre la *aequitas mercatoria*, esta vez en el ámbito marítimo específico, destacando cómo la equidad era necesaria para entender unos contratos que se regían en gran medida por la costumbre mercantil⁸⁴.

81 Cf. *Selectarum Rotae florentinae decisionum Thesaurus ex bibliotheca Iohannis Pauli Ombrosi*, IV, Florentiae, Ex typographia bonducciana, 1773, dec. 41, pp. 480-481, nn. 33-34, que afirmaba que «las cuestiones relativas a la seguridad marítima deben decidirse sobre la base de la buena fe y la equidad natural, rechazando cualquier sutileza jurídica». Azuni también cita la *decisio* 102 de la Rota de Génova, que, sin embargo, trata un asunto totalmente distinto.

82 Teólogo (1592-1671), profundo conocedor del derecho canónico, que enseñó en el colegio de los jesuitas de Lyon; cf. B. Basdevant-Gaudemet, v. *Gibalin Joseph de*, en *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle*, dir. P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen, Paris, Puf, 2007, p. 365.

83 Información bio-bibliográfica sobre este autor (1673-1743) en A.J. Van der Aa, *Biographisch Woordenboek der Nederlanden*, 2/2, Haarlem, J.J. van Brederode, 1985 (ahora *on line* a la dirección www.dbnl.org), *sub voce*, pp. 1714-1716 y en J.W. Wessels, *History of the Roman-Dutch Law*, Grahamstown, African Book Company, 1908, pp. 340-341, que subrayó su reputación no sólo en los Países Bajos, sino en todo el continente europeo en materia de Derecho marítimo y mercantil.

84 A este respecto, es instructivo el razonamiento seguido por el teólogo Gibalin, que, tras admitir la recepción de la *consuetudo maris* en los contratos de seguro, señala que «estas seguridades, al ser generalmente hechas entre los propios comerciantes, deben estar más en la equidad que en las sutilezas del derecho, y por lo tanto deben ser juzgadas sobre la base de la equidad misma» («cum istae assicurationes fiant fere inter ipsos mercatores, attendendum potius esse ad aequitatem quam ad subtilitates iuris, atque adeo iudicandum ex eadem aequitate»); cf. J. de Gibalin, *De universa rerum humanarum negotiatione tractatio scientifica*, Lugduni, Sumptibus Philippi Borde, Laurentii Arnaud, Petri Borde, et Guilielmi Barbier, 1663, L. 4, cap.

No obstante, Azuni es consciente de la necesidad -sentida, como hemos visto, por la mayoría de los intérpretes- de frenar el uso indiscriminado de las razones equitativas, para evitar que traspasen en el arbitrio; de modo que concluye señalando que:

*«si la ley es clara y precisa, no está permitido violarla por duro que sea, ya que la equidad de la ley debe preferirse al sentimiento humano»*⁸⁵.

Es interesante observar cómo los dos textos romanísticos que apoyan la afirmación de Azuni son, paradójicamente, uno en contraste con el otro: en efecto, C.3.1.8, que había sancionado la prevalencia de la *aequitas* sobre el *ius strictum*, y D.40.9.12, que había sugerido en cambio la operación del axioma trillado *dura lex, sed lex*. Pues bien, la contradicción entre los textos se disuelve en favor de una reducción del alcance de operación de la *aequitas* por la referencia de Azuni a la lectura del primer texto hecha por el redactor del *Corpus Iuris civilis* del siglo XVI, el humanista Dionisio Gotofredo, que había negado el recurso a la equidad en todas aquellas cosas «claramente definidas por la ley»⁸⁶.

11, art. 2, p. 295, n. 2, in fine. Y por otra parte, también Casaregi, recordando la naturaleza de un contrato de buena fe para el de seguro, había reiterado que «no se debe proceder con los vértices y rigores de la ley, sino que se deben observar las costumbres de los comerciantes, y transponer sus reglas de procedimiento (estilos) para el bien público» («praticandus non est cum Juris apicibus, et rigoribus, sed servandae sunt mercatorum consuetudines, eorumque styli ad publicam utilitatem recepti»), sobre el supuesto declarado de que «sólo la equidad es el alma del comercio» («solum aequitas est anima commercii»); cf. Casaregi, *Discursus legales*, cit., disc. 1, p. 5, nn. 3-4; mientras que, en el plano procesal, había reafirmado el carácter sumario del juicio sobre este contrato (*Ibidem*, disc. 10, p. 61, n. 31) y la *reductio ad aequitatem* como accesorio del *officium iudicis* (*Ibidem*, II, disc. 114, p. 362, n. 5).

85 Azuni, *Dizionario universale ragionato*, cit., p. 66, § 3, in fine.

86 Cf. D. Godefroy, *In C.1.3.8*, en *Corpo del diritto corredato delle note di Dionisio Gotofredo e di C.E. Freisleben*, cur. G. Vignali, VIII, Napoli, Presso Achille Morelli, 1860, pp. 549-550, que, antes de concluir como en el texto, había descartado la prevalencia de la equidad en los legados, contratos, procedi-

Se trata de una elección que ahora insinúa los cambios que ya se vislumbraban en el horizonte.

5.- Más allá del Atlántico: breve incursión en el siglo XIX mexicano:

Las estabilizaciones jurisprudenciales y doctrinales relativas a la *aequitas mercatoria* y, más en general, las relativas a la jurisdicción de los comerciantes estaban destinadas a llegar a un final ruinoso con la Revolución Francesa y el posterior advenimiento de la sociedad burguesa del siglo XIX.

Como se ha subrayado⁸⁷, la nueva forma de entender la relación entre el poder político y el derecho conduce, por tanto, a la construcción del orden jurídico postrevolucionario en una dimensión estrictamente legalista, en la que todo el fenómeno jurídico se remonta a la ley, mientras que las demás fuentes normativas, muy relevantes en la experiencia anterior, se dejan de lado en favor del llamado «monismo legislativo».

En este contexto de «mística legislativa», no cabe entender la función jurisdiccional en los términos que hemos descrito, ya que el culto a la ley convierte inevitablemente «al juez en prisionero dentro de la jaula de una legalidad rígida»⁸⁸.

Así, aunque la codificación del derecho comercial mantiene los tribunales mercantiles⁸⁹, la jurisdicción de los mercaderes pierde las

mientos de libertad, juicios y sentencias. La primera edición data, como sabemos, de 1583.

87 Por P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 136.

88 Siguen siendo expresiones de Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., respectivamente, pp. 137 y 143.

89 Una mirada a estos eventos, con respecto a Italia, en V. Piergiovanni, *Dai tribunali di mercanzia alle Camere di commercio*, ahora en Id., *Norme, scienza e pratica giuridica*, II, cit., pp. 1337-1347.

connotaciones que había tenido en el pasado, ya que el concepto de *aequitas mercatoria* cambia profundamente; del mismo modo que, más en general, en la función judicial del nuevo orden burgués, cambia el propio concepto de equidad, entendido como el poder de adaptar la norma, antes reconocido a todo intérprete y principalmente al juez: la *interpretatio*, en efecto, cede el paso a la exégesis; y el juez, de ser el sujeto autorizado a la *interpretatio* como lo era en la experiencia del derecho común, se convierte, como es bien sabido, en una mera *bouche de la loi*⁹⁰.

La experiencia jurídica ultramar no está también exenta de estas transformaciones: en este sentido, basta el testimonio que representa el *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* del jurista español Joaquín Escriche⁹¹, publicado en México en 1837 y acompañado de las notas del abogado Juan Nepomuceno Rodríguez de San Miguel⁹².

90 Sobre las características de la *interpretatio*, cf. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, nuova edizione, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 160-175.

91 Información bio-bibliográfica sobre este escritor multifacético, periodista y jurista, en M. D. del Mar Sánchez González, v. *Escriche Martín, Joaquín (1784-1847)* en *Diccionario Biográfico electrónico de la Real Academia de la Historia*, on line en la dirección: <https://dbe.rah.es/biografias/16695/joaquin-escriche-martin>.

92 Como señaló M. del R. González, *Historia del derecho mexicano*, México, Unam, 1997, p. 48, durante las primeras décadas del siglo XIX, en México «los juristas se dieron a la tarea de editar obras de carácter doctrinario, sobre todo españolas, que sirvieron de apoyo para conocer no sólo las instituciones jurídicas, sino también las bases legales en que se sustentaban». En este proceso que trajo a la *mexicanización* de tales obras, Rodríguez de San Miguel desempeñó un papel destacado, aunque su fama está ligada a sus *Pandectas hispano-mexicanas ò sea Código general comprensivo de las leyes generales, útiles y vivas...* (primera edición: Méjico, Oficina de Mariano Galván Rivera, 1839). Sobre este jurista cf. M. del R. González Domínguez, *Juan N. Rodríguez de San Miguel jurista conservador mexicano*, en *Estudios*

La edición mexicana del *Diccionario* define la equidad en general como «moderación del rigor de la ley», que opera cuando la ley no se ha pronunciado expresamente sobre un punto, o cuando su interpretación se presta a varias soluciones, agregando que en estos casos el juez puede adoptar la solución «más equitativa», para evitar que la letra de la ley ahogue las exigencias de la justicia⁹³; cuando, sin embargo, la ley es clara y precisa, se recuerda que el juez no puede apartarse de ella, sino que debe atenerse puntualmente a la misma, si no quiere convertirse en una especie de legislador⁹⁴.

jurídico en homenaje a Marta Morineau, I, *Derecho romano. Historia del derecho*, coord. N. González Martín, México, Unam, 2006, pp. 233-249.

93 J. Escriche, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Méjico, Oficina de Galvan a cargo de Mariano Arevalo, 1837, p. 233; el autor señala incluso el conocido pasaje de la segunda carta del apóstol Pablo a los Corintios (2 Cor. 3-6) en apoyo de su afirmación, donde advierte que «la letra mata, mientras que el Espíritu da vida» («littera occidit, spiritus autem vivificat»).

94 Esta especie de flujo hacia el apartamiento de la equidad en favor de la ley se percibe también en los cambios de la entrada *Equidad*, que vemos en las diversas ediciones de la obra; así, si las ediciones de Valencia 1838 y Caracas 1840 reproducen el mismo texto que la mexicana, a partir de la edición de Madrid 1847 (Librería de la señora viuda e hijos de Antonio Calleja, I, pp. 714-715), la equidad se presenta bajo dos acepciones: la primera es la de «moderacion del rigor de las leyes», que ya hemos visto, y la segunda como una especie de suplemento a la ley, cuando «falta la ley escrita ó consuetudinaria», que impone al juez de resolver la disputa según «las máximas del buen sentido y de la razon, ó sea de la ley natural» (p. 714). Escriche añade a continuación que la equidad, también en el sentimiento común, se percibe como «una cosa que tiene mucho de arbitrario»; de ahí que, sin la ley, no sea más que «una nube muy oscura» (p. 715); por ello es preferible reparar «a la sombra» de las disposiciones de la ley, que se entrega al juez «para ser la regla invariable de su conducta» (p. 715). Puede recurrir con provecho a la equidad como suplemento, solo después de haberse dedicado «al estudio profundo del derecho, procurando penetrar el espíritu de la leyes patrias,

En las notas de Rodríguez, el discurso limitador del alcance de la equidad se hace aún más intenso, precisamente en la dirección de la muy estricta legalidad de la que hablábamos: y resulta casi paradójico cómo dos orientaciones políticas opuestas -la liberal de Escriche y la conservadora de Rodríguez- si en muchos puntos entran inevitablemente en conflicto⁹⁵, en el tema de la equidad están completamente de acuerdo.

El anotador mexicano comienza advirtiendo sobre el abuso de equidad que se puede cometer al juzgar y que, a la postre, termina haciendo un gran daño a todo el cuerpo social; de hecho, como observa textualmente:

*«abusando al extremo de estas voces equidad, epiqueya, se sacrifica mil veces la justicia, desvirtuando las leyes y sobraponiéndose á su disposicion literal algunos jueces voluntarios que las estienden, moderan, relajan y dispensan á su capricho»*⁹⁶.

En su opinión, se produce la misma situación que cuando a un cuerpo físico enfermo se le administra erróneamente una medicina para curarlo: no lo cura, sino que muy a menudo causa un daño mayor del que pretende curar. De ahí que para él:

*«non hay mejor equidad que la observancia de las leyes, que deben precaver los pretextos de eludirse á arbitrio de los que deben aplicarlas»*⁹⁷.

examinando la doctrina de nuestros autores que con larga experiencia las explicaron, interpretaron y glosaron, fecundando su espíritu con la lectura de las obras clásicas de la legislación universal ó derecho natural, y buscando á veces los ejemplos ó precedentes de sentencias dadas por tribunales sabios sobre puntos en que recaen sus dudas» (*Ibidem*, v. *Arbitrio de juez*, I, p. 246).

95 Lo notó González Domínguez, *Juan N. Rodríguez de San Miguel jurista conservador mexicano*, cit., pp. 243-245.

96 J.N. Rodríguez de San Miguel, *Nota 1*, a Escriche, *Diccionario*, cit., p. 234.

97 *Ibidem*, p. 234. Allí se encuentran también las citas siguientes.

Rodríguez, pues, nos parece remontarse a aquella polémica anti jurisprudencial que había atravesado los siglos de la Edad Moderna, desde el Humanismo hasta la *Ilustración*, reivindicando el papel preponderante de la ley y afirmando, en sus desenlaces finales, como ya hemos apuntado, la sujeción del juez a la misma.

En este sentido debe leerse la extensa cita que el jurista mexicano hace del erudito del siglo XVIII, Gregorio Mayans y Siscar, «heredero del mejor humanismo español»⁹⁸, para definir una idea de equidad, marcada por un evidente escepticismo, y la del mexicano Manuel de Lardizabal y Uribe, convencido defensor del principio de legalidad⁹⁹.

Mayans había escrito¹⁰⁰ que la mera equidad era un «nombre más ruidoso que entendido, de grande autoridad entre los intérpretes ignorantes, y de ninguna entre los sabios»; por lo que, en su opinión, la verdadera equidad coincidía con el derecho y, por tanto, estaba incluida en la ley: la equidad natural o equidad derivada del derecho de gentes, que debía suplir las carencias de la ley, era «rarisima, y sumamente difícil

98 Sobre este bibliotecario real, jurista e historiador de Valencia (1699-1781), cf. A. Mestre Sanchis, v. *Mayans y Siscar, Gregorio*, en *Diccionario Biográfico electrónico de la Real Academia de la Historia, on line* a la dirección <https://dbe.rah.es/biografias/12423/gregorio-mayans-y-siscar>; cui pertenece también la definición citada.

99 Cf. L. Soria Sesé, v. *Lardizábal y Uribe, Manuel Mariano de*, en *Diccionario Biográfico electrónico de la Real Academia de la Historia, on line* a la dirección <https://dbe.rah.es/biografias/11648/manuel-mariano-de-lardizabal-y-uribe>; famoso por su *Discurso sobre las penas contrahido a las Leyes criminales de España para facilitar su reforma*, que data de 1782, donde, precisamente, «por primera vez por un autor español se proclama tajantemente el principio de legalidad, el que la ley sea la única y exclusiva fuente del Derecho penal, restringiendo al máximo el arbitrio y la interpretación judicial».

100 En la *carta* reproducida en prefacio a J. Berní i Catalá, *Instituta civil, y real*, Valencia, Por Joseph Estevan y Cervera, 1775 (la primera edición data de 1745), pp. XXXI-XXXIV.

probar que es tan clara» y de todos modos debería haber sido más un asunto del legislador que del juez.

En base a estas consideraciones, Mayans había añadido que la equidad, de la que tanto abusaban los letrados, cuando no estaba incluida en la ley escrita o en la costumbre racional o en el derecho natural o de gentes, era «tan quimera, como el hombre caballo, como hija de la veleidad y capricho humano», mientras que la epiqueya, como «regla directiva de la justicia legal», concernía al legislador más que al juez.

Finalmente, había podido reiterar, con insistente ironía, que «la *mera equidad* y la *mera epiqueya*, que se figuran los intérpretes, son dos idolos de los letrados ignorantes, y son de muchos que no se tienen por tales».

No harían falta, por tanto, más palabras para entender cuál es la idea de equidad abrazada por Rodríguez: no obstante, la cita del ilustrado Lardizábal -el «*Beccaria español*»¹⁰¹ apostrofado así por haber introducido en España las ideas de la *Ilustración* penal- permite a Rodríguez insistir aún más en la necesidad de limitar el arbitrio de los jueces, que le parece alimentado precisamente por el recurso a la equidad: y por eso, algunas expresiones del jurista español le parecieron particularmente eficaces, hasta el punto de citarlas íntegramente, como cuando, por ejemplo, había sostenido que el juez «con pretexto de equidad ó se apartaría de la ley ó usurparía los derechos de la soberanía».

De esta larguísima nota, pues, nos parece concluir que, según Rodríguez, la equidad debe ser desterrada, porque contrasta irremediablemente con una -quizá la más importante- de las «mitologías jurídicas de la modernidad»¹⁰²: la constituida por el estricto principio de la separación de poderes.

101 Recuerda este epíteto, J.L. de la Cuesta, v. *Manuel de Lardizábal y Uribe*, en *Juristas universales*, II, *Juristas modernos*, ed. R. Domingo, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 700.

102 La terminología es de P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*², Milano, Giuffrè, 2005; algunas ideas también en A. Landi, *Interpretação das*

Negar este principio habría sido demasiado, incluso para un jurista conservador como el autor de las famosas *Pandectas hispano-megicanas*.

Bibliografía:

- Ascarelli, T., *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1962;
- Belda Iniesta, J., *Reflexiones doctrinales en torno a las Clementinas Dispendiosam y Saepe contingit: El proceso sumario a la luz del utriusque iuris*, en «Glossae. European Journal of Legal History», 13 (2006), pp. 31-70;
- Birocchi, I., *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002;
- Calasso, F., *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*², Milano, Giuffrè, 1959;
- Caron, P.G., «*Aequitas*» romana, «*miserecordia*» patristica ed «*epicheia*» aristotelica nella dottrina dell'«*aequitas*» canonica (dalle origini al Rinascimento), Milano, Giuffrè, 1971;
- Cassarino, A., *Diacronia 'giurisprudenziale': note a margine di una recente interpretazione della Corte di Cassazione in tema di sepolcro gentilizio ed ereditario*, en «Roma e America. Diritto romano comune, Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina», 42/2021, pp. 311-330;
- Donahue jr., C., *Equity in the Courts of merchants*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 72 (2004) pp. 1-35;
- Facco, J., *Apunte sobre la aequitas en la tradición canónica medieval*, en «Revista jurídica Digital UANDES», 2/1 (2018) pp. 18-32;
- Fortunati, M., *Scrittura e prova. I libri di commercio nel diritto medievale e moderno*, Roma, Fondazione Mochi Onory per la Storia del diritto italiano, 1996;
- Galgano, F., *Lex mercatoria*⁵, Bologna, Il Mulino, 2010;

normas e responsabilidade do juiz – Entre reminiscências históricas e perspectivas futuras, en «Revista da Ajuris – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul», n. 138, Junho 2015, pp. 250-254.

- Goldschmidt, L., *Storia universale del diritto commerciale*, trad. it. a cura di V. Pouchain y A. Scialoja, Torino 1913;
- González, M. del R., *Historia del derecho mexicano*, México, Unam, 1997;
- González Domínguez, M. del R., *Juan N. Rodríguez de San Miguel jurista conservador mexicano*, en *Estudios jurídico en homenaje a Marta Morineau*, I, *Derecho romano. Historia del derecho*, coord. N. González Martín, México, Unam, 2006, pp. 233-249;
- Grossi, P., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007;
- Grossi, P., *L'ordine giuridico medievale*, nuova edizione, Roma-Bari, Laterza, 2006;
- Grossi, P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005;
- Hilaire, J. *Réflexions sur l'héritage romain dans le droit du commerce au Moyen Âge*, en «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis», 72 (2002), pp. 213-228;
- Horn, N., *Aequitas in den Lehren des Baldus*, Köln-Graz, Böhlau Verlag, 1968;
- Icaza Dufour, F. de-Salazar Andreu, J.P., *Control y responsabilidad de los oficiales reales en Indias*, en *Estudios sobre la Responsabilidad jurídica del Juez, el Servidor Público y los Profesionistas*, México, Escuela Libre de Derecho, 2013, cit., pp. 55-84;
- Landi, A., *Contrato. Una entrada para un diccionario de la modernidad*, en «Revista de investigaciones jurídicas», Escuela Libre de Derecho, 47 (2023), pp. 309-320;
- Landi, A., *¿Delito o desgracia? Juan de Hevia Bolaños y la calificación de la quiebra*, en «Revista de Derecho Privado», Universidad Externado de Colombia, 40 (2021), pp. 13-42;
- Landi, A., *Interpretação das normas e responsabilidade do juiz – Entre reminiscências históricas e perspectivas futuras*, en «Revista da Ajuris – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul», n. 138, Junho 2015, pp. 250-254;
- Landi, A., “Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat”. *Spigolature tra dottrina e prassi sull'elaborazione di regole e principî nel tardo diritto comune*, en *Principios y reglas*, México, Escuela Libre de Derecho, 2010, pp. 449-492;
- Landi, A., *Proiezioni ultramar del ius mercatorum europeo. La definizione di fallito nel Labyrintho de commercio di Juan de Hevia Bolaños*, en *I rapporti*

- fiduciari: temi e problemi*, cur. A. Petrucci, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 81-111;
- Lattes, A., *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano 1884;
- Macino, F., *L'applicazione del principio di aequitas nella prassi giudiziaria dei mercanti (XIV-XV sec.)*, en *Les documents du commerce entre Moyen Âge et époque moderne (XIIe-XVIIe siècle)*, cur. C. Mantegna e O. Poncet, Roma, École française, 2018, pp. 15-33;
- Migliorino, F., *Diritto mercantile*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero: Diritto*, en *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, VIII appendice, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 129-136;
- Montero Aroca, J., *La herencia procesal española*, México, Unam, 1994;
- Padoa Schioppa, A., *Equità nel diritto medievale e moderno: spunti della dottrina*, en *Quante equità?*, cur. D. Mantovani y S. Veca, Milano, Istituto lombardo-Accademia di Scienze e lettere, 2017, pp. 61-103;
- Padoa Schioppa, A., *Giurisdizione e statuti delle arti nella dottrina del diritto comune*, ahora en Id., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, Led, 1992, pp. 11-62;
- Pejovés Macedo, J.A., *El Tribunal del Consulado de Lima. Antecedentes del arbitraje comercial y marítimo en el Perú*, Lima, Fondo editorial de la Universidad, 2019;
- Pene Vidari, G.S., *Il contratto di assicurazione nell'età moderna*, ahora en Id., *Scritti di storia del diritto delle assicurazioni*, cur. C. Bonzo, Savigliano, L'artistica editrice, 2021;
- Petrucci, A.-Landi, A., "Iudex qui litem suam facit". *La responsabilità del giudice dal diritto romano al diritto comune*, in *Estudios sobre la Responsabilidad jurídica del Juez, el Servidor Público y los Profesionistas*, México, Escuela Libre de Derecho, 2013, pp. 85-116;
- Piergiovanni, V., *Norme, scienza e pratica giuridica tra Genova e l'Occidente Medievale e Moderno*, Genova, Società ligure di storia patria, 2012, 2 voll.;
- Santarelli, U., *Mercanti e società tra mercanti*³, Torino, Giappichelli, 1998;
- Tomás y Valiente, F., *Manual de historia del derecho español*⁴, Madrid, Tecnos, 2013;

Valle Pavón, G. del, *La aplicación de la justicia en el consulado de mercaderes de la Ciudad de México*, en *Historia del Derecho. X Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, coord. O. Cruz Barney-J.L. Soberanes Fernández, II, México, Unam, 2016, pp. 49-66.

El Derecho de los mercaderes al momento de su encuentro con los Estados nación: el caso de la Federación Mexicana.

Por: Rafael Estrada Michel¹

Escuela Libre de Derecho

Resumen: *Es posible caracterizar el tránsito de un Derecho de Antiguo Régimen a uno propio de la Modernidad soberanista a través del análisis de figuras orgánicas del Constitucionalismo hispano. En el caso de la Federación Mexicana, las figuras son propias del periplo 1812-1824 (Diputaciones provinciales, Ayuntamientos constitucionales, Audiencias provinciales) y tuvieron un fuerte impacto en la configuración legicéntrica del Derecho Mercantil contemporáneo.*

Palabras clave: *Ius Mercatorum; Derecho Mercanti; Soberanía; Estado; Nación; Constitución; Código; Diputación provincial; Ayuntamiento constitucional; Audiencia provincial; Cádiz; 1812; Acta constitutiva; Federación; 1824; Ramos Arizpe; poder judicial.*

Riassunto: *È possibile caratterizzare il passaggio da un diritto di Antico Regime ad uno proprio della modernità sovranista attraverso l'analisi di figure organiche del costituzionalismo ispanico. Nel caso della Federazione messicana le figure sono quelle proprie del periplo 1812-1824 (Diputaciones provinciales, Ayuntamientos constitucionales, Audiencias provinciales), che ebbero un forte impatto sulla configurazione incentrata sulla legge del diritto commerciale contemporaneo.*

Parole Chiave: *Ius mercatorum; Diritto commerciale; Sovranità; Stato; Nazione; Costituzione; Codice; Diputación provincial; Ayuntamiento constitucional; Audiencia provincial; Cadice; 1812; Atto costitutivo; Federazione; 1824; Ramos Arizpe; potere giudiziario.*

1 Profesor de Historia jurídica en la Escuela Libre de Derecho. Investigador nacional nivel 2, adscrito a la Universidad Nacional Autónoma de México.

Abstract: *It is possible to characterize the transition from an Old Regime law to one proper to sovereignist modernity through the analysis of organic figures of Hispanic constitutionalism. In the case of the Mexican Federation, the figures are those peculiar to the 1812-1824 period (Diputaciones provinciales, Ayuntamientos constitucionales, Audiencias provinciales), which had a strong impact on the law-centred configuration of contemporary commercial law.*

Key Words: Ius Mercatorum; Commercial Law; Sovereignty; State; Nation; Constitution; Code; Provincial Council; Constitutional Municipalities; Provincial Court; Cádiz; 1812; Constitutive Act; Federation; 1824; Ramos Arizpe; judicial branch.

Sumario: 1.- La constitucionalización del comercio en los albores del Liberalismo hispánico; 2.- La Nación como determinante constitucional y mercantil; 3.- El Poder Judicial en el Antiguo Régimen y su evolución hacia la modernidad soberanista; 4.- La Revolución de Independencia y la configuración del Poder Judicial en México; 5.- Colofón de desmitificaciones.

El *Ius Mercatorum*, parte integral del *Ius Commune*, representa un conjunto de máximas y prácticas desarrolladas por los comerciantes en la Europa bajomedieval. Se trata de un derecho particular y propio de los sujetos comerciales para regular sus transacciones de manera autónoma, liberándolas de las restricciones del Derecho Civil de raíces romanas y agilizando los flujos comerciales. En cierto modo se halló fuera del ámbito de la prudencia del jurista² y se significó, más bien, por la sistematización de las costumbres de los comerciantes.

- 2 Sobre la cuestión prudencial, *cfr.* los imprescindibles ensayos de LANDI, Andrea, ahora reunidos en *Storia giuridica per futuri giuristi. Temi e questioni*, (G. Giapichelli Editore, Turín, 2015). Nuestra Escuela ha publicado la traducción castellana de GROSSI, Paolo, *Un historiador del Derecho a la búsqueda de sí mismo*, trad. Mariana DEL ARENAL MARTÍNEZ DEL CAMPO, (Escuela Libre de Derecho / Tirant lo blanch, México, 2023), todo un tratado sobre las plurales venas sapienciales, prudenciales y usocostumbristas del *Ius Commune* bajomedieval, lo mismo que SANTARELLI, Umberto, *Mercantes y sociedades entre mercantes*, trad. Jimena SILVA SALGADO, (Universidad de Pisa / Escuela Libre de Derecho, México, 2010), con un fundamental capítulo, el segundo, en que se trata la “función del mercante medieval”.

Enraizado en usos espontáneos y prácticas comerciales, tuvo un carácter esencialmente práctico y sencillo, adaptado a la realidad de los mercaderes que en su mayoría no eran letrados. Los tribunales propios, como los consulados, se convierten en instancias en las que los propios comerciantes resuelven sus disputas, dando lugar a una justicia mercantil basada en el juicio entre pares.

El Derecho Mercantil moderno encuentra (y en cierto modo traiciona) sus raíces en el *Ius Mercatorum* medieval, que surge como un puente entre la Alta y la Baja Edad Media, reflejando la emergencia de un nuevo estamento: el de los mercaderes. El crecimiento demográfico, el desarrollo de nuevas técnicas agrícolas y la mejora en las comunicaciones contribuyeron, hacia el siglo XIII, al surgimiento de una sociedad más dinámica y comercial. Pero no debemos caer en apariencias simplificadoras de la realidad: el Derecho Mercantil moderno se encuentra determinado por la presencia, prácticamente irresistible, del Estado, cuestión que el viejo Derecho *de los mercaderes* no resintió.

En la Baja Edad Media, las ciudades comerciales, como Venecia, se convierten en centros de actividad mercantil y política, desafiando el poder feudal y contribuyendo al surgimiento de la política moderna. Los mercaderes, conocidos también como burgueses por hallarse sitios *ad burgum*, se convierten en actores clave en la transformación urbana y política de la época, reclamando autonomía frente al poder feudal y aliándose con el monarca en contra de los señores feudales.

El *Ius Mercatorum* se caracteriza por su simplicidad y flexibilidad: es un complejo principalista y normativo basado en la buena fe y en usos y prácticas comerciales. Aunque no es un derecho jurisprudencial ni legislado, sino más bien un conjunto de normas consuetudinarias, busca proporcionar seguridad a las transacciones comerciales a través de documentos rigurosos y literales, como la letra de cambio.

Las instituciones mercantiles tales como los gremios, las ferias y las guildas, juegan un papel fundamental en la regulación y promoción del comercio. El surgimiento de la banca, los seguros y la contabilidad

por partida doble reflejarán la creciente complejidad y sofisticación del mundo comercial medieval.

El *Ius Mercatorum* representa un hito en la evolución del Derecho ajeno al Estado, sentando las bases para el desarrollo de un orden jurídico que refleje las necesidades y realidades del mundo comercial bajo-medieval. Su legado perdura en las instituciones y prácticas comerciales modernas, marcando el camino hacia una mayor regulación y formalización del comercio en la Europa y más allá, topándose con los siglos con el irresistible ascenso de sociedades estatocéntricas de variado signo pero con idéntica fruición expropiatoria de lo jurídico.

El encuentro de la realidad mercante con las sociedades americanas se da en el contexto del ascenso de los grandes conglomerados estatales de la Modernidad europea. Hablaremos del caso español con referencia obvia al subcaso novohispano, para poder apreciar la regulación estatista de un Derecho Mercantil ajeno en más de un sentido al antiguo mundo de los usos y prácticas de estamentos privados.

1.- La constitucionalización del comercio en los albores del Liberalismo hispánico:

La actividad mercantil en los albores del liberalismo hispánico se convirtió en un terreno de confrontación política y económica que reflejaba los cambios y tensiones de la época. Uno de los principales puntos de debate fue la constitucionalización del comercio y su impacto en la noción pluralista del *Ius mercatorum*.

El Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias, que se celebraron en Cádiz entre 1810 y 1813, ofrece un panorama revelador de estos debates. En la sesión del 27 de marzo de 1813, por ejemplo, se discutió la propuesta de habilitar a los barcos filipinos para comerciar con Acapulco, lo que desató una serie de argumentos en torno a la injusticia del comercio restringido y de los monopolios.

Miguel Ramos Arizpe, diputado por Coahuila en las Provincias Internas del Septentrión novohispano, denunció en sus intervenciones la privación de libertad comercial para América y Asia, destacando el daño causado por los monopolios y la humillación implícita para Ultramar en la limitación del comercio a cifras arbitrarias. La discusión evidenciaba la lucha contra los privilegios de los comerciantes peninsulares y la necesidad de un comercio más equitativo y libre.

La sesión del 29 de marzo profundizó en esta temática, con el diputado guatemalteco Antonio de Larrazábal cuestionando las trabas impuestas al comercio por intereses de intermediarios. Se destacaba la necesidad de eliminar la intermediación peninsular en el comercio con América, lo que revela la lucha por una mayor autonomía comercial. Y, en efecto, ¿qué sentido podía tener condicionar el comercio, por ejemplo, entre Venezuela y Veracruz a que el comercio sevillano o gaditano sugiriese a la Corona que se permitiera? Tal era el esquema del “comercio que llamaron libre (1778), y que no era tal, (pues) se limitó a habilitar para el tráfico transatlántico nuevos puertos peninsulares e indios; a crear en ellos *juzgados de arribadas* que despachasen los buques con relativamente pocos trámites burocráticos; a fomentar mediante reducciones e incluso exenciones de impuestos el tráfico de productos españoles peninsulares, tanto como indios que no compitiesen con aquéllos; a aumentar los gravámenes sobre las mercancías extranjeras, ya que no era posible eliminarlas; y, por último, a combatir el contrabando, así nacional como extranjero”³.

Las propuestas de la Comisión de Ultramar y los debates sobre la libertad de comercio reflejaban, en Cádiz, la búsqueda de igualdad y justicia en las relaciones comerciales. Sin embargo, las tensiones entre los intereses peninsulares y americanos, así como la resistencia a cambios

3 CÉSPEDES DEL CASTILLO, Guillermo, “América en la monarquía”, en *Actas del Congreso Internacional sobre ‘Carlos III y la Ilustración’*, (Ministerio de Cultura, Madrid, 1988), I, pp. 156-157.

radicales, dificultaban la consecución de estos ideales. Así se había apreciado desde 1811, es decir, en tiempos preconstitucionales (la Constitución de Cádiz, como se sabe, no se promulgó sino hasta el 19 de marzo de 1812). En la sesión del 12 de marzo de 1811, la Comisión de Ultramar dio cuenta a las Cortes de la opinión que le había merecido el dictamen del Consejo de Indias relativo a la Representación y sugerencias enviados por el obispo electo de Michoacán, Manuel Abad y Queipo, para la conservación de la paz en América. Todas las célebres sugerencias del obispo que excomulgó a Miguel Hidalgo le habían parecido muy bien, salvo las relativas a lo mercantil que, según entendía, requerían “mayor meditación”. El Consejo de Indias “tratando de la libertad de comercio, entendía que estaba fundada en las bases de igualdad de todas las provincias de la Monarquía, señalada últimamente en el decreto de las Cortes de 15 de octubre; por lo cual juzgaba que por un efecto de la misma justicia, podía el Congreso deferir a la providencia referida, pendiendo las modificaciones políticas de los tratados que hubiesen de hacerse con las otras naciones”. Para las Cortes no había llegado el caso de sostener tal deferencia.

La lucha por la igualdad comercial se vinculaba con las aspiraciones autonomistas de la burguesía americana y las tensiones entre la metrópoli y las provincias de Ultramar. No debe perderse de vista que el comercio gaditano era una de las fuerzas más poderosas con las que la maltrecha España enfrentaba a Napoleón desde 1808, y ciertamente no se hallaba por la labor de permitir que sus privilegios derivados del comercio *libre y protegido* se perdieran al paso de presuntas revoluciones políticas y guerras de Independencia.

De este modo, la constitucionalización del comercio en los albores del liberalismo hispánico representaba un intento por reformar un sistema comercial injusto y monopolizado. Sin embargo, las aspiraciones de equidad se enfrentaban a poderosos intereses establecidos, lo que dificultaba su realización plena y evidenciaba las tensiones inherentes a la transición hacia un orden más justo, al menos en el ámbito mercantil.

De que la regulación constitucional doceañista del comercio no satisfizo a las partes en conflicto no puede caber duda, si atendemos a la continuación del debate en tiempos de Cortes ordinarias y a las también continuadas reivindicaciones de la insurgencia indiana, que ni siquiera con el restablecimiento del absolutismo borbónico en 1814 lograron acallarse.

En cierto modo, la posición mayoritaria en las Cortes de Cádiz continuó la línea trazada por Bernardo Ward, el influyente consejero real autor del *Proyecto económico en que se proponen varias providencias, dirigidas a promover los intereses de España, con los medios y fondos necesarios para su plantificación* (1762), que opinaba respecto de América que “‘Todo quanto se ve en aquella porción de la Monarquía española, demuestra la necesidad de introducir en su gobierno un nuevo método, para que aquella rica posesión nos de ventajas, que tengan alguna proporción con lo vasto de tan dilatados dominios, y con lo precioso de sus productos... Para que esto se manifieste más claramente, cotejemos nuestras Indias con las *Colonias* extranjeras...Las fábricas (único asunto que de ningún modo se debiera permitir en América), es el único que ha tomado cuerpo con gran perjuicio, habiendo ya algunos millones de telares en ambos *Reynos*, que surten no solo los indios pobres, sino los españoles de medianas conveniencias”⁴.

Del tardío intento de colonizaje al estilo Francia o Inglaterra, con un alza generalizada del nivel de vida de la población pero un beneficio exclusivo para la Metrópoli, tomaron buena nota los criollos america-

4 PIESTSCHANN, Horst, “Conciencia de identidad, legislación y derecho: algunas notas en torno al surgimiento del ‘individuo’ y de la ‘nación’ en el discurso político de la monarquía española durante el siglo XVIII”, *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas, Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano, Toledo, 19 a 21 de octubre de 1998*, Feliciano BARRIOS PINTADO (coord.), (Cortes de Castilla-La Mancha / Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2002), vol. II, pp. 1357-1359. Las cursivas me pertenecen.

nos, para quienes quedaba cada vez más claro que por “Monarquía” no cabía entender ya, como se había estilado durante los siglos XVI y XVII, a todas las “naciones” hispánicas, sino solamente a la España europea y a sus colonias. Ante semejante estado de cosas y con vistas a su potenciación gaditana, no podía quedar más camino que el de la Independencia. Y el criterio mercantil no era en forma alguna el de menor peso en la determinación.

2.- La Nación como determinante constitucional y mercantil:

Como ha probado Jaime del Arenal⁵, la temática del federalismo, que no es otra que la del pluralismo territorial y jurídico, se remonta al momento mismo de la obtención de la Independencia de México, en 1821. En ese momento, diversas influencias gaditanas, arraigadas en la Constitución y los movimientos doceañistas, jugaron un papel determinante.

Uno de los principales temores del criollismo regnícola radicaba en que el país dejara de estar integrado, como lo estaba anteriormente, en el viejo reino de México, asimilable (aunque no de manera exacta) al de la Nueva España. Este territorio había experimentado numerosas transformaciones, especialmente durante el periodo borbónico y con la instrumentación de la reforma de intendencias (1776). La introducción de la Constitución de Cádiz (1812) también planteaba desafíos, ya que su aplicación exacta podría poner en peligro la cohesión del territorio, puesto que su artículo 325 disponía que debería crearse una Diputación provincial en cada una de las provincias de la Monarquía transcontinental.

5 A lo largo de toda su influyente obra, que nos ha beneficiado *in extenso*. A este respecto, no ha sido suficientemente subrayado DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, “Dominio territorial y pacto regional en la emergencia del Estado mexicano: Imperio o Federación”, *XXV Coloquio de Antropología e Historia regionales*, (El Colegio de Michoacán, Zamora, octubre de 2003), p. 10 de la versión mecanoscrita.

El Plan de Iguala, proclamado por el coronel realista Agustín de Iturbide el 24 de febrero de 1821, aborda claramente esta preocupación al solicitar una constitución adaptada a las circunstancias del país, esto es, una constitución peculiar y análoga a las naciones novohispanas. Ello implicaba repensar el establecimiento de Diputaciones provinciales cercenadas del gobierno central, aún conocido como "Superior Gobierno" o "Distrito de Superior Gobierno", que representaba la Nueva España propiamente dicha.

Restablecida en su vigencia a partir de la revolución liberal de Riego y Quiroga (1820), la aplicación inmoderada de la Constitución de Cádiz llevaría a una desintegración territorial inevitable. Se establecieron múltiples distritos de gobierno en lo que hoy es México, América Central y el sur de los Estados Unidos. El panorama reflejaba la división territorial planteada, si bien no consolidada, lo cual preocupaba a quienes abogaban por mantener unido el vasto territorio de la Monarquía.

El Plan de Iguala, al reconocer la necesidad de mantener unida la amplia demarcación territorial denominada "América Septentrional", llamaba entre líneas a adoptar medidas para evitar la desmembración del país. Si en Cádiz había campeado la negativa a establecer Diputaciones provinciales en cada Intendencia, como lo exigía la Constitución, y en su lugar se había buscado concentrar el poder en distritos clave como México, Guadalajara, Guatemala, Monterrey, Mérida y Chihuahua, con lo que los regnícolas americanos pudieron dormir tranquilos durante poco más de un sexenio, había llegado el caso de replantearse al país y a las relaciones comerciales entre las provincias sin la presencia aglutinante de la metrópoli: lo que comenzaba a sobrar en la ecuación "México" no era la idea cohesionada de reino, sino su sumisión a una potencia extranjera.

Si para 1814, con la adhesión a última hora de San Luis Potosí, las Diputaciones septentrionales había llegado a ser siete, 1821 amanecía con trece (catorce, si incluimos a Chiapas y nos olvidamos de Guatemala) y en diciembre de 1823 ya sumaban veintitrés (Chiapas, Nuevo México

y Texas incluidas)⁶. Las Diputaciones, auténticas vocalías de fomento encargadas de “promover la prosperidad” de cada provincia (artículo 325 de la Constitución de Cádiz), se hallaban integradas por siete vocales electos y por el Intendente, así como presididas por el Jefe superior nombrado por el Rey. Entre sus tareas de promoción económica se encontraban las de “fomentar la agricultura, la industria y el comercio, protegiendo a lo inventores de nuevos descubrimientos en cualquiera de estos ramos” (artículo 335 numeral quinto de la misma Constitución). De hecho, los Ayuntamientos constitucionales “promoverían” idénticas actividades “bajo la inspección de la Diputación provincial” (artículos 321-IX y 323). Como puede apreciarse, la novedosa figura llevaba *in nuce* la planta de las futuras Legislaturas estatales.

El enfoque unionista, promovido por figuras como las de Iturbide y Ramos Arizpe, buscaba consolidar la unidad territorial, especialmente en las Provincias internas del país. Ramos Arizpe, en particular, desempeñó un papel destacado en la promoción de medidas descentralizadas que, sin embargo, lograran preservar la cohesión de la nación. Puede decirse, en cierto modo que gracias a su experiencia doceañista halló la cuadratura al círculo que devoró a Iturbide y a su efímero Imperio.

El establecimiento gaditano de Audiencias provinciales y Ayuntamientos constitucionales también contribuyó a la descentralización, otorgando mayor autonomía a las regiones y comunidades locales. Instituciones de planta semejante jugaron un papel crucial en la configuración del sistema federal mexicano posterior a la Independencia.

De esta forma, la temática del federalismo en México, desde los albores de su Independencia, se halló marcada por la necesidad de mantener la unidad en un territorio vasto y diverso, enfrentando los desa-

6 ORTIZ ESCAMILLA, Juan, *De la guerra civil a la guerra por la independencia de México 1810-1825*, col. Discursos de ingreso a la Academia Mexicana de la Historia, (Academia Mexicana de la Historia / Secretaría de Educación Pública, México, 2019, pp. 34-36.

fíos de la descentralización y la diversidad regional en un contexto de transformación política y social. El comercio y la impartición de Justicia mercantil se encontraban, sin embargo, atados a una fuerte inercia: la de las decisiones tomadas desde la capitalidad (antes Madrid y ahora ¿México?) para decidir qué provincias podían comerciar con qué otras, y qué tipos de mercancías podían circular entre ellas. El monopolio, en suma, seguía siendo potestad del centro geopolítico.

Destaca, en 1820, el cambio de poder tras las elecciones: los inmoderados veinteañistas reemplazan a los doceañistas en las Cortes. Se impulsan medidas estrictas, como la eliminación del fuero clerical y la regulación del fuero castrense, llegando incluso a considerarse el reemplazo de la Ordenanza de Carlos III por una codificación militar. Destaca la preocupación en América por el fin del compromiso con los regnícolas en Cádiz y la creación de Diputaciones provinciales en todas las intendencias americanas, lo que sin duda desarticularía a los antiguos reinos.

En este marco de eventual desmembración, Iturbide, quien pasó de ser azote cruel de la insurgencia a independentista trigarante, enfatiza la importancia de la Unión, la tercera garantía de Iguala que incluye a todos los habitantes del reino, pero también a todas sus porciones territoriales. La caída del primer Imperio, atribuida generalmente a las tendencias anti-parlamentaristas de Iturbide y a su coronación como emperador, debe observarse también desde el punto de vista de las estrategias descentralizadoras de las élites locales que el Primer Jefe no supo encauzar.

Concluido el fugaz Imperio, hay que desatacar el papel del primer Congreso en la votación por la forma de República federada (12 de junio de 1823), influido a no dudar por las provincias que amenazaban con abandonar el país si no se votaba en tal sentido de gobierno. En el segundo Congreso la comisión de Constitución, presidida por Ramos Arizpe, introduce en el artículo quinto del proyecto de Acta constitutiva de la “Nación” (después, de la “Federación”) un precepto que proclama

la soberanía de las provincias no sólo para comerciar, aunque también para ello.

En su discurso de las profecías (13 de diciembre de aquel 1823) el padre Servando Teresa de Mier advierte sobre la desmembración o la simulación de la Federación, descalificando la labor de Ramos Arizpe en cuanto a la posibilidad de construcción de una unión sólida. Con todo y la falta de fe del dominico vergonzante, el Acta logra incluir disposiciones como la facultad del Congreso para, “exclusivamente”, dar leyes y decretos con miras a “arreglar el comercio con las naciones extranjeras, y entre los diferentes estados de la Federación y tribus de los indios”⁷ (artículo 13 fr. IX del Acta Constitutiva) así como para prohibir la imposición de contribuciones o derechos sobre importaciones y exportaciones sin contar con el consentimiento de la asamblea de la Unión (artículo 34), estableciendo así una Federación coherente, mal que le pesara a Mier.

Destaca el equilibrio buscado por Ramos Arizpe en el tamaño de los estados para evitar la imposición sobre la Federación o el ser atropellados por el gobierno central: “abrumada la comisión de dificultades en orden a fijar el número de estados que deben componer la Federación de la nación mexicana, se fijó un principio general, a saber, que ni fuesen tan pocos que por su extensión y riqueza pudiesen en breves años aspirar a constituirse en naciones independientes, rompiendo el lazo federal, ni tantos que por falta de hombres y recursos viniese a hacer impracticable el sistema”⁸. Es de enfatizarse, pues, el papel crucial de Ramos Arizpe en la construcción de una Federación mexicana unida y sólida, basada en la independencia de las provincias “entre sí” y en la colaboración entre los distintos órdenes de gobierno.

En efecto, Ramos Arizpe logra introducir en el Acta constitutiva y posteriormente en la Constitución de 1824 algunas disposiciones que

7 RAMOS ARIZPE, Miguel, *Discursos, Memorias e Informes*, (Cámara de diputados / Universidad Nacional, México, 2022) p. 143.

8 *Idem*, pp. 137-138.

funcionan como cláusulas para mantener la unidad del país. Una de estas cláusulas, crucial en materia de comercio y derivada de la preocupación expresada por Ramos Arizpe en la *Memoria* que presentó en 1811 a las Cortes de Cádiz, es la facultad otorgada al Congreso General (aún no denominado “Congreso de la Unión”) para regular el comercio pues, como hemos visto, el Congreso, mediante leyes y decretos, poseería la autoridad exclusiva para resolver asuntos comerciales de esta naturaleza.

En la *Memoria* que, sobre las Provincias internas de Oriente (Nuevo León, Tamaulipas, Coahuila y Texas) presentó Ramos Arizpe a su llegada a las Cortes de Cádiz (se encuentra fechada el 1º de noviembre de 1811), se aprecian innúmeras quejas contra alcabalas, restricciones y monopolios (“parece que aquellos desgraciados españoles han sido destinados a ser esclavos de cuatro comerciantes codiciosos de Querétaro, San Luis, etcétera... Las finas lanas, los preciosos algodones, la peletería, los ganados de todas clases, frutos del sudor de los habitantes de aquellas provincias, se convierten en instrumentos de su esclavitud y miseria, pues vendiendo este año un carnero en doce reales, un macho cabrío en ocho, un toro en cinco duros, al siguiente compran la lana del mismo carnero en los doce reales que recibieron por él vivo, compran la piel del macho hecha cordobán por doce reales y la del toro hecha vaqueta en seis duros, de suerte que con sólo la piel y pelos de sus tan apreciables ganados les pagan sus precios y aún ganan los de la tierra afuera. Agrava la esclavitud de estos desgraciados españoles el ruinosisimo y escandaloso monopolio de géneros de Europa, que se verifica en Veracruz y México... La villa de Saltillo, situada en la única entrada expedita que tiene la gran cordillera de la Sierra Madre del Oriente para las cuatro provincias, es el teatro de este escándalo y donde todos sus habitantes concurren cada año el mes de septiembre a pagar el tributo de su desgraciada esclavitud en una gran feria, reducida a entregar sus producciones por diez y necesitando veinte para proporcionar vestido, etcétera, a sus familias”⁹.

9 *Idem*, pp. 106-107.

Entre las soluciones que desde 1811 le parecen practicables al cura del Real de Borbón se hallan el establecimiento de una “Junta Gubernativa o llámese Diputación de Provincia”, la planta de Audiencias y juzgados mucho más próximos a las provincias más lejanas del reino, la respuesta al problema de la falta de cabildos y el comercio libre y la habilitación de los puertos de la Bahía de San Bernardo y Brazo de Santiago.

Y es que “el sistema mercantil, que aunque ha enriquecido a pocos, ha empobrecido y tiene envuelto en la miseria a todo el resto de los españoles, ha sido el azote más terrible y cruel que han sufrido las Américas. Para todo el opulento reino de México y las vastísimas provincias internas, no hay más puerto libre que el de Veracruz; allí se hace el monopolio más escandaloso de todos los efectos de Europa... Alcabala en cada uno de estos lugares (Cádiz, Veracruz, México, Querétaro o Zacatecas), donde se habilitan regularmente al fiado, los que llevan efectos al Saltillo; alcabala en el Saltillo y alcabala por último en cada uno de los lugares de lo interior de las provincias, exigida con tanta crueldad y tiranía, que se hace pagar irremisiblemente del retazo de género, que un pobre labrador ha comprado en el Saltillo, para cubrir a su desnuda mujer”¹⁰.

En conclusión, y con enorme coherencia entre 1811 y su accionar como presidente de la comisión constitucional de 1823, para el padre Arizpe “no pueden estar tranquilos los habitantes de las provincias internas, mientras se les tenga sujetos a la miseria y a las privaciones de la más horrible *esclavitud mercantil*, ni podrá jamás fomentarse, como exige el bien general de la nación, la población en ellas, si no se les conceden las comodidades que les ofrece *el mismo país*, proporcionándoles un comercio expedito y libre”¹¹.

Volviendo a 1824, es de destacarse que en el ya mencionado artículo 34 del Acta (capítulo “De las resoluciones generales”) Ramos Arizpe con-

10 *Idem*, pp. 125-126.

11 *Idem*, p. 127. Cursivas mías.

sidera admisible la imposición de gravámenes únicamente si resultasen necesarios para hacer cumplir las leyes de inspección. La recaudación derivada de estos pagos debía destinarse a la tesorería de los estados de la Federación y dichas leyes impositivas estarían sujetas a revisión y examen por parte del Congreso General. Además, el artículo 35 prohíbe a los estados establecer derechos de tonelaje o mantener tropas o navíos de guerra en tiempos de paz sin el consentimiento del Congreso General. Como puede observarse, lo que se busca es eliminar las tradicionales restricciones al comercio interprovincial, pero sin impedir que las instancias centrales mantuvieran un cierto tipo de control.

Estas disposiciones delinean la Federación que Ramos Arizpe imaginaba y que lograría mantener unido al país por poco más de una década. Tal forma de Unión, en mi opinión, resultó análoga al antiguo reino y adaptable a lo que fue la América Septentrional, según los deseos del Plan de Iguala.

Durante el período conocido como "sexenio absolutista" (1814-1820), la coyuntura política y las luchas independentistas habían alterado significativamente el escenario, lo que llevó a la Diputación provincial a mantenerse como una aspiración no realizada. El período se tradujo en un polvorín que sería heredado por los primeros gobiernos del México independiente.

A pesar de que el multimencionado artículo 325 de la Constitución de 1812 exigía una Diputación para cada provincia de la Monarquía, la pluriprovincial Diputación de México, conformada por varias provincias en violación abierta de esta disposición, se convirtió en un actor central durante los breves periodos de vigencia constitucional en la Nueva España. En Cádiz se asignó una Diputación provincial a cada uno de los vastos Distritos de superior gobierno americanos mencionados en el artículo 10 constitucional, pero no podía obviarse fácilmente que la resistencia fernandista y la formación de las Juntas provinciales habían evidenciado desde 1808 la búsqueda de una nueva legitimidad basada en la soberanía nacional, aunque arraigada en la compleja estructura

territorial y social de la Monarquía, que poseía un corte provincial antes que regnícola.

El tema del autogobierno local, fundamental en Cádiz gracias primordialmente a la labor del diputado Ramos Arizpe, quedó en segundo plano durante la lucha sangrienta de la Nueva España por su Independencia, en la que campeó la frustración del vasto reino al no poder recurrir al juntismo para defender al rey legítimo.

A medida que avanzaba la guerra civil, el juntismo y el localismo novohispanos se desvanecían, generando nuevas preocupaciones. El Decreto constitucional de Apatzingán (22 de octubre de 1814) reflejaba este cambio de perspectiva al adoptar un enfoque diferente al de las Diputaciones provinciales y las Jefaturas políticas superiores, volviendo al modelo centralista de las Intendencias, los Corregimientos y los Obispos del siglo XVIII.

El tema del autonomismo local no resurgiría sino con la superación del sexenio absolutista y de la mano de la aplicación literal del texto gaditano. Así, las circunstancias políticas y bélicas impidieron la instrumentación completa de las figuras institucionales en la América septentrional no independiente, lo que obligó a esperar la emancipación para ver su funcionamiento y su potencial desmembrador del reino, del Imperio y de la República entre 1820 y 1824.

3.- El Poder Judicial en el Antiguo Régimen y su evolución hacia la modernidad soberanista:

Es pertinente, a este nivel, hablar de la Justicia. Al adoptar el esquema de las Audiencias provinciales de Cádiz (artículos 262-263 de la Constitución doceañista), la joven República federal mexicana se vio en la necesidad de dividir los enormes distritos judiciales y establecer un Tribunal Supremo en cada estado de la nueva Unión para garantizar que todos los casos “civiles y criminales” se resolvieran en el territorio donde

se iniciaron. Se quería una Justicia cortada de un tajo, igualitaria y no corporativa.

El contraste con la *Iurisdictio* antigua no podría ser mayor. En Nueva España, numerosas reproducciones pictóricas vinculadas a las apariciones de la Virgen de Guadalupe y a otras devociones marianas ilustran la influencia de las corporaciones del Antiguo Régimen en el gobierno del reino. Las corporaciones, integradas lo mismo por oidores de la Real Audiencia de México que por mercaderes integrados al Consulado de Comercio, participaban en procesiones relacionadas con la tilma de Juan Diego y diversos milagros. Al hablar de la historia del Poder Judicial, es esencial comprender que durante el Antiguo Régimen, que comprende el período previo a las revoluciones, incluidas la Revolución Francesa y la de Independencia de los Estados Unidos, así como las revoluciones hispánicas, la potestad judicial operaba de manera distinta a la actual y, en cierta forma, se hallaba más vinculada al flujo de lo social, como muestran sus participaciones en la vida devota de una Monarquía compuesta como fue la hispánica.

En el Antiguo Régimen, el gobierno se basaba en la jurisdicción, entendida como el derecho de gobernar y administrar justicia. Las corporaciones desfilaban hacia las Colegiatas religiosas, reflejando la rigidez estamental de la sociedad. La movilidad social era mínima, como evidencian los casos de Sor Juana Inés de la Cruz y, por antítesis, de Benito Juárez. Lo judicial, en este contexto, implicaba mantener a cada individuo en su lugar, reflejando la noción clásica de Justicia: dar a cada uno lo que le corresponde, incluyendo su sitio.

Los estamentos privilegiados, como el de los nobles y el de los clérigos, poseían obligaciones específicas hacia la comunidad. Los nobles debían defenderla, mientras que los sacerdotes aseguraban su estabilidad y ortodoxia espiritual. Esta estructura estamental reflejaba la metáfora orgánica de la sociedad medieval, en la que cada parte cumplía una función vital. La movilidad social era limitada, pero ya hemos visto cómo desde la última Edad Media los mercaderes habían surgido como

un nuevo estamento, encargado del intercambio de riquezas y satisfactores, con lo cual se allanaba el camino hacia la modernidad.

En el ámbito judicial no existía una división de poderes como se pretende en la era moderna. Los jueces, incluidos los virreyes y otros funcionarios, ejercían la justicia en nombre del Monarca. No había un poder legislativo independiente: las leyes emanaban del soberano, cuya autoridad era suprema y su capacidad normativa, exclusiva. Se entendía que la intervención del Monarca era necesaria para adaptar las leyes a las circunstancias cambiantes de los reinos diseminados a lo largo y ancho de la dilatadísima estructura de la Monarquía Católica.

El Antiguo Régimen se caracterizaba por una estructura estamental rígida y una noción de justicia basada en la jerarquía y la lealtad a la corona. La modernidad trajo consigo la división de poderes y la idea de soberanía popular, transformando profundamente el sistema judicial y político. Es crucial comprender esta evolución para contextualizar la historia del poder judicial, surgida al alimón de la expropiación de las jurisdicciones especiales, entre las que hay que anotar, en primerísimo plano, a la Mercantil.

4.- La Revolución de Independencia y la configuración del Poder Judicial en México:

La Revolución de Independencia en México (1808-1821) se manifiesta en dos vertientes: la que se desarrolló en el territorio de la Nueva España y la que tuvo lugar en Cádiz. Todos los acontecimientos históricos de los que hablaremos están influidos por las revoluciones hispánicas, la invasión napoleónica y el establecimiento de las Cortes de Cádiz, que culminaron con la promulgación de la Constitución de 1812. El proceso revolucionario estableció una división tripartita extrínseca del poder, siguiendo el esquema delineado por Montesquieu en su *Espíritu de las leyes*.

En este nuevo orden político, el poder ejecutivo y el judicial están subordinados al legislativo, siendo este último la verdadera representación del nuevo sujeto político: la nación. La noción de nación, aunque ambigua en su significado, se convierte en el determinante constitucional en las Cortes de Cádiz, así como en las conspiraciones de Valladolid y de Querétaro, tal como lo había sido en la respuesta del Ayuntamiento de la Ciudad de México a la invasión napoleónica en 1808.

El concepto de nación, expresado por destacados líderes como José María Morelos, rechaza la idea de señoríos feudales y establece que el único señorío jurisdiccional corresponde a la nación, como se había proclamado en Cádiz. Este concepto es fundamental en la configuración del poder judicial durante el periodo de transición política.

La estructura judicial establecida, aunque inspirada en el modelo extranjero, enfrentó desafíos en su instrumentación. Al alcanzarse la emancipación respecto de España, la descentralización del poder judicial en las provincias, a las que se reconoció autonomía para resolver pleitos sin intervención del gobierno central, reflejó un federalismo judicial arraigado. La disposición no tardará en encontrar resistencias y críticas que abogaban por una centralización del poder judicial para asegurar la aplicación uniforme de la ley en todo el territorio.

Al matizarse el acendrado federalismo judicial que obligaba que todas las causas feneciesen en el territorio de la provincia en que se habían iniciado, el establecimiento de la Suprema Corte de Justicia como órgano máximo encargado de garantizar la aplicación del orden constitucional general de la República se vio sobrecargado por la vasta cantidad de casos que debía atender, provenientes tanto de los tribunales superiores de los estados como de los tribunales federales. La carga de trabajo, que creció exponencialmente a partir del establecimiento del Amparo contra resoluciones judiciales (caso Miguel Vega, 1869), combinada con la falta de independencia judicial y de escrutinio público auténtico, obstaculizó la capacidad del alto Tribunal para cumplir eficazmente con su función. Ello, sin embargo, se halla muy lejos cronológica e ideológicamente tanto de Cádiz como de 1824.

Así, si bien la Revolución de Independencia en México impulsó una reconfiguración del poder judicial, estableciendo un federalismo judicial y reconociendo la importancia de la independencia judicial para garantizar la imparcialidad en la administración de justicia, los desafíos inherentes a la implementación de este nuevo modelo y la interferencia política continuaron siendo obstáculos para la plena realización de la justicia en el país. A ello no fue ajena, en absoluto, la jurisdicción comercial.

La vacilación venía de Cádiz, asamblea que no fue clara en lo que respecta a la jurisdicción de los Consulados, por mucho que sí lo fuera con la extinción de los señoríos jurisdiccionales y del tribunal del Santo Oficio. El propio padre Arizpe en su *Memoria* de 1811 confesaba “las ventajas que a nuestra monarquía han traído esas corporaciones, y que éstas han sido mayores según se ha aumentado el número de consulados”. Con todo, se preguntaba: “¿Por qué ha de ser juzgado el comerciante a verdad sabida y buena fe guardada y por unos trámites sencillos, y no así el labrador y manufacturero, que sostienen el comercio?” Hay una suerte de hesitación en la condena a esta jurisdicción especialísima, aunque se comprende su incompatibilidad con la soberanía de la nación: “en los consulados se exige para hacer justicia al comerciante, que el juez sea del mismo giro, sin que obste el enlace en los intereses, que es frecuentísimo. No deben tener jurisdicción contenciosa los consulados; uno sea el juez de todos los ciudadanos y una la forma de juzgarlos”.

Y, sin embargo, mientras se reforma “nuestro código mercantil” es preciso “para fomentar la población y el comercio de las provincias internas, establecer un consulado en el Saltillo”¹². Por supuesto que nuestro inquieto diputado obtuvo competencia jurisdiccional para su villa natal, muestra clara de que las mayorías peninsulares no tenían tan clara la necesidad de abrogar la planta multihispánica de los Consulados

12 *Idem*, pp. 129-130.

de Comercio (la palabra “Consulado” no aparece una sola ocasión en la Constitución de 1812)¹³.

¿A qué reforma del Código mercantil se refería Ramos Arizpe? Sin duda, a la prevista en el célebre artículo 258, de larga permanencia en el Constitucionalismo mexicano (todavía lo hallamos en las Bases Orgánicas de 1843): “El código civil y criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”. Si se repara en que el numeral 248 del propio ordenamiento gaditano señala que “en los negocios comunes, civiles y criminales no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas”, es claro que la permanencia de los Consulados en América era una de esas “variaciones” que por “particulares circunstancias” toleraron las Cortes.

Entre tales coyunturas peculiares hay que contar la alianza del Consulado de México con el potente comercio gaditano, respuesta a “la exclusión del potente estrato mercantil ibérico (derivada de las elecciones novohispanas)” que causó “una ruptura en la sociedad colonial de entonces, con implicaciones también estructurales. Este estrato controlaba gran parte del comercio de exportación de la Nueva España y, por medio de la corporación de Cádiz, estuvo en relación directa con los liberales españoles. En mayo de 1811 envió a la regencia una representación para atacar el derecho a la representación criolla con los clásicos argumentos acerca de la inferioridad americana que desde hacía un siglo acompañaban la disputa sobre el Nuevo Mundo¹⁴. La representación se leyó en Cortes, con grave enojo de la fracción americana.

13 Parece en contra de esta interpretación QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Legislación mercantil. Evolución histórica 1325-2005*, (Porrúa /Universidad Nacional, México, 2005), pp. 68-69.

14 ANNINO, Antonio, “Prácticas criollas y liberalismo en la crisis del espacio urbano colonial”, en *El Águila Bifronte. Poder y liberalismo en México*, Enrique MONTALVO (coord.), (INAH, México, 1995), p. 58. Se refiere a la *Representación del consulado de México al Rey Don Fernando VII el 27 de mayo de*

Y, sin embargo de enfados criollos, los Consulados de Comercio se mantuvieron en México, Veracruz y Guadalajara a lo largo de todo el proceso de las Revoluciones hispánicas, e incluso en el primer Imperio independiente se erigió uno nuevo en Puebla¹⁵. No desaparecerán de inmediato, sino mediante procesos lentos y sucesivos que se extienden entre 1824 y 1841, aún sin codificación mercante, por cierto.

Con todo y vaivenes, vacilaciones y compromisos dilatorios, hay que reconocer que la integración territorial de México al inicio de la Independencia (dos o hasta tres de los territorios competenciales de las antiguas Audiencias) fue un éxito sin precedentes en la región (baste contrastarlo con el mapa actual de la América Meridional) y la adopción de los modelos gaditanos (e incluso de sus dilaciones) contribuyó significativamente a este logro.

La sensibilidad de los constituyentes, liderados por Ramos Arizpe, permitió adaptar un modelo análogo, si bien inacabado, a las circunstancias de la América española del Norte. Aunque para 1824 ya no quedaban Napoleón ni Fernando en el horizonte, Ramos Arizpe enfrentó la complicada tarea de constituir una nación con los restos del colapso imperial castellano en los vastos dominios septentrionales. La promoción del comercio -valga decir: su nacionalización- y el acendrado federalismo judicial no deben ser minimizados al considerar el relativo éxito de la empresa, ni mirar los acontecimientos con el confuso prisma que representa el presunto fracaso del federalismo si se le mira desde

1811, (Biblioteca Nacional de Madrid, Sec. Manuscritos, Fondo América, folio 404).

15 CRUZ BARNEY, Óscar, *Historia de la jurisdicción mercantil en México*, (Porrua / Universidad Panamericana / Universidad Nacional, México, 2006), pp. 126-139; CRUZ BARNEY, Óscar, *El Consulado de Comercio de Puebla, Régimen jurídico, historia y documentos 1821-1824*, (IIJ / Universidad Nacional, México, 2006); CRUZ BARNEY, Óscar, *La jurisdicción mercantil en México: de los Consulados mercantiles al Código de Comercio de 1889*, tesis para obtener el doctorado en Derecho, (Universidad Panamericana, México, 2005).

la expedición de la Constitución supuestamente centralista de las Siete Leyes de 1836¹⁶.

5.- Colofón de desmitificaciones:

Como puede apreciarse, conviene desmitificar los conceptos que la historiografía, especialmente la conservadora desde el siglo XIX, ha difundido sobre la Constitución y sobre el conjunto del orden constitucional de 1824, sin pasar por alto el Acta Constitutiva de la Federación, que ha sido prácticamente olvidada durante sus casi doscientos años de existencia. Sorprende enormemente que el pasado 31 de enero (escribo en 2024) no hayamos tenido ningún recuerdo del bicentenario de nuestra federación de repúblicas libres, soberanas e independientes entre sí, tal como proclamó el Acta.

La celebración del bicentenario del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana plantea reflexiones sobre la historia constitucional mexicana, que sólo por aproximación puede confundirse con la neoespañola. Este hito representa las primeras dos décadas de vida republicana y federal, interrumpidas brevemente durante el régimen unitario (1836-1847). El Acta misma proclama la modernidad constitucional y la división de poderes, conceptos ajenos al Antiguo Régimen.

Centrémonos en el tema de la soberanía y la independencia entre las provincias, que tanto preocupó a Servando Teresa de Mier, diputado

16 Cfr. PANTOJA MORÁN, David, *Bases del constitucionalismo mexicano. La Constitución de 1824 y la teoría constitucional*, (Fondo de Cultura Económica, México, 2017); ANDREWS, Catherine, *De Cádiz a Querétaro. Historiografía y bibliografía del constitucionalismo mexicano*, (FCE / CIDE, México, p. 2017) en específico pp. 61-78; GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *et al*, *El centralismo en las constituciones de México*, (Poder Judicial del Estado de México / Tirant lo blanch, México, 2023); SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *Historia mínima de las Constituciones de México*, (El Colegio de México, México, 2013), en específico pp. 171-184.

por el Nuevo reino de León. Pero antes de abordar este punto, recordemos cómo se hizo la transición en México desde la soberanía nacional proclamada por Francisco Primo de Verdad en 1808, en medio de la invasión napoleónica a la península y los grandes temores que existían en la Nueva España y en la ciudad de México, como capital y cabeza “de estos reinos”, hasta llegar a un sistema de estados libres, soberanos e independientes. Creo que la respuesta a esta pregunta radica en el nombre y apellido de José Miguel Ramos Arizpe, el multimencionado y destacado representante de Coahuila y en general de todas las provincias internas de oriente en las Cortes de Cádiz y luego presidente de la Comisión de Constitución en el segundo Congreso Constituyente, que dio lugar al Acta Constitutiva y a la primera Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, el 4 de octubre, día de San Francisco, coincidiendo también con el día en que fue encontrado muerto años antes (1808), en su celda del arzobispado, el propio Francisco Primo de Verdad en el día de su onomástico.

Ramos Arizpe logró sacar adelante el gran proyecto que había estado elaborando desde Cádiz, el gran proyecto de la Federación Mexicana. La historiografía conservadora (y la no tan conservadora, como se acredita con Lorenzo de Zavala) ha sostenido la idea de que en 1824 lo que obtuvimos fue una imitación servil de la Constitución de Filadelfia de 1787, pues simplemente tratamos de aplicar el federalismo de los Estados Unidos a nuestras circunstancias tan diversas. Esta simplificación de las cosas, desde uno y otro lado ideológico, no se corresponde con la realidad. Si contrastamos la Constitución del 24 con la de Filadelfia encontraremos que más bien los principios estadounidenses se vertieron en un molde gaditano que se tradujo en tres instituciones fundamentales de carácter territorial.

No es que el orden mexicano se haya copiado directamente de la Constitución de los Estados Unidos, aunque obviamente hubo influencias que el Constituyente de 1824 reconoce abiertamente al elogiar sin pudor a Washington, Hamilton y Franklin en la exposición de motivos al texto fundamental. Sin embargo, el recipiente, insisto, es doceañista, es

ramosarispeano, y creo que esto se justifica en términos no solo de nuestra guerra de Independencia, sino también de la trayectoria de Ramos Arizpe desde las Cortes de Cádiz hasta el orden constitucional de 1824.

Es interesante observar cómo Mier, quien también había estado en Europa, posee un profundo conocimiento de las fuentes del constitucionalismo. Ha leído a Bentham, a quien cita en el célebre discurso sobre las profecías respecto a la Federación Mexicana (13 de diciembre de 1823) en el que critica principalmente la aplicación del término "soberanía" a los estados, el famoso artículo quinto del proyecto de Acta con el que fray Servando no podía estar de acuerdo. El diputado Rafael Mangino, por el contrario, está a favor de declarar la soberanía para la reunión de estados. Servando sostiene que diciéndole a los señores locales que son soberanos, que lo pueden todo, que están *super omnia*, por encima de todo, sólo se conseguirá que al rato acudan también al Congreso los padres de familia a proclamar la disolución de la República en nombre de la soberanía que tienen para educar a sus hijos, por sólo poner un claro y descarnado ejemplo.

Queda claro que algunos constituyentes probablemente han leído a Voltaire y a Filangieri, pero lo queda más claro respecto de muchos de ellos, y muy marcadamente de Ramos Arizpe, es que son sacerdotes de pueblo y que poseen la sensatez de los curas de provincia, curtidos en la circunstancia local.

La memoria que presenta Ramos Arizpe apenas llegado a Cádiz desde un largo viaje que comenzó cuando fue elegido diputado por su tierra natal, es una joya de descripción de las condiciones políticas, económicas y administrativas de las cuatro provincias internas de Oriente: del Nuevo Reino de León, de donde era nativo el padre Mier, de Coahuila, del Nuevo Santander o las Tamaulipas, con su curato del Real de Borbón y, por supuesto, de la alejada, inmensa y poco poblada provincia de los Tejas (de hecho, en 1843, el año en que murió, sabía ya que Texas se había separado de la Federación desde la guerra de 1835-1836 e intuía que no habría remedio con respecto a esa separación, que debe de haberle dolido mucho).

Ramos Arizpe, más que mexicano, se sentía una especie de patriota de las provincias internas, de todas, de hecho: de las occidentales o Californias, de las centrales, que eran Chihuahua y Nuevo México, y de las orientales, su terruño. Debe de haber afectado mucho su ánimo federalista lo que había ocurrido por la impericia de las primeras Repúblicas y por la ambición de los Estados Unidos.

De hecho, Lucas Alamán describe el carácter de Ramos Arizpe como el de un gran político. En los Parlamentos de los que formó parte, “asomaba como superior su carácter a todos los demás. Y su influencia y su poder en un Congreso consistían en sus relaciones y en sus manejos privados. Acostumbrado a considerar en la política, al contrario que en la geometría, la línea curva como el camino más corto entre dos puntos, nunca, aún en los negocios más sencillos, tomaba otro, teniendo una especie de antipatía a la línea recta”¹⁷.

Al respecto de esa aversión por lo directo, resulta sumamente interesante destacar la famosa admonición que pronunció el joven diputado Alamán ante las Cortes Españolas en 1821, que contó con el respaldo de la inmensa mayoría de las curules indianas, prácticamente con el apoyo de los diputados de todos los países que hoy conocemos como latinoamericanos, Un voto a favor fue retirado de último momento: el de Miguel Ramos Arizpe, quien no estaba de acuerdo con enviar príncipes de la Casa de Borbón a gobernar en las tres secciones de las Cortes que se establecerían en México, Lima y Santa Fe de Bogotá. Una especie de *Commonwealth* basada en la amistad, unión perpetua y comercio libre entre todas las naciones hispánicas. No se materializó, entre otras razones, porque las Cortes de Madrid declararon traidores a la Constitución a los diputados americanos lo cual, evidentemente, precipitó la fase final de nuestros movimientos de independencia.

17 ALAMÁN, Lucas, *Historia de México. Desde los primeros movimientos que prepararon su Independencia en el año de 1808 hasta la época presente*, (edición de José Mariano Lara, México, 1852) III, pp. 44-46.

Es preciso aclarar que, como ha destacado el maestro Elisur Arteaga¹⁸, el Constituyente de 1823-1824, el segundo Constituyente de México, no es un Constituyente libre, pues está vinculado por el ya mencionado voto del Congreso de junio de 1823, en el que las provincias ariscas de Jalisco, Zacatecas, Oaxaca y Yucatán arrancaron un voto a la asamblea en favor de la Federación republicana, de una Federación de estados libres y soberanos

La herida abierta en aquel momento, y que sigue siendo relevante hoy, es la referente a la Jefatura de Estado, claramente verificable en el proyecto de Acta constitutiva de la Nación que se redactó el 20 de noviembre de 1823 y que luego se transformó en el proyecto de Acta constitutiva de la Federación. En este proyecto, Ramos Arizpe incluyó un viejo sueño de Agustín de Iturbide: el de un Congreso constituyente bicameral, en el cual el Senado revisaría la labor de Constitución aprobada por la Cámara de diputados. La disposición desapareció del texto definitivo del Acta de la Federación, al igual que la idea de que el Presidente de la República no es tal, sino el Jefe de la Unión. En efecto, en el artículo 16 del proyecto de Acta constitutiva se deposita el poder ejecutivo, sin mencionar a la República ni a la nación, en un individuo con el nombre de “Presidente de la Federación Mexicana”.

Queda, con todo, la impresión de que la impronta ejecutiva proviene más de Cádiz que de las instituciones de Filadelfia. En las tres instituciones territoriales de impronta gaditana, la figura de Ramos Arizpe fue fundamental. Hemos visto que la preocupación principal de los regnícolas en las Cortes de Cádiz fue mantener unida la antigua estructura del Virreinato de la Nueva España. Diputaciones provinciales se establecieron en la España peninsular en prácticamente todos los territorios, especialmente en las provincias castellanas, andaluzas y extremeñas, que

18 En varios escritos. El más reciente, ARTEAGA NAVA, Elisur, “Doscientos años de organización federal”, *Proceso*, México, 5 de febrero de 2024. Consulta en línea el 29 de febrero de 2024.

contaban con una o varias Diputaciones como una suerte de agencias de “amigos del país”, dirigidas cada una por un Jefe político superior. En la América española del Norte, se previó establecer únicamente seis Diputaciones provinciales para un vasto territorio de más de cinco millones de kilómetros cuadrados. Este es el contexto en el que se llevaría a cabo la Independencia del Imperio Mexicano.

En 1821, el conflicto entre la Regencia y su Presidente frente a la Suprema Junta Provisional Gubernativa, que casi de inmediato se auto-declaró soberana, y el posterior Congreso Constituyente del Imperio Mexicano, demuestra la importancia de la cuestión: Congreso con pretensiones soberanas, Ejecutivo también y provincias, no menos.

Respecto a otras instituciones doceañistas, aclaremos que los Ayuntamientos constitucionales no eran los municipios castellanos de herencia romana. Nueva España poseía alrededor de cincuenta ayuntamientos al inicio de la guerra de Independencia y para 1824, gracias a la disposición de la Constitución de 1812, ya había más de mil en todo el país. Esto se debió a la propuesta de Ramos Arizpe en Cádiz para establecer un Ayuntamiento constitucional en cada villa, lugar y ciudad con más de mil habitantes. El cambio puso fin al autogobierno de las parcialidades de naturales en lugares como Oaxaca, Chiapas y la Intendencia de México. Los antiguos caciques indígenas fueron desplazados por las oligarquías criollas, que pronto controlaron el complicado sistema electoral derivado del orden constitucional, lo que no dejó de tener consecuencias apreciables en la labor de promoción del comercio entre regiones.

En cuanto a las Audiencias provinciales, nuevamente gracias a Ramos Arizpe, a pesar de la resistencia antifederalista de los peninsulares en Cádiz, se estableció una Audiencia en cada provincia de la Monarquía. Por cierto, nuestro inquieto *Chato* logró que la Audiencia del norte de México se estableciera en Saltillo, su villa natal. Con el federalismo, cada Audiencia (más imaginada que efectiva) se convirtió primero en Supremo y luego en Superior Tribunal de Justicia de cada uno de los estados de la Unión Mexicana.

Un aspecto importante de la Constitución de Cádiz (artículo 262) que tuvo positividad en México hasta 1869 fue que todas las causas civiles y penales debían fenecer en el territorio de la provincia donde surgieron “hasta su última instancia y ejecución de la última sentencia”, como proclamó la Constitución mexicana de 1824 en su artículo 160¹⁹. La Suprema Corte de Justicia de la Nación no era un tribunal constitucional ni nacional, sino el tribunal supremo del orden federal, con competencia exclusiva para cuestiones federales. En cambio, los Supremos Tribunales de los Estados poseían competencia hasta la última instancia para resolver los asuntos locales, con escasos recursos de nulidad de actuaciones ante la instancia nacional. Esta situación perduró hasta que se estableció el amparo invasor, el juicio federal contra actuaciones judiciales, marcando un cambio significativo en el federalismo mexicano.

En cuanto a las reformas constitucionales del primer momento independiente, se observa una superposición de planes y programas de gobierno sobre el sustrato constitucional subyacente. El Acta constitutiva de la Federación en su versión definitiva refleja el intento por mantener un gobierno triunviral en el ejecutivo, con posibilidad de encargarlo a residentes no nativos, evidenciando la tendencia hacia una estructura de gobierno acotada.

La disposición del Congreso de la Unión para regular el comercio interno y externo, evitando que los caciques locales controlaran las alcabalas, subraya la lucha por preservar la unidad nacional. A pesar de los desafíos, el orden constitucional de 1824 se mantuvo como un elemento unificador para la Nación mexicana, contrarrestando las divisiones internas y preservando la soberanía y la República. En comparación con Centroamérica, donde las divisiones internas llevaron a la formación de varios países independientes, el éxito del constitucionalismo mexicano del 24 en mantener la unidad nacional fue un logro notable, por lo que

19 MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Pablo, *Historia mínima de la Suprema Corte de Justicia de México*, (El Colegio de México, México, 2019), p. 25

nada debe obstar para reconocer el talento y la visión de los constituyentes de nuestro período de orto constitucional.

Bibliografía:

- ALAMÁN, Lucas, Historia de México. Desde los primeros movimientos que prepararon su Independencia en el año de 1808 hasta la época presente, (edición de José Mariano Lara, México, 1852) III, pp. 44-46.
- ANDREWS, Catherine, De Cádiz a Querétaro. Historiografía y bibliografía del constitucionalismo mexicano, (FCE / CIDE, México, p. 2017).
- ANNINO, Antonio, “Prácticas criollas y liberalismo en la crisis del espacio urbano colonial”, en El Águila Bifronte. Poder y liberalismo en México, Enrique MONTALVO (coord.), (INAH, México, 1995).
- ARTEAGA NAVA, Elisur, “Doscientos años de organización federal”, Proceso, México, 5 de febrero de 2024. Consulta en línea el 29 de febrero de 2024.
- CÉSPEDES DEL CASTILLO, Guillermo, “América en la monarquía”, en Actas del Congreso Internacional sobre ‘Carlos III y la Ilustración’ (Ministerio de Cultura, Madrid, 1988).
- CRUZ BARNEY, Óscar, El Consulado de Comercio de Puebla, Régimen jurídico, historia y documentos 1821-1824, (IIJ / Universidad Nacional, México, 2006).
- CRUZ BARNEY, Óscar, Historia de la jurisdicción mercantil en México, (Porrúa / Universidad Panamericana / Universidad Nacional, México, 2006).
- CRUZ BARNEY, Óscar, La jurisdicción mercantil en México: de los Consulados mercantiles al Código de Comercio de 1889, tesis para obtener el doctorado en Derecho, (Universidad Panamericana, México, 2005).
- DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, “Dominio territorial y pacto regional en la emergencia del Estado mexicano: Imperio o Federación”, XXV Coloquio de Antropología e Historia regionales, (El Colegio de Michoacán, Zamora, octubre de 2003).
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, et al, El centralismo en las constituciones de México, (Poder Judicial del Estado de México / Tirant lo blanch, México, 2023).
- GROSSI, Paolo, Un historiador del Derecho a la búsqueda de sí mismo, trad. Mariana DEL ARENAL MARTÍNEZ DEL CAMPO, (Escuela Libre de Dere-

- cho / Tirant lo blanch, México, 2023), LANDI, Andrea, *Storia giuridica per futuri guiristi. Temi e questioni*, (G. Giapichelli Editore, Turín, 2015).
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Pablo, *Historia mínima de la Suprema Corte de Justicia de México*, (El Colegio de México, México, 2019).
- ORTIZ ESCAMILLA, Juan, *De la guerra civil a la guerra por la independencia de México 1810-1825*, col. *Discursos de ingreso a la Academia Mexicana de la Historia*, (Academia Mexicana de la Historia / Secretaría de Educación Pública, México, 2019).
- PANTOJA MORÁN, David, *Bases del constitucionalismo mexicano. La Constitución de 1824 y la teoría constitucional*, (Fondo de Cultura Económica, México, 2017).
- PIESTSCHANN, Horst, “Conciencia de identidad, legislación y derecho: algunas notas en torno al surgimiento del ‘individuo’ y de la ‘nación’ en el discurso político de la monarquía española durante el siglo XVIII”, *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas*, *Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Toledo, 19 a 21 de octubre de 1998, Feliciano BARRIOS PINTADO (coord.), (Cortes de Castilla-La Mancha / Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2002).
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Legislación mercantil. Evolución histórica 1325-2005*, (Porrúa / Universidad Nacional, México, 2005).
- RAMOS ARIZPE, Miguel, *Discursos, Memorias e Informes*, (Cámara de diputados / Universidad Nacional, México, 2022). SANTARELLI, Umberto, *Mercantes y sociedades entre mercantes*, trad. Jimena SILVA SALGADO, (Universidad de Pisa / Escuela Libre de Derecho, México, 2010).
- SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *Historia mínima de las Constituciones de México*, (El Colegio de México, México, 2013).

Tercera Parte: Derecho Internacional.

La contribución del acuerdo Unión Europea-México a la gobernanza medioambiental internacional.

Por: Leonardo Pasquali

Departamento de Derecho – Universidad de Pisa

Resumen: El artículo analiza si el nuevo acuerdo comercial entre la Unión Europea y México puede desempeñar un papel en la gobernanza medioambiental internacional, y en qué medida. La cuestión podría parecer peregrina, dado que se trata de un acuerdo aparentemente doblemente limitado, en el plano material (por tratarse de un acuerdo comercial) y en el espacial, por tratarse de un acuerdo bilateral que sólo afecta a la Unión Europea y a México. Un examen de las normas jurídicas contenidas en el propio acuerdo indica, sin embargo, que efectivamente puede contribuir, hasta cierto punto, a la gobernanza medioambiental internacional. Esto es posible porque, en primer lugar, el acuerdo no sólo contiene disposiciones sobre la liberalización del comercio sino que, siguiendo el modelo de la nueva generación de acuerdos comerciales de la Unión Europea, también contiene disposiciones sobre el desarrollo sostenible y, en particular, sobre la protección del medio ambiente. Además, se trata de normas que, aunque perfectibles, son sin duda más avanzadas que las vigentes en el derecho internacional global, en particular a la luz de las dificultades que atraviesa actualmente la OMC. Por lo tanto pueden servir de modelo para toda la comunidad internacional.

Palabras Clave: Gobernanza medioambiental internacional. Tratado de Libre Comercio UE-México. Acuerdos comerciales de nueva generación. Política comercial de la UE.

Riassunto: L'articolo analizza se ed in che misura il nuovo accordo commerciale tra Unione Europea e Messico possa svolgere un ruolo nella governance internazionale dell'ambiente. La questione potrebbe sembrare peregrina, dato che si tratta di un accordo apparentemente doppiamente limitato, sul piano materiale (in quanto appunto si tratta di un accordo commerciale) e sul piano spaziale essendo un accordo di tipo bilaterale che riguarda solo l'Unione Europea e il Messico. L'esame delle norme giuridiche contenute nell'accordo stesso indica, tuttavia, che effettivamente esso può, in una certa misura, contribuire alla governance internazionale dell'ambiente. Ciò è possibile in quanto, in primo luogo, l'accordo non solo contiene disposizioni relative alla liberalizzazione degli scambi commerciali ma, seguendo il modello degli accordi

commerciali di nuova generazione dell'Unione Europea, contiene anche disposizioni sullo sviluppo sostenibile e, in particolare, sulla protezione dell'ambiente. Si tratta, inoltre, di norme che, pur perfettabili, risultano indubbiamente più avanzate rispetto a quelle vigenti nel diritto internazionale globale, anche alla luce delle difficoltà che sta attraversando l'OMC. Possono pertanto fungere da modello per l'intera comunità internazionale.

Parole Chiave: Governance ambientale internazionale. Accordo di libero scambio UE-Messico. Accordi commerciali di nuova generazione. Politica commerciale dell'UE.

Abstract: *This article analyses whether and in what extent the new trade agreement between EU and Mexico plays a role in the international governance of the environment. This could be a far-fetched issue given that it is an agreement that seems to be doubly limited: materially (since it is a trade agreement) and geographically, since it is a bilateral agreement that only concerns the European Union and Mexico. However, the analysis of the legal provisions of the agreement shows that it can, to a certain extent, contribute to the international governance of the environment. This is possible because the agreement does not only contain provisions on trade liberalisation. Indeed, following the model of the new-generation trade agreements of the European Union, it also contains provisions on sustainable development and, in particular, on environmental protection. Moreover, even if these provisions could still be improved, they are with no doubt more advanced than those in force in the general international law, also in view of the difficulties WTO is currently facing. Thus, they can serve as a model for the whole international community.*

Keywords: International environmental governance. EU-Mexico New Free Trade Agreement. New generation Trade Agreements. EU trade policy.

Sumario: 1.- Introducción. 2.- La relación entre comercio y medio ambiente en las normas del nuevo acuerdo comercial entre la Unión Europea y México. 3.- El enfoque del nuevo acuerdo entre la Unión Europea y México sobre comercio y medio ambiente en el contexto de la evolución del derecho internacional en la materia. 4.- El enfoque del acuerdo sobre comercio y medio ambiente entre la Unión Europea y México a la luz del derecho de la Unión Europea en la materia. 5.- Consideraciones finales.

1.- Introducción:

El 21 de abril de 2018, la Unión Europea y México firmaron el “*acuerdo de principio*” para un nuevo acuerdo de asociación que, en las palabras de la entonces comisaria europea de Comercio, Cecilia Malmström, pre-

tendía abrir un nuevo capítulo de una “*larga y fructífera relación*” entre ambos socios¹.

A diferencia de muchos otros acuerdos comerciales celebrados recientemente por la Unión Europea, el acuerdo de 2018 con México no es el primero entre ambas partes. De hecho, ya existe un acuerdo en vigor entre ellas, el Acuerdo de asociación económica, concertación política y cooperación (también llamado “Acuerdo Global”), celebrado en 1997 y en vigor desde 2000², que regula sus relaciones comerciales. La intención de las partes es de sustituir el “Acuerdo Global” por un nuevo tratado más moderno y profundo, más acorde con la actual estrategia de política comercial de la Unión Europea.

En otras palabras, sustituir un acuerdo comercial de “primera generación” por un acuerdo comercial de “nueva generación”³.

- 1 V. Comisión Europea, *La UE y México alcanzan un nuevo acuerdo sobre comercio*, Bruselas, Comunicado de prensa, 21 de abril de 2018. El documento puede consultarse en Internet, en español, en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_782. Último acceso: 13.02.2024.
- 2 V. *Acuerdo de asociación económica, concertación política y cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los Estados Unidos Mexicanos, por otra - Acta final - Declaraciones*. El texto completo del acuerdo puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A22000A1028%2801%29>. Último acceso: 15.02.2024.
- 3 Sobre los acuerdos comerciales de nueva generación de la Unión Europea en general, véase G.M. RUOTOLO, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, pp. 329-354; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Permanencia y expansión del bilateralismo: Los acuerdos comerciales de “Nueva Generación” entre la Unión Europea y terceros países*, en *La Ley Unión Europea*, 2019, pp. 1-59; I. BARTHESAGHI, N. DE MARIA CALVELO; N. MELGAR ALASSIO, M.E. PEREIRA, *La nueva generación de acuerdos de la Unión Europea y sus implicaciones en el sistema internacional*, en E. TREMOLADA ÁLVAREZ (ed.), *Gobernanza, cooperación internacional y valores de*

Por lo tanto, el acuerdo de principio alcanzado por la UE y México (aunque todavía no sea vinculante a fecha de hoy⁴) constituye un elemento más de la política comercial de la UE que pretende complementar el comercio con consideraciones no puramente comerciales.

La Unión Europea tiene, en efecto, una larga tradición de acuerdos comerciales con sus socios⁵. De hecho, la UE es hoy uno de los prin-

mocráticos comunes, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019; G. ADINOLFI (ed.), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli Editore, 2021; J. MAILLO, *Acuerdos comerciales UE de "Nueva Generación": origen, rasgos y valoración*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, 2021; M. BRONCKERS, G. GRUNI, *Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements*, in *Journal of International Economic Law*, 2021, pp. 25-51; PHILIPPE VINCENT, *Les nouveaux accords commerciaux conclus par l'Union Européenne*, en *Cahiers de Science Politique de l'Université de Liège*, 2021, pp. 54-76.

4 De hecho, falta más de un pasaje. Como aclara la Comisión: “*The texts are published for information purposes only and may undergo further modifications including as a result of the process of legal revision (...). These texts are without prejudice to the final outcome of the agreement between the EU and Mexico. The texts will be final upon signature. The agreement will become binding on the Parties under international law only after completion by each Party of its internal legal procedures necessary for the entry into force of the Agreement (or its provisional application).*”; véase el descargo de responsabilidad en la página web dedicada al acuerdo en el enlace: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/mexico/eu-mexico-agreement/agreement-principle_en.

5 Aunque, como recuerda la doctrina, “*La UE ha realizado un giro bastante brusco en su política exterior en el último tiempo, cuando priorizó el acceso a nuevos mercados... Antes la política comercial de la UE, en relación con la firma de acuerdos comerciales, estaba muy limitada a sus ex colonias, en particular su política con algunos países africanos, así como el acercamiento con economías en desarrollo de América Latina. Sin embargo, la estrategia política de la UE dio un vuelco significativo, mostrando ahora prioridad en su interés económico sobre cualquier otro aspecto, obteniendo acuerdos de libre*

cipales actores del sistema económico internacional, entre otras cosas porque ha establecido la mayor red comercial del mundo, habiendo celebrado actualmente cuarenta y siete acuerdos comerciales que abarcan hasta setenta y nueve países.

Sobre la base de estas consideraciones, en las páginas que siguen se intentará responder a una pregunta fundamental, o sea si un acuerdo comercial, como el celebrado entre la Unión Europea y México, que además es limitado bajo el punto de vista espacial (ya que sólo afecta a los Estados miembros de la UE y a México, y no a la comunidad internacional en su conjunto) puede afectar a la gobernanza medioambiental internacional, y de qué manera.

2.- La relación entre comercio y medio ambiente en las normas del nuevo acuerdo comercial entre la Unión Europea y México:

Partiendo del examen de los datos normativos⁶, el primer elemento que se puede extraer es que, efectivamente, aunque el acuerdo entre la UE y México dedica un amplio espacio a la eliminación de aranceles y a la liberalización del comercio⁷ -lo que no es en absoluto sorprendente,

comercio más globales o profundos que los que se practicaban en el pasado"; I. BARTHESAGHI, N. DE MARIA CALVELO; N. MELGAR ALASSIO, M.E. PEREIRA, *La nueva generación cit.*, p. 452.

- 6 Dado que, como se ha mencionado anteriormente, aunque se ha alcanzado un acuerdo de principio, el texto final del acuerdo no ha entrado en vigor (ya que aún debe ser revisado, firmado y ratificado), el siguiente análisis se basará en el texto del acuerdo de principio.
- 7 La Comisión Europea señaló cómo: "*En virtud del nuevo acuerdo UE-México, la práctica totalidad del comercio de mercancías entre la UE y México estará exenta de derechos de aduana*", v. Comisión Europea, Bruselas, Comunicado de prensa, 28 de abril de 2020. El documento puede consultarse en Internet: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_756. Último acceso: 15.02.2024. De hecho, el primer artículo del Título I del Capítulo

ya que no deja de ser un acuerdo comercial- no contiene exclusivamente disposiciones relativas a la circulación de mercancías. Al revés, en el acuerdo se adopta un enfoque denominado de “*deep trade*”⁸.

Esto significa que muchos de los aspectos clave regulados por el nuevo acuerdo entre la UE y México se refieren a cuestiones, aspectos o sectores que tradicionalmente no se contemplan en los acuerdos comerciales “standard”, denominados de “primera generación”. En concreto,

Horizontal and final provisions del Acuerdo de Principio prevé el establecimiento de “a free trade area, consistent with Article XXIV of GATT 1994 and Article V of GATS”. El texto del Capítulo, únicamente en inglés, puede consultarse en: <https://circabc.europa.eu/ui/group/09242a36-a438-40fd-a7af-fe32e36cbdoe/library/fe4a4099-bado-40db-8968-49bffa43d204/details>. Último acceso: 15/02/2024.

- ⁸ “Con l'espressione 'deep trade'... si fa... riferimento alla tendenza ad approfondire ('to deepen', per l'appunto) le relazioni economiche tra un limitato numero di Stati mediante specifici accordi internazionali, al fine di aumentare la compatibilità dei rispettivi ordinamenti giuridici attraverso la loro armonizzazione, piuttosto che creare legami con il maggior numero possibile di Stati, ampliando così ('to broaden') il numero dei partner a discapito però della profondità del legame instaurato che, necessariamente, tenderà, in questo caso, ad assestarsi su livelli più bassi di integrazione. Mentre quest'ultimo approccio è generalmente fondato su meccanismi di rimozione delle barriere tariffarie come la clausola della nazione più favorita, il primo pone maggiore attenzione alle barriere non tariffarie e alla creazione, tra i partner, di sistemi giuridici di regolamentazione che siano il più possibile simili tra loro e, proprio per le caratteristiche descritte, viene sovente indicato come uno dei fattori responsabili della crisi del sistema commerciale multilaterale e della sua frammentazione in sottosistemi”; v. G. M. RUOTOLO, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi*, cit, pp. 345-346. La UE y el “Deep trade” es también el tema tratado en el volumen de B. A. MELO ARAUJO, *The EU's Deep Trade Agenda*, Oxford, OUP, 2016.

contiene, entre otras, normas sobre circulación de servicios⁹ y establecimiento de personas¹⁰, sobre reconocimiento mutuo de cualificaciones profesionales, comercio electrónico¹¹, propiedad intelectual (incluidas normas sobre indicaciones geográficas), especificaciones técnicas y normas, normas sobre energía y materias primas, pequeñas y medianas empresas, protección de los consumidores¹², transparencia, normas para prevenir y combatir la corrupción, pero también (y sobre todo, a efectos de este escrito) disposiciones sobre la protección del medio ambiente

9 La idea básica es garantizar la “*level playing field*” entre los proveedores de servicios de la UE y de México. Para ello, se han establecido disposiciones *ad hoc* para la regulación de sectores de servicios específicos, como: servicios de transporte marítimo (que incluyen los servicios postales y exprés), telecomunicaciones, servicios financieros y servicios marítimos.

10 Por ejemplo, existen normas que permiten a los profesionales residentes en un Estado miembro de la UE o residentes en México, trasladados temporalmente con fines empresariales, establecerse en el territorio de la otra parte (en México o en un Estado miembro de la UE); véanse los artículos 4.1, 4.3, 4.4, 4.5, 4.6 del Capítulo IV del Acuerdo de Principio, *Temporary presence of natural persons for business purposes*. Aunque las disposiciones sobre esta materia también están presentes en el AGCS (GATS), una comparación de los dos tratados internacionales muestra fácilmente que las normas contenidas en el acuerdo entre la UE y México son sin duda más generosas.

11 V. Capítulo *Digital Trade*, arts. 1-11. También se prevé la posible inclusión de una disposición sobre el flujo de datos. De hecho, el texto del Acuerdo de Principio establece que, en un plazo de tres años tras la entrada en vigor del Acuerdo, las Partes revisarán la necesidad de incluir disposiciones sobre la libre circulación de datos en el Acuerdo.

12 Por ejemplo, el Art. 10 del Capítulo de *Technical Barriers to Trade*, que regula las marcas y el etiquetado, el Art. 14 y el Art. 17 de la Sección de *Telecommunications services*, que tratan de la confidencialidad de la información y la itinerancia telefónica, respectivamente, y el Art. 7 del Capítulo de *Digital Trade*, que pretende garantizar la seguridad en línea de los consumidores en el caso del comercio electrónico.

(y las condiciones de trabajo), así como sobre temas como la seguridad alimentaria y la salud de la flora y la fauna.

De hecho, un capítulo entero del acuerdo¹³, que consta de nada menos que 18 artículos, está dedicado al comercio y el desarrollo sostenible.

Un primer perfil digno de atención es la opción básica adoptada por las partes, que consiste en situar el comercio y la atracción de inversiones en una posición accesoria a la protección del medio ambiente. La idea expuesta en el acuerdo es que el aumento del comercio no puede ir en detrimento del medio ambiente, sino que, al contrario, debe ser una herramienta para fomentar el crecimiento económico, al tiempo que se garantiza la protección del medio ambiente y se promueve el desarrollo social¹⁴. Para ello, el desarrollo de las relaciones comerciales y económi-

13 El texto del capítulo *Trade and Sustainable Development*, sólo en inglés, puede consultarse en: <https://circabc.europa.eu/ui/group/09242a36-a438-40fd-a7af-fe32e36cbdoe/library/ec8b7432-1b1a-422a-86c5-7b9ab158694a/details>. Último acceso: 15.02.2024.

14 Como es bien sabido, el concepto de desarrollo sostenible se basa en tres pilares fundamentales: la dimensión económica, la dimensión social y la dimensión medioambiental. Para un estudio del desarrollo sostenible analizado desde la perspectiva del derecho internacional véase, *ex multis*, V. BARRAL, *Le développement durable en droit international. Essai sur les incidences juridiques d'une norme évolutive*, Bruselas, Emile Bruylant, 2016; C. DÍAZ BARRADO, *Los Objetivos De Desarrollo Sostenible: Un Principio De Naturaleza Incierta*, en *Anuario Español De Derecho Internacional*, 2016; I. INGRAVALLO, *Lo sviluppo sostenibile a cinquant anni dalla Conferenza di Stoccolma*, en *Liber Amicorum Sergio Marchisio*, vol. II, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 831 y ss. Así, en el concepto de desarrollo sostenible, como se acepta puntualmente en el acuerdo entre la Unión Europea y México, además de la protección del medio ambiente, se incluye también la protección de las condiciones de trabajo. De hecho, en el artículo 1.1 del Capítulo sobre *Trade and Sustainable Development* se aclara que: “*The objective of this Chapter is to enhance the integration of sustainable development in the Parties' trade and investment relationship, notably by establishing principles and actions*

cas entre las partes (razón de ser fundamental del acuerdo entre la UE y México) debe realizarse de manera que contribuya a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible¹⁵ respetando las normas y objetivos medioambientales, promoviendo un crecimiento verde inclusivo y la transición hacia un modelo de economía circular¹⁶.

Como se establece claramente en el artículo 2 del capítulo antes mencionado, las Partes no pueden, con el fin de fomentar el comercio o la inversión, debilitar los niveles de protección proporcionados por su legislación medioambiental nacional¹⁷, ni derogar (u ofrecer hacerlo) sus leyes medioambientales nacionales¹⁸, ni evitar la aplicación efectiva de sus leyes medioambientales nacionales mediante una conducta activa u omisiva reiterada¹⁹, sino que, de forma más general, deben esforzarse por mejorar sus leyes y políticas para garantizar un nivel elevado y eficaz de protección medioambiental²⁰. Sin embargo, tienen pleno derecho a decidir qué nivel de protección conceden al medio ambiente

concerning labour and environmental aspects of sustainable development of specific relevance in a trade and investment context". Dada la temática de esta contribución, nos limitaremos a analizar el tema desde el punto de vista del derecho ambiental, con la advertencia expresa de que lo expuesto también es aplicable al derecho laboral. Los interesados específicamente en este último pueden leer el comentario crítico de M. BRONCKERS, G. GRUNI; *Taking the enforcement of labour standards in the EU's free trade agreements seriously*, en *Common Market Law Review*, 2019, pp. 1591-1622.

¹⁵ Véase el artículo 1(3)(b) del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

¹⁶ Véase el artículo 1(3)(c) del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

¹⁷ Véase el apartado 3 del artículo 2 del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

¹⁸ Véase el apartado 4 del artículo 2 del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

¹⁹ Véase el apartado 5 del artículo 2 del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

²⁰ Véase el apartado 2 del artículo 2 del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

en su legislación nacional, dentro de las limitaciones del derecho internacional²¹.

Un aspecto importante es la introducción del principio de cautela como parámetro que debe utilizarse al evaluar la adopción de medidas de protección del medio ambiente: aplicando este principio, las partes pueden adoptar medidas de protección del medio ambiente incluso en ausencia de datos científicos ciertos y suficientes²².

El principio rector es que el desarrollo del comercio no puede tener lugar ignorando las razones del medio ambiente o, peor aún, sacrificándolo, como solía ocurrir en el pasado. Esta cuestión es central, en la medida en que representa el paso decisivo de un sistema basado en el comercio libre a otro basado en el comercio justo.

En el acuerdo entre la Unión Europea y México, por lo tanto, el perfil medioambiental (así como el social) se considera estrechamente vinculado al más puramente económico/comercial, ya que constituyen “las tres dimensiones interdependientes del desarrollo sostenible que se refuerzan mutuamente”²³.

Estas declaraciones de principios se plasman en los compromisos que las partes asumen en diversas ramas del Derecho medioambiental.

En primer lugar, en el ámbito del cambio climático²⁴, las Partes asumen obligaciones específicas: cumplir sus compromisos en virtud del

²¹ Véase el apartado 1 del artículo 2 del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

²² Véase el artículo 11 del Capítulo *Trade and Sustainable Development*. En cualquier caso, se aclara que las medidas “*shall be consistent with, or justified by, this Agreement*”. También se estipula que las medidas estarán sujetas a revisión periódica, debiendo la Parte que adopte la medida buscar información científica nueva o adicional necesaria para una evaluación más decisiva.

²³ Véase el artículo 1(3)(a) del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

²⁴ Véase el artículo 5 del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) y su Protocolo de París; promover la contribución del comercio a la transición hacia una economía sostenible con bajas emisiones de carbono; y fomentar un crecimiento económico verde basado en acciones de mitigación y adaptación al cambio climático.

Los otros sectores que se tienen expresamente en cuenta mediante la aprobación de reglamentos *ad hoc* son la biodiversidad²⁵, los bosques²⁶, la pesca y la acuicultura²⁷ y la gestión responsable de las cadenas de suministro²⁸.

La idea subyacente, común a estas disposiciones, es que la gestión y el comercio de recursos naturales como los productos forestales, la pesca y la fauna salvaje deben ser sostenibles. Para lograrlo, las partes se comprometen a luchar contra comportamientos como la deforestación o la degradación de los bosques y la pesca ilegal, impidiendo el comercio de productos obtenidos ilegalmente y fomentando al mismo tiempo el comercio de productos que, por el contrario, contribuyan a la conservación de la biodiversidad.

Estos compromisos concretos que asumen las partes son una especificación de su obligación general de respetar, promover y aplicar efectivamente los principios y directrices que existen en el derecho internacional del medio ambiente, como los reconocidos en los acuerdos internacionales sobre medio ambiente²⁹ y, en particular, en el marco de

²⁵ Véase el artículo 6 del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

²⁶ Véase el artículo 7 del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

²⁷ Véase el artículo 8 del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

²⁸ Véase el artículo 9 del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

²⁹ *“Article 4 - Multilateral Environmental Governance and Agreements - 1. The Parties recognise the importance of the United Nations Environment Assembly (UNEA) of the United Nations Environment Programme (UNEP) and multilateral environmental governance and agreements as a response of the international community to global or regional environmental challenges and stress the need to enhance the mutual supportiveness between trade and en-*

los instrumentos de convenios multilaterales existentes en los ámbitos mencionados, como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (UNFCCC) y el Acuerdo de París sobre el Clima³⁰, el Convenio de Río de Janeiro sobre la Diversidad Biológica (CDB), la Convención de Washington sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)³¹, sin olvidar la

vironment policies. - 2. Recalling the paragraph 1 above and in order to support the multilateral governance, each Party shall effectively implement the multilateral environmental agreements (MEAs), protocols and amendments to which it is a party. - 3. The Parties shall regularly exchange information on their respective initiatives regarding the ratifications of MEAs, including their protocols and amendments. - 4. The Parties shall consult as appropriate and should cooperate on trade-related environmental matters of mutual interest, including in the context of multilateral environmental agreements. - 5. The Parties [acknowledge / reaffirm] the right to invoke Article XX (General Exceptions Trade in Goods and Article XY (General Exceptions Trade in Services) in relation to measures taken pursuant to MEAs to which they are party.”, Capítulo Trade and Sustainable Development.

³⁰ *“Article 5 - Trade and Climate Change - 1. The Parties recognise the importance of pursuing the ultimate objective of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) in order to address the urgent threat of climate change and the role of trade to this end. - 2. Pursuant to paragraph 1, each Party shall: (a) effectively implement the UNFCCC and the Paris Agreement established thereunder, including through actions that contribute to the implementation of the Parties’ National Determined Contributions (NDCs); (b) promote the positive contribution of trade to the transition to a sustainable low-carbon economy and to climate-resilient development; (c) promote green economic growth based on actions on climate change mitigation and adaptation, including ecosystem-based adaptation renewable energies and energy efficient solutions. - 3. In addition, the Parties should cooperate on trade-related climate change issues bilaterally, regionally and in international fora as appropriate, including in the UNFCCC, the WTO and the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer.”; ibid.*

³¹ *“Article 6 - Trade and biological diversity - 1. The Parties recognise the importance of conserving and sustainably using biological diversity and the role of*

Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y otros actos pertinentes de las Naciones Unidas³².

trade in pursuing these objectives, consistent with the Convention on Biological Diversity (CBD) and its Protocols, the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES), other relevant international instruments to which they are a party, and the decisions and resolutions adopted thereunder. - 2. Parties recognize that mainstreaming the conservation and sustainable use of biological diversity across relevant sectors of the economy and strengthening of legal, institutional and regulatory domestic frameworks can contribute to generate positive impacts on biological diversity and its ecosystem services as well as to achieve sustainable development. - 3. Pursuant to paragraph 1, each Party shall: (a) implement effective measures to combat illegal wildlife trade, including through cooperation activities with third countries, as appropriate; (b) promote the inclusion of animal and plant species in the Appendices to the CITES where the conservation status of that species is considered at risk because of international trade and conduct periodic reviews, which may result in a recommendation to amend the Appendices to the CITES, in order to ensure that they properly reflect the conservation needs of species subject to international trade; (c) promote the long-term conservation and sustainable use of CITES listed species, including their legal and traceable trade, providing benefits to the stakeholders in their value-chain, in particular to the local communities where CITES species are sourced; (d) take measures to conserve biological diversity when it is subject to pressures linked to trade and investment, in particular through measures to prevent the spread of invasive alien species; and (e) exchange information with the other Party on initiatives on trade in natural resource based products with the aim of promoting conservation and sustainable use of biological diversity and promote such trade. - 4. Each Party should cooperate with the other Party bilaterally, regionally and in international fora, including with relevant stakeholders, on issues concerning trade and the conservation and sustainable use of biological diversity, as well as the combat of illegal wildlife trade, including initiatives to reduce demand for illegal wildlife products and specimens, and to enhance law enforcement cooperation and information sharing”; ibid.

³²

“The Parties recall the Agenda 21 and the Rio Declaration on Environment and Development of 1992, the Johannesburg Plan of Implementation on Sus-

Además, y de nuevo con vistas a promover el desarrollo sostenible, hay un artículo específico que dicta la obligación de cooperar, estipulando que las partes “trabajarán juntas” para alcanzar los objetivos del Capítulo sobre Comercio y Desarrollo Sostenible³³. En cuanto a los aspectos medioambientales, el compromiso adquirido abarca varias áreas de evidente relevancia para la promoción del desarrollo sostenible, entre ellas el régimen internacional actual y futuro en materia de cambio climático, incluidos los medios para promover las tecnologías con bajas emisiones de carbono y la eficiencia energética³⁴; la promoción de un crecimiento ecológico integrador y la adopción de enfoques de economía circular³⁵; la gestión de los productos químicos y de los desechos³⁶; la protección y restauración de los ecosistemas, el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización (siguiendo la disciplina dictada por el Protocolo de Nagoya del CDB)³⁷; la responsabilidad social de las empresas, la conducta empresarial responsable y la gestión responsable de las cadenas

tainable Development of 2002, the Declaration on Social Justice for a Fair Globalisation of 2008 of the International Labour Organisation (ILO), the Outcome Document of the UN Conference on Sustainable Development of 2012 entitled "The Future We Want" and the document "Transforming our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development" and its Sustainable Development Goals; Art. 1.2 del Capítulo **Trade and Sustainable Development**. A continuación, otras disposiciones del Capítulo hacen referencia a objetivos específicos de la Agenda 2030, como el Objetivo 8 sobre trabajo decente y crecimiento económico (en el Art. 3), el Objetivo 7 sobre garantizar el acceso a una energía pura y asequible y el Objetivo 13 sobre la lucha contra el cambio climático (en el Art. 5), el Objetivo 14 sobre la conservación de los recursos marinos (en el Art. 8) y el Objetivo 15 sobre la gestión sostenible de los bosques y el uso sostenible del ecosistema terrestre (en los Art. 6 y 7).

³³ Véase el artículo 13 del Capítulo **Trade and Sustainable Development**.

³⁴ Véase el artículo 13 (g) del Capítulo **Trade and Sustainable Development**.

³⁵ Véase el artículo 13 (i) del Capítulo **Trade and Sustainable Development**.

³⁶ Véase el artículo 13 (m) del Capítulo **Trade and Sustainable Development**.

³⁷ Véase el artículo 13 (k) del Capítulo **Trade and Sustainable Development**.

mundiales de suministro³⁸; la conservación de la diversidad biológica, la conservación y gestión sostenible de los bosques, el fomento de prácticas pesqueras sostenibles, así como la protección del medio marino (en referencia a los compromisos recogidos en los artículos 6, 7 y 8 del Capítulo)³⁹.

A la luz de lo analizado hasta ahora, parece por lo tanto posible afirmar que el nuevo Acuerdo Global entre la Unión Europea y México, una vez que entre en vigor, podría suponer una importante contribución en la actuación de conductas orientadas a la promoción del desarrollo sostenible en línea con los compromisos asumidos por las partes en el *corpus* normativo más amplio del derecho ambiental internacional. Esto parece relevante porque, a través de la celebración de dicho acuerdo, los compromisos ambientales asumidos por las partes quedarían asociados al desarrollo de sus relaciones comerciales. Suele ocurrir que las partes del derecho internacional celebran un acuerdo sobre la base de una evaluación costes/beneficios. El beneficio que ambas partes pueden obtener del desarrollo de sus relaciones comerciales a través de la plena liberalización del comercio puede constituir así una contrapartida suficiente para que acepten los compromisos medioambientales del acuerdo. Si bien todo esto es cierto, es necesario señalar que un juicio de valor sobre las disposiciones medioambientales del acuerdo UE-México no puede separarse de una evaluación de su grado de eficacia⁴⁰.

Para facilitar esta aplicación efectiva, el propio acuerdo estipula, *in primis*, que se creará una subcomisión *ad hoc*, precisamente para el co-

³⁸ Véase el artículo 13 (l) del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

³⁹ Véase el artículo 13 (n), (o), (p) del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

⁴⁰ Sobre este punto, véase G. MARÍN DURÁN, *Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements: Emerging Compliance Issues*, en *Common Market Law Review*, 2020, pp. 1031-1068.

mercio y el desarrollo sostenible⁴¹. En el acuerdo se estipula que esta subcomisión, compuesta por *Senior officials* de cada una de las partes, será convocada para reunirse en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del acuerdo y, posteriormente, siempre que se considere necesario. Después de cada reunión, la subcomisión deberá elaborar un informe público de sus trabajos (para que sean transparentes). Además, la propia Comisión Europea considera que los mecanismos de consulta a la sociedad civil pueden desempeñar un papel importante en el fomento de la aplicación efectiva del acuerdo. La coordinación de estos mecanismos se atribuye al mencionado Subcomité de Comercio y Desarrollo⁴².

Para evaluar si las partes se ven inducidas a aplicar realmente las disposiciones analizadas *anteriormente*, y en qué medida, también es esencial examinar cuáles son las consecuencias de cualquier incumplimiento.

En el capítulo sobre “Comercio y desarrollo sostenible” del Acuerdo, se estipula en primer lugar que las Partes deben tratar de resolver pacíficamente cualquier conflicto relativo a la aplicación (pero también a la interpretación) de los artículos contenidos en el propio capítulo (y, por lo tanto, también de las normas relativas a la protección del medio ambiente), celebrando primero consultas para tratar de llegar a una solución mutuamente satisfactoria⁴³.

Pero, además, se establece un procedimiento *ad hoc* de solución de diferencias, en el que también participa el Subcomité de Comercio y Desarrollo Sostenible⁴⁴.

⁴¹ Véase el apartado 1 del artículo 14 del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

⁴² Véase el artículo 14, apartado 3, letra c), del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

⁴³ Véase el artículo 15 del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

⁴⁴ Véase el artículo 14(3)(b) del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

La primera fase consiste en un intento de resolución a través de consultas entre los Estados afectados⁴⁵, que comienzan tras la solicitud formal de una de las partes y tienen lugar de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 16 del Capítulo sobre Comercio y Desarrollo Sostenible.

Si este intento no conduce a un resultado positivo en el plazo previsto en el artículo 17, la controversia podrá someterse, a petición de cualquiera de las partes, a un *panel* de expertos independientes elegidos a partir de una lista de quince personas. La lista será elaborada por la Subcomisión de Comercio y Desarrollo Sostenible en su primera reunión tras la entrada en vigor del acuerdo. Los expertos elegidos deberán tener conocimientos o experiencia en los temas del capítulo sobre comercio y desarrollo sostenible o experiencia en la solución de diferencias derivadas de acuerdos internacionales. Aunque se aclara expresamente que se trata de expertos *independientes* que actúan a título individual, se prevé en el acuerdo que la lista de expertos estará integrada por tres sublistas: 1) cinco expertos ciudadanos de la UE, 2) cinco expertos ciudadanos de México, y 3) cinco expertos no ciudadanos de ninguna de las partes, que serán convocados para fungir como presidente del *panel*. En caso de controversia, el *panel* operará conforme al mismo artículo y concluirá su trabajo con un informe final que contendrá recomendaciones a las partes⁴⁶.

Se presta especial atención a la transparencia de las distintas fases de todo el proceso de resolución de litigios, con la publicación de los documentos más relevantes⁴⁷.

La existencia de un procedimiento de solución de las controversias derivadas de la interpretación y aplicación de los artículos contenidos en

⁴⁵ Véase el artículo 16 del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

⁴⁶ Véase el artículo 17 del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

⁴⁷ Véanse en particular el art. 16, párr. 5 y el art. 17, párr. 8 del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

el capítulo del Acuerdo entre la UE y México sobre Comercio y Desarrollo Sustentable podría parecer muy positivo para efectos de la indispensable aplicación efectiva de las disposiciones en materia de protección ambiental. En realidad, sin embargo, la institución de un procedimiento *ad hoc* va en sentido contrario, ya que sirve de contrapeso a la imposibilidad de que las partes puedan utilizar el procedimiento general de solución de controversias en materia de interpretación y aplicación de las normas del Acuerdo UE-México, tal y como se establece expresamente en el artículo 15 del Capítulo sobre Comercio y Desarrollo Sostenible. Con la diferencia -fundamental- de que, mientras el procedimiento general se termina con la decisión de un tercero (laudo arbitral) vinculante para las partes, en virtud de lo previsto expresamente en el artículo 12 del Capítulo *Dispute Settlement*⁴⁸, el procedimiento especial produce, a lo sumo, meras recomendaciones.

Así pues, la existencia de un procedimiento específico de solución de diferencias, en lugar de constituir un estímulo para la aplicación de las normas medioambientales, deja en última instancia más arbitrariedad a las partes de lo que habría sido el caso si el mecanismo general de solución de diferencias hubiera sido aplicable también a las normas contenidas en el Capítulo sobre Comercio y Desarrollo Sostenible. En efecto, la debilidad del enfoque seguido en el Capítulo con respecto a la solución de diferencias relativas a la aplicación e interpretación de las normas del Capítulo parece evidente incluso para las partes. De hecho, en el Capítulo se incluye una disposición que prevé un mecanismo de revisión de los artículos relativos a la solución de controversias con el fin de mejorar la aplicación efectiva del Capítulo⁴⁹. Dicha revisión, en caso necesario, deberá debatirse en el marco de las reuniones de la Subcomisión de Comercio y Desarrollo Sostenible teniendo en cuenta, *inter alia*, de la experiencia adquirida a través de la aplicación del Capítulo,

48 Véase el apartado 3 del artículo 12 del Capítulo *Dispute Settlement*: “*The ruling of the panel in the final report shall be final and binding on the Parties*”.

49 Véase el artículo 18 del Capítulo *Trade and Sustainable Development*.

de la evolución de las políticas de cada Parte, de los nuevos avances en los acuerdos internacionales y de las opiniones de los *stakeholders* ⁵⁰.

3.- El enfoque del nuevo acuerdo entre la Unión Europea y México sobre comercio y medio ambiente en el contexto de la evolución del derecho internacional en la materia:

Para dar una respuesta a la cuestión planteada *supra*, es decir, si el nuevo acuerdo entre la Unión Europea y México -que no sólo es un acuerdo comercial, sino que además concierne únicamente a dos partes (aunque una de las dos sea una organización compuesta de 27 Estados)- puede tener realmente repercusiones sobre la gobernanza medioambiental internacional, y cuáles son éstas, además de analizar en detalle las normas jurídicas pertinentes contenidas en el propio acuerdo, parece conveniente proceder a un examen de la evolución de la relación entre comercio y medio ambiente en el derecho internacional actual⁵¹.

Tradicionalmente, comercio y medio ambiente se han considerado factores opuestos. Aunque sea innegable que el comercio internacional es un elemento importante del desarrollo económico, siempre se han temido los riesgos que su crecimiento puede tener para el medio ambiente en general y el cambio climático en particular.

La relación entre comercio y medio ambiente es muy compleja, y el crecimiento económico y la innovación suelen ir asociados a la reducción del capital natural del planeta y al aumento de los niveles de contaminación⁵². Además, el comercio puede aumentar la vulnerabilidad

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Sobre este punto, véase, *inter alios*, E. CIMA, *From Exception to Promotion: Re-Thinking the Relationship between International Trade and Environmental Law*, Leiden-Boston, Brill, 2022.

⁵² Véase, *ex plurimis*, S.H. ALI; J. A. PUPPIM DE OLIVEIRA; *Pollution and economic development: an empirical research review*, en *Environ. Res. Lett.*, 2018. Existen diversos estudios del fenómeno en la doctrina. Queriendo mencio-

de los Estados al cambio climático: el comercio internacional hace que los países se especialicen en la producción de productos en los que tienen una ventaja comparativa, dependiendo de las importaciones para satisfacer sus necesidades de otros bienes y servicios. Esto hace que los países sean extremadamente dependientes de las importaciones y si, debido al cambio climático, se produce una interrupción repentina en el suministro de bienes y servicios importados, las dificultades podrían ser muy importantes⁵³. Sin embargo, la interacción entre el comercio y el medio ambiente, si se gestiona adecuadamente, también es capaz de producir resultados positivos: el comercio puede convertirse en el instrumento para promover el compromiso de los Estados socios con las normas medioambientales creando incentivos para el cumplimiento de sus compromisos y también puede crear condiciones favorables para el desarrollo sostenible en todos sus aspectos⁵⁴.

Por ello, han empezado a aparecer en el derecho internacional soluciones para conjugar estos valores *prima facie* irreconciliables, adoptando soluciones capaces de hacer que las reglas del comercio internacional sean funcionales no sólo al crecimiento de las economías, sino también a las condiciones sociales de los Estados implicados y, al mismo tiempo, capaces de estimular la protección del medio ambiente.

nar solo uno, se puede recordar, *ex plurimis*, el famoso caso de las exportaciones de soja y aceite de palma por parte de países de renta baja como Indonesia y Malasia, que, si bien constituyen un recurso para estos países, han provocado la pérdida de biodiversidad y promovido la deforestación. Sobre el tema véase J. FRY *et al*, *Study on the environmental impact of palm oil consumption and on existing sustainability standards*, 2018. El estudio puede consultarse en Internet: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/89c7f3d8-2bf3-11e8-b5fe-01aa75ed71a1>

53 Véase R. DELLINK *et al*, *International trade consequences of climate change*, en *OECD Trade and Environment Working Papers*, 2017/01, OECD Publishing, 2017.

54 V. OMC/ONU MEDIO AMBIENTE, *Making trade work for the environment, prosperity and resilience*, 2018.

Las Naciones Unidas han realizado un importante esfuerzo en este sentido: apenas cabe mencionar la importancia de las dos “Agendas”, adoptadas respectivamente en los años '90 del siglo pasado y en la segunda década de este milenio.

En la Agenda 21⁵⁵, tras la afirmación general de que es necesario promover el desarrollo sostenible mediante la liberalización del comercio

⁵⁵ Como es bien sabido, se trata del amplio programa de acción aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en Río de Janeiro en 1992, que puso de relieve el papel crucial de la cooperación internacional en la promoción de un sistema comercial multilateral abierto, no discriminatorio y justo que permita a todos los países mejorar sus estructuras económicas y el nivel de vida de sus poblaciones. Existe un sinfín de obras sobre el tema. Entre las contribuciones sobre el tema cabe citar, *ex plurimis*: S. MARCHISIO, *Gli atti di Rio nel diritto internazionale*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1992, pp. 581-621; L. PINESCHI, *La conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo*, en *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1992, pp. 705-712; I. PORRAS, *The Rio Declaration: A New Basis for International Cooperation*, en *Review of European Community and International Environmental Law*, 1992, pp. 245-253; A.-C. KISS, S. DOUMBE-BILLE, *Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Rio de Janeiro-juin 1992)*, en *Annuaire français de droit international*, 1992, pp. 823-843; H. MANN, *The Rio Declaration*, en *Proceedings of the American Society of International Law Annual Meeting*, 1992, pp. 405-414; C. VILLARINO MARZO, *La Cumbre de la Tierra: entre el Derecho al Medio Ambiente y el Derecho al Desarrollo*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992, pp. 708-710; G. C. GARAGUSO, S. MARCHISIO, *Rio 1992: summit for the earth*, Milán, F. Angeli, 1993; P. SOAVE, *Lo sviluppo sostenibile nella prospettiva dell'Agenda 21 - Il programma d'azione lanciato nella Conferenza di Rio*, en *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1993, pp. 761-767; T. TREVES, *Environmental law in and after Rio*, en *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1993, p. 577 ss; N. A. ROBINSON (ed.), *Agenda 21: earth's action plan*, Dobbs Ferry, 1993; P. H. SAND, *International environmental law after Rio*, en *Eur. J. Int'l L.*, 1993, pp. 377-389; A. SZÉKELY, D. L. PONCE-NAVA, *La Declaración de Río y el derecho internacional ambiental*, en A. GLENDER, V. LICHTINGER (comps.), *La diplomacia ambiental. México y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre*

y hacer que el comercio y el medio ambiente se apoyen mutuamente, se indica claramente cómo el comercio y el medio ambiente pueden -y deben- ser complementarios⁵⁶.

En la misma línea se sitúa la más reciente Agenda 2030 de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible⁵⁷. Tras partir de la premisa de

el Medio Ambiente y el Desarrollo, SRE-FCE, 1994, pp. 306-333; C. LINDNER, *Agenda 21*, en F. DODDS (ed), *The way forward: beyond Agenda 21*, Routledge, 2019, pp. 3 y ss.

⁵⁶ El artículo 2.19 de la Agenda 21 afirma: “Las políticas sobre el medio ambiente y las políticas sobre comercio deben apoyarse mutuamente. Un sistema de comercio abierto y multilateral permite asignar y utilizar más eficientemente los recursos y, en consecuencia, contribuye al aumento de la producción y de los ingresos y a la disminución de las presiones sobre el medio ambiente. De esta forma proporciona recursos adicionales necesarios para el crecimiento económico y el desarrollo y para el mejoramiento de la protección del medio ambiente. Por su parte, un medio ambiente apropiado proporciona los recursos ecológicos y de otro tipo necesarios para mantener el crecimiento y sustentar una expansión constante del comercio. Un sistema de comercio abierto y multilateral, apoyado por la adopción de políticas ambientales apropiadas, tendría un efecto positivo en el medio ambiente y contribuiría al desarrollo sostenible”.

⁵⁷ Resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015, A/RES/70/1, titulada *Transformar nuestro mundo. La Agenda para el Desarrollo Sostenible*. En septiembre de 2015, los Jefes de Estado y de Gobierno de 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas aprobaron la Agenda 2030, un gran programa de acción que identifica 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible interrelacionados (*Sustainable Development Goals*), que se dividen en 169 metas específicas y cuya consecución se considera un requisito previo para garantizar el bienestar de la humanidad y del planeta. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible constituyen, por tanto, un llamamiento urgente a todos los países – independientemente de su nivel de desarrollo – para que pongan en marcha estrategias destinadas a erradicar la pobreza en el mundo, reducir las desigualdades, promover un desarrollo económico justo y sostenible, crear las condiciones para una so-

que el desarrollo sostenible se compone de tres dimensiones, ya que la dimensión económica se complementa con la social y la medioambiental⁵⁸, destaca la importancia de crear alianzas mundiales para fomentar la colaboración entre países en favor del desarrollo sostenible⁵⁹.

ciudad pacífica y justa para todos y proteger el planeta para las generaciones presentes y futuras. El requisito previo fundamental para alcanzar los Objetivos es la creación de alianzas mundiales que puedan crear y reforzar lazos de solidaridad entre los países, fomentando las condiciones para un compromiso común y compartido. En este marco, el comercio internacional desempeña un papel crucial. Quienes deseen profundizar en el tema pueden leer, *ex plurimis*, las siguientes contribuciones: M. MONTINI, F. VOLPE, *Objetivos de Desarrollo Sostenible: “¿mucho ruido y pocas nueces?”*, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2015, pp. 489-496; L. CHIUSI, *The UN 2030 Agenda on Sustainable Development: Talking the Talk, Walking the Walk?* en *The International Community*, 2016, pp. 49 y ss.; R. PAVONI, D. PISELLI, *The Sustainable Development Goals and International Environmental Law: Normative Value and Challenges For Implementation*, en *Revista Veredas do Direito*, 2016, pp. 13-60; C. M. DÍAZ-BARRADO, *Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas*, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2016, pp. 9-48; R.E. KIM, *The Nexus between International Law and the Sustainable Development Goals*, en *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2016, pp. 15-26; S. MARCHISIO, *Current international environmental law: from Rio to the 2030 Agenda for Sustainable Development*, en G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *Environmental Law. Profili internazionali europei e comparati*, Turín, Giappichelli, 2017; G. MESSENGER, *El rol de Derecho internacional dentro del desarrollo sostenible y la agenda 2030*, en *Revista española de derecho internacional*, 2017, pp. 271-278; M. MONTINI, *SDGs and sustainable development in international environmental law*, en *FEDERALISMLIT*, 2019, pp. 1-21; C.R.F. LIESA, E.L.-J. DÍAZ, J.D.O. MARTÍNEZ, E.C.D. GALÁN (Eds.), *El Derecho Internacional, los ODS y la Comunidad Internacional*, Madrid, Dykinson, S.L., 2022.

58

Preámbulo de la Agenda, § 3. La norma se inspira claramente en una visión denominada “holística” del desarrollo.

59

Véase el Objetivo 17, titulado “Revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible”.

En lo que respecta específicamente al comercio, la Agenda 2030 considera que debe promoverse como motor del desarrollo sostenible⁶⁰.

De ello se desprende que el comercio se valora positivamente si y en la medida en que no sólo fomenta el crecimiento económico, sino que también promueve el respeto del medio ambiente (además del desarrollo social). En este sentido, puede hablarse de la contribución positiva que el comercio puede tener para proteger el medio ambiente y evitar su degradación.

Entre las organizaciones internacionales de carácter mundial que han desempeñado un papel en el desarrollo de la relación entre comercio y medio ambiente en el derecho internacional en las últimas décadas se encuentra, además de las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio (OMC)⁶¹. La promoción del desarrollo sostenible

⁶⁰ Véase, en particular, el apartado 68. La referencia al nexo entre comercio y desarrollo sostenible en la Agenda 2030 se sustenta en los subobjetivos 17.10 “Promover un sistema de comercio multilateral universal, basado en normas, abierto, no discriminatorio y equitativo en el marco de la Organización Mundial del Comercio, incluso mediante la conclusión de las negociaciones en el marco del Programa de Doha para el Desarrollo” y 17.11 “Aumentar significativamente las exportaciones de los países en desarrollo, en particular con miras a duplicar la participación de los países menos adelantados en las exportaciones mundiales de aquí a 2020”.

⁶¹ La relación entre comercio y medio ambiente en la OMC es un tema muy estudiado, sobre el que existe abundante y bien documentada erudición. Para quienes deseen profundizar en el tema recordemos, *ex plurimis*, como bibliografía mínima, las siguientes contribuciones: M.A. GIL, G. ALANÍS ORTEGA, J. C. AMENEYRO, B.G. Martínez, *Comercio y medio ambiente: derecho, economía y política*, Espacio Editorial, 1995; F. FRANCIONI, *La tutela dell'ambiente e la disciplina del commercio internazionale*, en *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio, Atti del Convegno della Società italiana di diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998, pp. 162 y ss.; F. MACMILLAN, *The World Trade Organization and the environment. International*

y la protección del medio ambiente también pueden contarse entre sus objetivos.

Ya en el primer párrafo del preámbulo de su acuerdo fundacional se menciona, de hecho, el objetivo del “desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico”⁶². La necesidad de combinar las necesidades del comercio y del medio ambiente también se expresa en la “Decisión sobre Comercio y Medio Ambiente” firmada por los ministros de comercio de los Estados Partes al final de la Ronda Uruguay en 1994.

Trade Law, Londres, Sweet and Maxwell, 2001; F. COMBOT-MADEC, N. HERVÉ-FOURNERAU, *Commerce international et protection de l'environnement*, en *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 2002, pp. 3-41; P. PICONE, G. SACERDOTI, *La disciplina del commercio internazionale e la protezione dell'ambiente*, en P. FOIS (ed.), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, XI Convegno SIDI, Alghero 16-17 de junio de 2006, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2007, pp. 63-68; S. CHARNOVITZ, *Trade and the Environment in the WTO*, en *Journal of International Economic Law*, 2007; C. VOIGT, *Sustainable Development as a Principle of International Law. Resolving Conflicts Between Climate Measures and WTO Law*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2009; E. BARONCINI, *Article XX GATT and the Relationship between Trade and Environment in the Interpretation of the WTO Appellate Body*, en *Community and International Trade Law*, 2010, pp. 617-656; M. B. STUART, J. K. R. WATSON, *The WTO and the Environment: Development of Competence Beyond Trade*, Routledge, 2013; N. E. BRANDEMBURG, *O Comércio Internacional e o Meio Ambiente. O Comércio como Instrumento da Concretização do Princípio do Desenvolvimento Sustentável*, en *Revista Brasileira de Direito Internacional*, 2017, pp. 173-192; J. P. SARMIENTO ERAZO, *Cuando el comercio internacional se encontró con el medio ambiente, entre el soft law y la prohibición a las barreras al comercio*, en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2018, pp. 187-220.

⁶² Véase el primer párrafo del preámbulo del *Acuerdo de Marrakech*, de 14 de abril de 1994, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

Esta necesaria complementariedad entre la promoción del sistema comercial multilateral y la protección del medio ambiente encuentra una aplicación concreta en determinadas normas contenidas en los acuerdos de la OMC. Así, los artículos XX del GATT, XIV del AGCS (GATS) y XXVII del ADPIC (TRIPS) consideran que la necesidad de proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, pero también de conservar los recursos naturales no renovables (por lo que se refiere específicamente al GATT) y de evitar el riesgo de daños graves al medio ambiente (por lo que se refiere a la posibilidad de no conceder patentes prevista en el ADPIC) justifican la no aplicación de las disposiciones de estos acuerdos.

Los Acuerdos de la OMC contienen disposiciones específicas para conciliar el comercio internacional con los requisitos de protección del medio ambiente: los párrafos (b) y (g) del Artículo XX del GATT establecen que los miembros de la OMC no podrán aplicar las normas contenidas en el acuerdo cuando dicha aplicación sea perjudicial para la protección del medio ambiente.

Además, para poner en práctica las declaraciones de principios, la Decisión sobre comercio y medio ambiente creó un comité *ad hoc* denominado CTE, con el cometido de formular recomendaciones sobre las modificaciones de los acuerdos de la OMC, derivadas del examen de la relación entre comercio y medio ambiente⁶³.

⁶³ El programa de trabajo del CTE se orienta principalmente a analizar: (a) la relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las medidas comerciales favorables al medio ambiente, incluidas las de los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente; b) la relación entre las políticas medioambientales relacionadas con el comercio y las medidas medioambientales con efectos comerciales significativos y las disposiciones del sistema multilateral de comercio; (c) la relación entre las disposiciones del sistema multilateral de comercio y las cargas y derechos ambientales y los requisitos aplicables a los productos, incluidas las normas y reglamentaciones técnicas, el envasado, el etiquetado y el reciclado; d) las disposi-

Aunque hayan transcurrido casi treinta años desde su creación, el CTE no ha formulado ninguna recomendación formal. Los resultados de sus trabajos sí se han utilizado en la ronda de negociaciones de Doha⁶⁴, pero el estancamiento de estas negociaciones ha hecho que no se haya concluido ningún acuerdo *ad hoc* sobre el medio ambiente dentro del sistema multilateral de comercio, a pesar de la importancia que se le concede.

No obstante, la OMC no ha dejado pasar la oportunidad de reiterar la centralidad del desarrollo sostenible. Como prueba de ello, cabe recordar que en la Declaración Ministerial de Nairobi de 19 de diciembre de 2015⁶⁵, adoptada al término de la Décima Conferencia Ministerial de la OMC, se destaca el papel que la organización puede desempeñar para

ciones del sistema multilateral de comercio relativas a la transparencia de las medidas comerciales utilizadas con fines ambientales y las medidas y requisitos ambientales con efectos comerciales significativos; (e) la relación entre los mecanismos de solución de diferencias del sistema multilateral de comercio y los que figuran en los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente; f) los efectos de las medidas medioambientales en el acceso a los mercados, en particular en lo que se refiere a los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados, y los beneficios medioambientales derivados de la eliminación de las restricciones y distorsiones del comercio; g) la cuestión de las exportaciones de mercancías prohibidas en el mercado nacional; h) la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

64 Las negociaciones sobre comercio y medio ambiente de la Ronda de Doha se refieren concretamente a: la relación entre las normas de la OMC y los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente, la cooperación entre las secretarías de la OMC y las secretarías de los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente, y la eliminación de las barreras arancelarias y no arancelarias sobre bienes y servicios medioambientales.

65 OMC, *Declaración Ministerial de Nairobi*, adoptada el 19 de diciembre de 2015, WT/MIN(15)/DEC. El texto completo de la Declaración puede consultarse fácilmente en Internet, por ejemplo en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc10_s/mindecision_s.htm. Último acceso: 17.02.2024.

contribuir a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible dictados por la Agenda 2030⁶⁶. La toma de conciencia del papel que el sistema multilateral de comercio puede desempeñar en la promoción del desarrollo sostenible se expresó con más fuerza en el documento final de la reciente Conferencia Ministerial celebrada en Ginebra del 12 al 17 de junio de 2022⁶⁷; si la Declaración de 2015 destacaba el papel que la OMC “puede desempeñar” para contribuir a la promoción de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, el Documento de 2022 reconoce “la importancia de la contribución del sistema multilateral de comercio” a tal fin. Una vez más, sin embargo, las grandes declaraciones de principio no se ven acompañadas de resultados equivalentes en la práctica, si se tiene en cuenta que la única cuestión relacionada con un objetivo

⁶⁶ “8. Reconocemos la función que puede desempeñar la OMC para contribuir al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible para 2030, en la medida en que guarden relación con el mandato de la OMC, y teniendo presentes las facultades de la Conferencia Ministerial de la OMC”; *ibid*.

⁶⁷ V. OMC, *Documento Final de la Conferencia Ministerial, Duodécimo período de sesiones, Ginebra, 12-15 de junio de 2022*, adoptado el 17 de junio de 2022, WT/MIN(22)/24 WT/L/1135: “14. Reconocemos los retos ambientales mundiales, incluido el cambio climático y otros desastres naturales conexos, la pérdida de biodiversidad y la contaminación. Señalamos la importancia de la contribución del sistema multilateral de comercio a la promoción de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible en sus dimensiones económica, social y ambiental, en la medida en que guardan relación con los mandatos de la OMC, y de manera compatible con las respectivas necesidades y preocupaciones de los Miembros según los diferentes niveles de desarrollo económico. A este respecto, reafirmamos la importancia de prestar el apoyo pertinente a los países en desarrollo Miembros, especialmente a los PMA, incluso mediante innovaciones tecnológicas. Señalamos la función del Comité de Comercio y Medio Ambiente como foro permanente dedicado al diálogo entre los Miembros sobre la relación entre las medidas comerciales y las medidas ambientales”. El documento puede encontrarse fácilmente en Internet, en español, en el enlace: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/MIN22/24.pdf&Open=True>.

de desarrollo sostenible sobre la que se ha alcanzado un acuerdo en la OMC en los últimos tiempos se refiere a la reducción de las subvenciones a la pesca⁶⁸.

Como otro ejemplo, cabe mencionar los informes presentados por la OMC en el *UN High Level Political Forum on Sustainable Development* (HLPF) en los que, desde 2016, se examina la contribución de la OMC a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. En el último informe de 2022 se destacó “*the role that trade can play in improving livelihoods, creating opportunities for full employment, and achieving sustainable development in line with the objectives outlined in the Marrakesh Agreement Establishing the WTO and the Agenda 2030 for Sustainable Development*.”⁶⁹.

Además, el 17 de noviembre de 2020, cincuenta miembros de la OMC anunciaron su intención de intensificar el trabajo sobre comercio y sostenibilidad medioambiental en el seno de la OMC a través de debates estructurados sobre comercio y sostenibilidad medioambiental entre los miembros de la OMC interesados⁷⁰. Los debates estructurados pretenden complementar la labor del CTE mediante la aplicación en ámbitos como el comercio y el cambio climático, el comercio de bie-

⁶⁸ V. OMC, *Acuerdo sobre subvenciones a la pesca*, Decisión Ministerial de 17 de junio de 2022, WT/MIN(22)/33WT/L/1144. El texto del Acuerdo sobre Subvenciones a la Pesca, en español, puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:WT/MIN22/33.pdf&Open=True>.

⁶⁹ Véase OMC, *WTO contribution to the 2022 UN High-Level Political Forum*, 2022. El documento puede encontrarse fácilmente en Internet, por ejemplo en: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/omc_un_hlpf22.pdf. Último acceso: 17.02.2024.

⁷⁰ V. Comité de Comercio y Medio Ambiente, *Comunicación Sobre el Comercio y la Sostenibilidad Ambiental*, 17 de noviembre de 2020. El documento puede consultarse en Internet: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:WT/CTE/W249.pdf&Open=True>. Último acceso: 17.02.2024.

nes y servicios medioambientales, la economía circular y las cadenas de suministro sostenibles⁷¹. Hasta la fecha, 76 miembros de la OMC participan en los debates estructurados.

4.- El enfoque del acuerdo sobre comercio y medio ambiente entre la Unión Europea y México a la luz del derecho de la Unión Europea en la materia:

Si a escala mundial -a pesar de las importantes declaraciones de principios y del programa de trabajo específico sobre comercio y medio ambiente lanzado desde 1994 por la Organización Mundial del Comercio- no se han creado todavía instrumentos convencionales específicos para combinar el comercio internacional y la gobernanza medioambiental, se han obtenido mejores resultados gracias a los acuerdos comerciales bilaterales. Esto parece ser especialmente cierto si consideramos los convenios celebrados por la Unión Europea y sus socios comerciales o, *rectius*, los más recientes entre ellos.

Como ya se ha dicho *supra*, la UE ha creado la mayor red comercial del planeta, con la celebración de nada menos que cuarenta y siete acuerdos comerciales en los que participan setenta y nueve socios. Estos acuerdos pueden dividirse en dos categorías: los denominados acuerdos de primera generación, negociados antes de 2006 y centrados en la reducción o eliminación de las barreras arancelarias al comercio, y los acuerdos comerciales de nueva (o segunda) generación, con un ámbito de aplicación más amplio.

⁷¹ V. Debates Estructurados Sobre el Comercio y la Sostenibilidad Ambiental, *Comunicación Ministerial sobre el Comercio y la Sostenibilidad Ambiental*, 14 de diciembre de 2021. El documento puede consultarse en Internet, en español, en: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/MIN21/6R2.pdf&Open=True>. Último acceso: 17.02.2024.

Esta segunda categoría incluye los acuerdos que la Unión Europea ha celebrado, respectivamente, con: Corea del Sur⁷²; Colombia/Perú/Ecuador⁷³; Asociación Centroamericana⁷⁴; Canadá (CETA)⁷⁵; Japón⁷⁶;

⁷² V. *Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra*, firmado el 6 de octubre de 2010 y que entró en vigor el 13 de diciembre de 2015. El texto completo del acuerdo puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A22011A0514%2801%29>. Último acceso: 16.02.2024.

⁷³ V. *Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra*, firmado el 26 de junio de 2012 y que entró en vigor, con carácter provisional, el 1 de marzo de 2013 entre la UE y Perú y el 1 de agosto de 2013 entre la UE y Colombia. El texto completo del acuerdo puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A22012A1221%2801%29>. Último acceso: 16.02.2024.

⁷⁴ V. *Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Unión Europea y Centroamérica*, firmado el 29 de junio de 2012 y que entró en vigor provisionalmente el 1 de agosto de 2013 con Honduras, Nicaragua y Panamá y el 1 de diciembre de 2013 con Guatemala. El texto completo del acuerdo puede consultarse en Internet: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:22012A1215\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:22012A1215(01)). Último acceso: 16.02.2024.

⁷⁵ V. *Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la Unión Europea*, firmado el 30 de octubre de 2016 y que entró en vigor provisionalmente el 21 de septiembre de 2017. El texto completo del Acuerdo puede consultarse en Internet: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114(01)). Último acceso: 16.02.2024.

⁷⁶ V. *Acuerdo de Asociación Económica UE-Japón*, entró en vigor el 1 de febrero de 2019. El texto completo del acuerdo puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02018A1227%2801%29-20220201>. Último acceso: 16.02.2024.

Singapur⁷⁷; Vietnam⁷⁸; Mercosur⁷⁹; Reino Unido⁸⁰; Chile⁸¹; Kenya⁸²; Nue-

- 77 V. *Acuerdo de Libre Comercio UE-Singapur*, firmado el 19 de octubre de 2018 y que entró en vigor el 21 de noviembre de 2019. El texto completo del Acuerdo, en inglés, puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX%3A22019A1114%2801%29>. Último acceso: 16.02.2024.
- 78 V. *Acuerdo de Libre Comercio (ALC) entre la Unión Europea (UE) y la República Socialista de Vietnam*, firmado el 30 de junio de 2019 y que entró en vigor el 31 de julio de 2020. El texto completo del Acuerdo, en italiano, puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A22020A0612%2801%29>. Último acceso: 16.02.2024.
- 79 El 28 de junio de 2019, la Unión Europea y Mercosur, tras casi dos décadas de negociaciones, alcanzaron un acuerdo político sobre un acuerdo comercial. El texto del acuerdo de principio, en inglés, puede consultarse en Internet: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/mercosur/eu-mercosur-agreement/text-agreement_en. Último acceso: 16.02.2024. Para un análisis del acuerdo entre la Unión Europea y Mercosur, permítanme referirme a L. PASQUALI, *Il contributo dell'accordo UE - Mercosur alla governance internazionale dell'ambiente*, en NOMOS, 2020, pp. 179-200.
- 80 V. *Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra*, firmado el 30 de diciembre de 2020 y que entró en vigor el 1 de mayo de 2021. El acuerdo, que regula las relaciones con Gran Bretaña tras la retirada de este país de la Unión Europea, puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A22021A0430%2801%29>.
- 81 En 2022, la Unión Europea y Chile alcanzaron un acuerdo político sobre el Acuerdo Marco Avanzado UE-Chile, que modernizaría el anterior acuerdo de asociación de 2002, actualmente en vigor entre ambas partes. El texto del acuerdo de principio, en inglés, puede consultarse en Internet: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/chile/eu-chile-agreement/text-agreement_en.
- 82 El 19 de junio de 2023, la Unión Europea y Kenia concluyeron las negociaciones sobre un *Economic Partnership Agreement* que entró en vigor

va Zelanda⁸³, pero también (y sobre todo, a efectos de esta contribución) el nuevo acuerdo comercial entre la UE y México⁸⁴.

Los acuerdos de segunda generación pretenden, al igual que los de primera generación, incidir en la reducción o eliminación de las barreras arancelarias pero, sin descuidar este aspecto, contienen normas destinadas a combinar el comercio con la promoción de otros valores más amplios como, entre otros, la propiedad intelectual, el crecimiento integrador, la investigación y el desarrollo, la protección de los derechos humanos y, en lo que aquí nos interesa especialmente, el desarrollo sostenible y, por lo tanto, la protección del medio ambiente⁸⁵, incluida la lucha contra el cambio climático.

el 1 de julio 2024. El texto del acuerdo puede consultarse en Internet: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/east-african-community-eac/eu-kenya-agreement/text-agreement_en.

83 El 30 de junio de 2022, la Unión Europea y Nueva Zelanda alcanzaron un acuerdo político sobre un ambicioso acuerdo comercial que entró en vigor el 1 de mayo 2024. El texto del acuerdo puede consultarse en Internet: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/new-zealand/eu-new-zealand-agreement/text-agreement_en.

84 En el momento de escribir estas líneas, también están en marcha las negociaciones de otros dos acuerdos comerciales de segunda generación, el de la Unión Europea con India, el de la Unión Europea con Indonesia y el de la Unión Europea con Filipinas.

85 I. BARTHESAGHI, N. DE MARIA CALVELO; N. MELGAR ALASSIO, M.E. PEREIRA, *cit.*, p. 453, donde se afirma que “Estos temas no son menores, ya que la UE exige buenas prácticas ambientales a la hora de firmar sus acuerdos comerciales. En la actualidad, es muy importante que estos aspectos puedan mantenerse, dados los niveles de contaminación y la importancia del tema en la agenda global. Que un organismo ejemplo como la UE reclame condiciones aceptables, es muy positivo en el comercio internacional donde puede ser un estímulo para que otros países adopten estas prácticas saludables... Ahora bien, las exigencias en normas y disposiciones medioambientales no

Estos acuerdos son más avanzados que el sistema de la OMC en la medida en que tienen un alcance más amplio y prevén mayores obligaciones para los Estados parte⁸⁶, yendo más allá del establecimiento de una zona de libre comercio de bienes y servicios, como demuestra el propio acuerdo entre la Unión Europea y México⁸⁷.

pueden constituir una barrera más para el comercio con los países en desarrollo, lo que alienta a economías como la europea a impulsar dichos temas con suma transparencia y una lógica de cooperación, sobre todo cuando se trata de países de menor desarrollo”.

86 Su compatibilidad con el derecho comercial internacional multilateral está garantizada por las excepciones previstas en el artículo XXIV del GATT y en el artículo V del AGCS (GATS).

87 Existen numerosos ejemplos de ello. Así, por lo que respecta a las Indicaciones Geográficas, en el Capítulo sobre Propiedad Intelectual del Acuerdo Comercial UE-México (así como en otros acuerdos de segunda generación) existe una subsección -subsección 4- que dicta una disciplina específica para la protección de las Indicaciones Geográficas. Esta disciplina es mucho más detallada que en el contexto de la OMC, donde la cuestión se regula mediante disposiciones bastante vagas (artículos 22 y 24 del Acuerdo sobre los ADPIC), ya que se decidió, principalmente debido a la oposición de los países en desarrollo, combinar su regulación con la de las marcas. Un argumento similar puede esgrimirse en relación con las normas de origen. En el Acuerdo, en la línea de los demás acuerdos comerciales de nueva generación de la Unión, existe un capítulo específico que dicta la regulación de las normas de origen con el fin de facilitar los flujos comerciales entre las partes y evitar triangulaciones. Aunque esta disciplina presenta algunas lagunas (por ejemplo, en virtud del artículo 16, la declaración de origen es esencialmente una autocertificación del exportador), constituye sin embargo una mejora no sólo con respecto a la prevista por el G.A.T.T. (que sólo dedica un artículo al tema, el artículo IX), sino también si se compara con la del Convenio de Kyoto de 1973, que contiene ciertamente un anexo específico sobre el tema, pero se trata de un anexo facultativo. Otras normas que certifican la mayor profundidad del acuerdo en comparación con el sistema de la OMC son las relativas a las licencias y cualificaciones y las referentes al acceso al mercado de contratación pública, así como las relativas a la competencia.

Desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, esta evolución parece coherente con lo dispuesto en los artículos 205 TFUE y 21 TUE, según los cuales la acción de la Unión en la escena internacional debe basarse en la exportación de sus valores y principios⁸⁸. Entre ellos, a los efectos del presente escrito, resulta de especial relevancia el objetivo de “*apoyar el desarrollo sostenible en los planos económico, social y medioambiental de los países en desarrollo*”⁸⁹ y de “*contribuir a elaborar medidas internacionales de protección y mejora de la calidad del medio ambiente y de la gestión sostenible de los recursos naturales mundiales, para lograr el desarrollo sostenible*”⁹⁰.

La idea de una política exterior basada también en la exportación de valores y principios, tal y como dictan las normas mencionadas, sustenta la estrategia adoptada en 2015 por la Comisión Europea, la estrategia “Comercio para todos”⁹¹, que se centra precisamente en promover tanto

⁸⁸ Un estudio en profundidad sobre los valores de la UE en su acción exterior es el de E. SCISO, R. BARATTA, C. MORVIDUCCI (eds.), *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, Turín, Giappichelli, 2016.

⁸⁹ Véase art. 21(2)(d) TUE.

⁹⁰ Véase art. 21(2)(f) TUE.

⁹¹ Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Comercio para todos. Hacia una política de comercio e inversión más responsable*. COM(2015) 497 final, 14 de octubre de 2015. El texto completo de la Comunicación puede consultarse en el sitio web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0497>. Último acceso: 17.02.2024. En inglés véase también EUROPEAN COMMISSION. *Trade for all*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2015, pp. 1-40, disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d90eda7c-7299-11e5-9317-01aa75ed71a1>. Último acceso: 17.02.2024. En la doctrina sobre el tema véase, *inter alios*, A. BONFANTI, *Diritti umani e politiche dell'Unione europea in materia commerciale e di investimenti stranieri: la comunicazione 'Commercio per tutti', tra regionalismo e multilateralismo economico*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, pp. 233 y ss.

los valores como los intereses de la Unión a través de una política comercial y de inversión más responsable y eficaz. Este compromiso de la Unión se reafirmó en la reciente Comunicación de la Comisión de 2021 "Revisión de la política comercial - Una política comercial abierta, sostenible y firme"⁹² en la que destacaba la intención de aprovechar plenamente la fuerza de la Unión derivada de su apertura y el atractivo de su mercado único para promover la cooperación internacional y un orden internacional basado en normas, que a su vez son fundamentales para los intereses de la UE. A tal fin, la UE se propone trabajar con sus socios para garantizar el respeto de los valores que interesan a la comunidad internacional en su conjunto.

Un rápido repaso sobre la legislación de la UE y los actos más recientes adoptados por las instituciones parece útil para determinar qué lugar ocupa la gobernanza medioambiental entre los valores y principios de la propia Unión. En primer lugar, descansa sobre una sólida base jurídica en los artículos 11, 191, 192 y 193 del TFUE⁹³. Los principios que

⁹² Véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Revisión de la política comercial - Una política comercial abierta, sostenible y firme. COM(2021) 66 final, 18.2.2021. El texto completo de la Comunicación puede consultarse en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52021DC0066>. Último acceso: 17.02.2024.

⁹³ La primera base jurídica de una política medioambiental común en la Unión Europea se encuentra en el Acta Única Europea de 1987, que introdujo un título entero, el Título VII, dedicado al medio ambiente. En ella se deja claro que la Comunidad intervendría en el ámbito del medio ambiente con el fin de "preservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente; contribuir a la protección de la salud de las personas; garantizar una utilización prudente y racional de los recursos naturales" (art. 130). Dicha acción se basaría en los principios de acción preventiva, así como en el principio de "quien contamina paga". El Título VII fue recogido por el Tratado de Amsterdam, convirtiéndose en su Título XIX, pero se le introdujo un cambio sustancial: en el Acta Única Europea era el Consejo el que, por unanimidad,

la inspiran, recogidos en el artículo 191.2 del TFUE, son los siguientes: cautela y acción preventiva; corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma; y “quien contamina paga”. El marco se completa con la denominada cláusula de salvaguardia, en virtud de la cual los Estados miembros pueden adoptar determinadas medidas provisionales por motivos medioambientales siempre que no sean de carácter económico y estén sujetas al procedimiento de control de la UE. El mismo artículo, en el apartado anterior, ilustra los objetivos que se persiguen con la política medioambiental de la Unión y entre ellos (además de la conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente, la protección de la salud humana y la utilización prudente y racional de los recursos naturales) señala también expresamente el “fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente, y en particular a luchar contra el cambio climático”.

En 2010, la Comisión Europea adoptó la Comunicación “Comercio, crecimiento y asuntos mundiales. La política comercial como elemento fundamental de la estrategia 2020 de la UE” en la que, además de reafirmar la importancia de aplicar los capítulos sobre desarrollo sostenible refrendados por la UE, señala como objetivo global de la política comercial exterior de la UE “sigue apoyando y promoviendo el crecimiento

a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento, debía decidir la acción que debía emprender la Comunidad en materia de medio ambiente; el Tratado de Amsterdam, en cambio, introdujo en su artículo 175 el procedimiento de codecisión para decidir la acción que debía emprenderse en materia de medio ambiente. De este modo, el Tratado de Amsterdam situó al Parlamento Europeo en pie de igualdad con el Consejo en lo que respecta al procedimiento de toma de decisiones sobre las políticas de medio ambiente.

ecológico en el mundo en otros ámbitos, como la energía, la eficiencia de los recursos y la protección de la biodiversidad”⁹⁴.

En la *Nueva Agenda Estratégica de la UE 2019-2024*⁹⁵, adoptada por el Consejo Europeo, entre las prioridades de actuación de la UE figura “Construir una Europa climáticamente neutra, ecológica, justa y social”

Para poner en práctica lo decidido por el Consejo Europeo, la Comisión adoptó en primer lugar una estrategia de crecimiento específica, denominada “Pacto Verde Europeo”⁹⁶, para convertir a Europa en la primera región del mundo con emisiones cero. También elaboró la “Estrategia anual de crecimiento sostenible 2020”⁹⁷, basada en los cuatro

94 Comunicación de 9.11.2010 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Comercio, crecimiento y asuntos mundiales. La política comercial como elemento fundamental de la estrategia 2020 de la UE*, COM/2010/0612. El texto completo de la Comunicación puede consultarse en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52010DC0612>. Último acceso: 17.02.2024.

95 Consejo Europeo, *Una nueva agenda estratégica 2019 - 2024*, 20 de junio de 2019. La nueva agenda estratégica puede consultarse en el sitio web: <https://www.consilium.europa.eu/media/39964/a-new-strategic-agenda-2019-2024-es.pdf>. Último acceso: 17.02.2024.

96 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *El Pacto Verde Europeo*, COM/2019/640, 11 de diciembre de 2019. El texto completo de la Comunicación puede consultarse en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=COM%3A2019%3A640%3AFIN>. Último acceso: 17.02.2024.

97 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones, *Estrategia Anual de Crecimiento Sostenible 2020*, COM/2019/650, 17 de diciembre de 2019. El texto completo de la Comunicación puede consultarse en el sitio web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52019DC0650>. Último acceso 17.02.2024.

pilares fuertemente relacionados de la sostenibilidad medioambiental, el aumento de la productividad, la equidad y la estabilidad macro-económica, que complementa los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU en el Semestre Europeo, y redactó un “Plan de Inversiones para una Europa Sostenible”⁹⁸.

El 6 de abril de 2022, se adoptó una Decisión del Consejo y del Parlamento de la UE sobre el Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2030, que constituye el octavo programa de acción medioambiental de la Unión⁹⁹. En este programa de acción se definieron los seis objetivos prioritarios de la Unión para 2030: alcanzar el objetivo de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero de aquí a 2030 y la neutralidad climática de aquí a 2050; mejorar la capacidad de adaptación, reforzar la resiliencia y reducir la vulnerabilidad al cambio climático; promover la transición hacia un modelo de economía circular en el que el crecimiento económico se disocie del uso de los recursos y de la degradación del medio ambiente; perseguir el objetivo de reducir a cero los niveles de contaminación; proteger, conservar y restaurar la biodiversidad; y reducir los daños medioambientales y climáticos vinculados a la producción y al consumo¹⁰⁰.

98 La suma prevista para los próximos diez años es importante, ya que asciende a un billón de euros. V. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Plan de Inversiones para una Europa Sostenible*, COM/2020/21, 14 de enero de 2020. El texto completo de la Comunicación puede consultarse, en lengua italiana, en el sitio web: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0021>. Último acceso: 17.02.2024.

99 V. Decisión (UE) 2022/591 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de abril de 2022 relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2030. El texto de la Decisión puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32022D0591>. Último acceso: 17.02.2024.

¹⁰⁰ Véase el apartado 2 del artículo 2 de la Decisión (UE) 2022/591.

En este marco, la UE ha puesto en marcha varias estrategias y planes de acción: el 20 de mayo de 2020 se lanzó la “Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030”¹⁰¹ y, en el marco de esta estrategia, la Comisión Europea presentó la propuesta de la Ley de la Restauración de la Naturaleza¹⁰² (sería la primera ley de este tipo adoptada a escala continental); el 14 de octubre de 2020, se lanzó la “Estrategia de sostenibilidad para las sustancias químicas”¹⁰³, que forma parte del compromiso fundamental del Pacto Verde Europeo de alcanzar niveles de contaminación cero; en marzo de 2020, se adoptó el Nuevo Plan de Acción para la Economía Circular (CEAP) de la Unión Europea¹⁰⁴, que forma parte

¹⁰¹ V. Comunicación de La Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y Al Comité de las Regiones, *Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030 - Reintegrar la naturaleza en nuestras vidas*, COM/2020/380 final, 20.5.2020. El texto de la Comunicación puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52020DC0380>. Último acceso: 17.02.2024.

¹⁰² V. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la restauración de la naturaleza, COM/2022/304 final, 22.6.2022. El texto de la propuesta de la Comisión puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0304>. Último acceso: 17.02.2024.

¹⁰³ V. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Estrategia de sostenibilidad para las sustancias químicas - Hacia un entorno sin sustancias tóxicas*, COM/2020/667 final, 14.10.2020. El texto de la Comunicación puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2020%3A667%3AFIN>. Último acceso: 17.02.2024.

¹⁰⁴ V. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva*, COM/2020/98 final, 13.3.2020. El texto de la Comunicación puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1583933814386&uri=COM%3A2020%3A98%3AFIN>. Último acceso: 17.02.2024.

de la acción más amplia para promover la transición a un modelo de economía circular en toda la Unión¹⁰⁵.

Paralelamente a esta actuación interna, la UE también ha tratado de imponer su idea de gobernanza medioambiental en la OMC. Además de participar regular y activamente en los trabajos del CTE¹⁰⁶, ha tomado iniciativas específicas como la “*Green Goods Initiative*” de 2014, con el objetivo concreto de promover el comercio de productos de especial importancia para la protección del medio ambiente, como las turbinas eólicas y los paneles solares, indispensables para el uso de energías renovables. A pesar de su éxito¹⁰⁷, esta iniciativa no parece tener tanta relevancia como para cambiar el juicio sobre la falta de avances en la OMC en materia de gobernanza medioambiental internacional.

Por lo tanto, desde la perspectiva del Derecho y la política de la UE, el enfoque medioambiental del acuerdo comercial UE-México puede considerarse uno de los ejemplos más recientes de la evolución de la política comercial de la Unión, al menos en la medida en que aplica los principios fundacionales del derecho de la Unión que incorporan principalmente valores no comerciales¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, la reciente contribución de F. RASPADORI, *L'economia circolare nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, en Liber Amicorum Sergio Marchisio, vol. II, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 883 y ss.

¹⁰⁶ Véase *supra*.

¹⁰⁷ De los catorce miembros que la promovieron junto con la Unión, ha pasado a los cuarenta y seis actuales.

¹⁰⁸ G. M. RUOTOLO, *op. cit.*, pp. 350-351, recuerda lo siguiente: “*mentre è evidente che a livello di relazioni esterne l'UE attribuisca una sempre maggiore rilevanza a tali principi, i medesimi appaiono, quasi paradossalmente, posti in posizione deteriore nei trattati conclusi tra i Paesi membri e adottati da ultimo a fini di governance economica interna. Si pensi, ad esempio, a come l'art. 9 del Trattato sulla stabilità il coordinamento e la governance nell'Unione economica e monetaria contempra l'impegno delle parti contraenti ad adoperarsi per una politica economica volta a perseguire "l'armonioso funzionamento*

Las raíces de este enfoque son, por otra parte, profundas y antiguas si es cierto que ya en 1979 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que: *“no se puede... limitar la política comercial común a la utilización de instrumentos destinados a afectar únicamente a los aspectos tradicionales del comercio exterior... el Tratado no excluye... la posibilidad de que la Comunidad desarrolle una política comercial destinada a... regular el mercado mundial, en lugar de limitarse a liberalizar los intercambios”*¹⁰⁹.

5.- Consideraciones finales:

El reto al que se enfrentan la comunidad internacional y su derecho es superar la concepción del aumento del comercio internacional como un perjuicio para el medio ambiente, transformándolo en uno de los elementos que, por el contrario, contribuyen a la gobernanza medioambiental internacional.

dell'Unione economica e monetaria” e “la crescita economica attraverso maggiore convergenza e competitività”, prevedendo che le misure a tal fine adottate debbano avere come obiettivi quelli di “maggiore competitività, di promuovere l'occupazione, di contribuire ulteriormente alla sostenibilità dei conti pubblici e di potenziare la stabilità finanziaria”. Obiettivi siffatti, però, appaiono quanto meno distanti, se non addirittura inconciliabili, con quelli di cui all'art. 3 TUE, i quali impongono all'Unione di perseguire lo sviluppo sostenibile attraverso una crescita economica equilibrata che miri al progresso sociale, il quale è invece stato messo seriamente in pericolo da alcune delle misure adottate per il solo potenziamento della stabilità finanziaria. La giustificazione del differente approccio riposa sulla circostanza che, mentre i trattati commerciali con Paesi terzi sono parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'UE, i Trattati conclusi tra Paesi membri per governare la crisi economica sono stati concepiti come esterni al tale ordinamento e ciò proprio al fine, tra gli altri, di derogare ad alcuni principi ivi contemplati”.

109 TJCE, Dictamen 1/78 de 4 de octubre de 1979, *Convenio Internacional del Caucho Natural*, § 44. El texto completo del dictamen puede consultarse en todas las lenguas oficiales de la Unión en: www.curia.europa.eu.

El comercio puede compenetrarse de diversas formas con el medio ambiente: si se consigue, mediante la adopción de normas jurídicas específicas, combinar estos dos factores con una perspectiva de desarrollo sostenible, en lugar de enfrentarlos, el comercio puede contribuir a crear un círculo virtuoso, actuando como motor de crecimiento y desarrollo económico vinculado a la aplicación de una política medioambiental virtuosa común.

En la práctica, sin embargo, esto no se ha cumplido plenamente hasta ahora a nivel multilateral: múltiples factores han impedido que el aumento del comercio mundial fomente el desarrollo económico al tiempo que colabora en la gobernanza medioambiental.

Este es el marco general para evaluar la contribución del acuerdo UE-México a la gobernanza medioambiental internacional.

En primer lugar, si bien es cierto que dicho acuerdo no constituye un instrumento global, ya que sólo concierne a la Unión Europea y a México, no es menos cierto que este acuerdo no constituye un caso aislado: como se ha destacado anteriormente, el número de acuerdos de segunda generación que la Unión Europea ha concluido (o para los que se ha concluido el acuerdo político, como en el caso del nuevo acuerdo con México) es conspicuo y parece claro que la Unión Europea tiene la intención de aumentar este número cada vez más. Así pues, el acuerdo entre la UE y México debe situarse en el contexto más amplio de los acuerdos comerciales de segunda generación celebrados por la UE, que siguen un patrón similar al esbozado anteriormente y que, en su conjunto, abarcan una parte significativa del globo. Sin duda, esto repercute positivamente en la protección del medio ambiente mundial.

Por otra parte, la existencia de un capítulo entero en el acuerdo dedicado específicamente al “Comercio y desarrollo sostenible” debe acogerse con satisfacción como señal de una renovada atención y conciencia de la importancia de la gobernanza medioambiental para ambas partes.

Sin embargo, un análisis en profundidad de los artículos de este capítulo lleva a rectificar esta valoración positiva, aunque parcialmente.

Es cierto que estas normas no solamente replican conceptos y principios que ya existen en el derecho internacional (ya sea en el ámbito de la OMC o de la ONU, o de forma más general en los tratados multilaterales) sino que muchas veces van más allá de estos conceptos y principios. Sin embargo tienen también aspectos que no satisfacen plenamente.

Por una parte, no cabe duda de que el contenido de estas disposiciones es en general más avanzado que el de otros instrumentos internacionales destinados a regular el comercio internacional. En primer lugar, porque el capítulo promueve el desarrollo de un régimen comercial que tenga en cuenta las normas y valores medioambientales, adoptando así y en cierto sentido “exportando” el enfoque del medio ambiente que existe en la legislación de la UE y que suele considerarse como uno de los más sensibles del mundo a estas cuestiones. En segundo lugar, porque las obligaciones que dictan suelen ser más penetrantes de las existentes en el sistema de la OMC, o abarcar cuestiones, aspectos o sectores que no se tienen en cuenta en este último¹¹⁰.

Por otra parte, está claro que el capítulo del acuerdo comercial UE-México sobre “Comercio y desarrollo sostenible” presenta algunos perfiles negativos. Los aspectos que preocupan más se refieren concretamente a la falta de sanciones en caso de violación de las normas de protección del medio ambiente y al riesgo real de que su aplicación no sea efectiva. En este sentido, es discutible la prohibición de recurrir al procedimiento general de solución de controversias relativas a la interpretación y aplicación de las normas del acuerdo entre la UE y México cuando la controversia se refiera a los artículos contenidos en el capítulo sobre “Comercio y desarrollo sostenible”, afirmada en el artículo 15 del mismo capítulo.

110 Para una clasificación de las obligaciones pertinentes, véase G. Z. MARCEAU, *News from Geneva on RTAs and WTO-plus, WTO-more, and WTO-minus*, en *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, 2009, pp. 124-128.

Es cierto que esta prohibición se compensa con el establecimiento de un procedimiento *ad hoc* de resolución de conflictos relativo a estos casos, pero éste, a diferencia del general, no termina con un laudo arbitral vinculante para las partes, sino, a lo sumo, con meras recomendaciones.

Por lo tanto, puede decirse que, en última instancia, la aplicación de las normas que vinculan el comercio a la protección del medio ambiente se deja a la buena voluntad de las partes (como, infelizmente, suele ocurrir en el derecho internacional del medio ambiente).

En este sentido, se debe de apreciar el paso adelante que constituye el más reciente entre los acuerdos comerciales de segunda generación, o sea el acuerdo entre la Unión Europea y Nueva Zelanda. Este último acuerdo impone, por primera vez, que también para la solución de diferencias relativas a las disposiciones del capítulo sobre comercio y desarrollo sostenible, se siga el procedimiento estándar de solución de controversias previsto en el capítulo 26 del mismo, intitulado “Solución de diferencias” y aplicable a las demás disposiciones del acuerdo.

Quedan dudas, por lo tanto, sobre si el Acuerdo UE-México, en caso de entrar en vigor tal y como está redactado en la actualidad, conduciría realmente a un mayor cumplimiento de las disposiciones medioambientales y, en particular, de las obligaciones derivadas de tratados multilaterales como, por ejemplo, el Acuerdo de París sobre el Clima o el Convenio de Río de Janeiro sobre Diversidad Biológica. Tampoco existen garantías absolutas de que las normas contenidas en ellos den lugar a una tendencia hacia la convergencia y la mejora de los resultados medioambientales, ya que no puede descartarse por completo el riesgo de que el crecimiento económico potencialmente inherente al acuerdo vaya en detrimento del medio ambiente. Por lo tanto, sería deseable introducir algunos cambios para elevarlo a la categoría de instrumento capaz de promover eficaz y eficientemente la protección del medio ambiente a través del comercio.

A pesar de estas deficiencias, y aunque no sea el instrumento definitivo que puede obligar de forma efectiva a las Partes a respetar el derecho medioambiental internacional, ni constituya la forma ideal de cooperación que permite abordar los retos medioambientales globales a través del comercio al tiempo que se promueven los intereses económicos de los países implicados, puede afirmarse que el Acuerdo Comercial UE-México es un claro paso adelante en la gobernanza medioambiental internacional.

Este juicio se expresa también teniendo en cuenta la situación actual del sistema multilateral de comercio, que -al encontrarse en un periodo de dificultades debido a cuestiones como el aumento de los desequilibrios comerciales, el estancamiento de la ronda de Doha de negociaciones comerciales, la crisis actual del sistema de solución de diferencias de la OMC la guerra comercial entre EE.UU. y China, y las consecuencias económicas de los conflictos en curso- es poco probable que sea el ámbito en el que en un futuro previsible puedan crearse instrumentos que combinen eficazmente los dos objetivos aparentemente opuestos del desarrollo económico y la protección del medio ambiente.

En este sentido la comunidad internacional -y la propia OMC- podrían beneficiarse de lo que el acuerdo comercial UE-México¹¹¹ aporta al respecto. En consecuencia, no parece descabellado concluir que, a través del Acuerdo Comercial objeto de este estudio, la UE y México se

111 Sobre este tema, véanse las consideraciones más generales de I. BARTHE-SAGHI, N. DE MARIA CALVELO; N. MELGAR ALASSIO, M.E. PEREIRA, *op. cit.*, p. 448: “la UE ha logrado avanzar exitosamente en la firma de acuerdos que no solo tienen impacto directo en las mejoras de acceso en grandes mercados de consumo, como por ejemplo Japón, Canadá o México, sino que también introducen una nueva generación de tratados con disposiciones comerciales que son las que regularán las transacciones internacionales en los próximos años, además de convertirse en una base para la tan reclamada reforma de la Organización Mundial del Comercio”.

postulan como “legisladores globales” *lato sensu* en relación con determinados aspectos de la gobernanza medioambiental internacional.

Bibliografía:

- G. Adinolfi (ed.), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli Editore, 2021.
- S.H. Ali; J. A. Puppim De Oliveira; *Pollution and economic development: an empirical research review*, in *Environ. Res. Lett.*, 2018.
- V. Barral, *Le développement durable en droit international. Essai sur les incidences juridiques d'une norme évolutive*, Bruxelles, Emile Bruylant, 2016.
- E. Baroncini, *L'articolo XX GATT e il rapporto tra commercio e ambiente nell'interpretazione dell'organo d'appello dell'OMC*, en *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010, pp. 617-656.
- I. Barthesaghi, N. De Maria Calvelo; N. Melgar Alassio, M.E. Pereira, *La nueva generación de acuerdos de la Unión Europea y sus implicancias en el sistema internacional*, en E. Tremolada Álvarez (ed.), *Gobernanza, cooperación internacional y valores democráticos comunes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- A. Bonfanti, *Diritti umani e politiche dell'Unione europea in materia commerciale e di investimenti stranieri: la comunicazione 'Commercio per tutti', tra regionalismo e multilateralismo economico*, en *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, pp. 233 y ss.
- N. E. Brandenburg, *O Comércio Internacional e o Meio Ambiente. O Comércio como Instrumento da Concretização do Princípio do Desenvolvimento Sustentável*, in *Revista Brasileira de Direito Internacional*, 2017, pp. 173-192.
- M. Bronckers, G. Gruni, *Taking the enforcement of labour standards in the EU's free trade agreements seriously*, en *Common Market Law Review*, 2019, pp. 1591-1622.
- M. Bronckers, G. Gruni, *Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements*, en *Journal of International Economic Law*, 2021, pp. 25-51.
- S. Charnovitz, *Trade and the Environment in the WTO*, en *Journal of International Economic Law*, 2007.

- L. Chiussi, *The UN 2030 Agenda on Sustainable Development: Talking the Talk, Walking the Walk?*, en *La Comunità internazionale*, 2016, pp. 49 y ss.
- E. Cima, *From Exception to Promotion: Re-Thinking the Relationship between International Trade and Environmental Law*, Leiden-Boston, Brill, 2022.
- F. Combout-Madec, N. Hervé-Fournereau, *Commerce international et protection de l'environnement*, en *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, 2002, pp. 3-41.
- R. Dellink *et al*, *International trade consequences of climate change*, en *OECD Trade and Environment Working Papers*, 2017/01, OECD Publishing, 2017.
- C. M. Díaz-Barrado, *Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas*, en *Anuario Espanol de Derecho Internacional*, 2016, pp. 9-48.
- J.C. Fernández Rozas, *Permanencia y expansión del bilateralismo: Los acuerdos comerciales de "Nueva Generación" entre la Unión Europea y terceros países*, en *La Ley Unión Europea*, nº. 68, 2019, pp. 1-59.
- F. Francioni, *La tutela dell'ambiente e la disciplina del commercio internazionale*, in *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio*, *Atti del Convegno della Società italiana di diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998, pp. 162 y ss.
- J. Fry *et al.*, *Study on the environmental impact of palm oil consumption and on existing sustainability standards*, 2018.
- G. C. Garaguso, S. Marchisio, *Rio 1992: vertice per la terra*, Milano, F. Angeli, 1993.
- M. A. Gil, G. Alanís Ortega, J. C. Ameneyro, B. G. Martínez, *Comercio y medio ambiente: derecho, economía y política*, Espacio Editorial, 1995.
- I. Ingravallo, *Lo sviluppo sostenibile a cinquant'anni dalla Conferenza di Stoccolma*, en *Liber Amicorum Sergio Marchisio*, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 831 y ss.
- R.E. Kim, *The Nexus between International Law and the Sustainable Development Goals*, en *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2016, pp. 15-26.
- A.-C. Kiss, S. Doumbe-Bille, *Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Rio de Janeiro-juin 1992)*, en *Annuaire français de droit international*, 1992, pp. 823-843.

- C. R. F. Liesa, E. L.-J. Díaz, J. D. O. Martínez, E. C. D. Galán (Eds.), *El Derecho Internacional, los ODS y la Comunidad Internacional*, Madrid, Dykinson, S.L., 2022.
- C. Lindner, *Agenda 21*, in F. Dodds (ed), *The way forward: beyond Agenda 21*, Routledge, 2019, pp. 3 y ss.
- F. Macmillan, *The World Trade Organization and the environment. International Trade Law*, Londra, Sweet and Maxwell, 2001.
- J. Maillo, *Acuerdos comerciales UE de "Nueva Generación": origen, rasgos y valoración*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, 2021.
- H. Mann, *The Rio Declaration*, en *Proceedings of the American Society of International Law Annual Meeting*, 1992, pp. 405-414.
- G. Z. Marceau, *News from Geneva on RTAs and WTO-plus, WTO-more, and WTO-minus*, en *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, 2009, pp. 124-128.
- S. Marchisio, *Gli atti di Rio nel diritto internazionale*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1992, pp. 581-621.
- S. Marchisio, *Il diritto internazionale ambientale attuale: da Rio all'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*, en G. Cordini, P. Fois, S. Marchisio, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*. Torino, Giappichelli, 2017.
- G. Marín Durán, *Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements: Emerging Compliance Issues*, en *Common Market Law Review*, 2020, pp. 1031-1068.
- B. A. Melo Araujo, *The EU's Deep Trade Agenda*, Oxford, OUP, 2016.
- G. Messenger, *El rol de Derecho internacional dentro del desarrollo sostenible y la agenda 2030*, en *Revista española de derecho internacional*, 2017, pp. 271-278.
- M. Montini, F. Volpe, *Sustainable Development Goals: "molto rumore per nulla?"*, en *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2015, pp. 489-496.
- M. Montini, *SDGs e sviluppo sostenibile nel diritto internazionale dell'ambiente*, en *FEDERALISMI.IT*, 2019, pp. 1-21.
- L. Pasquali, *Il contributo dell'accordo UE – Mercosur alla governance internazionale dell'ambiente*, en *NOMOS*, 2020, pp. 179-200.

- R. Pavoni, D. Piselli, *The Sustainable Development Goals and International Environmental Law: Normative Value and Challenges For Implementation*, en *Revista Veredas do Direito*, 2016, pp. 13-60.
- P. Picone, G. Sacerdoti, *La disciplina del commercio internazionale e la protezione dell'ambiente*, en P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, XI Convegno SIDI, Alghero 16-17 giugno 2006, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, pp. 63-68.
- L. Pineschi, *La conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo*, en *Rivista giuridica dell'ambiente*, vol. 3, 1992, pp. 705-712.
- I.M. Porras, *The Rio Declaration: A New Basis for International Cooperation*, en *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 1, 1992, pp. 245-253.
- F. Raspadori, *L'economia circolare nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, en *Liber Amicorum Sergio Marchisio*, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 883 ss.
- N. A. Robinson (ed.), *Agenda 21: earth's action plan*, Dobbs Ferry, 1993.
- G.M. Ruotolo, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2016, pp. 329-354.
- P. H. Sand, *International environmental law after Rio*, en *Eur. J. Int'l L.*, 1993, pp. 377-389.
- J. P.Sarmiento Erazo, *Cuando el comercio internacional se encontró con el medio ambiente, entre el soft law y la prohibición a las barreras al comercio*, en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2018, pp. 187-220.
- E. Sciso, R. Baratta, C. Morviducci (eds.), *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, Torino, Giappichelli, 2016.
- P. Soave, *Lo sviluppo sostenibile nella prospettiva dell'Agenda 21 – Il programma d'azione lanciato nella Conferenza di Rio*, en *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1993, pp. 761-767.
- M. B. Stuart, J. K. R. Watson, *The WTO and the Environment: Development of Competence Beyond Trade*, Routledge, 2013.
- A. Székely, D. L. Ponce-Nava, *La Declaración de Río y el derecho internacional ambiental*, in A. Glender, V. Lichtinger (comps.), *La diplomacia ambiental*.

- México y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, SRE-FCE, 1994, pp. 306-333.
- T. Treves, *Il diritto dell'ambiente a Rio e dopo Rio*, en *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1993, p. 577 ss.
- C. Villarino Marzo, *La Cumbre de la Tierra: entre el Derecho al Medio Ambiente y el Derecho al Desarrollo*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, 1992, pp. 708-710.
- P. Vincent, *Les nouveaux accords commerciaux conclus par l'Union Européenne*, in *Cahiers de Science Politique de l'Université de Liège*, 2021, pp. 54-76.
- C. Voigt, *Sustainable Development as a Principle of International Law. Resolving Conflicts Between Climate Measures and WTO Law*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2009.

Nuevos tratados de libre comercio, medio ambiente y desarrollo.

Por: Mónica María Antonieta Velarde Méndez

Escuela Libre de Derecho

Resumen: Este artículo habla de la evolución de la interacción entre libre comercio como palanca de desarrollo sostenible y protección al medio ambiente, nos centramos en los tratados que México ha suscrito en su historia reciente, que reflejan un mayor compromiso entre ambas materias para dar lugar a tratados modernos que buscan hacer efectiva la gobernanza ambiental, pero que a su vez confrontan nuevos desafíos al reconocer dos nuevos derechos humanos: el derecho al medio ambiente limpio, sano y sostenible, y el derecho al desarrollo, generando una serie de principios que se hacen obligatorios en el ámbito de su orden interno.

Palabras clave: gobernanza ambiental y desarrollo sostenible, tratados de libre comercio de última generación, libre comercio –derecho al desarrollo y al medio ambiente sano.

Risassunto: Questo articolo parla dell'evoluzione dell'interazione tra libero commercio come leva di sviluppo sostenibile e protezione dell'ambiente; ci concentriamo sui trattati che il Messico ha sottoscritto nella sua storia recente, che riflettono un maggior compromesso fra entrambe le materie, per dar luogo a trattati moderni, che cerchino di rendere effettiva la governance dell'ambiente, ma che, a loro volta, affrontano nuove sfide con il riconoscimento di due nuovi diritti umani: il diritto ad un ambiente pulito, sano e sostenibile ed il diritto allo sviluppo, generando una serie di principi, che diventano obbligatori nell'ambito degli ordinamenti interni.

Parole Chiave: Governance ambientale e sviluppo sostenibile; trattati di libero commercio di ultima generazione; libero commercio-diritto allo sviluppo ed all'ambiente sano.

Abstract: This article deals with the evolution of the interaction between free trade as sustainable development lever and environmental protection, based on the treaties signed by Mexico in its recent history, which reflect a greater commitment between these two topics and makes environmental governance effective, but at the same time face new challenges with the recognition of two new human rights: the right to healthy, clean and sustainable environment and the right to development which are mandatory in its internal legal framework.

Keywords: *Environmental governance and sustainable development; free trade treaties of last generation; free trade- right to development and to healthy environment.*

Sumario: *Introducción. 1.- Medio ambiente y los tratados comerciales. 2.- Los acuerdos ambientales y el desarrollo sostenible. 3.- Libre comercio palanca de desarrollo y gobernanza ambiental. 4.- Los acuerdos de libre comercio de última generación. 5.- El nuevo paradigma del medio ambiente y el desarrollo sostenible. Conclusiones.*

Introducción:

La humanidad en la segunda década del siglo XXI continúa enfrentando retos como la pobreza, inseguridad alimentaria y la falta de sistemas de salud adecuados para hacer frente a diversas emergencias, así como importantes crisis planetarias: el cambio climático, la pérdida de biodiversidad, la desertificación, la contaminación y la inapropiada gestión de desechos.¹ También prevalece una gran desigualdad económica, que impide el desarrollo de los pueblos y las personas e incide en el ejercicio de sus derechos humanos.

Desde la Conferencia de Estocolmo en 1972, se ha gestado determinantemente un orden jurídico e instituciones para proteger, preservar y restaurar el medio ambiente. Por otra parte, se ha impulsado un nuevo orden económico que permita a los Estados alcanzar un desarrollo adecuado para proveer una mejor calidad de vida a su población. En este sentido, ha resultado indispensable involucrar al desarrollo económico y social con la protección al medio ambiente para lograr un equilibrio que permita atender los problemas desde un enfoque holístico. En este marco, el comercio internacional y la inversión extranjera se consideran los principales medios a los que los Estados pueden acceder para lograr el financiamiento que les permita lograr ese desarrollo y al mismo tiempo, preservar el planeta.

1 Naciones Unidas, Nota de Prensa de la participación del Secretario General Antonio Guterres en la Conferencia Estocolmo más 50 22 de junio 2022 publicación electrónica <https://news.un.org/es/story/2022/06/1509642>

Medio ambiente y desarrollo son dos conceptos, que se definen de la siguiente manera: El primero, es “el espacio en que se desarrolla la vida de los seres vivos y que permite la interacción de estos. Este sistema está conformado por seres vivos, elementos abióticos y artificiales.”² Mientras que el segundo, es “un proceso global, económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de los individuos a base de su participación activa, libre y significativa en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan.”³ Ambas nociones, se han entrelazado, lo que se refleja en los tratados de libre comercio de nueva generación, asumiendo temas y materias anteriormente abordadas de manera independiente. Estos conceptos se han transformado a la par siendo reconocidos como derechos humanos: el derecho a un medio ambiente limpio, sano y sostenible y el derecho al desarrollo, con las características de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Además, exigen a los Estados, la protección, promoción, garantía y respeto de estos derechos.

En este sentido, México ha sido participativo en el surgimiento y consolidación de la gobernanza ambiental y un actor clave en la promoción del desarrollo sustentable. Desde 1986 no sólo se vincula al GATT, sino que promueve acuerdos de libre comercio de nueva generación con los Estados Unidos y Canadá, así como con la Unión Europea, los cuales se han modernizado, al tiempo, suscribe un nuevo acuerdo multilateral llamado acuerdo de Escazú. Este último, es un instrumento regional que se avoca a la protección de los derechos de acceso en materia ambiental para hacer efectivos los derechos al medio ambiente sano y al desarrollo sostenible. Este tratado incidirá en la implementación de

- 2 Plataforma de comunicación y difusión de la Responsabilidad Empresarial, editorial RSR <https://responsabilidadsocial.net/medio-ambiente-que-es-definicion-caracteristicas-cuidado-y-carteles/> [vigente 22-04-24]
- 3 Irausquín, Caridad; et Al, *Fundamentos conceptuales de desarrollo*, Universidad de la Costa, Barranquilla 2016 pp.289

otros instrumentos, incluyendo los comerciales, sobre todo aquellos de vocación ambiental que son palancas de desarrollo.

Realizamos esta investigación partiendo de un recuento histórico; analizamos fuentes diversas principalmente resoluciones de Naciones Unidas y tratados internacionales suscritos por México en los cuales convergen comercio, desarrollo y medio ambiente para dar un panorama del complejo entramado que se suscita en estos dos temas al tratar de hacer efectiva la protección y conservación de un bien público global como el medio ambiente y alcanzar el bienestar de las generaciones presentes y futuras. El ensayo se divide en cinco partes una breve reseña histórica, nos concentramos en los acuerdos que celebró México, la interacción que emerge entre protección al ambiente y desarrollo económico, social, así como los Tratados de Libre Comercio suscritos por México con visión ambiental, la modernización de estos, para concluir con el análisis del Acuerdo de Escazú como un nuevo paradigma.

1. Medio ambiente y los tratados comerciales:

La simbiosis de comercio y medio ambiente parece una novedad, sin embargo desde finales del siglo XVIII encontramos algunas convenciones como el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre el Reino Unido y los Estados Unidos de América, al que se identifica como primer instrumento de protección al ambiente al regular algunos aspectos sobre la pesca en altamar.⁴ Un siglo más tarde, surgen nuevos acuerdos internacionales que buscan regular la explotación de algunas especies como ballenas, aves migratorias, focas, pesquerías salvajes, flora y cursos de agua internacionales, como el Acuerdo de Aguas Transfronterizas entre Estados Unidos y Canadá celebrado en 1909, el cual prohíbe cual-

4 Ortiz Alfth Loretta, Derecho Internacional Público, Ed. Oxford University Press, 4ª Edición, 2019 México p.

quier construcción que obstruya el flujo de agua entre ambos países;⁵ el Convenio entre Francia y Gran Bretaña relativo a la Pesca de 1867 y la Convención Internacional de 1902 para la Protección de Aves Útiles en la Agricultura entre diversos Estados Europeos.⁶

Empero el primer arbitraje internacional en la materia surge entre Estados Unidos y Reino Unido por la explotación de las focas peleteras del Pacífico, se resuelve en 1893. La resolución consideró que Estados Unidos no tenía la propiedad, ni podía proteger o capturar a los mamíferos que no estuvieran en su jurisdicción territorial o a una distancia de tres millas marinas. En el caso de aquellas focas que llegaran a las islas del mar de Bering, Estados Unidos tendría acordar con Reino Unido un mecanismo para proteger o capturar focas.⁷

Lo anterior, ilustra cómo surge la protección al ambiente, aunque en principio la base fue sólo la posibilidad de explotación de recursos, sin considerar su preservación.

El comercio en México, como en todo el mundo, se vincula a su historia. Desde la época prehispánica y como colonia de España, el país fungió como centro de encuentro intercultural y comercial, no sólo con el Reino de España, que introduce los productos de Nueva España a Europa, de igual forma con Asia, a través de los grandes galeones que viajaban a Filipinas. Por lo que al conquistar su independencia en 1821, surgen los primeros tratados comerciales con las potencias de la época, entre otros, Gran Bretaña, Prusia, Países Bajos, Francia, las Ciuda-

5 Boundary Water's Treaty Between United States and Canada 1909 <https://www.ijc.org/sites/default/files/2018-07/Boundary%20Water-ENGFR.pdf> [verificado 22/04/24]

6 Citado por Barreira Ana, et Al Medio Ambiente y Derecho Internacional, Una guía práctica.

7 Sentence entre les États-Unis et le Royaume-Uni relative aux droits de juridiction des États-Unis dans les eaux de la mer de Behring et à la préservation des phoques à fourrure Jus Mundi Paris (1993)

des Helvéticas y Japón, que buscaran intercambiar su reconocimiento al nuevo Estado mexicano por beneficios en el comercio, generalmente mediante un tratado. Una de las relaciones comerciales relevante fue con los Estados Unidos, por su extensa vecindad geográfica.

Así desde 1822, empezaron las negociaciones para celebrar un tratado comercial entre ambos países, coincidió con el pronunciamiento de la llamada doctrina Monroe “América para los americanos,” una insistencia por parte de los estadounidenses para concluir este acuerdo e incluir la cláusula de la nación más favorecida, mientras, México pretendía que el mismo instrumento, le permitiera otorgar mayores concesiones a los países latinoamericanos. Finalmente, los primeros representantes diplomáticos de ambos países, Poinsett y Zosaya lograron este en 1835. El instrumento incluía la obligación de México de velar por las caravanas comerciales que iban a Santa Fe y Missouri, así como la de devolver esclavos y fugitivos. Los flujos comerciales se incrementaron a partir de su implementación, pese a las vicisitudes que sufrieron las dos naciones como la Guerra de Texas, la Guerra de Secesión, el Imperio de Maximiliano y la Reforma.

El gobierno de Porfirio Díaz, entre 1876 a 1911, da un impulso económico relevante en México mediante la atracción de capital extranjero, lo que impacta en la idea de Estados Unidos de suscribir de un nuevo tratado comercial, por lo que se denuncia el tratado vigente. Se celebra uno nuevo, que contemplaba la reciprocidad de la cláusula de la nación más favorecida y no incluía sectores como granos y textiles, lo que México consideró positivo, porque podría aumentar eventualmente las exportaciones. Aunque el tratado es ratificado por el Senado mexicano, el Congreso estadounidense no aprobó la legislación para su entrada en vigor, pero el comercio entre ambos países continuó creciendo al igual que con las potencias europeas.

Después de la Revolución, las relaciones comerciales entre México y EUA declinarían por factores como: la reactivación económica de Europa al concluir la Primera Guerra Mundial, el mercado mexicano resultó

más atractivo para los países europeos; la crisis económica por la gran depresión que afecta a la economía de Estados Unidos; las reclamaciones de los ciudadanos estadounidense por daños causados a sus propiedades; la postergación del pago de la deuda de México a Estados Unidos, así como las intenciones de los primeros gobiernos postrevolucionarios de manejar los recursos naturales y nacionalizar el petróleo.⁸ Por estas razones, será hasta 1942 que se adopte un tratado comercial entre México y EUA, similar al que la Unión Americana firmara con otros países del continente, que comprende el intercambio de mercancías, la regulación arancelaria, e incluirá la cláusula de la nación más favorecida.⁹

En el ámbito internacional, México impulsó la creación de las Naciones Unidas (ONU) con sus tres pilares: paz y seguridad internacional, derecho a una mejor calidad de vida de las personas, y el respeto a su dignidad humana. Empero, no se sumaría al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947. El acuerdo busca elevar el nivel de vida de las personas mediante el comercio, reduce los obstáculos internacionales al libre comercio, promueve el pleno empleo, mejora los recursos mundiales, impulsa la producción y el intercambio de mercancías, y el desarrollo económico. México mantendrá un marco bilateral en sus intercambios comerciales internacionales, éstos se irían enfriando por la adopción de su modelo económico de sustitución de importaciones.

2. Los acuerdos ambientales y el desarrollo sostenible:

8 Avellana Alaminos, Isabel “Antes del TLCAN: La Historia de los Acuerdos Comerciales entre México y Estados Unidos” Revista Digital Universitaria DGSCA-UNAM 2008 VOLUMNE 9 NÚMERO 5 ISSN 1067-6079 pp5

9 Avellana Alaminos, Isabel (2008) pp7

Aunque se trata de encontrar una sinergia entre medio ambiente y comercio en la Revolución Industrial, en el ámbito internacional ésta realmente se materializará hasta la segunda mitad del siglo XX, precisamente en la década de los años sesenta cuando se dan varios acontecimientos que impactan el orden internacional: Hay protestas sociales alrededor del mundo invocando la desigualdad; la discriminación; la sobrepoblación; la explotación desmedida de los recursos naturales; los daños a los ecosistemas; la contaminación a la atmósfera, a la tierra y los océanos. Surge un movimiento ambientalista que impulsa la sociedad civil y que exige acciones concretas de los Estados para preservar y proteger el planeta del modelo imperante.¹⁰ Además, se llega al espacio y se habla de la posible explotación de éste y de los fondos marinos.

En esta década también se adopta la resolución 1514 de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGONU) que, acoge la Declaración sobre la Concesión de Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, la cual reconoce la autodeterminación de los pueblos y apoya su independencia, pues se considera que su condición impedía alcanzar su desarrollo y la cooperación económica internacional.¹¹ Estos “nuevos Estados” se suman a la ONU, pero reclaman un piso parejo para su desarrollo. En este contexto, la aspiración de promover el progreso y mejorar la calidad de vida para todas las personas, que plasma el preámbulo y el capítulo IX de la Carta de la ONU, como en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), se reflejará en el Pacto

10 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, A/HRC/22/43 “Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible”, John H. Knox” 24 dic 2012 https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.43_sp.pdf

11 NACIONES UNIDAS Resolución sobre la Autodeterminación de los Pueblos A/1514/ del 14 de diciembre de 1960 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0156/42/PDF/NR015642.pdf?OpenElement>

Internacional de los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que determina impulsar las condiciones para que el ser humano realice su ideal libre de temor y miseria.

El PIDESC reitera el derecho soberano de los Estados a sus recursos naturales pero el artículo 12 menciona la obligación de éstos, para propiciar un medio ambiente que garantice el derecho a la salud física y mental.¹² Este artículo, detonara el reconocimiento del derecho humano a un medio ambiente sano, que se plasmara en el orden interno de varios países. Asimismo, en la conferencia de Teherán en 1968, con motivo del año internacional de los derechos humanos, se analizan problemáticas como: racismo, implementación de derechos en territorios ocupados y los derechos de la mujer. En la declaración que se adopta, se advierte una referencia al impacto del desarrollo económico en la efectividad de los derechos humanos. Además, se hace un llamado a los Estados a adoptar medidas para cumplir con las obligaciones económicas que les establece la Carta de la ONU.¹³

En estos momentos, Suecia propone al Secretario General de la ONU celebrar una conferencia internacional para tratar los desafíos que aquejaban al medio humano. Al ser una iniciativa de los “países industrializados,” no fue bien recibida por los nuevos Estados independientes, al considerar que cualquier daño al ambiente había sido generado por los países con mayor desarrollo económico y las medidas que éstos sugerían para remediarlo, limitarían su crecimiento. Pese a esta percepción, la ONU aceptó el reto de debatir el impacto del desarrollo en el medio ambiente y la Cumbre sobre el Medio Humano se realiza en Estocolmo

12 NACIONES UNIDAS A/2200AXXX/ *“Pacto de los Derechos Económicos Sociales y Culturales Adoptado 16 dic 1966 resolución”* <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

13 NACIONES UNIDDAS A/COF.32/41 *Declaración Final Conferencia de Teherán* https://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf

del 5 al 12 de junio de 1972, con la participación de 113 Estados, organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales.

Los resultados de esta primera conferencia, además del reconocimiento del día mundial del medio ambiente y la creación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), fue lograr el inicio de una conversación entre los países desarrollados y aquellos en desarrollo, demostrando el vínculo existente entre crecimiento económico y explotación de recursos naturales; así como el detrimento del medio ambiente por la contaminación del aire, la tierra, el agua y los océanos, a causa del manejo de residuos.

La declaración incluye 26 principios que hoy están en tratados, otras declaraciones, resoluciones judiciales, circulares y mecanismos dando origen al Derecho Ambiental Internacional. El primer principio confirma el derecho de la persona a gozar de un medio ambiente natural y artificial que le permita alcanzar su desarrollo, pero también lo hace corresponsable de cuidarlo para salvaguardar el derecho de las generaciones presentes y futuras, en los siguientes términos: “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras.” Además, Estocolmo alerta a los Estados sobre la necesidad de proteger y mejorar el medio humano, por afectar al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo.

El GATT también está presente en esta conferencia, e inicia un debate sobre la interacción comercio y medio ambiente, el cual estará en todas las rondas comerciales y conferencias ministeriales. Sin embargo, el análisis del GATT sobre esa interrelación se basó en valorar las medidas ambientales como obstáculo al comercio internacional.

En 1987 la Comisión Mundial Independiente de Medio Ambiente y Desarrollo presentó el llamado reporte Brundtland o “Nuestro Futuro en Común,” el cual señaló que, “el entorno no existe como esfera se-

parada de las acciones, ambiciones y necesidades humanas. El medio ambiente es donde vivimos todos y el desarrollo lo que hacemos al tratar de mejorar nuestra suerte en el entorno donde habitamos. Ambas cosas son inseparables.”¹⁴ El informe planteó la necesidad de atender problemas como: el deterioro de la capa de ozono, el calentamiento global, las fuentes de energía, la seguridad alimentaria y otros, asociados a mejorar el nivel de vida de la población, a transformar la industria; a reorientar la tecnología; a controlar riesgos, e integrar economía y medio ambiente en las decisiones.¹⁵ Finalmente, el reporte definió al desarrollo sustentable como “aquél que satisface las necesidades de las generaciones actuales, sin comprometer la posibilidad de las generaciones futuras.”¹⁶

Con esta base, se realiza en 1992 la Cumbre de Río o Cumbre de la Tierra cuyo objetivo principal fue alcanzar un planteamiento justo entre las cuestiones económicas, sociales y ambientales. Este foro retoma los retos que se deben atender para impulsar el desarrollo sostenible, así como el bienestar y mejora de las condiciones de las personas pobres. El principio 2 de la declaración confirma el derecho soberano de los Estados sobre sus recursos y la forma de aprovechamiento según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, pero lo responsabiliza por cualquier daño transfronterizo.

14 Nota de la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo citada por López López Víctor Manuel “Sustentabilidad y Desarrollo Sustentable” Trillas México 2021.

15 Este reporte fue generado por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo que estableció la ONU y recibe su nombre de la Ex Primera Ministra de Noruega, Gro Harlem Brundtland, defensora del medio ambiente y los derechos de la mujer que lo lideró. NACIONES UNIDAS, A/RES/42/427 (4 GOSTO 1987) <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>

16 Los términos sostenibilidad y sustentabilidad se tratan de manera indistinta en diversos instrumentos.

El primer principio retoma el derecho al medio ambiente de la siguiente manera: “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.”¹⁷ Esta redacción privilegia la referencia al desarrollo sostenible y pone en el centro de este proceso a la persona. Mientras, el principio tres se refiere al desarrollo como un derecho y a la relación que debe existir entre éste y el medio ambiente: “el derecho al desarrollo debe ejercerse de tal manera que responda equitativamente a las necesidades de las futuras generaciones.”¹⁸ De manera complementaria, el cuatro principio señala “la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse de forma aislada.”¹⁹

Destaca el principio 10 que contempla los derechos de acceso a la información, participación y justicia en materia ambiental, los cuales trascenderán como los derechos democráticos y se plasmarán en otros tratados, aún de naturaleza comercial.²⁰ Otro éxito de Río fue el programa 21 que plantea la dinámica de los factores sociales, económicos y ambientales, resalta la lucha contra la pobreza; impulsa la racionalidad de los recursos y sugiere medidas para proteger la atmósfera; la biodiversidad; los bosques y luchar contra la sequía, así como la necesidad de atender los requisitos financieros para impulsar todo lo anterior. Además, se adoptaron dos tratados, de relevancia para atender las crisis de hoy, la Convención Marco de las Naciones Unidas de Cambio Climático (CMNUCC) y el Convenio sobre Diversidad Biológica (CBD). Uno tercero de Lucha contra la Desertificación para Estados Afectados por la Sequía Grave o Desertificación (CNULD), continuó en negociación. Estos acuerdos, tienen un mecanismo que asegure su implementación.

17 Principio 1º NACIONES UNIDAS, *Agenda 21*, <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

18 Principio Tres Declaración de Río Ibidem

19 Principio 4 Ibidem

20 Principio 10 Ibidem

Igualmente, se crea una comisión permanente de Desarrollo Sostenible, dependiente del ECOSOC.²¹

A la Cumbre de Río, se sumará la de Johannesburgo en 2002, que de nuevo analiza la lucha contra la pobreza y temas críticos como: agua, ciudades, energía, salud, seguridad alimentaria, océanos, agricultura y diversidad biológica desde una perspectiva económica, social y ambiental. La declaración que se adopta considera la importancia de sumar a los actores públicos y privados para apoyar programas regionales y nacionales que aceleren los patrones de producción y consumo asequibles.²²

Desde Estocolmo surgieron varios principios, declaraciones e instrumentos vinculantes para proteger la atmosfera, mitigar los daños causados a la atmosfera, el mar y a las especies en peligro de extinción. Algunos, impactaron directamente al comercio como los relativos al uso y tránsito de desechos y sustancias peligrosas. A medida que avanza la concientización sobre la gobernanza ambiental, se incorpora a la visión de desarrollo una perspectiva económica y social, que se entrelaza con la ambiental. Lo que confirma lo dicho por Harlem Brundtland: “son inseparables.”

Simultaneo a la gestación de una gobernanza ambiental, se impulsa un “nuevo” orden económico. La AGONU adoptó la resolución 1161/1957 relativa al progreso económico y social equilibrado e integrado. Hasta ese momento, se ignoraba cómo combinar ambos crecimientos para lograr mejores resultados. Mediante un informe del Secretario General, se demostró la necesidad de considerarlos interdependientes para contribuir a la paz y la seguridad internacionales, promover un mejor nivel de vida e impulsar la observancia y respeto de los derechos humanos.

21 Se adoptaría en París en 1994

22 NACIONES UNIDAS, Cumbre en Johannesburgo 2002 documentos principales <https://www.un.org/es/conferences/environment/johannesburg2002>

En este sentido, Naciones Unidas promueve y fortalece una compleja red institucional cuyo objetivo será lograr la cooperación para desarrollo a través de la Comisión Económica de cada región, la Organización de Cooperación para el Desarrollo (OCDE), la Agencia Internacional de Fomento, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el GATT y los demás organismos especializados.²³ En pues, se conciben mecanismos para financiar proyectos, brinden asesorías y generen lineamientos para que los Estados puedan atender las causas de la pobreza y eleven los niveles de vida de su población.

En esta misma idea, se convoca en 1964 a la primera Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) que califica al comercio como palanca de desarrollo, promueve las inversiones y fomenta la transferencia de tecnología. La UNCTAD permanecerá para brindar asesoría técnica a los países en desarrollo con miras a integrarse y beneficiarse del sistema de comercio internacional. Un año después, se crea el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) como agencia de asistencia multilateral para impulsar el desarrollo, mediante el apoyo a esfuerzos nacionales para erradicar la pobreza y reducir la desigualdad.

En 1969, la AGONU adopta la resolución 2542 sobre progreso y desarrollo en lo social. En ésta, se establecen principios, objetivos, medios y métodos que deben guiar la doble integración del aspecto social y económico del desarrollo.²⁴ En particular, el artículo 12 considera la necesidad de crear condiciones para los países en desarrollo y contiene varias referencias a impulsar el comercio, mejorar las condiciones de seguri-

23 Asamblea General Naciones Unidas, Duodécimo periodo de sesiones A/RES/1161 Progreso Económico y Social Librado e Integrado, 1957 Tercera Comisión [file:///D:/Users/mvelarde/Downloads/A_RES_1160\(XII\)-ES.pdf](file:///D:/Users/mvelarde/Downloads/A_RES_1160(XII)-ES.pdf)

24 Asamblea General A/R/2542 (11 de diciembre de 1969) *Declaración sobre el progreso y desarrollo de los Estado* <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-social-progress-and-development>

dad social, apoyar la participación democrática y planificar el desarrollo económico y social a través de la educación.²⁵

A propuesta del presidente Echeverría de México y como parte del nuevo orden económico internacional, en la tercera CNUDMI en 1974, se adopta la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Este instrumento que emerge en el contexto de la Guerra Fría, muestra las posiciones encontradas de capitalismo y socialismo, pero se centra en temas comerciales y al mismo tiempo, busca una interpretación armónica entre igualdad, interdependencia, interés común y cooperación para los Estados.

La declaración enfatiza el derecho de cada Estado a elegir una forma de desarrollo económico, reglamentar las inversiones, supervisar a empresas transnacionales, expropiar o nacionalizar conforme a estándares internacionales. También, establece para todos los Estados la obligación de buscar el desarrollo económico, social y cultural conforme a sus objetivos y medios. A su vez, fortalece el principio de la cooperación para el desarrollo; reconoce el derecho de los Estados a practicar el comercio internacional y el deber de promover la liberación sostenida del mismo. Además, reitera la responsabilidad de proteger, preservar y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras. La declaración remarca que las políticas ambientales no deben afectar el crecimiento de los países en desarrollo.²⁶ De igual forma, plantea la idea de identificar el desarrollo no sólo con crecimiento económico, también con la satisfacción de necesidades en armonía con la naturaleza, como lo señalaran el informe Brundtland (1987) y el programa 21 de Río (1992).

Al integrar los elementos críticos para hacer viable el desarrollo se canaliza la cooperación hacia los países en desarrollo, pero con la par-

25 [Ibidem](#)

26 Asamblea General A/R/3281 (XXIX) del 12 de diciembre 1974 *Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados* https://legal.un.org/avl/pdf/ha/cerds/cerds_ph_s.pdf

ticipación de estos últimos. De igual forma, comienza el estudio del desarrollo como proceso multidimensional que, se verá impactado con la globalización por el aumento de flujos económicos y financieros sin fronteras, lo que propicia un intercambio cultural, político e institucional más dinámico y la gestión pública se aprecia como un asunto de todos los sectores. Al concluir el tercer decenio del desarrollo en 1990, el PNUD presenta su informe de Desarrollo Humano, centrado en los medios que los Estados brindan para lograr el potencial individual y el desarrollo social.²⁷

Con el inicio del nuevo siglo se adopta la Declaración del Milenio, documento que retoma los principios de la Carta de la ONU, resalta como ejes rectores valores que la acompañan: libertad, igualdad entre personas y Estados, solidaridad, tolerancia y respeto a la naturaleza como responsabilidad común. Además, reitera los pilares que la sustentan como paz, seguridad y desarme; el desarrollo y erradicación de la pobreza; la protección de nuestro entorno común; los derechos humanos; la democracia y el buen gobierno. Cabe señalar, que hay una referencia especial a la efectividad del derecho al desarrollo y los derechos económicos, sociales y culturales.²⁸

La declaración se acompaña de 8 objetivos que los Estados se comprometen a atender en quince años para disminuir pobreza, hambre, mortalidad infantil, epidemias, desigualdad para las mujeres y fomentar una alianza mundial para alcanzar el desarrollo y mejorar el bienestar 100 millones de personas en zonas marginadas.²⁹ El objetivo 7 buscó la sostenibilidad del medio ambiente reconociendo la relación indisolu-

27 1990 PNUD informe de Desarrollo Humano. <https://hdr.undp.org/system/files/documents/hdr1990escompletonostatspdf.pdf>

28 Asamblea General A/Res/55/2 (13de septiembre de 2000) *Declaración del milenio* <https://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>

29 ASAMBLEA GENERAL Cumbre de Río , <https://www.un.org/es/conferences/environment/rio2012>

ble pero distinguible entre los aspectos socioeconómicos y ambientales, como agendas paralelas.³⁰

La atención a los retos que impiden el desarrollo social se va entrelazado con aquella que se brinda al crecimiento económico propiamente, esto impulsa a los Estados a acudir a préstamos con instituciones internacionales o a la asistencia de las grandes potencias. Al surgir las crisis financieras y la globalización desordenada de los mercados, la cooperación para el desarrollo disminuye, los países en desarrollo enfrentan problemas para pagar su deuda externa. Entonces, Naciones Unidas asume el papel de promotora del desarrollo e impulsa el fortalecimiento del sistema de financiamiento desde dos perspectivas, una en el ámbito internacional y otra, en el interno de los Estados. El primero, involucra la promoción de la estabilidad financiera internacional y el fomento de un entorno propicio para las inversiones y el comercio; el alivio de la deuda externa para los países en desarrollo, la facilitación del acceso a los mercados de capitales; la promoción del diálogo y cooperación entre Naciones Unidas, el Fondo Monetario, los bancos de desarrollo regionales y el sector privado. En el ámbito interno, Naciones Unidas coadyuva a que los estados formulen políticas macroeconómicas que consideren las prioridades de crecimiento y desarrollo, generen instituciones internas sólidas, aumenten la asistencia oficial para el desarrollo, vigilen la efectividad a los sistemas financieros y promuevan de transparencia de información.

Bajo este esquema, se realiza una primera conferencia de Financiamiento para el Desarrollo en Monterrey, México, con la participación de 180 Estados y representantes de los principales organismos internacionales en materia económica. Los temas que se abordan incluyeron: el cómo enfrentar los problemas de financiación para el desarrollo

30 NACIONES UNIDAS, DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES, A/RES/55/2 *Objetivos del Milenio*, <https://www.un.org/development/desa/es/millennium-development-goals.html>

erradicando la pobreza; lograr el crecimiento económico sostenido, el desarrollo sostenible y el avance hacia un sistema económico mundial incluyente basado en la equidad. Los resultados alcanzados en el consenso contenían el compromiso de los Estados de aplicar los recursos de financieros nacionales para el desarrollo; movilizar recursos de inversión extranjera directa y otras fuentes de capital privado; impulsar el comercio internacional como promotor de desarrollo; aumentar la cooperación financiera y técnica internacional; atender la deuda externa y tratar las cuestiones sistémicas fomentando coherencia y cohesión de los sistemas monetarios, financieros y comerciales.³¹

El Consenso de Monterrey da un espacio privilegiado al comercio internacional como palanca de desarrollo, considera que el mismo debe basarse en normas de no discriminación y ser equitativo. El Consenso llama a la reducción de barreras arancelarias y no arancelarias, propone un trato especial a países menos adelantados, a los que están en desarrollo sin litoral, así como a pequeños países insulares, los del continente africano y aquellos en economías en transición.

Los Estados lograron avances respecto a los llamados objetivos del milenio, empero, no fue suficiente. En 2015, en el ámbito de Naciones Unidas, 193 jefes de Estado y de gobierno aprobaron una nueva propuesta de desarrollo sostenible, bajo el principio de no dejar a nadie atrás, prestando atención a grupos marginados. Así la Agenda 2030, plantea 17 objetivos, 169 metas y 232 indicadores universales para promover un desarrollo económico-social sostenible, con respeto al medio ambiente.³² Esta hoja de ruta contempla una visión en torno a la protección de la persona, el planeta, la prosperidad, la paz y la necesidad de generar

31 Naciones Unidas A/Conf.198/3, "Consenso de Monterrey," (1 marzo 2002) <https://www.un.org/es/conf/ffd/2002/pdf/ACONF1983.pdf>

32 ASAMBLEA GENERAL, A/RES/70/1, "Agenda 2030" (septiembre 2015) https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S

alianzas multisectoriales entre sector público, iniciativa privada y sociedad civil, porque los gobiernos solos, no pueden atender esos retos.

La resolución de la agenda en su parte preambular hace un recuento puntual de los desafíos que enfrenta el mundo y retoma las acciones multilaterales realizadas desde Estocolmo. Asimismo, vincula disposiciones de derecho suave y aquellas que emanan del Derecho Internacional como la Carta de la ONU, los Tratados de Derechos Humanos, la Convención del Mar y las Convenciones de Río. La Agenda, establece un mecanismo de seguimiento a través de un foro político de alto nivel, al que los Estados a través de informes voluntarios reportan los avances alcanzados, e incluye a gobiernos subnacionales.

De la misma manera, la Conferencia de Addis Ababa busca impulsar la determinación de los Estados para financiar el desarrollo sostenible al que refiere la Agenda 2030, a través del gasto público y de mecanismos como el comercio internacional, la inversión extranjera, la cooperación al desarrollo y la deuda pública sustentable.³³

La relación entre el medio ambiente y desarrollo sostenible, ha sido analizada por el Banco Mundial (BM) que reconoce a los recursos naturales como la fuente de subsistencia de millones de personas en el planeta, y considera que una buena gestión de los mismos, puede propiciar un crecimiento sostenido e incluyente proveyendo seguridad alimentaria, reduciendo la pobreza e impulsando un medio ambiente limpio que permita el desarrollo de las personas.³⁴ La correlación entre el medio

33 ASAMBLEA GENERAL, RES/69/313, “Agenda de Acción de Addis Abeba”, Tercera Conferencia de Financiamiento para el Desarrollo (17 de agosto de 2015) https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/69/313&Lang=E

34 BANCO MUNDIAL INFORME SOBRE MEDIO AMBIENTE <https://www.bancomundial.org/es/topic/environment/overview#:~:text=La%20naturaleza%20est%C3%A1%20amenazada%20y,Biol%C3%B3gica%20y%20Servicios%20de%20los>

ambiente y el desarrollo sostenible se apoya en la sinergia de normas, políticas de instituciones nacionales e internacionales, que al tiempo fortalece el derecho ambiental, diversifica patrones de producción y consumo e impacta al comercio.

México estuvo presente y fue activo en la gestación de los foros y tratados ambientales, también atestiguó el fortalecimiento entre desarrollo económico y social. Realiza cambios legislativos y administrativos para cumplir con sus compromisos ambientales.³⁵ En 1999, reforma su constitución para reconocer el derecho de toda persona a un medio ambiente adecuado para alcanzar su desarrollo y bienestar, de igual forma, se incorpora el principio de desarrollo integral al sistema de planeación democrática.³⁶

3. Libre comercio palanca de desarrollo y gobernanza ambiental:

El petróleo permitió a México mantener una economía cerrada por mucho tiempo, pero las tarifas de importación y las barreras no arancelarias lo obligan de cierta forma abrirse al libre comercio en 1982, mediante acciones unilaterales. Cuatro años más tarde, se adhiere al GATT y este será al mecanismo que acudirá para resolver un diferendo ambiental con los Estados Unidos sobre el embargo a la venta de atún por la pesca mediante redes que causaba la muerte a los delfines y no se le aceptaba poner la etiqueta *"dolphine safe"*.³⁷ El panel del GATT resolvió que Estados Unidos no podía embargar el atún mexicano solo por no cumplir las reglas estadounidenses que imponía para producirlo, la medida extraterritorial se consideró contraria al comercio.

35 DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN "Ley de Conservación del Suelo y el Agua que busca su preservación para la agricultura" 6 de julio de 1946

36 CONSTITUCION DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS artículos 25 y 27

37 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/hist1_s.htm

Para hacer frente al crecimiento comercial de Asia, Estados Unidos y Canadá celebran un acuerdo de libre comercio con base en el GATT que entró en vigor en 1988. México vio en el comercio internacional una vía clara para su desarrollo, y siendo presidente Carlos Salinas, planteó a ambos países, la posibilidad de crear un mercado de 406 millones de habitantes a través de un acuerdo trilateral. Así en 1992, se adopta el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) cuyos objetivos principales eran eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación de bienes y servicios. Las bondades del Tratado no serían inmediatas, la eliminación de aranceles se realizaría en cinco etapas al iniciar su vigencia en 1994, hasta alcanzar la liberación de impuestos. Este instrumento generó órganos permanentes como la Comisión de Libre Comercio, coordinadores, grupos de trabajo, comités y un secretariado, que permitían su actualización y cumplimiento.

En veintidós capítulos el TLCAN plantea objetivos, armoniza definiciones generales, reconoce el trato nacional, permite el acceso a bienes, establece reglas de origen y procedimientos aduaneros expeditos. Además, considera áreas específicas como: energía, petroquímica básica, medidas de emergencia, normalización, compras del sector público, inversión extranjera, comercio transfronterizo de servicios, telecomunicaciones, servicios financieros, políticas en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado; la entrada temporal de personas de negocios, propiedad intelectual; publicación, notificación y administración de leyes; y mecanismos de solución de controversias entre Estados e inversionistas, en cuestiones antidumping, cuotas compensatorias e interpretación del Tratado mismo; convirtiéndose en un acuerdo comercial de nueva generación. México, actualizó varias de sus leyes y reglamentos para adecuarse a los estándares establecidos en el acuerdo comercial.³⁸

38 Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) 17 México, Ottawa y Washington diciembre 1992

Ante las voces de las organizaciones de la sociedad civil que señalaban al TLCAN como una vía para evadir las leyes ambientales y laborales estadounidenses, el presidente Bill Clinton, haciendo eco de éstas, propuso la celebración de dos acuerdos paralelos uno sobre medio ambiente y otro sobre relaciones laborales. Así surge el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN), que fue firmado en 1993 por los tres gobiernos y entró en vigor un año después, el cual condicionó las cuestiones ambientales al desarrollo de vínculos comerciales.

El ACAAN lista entre sus objetivos: alentar la protección al ambiente, cooperar para promover el desarrollo sustentable, fortalecer la cooperación para la preservación de la flora y fauna silvestre, apoyar las metas de los gobiernos en materia ambiental, impedir nuevas barreras comerciales, cooperar para fortalecer la elaboración de leyes, reglamentos, políticas y procedimientos ambientales eficientes.³⁹

También, se crea la Comisión para la Cooperación Ambiental (CCA) con la función de vigilar el impacto del comercio en el medio ambiente y hacer recomendaciones de cumplimiento es voluntario a los tres países. La comisión integrada por un consejo, un secretariado y un comité consultivo contaba con un procedimiento de consultas cuando existan diferencias y un medio para solucionar conflictos. Era posible solicitar la integración de un panel arbitral, basado en una lista de hasta 45 miembros seleccionados por sus calificaciones técnicas. El resultado del procedimiento daba lugar a recomendaciones, había verificación de cumplimiento y posibilidad de suspender beneficios por incumplimiento.⁴⁰

Como sucedió desde su independencia, además de su relación comercial con los Estados Unidos, destaca para México su intercambio con Europa como su segundo socio comercial. Por lo que en 1975 celebra un primer Acuerdo con la Unión Europea, éste será renovado en 1997

39 Art 1 del Acuerdo de Cooperación en Ambiental de América del Norte (ACAAN) 1993

40 ACAAN TERCERA PARTE Arts 8, 9, 10

mediante el Acuerdo de Asociación Económica Concertación Política y Cooperación entre México y la Unión Europea (Acuerdo Global), que en ese momento contaba con 15 miembros. El acuerdo considera los principios democráticos y de respeto a los derechos humanos como elementos esenciales del mismo. Es el primer instrumento en el cual México acepta un compromiso de promover y desarrollar valores compartidos.

El Acuerdo Global también regula 29 áreas de cooperación económica, educativa, cultural y técnica de lucha contra la pobreza y desarrollo social y en el ámbito económico regula materias similares al TLCAN.

Destaca su artículo 34 que, regula la protección al medio ambiente y los recursos naturales; considera la preservación del ambiente y el equilibrio ecológico; se refiere al freno del deterioro ambiental y al fomento de la conservación, así como al aprovechamiento sustentable de los recursos. Llama la atención que también incluye la referencia a la participación social, siendo solo una parte del llamado principio 10 de Río.

México generó una red de 12 tratados de libre comercio que facilitaron su comercio con 44 países, 32 acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones que impactan a 33 países, además hoy cuenta con 9 acuerdos de complementación económica, así como acuerdos parciales que ha celebrado en el marco del ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración). Solo el TLCAN y el Acuerdo celebrado con la Unión Europea consideraron la protección del medio ambiente.

El GATT se transformó en 1995 en la Organización Internacional del Comercio (OMC). Aunque el acuerdo, desde la Conferencia de Estocolmo, consideró la interacción del comercio y el medio ambiente, la nueva organización plantea el uso de los recursos del mundo desde la visión del desarrollo sostenible, buscando proteger y preservar el medio ambiente, siempre que no constituyan una barrera comercial.⁴¹ Hoy en

41 Acta Final de la Ronda Uruguay de Negociaciones Económicas Multilaterales y por lo tanto, el Acuerdo por el que se establece la Organización

día la OMC confirma haber atendido más de 500 disputas comerciales relacionadas con la protección y preservación del medio ambiente en todas sus expresiones.⁴²

4. Los acuerdos de libre comercio de última generación:

En este nuevo milenio surgen nuevos o renovados tratados comerciales con ímpetu de impulsar la innovación, la productividad y la competitividad. En esta categoría se encuentran el Acuerdo Integral Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) por sus siglas en inglés, el hoy llamado T-MEC y el TLECUEN, mismos que reflejan con mayor claridad la relación entre comercio como palanca de desarrollo y un medio ambiente sano.

El CPTPP es un acuerdo multilateral adoptado en 2016 que reúne a diversas regiones geográficas (América del Norte, Sudamérica, Asia y Oceanía) en torno al libre comercio, en él participan tanto Estados desarrollados como Estados en desarrollo, que juntos constituyen el 13% del producto interno bruto del mundo y cuentan con una población de 480 millones de personas. El CPTPP adoptado contiene disposiciones de temas comerciales pero también se refiere a materias que tienen sus propias agendas como competencia, medio ambiente, regulación uniforme, trabajo, propiedad intelectual, compras gubernamentales, servicios financieros, servicios transfronterizos, transparencia y salud. El tratado fue impulsado por Estados Unidos, pero con la llegada del presidente Donald Trump, éste país ya no lo ratificó. No obstante, Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Malasia, México, Japón, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam, siguieron adelante e hicieron las adecuaciones al tratado.

Mundial del Comercio (OMC) Marrakech 15 de abril de 1994

- 42 La OMC hoy promueve una visión más completa de la interacción entre comercio y medio ambiente ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/envir_negotiations_s.htm

Todos los participantes están comprometidos con la materia ambiental, esto se refleja en el capítulo veinte del tratado, el cual contiene 23 artículos que buscan el equilibrio entre políticas comerciales y ambientales para promover altos estándares de protección y hacer efectivas sus legislaciones internas, pero sin usar esas disposiciones para restringir el comercio.

La convergencia de medio ambiente y comercio se basa en el principio de cooperación al desarrollo sostenible, la gobernanza ambiental y el comercio.⁴³ El acuerdo rechaza tajantemente el uso de prácticas doloosas que invoquen legislación o políticas ambientales como obstáculo al comercio o la inversión.⁴⁴ De igual forma, las partes se comprometen a mejorar la protección al ambiente para fomentar el desarrollo sostenible pero deja a cada Estado parte la definición de sus propios niveles de protección y prioridades, se reitera el derecho soberano de los Estados sobre sus recursos pero considerando a las generaciones futuras.⁴⁵

El acuerdo contempla el principio 10 de Río asegurando la disponibilidad de información para el público, señalando el acceso a procedimientos judiciales y administrativos para la aplicación de sanciones, así como para la reparación del daño causado. Aborda los lineamientos para la participación, dejándolos al orden interno de cada Estado.⁴⁶

Asimismo, el acuerdo se refiere a la responsabilidad social corporativa, como compromiso de cada parte para alentar a las empresas que operen en su jurisdicción a adoptar políticas y prácticas con esas directrices. De igual forma, hace referencia a temas como biodiversidad y comercio, conservación y uso sostenible de los recursos, también se involucra el reconocimiento a conocimientos y prácticas ancestrales, ya

43 Acuerdo Integral Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) artículo 20.2

44 . Ibíd. artículo 20.3

45 Ibídem, artículos 20.7 y 20.8

46 Ibídem, artículo 20.10

contemplados en el artículo 8 J de la Convención de Biodiversidad. El CPTPP en este capítulo considera a la Convención Sobre la Protección de Especies en Peligro de Extinción CITES y la Convención sobre Humedales conocida como RAMSAR.

Trump no ratificó el Tratado Transpacífico pero impulsó la modernización del TLCAN, que en su momento fue la fórmula para detonar el crecimiento y desarrollo para México. Este renovado instrumento fue el Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) que fortaleció la competitividad, consideró obstáculos técnicos, económicos y sociales que aún impactan el comercio, para permitir mayor apertura a los mercados e impulsar el crecimiento regional. De igual manera, el T-MEC buscó agilizar los procesos aduaneros para lograr su eficiencia.

Entre sus novedades el T-MEC consideró temas relevantes como movilidad laboral, comercio digital, telecomunicaciones, comercio transfronterizo, reglas de origen y atiende a los pueblos indígenas y a las mujeres. A diferencia del TLCAN, el nuevo tratado incluye al medio ambiente, en el capítulo 24 “Del Medio Ambiente,” deja clara la interacción entre medio ambiente y comercio. Aunque es notable la ausencia de una referencia expresa al cambio climático, esto se explica, porque en ese momento se había formalizado la separación de Estados Unidos del Tratado de París cuyo objetivo es limitar el aumento de los gases de efecto invernadero.⁴⁷

El apartado de definiciones refiere a disposiciones en leyes y reglamentos del orden interno de los Estados parte e incluye las obligaciones en Tratados multilaterales de protección al medio ambiente propiamente; la prevención de poner en peligro la vida, la salud o la seguridad

47 El Acuerdo de París adoptado en 2015 pretende mantener la temperatura global por debajo de los 2°C y es un instrumento que forma parte de la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático adoptada en Río 1992.

humana que pudieran causar los contaminantes ambientales, así como sustancias peligrosas. De igual forma, contempla la protección a la biodiversidad, incluyendo especies en peligro de extinción.⁴⁸

El tratado reconoce una interrelación entre medio ambiente sano y desarrollo sostenible, el primero como integrante del segundo, hace mención a la aportación del comercio para alcanzar el desarrollo sostenible. Aquí se da también la calificación de “medio ambiente sano” como en el PIDESC y tal como lo reconoció el ACAAN, compete al ámbito soberano de cada Parte establecer sus prioridades ambientales e implementar su legislación para mejorar los niveles de protección al ambiente. Aunque se acepta el uso y manejo de los recursos propios, se remarca la sostenibilidad como principio de ese aprovechamiento. Además, se promueve el fortalecimiento de la gobernanza ambiental a través de la vinculación a tratados ambientales, como acción complementaria.⁴⁹

El capítulo ambiental del T-MEC abre la posibilidad a una mayor coordinación para fortalecer las políticas comerciales y ambientales como elementos vinculados al desarrollo sostenible. La simple inclusión de una norma tan detallada permite apreciar una nueva propuesta para promover la protección del medio ambiente, reiterando la buena fe de cumplir con obligaciones en tratados multilaterales. En ese sentido, el T-MEC retoma el principio 10 de Río mediante una referencia clara al acceso a la información y a la participación, así como a los procedimientos judiciales. Al mismo tiempo, permite acciones para evaluar impactos ambientales.⁵⁰

48 Protocolo por el que se Sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos (T-MEC), 2020, Artículo. 24.1

49 T-MEC artículo 24.2

50 T-MEC artículos 24.5 y 24.6

El tratado particulariza sobre algunos desafíos ambientales y señala la corresponsalia de estos retos con determinados acuerdos internacionales, tal es el caso de los siguientes ejemplos: la protección a la capa de ozono y el Protocolo de Montreal; la protección del medio marino de la contaminación por buques regulada por el Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por buques (MARPOL) adoptado el 2 de noviembre de 1973 y su Protocolo de 1978; la conservación de las especies marinas y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR); la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES)

Otros problemas que considera son: la basura marina, la muerte de ballenas y la gestión forestal sostenible. De igual forma, aborda la comercialización de bienes y servicios ambientales, incluyendo las llamadas tecnologías verdes.⁵¹ El T-MEC contempla un proceso para la aplicación del derecho a través de un medio diplomático y un procedimiento jurisdiccional pero también se permite acudir a un panel arbitral.⁵²

Además, el ACAAN se sustituyó por el Acuerdo de Cooperación Ambiental entre los Gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, que subraya en su parte preambular la importancia del crecimiento verde, para alcanzar en América del Norte una economía sustentable y competitiva. Así el artículo 9 lista dentro de las modalidades de cooperación intercambios de diversos sectores, realización de conferencias y actividades de divulgación y educación, así como proyectos y demostraciones tecnológicas, entre otros.⁵³ Asimismo, señala un Programa ambicioso de Trabajo para fortalecer la gobernanza ambiental, reducir la contaminación centrándose en las emi-

51 T-MEC artículos 24.8, 24.9, 24.10, 24.11, 24.12,

52 TEMEC artículos 24.29, 24.30, 24.31 y 24.32

53 Acuerdo de Cooperación Ambiental entre los Gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, artículo 9

siones, proteger la biodiversidad, apoyar el crecimiento verde y brindar oportunidades de participación como el propio T-MEC.⁵⁴

Otro acuerdo que se renovará será el Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea, desde su entrada en vigor el Acuerdo Global permitió el incremento del comercio bilateral y las inversiones, con un impacto positivo en para ambas partes, triplicando el comercio de bienes y servicios que se traduce en 60,000 millones de euros. La modernización de este instrumento comercial y de cooperación es de crucial para que el mismo se adapte a las condiciones económicas actuales y contribuya a consolidar la relación bilateral, que hoy es la tercera en importancia para México. El procedimiento de ratificación es un poco complejo porque depende de todos los 27 Estados de la Unión Europea.

En materia ambiental y de desarrollo, la Unión Europea publicó un estudio sobre los efectos ambientales, sociales y económicos potenciales, incluyendo tecnologías verdes para contrarrestar impactos negativos, asegurando que el nuevo tratado celebrado con México no generará un impacto energético, considera el manejo sostenible de la pesca, los bosques, la conservación de la biodiversidad, e incluye el comercio justo de cacao y café que impacta a los pequeños productores.

5. El nuevo paradigma del medio ambiente y el desarrollo sostenible:

Los acuerdos comerciales de nueva y última generación son una prueba manifiesta de la relación estratégica entre comercio y protección del medio ambiente, que han permitido una evolución de una asociación basada en que el medio ambiente no sea una barrera para el comercio y a su vez que el comercio exterior no abra la puerta al incumplimiento de las normas ambientales. De igual forma, los Tratados comerciales al ampliar los temas y agendas que incluyen se reafirman

como palanca de desarrollo. Esta interacción se fortalece cuando medio ambiente y desarrollo se reconocen como derechos humanos como sucede en el acuerdo de Escazú.

México ratificó el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, instrumento negociado bajo el auspicio de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Este instrumento de medio ambiente, y al igual que su correlativo europeo, la Convención de Aarhus, establece una novedosa relación con los derechos humanos.⁵⁵ Los derechos que principalmente promueve son los llamados derechos acceso en materia ambiental, mismos que contempló el principio 10 de la Declaración de Río,⁵⁶ y que se acogieron en el acuerdo paralelo al TLCAN, el Acuerdo Global con la Unión Europea, y hoy en sus nuevas versiones.

Este acuerdo impone además a los Estados parte la obligación de adoptar medidas que protejan y garanticen un entorno seguro a las personas, grupos y organizaciones que promuevan o defiendan derechos humanos en asuntos ambientales. De igual forma, los Estados se comprometen a fortalecer sus capacidades nacionales, a cooperar y a crear un fondo para generar un centro de intercambio de información digital.

Como sucede en los foros ambientales, Escazú ha propiciado la participación activa de los ciudadanos y las organizaciones de la sociedad civil desde su negociación, haciendo un énfasis en grupos históricamen-

55 de Aarhus sobre Acceso a la Información y Participación den los Procesos de Decisión y de Acceso a la Justicia en materia ambiental junio de 1998 <https://unece.org/environment-policy/public-participation/aarhus-convention/introduction>

56 Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, <https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu>

te marginados.⁵⁷ En el preámbulo de este acuerdo, se hace un recuento de las diversas acciones y declaraciones adoptadas en foros y conferencias, que generaron un marco de gobernanza ambiental y en los que se advierte la interacción entre medio ambiente y desarrollo sostenible.

El artículo 3 destaca una lista de principios de derecho internacional, algunos relacionados con el ámbito de los derechos humanos como los de igualdad, no discriminación, no regresión y la progresividad. Otros, relacionados con el derecho internacional general como la buena fe, la igualdad de los Estados y soberanía permanente sobre los recursos naturales, así como otros del derecho ambiental internacional propiamente, el precautorio, el de equidad intergeneracional y el preventivo. Se suman tres principios más, relativos al derecho a la información, que son transparencia, rendición de cuentas y la máxima publicidad. Aunque también hay referencia a la cooperación como principio ampliamente reconocido en materia ambiental y de desarrollo.

Sin embargo, artículo primero de Escazú determina el objeto del instrumento, la plena realización de los derechos de acceso a la información, participación pública y la justicia en materia ambiental para contribuir a la protección de cada persona y las generaciones futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible. El reconocimiento al derecho humano al desarrollo sostenible implica una novedad con relación al Tratado de Aarhus.

Los derechos humanos al medio ambiente limpio, sano y sostenible, así como al desarrollo, se reconocen en resoluciones de la AGONU, instrumentos que se consideran no vinculantes pero que dan cuenta del contenido de estos derechos con carácter individual y colectivo.⁵⁸ El Derecho Humano al medio ambiente sano fue acogido en el ámbito interno de los Estados en los términos sugeridos por el principio uno de la declaración de Estocolmo y el artículo 12 del PIDESC, después en el

57 Acuerdo de Escazú artículo 3º

58 Acuerdo de Escazú artículo 1º

orden regional y finalmente en el sistema universal. La resolución que reconoce este derecho confirma que no existe una distinción entre los DESC y los Derechos Civiles y Políticos, que éste se rige por los mismos principios que todos los derechos humanos y promueve el disfrute de todos los demás derechos humanos.⁵⁹

La resolución afirma la correlación de la obligación de los Estados de proteger, promover y garantizar los derechos humanos, con la obligación de dar cumplimiento a los compromisos en instrumentos ambientales (que también fue considerada en el T-MEC aunque como parte del cumplimiento a las normas ambientales), hace referencia al cambio climático, a la protección de los ecosistemas, la gestión de residuos y productos químicos, así como aquellos derivados de la conferencia de Río +20 de 2012 y retoma los problemas más apremiantes.⁶⁰

Igualmente, la resolución retoma el principio de cooperación internacional, como herramienta de fortalecimiento de la capacidad humana, para su efectividad. En este sentido, particulariza una atención a países pobres muy endeudados, a los menos adelantados, a los no desarrollados sin litoral y a los insulares, pero no deja fuera a los países de ingresos medios como sería el caso de México pero también a poblaciones en situación vulnerable.

En su parte dispositiva, la resolución se concentra en cuatro aspectos fundamentales:

- 1.- Reconoce el derecho a un medio ambiente limpio y saludable como derecho humano.
- 2.- Relaciona este derecho con otros derechos humanos y con el derecho internacional vigente.

59 Asamblea General de Naciones Unidas A /RES/76/300 (2 Agosto 2022)
Párrafos 1 y 2 preámbulo

60 A /RES/76/300 PP 3 y 4 parte preambular

- 3.- Afirma que la promoción del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible requiere la plena aplicación de los tratados multilaterales relativos al medio ambiente y a los principios del derecho ambiental internacional.
- 4.- Exhorta a los Estados, organizaciones internacionales y empresas a cooperar para fortalecer capacidades e intercambiar buenas prácticas para garantizar este derecho.

Al referirnos al Derecho Humano al Desarrollo, podemos señalar que éste se reconoció primero en el ámbito universal mediante la resolución del 4 de diciembre de 1986, no es claro su reconocimiento en el ámbito interno de los Estados.⁶¹ Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que tiene retos conceptuales para asegurar su exigibilidad.⁶²

La resolución lo define como “la capacidad de la persona a participar en el desarrollo económico, social, cultural y político para poder alcanzar su máximo potencial, dándole un papel de sujeto y destinatario del desarrollo.”⁶³ Lo sustenta en los artículos 10, 55 y 56 de la Carta de la ONU y también retoma la resolución 1161/ de 1957 que se refirió al progreso económico y social equilibrado e interdependiente para mejorar las condiciones de vida de las personas y la observancia de los derechos humanos.⁶⁴

61 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS A/Res/ 41/128 (4 de diciembre de 1986)

62 Comisión de Derechos Humanos CDMX publicado Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Cuaderno derecho al desarrollo 2017 <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37802.pdf>

63 A/Res/ 41/128 Art. 2.2

64 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, A/HRC/RES/33/14 “El derecho al desarrollo” (29 de septiembre 2016) <https://www.refworld.org/es/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=58b980414>

El derecho al desarrollo es un derecho de todo ser humano pero también tiene un carácter colectivo, porque todos los pueblos pueden acceder al mismo para realizarse y disfrutar de él. Se reconoce como un derecho inalienable que concreta las exigencias de dignidad, libertad e igualdad humana que deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional o internacional y no está sujeta a una cesión.⁶⁵

El objeto de tutela que contempla son los derechos de carácter económico, social, cultural y político que permiten la realización de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales lo que le reconoce un carácter integrador porque impacta los derechos civiles y políticos tales como la vida y los económicos, sociales y culturales, así como aquellos que se comprenden en los llamados de solidaridad. La declaración responsabiliza a todos los seres humanos, tanto en lo individual como en lo colectivo, en contribuir al desarrollo convirtiéndolos en beneficiarios y al mismo tiempo en destinatarios de la obligación de contribuir a la efectividad de este derecho.⁶⁶

Los elementos que contempla son:

- 1.- La plena soberanía de los Estados sobre sus recursos.
- 2.- La libre determinación de los pueblos para determinar su forma de desarrollo.
- 3.- La participación popular e información.
- 4.- La igualdad de oportunidades.
- 5.- La creación de condiciones favorables para alcanzar el desarrollo.

El derecho al medio ambiente sano está contemplado en la Constitución mexicana, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se

65 A/Res/ 41/128 Art. 1

66 A/Res/ 41/128 Art.3

ha pronunciado sobre el mismo señalando que es un derecho humano de alcance individual, pero a la vez colectivo y también sobre su aspecto atemporal, porque señala que éste atiende a los intereses de las generaciones futuras. Además, la Corte reconoce que este derecho está regulado en diversas disposiciones de tratados internacionales y al mismo tiempo, reitera que la protección al ambiente es una obligación que compete a todas las autoridades de los tres poderes y de los distintos niveles de gobierno.

La SCJN también ha analizado la interrelación entre comercio y medio ambiente, en un caso sobre la importación de vehículos con base en el TLCAN y un acuerdo por el que se daban a conocer condiciones ambientales para la importación de vehículos que establecía un trato diferenciado respecto a vehículos, la Corte señaló que toda persona tiene derecho a medio ambiente adecuado para su desarrollo y evitar la importación de vehículos que no cumplieran con los estándares ambientales, no era contrario al TLCAN porque el mismo permitía a las partes establecer en su régimen interno esos estándares.⁶⁷

En cuanto al derecho al desarrollo aunque México voto a favor de la resolución 41/128 de la AGONU que reconoció el derecho como un proceso global económico, social, cultural y político que tiende al mejoramiento del bienestar de la población y como precondition de la paz y la seguridad internacionales.⁶⁸ De igual forma, México voto a favor de la resolución 70/1 relativa a la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, y aunque es un instrumento no vinculante, ha presentado informes voluntarios sobre el avance a los objetivos y metas de esta hoja de ruta. Al mismo tiempo, estableció un Consejo Nacional para implementar esta

67 SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1992/2013, 10 julio de 2013

68 A/Res/ 41/128 Art.7

resolución e involucrar a los diversos niveles de gobierno, así como a otros actores.⁶⁹

Atendiendo a lo señalado por el artículo 1º constitucional “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 Estado Mexicano sea parte” y considerando la resolución de la contradicción de tesis 293/2011 que emitió la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN),⁷⁰ que expresamente dice “los derechos humanos independiente de fuente no se relacionan en términos jerárquicos” y por lo tanto tienen la misma eficacia normativa...,” los Derechos humanos que provengan de fuentes internacionales tienen la misma jerarquía que aquellos que se encuentran en la Carta Magna. Además, se reconoce la obligatoriedad para las autoridades judiciales de aplicar la jurisprudencia de la Corte Interamericana, aún en los casos que no sea parte el Estado mexicano, siempre que sea más favorable a la persona. Lo anterior, implica que el derecho al desarrollo sostenible que contempla Escazú se incorpora al marco jurídico mexicano ampliando el catálogo de derechos fundamentales.

Los derechos de acceso están ligados a los derechos al medio ambiente sano y al desarrollo sostenible de las generaciones presentes y futuras, los Estados no pueden omitir el hacerlos efectivos y por ende, deben tomar acciones holísticas para cumplir de buena fe los compromisos que permiten la promoción, protección y garantía de los mismos. Es en ese sentido, los tratados de libre comercio de última generación asumen las nuevas agendas de desarrollo y medio ambiente que impulsan el bienestar de las poblaciones.

69 DOF 26 de abril 2017 Decreto por el que se crea el Consejo de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y su reforma publicada el 20 de julio de 2021 <https://www.gob.mx/agenda2030#2302>

70 <https://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntos-relevantespub.aspx?id=129659&seguimientoid=556>

Conclusiones:

La protección al ambiente se ubica en los siglos XVIII y XIX en acuerdos relacionados con la explotación de recursos y la materia comercial. El comercio permitió a México obtener el reconocimiento de las potencias del siglo XIX su vecindad con los Estados Unidos de América lo llevó a impulsar tratados para fortalecer el intercambio comercial con este país, aunque en el siglo XX siguió el intercambio con la Unión Americana, también se fortaleció con los países europeos. El comercio exterior no creció debido al modelo de sustitución de importaciones que adoptó México.

En un principio las agendas de protección al medio ambiente y la de desarrollo surgieron por vías independientes en el ámbito del sistema de Naciones Unidas en los años 60 del siglo pasado. Pero la historia desde Estocolmo, muestra que estos dos conceptos evolucionaron para converger y generar una interrelación en la que sus elementos pueden identificarse en cuanto a su naturaleza propia, pero no pueden desasociarse, si realmente se quiere atender los desafíos que han estado presentes en el mundo.

El comercio internacional es un pilar determinante en la construcción del orden económico-social, que respete al medio ambiente y se confirma como palanca para alcanzar el desarrollo porque permite su financiamiento.

Cuando México cambia su régimen de sustitución de importaciones en 1986, se adhiere al GATT y suscribe tratados de libre comercio con diversos países comienza una nueva historia. Siendo los tratados más relevantes el TLCAN y el Acuerdo Global los cuales contienen un componente ambiental para evitar que se invocaran normas de protección al medio ambiente como barreras no arancelarias, pero también se inicia un reconocimiento de la correlación armónica y dinámica entre comercio y medio ambiente.

Los acuerdos de libre comercio de última generación, a los que se ha vinculado el Estado Mexicano, como el CPTPP y el T-MEC muestran de

manera clara y exhaustiva el estado que guarda la gobernanza ambiental. Asimismo, dejan en claro el papel del comercio internacional como medio para alcanzar bienestar, donde juega un papel relevante para alcanzar el financiamiento para hacer efectivas las obligaciones derivadas de los artículos 55 y 56 de la Carta de la ONU, pero también como medida para hacer efectivas sus obligaciones derivadas de la Carta de Naciones Unidas.

El Estado mexicano, suscribió el Acuerdo de ESCAZÚ que establece una relación con los derechos humanos a través del reconocimiento al principio 10 de Río que protege los derechos de acceso a la información, la participación y la justicia en materia ambiental para hacer efectivos para las generaciones presentes y futuras los derechos humanos a un medio ambiente sano y al desarrollo.

La reforma constitucional de 2011, amplía el catálogo de derechos y garantías, al incorporar los derechos humanos en tratados suscritos por el Estado mexicano con aprobación del Senado, como lo ha señalado la SCJN por lo que el derecho al desarrollo sostenible debe ser protegido y garantizado por todas las autoridades de los tres niveles de gobierno. En este sentido, el Estado mexicano debe aprovechar su pertenencia a diversas regiones para continuar impulsando acuerdos de libre comercio de última generación que atiendan los desafíos ambientales y a la vez le permitan abonar al desarrollo sostenible, como garantía de los derechos humanos.

En materia ambiental todos tenemos la obligación de preservar los recursos para garantizar a las futuras generaciones su desarrollo integral a través del ejercicio de su derecho a un ambiente limpio, sano y sostenible. En la medida que logremos incorporar los avances que se dan en el ámbito internacional al ámbito nacional lograremos la innovación, el bienestar y la justicia que genera la paz social y el respeto a los derechos humanos en todas sus dimensiones.

Bibliografía:

- Arce Navarro, Federico J (2018) *Derechos Humanos y Desarrollo Sustentable* SCJN Derechos Humanos
- Barrerira, Ana; Ocampo, Paula y Recio Eugenia (2007) *Medio Ambiente y Derecho Internacional: Una guía Práctica*, Caja Madrid Obra Social.
- Cruz Miramontes, Rodolfo (2021) *“El Comercio Internacional y la Integración Económica. Desarrollo Histórico y Reglamentación Jurídica”* Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM ISBN electrónico 978-607-304350-2
- Comisión Europea (1997) *La Unión Europea y el Medio Ambiente*, Bélgica Europa En Movimiento
- López López Víctor Manuel (2021) *“Sustentabilidad y Desarrollo Sustentable”* Trillas México.
- Ortiz Alf Loretta, (2019) *Derecho Internacional Público*, México Ed. Oxford University Press, 4ª Edición,
- Avella Alaminos, Isabel (2008) *Antes del TLCAN: La Historia de los Acuerdos Comerciales entre México y los Estados Unidos (1822-1950)* Facultad de Economía Revista Digital Vol 9 Número 5 ISSN 1067-6079
- Bernecker, Walther L (2012) *Entre dominación europea y estadounidense: independencia y comercio exterior de México (siglo XIX)* Documentos de Trabajo IELAT No 38
- Campuzano Drugett, Raúl (2023) *Objetivos, Compromisos y Políticas Ambientales*, Actualidad Jurídica no48 Universidad del Desarrollo pp 35 a 56
- Esty, Daniel (2001) *Bridging Trade-Environment Divide* Journal of Economic Pespective, Vol 15, número 3 verano Comercio Internacional y Medio Ambiente
- European Parliament, *“Modernisation of the trade Pillar of the EU- Mexico Global Agreement,”* Leslative Train 03. 2024
- Ferrer Ortega, Gabriel (2021) *“Los primeros arbitrajes internacionales en materia ambiental,”* Anuario mexicano de derecho internacional, vol. XXI 591-623
- Irausquín, Caridad; et Al, (2016) *“Fundamentos conceptuales de desarrollo,”* Rev Multiciencias, vol. 16, núm. 3, 2016, Venezuela: Universidad del Zulia Punto Fijo pp.289-293

- Maillo Jerónimo (2021) *Acuerdos comerciales UE de Nueva Generación: origen rasgos valoración* Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales Número 110/2021
- Oliva Lara, Nancy Samantha, et al (2022) “*Impacto del Capítulo 24 del T-MEC como oportunidad para el desarrollo sustentable del medio ambiente,*” XXVII Verano de la Ciencia Universidad de Guanajuato
- Polanco Lazo Rodrigo y Gomez Fiedler Sebastián (2017) “*A Requiem for the Transpacific parthnership: something New, Something Old and Something Borrowed,*” Melbourne Journal of International Law pp228-248
- Ibarra Puig; Vidal I (2014) *Mexico a 20 años del TLCAN ¿Integración o Dependencia?* Revista de Bancomext
- Rabasa Salinas, Alejandra (2020) *Contenido y Alcance del Derecho a un medio ambiente sano* SCJN Cuadernos de Jurisprudencia NÚM 3
- Serrano Caballero, Enriqueta, “*La modernización del Acuerdo de Asociación Unión Europea-México: entre el Cambio y la Continuidad Documento de Trabajo*” No especial FC/ EU-LAC (7) ES
- Servicio de Información (1959) Secretaría del GATT, Paláis des Nations
- Vargas Cárdenas, Andrea (2022) “*El CPTPP: características, contenido y vigencia del acuerdo,*” Biblioteca del Congreso Nacional de Chile /BCN Asesoría Técnica Parlamentaria
- VanGrasstek (2013) “*Historia y Futuro de la Organización Mundial del Comercio,*” Librería OMC ISBN 978-92-870-4056-5

Cuarta Parte: Derecho Mercantil.

El abuso de la pantalla societaria y el problema de la desestimación de la personalidad jurídica.

Por: Ilaria Kutufà

Departamento de Derecho – Universidad de Pisa

Resumen: No es infrecuente que personas interesadas en ejercer una actividad económica adopten instrumentalmente la forma societaria para llevar a cabo una dirección sustancialmente individual de la empresa, con el único fin de beneficiarse del régimen de responsabilidad limitada por las obligaciones contraídas. Por este motivo, es importante analizar las técnicas de represión del abuso de la pantalla societaria que se han desarrollado a lo largo del tiempo en un intento de imputar las deudas societarias contraídas a la persona que realmente las hizo contraer y en cuyo exclusivo interés se ejerció la actividad. El tema de la exposición personal de un socio de una sociedad de capital, habitualmente protegido por el régimen de la responsabilidad limitada respecto a las obligaciones sociales, como consecuencia de operaciones de gestión directamente influidas por él, siempre ha sido debatido y abordado de forma diferente por los diversos ordenamientos jurídicos que lo han tratado.

A este respecto, el ordenamiento jurídico italiano ofrece un dato normativo parcialmente incompleto y no unívoco: por una parte, preocupándose — en materia de indemnización — de extender las normas de responsabilidad de los directivos únicamente a las personas que reúnen los requisitos para ser calificadas como administradores de hecho de la sociedad (artículo 2639 del Código Civil italiano [Codice Civile]); por otra, previendo — desde la perspectiva concursal — la extensión del procedimiento de liquidación judicial a la sociedad de hecho de la que sea posible probar que el empresario individual o la sociedad insolvente son socios con responsabilidad ilimitada (apartado 5 del artículo 256 del Código de Crisis Empresarial y la Insolvencia [Codice della Crisi dell'impresa e dell'insolvenza]).

La investigación — que se propone concretamente comprobar cómo, en el Derecho italiano, a la luz de la evolución de la jurisprudencia y la reciente reforma legislativa es realmente posible someter a liquidación judicial a los verdaderos titulares de la actividad empresarial para cuyo ejercicio se haya producido la exposición a la deuda —

sólo puede partir de las soluciones ofrecidas, a este respecto, en otros lugares, capaces de recomendar y estimular valoraciones mutuas provechosas.

Palabras Clave: *abuso de la pantalla societaria, extensión de la liquidación judicial, disolución de la autonomía patrimonial, Durchgriffshaftung, supersociedad de hecho, responsabilidad de la sociedad matriz por uso indebido de las actividades de dirección y coordinación.*

Riassunto: *Non è infrequente che soggetti interessati all'esercizio di un'attività economica adottino strumentalmente la forma societaria per una gestione sostanzialmente individuale dell'impresa al solo fine di beneficiare del regime della responsabilità limitata per le obbligazioni assunte. Per questo motivo, assume rilievo l'analisi delle tecniche di repressione dell'abuso dello schermo societario, che sono state elaborate nel tempo nel tentativo d'imputare i debiti sociali contratti in capo al soggetto che effettivamente ne ha determinato l'assunzione e nel cui esclusivo interesse l'attività è stata esercitata. In particolare, il tema dell'esposizione personale di un socio di società di capitali, tipicamente protetto dalla regola della responsabilità limitata per le obbligazioni sociali, in conseguenza di operazioni gestorie dallo stesso direttamente influenzate è da sempre dibattuto e differentemente affrontato dai diversi ordinamenti che se ne sono occupati.*

Al riguardo, l'ordinamento italiano offre un dato normativo parzialmente lacunoso e non privo di ambiguità: da un lato, preoccupandosi – sotto il profilo risarcitorio – di estendere la disciplina della responsabilità gestoria soltanto ai soggetti che presentino i requisiti per essere qualificati come veri e propri amministratori di fatto della società (art. 2639 c.c.); dall'altro, disponendo – sotto il profilo concorsuale – l'estensione della procedura della liquidazione giudiziale alla società di fatto di cui sia possibile dimostrare che l'imprenditore individuale o la società insolvente siano soci illimitatamente responsabili (art. 256, comma 5°, del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza).

L'indagine – che si propone specificamente di verificare come, nel diritto italiano, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale e del recente adeguamento normativo risulti concretamente possibile sottoporre a liquidazione giudiziale i reali titolari dell'attività d'impresa per l'esercizio della quale è maturata l'esposizione debitoria – non può che muovere dalle soluzioni accordate, in proposito, altrove, che risultano capaci di suggerire e stimolare proficue valutazioni di mutuaione.

Parole Chiave: *abuso dello schermo societario, estensione della liquidazione giudiziale, dissoluzione dell'autonomia patrimoniale, Durchgriffshaftung, supersocietà di fatto, responsabilità della capogruppo per esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento.*

Abstract: *It is not uncommon for persons interested in exercising an economic activity to instrumentally adopt the corporate form for a substantially individual management of the enterprise for the sole purpose of benefiting from the regime of limited liability for the obligations assumed. For this reason, an analysis of the techniques for repressing the abuse of the corporate veil, which have been developed over time in an attempt to impute the corporate debts contracted to the person who actually determined their incurrence and in whose exclusive interest the activity was exercised, becomes important. In particular, the issue of the personal exposure of a shareholder of a corporation, typically protected by the rule of limited liability for corporate obligations, as a result of management transactions directly influenced by him, has always been debated and differently addressed by the various legal systems that have dealt with it.*

In this regard, the Italian legal system offers a regulatory datum that is partially incomplete and ambiguous: on the one hand, being concerned – in terms of compensation – with extending the rules of managerial liability only to persons who meet the requirements to be qualified as de facto directors of the company (Article 2639 of the Civil Code); on the other hand, by providing – under the insolvency profile – for the extension of the judicial liquidation procedure to the de facto company of which it is possible to prove that the individual entrepreneur or the insolvent company are partners with unlimited liability (Art. 256, paragraph 5 of the Business Crisis and Insolvency Code).

The investigation is specifically aimed at verifying how, in Italian law, in the light of the jurisprudential evolution and the recent regulatory adjustment, it is concretely possible to subject to judicial liquidation the real owners of the business activity for the exercise of which the debt exposure has accrued. For this reason, it appears useful to start from the solutions granted, in this regard, elsewhere, which are capable of suggesting and stimulating profitable evaluations of importation.

Keywords: *abuse of the corporate veil, extension of bankruptcy, dissolution of patrimonial autonomy, Piercing the corporate veil, de facto super-company, liability of the parent company for misuse of management and coordination activities*

Sumario: *1.- La problemática. 2.- Técnicas sancionadoras en las jurisdicciones de otros países. 3.- Sugerencias que pueden obtenerse para la interpretación (y adaptación) de la solución que se ofrece en el Derecho italiano 4.- Continuación. Participación de sociedades de capital en sociedades personalistas por hechos concluyentes. 5.- Continuación. Extensión de la liquidación judicial de la sociedad de hecho a las sociedades de capital que sean socias de esta última. 6.- Continuación. Supersociedades de hecho*

y actividades de dirección y coordinación: la diversidad de casos y la dificultad de detectar un holding persona física.

1.- La problemática:

No es infrecuente que personas interesadas en ejercer una actividad económica adopten instrumentalmente la forma societaria para llevar a cabo una dirección sustancialmente individual de la empresa, con el único fin de beneficiarse del régimen de responsabilidad limitada por las obligaciones contraídas.

Por este motivo, es importante analizar las técnicas de represión del abuso de la pantalla societaria que se han desarrollado a lo largo del tiempo en un intento de imputar las deudas societarias contraídas a la persona que realmente las hizo contraer y en cuyo exclusivo interés se ejerció la actividad.

El tema de la exposición personal de un socio de una sociedad de capital, habitualmente protegido por el régimen de la responsabilidad limitada respecto a las obligaciones sociales, como consecuencia de operaciones de gestión directamente influidas por él, siempre ha sido debatido y abordado de forma diferente por los diversos ordenamientos jurídicos que lo han tratado.

A este respecto, el ordenamiento jurídico italiano ofrece un dato normativo parcialmente incompleto y no unívoco¹: por una parte, preocupándose — en materia de indemnización — de extender las normas de responsabilidad de los directivos únicamente a las personas que reúnen los requisitos para ser calificadas como administradores de hecho de la sociedad (artículo 2639 del Código Civil italiano; por otra, previendo — desde la perspectiva concursal — la extensión del procedimiento de

1 Ello ha llevado, como se verá más abajo, a una producción jurisprudencial que ha intentado hacer frente a las cuestiones críticas y las incertidumbres interpretativas.

liquidación judicial a la sociedad de hecho de la que sea posible probar que el empresario individual o la sociedad insolvente son socios con responsabilidad ilimitada (apartado 5 del artículo 256 del Código de Crisis Empresarial y la Insolvencia).

La investigación — que se propone concretamente comprobar cómo, en el Derecho italiano, a la luz de la evolución de la jurisprudencia y la reciente reforma legislativa es realmente posible someter a liquidación judicial a los verdaderos titulares de la actividad empresarial para cuyo ejercicio se haya producido la exposición a la deuda — sólo puede partir de las soluciones ofrecidas, a este respecto, en otros lugares, capaces de recomendar y estimular valoraciones mutuas provechosas.

2.- Técnicas sancionadoras en las jurisdicciones de otros países:

El panorama comparado ofrece una amplia representación de técnicas sancionadoras, que parecen converger en la estigmatización de la injerencia abusiva del socio en la gestión reservada exclusivamente a los administradores, pero que son al mismo tiempo divergentes en cuanto a la previsión de las consecuencias derivadas de una simple censura.

Si bien parece ser común el hecho de la necesidad de reaccionar ante conductas de injerencia indebida en la administración mediante remedios capaces de castigar, desincentivándola, la explotación abusiva por parte del socio de su poder de influencia, el instrumento utilizado para alcanzar dicho objetivo es diferente.

En particular, los sistemas represivos contemplados responden (y se adecuan) en su diversidad, al grado (igualmente) diferente de penetración y omnipresencia que pueden presentar las injerencias en el ámbito de la gestión.

Aunque con una buena dosis de simplificación, es posible identificar dos modelos reguladores diferentes, que expresan la afirmación de técnicas sancionadoras contra determinados comportamientos de los so-

cios en la definición (indebida) de las opciones de gestión: en el primer modelo, la reprobación de la injerencia en la gestión — caracterizada en términos más generales y absolutistas — se manifiesta a través de la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad y, por tanto, a través de la disolución (al menos parcial) de su autonomía patrimonial; en el segundo, la condena de la intromisión ilegítima en la esfera de la gestión pasa por la atribución de una responsabilidad de carácter indemnizatorio al *extraneus* copartícipe de la actividad ilícita de los órganos sociales.

Si en el segundo sistema represivo se sostiene un paradigma de *responsabilidad por daños y perjuicios*², es con el primero — objeto de la

- 2 En referencia a este modelo de regulación, adquiere marcada relevancia — a efectos de la exposición al riesgo de carácter exclusivamente (y puramente) indemnizatorio — la distinción entre el grado variable de penetración y el nivel de persistencia de la injerencia del socio en la gestión. En efecto, si quien interfiere puede considerarse un administrador de hecho, las consecuencias de aplicación requerirían — con frecuencia — compartir las reglas de responsabilidad previstas para los titulares (formales) de cargos directivos y, por tanto, imponer al socio una obligación de indemnización limitada a los daños (co)imputables al mismo (para una amplia comparación de los regímenes de responsabilidad originales, adoptados en otros lugares, de los administradores de hecho, véase, en particular, ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milán, 1998, 38 y ss., y también BENEDETTI, *Le anomalie nel rapporto fra il controlling creditor e le imprese finanziarie: spunti comparatistici*, en *RDS*, 2011, 494 y ss.); si, por el contrario, no se dieran las condiciones para detectar una injerencia sistemática, continuada y omnipresente, la exposición a la responsabilidad parecería — por lo general — derivarse *bien* de la posibilidad — además (a veces) expresamente codificada — de una complicidad en el delito, o de la inducción al incumplimiento de las obligaciones que incumben a los miembros efectivos del órgano de dirección (acerca de este punto, véase la normativa contemplada por el ordenamiento jurídico alemán y, en particular, el régimen del *Schadenersatzpflicht* resultante de la *Einfluss* ejercida contra los miembros del consejo de administración o del consejo de vigilancia en virtud del artícu-

investigación que se pretende llevar a cabo, a la luz de las novedades normativas introducidas en el ordenamiento jurídico italiano — con el que se propone un modelo de *responsabilidad por deudas* con el fin de identificar (y, por consiguiente, exponer el patrimonio personal con motivo de las obligaciones societarias contraídas) a las personas que han abusado de la pantalla corporativa.

Más concretamente, según las reflexiones realizadas sobre la base de la teoría del *Durchgriff*, la reparación del abuso está constituida por la neutralización de la interposición de la personalidad jurídica debido a una conducta detectada de ejercicio efectivo (y absorbente) del poder de gestión de la sociedad por parte del socio, el cual, aprovechando su posición de control de forma contraria a las normas que rigen el Derecho de sociedades, sufre por ello la sanción de la exposición personal a las deudas sociales³.

lo 117 de la Ley alemana de sociedades anónimas - *Aktiengesetz, AktG*), bien de la atribución al socio que interfiere de algunos de los mismos deberes asignados a los administradores (véase, a este respecto, la relevancia de los *fiduciary duties* en el Derecho británico y estadounidense): previéndose en un caso una disposición *descendente* para que el primero responda del acto de gestión perjudicial materialmente realizado por los segundos; en el otro; adoptándose una disposición *ascendente* para que el primero comparta los mismos deberes fiduciarios *ab origine* que incumben al segundo. En ambos casos, con el efecto común de la exposición al riesgo de indemnización por la conducta de injerencia.

- 3 Sin obviar que la fórmula antes mencionada puede darse en casos típicos y heterogéneos, en los que la desestimación de la personalidad jurídica es admisible, el objeto del debate será — dada la evidente relevancia respecto al tema investigado — la hipótesis de la injerencia directa en la gestión por parte de los socios y de la infracapitalización material. En efecto, entre los *Fallgruppen* identificados por la doctrina alemana, además del supuesto de constitución de una sociedad en la que se cumplan plenamente las formalidades prescritas, pero en la que exista un incumplimiento por parte de los socios de las normas de organización impuestas por la ley, se encuentran

Y, de hecho, para las hipótesis más graves de abuso de las prerrogativas sociales por parte (sobre todo) del socio mayoritario, en algunos ordenamientos jurídicos se ha previsto — aunque con carácter principalmente interpretativo — la solución de la desestimación de la personalidad jurídica y, por tanto, de la exposición personal a las deudas sociales contraídas sobre la base de la importancia atribuida (y del valor otorgado) a la realidad económica subyacente a la apariencia técnico-formal adoptada, más allá del órgano social formalmente constituido: con el efecto sustancial de la aplicación de las normas que se habrían aplicado a esa realidad de no haberse adquirido esa apariencia.

Esto conlleva la disolución (al menos parcial) de la autonomía patrimonial de la empresa y la *imputación directa* de las obligaciones sociales a la persona que cometió el abuso.

En particular, los ordenamientos jurídicos que se han mostrado más sensibles a la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica — que, a partir de la aplicación alemana de la *Durchgriffshaftung*⁴, se

también las hipótesis de la creación de la personalidad jurídica con el único fin de eludir normas imperativas o de perjudicar derechos o expectativas de terceros, así como la de las sociedades de capital infracapitalizadas. Para una visión completa de los casos de desestimación de la personalidad jurídica en Alemania, véase RAISER, apartado 13, *Rdn.* 51, en *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG): Großkommentar*, herausgegeben von ULMER, HABERSACK UND (IN DER NACHFOLGE VON MARTIN WINTER) MARC LÖBBE, *Band I*, Tubinga, 2016, 410 y ss.; y véase la reconstrucción de PORTALE, *Il superamento della personalità giuridica*, en *Lezioni di diritto privato comparato*, Turín, 2007, pp. 169 y ss.; ID., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, en *Trattato delle società per azioni* dirigido por Colombo y Portale, 1, II, Turín, 2004, 3 y 125 y ss.

- 4 Sin ánimo de exhaustividad, dado el amplísimo debate sobre el tema, véanse las publicaciones alemanas, entre otras, SERIK, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, Tubinga, 1955, *passim*; NIRK, *Zur Rechtsfolge der Durchgriffshaftung*, en *Festschrift für W. Stimpel*, Berlín-Nueva York, 1985, 450 y ss.; EBENROTH, *Zum «Durchgriff» im Gesellschaftsrecht*, en *SchwAg*,

ha extendido a la aplicación anglosajona del principio del *Piercing the corporate veil*⁵ — han vinculado la técnica sancionadora propuesta a la necesidad de protección específica (casi exclusiva) de los acreedores sociales y han anclado a ella sus presupuestos de aplicación, con el fin de limitar (y contener) sus efectos perturbadores de las características tipológicas (comunes) de las sociedades de capital a determinadas situaciones de perjuicio potencial para terceros.

De hecho, entre estas predominan las hipótesis de gestión directa comprobada y absolutista (además de incorrecta) por parte de los socios y de infracapitalización de la sociedad participada. De hecho, a pesar de su diversidad, ambos casos representan un «abuso macroscópico del

1985, 133 y ss.; SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Colonia, 2017, 190 y ss.; y RAISSER-VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*⁶, Berlín, 2015, 510 y ss. En la doctrina italiana, para mayor profundización, véase PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, op. cit., 126 y ss. e ID., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, en *Rivista delle società*, 1991, 83 y ss.

- 5 Por lo que respecta a la jurisprudencia del Reino Unido, que ha sido sensible al principio antes mencionado, véase, en particular, la decisión adoptada por el *Supreme Court* en el asunto *Ben Hashem v. Al Shayif & Anor*, 2008; en *Perst v. Petrodel Resources Ltd*, 2013 y en el asunto más antiguo *Lazarus Estates Ltd v. Beasley*, 1956. De estas sentencias se desprende que el *piercing the veil* sólo está justificado si todos los demás recursos han resultado ineficaces y siempre que exista un nexo causal entre el daño sufrido y la conducta abusiva y se pruebe el elemento subjetivo (culpa o dolo) contra el socio que se sirve de la sociedad para la consecución fraudulenta de intereses exclusivamente personales. En relación con la orientación de los tribunales norteamericanos, véase especialmente el asunto *Walkovszky v. Carlton*, 1966; *In re JNS Aviation, LCC*, 2007, así como el análisis realizado sobre la evolución de los supuestos de aplicación del *lifting*, por THOMPSON, *Piercing the corporate veil: an empirical study*, en *Cornell Law Review*, 1991, 1036 y ss. A este respecto, véanse los comentarios realizados sobre la jurisprudencia estadounidense por FIMMANÒ, *Abuso del diritto societario e tutela dei "creditori involontari"*, en *Gazzetta forense*, 2015, 12 y ss. y por TONELLO, *La dottrina del piercing the corporate veil nell'americana corporate law*, en *Contratto e Impresa*, 1998, 165.

beneficio de la responsabilidad limitada», resultante de la explotación indebida por parte de uno o varios socios de una posición «dominante», casi irrefutable, en la empresa social⁶.

En la primera hipótesis, la no aplicación del principio que otorga la responsabilidad limitada, con la consiguiente aplicación de la regla general de la responsabilidad directa del deudor, resultaría de una inferencia sistemática (y de una dirección *de facto*) en los asuntos de la sociedad, que se traduce en una auténtica *Vermögensvermischung* o *Sphärenvermischung*⁷, normalmente también caracterizada por (y acompañada de) tal confusión constante del patrimonio personal con el de la sociedad que pondría en cuestión la alteridad subjetiva entre la sociedad y el accionista mayoritario (también llamado «socio tirano»)⁸;

6 Véanse los comentarios de PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, op. cit., 98 y ss., a los que pertenece la expresión mencionada en la cita entrecomillada.

7 En estos términos se expresan MERKT-SPINDLER, *Fallgruppen der Durchgriffshaftung und verwandte Rechtsfiguren*, en LUTTER (Ed.), *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa*, Berlín-Nueva York, 2006, 213.

8 Acerca de la distinción tradicional — en la interpretación nacional — entre la figura del socio tirano (el que abusa de la estructura societaria para fines personales, ignorando las normas de funcionamiento del tipo elegido) y la del socio soberano (el que, mediante una participación en el capital ampliamente mayoritaria, desempeña un papel decisivo dentro de la estructura de la sociedad, condicionando — a través de decisiones individuales — la actividad de la sociedad), véanse, entre muchos, en particular BIGIARI, *Responsabilità del socio tiranno*, en *Foro italiano*, 1960, I, 1180 y ss.; ID., *L'imprenditore occulto*, Padua, 1957, 49 y ss.; ID., *Società controllata e società adoperata «come cosa propria»*, en *Giur. it.*, 1959, I, 623 y ss.; ID., *Fallimento dei soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, en *Giur. it.*, 1954, I, 691 y ss.; ASCARELLI, *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, en *Foro italiano*, 1956, I, 405 y ss.; ID., *Ancora sul socio sovrano e sulla partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, en *Foro italiano*, 1957, I, 1443 y ss.; PAVONE LA ROSA, *La teoria dell'«imprenditore occulto» nell'opera di Walter*

en cambio, en la segunda hipótesis, la posible determinación de un «dominio cualificado» sobre la entidad por parte de quienes mantienen artificialmente la actividad de esta, a pesar de carecer esta visiblemente de medios económicos propios adecuados para el proyecto empresarial a realizar⁹, llevaría a compartir el objetivo de exponer personalmente al socio, responsable de una capitalización manifiestamente insuficiente y, por tanto, de la vulneración de un principio (aunque habitualmente no expresado¹⁰) de correcta financiación de la empresa gestionada en forma de sociedad de capital, a través de dos vías interpretativas (alternativas)¹¹.

Bigiavi, en *Rivista di diritto civile*, 1967, I, 623 y ss.; VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella «common law» e nella «civil law»*, Milán, 1964, 43 y ss.; NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, en *Trattato delle società per azioni* dirigido por Colombo y Portale, 9, II, Turín, 1993, 433; INZITARI, *La vulnerabile persona giuridica*, en *Contratto e Impresa*, 1985, 679 y ss.; FIMMANÒ, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, en *Il Fallimento*, 2007, 419 y ss.; ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica. Tecniche sanzionatorie a confronto*, Padua, 2002, 68 y ss.

- 9 Sin obviar que las hipótesis descritas son, como ya se ha mencionado anteriormente, bien distintas, la sensación de que con la infracapitalización manifiesta surge — al igual que en el dominio absoluto y en la confusión entre patrimonios — «una forma específica de *tiranía*» (citando literalmente a PAVONE LA ROSA, *L'insolvenza nelle aggregazioni societarie*, en *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1987, I, 517, nota 25) ha sido percibida, desde hace tiempo, también por la jurisprudencia nacional: a este respecto, véase la sentencia del Tribunal de Venecia (Tribunale di Venezia), de 6 de agosto de 1982, de donde se ha tomado la expresión utilizada en el texto entrecomillado.
- 10 Se excluyen las referencias, presentes en algunas normativas nacionales, a la regla de aplazamiento de las financiaciones concedidas por los socios en favor de sociedades sustancialmente infracapitalizadas.
- 11 Se ofrece más información al respecto a continuación, en la sección siguiente.

En el *primer* caso, por tanto, la posibilidad de ignorar la entidad corporativa formalmente constituida, levantando el velo de las ventajas jurídicas que conlleva, se deriva del incumplimiento de las normas procesales establecidas por la ley para el funcionamiento de la sociedad o del ejercicio de un control excesivo por parte del socio sobre la entidad que, denotando una compenetración indebida y abusiva entre actividades y ámbitos de competencia, convierten a esta última en un mero instrumento para la realización, para fines personales, de una empresa gestionada directamente por dicho socio.

En este sentido, en las *close corporations* estadounidenses, la participación directa y activa del socio en la gestión de la sociedad, que se manifiesta como consecuencia del *disregard of corporate formalities*¹², determina con frecuencia una reducción significativa de la distinción entre las operaciones personales y los asuntos societarios y una peligrosa confusión de patrimonios, que los tribunales califican como circunstancias propias del uso abusivo de la sociedad, susceptibles de justificar la privación — del socio — del beneficio de la *limited liability*: debido a la consideración según la cual el hecho de asumir una forma societaria

12 La expresión se utiliza habitualmente en la denominada *alter ego doctrine*, que propugna la aplicación de la medida sancionadora del *piercing the corporate veil* siempre que «*there is such a unity of interest and ownership that the separate personalities of the corporation and individual don't exist. Some factors the court may look at to determine this include: the failure to maintain proper, adequate corporate records and comply with corporate formalities; commingling of funds or assets; undercapitalization of the firm; and/or one corporation treating the assets of another corporation as its own*»: así se define expresamente en *Buckley v. Abuzir*, 2014. En otros casos, los tribunales también han solicitado que se demuestre que el socio tenía una intención fraudulenta o ilícita específica frente a los acreedores, con los consiguientes daños y perjuicios: en este sentido, véase la reconstrucción de SPARKMAN, *Will Your Veil Be Pierced? How Strong Is Your Entity's Liability Shield? — Piercing the Veil, Alter Ego, Ego, and Other Bases for Holding an Owner Liable for Debts of an Entity*, en *Hastings Business Law Journal*, 2016, 349 y ss.

conlleva necesariamente la adopción de un estatuto jurídico concreto y el compromiso de cumplir con una amplia serie de formalidades propias del correcto funcionamiento de la entidad y que explican el beneficio de la limitación de responsabilidad que el ordenamiento jurídico ofrece a los socios.

Por este motivo, la violación sistemática de los requisitos procesales o de las normas formales prescritas justifica que se deniegue la posibilidad de reclamar un beneficio que se fundamenta (únicamente) en la observancia de esos mismos preceptos que legitiman su concesión.

Del mismo modo, también en Alemania el problema de la salvaguarda o de la desestimación del *Trennungsprinzip* lleva tiempo alimentando el debate interpretativo y ha llevado a identificar hipótesis en las que el mecanismo de separación entre socios y sociedad (en virtud del cual unos son terceros respecto a los otros) se desactiva en presencia de conductas y situaciones capaces de manifestar un abuso de la persona jurídica.

En particular — en lo que respecta al *segundo* de los supuestos previstos, para cuya existencia a menudo se ha requerido que se diesen las circunstancias por las que se caracteriza el primero¹³ —, se ha considerado que la manifiesta infracapitalización material de la sociedad puede exponer a los socios a una responsabilidad ilimitada por las deudas

13 Acerca de la necesidad — a efectos de imputar una responsabilidad directa a los socios por infracapitalización material manifiesta — de que se den los fenómenos perjudiciales adicionales consistentes en «tiranía» por parte de dichos socios o de confusión entre su patrimonio y el de la sociedad, véase STIMPEL, «Durchgriffshaftung» bei der GmbH: Tatbestände, Verlustausgleich, Ausfallhaftung, en *Festschrift zum 65. Geburtstag von Goerdeler*, Düsseldorf, 1987, 607 y ss., y las críticas de MAIER, *Der Grundsatz der Kapitalerhaltung und die Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung im deutschen und amerikanischen Gesellschaftsrecht*, Frankfurt am Main, 1986, 207 y ss., compartidas por PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, en *Rivista delle società*, op. cit. 84.

sociales¹⁴. Y, de hecho, en el supuesto de la ausencia de una normativa expresamente dedicada a la materia — presente, por el contrario, en el Derecho belga, que trata la infracapitalización manifiesta en relación con las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada, previendo, a la luz de las innovaciones introducidas en febrero de 2019 en el Código de Sociedades y Asociaciones (*Code des sociétés et des associations*)¹⁵ y en mayo de 2018 en el Código de Derecho Económico

14 En cuanto a la distinción entre infracapitalización material (que se produce cuando la sociedad carece de medios adecuados para hacer posible la consecución del objeto social) e infracapitalización nominal (que se produce cuando el capital social es manifiestamente insuficiente, pero los socios aportan a la sociedad, mediante préstamos, los medios necesarios para la consecución del objeto social) y — desde otra perspectiva — entre la infracapitalización inicial (que existe desde la constitución de la sociedad, con la consiguiente exposición a responsabilidad del conjunto de los socios) y la infracapitalización sobrevenida (que se produjo en un momento posterior, por lo que sólo deben responder de ella los socios que tenían el control de la sociedad en ese momento), véanse en todos los casos ULMER, *Gesellschaftspflicht zur Erhaltung des satzungsmäßigen Haftungsfonds in GmbH?*, en *ZGR*, 1985, 598 y ss., y la reconstrucción de PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, en *Rivista delle società*, *op. cit.* 108 y ss., y *Lezioni di diritto privato comparato*², Turín, 2007, 171 y s.

15 Véanse, en particular, los artículos 7:2 y 7:18, que se basan en la obligación, en el momento de la constitución, de elaborar un plan financiero en el que los socios fundadores justifiquen el importe del capital de la sociedad que se va a constituir en función de la actividad prevista durante un período mínimo de dos años. El documento no debe presentarse junto con la escritura de constitución, sino que debe conservarlo el notario. En el plan financiero deben figurar, como mínimo, una descripción detallada de la actividad prevista, una explicación de las fuentes de financiación (incluida, en su caso, una referencia a las garantías aportadas), un balance de apertura y un balance de previsiones a 12 y 24 meses, así como una explicación de los criterios adoptados para estimar el volumen de negocios y la rentabilidad indicados, y el nombre del especialista ajeno a la sociedad que haya colaborado en la elaboración del plan financiero.

(*Code de droit économique*)¹⁶, la hipótesis de quiebra de la entidad en los tres años siguientes a su constitución, además de la posibilidad de ejercer la mencionada *action en comblement du passif social* contra los administradores de derecho o de hecho, también la responsabilidad de los socios fundadores «*si le capital était, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins*» — la doctrina alemana tiende a abordar la cuestión, planteando dos soluciones diferentes que, de manera igualmente distinta, se aproximan al *Trennungsprinzip*¹⁷.

Una — de naturaleza civil — se aparta del paradigma de la responsabilidad por deudas y recuerda, en su formulación predominante¹⁸, el derecho de daños que, al definir el daño como lesión de bienes jurídicos identificados o como infracción dolosa o negligente de una *Schutzgesetz* específica, obliga a indemnizar por daños y perjuicios a quien perjudique de forma indebida o intencionadamente a terceros de manera contraria a las buenas costumbres (*guten Sitten*): sobre la base de esta consideración, los acreedores de sociedades manifestamente infracapitalizadas podrían ejercer una acción por daños y perjuicios — respetan-

16 Véase, en particular, el artículo XX.225, que, en caso de quiebra e insuficiencia de activos y en presencia de una «*faute grave et caractérisée*», añade a la responsabilidad de «*tout administrateur, gérant, délégué à la gestion journalière, membre du comité de direction ou du conseil de surveillance, actuel ou ancien*», la de «*toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer l'entreprise*».

17 Para una amplia exposición del contraste entre las dos interpretaciones diferentes, véase MAIER, *Der Grundsatz der Kapitalerhaltung*, op. cit., 109 y ss.

18 En efecto, debe tenerse en cuenta que se han propuesto lecturas de la posibilidad de la responsabilidad directa de los socios que difieren de la propuesta en el texto: por un lado, recurriendo a la *Vertrauenshaftung* y, por otro, remitiéndose a la *Organisationsfehlerhaftung*. Sobre este punto, véase ULMER, *Gesellschafterpflicht*, op. cit. 600 y s.

do así el principio de separación y alteridad subjetiva — directamente contra (y frente a) los socios¹⁹.

La otra — de naturaleza societaria — desarrollada para hacer frente al carácter crítico de la primera, que, según los artículos 823 y 826 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB), deposita en los demandantes (y, por tanto, en los acreedores sociales) la carga de la prueba del elemento subjetivo del daño y del nexo etiológico entre la infracapitalización y el perjuicio sufrido, propone el modelo de la *Durchgriffshaftung* para levantar el velo de la persona jurídica, atribuyendo a los socios una responsabilidad (puramente) por deuda²⁰. Según la *institutionelle Durchgriffslehre*²¹, el resultado de la imputación directa a los socios de las obligaciones que de otro modo y normalmente se imputarían (sólo) a la sociedad se consigue siempre que el uso de la pantalla de la personalidad jurídica parezca entrar en conflicto con los principios del ordenamiento jurídico o — sobre la base de la *Normzwecklehre* (o *Durchgriff durch Rechtsanwendung*)²², que goza de mayor acreditación— a través de la restricción, mediante la técnica de la *teleologische Reduktion*, del

19 En estos términos, que se hacen eco de la reconstrucción ofrecida por la doctrina y la jurisprudencia francesas sobre la base del artículo 1382 del Código Civil francés (*Code civil*) (a este respecto, véase SCHMIDT, *La responsabilité civile dans les relations de groupe de sociétés*, en *Revue des sociétés*, 1981, 736 y s.), discurre MAIER, *Der Grundsatz der Kapitalerhaltung*, op. cit. 110.

20 Esta fue la tesis defendida inicialmente, entre muchos, en especial por IMMENGA, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, en *Athenäum*, 1970, 443 y ss.

21 Sus partidarios fueron, en su formulación original, entre otros, SERIK, *Rechtsform*, op. cit. 90 y ss., y NIRK, *Zur Rechtsfolge*, 455 y ss.

22 A este respecto, véanse las reflexiones de REHBINDER, *Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht*, en *Festschrift für R. Fischer*, Berlín-Nueva York, 1979, 580 y ss., y véase la reconstrucción de la relación entre ambas teorías a cargo de PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, en *Rivista delle società*, op. cit., 97 y s.

ámbito de aplicación de las normas que prevén la responsabilidad patrimonial exclusiva de la sociedad por las deudas sociales²³.

3.- Sugerencias aplicables para la interpretación (y adaptación) de la solución que se ofrece en el Derecho italiano:

El paradigma recién descrito, aunque sustancialmente también adoptado en otros lugares²⁴, ha comenzado a debilitar su (inicialmente) rígido marco ante la posibilidad reconocida de reconstruir un régimen (a pesar de todo) de responsabilidad, pero basado en una lectura del caso en términos de apropiación indebida de los activos necesarios para la existencia de la sociedad (*Existenzvernichtungshaftung*)²⁵ que — en el curso del desarrollo de la jurisprudencia — se ha ido liberando gradualmente del *Durchgriff* para encontrar (de nuevo) apoyo en las normas

23 Acerca del criterio metodológico de reducir el ámbito de aplicación de una norma que debe corresponderse con la ampliación del ámbito de aplicación de otra, véanse las reflexiones originales de LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*⁶, Berlín, 1991, 391 y ss.

24 La jurisprudencia española, por ejemplo, ha reconocido reiteradamente la posibilidad de levantar el velo de la personalidad jurídica —aunque de forma excepcional— cuando el socio principal abuse de la estructura societaria para eludir cualquier forma de responsabilidad personal por las deudas contraídas, requiriendo, sin embargo, la prueba de la intención fraudulenta aplicada a *Fallgruppen* específicos (y similares): infracapitalización, administración de hecho y confusión patrimonial. En este sentido, véase *Tribunal Supremo*, 29 de junio de 2006, n.º 665, y *Tribunal Supremo*, 1 de marzo de 2011, n.º 83.

25 En este sentido, véanse las sentencias del Tribunal Federal de Justicia de Alemania (Bundesgerichtshof, BGH), de 17 de septiembre de 2001; de 25 de febrero de 2002; de 24 de junio de 2002 y de 16 de julio de 2007 (la llamada «sentencia *Trihotel*»), con argumentos que también se recogen en la sentencia del BGH de 6 de noviembre de 2018, y véase LUTTER-BANERJEA *Die Haftung wegen Existenzvernichtung*, en ZGR, 2003, 402 y ss.

establecidas en los artículos 823 y 826 del Código Civil alemán, «*als eine besondere Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung*»²⁶: lo que supone un importante cambio de perspectiva en (al menos) tres aspectos.

Y, de hecho, con el tiempo se ha consolidado y definido una hipótesis particular de *Schadensersatzhaftung*, que ha marcado — en relación con el caso antes presentado — una considerable aproximación del modelo sancionador en cuestión hacia un modelo en el que se expresa explícitamente la responsabilidad por daños²⁷; de esa forma, se ha introducido — entre las condiciones necesarias para integrar un *Eingriff* capaz de exponer al socio a responsabilidad — la necesidad de demostrar la existencia del elemento subjetivo correspondiente (si no a la intención dolosa, por lo menos) a la conciencia del efecto perjudicial que resulta de su intervención abusiva²⁸; de este modo, se reconoce a la sociedad como parte legitimada — en el caso de que resulte perjudicada como consecuencia de un *existenzvernichtende Eingriff* — para ejercer una acción de indemnización por los perjuicios sufridos, al poder identificarse los requisitos de una *Innenhaftung*.

La evolución descrita ha contribuido, por tanto, a acortar distancias, aunque se mantenga la diversidad constatada de los supuestos de apli-

26 En este sentido se expresó el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (Bundesgerichtshof, BGH) el 16 de julio de 2007, que de hecho estableció un cambio de rumbo en la identificación del paradigma al que se remite *Die Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters*, distanciándose de la *Durchgriffshaftung* en favor de *der deliktischen Schadensersatznorm*.

27 Véase también la sentencia del Tribunal Federal de Justicia de Alemania (BGH) de 28 de abril de 2008.

28 Parece, de hecho, predominante la consideración de la suficiencia — en cuanto al estado psicológico del socio gestor — de la posible intención dolosa: véanse, a este respecto, las consideraciones de SCHANZE, *Gesellschafterhaftung für unlautere Einflussnahme nach § 826 BGB: Die Trihotel-Doktrin des BGH*, en *NZG*, 2007, 685.

cación de los casos imputables a uno y otro modelo normativo, respecto al sistema represivo que ofrece la imputabilidad de la responsabilidad por daños²⁹.

La premisa comparativa permite desarrollar la investigación con miras a comprobar — a la luz de la introducción en el ordenamiento jurídico italiano del Código de la Crisis Empresarial y la Insolvencia (*Codice della Crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, CCII), que entró en vigor en su totalidad en julio de 2022³⁰ — la admisibilidad del intento, llevado a cabo en varias ocasiones incluso en el ordenamiento anterior por la jurisprudencia nacional, de censurar las conductas abusivas de la pantalla societaria, mediante la preparación de técnicas de desestimación de la personalidad jurídica y, por tanto, de neutralización de la interpo-

29 Por lo que respecta al Derecho italiano, en relación con la posible coexistencia de las técnicas desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia para resolver problemas similares a las cuestiones mencionadas y que en ocasiones se solapan con las que se han propuesto abordar los artículos 2497 y siguientes del Código Civil italiano, véase por último ANGELICI, *Direzione e coordinamento: caso e questioni*, en *Giurisprudenza commerciale*, 2022, I, 967 y ss., quien — a este respecto — señala la polisemia del «término *responsabilità*», que puede significar tanto la imputación, sobre todo con fines de obligación de indemnización por un acto ilícito, como la identificación del patrimonio (principalmente, pero no necesariamente, a través de la identificación de su titular) frente al cual los acreedores pueden hacer valer sus derechos para su satisfacción».

30 El denominado Código de Crisis Empresarial e Insolvencia (*Codice della Crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, Decreto Legislativo italiano n.º 14, de 12 de enero de 2019, en lo sucesivo abreviado como «CCII») entró en vigor, después de algunos aplazamientos y de la emisión de dos decretos correctivos, el 15 de julio de 2022, en la versión modificada [también] a la luz de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (la llamada «Directiva de Insolvencia»).

sición que aísla, protegiéndolo de la agresión de los acreedores sociales, el patrimonio personal de los socios de las sociedades de capitales para extender el concurso de acreedores (actualmente, liquidación judicial) a quienes sean realmente los propietarios de la actividad empresarial para cuyo ejercicio quedaron impagadas las deudas.

Las incertidumbres en cuanto a la aplicación, que la introducción del artículo 256, apartado 5, del CCII, contribuye ahora (aunque no totalmente) a resolver, han girado tradicionalmente en torno a las siguientes cuestiones:

- i) si es lícito — y en qué condiciones — que una sociedad de capitales participe en una sociedad de hecho mediante la constitución, por conductas concluyentes, de un centro autónomo de imputación de situaciones subjetivas activas y pasivas;
- ii) si el procedimiento del concurso de acreedores (actualmente, liquidación judicial) de la sociedad de hecho se extiende a la sociedad de capitales, cuya participación se reconozca como efectiva a pesar de la ausencia de una resolución por parte de la junta de accionistas;

cuáles son los requisitos efectivos para que se dé la denominada “supsociedad de hecho” y dónde están los límites respecto al caso que nos ocupa, contemplados en el artículo 2497 del Código Civil italiano (*Codice Civile*), que regula el ejercicio de las actividades de dirección y coordinación (y la responsabilidad por *daños y perjuicios* asociada a dichas actividades).

4.- Continuación. Participación de sociedades de capital en sociedades personalistas por hechos concluyentes:

En general, la participación de una sociedad de capital en una sociedad personalista está permitida, con algunas limitaciones y condiciones que varían en función del tipo de sociedad de capital de que se trate.

Más concretamente, el artículo 2361 del Código Civil italiano prevé, para las sociedades anónimas (*società per azioni*, s.p.a.), la posibilidad de participar en el capital de otras sociedades, siempre que ello no conlleve una modificación sustancial del objeto social establecido en los estatutos, tanto en términos de *alcance* como de *finalidad* de la participación. No obstante, cuando la participación conlleve una responsabilidad ilimitada por las obligaciones de las empresas participadas, como es el caso justamente de la participación en sociedades personalistas, es necesario obtener un acuerdo previo en la junta de accionistas, y los administradores deben facilitar información específica sobre las participaciones en la nota explicativa a los estados financieros.

Se han debatido, en la doctrina, las consecuencias del incumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 2361 del Código Civil italiano. En particular, se ha planteado la cuestión de si los citados preceptos excluyen la configuración de una relación participativa de hecho u oculta, o en todo caso estructurada sobre la base de *facta concludentia*, o si, por el contrario, el artículo 2384 del Código Civil italiano, al introducir el principio de la representación general de los administradores, permite considerar efectiva la asunción de la participación y los límites del poder de representación impondrían frente a terceros, dado que quienes entran en contacto con la entidad deben poder confiar en el uso del nombre de esta sin tener que comprobar si se han respetado los procedimientos internos de la sociedad para las operaciones realizadas fuera de ella³¹.

31 Véase a este respecto, entre muchos, MUCCIARELLI, «Holdings», *società finanziarie e articolo 19 della legge 7 de junio de 1974*, n. 214, en *Rivista delle società*, 1985, 972 y s.; ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Milán, 1962, 283; MIRONE, Art. 2361, en *Società di capitali. Commentario*, por Niccolini – Stagno d'Alcontres, Nápoles, I, 2004, 414 y s.; ANGELICI, *La partecipazione azionaria nella società per azioni*, en *Trattato di diritto privato* dirigido por Rescigno, XVI, Turín, 1985, 344; VELLA, *Le società holding*, Milán, 1993, 55 y ss.; LIBONATI, *Holding e investment trust*, Milán, 1959, 87 y ss.

El debate brevemente esbozado podría no ser relevante para las sociedades de responsabilidad limitada, cuyo régimen no contempla una norma análoga al artículo 2361 del Código Civil italiano.

Sin embargo, dada la existencia de una norma, como el artículo 2479, apartado 2, n.º 5 del Código Civil italiano, que atribuye expresamente a la junta la competencia para decidir sobre las operaciones que supongan una modificación sustancial del objeto social o un cambio significativo en los derechos de los socios, surge una pregunta similar para quienes infieren la necesidad del acuerdo de la junta al considerar la adquisición de la participación como parte de las competencias irrenunciables de los socios³².

La necesidad y urgencia de adoptar una postura acerca de las consecuencias del incumplimiento del artículo 2361 del Código Civil italiano, en el caso de las sociedades anónimas (*società per azioni*), y acerca de la esencialidad o no del acuerdo previo de la junta de accionistas, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada (*società a responsabilità limitata*), también fueron destacadas por el Tribunal Constitucional de Italia (Corte Costituzionale), que hubo de pronunciarse sobre la legitimidad del artículo 147, apartado 5, de la Ley concursal (*Legge fallimentare*)³³ en la medida en que prevé (o preveía) la extensión de la quiebra a otros socios de hecho, ya sean personas físicas o jurídicas, sólo en

32 A este respecto, véase ABETE, *Il fallimento della supersocietà (di fatto) occulta: «controindicazioni» applicative*, en *Società*, 2017, 169 y ss.; BARTALENA, *La c.d. supersocietà di fatto*, en *Società*, 2019, 108 y ss.; BASSI, *Fallimento, Società, Soci illimitatamente responsabili*, en *Fallimento e concordato fallimentare*, por Jorio, Turín, 2016, 281 y s.; IRRERA, *La Società di fatto tra Società di capitali e il suo fallimento per estensione*, en *Il Fallimento*, 2008, 1333.

33 La frase hace referencia al Real Decreto n.º 267 de 16 de marzo de 1942 (*Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267*, conocido como «*Legge fallimentare*», Ley concursal), que fue derogado por el CCII con una disposición transitoria, que permite su aplicación para los procedimientos concursales en curso en la fecha de entrada en vigor (15 de julio de 2022) del CCII.

el caso de quiebra del empresario individual y no (también) en el caso de quiebra inicialmente declarada contra una sociedad de capital que participara en una supersociedad de hecho. El Tribunal Constitucional italiano, en un primer momento³⁴, declaró la cuestión no procedente e invitó a los jueces remitentes a pronunciarse acerca de la posibilidad de que una sociedad de capital pudiera participar en una sociedad personalista por hechos concluyentes y, posteriormente³⁵, rechazó la cuestión de constitucionalidad sobre la base del derecho vivo que se había formado entretanto. En efecto, el Tribunal de Casación italiano (Corte di Cassazione), en su intervención sobre el tema, consideró que — en el caso de las sociedades anónimas — la ausencia de un acuerdo no sería motivo de nulidad, ante la ausencia de una disposición que la establezca como tal, de las participaciones adquiridas por hechos concluyentes en una sociedad de hecho y, por lo tanto, de esa misma sociedad de hecho, respecto a la cual la actividad efectivamente llevada a cabo por la misma seguiría siendo relevante, en virtud del principio de conservación de los actos realizados incluso en virtud de un contrato de sociedad nulo. Por otro lado, excluyó — en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada — la necesidad de cumplir con lo dispuesto en el artículo 2361 del Código Civil italiano, partiendo de la base de que la adquisición de la participación es un mero acto de dirección del órgano de administración, que no requiere la decisión de autorización previa prevista en el apartado 2 del artículo 2479 del Código Civil italiano.

Por lo tanto, en virtud del razonamiento argumentativo establecido, la existencia de una sociedad de hecho no está supeditada al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2361 del Código Civil italiano, en el caso de las sociedades anónimas, ni a preceptos similares derivados de la normativa, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada.

34 Tribunal Constitucional de Italia (Corte Costituzionale), 12 de diciembre de 2014, n.º 276; Tribunal Constitucional de Italia, 29 de diciembre 2016, n.º 15.

35 Tribunal Constitucional de Italia (Corte Costituzionale), 7 de diciembre de 2017, n.º 255.

Para el Tribunal, en otras palabras, a la hora de sopesar los intereses de los socios en relación con los de los acreedores, son estos últimos los que deben prevalecer sobre los primeros, con el fin de proteger la seguridad de las transacciones, de acuerdo con el principio de efectividad que privilegia los hechos concretos y en cumplimiento de las necesidades de protección de la confianza de terceros³⁶.

La disposición introducida en el apartado 5 del artículo 256 del CCII — que en su redacción actual prevé la extensión de la liquidación ju-

- 36 Por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Casación de Italia (Corte di Cassazione) de 21 de enero de 2016, n.º 1095. Según dicha sentencia, no podía considerarse determinante la circunstancia de la ausencia de un acuerdo previo de la junta de accionistas y la falta de la posterior indicación de la adquisición de la participación en la nota explicativa a los estados financieros anuales, ya que en el apartado 2 del artículo 2361 del Código Civil italiano el legislador no habría establecido una prohibición, sino que se habría limitado a prever dos requisitos formales, sin prever expresamente —en caso de incumplimiento de los mismos— la nulidad de la participación en virtud del apartado 3 del artículo 1418 del Código Civil italiano. Tampoco puede contemplarse la hipótesis de la nulidad virtual en relación con la infracción de una norma claramente destinada a proteger a los socios, que, además, no se refiere a elementos intrínsecos de la operación y para la cual, por el contrario, se aplicaría la disposición del artículo 2384 del Código Civil italiano, según la cual se confiere a los administradores un poder de representación general con la consiguiente incuestionabilidad frente a terceros — salvo *exceptio doli* — de las limitaciones derivadas de los estatutos o de una decisión de los órganos competentes. En definitiva, según el planteamiento expuesto, no habría sido posible imputar al tercero las consecuencias negativas de la ausencia del acuerdo en la junta de accionistas y/o de la indicación de la participación en la nota explicativa a los estados financieros, siendo coherente con la necesidad de proteger la seguridad de las transacciones legales el principio según el cual el tercero debe poder confiar en el uso efectivo del nombre de la sociedad por parte de quien ostente la representación sin la carga de comprobar si, en el caso concreto, se dan los presupuestos procedimentales dentro de la sociedad.

dicial abierta no sólo contra un empresario individual, sino también contra una sociedad, nombrada genéricamente, cuando la empresa sea atribuible a una sociedad de la cual ella misma (o el empresario) sea socio con responsabilidad ilimitada — contribuye en efectivamente a resolver de manera positiva las dudas planteadas a este respecto.

5.- Continuación. Extensión de la liquidación judicial de la sociedad de hecho a las sociedades de capital que sean socias de esta última:

Asimismo, la disposición mencionada ha adoptado la orientación que se ha consolidado en los últimos años con respecto a la eficacia afirmada de la adquisición de participaciones de una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada en una sociedad personalista por hechos concluyentes, con independencia de la existencia de una decisión de autorización de los socios. De hecho, el Tribunal de Casación italiano ya había concluido que cuando se establece — a través de un proceso «ascendente» según la doctrina — que la cooperación entre una persona física o jurídica y una sociedad de capital funciona con las características del «*ejercicio conjunto de una actividad económica*» y de la actuación en interés de los socios, así como de la acción de «*asumir y externalizar el vínculo también frente a terceros*», se deduce — a través de un proceso «descendente» — la necesaria responsabilidad personal de los miembros de la sociedad (así configurada), de hecho e irregular, lo que constituye el requisito para su sujeción al procedimiento concursal: en un caso — en lo que respecta a la entidad colectiva —, directamente, y en el otro — en lo que respecta a sus socios —, por extensión³⁷.

37 Véase, sobre este tema, FIMMANÒ, *Il fallimento ascendente della supersocietà di fatto in liquidazione per subornazione delle società dominate*, nota relativa a la sentencia del Tribunal de Casación de Italia (Corte di Cassazione), de 13 de junio de 2016, n.º 12120, en *Il Fallimento*, 2016, 1190 y ss.

Por otra parte, el artículo 147 de la Ley Concursal italiana contemplaba expresamente — al igual que lo previsto actualmente en el apartado 1 del artículo 256 del CCII — la extensión de la quiebra (y, por tanto, de la liquidación judicial) de uno de los tipos regulados en los capítulos III, IV y VI del título V del Código Civil italiano a los socios con responsabilidad ilimitada, incluso cuando no sean personas físicas: desde esta perspectiva, según la jurisprudencia establecida, «se adecuarían a la supersociedad de hecho el estatuto de la sociedad en nombre colectivo irregular y el del empresario comercial en el supuesto de que, si fuese insolvente y superase los límites establecidos en el apartado 2 del artículo 1 de la Ley Concursal, se declarase precisamente en quiebra»³⁸.

Parece existir una relación de «*dependencia unidireccional*» entre la apertura del procedimiento de liquidación judicial de la sociedad y el de los socios con responsabilidad ilimitada, en el sentido de que el procedimiento para los segundos se basa en la sujeción a las reglas del concurso para la primera, cuya posible nulidad parece también capaz de invalidar la otra declaración³⁹.

Sobre la base de la disposición ahora codificada, la extensión de la liquidación judicial sólo se admite si la empresa aparentemente gestionada por el sujeto (empresario individual o sociedad) contra el que se abrió inicialmente, es la misma que luego resulta estar dirigida en realidad por la sociedad de hecho existente entre dicho sujeto y otros socios: de lo contrario, nos encontraríamos ante una situación distinta

38 Así lo establece expresamente la sentencia del Tribunal de Casación de 13 de junio de 2016, n.º 12120; y véanse, a este respecto, entre otros, las sentencias del Tribunal de Casación de 20 de mayo de 2016, n.º 10507; de 13 de enero de 2021, n.º 366; de 12 de junio de 2020, n.º 11353; de 17 de abril de 2020, n.º 7903; de 17 de febrero de 2020, n.º 3867; y de 11 de junio de 2019, n.º 15620.

39 Así lo establece expresamente la sentencia del Tribunal de Casación n.º 1751, de 6 de febrero de 2003; véase también FABIANI, *Le nuove regole del procedimento di estensione del fallimento del socio* en *Giurisprudenza commerciale*, 2009, I, 429 y ss.

— regida por el artículo 258 del CCII — en la que el sujeto en cuestión gestionaría su propia empresa. En otras palabras, el ejercicio conjunto y común de la misma actividad empresarial sigue siendo una condición indispensable para la configuración, en concreto, de la figura de una sociedad de hecho, incluso entre sociedades de capital⁴⁰. En este sentido, la condición de socio oculto del sujeto para el cual se solicita la extensión de la liquidación judicial de la sociedad o del empresario individual debe ser probada por el solicitante, quien debe acreditar la existencia del vínculo societario y los requisitos establecidos en el artículo 2247 del Código Civil italiano: observando, por lo tanto, la presencia de una aportación de bienes o servicios, la presencia de la *affectio societatis* y la participación efectiva en los beneficios y pérdidas⁴¹. De manera similar se debe proceder con la extensión del procedimiento de liquidación judicial a la sociedad de hecho y a sus socios con responsabilidad ilimitada, teniendo en este caso que probar — en lo que respecta a la primera — además de su existencia y la atribución efectiva a la misma de la actividad empresarial aparentemente ejercida por otro sujeto, también su estado de insolvencia⁴²: además, el nuevo artículo 256 del CCII no permite que el tribunal, una vez constatada la existencia de una sociedad

40 Véanse, a este respecto, las reflexiones de FAUCEGLIA, *La liquidazione giudiziale della «supersocietà di fatto» e della società di capitali ad essa partecipante: una lettura critica* en *Società*, 2021, 1333 y ss.

41 Véanse, a este respecto, las sentencias del Tribunal de Casación (Tribunale di Cassazione) de 13 de septiembre de 2021, n.º 24629; de 4 de marzo de 2021, n.º 6030; del Tribunal de Apelación (Corte di Appello) de Salerno, de 11 de marzo de 2022; del Tribunal de Casación, de 12 de marzo de 1997, n.º 7019, y del Tribunal de Casación, de 30 de enero de 1995, n.º 1106.

42 Véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Casación (Corte di Cassazione) de 20 de mayo de 2016, n.º 10507; de 21 de enero de 2016, n.º 1095; del Tribunal de Bergamo (Tribunale di Bergamo), de 5 de diciembre de 2018; del Tribunal de Catania (Tribunale di Catania), de 1 de marzo de 2018; y del Tribunal de Apelación (Corte di Appello) de Lecce, de 14 de enero de 2019.

de hecho, se abstenga de verificar también la insolvencia de la entidad, dado que la norma tiene como objetivo poner fin al conflicto interpretativo relacionado con la posibilidad de no extender la quiebra también a las sociedades (además de a los empresarios individuales) socias de una supersociedad de hecho oculta, y no eximir de la minuciosa investigación de la situación de insolvencia en la que esta última debe necesariamente encontrarse para la aplicación del precepto en cuestión.

La existencia de la relación societaria puede acreditarse mediante índices reveladores, siempre que los mismos — por su regularidad y cualquier otro elemento específico — puedan relacionarse con un apoyo continuo a la actividad empresarial, calificable de colaboración de un socio para alcanzar el objetivo común, entendiéndose que, a los efectos de la extensión de la liquidación judicial, se requiere la demostración rigurosa del propósito societario común que se pretende alcanzar, que debe ser conforme — y no contrario — al interés de los socios⁴³; por el contrario, debe considerarse que el hecho de que las sociedades individuales involucradas busquen alcanzar el interés de las personas físicas que las controlan, aunque sólo sea de hecho, constituye más bien una prueba en contra de la existencia de la supersociedad de hecho y una prueba a favor de la existencia de un *holding* de hecho⁴⁴.

En definitiva, es necesario — a los efectos de la extensión en cuestión — que de los elementos fácticos surgidos de la investigación se deduzca inequívocamente que entre las partes involucradas (personas físicas y/o sociedades) existen: (i) una identidad de objeto social, (ii) una utilización compartida de los mismos medios organizados para la actividad

43 Véanse las ideas que pueden extraerse, en este sentido, de las sentencias del Tribunal de Casación (Corte di Cassazione) de 16 de diciembre de 2019, n.º 33230; de 5 de mayo de 2016, n.º 8981; y del Tribunal de Apelación (Corte di Appello) de Bari, de 21 de febrero de 2018.

44 Por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Casación de 17 de abril de 2020, n.º 7903, y de 11 de junio de 2019, n.º 15620. Sobre este punto, véase también a continuación el apartado 6.

empresarial y (iii) un reparto de *assets* patrimoniales que constituyan tanto activos como pasivos⁴⁵.

6.- Continuación. Supersociedades de hecho y actividades de dirección y coordinación: la diversidad de casos y la dificultad de determinar la existencia de un *holding* persona física:

El debate suscitado en torno a la extensión de la quiebra de la denominada supersociedad de hecho ha llevado a la jurisprudencia a definir (mejor) los límites que pueden encontrarse entre la técnica de la extensión patrimonial de la insolvencia, utilizada primero en la Ley Concursal italiana y ahora en el CCII, y las medidas de indemnización ofrecidas por la acción de responsabilidad que el administrador está legitimado a presentar en la situación (diferente) que, como se ha mencionado anteriormente, se produce cuando las sociedades individuales actúan (exclusivamente) en el interés de los sujetos que ostentan su control.

La normativa concursal, en efecto, no se presta *ex se* a la extensión al *dominus* de la insolvencia del grupo de sociedades organizadas verticalmente y utilizadas por este de manera instrumental, sino más bien a la extensión a un grupo horizontal de sociedades, no sujetas a actividades de dirección y coordinación, que participan (eventualmente también

45 Entre los indicadores que muestran la existencia de la relación societaria tienen especial relevancia los préstamos y avales que, por sí solos, no son adecuados para demostrar la existencia del citado vínculo, pero que pueden considerarse aportaciones de capital a la sociedad si, por su carácter sistemático o heterogéneo (fianzas, avales, préstamos, etc.), parecen estar relacionados con un continuo apoyo a la empresa: véanse las sentencias del Tribunal de Casación de 4 de febrero de 2020, n.º 2434; de 28 de octubre de 2019, n.º 27541; y de 12 de junio de 2007, n.º 6299.

junto con personas físicas) y controlan una sociedad personalista (la denominada supersociedad de hecho)⁴⁶.

El artículo 2497 del Código Civil italiano establece que la actividad de dominio es lícita por sí misma y sólo se convierte en fuente de responsabilidad si es abusiva. Más concretamente, el abuso se produce cuando el sujeto dominante ejerce la actividad empresarial en su propio interés o en el de otros, vulnerando los principios de buena gestión societaria y empresarial, causando un perjuicio a la integridad del patrimonio de las sociedades dominadas o al valor y la rentabilidad de las participaciones sociales. En tales casos, en lugar de disponer (el restablecimiento de) la regla de responsabilidad patrimonial ilimitada establecida en el artículo 2740 del Código Civil italiano o la extensión de la liquidación judicial de la supersociedad de hecho a los socios con responsabilidad ilimitada, el ordenamiento jurídico ha previsto — como modelo normativo (distinto) — la responsabilidad de carácter indemnizatorio resultante de una dirección externa incorrecta de la sociedad declarada insolvente: por tanto, en otras palabras, la responsabilidad por deudas se sustituye — por recordar las técnicas sancionadoras identificables (también) en las jurisdicciones de otros países⁴⁷ — por una responsabilidad por daños y perjuicios.

De hecho, el artículo 2497 del Código Civil italiano establece normas de conducta destinadas a orientar (y contrarrestar) el *Einflussmacht* del socio de control, refiriéndose al «incumplimiento de los principios de adecuada gestión societaria y empresarial» de las sociedades controladas como fundamento de la responsabilidad de la sociedad matriz⁴⁸.

46 En este sentido, resulta esclarecedora la resolución del Tribunal de Apelación (Corte di Appello) de Florencia, de 1 de marzo de 2017, n.º 433.

47 Véase más arriba el apartado 2.

48 Ya en el comentario sobre la disposición contenida en el borrador de decreto legislativo de 29-30/09/2002, el *Dictamen de los miembros del Colegio de Profesores del Doctorado en Derecho Mercantil Nacional e Internacional de la Universidad Católica de Milán (Collegio dei docenti del Dottorato di ri-*

Las ambigüedades encontradas en dicha expresión no se han referido tanto a la asociación de la cláusula en cuestión con la igualmente general de «interés *empresarial* propio o ajeno», mencionada — en la definición de los requisitos para la plena integración de la responsabilidad — como fuente de inspiración de la acción de la *sociedad o entidad* que ejerce actividades de dirección y coordinación, sino más bien a la decodificación exacta del enunciado normativo seleccionado para definir los parámetros de referencia de una conducta que no merece ser censurada⁴⁹.

cerca in Diritto commerciale interno ed internazionale, Università Cattolica di Milán) había calificado, entre otras cosas, la expresión utilizada como «técnicamente cuestionable y normativamente ambigua». Por otra parte, el mismo Informe del Ministerio que acompañaba al Decreto Legislativo n.º 6, de 17 de enero de 2003 (*Decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 3*) había dejado expresamente la materialización de dicha cláusula a la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia. En relación con los primeros intentos de reconstrucción, véase PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, en *Società*, 2002, 1487; SANTOSUOSSO, *Il nuovo diritto societario: i principi della legge delega e le linee guida della riforma: decreti legislativi 5 e 6 del 2003*, Milán, 2003, 121; GALGANO, *I gruppi di società*, Turín, 2001, 1039 y ss.

- 49 En este sentido, ha prevalecido una interpretación estrictamente literal de la expresión utilizada en el sentido de la referencia exclusiva a la búsqueda de un interés *empresarial* (y no también de *otra* naturaleza) propio o ajeno: y esto basado en la consideración de que la orientación hacia la satisfacción de intereses *diversos* debería constituir una forma de abuso más grave que la atribuible al ámbito de aplicación de la disposición en cuestión, y el mecanismo indemnizatorio previsto debería exigir, para su ejecución, la naturaleza estrictamente empresarial del interés perseguido. Esta es la conclusión, tras una primera valoración diferente, extraída de CARIELLO, *Art. 2497*, en *Società di capitali. Commentario*, por Niccolini – Stagno d'Alcontres, III, *op. cit.*, 1863 y s.; ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*², Padua, 2006, 143. Además, véase VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, en *Il nuovo diritto*

Y, de hecho, en lo que respecta a la primera formulación, si se considera el término literal utilizado, se induce a pensar que la evaluación de la acción realizada en interés propio o ajeno de naturaleza *no empresarial* queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 2497 del Código Civil italiano. En cuanto a la segunda expresión, se han planteado dos grandes cuestiones hermenéuticas, ambas destinadas a adquirir una relevancia sistemática.

Por un lado, de hecho, se ha cuestionado el valor normativo de la conjunción copulativa «y» y, por lo tanto, el significado que debe atribuirse a la combinación «*societaria y empresarial*» presente en la adjetivación utilizada para definir la *adecuada gestión*, mencionada en el apartado 1 del artículo 2497 del Código Civil italiano⁵⁰.

Por otro lado, se ha planteado la duda de si la expresión indicada, idónea para identificar los casos de aplicación de la responsabilidad por abuso de dirección única de una *gestión inadecuada*, es distinta y separada — no sólo desde un punto de vista literal, sino también semántico y, por tanto, de contenido — de la *gestión negligente*⁵¹.

delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso dirigido por Abbadesse y Portale, 3, Turín, 2007, 851 y ss., que sugiere interpretar la expresión como una delimitación del ámbito de relevancia para el que el ejercicio de la actividad de dirección y coordinación es funcional y lícito.

50 Entre otros, SCOGNAMIGLIO, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, en *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 3, op. cit. 947 y ss.; V. CARIELLO, *Art. 2497*, op. cit. 1864; MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale, en Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, Turín, 2010, 830; MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, en *La riforma del diritto societario*, Atti del Convegno di Courmayeur, 27-28 settembre 2002, Milán, 2003, p. 83.

51 Por ejemplo, CARIELLO, *Art. 2497*, op. cit. 1864; ID., *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, en *Rivista delle società*, 2003, 1244; GUERRERA, *La responsabilità "de-*

Si se examinan más de cerca, ambas cuestiones tienen repercusiones en todo el sistema y contribuyen a *generalizar* el ámbito de aplicación de las disposiciones en cuestión.

Y, en efecto, la utilización del binomio «*societaria y empresarial*» sugiere que la «*adecuada gestión*» debe ser evaluada desde dos perspectivas diferentes pero relacionadas entre sí: por un lado, desde una *perspectiva societaria* y, por tanto, a la luz de las normas del Derecho de sociedades que prescriben obligaciones y deberes de gestión relacionados con el tipo de sociedad adoptado en cada momento como forma organizativa de la empresa considerada; y, por otro lado, desde una *perspectiva empresarial*, es decir, verificando el cumplimiento de aquellas obligaciones y deberes derivados de la circunstancia de que la gestión tiene por objeto una empresa (además de la sociedad que representa su forma organizativa) y, por lo tanto, una realidad que requiere la atención (y el equilibrio) de una pluralidad de (distintos) intereses implicados⁵².

Por lo tanto, aunque son conceptualmente distintos entre sí, los principios de adecuada gestión societaria y los principios de adecuada gestión empresarial, que emanan del sistema y cuya necesaria observancia, por esta razón, parece ser independiente de la situación del grupo, están destinados a complementarse mutuamente, ya que también pueden expresarse en obligaciones y deberes establecidos por normas,

liberativa" nelle società di capitali, Turín, 2004, 156 y s., así como — aunque en forma interrogativa — M. RESCIGNO, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, en *Società*, 2003, 334.

- 52 Sobre este punto, véase MAZZONI, *La responsabilità gestoria*, op. cit. p. 830, quien subraya la diversidad y complementariedad de las perspectivas, señalando que una adecuada gestión societaria no constituye de por sí una adecuada gestión empresarial, sino sólo *un aspecto* (relacionado con la normativa organizativa del *sujeto*) de la tarea de gestión más amplia, que — desde el punto de vista empresarial — requiere atender y abordar *otros y diferentes* intereses en el ejercicio de la *actividad*.

que a veces tienen la estructura de *rules* y a veces de *standards*. De ello se desprende que, en algunos casos, será posible predeterminar *ex ante* el comportamiento esperado; mientras que en otros, por el contrario, será necesario someter el juicio de conformidad a un análisis *ex post*⁵³.

En cualquier caso, para aplicar la responsabilidad prescrita, será necesario evaluar cómo se gestionan y consideran — desde un punto de vista *empresarial* — los intereses distintos de aquellos atribuibles — desde un punto de vista *societario* — a la sociedad.

La *ampliación de perspectiva* descrita conlleva inevitablemente que, junto al criterio *societario* de la búsqueda del interés social, deba existir (también) el criterio *empresarial* de la perspectiva de continuidad del negocio, que, cuando se pone en riesgo, requiere — como ya se ha mencionado — una ponderación diferente de los múltiples (y variados) intereses en juego.

Además, la expresión utilizada de «adecuada gestión», que desde las primeras lecturas parecía alejada (y distinta) del concepto de gestión conforme a los estándares de diligencia profesional propios de los administradores, contribuye a atribuir a los principios en cuestión un

53 Para un análisis general de estas distintas estrategias regulatorias, véase KAPLOW, *Rules versus Standards: an economic analysis*, en *Luke Law Journal*, 1992, 559 y ss., donde se afirma expresamente que «*the only distinction between rules and standards is the extent to which efforts to give content to the law are undertaken before or after individuals act*»; ARMOUR-HANSMANN-KRAAKMANN, *Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement*, en KRAAKMAN-ARMOUR-DAVIES-ENRIQUES-HANSMANN-HERTIG-HOPT-KANDPARGENDLER-RINGE-GEORG-ROCK, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*³, Oxford, 2017, 40 y ss.; DENOZZA, *Rules v. Standard nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazione "virtuali"*, en *Giurisprudenza commerciale*, 2000, I, 331 y s.; ID., *A che serve il capitale?*, en *Giur. comm.*, 2002, I, 585 y ss.; ID., *Le funzioni distributive del capitale*, en *Giur. comm.*, 2006, I, 489 y ss.

alcance general y un significado que va más allá (y es independiente) de la existencia de un grupo⁵⁴.

En efecto, la expresión utilizada parece, a primera vista, estar sujeta al Derecho común de las obligaciones y contratos.

- 54 Véase GUERRERA, en *La responsabilità "deliberativa"*, *op. cit.* p. 156, quien ve en la codificación de los principios de adecuada gestión societaria y empresarial una «propensión natural a extenderse más allá de los límites de la figura legal y a convertirse en un principio general de regulación de la responsabilidad por el ejercicio abusivo o ilícito de influencia dominante en sociedades en cualquier caso sujetas a dirección externa»; TINA, *Le pattuizioni sulla governance*, en *Le acquisizioni societarie*, por M. Irrera, Bolonia, 2011, 308 y ss, quien — aunque se refiere al ámbito de los pactos parasociales — argumenta a partir de la enunciación de los principios de la adecuada gestión societaria y empresarial el reconocimiento normativo — en la medida en que se cumplan dichos principios — de la legitimidad en general de la influencia ejercida por los socios sobre la gestión de la sociedad; y MAZZONI, *La responsabilità gestoria*, *op. cit.* p. 829. En cambio, según CAPRARA, en *I principi di corretta amministrazione. Struttura, funzioni e rimedi*, Turín, 2021, 261 y ss., los principios de la adecuada gestión societaria y empresarial serían pertinentes (exclusivamente) en el contexto de los grupos en los cuales, a diferencia de una sociedad individual (para la que sólo serían pertinentes los principios de la adecuada administración), la estrategia empresarial se elabora lícitamente al margen de la misma. Según esta reconstrucción, los principios de una adecuada administración estarían orientados «hacia una perspectiva horizontal y de duración — a largo plazo — de la actividad empresarial»; en cambio, los principios de una adecuada gestión societaria y empresarial tendrían «una perspectiva vertical y, sobre todo, un carácter descendente». De hecho, el artículo 2497 del Código Civil italiano parece indicar que los principios allí mencionados se derivan de la normativa y constituyen un límite de *legitimidad* para el ejercicio del poder de dirección y coordinación del ente que ejerce el control, entendido — de manera más general — como el *sujeto* que, al ejercer *efectivamente* un poder de gestión, no puede eludir las obligaciones que conlleva la gestión.

La adecuación del conjunto de remedios societarios a la situación de dirección externa descrita parece, en efecto, definirse — aunque sea con una interpretación *independiente* que permite la inclusión, dentro del círculo de los posibles perjudicados con derecho a reclamar una indemnización, de sujetos ajenos a la relación obligatoria — en el marco de la coordinación e integración con los deberes de lealtad y buena fe como fuente de obligaciones de conducta y las consiguientes responsabilidades por incumplimiento⁵⁵. El carácter análogo de la cláusula general que el artículo 2497 del Código Civil italiano asigna a los principios en cuestión permite calificarlos, al igual que los otros, como criterios de evaluación *in concreto* de la conducta adoptada por sus destinatarios.

La ampliación de la perspectiva propuesta lleva, pues, a concluir que «los principios de una adecuada gestión societaria y empresarial» deben observarse en la *gestión de cualquier empresa* ejercida por *cualquier sociedad*⁵⁶.

55 En este sentido, ampliamente, en el contexto que nos ocupa, GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”, op. cit.*, p. 156 y ss.; ID., *Abuso del voto e controllo “di correttezza” sul procedimento deliberativo assembleare*, en *Rivista delle società*, 2002, *passim*; STELLA RICHTER jr, “*Trasferimento del controllo” e rapporti tra soci*, Milán, 1996, 271 y ss.; DI SABATO, *Riflessioni sparse sulla riforma del diritto societario*, en *Giurisprudenza commerciale*, 2002, I, 670 y ss., e incluso antes, para una afirmación explícita más general del deber de lealtad y buena fe en la ejecución del contrato de sociedad y, correlativamente, en el contexto de la relación obligatoria derivada del mismo, PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interesse del socio nelle società per azioni*, en *Trattato delle società per azioni* dirigido por Colombo y Portale, 3, II, *op. cit.*, 74 y ss., y GAMBINO, *Il principio di correttezza nell’ordinamento delle società per azioni*, Milán, 1987, p. 155 y ss.

56 Véase MAZZONI, *La responsabilità gestoria, op. cit.* 829 y, previamente, ID., *L’impresa tra diritto ed economia*, en *Rivista delle società*, 2008, 649 y ss., según el cual el ordenamiento reconoce que, «antes y al margen de la figura de grupo, existen los principios de adecuada gestión societaria y empresarial, que tienen un alcance general y cuya observancia no puede omitirse».

A partir de esta reflexión y valorando el hecho de que la responsabilidad se atribuye normativamente a las *sociedades o entidades* que ejercen actividades de dirección y coordinación «en interés empresarial propio o ajeno en violación de los principios de adecuada gestión societaria y empresarial», parece posible inferir otro elemento de amplia repercusión.

La disposición contenida en el artículo 2497 del Código Civil italiano tiene la función de responsabilizar al *sujeto* que, en la práctica, dirige (o ayuda a dirigir) la empresa y que, por ello, está obligado *ex lege* a observar los principios de una adecuada gestión societaria y, en todo caso, empresarial.

En otras palabras, la atribución directa de responsabilidad a la *sociedad* o a las *entidades* que, *al ejercer actividades de dirección y coordinación*, actúan en interés propio o de terceros vulnerando los principios descritos, demuestra la importancia central — en la «normativa “del fenómeno”» — de la *actividad*, efectiva y real, que se manifiesta en la influencia sobre la gestión, en relación con la cual es posible identificar al *sujeto* responsable, dado que participa en dicho fenómeno⁵⁷.

En resumen, la norma en cuestión — a través de la formulación de un criterio *funcional* de atribución de responsabilidad — establece un (claro) principio de eficacia: la sociedad matriz, su destinataria, debe ser

Del mismo modo, en *Le lettere di patronage*, Milán, 1986, página 159, texto y nota 198, se identifica una correlación necesaria en el Derecho de sociedades entre el poder de gestión y las obligaciones derivadas de su ejercicio efectivo.

57 Véase VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Turín, 2011, 33 y ss., a quien pertenece la expresión entrecomillada, que valora una interpretación de la normativa en términos de priorización de la detección (y consideración) de la *actividad* de dirección unitaria en relación con los *sujetos* involucrados: aunque se reconoce que la «normativa “del fenómeno” interactúa con la normativa “del sujeto”», la primera permite comprender a la segunda.

reconocida —independientemente de su forma o estructura— como un *sujeto* que, ejerciendo un poder *real* de dirección, no puede eludir las correspondientes obligaciones y deberes inherentes a ese ejercicio de poder⁵⁸. Lo que importa, a efectos de la aplicación de la responsabilidad, «entre la normativa “del fenómeno” y las reglas “del sujeto”» es, por lo tanto, la actividad de dirección unitaria ejercida a pesar de la designación formal recibida⁵⁹. En otras palabras, la dirección y la coordinación se configuran como una responsabilidad relacionada con las *actividades*, considerada objetivamente, en la cual se desvanece el factor de la *naturaleza* del sujeto que la ejerce, así como el *papel* que este desempeña.

El enfoque funcionalista, que parte del principio de eficacia, ha encontrado una amplia aceptación en la jurisprudencia nacional, que —de forma similar a lo ocurrido con la figura del administrador de hecho— ha destacado la referencia a la dimensión de la *actividad* y su *ejercicio*

58 Destacan la dimensión *fáctica* del ejercicio de la actividad de dirección y coordinación, destinada a prevalecer sobre la fuente del poder mediante el cual se ejerce dicha actividad, especialmente TOMBARI, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese* en *Giurisprudenza commerciale*, 2004, I, 66, y VALZER, *Il potere*, *op. cit.* 833 y ss.

59 Véase VALZER, *Le responsabilità*, *op. cit.* 33 y ss., a quien pertenece la expresión entrecomillada. Véase FIMMANÒ, *La supersocietà di fatto tra società a responsabilità limitata alla luce del Codice della Crisi*, en *La supersocietà a responsabilità limitata: un modello transtípico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, Turín, 2020, 92, quien señala que la responsabilidad por el perjuicio patrimonial causado como consecuencia de la vulneración de los principios de adecuada gestión se atribuye al sujeto que haya actuado, independientemente de si «es una persona física o jurídica (...) y, en el primer caso, si ha ocupado o no cargos formales de administrador o representante legal».

concreto, sin limitarse a considerar las situaciones jurídicas que podrían permitirla⁶⁰.

Por otro lado, el hecho de que las normas que rigen la dirección y coordinación de las sociedades estén liberadas de la lógica del planteamiento del problema en el régimen anterior y, precisamente, *pasando por alto* la figura de los administradores, o al menos no centralizando (y agotando) necesariamente en ellos el perfil de responsabilidad de gestión, parece evidenciarse por el hecho de que la ley contempla, como términos de la relación dialéctica conflictual dentro de los grupos, al *holding*, por un lado, y a los socios minoritarios / acreedores de las sociedades con dirección externa, por el otro.

Dado el papel central del *objeto de* la actividad, la normativa establecida tiene por objeto garantizar su desarrollo por parte de los *sujetos*

60 En este sentido, véanse, entre otros muchos, las sentencias del Tribunal de Milán (Tribunale di Milano), de 14 de diciembre de 2016 y del Tribunal de Casación (Corte di Cassazione), de 7 de octubre de 2019, n.º 24943. Además, sobre la posible coexistencia de un grupo y una administración de hecho, véase la sentencia del Tribunal de Casación, n. 2952, de 13 de febrero de 2015, que identifica el primero con una actividad de dirección y coordinación en virtud de la cual se preserva, al menos formalmente, la autonomía jurídica de las sociedades individuales, sin implicar la *realización directa* de actos de dirección, sino sólo una *influencia* sobre aquellos realizados por los administradores, mientras que identifica la segunda como «una situación de hecho en la cual los poderes de administración los ejerce un sujeto, en ausencia de cualquier investidura», de modo que «el grupo se reduce a una mera fachada formal, ya que todas las decisiones están completamente determinadas por el órgano administrativo de la subsidiaria»; del mismo modo, véase también la decisión del Tribunal de Apelación (Corte di Appello) de Nápoles, de 20 de agosto de 2015. Sobre este tema, véanse las reflexiones ampliadas a la posible configurabilidad de una relación entre un *holding* de carácter personal, el grupo y el administrador de hecho, de ANGELICI, *Direzione e coordinamento: casi e questioni*, en *Giurisprudenza commerciale*, 2022, I, 967 y ss.

involucrados en el fenómeno, en las formas y modalidades necesarias para proteger, asegurando una adecuada composición, la compleja pluralidad de intereses en juego⁶¹.

En lo que respecta al persistente problema de la aplicabilidad de las normas del artículo 2497 del Código Civil italiano a un *holding* persona física, el termino literal objeto de examen ha constituido siempre el obstáculo más difícil de sortear.

Y, de hecho, la norma en cuestión utiliza, en la descripción del sujeto al que se atribuye la responsabilidad directa de la sociedad matriz por el ejercicio abusivo de la actividad de dirección y coordinación, la expresión «*societades o entidades*», lo que obligaría literalmente a limitar — tras la sustitución, en el momento de la aprobación definitiva, en el texto promulgado por el Decreto Legislativo italiano n.º 6, de 17 de enero de 2003, del pronombre «*quien*» en el inciso inicial de la disposición objeto de examen — el grupo de posibles responsables según el apartado 1 de artículo 2497 del Código Civil italiano, a entidades distintas de las personas físicas. En particular, según se especifica en el apartado 6 del artículo 19 del Decreto-Ley de 1 de julio de 2009, n.º 78 (*Decreto-Legge 1 luglio 2009, n. 78*), que constituye una norma de interpretación auténtica, la expresión utilizada se refiere a «sujetos jurídicos colectivos, distintos del Estado, que poseen la participación accionaria en el ámbito de su actividad empresarial o con fines de naturaleza económica o financiera».

Sin embargo, a pesar de la aclaración realizada por el propio legislador, no han faltado en la doctrina intentos de interpretación extensiva destinados a justificar la modificación realizada en la última revisión del texto normativo antes de su promulgación, que, por un lado, redimensionan la elección literal, relacionándola con la intención de aplicar la normativa descrita al modelo de grupo basado en el control interno y,

61 Acerca del Derecho de sociedades en general, véase CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Turín, 2003, 69 y ss.

por otro lado, reclaman la necesidad, potenciando la estructura objetiva y tipológica de la normativa, de que los socios y los acreedores de las sociedades (aunque) dirigidas externamente puedan beneficiarse, ante un mismo *fenómeno*, incluso en presencia de contratos de coordinación jerárquica, de la misma protección⁶².

De todas formas, incluso aceptando la tesis extensiva antes mencionada (que cuenta, no obstante, con numerosos detractores, quienes siguen inclinándose por una interpretación más acorde con el texto de la norma⁶³), parece indiscutible que, para que un socio persona física pueda ser calificado como *holding*, «es necesario no sólo que él tenga el control de la sociedad, sino también su autonomía empresarial (...), además del ejercicio real de una actividad de dirección y coordinación»,

62 Los argumentos brevemente mencionados sobre la aplicabilidad de las normas al *holding* persona física están respaldados por VALZER, *Le responsabilità*, op. cit., p. 201 y ss. También FIMMANÒ afirma la aplicabilidad de las normas previstas en el artículo 2497 del Código Civil italiano a un *holding* persona física, *Il fallimento del dominus abusivo ed il crepuscolo del socio tiranno*, en *ilcaso.it*, 23 de julio de 2007, 18.

63 Entre las voces contrarias, véanse GIOVANNINI, *La responsabilità, per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milán, 189 y ss., y BARACHINI, *Società unipersonali e "regole del potere"*, en *Il nuovo diritto delle società*, 2019, 1677, nota 25. Según BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2º co., c.c.*, Milán, 2012, 190 y s., nota 5, para que un socio-persona física pueda considerarse como una *holding* «no solo debe tener el control de una sociedad, sino, además, una capacidad empresarial autónoma (...), además del ejercicio real de actividades de dirección y coordinación». En este sentido, sería necesario comprobar la existencia, por parte del socio persona física, de un interés empresarial *independiente y ajeno* a la sociedad que controla. También fueron desfavorables a la admisibilidad del *holding* individual, en el sistema anterior, VELLA, *Le società holding*, op. cit., 165 y ss.; ASCARELLI, *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milán, 1949, 323; ZANELLI, *La nozione*, op. cit. 287; y GALGANO, *I gruppi*, op. cit. 53 (aunque más tarde, en sentido distinto, en GALGANO-SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società*², Zanichelli, Bologna, 2014, 59).

lo que se manifiesta en una pluralidad de acciones teleológicamente dirigidas a un interés de grupo, mediante la formulación de directrices específicas y precisas⁶⁴.

En este sentido, sería necesario comprobar la existencia, por parte del socio persona física, de un interés empresarial *independiente y ajeno* a la sociedad que controla⁶⁵.

Al definir el límite entre los dos casos (diferentes), se considera que la existencia de una supersociedad de hecho requiere una estricta demostración de la intención societaria común perseguida, que debe ser acorde y no contraria a los intereses de los socios, mientras que la circunstancia de que las sociedades individuales actúen en interés exclusivo de las personas físicas que las controlan puede constituir un indicio de la existencia de un *holding* de hecho respecto del cual el administrador, en función de la tesis en la que se base, podría ejercer una acción de responsabilidad (según el artículo 2497 del Código Civil italiano) y que podría ser sometida a liquidación judicial de manera independiente, a petición de una de las personas legitimadas para ello, si se constatare efectivamente su insolvencia.

64 Así lo define expresamente BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva", op. cit.* 189 y ss.

65 Véase la sentencia del Tribunal de Casación de 27 de enero de 2017, n.º 5520, según la cual «puede considerarse que existe un *holding* de carácter personal, constitutiva de una sociedad mercantil sujeta a quiebra, y fuente de responsabilidad directa del empresario, cuando una persona actúe en su propio nombre, buscando un resultado económico a través de la actividad realizada de manera profesional, con la organización y coordinación de los factores de producción relacionados con su grupo de empresas, siendo irrelevantes tanto la condición subjetiva del empresario como los medios de negociación utilizados para el ejercicio de la actividad empresarial».

Bibliografia

- Abriani Niccolò, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998.
- Angelici Carlo, *Direzione e coordinamento: casi e questioni*, in *Giur. comm.*, 2022, I, 951.
- Angelici Carlo, *La partecipazione azionaria nella società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XVI, Torino, 1985, 281.
- Angelici Carlo, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*², Padova, 2006.
- Angelici Carlo, *Direzione e coordinamento: casi e questioni*, in *Giur. comm.*, 2022, I, 951.
- Armour John-Hansmann Henry-Kraakmann Reinier, *Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement*, in Kraakman Reiner-Aromor John-Davies Paul-Enriques Luca-Hansmann Henry-Hertig Gerard-Hopt Klaus- Kanda Hideki-Pargendler Mariana-Ringe Wolf-Georg-Rock Edward, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*³, Oxford University Press, Oxford, 2017, 37.
- Ascarelli Tullio, *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956, I, 413.
- Ascarelli Tullio, *Ancora sul socio sovrano e sulla partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, in *Foro it.*, 1957, I, 14433.
- Ascarelli Tullio, *Saggi giuridici*, Milano, 1949.
- Barachini Francesco, *Società unipersonali e “regole del potere”*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2019, 1667.
- Bartalena Andrea *La c.d. supersocietà di fatto*, in *Società*, 2019, 1086.
- Bartalena Andrea, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da Abbadessa e Portale, 1, Torino, 2006, 97.
- Bartalena Andrea, *Società di fatto partecipata da società di capitali*, in *Riv. dott. comm.*, 2008, 316.
- Bassi Amedeo, *Le società non iscritte nel registro delle imprese tra legge fallimentare e codice civile*, in *Giur. comm.*, 2022, I, 367.
- Benedetti Lorenzo, *Le anomalie nel rapporto fra il controlling creditor e le imprese finanziarie: spunti comparatistici*, in *RDS*, 2011, 494.

- Benedetti Lorenzo, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2° co., c.c.*, Milano, 2012.
- Bigiavi Walter, *Responsabilità del socio tiranno*, in *Foro it.*, 1960, I, 1180.
- Bigiavi Walter, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1957.
- Bigiavi Walter, *Società controllata e società adoperata «come cosa propria»*, in *Giur. it.*, 1959, I, 623.
- Bigiavi Walter, *Fallimento dei soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, in *Giur. it.*, 1954, I, 691.
- Bitter Georg, *Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2000.
- Black Bernard S., *The Core Fiduciary Duties of Outside Directors*, in *Stanford Law School*, 2001, 1.
- Bonbright James C.-Bergerman Milton M., *Two rival theories of Priority rights of Security Holders in a Corporate Reorganization*, in *Columbia Law Review*, 1928, 127.
- Caprara Andrea, *I principi di corretta amministrazione. Struttura, funzioni e rimedi*, Torino, 2021.
- Cariello Vincenzo, *Art. 2497, in Società di capitali. Commentario*, a cura di Nicolini e Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, 1853.
- Cariello Vincenzo, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Riv. soc.*, 2003, 1229.
- Cary William L.-Eisenberg Melvin A., *Cases and materials on Corporations*⁷, New York, 1995.
- Cetra Antonio, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003.
- Codazzi Elisabetta, *L'ingerenza nella gestione delle società di capitali: tra "atti" e "attività". Profili in tema di responsabilità*, Milano, 2012.
- Denoza Francesco, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazione "virtuali"*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 327.
- Denoza Francesco, *A che serve il capitale?*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 585.
- Denoza Francesco, *Le funzioni distributive del capitale*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 489.
- Di Sabato Franco, *Riflessioni sparse sulla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 670.

- Drygala Tim, *Die Pflicht des Managements Zur Vermeidung existenzgefährdender Risiken*, in *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010: Unternehmen, Markt und Verantwortung*, Berlin-Boston, 2010, 541.
- Ebenroth Carsten Thomas, *Zum «Durchgriff» im Gesellschaftsrecht*, in *SchwAg*, 1985, 130.
- Ehmke David Cristoph-Gant Jennifer L.L.-Boon Jan-Langkjaer Line-Ghio Emilie, *The European Union preventive restructuring framework: A hole in one?*, in *International Insolvency Review*, 2019, 184.
- Eisenberg Melvin A., *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei fiduciari delle società nel diritto americano*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 617.
- Eisenberg Melvin A., *An Overview of the Principles of Corporate Governance*, in *The Business Lawyer*, 1993, 1271.
- Fabiani Massimo, *Le nuove regole del procedimento di estensione del fallimento del socio*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 429.
- Fauceglia Giuseppe, *Supersocietà di fatto e comune intento dei soci: dalla magia della parola alla necessaria dimostrazione di un'unica attività d'impresa*, in *Società*, 2020, 937.
- Fauceglia Giuseppe, *La liquidazione giudiziale della «supersocietà di fatto» e della società di capitali ad essa partecipante: una lettura critica*, in *Società*, 2021, 1333.
- Fimmanò Francesco, *Super-società di fatto ed abuso della personalità giuridica*, in *Il caso.it*, 2 luglio 2009, 1.
- Fimmanò Francesco, *L'estensione "inversa" del fallimento della supersocietà di fatto controllata ai soci – s.r.l. controllanti e "subornati"*, in *Società*, 2016, 453.
- Fimmanò Francesco, *La Consulta avalla il piercing the corporate veil all'italiana*, in *Giur. comm.*, 2018, II, 7.
- Fimmanò Francesco, *Abuso del diritto societario e tutela dei "creditori involontari"*, in *Gazzetta forense*, 2015, 8.
- Fimmanò Francesco, *La supersocietà di fatto tra società a responsabilità limitata alla luce del Codice della Crisi*, in *La società a responsabilità limitata: un modello transtipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, Torino, 2020, 75.

- Fimmanò Francesco, *Il fallimento del dominus abusivo ed il crepuscolo del socio tiranno*, in *Il caso.it*, 23 luglio 2007.
- Fimmanò Francesco, *Dal socio tiranno al dominus abusivo*, in *Fall.*, 2007, 419.
- Fimmanò Francesco, *Responsabilità da direzione e coordinamento ed insolvenza della società abusata*, in *Temi del nuovo diritto fallimentare*, a cura di Palmieri, Torino, 2009, 95.
- Fimmanò Francesco, *Il fallimento ascendente della supersocietà di fatto in liquidazione per subornazione delle società dominate*, in *Fall.*, 2016, 1190.
- Flannigan Robert, *Fiduciary Duties of Shareholders and Directors*, in *Journal of Business Law*, 2004, 277.
- Fleischer Holger, *Kompetenzen der Hauptversammlung – eine rechtsgeschichtliche*, in *Aktienrecht im Wandel*, Hrsg. von W. Bayer u. M. Habersack II, Tübingen, 2007, 430.
- Galgano Francesco, *I gruppi di società*, Torino, 2001.
- Galgano Francesco-Sbisà Giuseppe, *Direzione e coordinamento di società*², Bologna, 2014.
- Ghionni Crivelli Visconti Paolo, *La c.d. supersocietà tra società di capitali al primo (e parziale) vaglio della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2017, 63.
- Giovannini Stefania, *La responsabilità per attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, Milano, 2007.
- Gloger Christian, *Haftungsbeschränkung versus Gläubigerschutz in der GmbH: rechtsvergleichende Studie zum deutschen und brasilianischen Recht*, Köln-Berlin-München, 2007.
- Guerrera Fabrizio, «Compiti» e responsabilità del socio di controllo, in *RDS*, 2009, I, 506.
- Guerrera Fabrizio, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, Torino, 2004.
- Guerrera Fabrizio, *Abuso del voto e controllo “di correttezza” sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. soc.*, 2002, 181.
- Guizzi Giuseppe, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione delle s.p.a.*, Milano, 2014.
- Immenga Ulrich, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, in *Athenäum*, 1970, 443.

- Inzitari Bruno, *La vulnerabile persona giuridica*, in *Contr. e impr.*, 1985, 679.
- Irrera Maurizio, *La Società di fatto tra Società di capitali e il suo fallimento per estensione*, in *Fall.*, 2008, 1333.
- Kaplow Louis, *Rules versus Standards: an economic analysis*, in *Luke Law Journal*, 1992, 557.
- Larenz Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*⁶, Berlin, 1991.
- Libonati Berardino, *Holding e investment trust*, Milano, 1959.
- Lutter Marcus, *Die Treuepflicht des Aktionärs*, in *ZHR*, 1989, 452.
- Lutter Marcus-Banerjea Nikhil Ranjan, *Die Haftung wegen Existenzvernichtung*, in *ZGR*, 2003, 402.
- Maier Arno, *Der Grundsatz der Kapitalerhaltung und die Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung im deutschen und amerikanischen Gesellschaftsrecht*, Frankfurt am Main, 1986.
- Mazzoni Alberto, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 813.
- Mazzoni Alberto, *L'impresa tra diritto ed economia*, in *Riv. soc.*, 2008, 649.
- Mazzoni Alberto, *Le lettere di patronage*, Milano, 1986.
- Merkt Hanno-Spindler Gerard, *Fallgruppen der Durchgriffshaftung und verwandte Rechtsfiguren*, in Lutter (Ed.), *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa*, Berlin, 2006, 208.
- Mirone Aurelio, *Art. 2361*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, I, Napoli, 2004, 412.
- Montalenti Paolo, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *La riforma del diritto societario*, Atti del Convegno di Courmayeur, 27-28 settembre 2002, Milano, 2003, 65.
- Mucciarelli Guido Paolo, «Holdings», *società finanziarie e articolo 19 della legge 7 giugno 1974, n. 214*, in *Riv. soc.*, 1985, 895.
- Nigro Alessandro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, 9, Torino, 1993, 372.
- Nirk Rudolf, *Zur Rechtsfolgende der Durchgriffshaftung*, in *Festschrift für W. Stimpel*, Berlin-New York, 1985, 450.

- Palmieri Gianmaria, *Partecipazione di società di capitali in società di persone e "supersocietà di fatto" nel diritto societario della crisi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2023, I, 139.
- Panzani Luciano, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, 1477.
- Pavone La Rosa Antonio, *La teoria dell'«imprenditore occulto» nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 623.
- Pavone La Rosa Antonio, *L'insolvenza nelle aggregazioni societarie*, in *Dir. fall.*, 1987, I, 513.
- Portale Giuseppe Benedetto, *Il superamento della personalità giuridica*, in *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2007.
- Portale Giuseppe Benedetto, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, 1, II, Torino, 2004, 3.
- Portale Giuseppe Benedetto, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, 3.
- Portale Giuseppe Benedetto, *Lezioni di diritto privato comparato*², Torino, 2007.
- Preite Disiano, *Abuso di maggioranza e conflitto di interesse del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da Colombo e Portale, 3, II, Torino, 1993.
- Raiser Thomas, § 13, *Rdn.* 51, in *GmbHG-Großkommentar*, Hrsg. v. P. Ulmer, M. Habersack u. (in der Nachfolge v. M. Winter) M. Löbbe, *Band I*, Tübingen, 2016, 410.
- Raiser Thomas-Rüdiger Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*⁶, Berlin, 2015.
- Rehbinder Eckard, *Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht*, in *Festschrift für R. Fischer*, Berlin-New York, 1979, 579.
- Rescigno Matteo, *Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione*, in *Società*, 2003, 331.
- Santosuosso Daniele Umberto, *Il nuovo diritto societario: i principi della legge delega e le linee guida della riforma: decreti legislativi 5 e 6 del 2003*, Milano, 2003.
- Schanze Ähnlich, *Gesellschafterhaftung für unlautere Einflussnahme nach § 826 BGB: Die Trihotel-Doktrin des BGH*, in *NZG*, 2007, 681.

- Schmidt Karsten, *Gesellschaftsrecht*, Cologne, 2017.
- Schmidt Dominique, *La responsabilité civile dans les relations de groupe de sociétés*, in *Revue des sociétés*, 1981, 735.
- Scognamiglio Giuliana, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità da direzione e coordinamento*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 947.
- Serik Rolf, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, Tübingen, 1955.
- Siebert Oliver, *Die Durchgriffshaftung in englischen und deutschen Recht. Das Konzept der juristischen Person und seine Grenzen*, Frankfurt am Main, 2005.
- Siegel Mary, *Fiduciary duty myths in close Corporation Law*, in *Delaware Journal of Corporate Law*, 2005, 377.
- Sparkman Allen, *Will Your Veil Be Pierced? How Strong Is Your Entity's Liability Shield? — Piercing the Veil, Alter Ego, Ego, and Other Bases for Holding an Owner Liable for Debts of an Entity*, in *Hastings Business Law Journal*, 2016, 349.
- Stella Richter Mario jr, *“Trasferimento del controllo” e rapporti tra soci*, Milano, 1996.
- Stimpel Walter, *«Durchgriffshaftung» bei der GmbH: Tatbestände, Verlustausgleich, Ausfallhaftung*, in *Festschrift zum 65. Geburtstag von Goerdeler*, Düsseldorf, 1987, 600.
- Thompson Robert B., *Piercing the corporate veil: an empirical study*, in *Cornell Law Review*, 1991, 1036.
- Tina Andrea, *Le pattuizioni sulla governance*, in *Le acquisizioni societarie*, a cura di Irrera, Bologna, 2011, 461.
- Tombari Umberto, *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 61.
- Tonello Matteo, *La dottrina del piercing the corporate veil nell'americana corporate law*, in *Contr. e impr.*, 1998, 165.
- Ulmer Peter, *Gesellschafterpflicht zur Erhaltung des satzungsmäßigen Haftungsfonds in GmbH?*, in *ZGR*, 1985, 598.
- Valzer Amedeo, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Torino, 2011.

- Valzer Amedeo, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campo-basso* diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, 831.
- Vella Francesco, *Le società holding*, Milano, 1993.
- Verrucoli Piero, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella «common law» e nella «civil law»*, Milano, 1964.
- Voigt Christoph, *Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesetz (§§ 117, 309, 317)*, München, 2004.
- Wiedemann Herbert, *Minderheitenschutz und Aktienhandel. Eine rechtsvergleichende Studie zum amerikanischen und deutschen Gesellschaftsrecht*, Stuttgart, 1968.
- Wiedemann Herbert, *Zu den Treuepflichten in Gesellschaftsrecht*, in *Festschrift für Theodor Heinsius*, Berlin-New York, 1991, 949.
- Winter Martin, *Mitgliedschaftliche Treubindungen in GmbH-Recht*, München, 1988.
- Zanelli Enrico, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962.
- Zorzi Nadia, *L'abuso della personalità giuridica. Tecniche sanzionatorie a confronto*, Padova, 2002.

Abuso de la pantalla societaria: el problema de la superación de la personalidad jurídica y la identificación del beneficiario final como resultado de la actividad económica.

Por: Paulina Morfín Cedeño¹

Escuela Libre de Derecho

"La integridad no es solo una virtud personal, sino un pilar fundamental para la reputación y el éxito de una empresa".

Azim Premji

Resumen: El término "abuso de la pantalla societaria" se refiere al mal uso que se le pretende dar a una estructura corporativa o empresarial para ocultar la verdadera identidad de los propietarios o beneficiarios de una empresa. Esta práctica a menudo se utiliza por los individuos para evadir el pago de impuestos, blanquear recursos de procedencia ilícita, financiar actos terroristas, cometer fraudes o realizar multiplicidad de actividades ilícitas manteniendo el anonimato de los verdaderos dueños de una empresa o de quienes en última instancia obtienen los beneficios de la actividad económica. El uso ilegal de la estructura corporativa o empresarial puede tener graves consecuencias tanto para la empresa involucrada como para la sociedad en general. En el presente trabajo se resalta la importancia y necesidad de que los países y los diversos vehículos corporativos establezcan controles o medidas preventivas

- 1 Doctora en Derecho por la Universidad Panamericana. Maestra en Derecho, Economía y Políticas Públicas por la Universidad Complutense en conjunto con el Instituto Universitario Ortega y Gasset en Madrid, España. Maestra en Ciencias Jurídicas por la Universidad Panamericana. Abogada egresada de la Escuela Libre de Derecho. Profesora titular de la Escuela Libre de Derecho.

que impidan el mal uso de la pantalla societaria y fomenten la transparencia y ética empresarial.

Palabras Clave: *Pantalla societaria, abuso de estructuras corporativas, beneficiario final, propietario real, beneficiario controlador, prevención de delitos cometidos por personas morales, controles preventivos de delitos, implementación de mitigantes con enfoque basado en riesgos, transparencia, ética empresarial, debida diligencia del socio o accionista, registro de propietarios reales, buen gobierno corporativo, acceso a la información.*

Riassunto: Il termine "abuso dello schermo societario" si riferisce all'uso improprio di una struttura imprenditoriale o societaria al fine di nascondere la vera identità dei proprietari o beneficiari di un'impresa. Questa pratica è spesso utilizzata dalle persone per evitare il pagamento delle tasse, riciclare risorse di provenienza illecita, finanziare atti terroristici, commettere frodi o svolgere una serie di attività illecite mantenendo l'anonimato dei veri proprietari di un'impresa o di coloro che alla fine traggono vantaggio dall'attività economica. L'uso illegale della struttura imprenditoriale o societaria può avere gravi conseguenze sia per l'impresa coinvolta che per la società nel suo complesso. In questo lavoro si sottolineano l'importanza e la necessità che i paesi e le diverse entità imprenditoriali istituiscano controlli o misure preventive per impedire l'abuso dello schermo societario e promuovere la trasparenza e l'etica imprenditoriale.

Parole Chiave: Schermo societario, abuso delle strutture societarie, beneficiario finale, proprietario reale, prevenzione dei reati commessi da persone giuridiche, controlli preventivi dei reati, implementazione di fattori mitiganti basati sul rischio, trasparenza, etica imprenditoriale, dovuta diligenza del socio o azionista, registrazione dei proprietari effettivi, buon governo d'impresa, accesso alle informazioni.

Abstract: *The term "abuse of the corporate veil" refers to the misuse of a corporate or business structure to conceal the true identity of the owners or beneficiaries of a company. This practice is often used by individuals to evade taxes, launder illicit funds, finance terrorist activities, commit fraud, or engage in various illicit activities while maintaining the anonymity of the real owners of a company or those who ultimately benefit from the economic activity. The illegal use of the corporate or business structure can have serious consequences both for the company involved and for society. This paper emphasizes the importance and necessity for countries and corporate vehicles to establish controls or preventive measures to prevent the misuse of the corporate veil and promote transparency and business ethics.*

Keywords: *Corporate veil, abuse of corporate structures, ultimate beneficial owner, real owner, prevention of crimes committed by legal entities, crime preventive controls, implementation of risk-based mitigants, transparency, business ethics, due diligence of partners or shareholders, real owner's registry, corporate governance, access to information.*

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Contexto internacional. 3.- Contexto nacional. 4.- Implementación de Medidas para evitar el abuso de la pantalla societaria. 4.1.- Jurisdicción internacional. 4.2.- Entes mercantiles. 5.- Conclusiones.

1.- Introducción:

La complejidad en la perpetración de delitos implica que los individuos que pretenden blanquear recursos ilícitos² o destinarlos a la comisión de actos delictivos, tengan que recurrir al uso de entidades mercantiles constituidas bajo diversas modalidades y con variados objetos sociales, pudiendo tales sociedades, sus socios o accionistas, así como sus administradores o miembros del Consejo de Administración, verse implicados en la comisión de ilícitos, teniendo que responder, en algunos casos, penal e incluso personalmente.

Lo anterior, aunado a la sofisticación de los métodos de comercialización de bienes y servicios, así como a la implementación de innovaciones tecnológicas, ha ampliado el horizonte delictivo eludiendo fronteras territoriales convencionales, lo que ha tenido como corolario que la realización de los ilícitos adquiera dimensión transnacional, afectando intereses y jurisdicciones a escala global.

- 2 El lavado de dinero o blanqueo de activos es el proceso mediante el cual busca encubrirse u ocultarse el origen de fondos o recursos obtenidos mediante actividades ilícitas (tráfico de armas, personas u órganos, narcotráfico, secuestro, extorsión, corrupción y defraudación fiscal, además de otras), con finalidad de que tales recursos se introduzcan en la economía formal y parezcan como producto de actividades lícitas. El tipo penal en México es conocido como delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita y se encuentra tipificado en el artículo 400 Bis del Código Penal Federal.

Esta realidad ha catalizado que emerja un paradigma cooperativo internacional, en el que los países, de manera organizada y conjunta, mediante organizaciones supranacionales y tratados o acuerdos multilaterales busquen desarrollar estrategias a fin de prevenir, identificar, combatir y sancionar las actividades que los delincuentes llevan a cabo rebasando las fronteras de los países, utilizando no solamente al sistema financiero sino diversos vehículos legales para dar apariencia de legalidad a los recursos que obtienen con motivo de las actividades ilícitas que realizan.

Este enfoque multinivel evidencia la necesidad de un régimen jurídico robusto y transfronterizo, y pone de relieve la imperante exigencia de una armonización normativa que permita la efectiva administración de justicia en este complejo entramado financiero internacional.

Así, el presente artículo enfatiza la imperiosa necesidad de que las naciones, en conjunto con entidades mercantiles, implementen mecanismos de control y medidas preventivas para evitar el uso indebido de estructuras societarias como vehículos para la perpetración de delitos, lo que se articulará en diferentes secciones, comenzando con un enfoque en la perspectiva internacional respecto a la identificación de los beneficiarios efectivos o "*beneficial owners*"³, seguido de un examen del marco legal y reglamentario en la jurisdicción mexicana en lo que concierne a la implementación de controles preventivos de los propietarios reales o beneficiarios controladores, para culminar proponiendo un compendio de medidas preventivas mínimas que deberían ser adoptadas para mitigar los riesgos asociados al uso de la pantalla societaria para la comisión de delitos.

3 Para los efectos de este trabajo se consideran sinónimos los siguientes términos: beneficiario final, beneficiario real, beneficiario controlador, último beneficiario, titular beneficiario efectivo, propietario real, titular de control y controlador efectivo.

Este planteamiento tiene como finalidad subrayar la urgencia de establecer un sistema efectivo de vigilancia y control y resaltar la relevancia de una coordinación interjurisdiccional y multisectorial que permita una actuación sinérgica en el combate y sanción de estas prácticas ilícitas a nivel global.

2.- Contexto internacional:

Los sujetos del derecho son entes a los que el ordenamiento jurídico reconoce la capacidad de ser titulares de derechos y obligaciones.

Así, existen personas físicas y personas morales. Las primeras son seres humanos y las segundas son entidades que no tienen existencia material, pero ambas pueden llevar a cabo actos jurídicos y ser titulares de derechos y obligaciones.

La diferencia entre unas y otras estriba en que, mientras las personas físicas son seres identificables plenamente que cuentan con capacidad para contratar utilizando su patrimonio, las personas morales son creadas por personas físicas o por otras personas morales que, cumpliendo diversos requisitos normativos, constituyen un ente ficticio autónomo de quienes lo constituyeron, con su propia identidad, personalidad jurídica y patrimonio. De esta forma, quienes manifestaron su voluntad para la creación del ente ficticio, quedan ocultos o escondidos detrás de una pantalla que los protege al reconocerle al ente constituido independencia y abstracción.

Es precisamente esta pantalla la que permite ocultar la identidad de quienes reciben en última instancia los beneficios de la creación de un ente ficticio, el que opera de forma limitada constreñido a la ejecución del objeto social que fue determinado por quienes lo crearon.

Las personas morales son la base de la mayoría de las actividades comerciales y emprendedoras en las economías basadas en el mercado, y han contribuido inmensamente a la prosperidad y globalización que se han producido durante el último siglo.

Hoy en día, flujos de capital privado, ideas, tecnología, bienes y servicios involucran a los vehículos corporativos en prácticamente todos los niveles y, aunque tales entes desempeñen un papel esencial en el sistema económico global, estas entidades pueden, bajo ciertas condiciones, ser utilizadas de manera indebida para fines ilícitos, incluyendo la ejecución de actividades vinculadas al lavado de dinero, la entrega de sobornos y/o la comisión de actos de corrupción, el ocultamiento de activos frente a acreedores, la implementación de prácticas fiscales ilegales, y otras formas de comportamiento ilícito.

Por ello, aunque los vehículos corporativos (sociedades mercantiles, asociaciones, fundaciones fideicomisos y otro tipo de estructuras jurídicas) efectúen diversas actividades comerciales, más allá de las actividades lícitas que desempeñan en la economía mundial, bajo ciertos escenarios, han sido utilizados por los delincuentes para disfrazar actividades contrarias a la ley⁴.

La experiencia internacional ha demostrado que quienes pretenden utilizar un vehículo corporativo de forma ilegal para obtener beneficios y esconderse detrás de la pantalla societaria, lo constituyen en países en los que existe un marco normativo con leyes de secrecía que impiden identificar a quienes sean los beneficiarios finales de las personas jurídicas y/o a quienes ejerzan el control de las mismas, esto es, aquellas personas titulares de más del 50% (cincuenta por ciento) de acciones representativas o de partes sociales del capital del ente ficticio, o de los derechos corporativos o de voto respecto de las mismas, quienes puedan imponer decisiones en el órgano máximo deliberatorio de dicho ente (asamblea de accionistas o junta de socios), quienes tengan la facultad de elegir a la mayoría las personas que lo administran o aquellas personas que de facto lo dirijan.

4 <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/guidance/GA-FILAT-Best-Practices-Beneficial-Ownership-Legal-Persons.pdf.coredownload.inline.pdf>, consultado el 16 de julio del 2023.

Cualquier jurisdicción que permita a los individuos ocultar exitosamente su identidad detrás de un vehículo corporativo limita la capacidad de las autoridades para obtener y compartir información sobre los dueños beneficiarios y respecto de quienes ejercen el control, aumentando la vulnerabilidad de los vehículos corporativos al mal uso.

Algunas jurisdicciones todavía permiten que el uso de herramientas que oscurecen la propiedad beneficiaria y el control, ya que contemplan la existencia de acciones al portador⁵ y de accionistas o de directores *nominee*⁶, sin contar con mecanismos efectivos que permitirían a las autoridades identificar a los verdaderos propietarios y a quienes ejercen el control en las entidades cuando sospechan respecto de la existencia de alguna actividad ilegal, y establecen normas robustas en materia de secrecía que protegen la anonimía.

- 5 Las acciones al portador son instrumentos negociables que otorgan la propiedad de un ente mercantil a la persona que posee el certificado o título de la acción al portador, esto es, la persona que tiene la posesión física del certificado de la acción al portador se considera el accionista legítimo del ente que emitió dicha acción al portador y tiene derechos de accionista (corporativos y económicos). Las acciones al portador no contienen el nombre del accionista y no están registradas y se transfieren mediante la entrega del certificado o título de la acción, mientras que las acciones nominativas sí cuentan con el nombre del accionista y se transfieren mediante endoso. Las acciones al portador proporcionan un alto nivel de anonimato y facilidad de transmisión.
- 6 Un *Nominee* es una persona que se puede nombrar miembro del órgano de administración, director, accionista o socio en una empresa, quien puede ser persona física o jurídica. El *Nominee* no tiene poder alguno en absoluto sobre la empresa, al menos que el beneficiario final se lo indique. Algunas de las jurisdicciones que permiten la existencia de dicha figura son el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (*Companies Act 2006*); Islas Vírgenes Británicas (*BVI Business Companies Act*) y Panamá (Código de Comercio y Ley de Sociedades Anónimas), además de otras.

Quienes cometen actos delictivos abusando de la pantalla societaria frecuentemente emplean una cadena de vehículos corporativos, cada uno establecido en una jurisdicción diferente (particularmente en aquellas en las no se cuenta con información sobre la propiedad beneficiaria, no se puede obtener fácilmente o no se puede compartir), para maximizar el anonimato y hacer que sea complejo que la autoridad rastree la propiedad beneficiaria.

Desde julio de 1989 en el seno del Grupo de los Siete (G7) se creó un organismo internacional denominado *Financial Action Task Force* o Grupo de Acción Financiera (“GAFI”)⁷ que estableció y perfeccionó una serie de recomendaciones⁸ para prevenir y detectar, tanto el blanqueo

7 *“GAFI es el organismo de control mundial del lavado de dinero y del financiamiento del terrorismo. Dicho organismo intergubernamental establece normas internacionales que tienen como objetivo prevenir estas actividades ilegales y el daño que causan a la sociedad. Como órgano de formulación de políticas, GAFI trabaja para generar la voluntad política necesaria para lograr reformas legislativas y regulatorias nacionales en estas áreas. Cuenta con más de 200 países y jurisdicciones comprometidos a implementarlos. GAFI ha desarrollado las “Recomendaciones del GAFI”, o “Estándares del GAFI”, que aseguran una respuesta global coordinada para prevenir el crimen organizado, la corrupción y el terrorismo y sirven de apoyo para que las autoridades puedan perseguir el rastro del dinero de los delincuentes que trafican con drogas ilegales, tratan personas y cometen otros delitos. GAFI también trabaja para detener el financiamiento de armas de destrucción masiva. GAFI revisa las técnicas de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, y fortalece continuamente sus estándares para abordar nuevos riesgos, como la regulación de los activos virtuales, que se han extendido a medida que las criptomonedas ganan popularidad. GAFI monitorea a los países para asegurarse de que implementen los Estándares del GAFI de manera completa y efectiva, y responsabiliza a los países que las incumplan.” Financial Action Task Force, <https://www.fatf-gafi.org/>, consultado el 10 de julio del 2023.*

8 Las recomendaciones emitidas por GAFI han tenido diversas modificaciones desde su origen. El documento más reciente abarca 40 recomendaciones *Financial Action Task Force Recommendations*, <https://www.fatf-gafi.org/>

de capitales⁹, como el terrorismo¹⁰ y su financiamiento¹¹ y, hace algunos años, el financiamiento relacionado con la proliferación de armas de destrucción masiva, las cuales constituyen el estándar mínimo a nivel internacional que deben cumplir los países para prevenir y combatir de manera eficiente la comisión de dichos ilícitos.

Como parte de las recomendaciones emitidas por GAFI¹² se señaló que los países deben contar con medidas para la transparencia de las

[publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html](https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html), consultado el 11 de julio del 2023.

9 Para los efectos de este trabajo se consideran sinónimos los siguientes términos: operaciones con recursos de procedencia ilícita, lavado de dinero y blanqueo de capitales, de dinero, de activos o de recursos.

10 El terrorismo consiste en la realización de cualquier acto que pretenda provocar alarma, temor o terror en la población o en un grupo de ella para atentar contra la seguridad nacional o presionar a la autoridad a adoptar alguna decisión o determinación. En México dicho delito se encuentra tipificado en el artículo 139 del Código Penal Federal.

11 El financiamiento al terrorismo es la aportación o recaudación de recursos o fondos económicos para la comisión de actos terroristas. Véase artículo 139 Quater del Código Penal Federal.

12 Recomendación 24 de GAFI: Transparencia y beneficiario final de las personas jurídicas.

“Los países deben evaluar los riesgos de uso indebido de las personas jurídicas para el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo, y adoptar medidas para prevenir su uso indebido. Los países deben asegurar que exista información adecuada, precisa y actualizada sobre el beneficiario final y el control de las personas jurídicas, que las autoridades competentes puedan obtener o a la que puedan tener acceso de manera rápida y eficiente, a través de un registro de beneficiario final o un mecanismo alternativo. Los países no deben permitir que las personas jurídicas emitan acciones al portador o certificados de acciones al portador nuevos, y tomar medidas para evitar el uso indebido de acciones al portador y certificados de acciones al portador existentes. Los países, deben tomar medidas eficaces para asegurar que las acciones y los directores nominales no sean utilizados indebidamente para el lavado de ac-

personas jurídicas y de otros vehículos legales y evaluar los riesgos de su uso indebido para la comisión de delitos, así como adoptar mecanismos para prevenir su uso ilegal y asegurarse que exista información adecuada, precisa y actualizada sobre el beneficiario final y de quien ejerce el control de las personas jurídicas y de otros vehículos legales, así como que las autoridades puedan obtener o puedan tener acceso de forma ágil y eficiente a dicha información través de un registro o de medidas alternativas y, específicamente, señala que no deben existir acciones y/o certificados al portador.

La transparencia de las personas jurídicas es un principio legal que postula la necesidad de brindar un acceso claro y completo a información pertinente relativa a la estructura, operaciones y actividades financieras de un ente mercantil. Este principio se encuentra intrínsecamente vinculado con el gobierno corporativo y es fundamental para

tivos o el financiamiento del terrorismo. Los países deben considerar facilitar el acceso a la información sobre el beneficiario final y el control por las instituciones financieras y las APNFD que ejecutan los requisitos plasmados en las Recomendaciones 10 y 22.” <https://www.gafilat.org/index.php/en/las-40-recomendaciones>, consultado el 6 de enero del 2024.

Recomendación 25 de GAFI: Transparencia y beneficiario final de otras estructuras jurídicas.

“Los países deben evaluar los riesgos para prevenir el uso indebido de otras estructuras jurídicas para el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo y tomar medidas para evitar su uso indebido. En particular, los países deben asegurar que exista información adecuada, precisa y actualizada sobre los fideicomisos expresos y otras estructuras jurídicas similares, incluyendo información sobre el fideicomitente(s), fideicomisario(s) y el beneficiario(s), que las autoridades competentes puedan obtener o a la que puedan tener acceso de manera oportuna/rápida y eficientemente. Los países deben considerar el facilitar el acceso a la información sobre el beneficiario final y el control por las instituciones financieras y las APNFD que ejecutan los requisitos establecidos en las Recomendaciones 10 y 22.” <https://www.gafilat.org/index.php/en/las-40-recomendaciones>, consultado el 6 de enero del 2024.

la prevención de la corrupción, el combate a la delincuencia financiera, incluida la legitimación de capitales o lavado de dinero, y el financiamiento al terrorismo, así como la promoción de la competencia leal en los mercados.

Desde una óptica jurídica más sofisticada, la transparencia de las personas jurídicas es un pilar del "*ius cogens*" en el derecho mercantil y financiero internacional, que fomenta la existencia de un marco normativo que exija la divulgación de información que incluya la identificación de los beneficiarios efectivos o "*beneficial owners*", su estructura accionaria, los estados financieros auditados y las operaciones significativas en las que se involucre la entidad.

Esta transparencia no solo es necesaria para el escrutinio de las autoridades reguladoras y fiscales, sino también reviste importancia para otros actores del ecosistema empresarial y financiero, tales como inversionistas, acreedores y, en general, cualquier tercero con un interés legítimo en la entidad. Su aplicación efectiva puede materializarse a través de diferentes mecanismos, que van desde el registro público de información relevante hasta la adopción de tecnologías más avanzadas como *blockchain*¹³ para garantizar la integridad y verificabilidad de los datos registrados.

Como parte de la transparencia de las personas jurídicas se incluye el concepto de beneficiario efectivo o "*beneficial owner*" como uno de los pilares más críticos en el moderno marco normativo dirigido a combatir la delincuencia financiera.

13 Cadena de bloques o *blockchain* en inglés, consiste en una base de datos compartida o distribuida en la que la información registrada se almacena en bloques ligados entre sí criptográficamente y es validada de forma descentralizada a través de un protocolo común. Es una forma de almacenar información de forma segura, con mayor trazabilidad y accesibilidad.

Al respecto se han desarrollado diversas guías o estándares¹⁴ por parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y el propio GAFI para la identificación del beneficiario final, entendido como tal a:

“... la(s) persona(s) natural(es) que finalmente posee(n) o controla(n) a un cliente y/o la persona natural en cuyo nombre se realiza una transacción. Incluye también a las personas físicas que ejercen el control efectivo final sobre una persona jurídica u otra estructura jurídica. Solo una persona física puede ser beneficiario final, y más de una persona física puede ser beneficiario final de una determinada persona jurídica. En el contexto de las estructuras jurídicas, el beneficiario final incluye: (i) el fideicomitente; (ii) el(los) fideicomisario(s); (iii) el protector(es) (si los hay); (iv) cada beneficiario, o en su caso, la clase de beneficiarios y objetos de un poder; y, (v) cualquier otra persona física que ejerza el control efectivo final sobre el acuerdo. En el caso de una estructura jurídica similar a un fideicomiso expreso, el beneficiario final se refiere a persona(s) que ocupa(n) un cargo equivalente a los mencionados anteriormente. Cuando el fideicomisario y cualquier otra parte de la estructura jurídica es una persona jurídica, se debe identificar al beneficiario final de dicha persona”¹⁵

Los países han implementado gran variedad de mecanismos para prevenir y combatir el mal uso de vehículos corporativos con fines ilícitos mediante la obtención de información respecto del beneficiario fi-

14 https://www.oecd.org/ctp/treaties/BENOWNMLL_vanBladel.pdf, consultado el 18 de julio del 2023; <https://www.oecd.org/tax/transparency/beneficial-ownership-toolkit.pdf>, consultado el 22 de julio del 2023; <https://www.oecd.org/ctp/treaties/47643872.pdf>, consultado el 23 de julio del 2023; <https://pubdocs.worldbank.org/en/734641611672284678/Beneficial-Ownership-Transparency.pdf>, consultado el 2 de agosto del 2023; y, <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/guidance/Guidance-transparency-beneficial-ownership.pdf.coredownload.pdf>, consultado el 2 de agosto del 2023.

15 Beneficiario final. Glosario de las 4^o Recomendaciones de GAFI. <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/publicaciones-web/4581-recomendaciones-metodologia-act-jul2023/file>, consultado el 06 de agosto del 2023.

nal y de quienes los controlan cuando se han constituido en sus jurisdicciones, con la finalidad de analizar dicha información ante la sospecha de una actividad ilícita y de compartirla cuando sea requerida por otras autoridades nacionales o extranjeras. Incluso algunos países requieren que se actualice dicha información cuando ocurran cambios y permiten a la autoridad acceso a dichos registros con el propósito de cumplir sus funciones supervisoras.

3.- Contexto nacional:

Originalmente los conceptos de transparencia de las personas jurídicas e identificación del beneficiario final se enmarcaban principalmente en el ámbito del sistema financiero, vinculados a disposiciones relacionadas con el establecimiento de controles preventivos de los delitos previstos en los artículos 139 o 148 Bis del Código Penal Federal (“CPF”), o que pudieran ubicarse en los supuestos del artículo 400 Bis del mismo Código, a efecto de que las entidades integrantes del sistema financiero identificaran y conocieran a la persona que, en última instancia, recibiera los beneficios de una operación¹⁶, esto es, el “*propietario real*”.

16 De conformidad con la fracción XVIII de la segunda de las Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito el Propietario Real es “...*aquella persona que, por medio de otra o de cualquier acto o mecanismo, obtiene los beneficios derivados de una cuenta, contrato u Operación y es quien, en última instancia, ejerce los derechos de uso, disfrute, aprovechamiento o disposición de los recursos, esto es, como el verdadero dueño de los recursos. El término Propietario Real también comprende a aquella persona o grupo de personas que ejerzan el Control sobre una persona moral, así como, en su caso, a las personas que puedan instruir o determinar, para beneficio económico propio, los actos susceptibles de realizarse a través de fideicomisos, mandatos o comisiones...*” Publicadas en el Diario Oficial de la Federación (“DOF”) el 20 de abril del 2009.

Lo anterior aconteció como parte de la implementación de las Recomendaciones del GAFI en México, quien ingresó como miembro de pleno de derecho al citado organismo internacional en el 2000¹⁷, y asumió los compromisos de aplicar, en la medida en que su legislación nacional lo permitiera, las citadas recomendaciones.

Posteriormente, el concepto de beneficiario final dio un salto cualitativo en 2012 con la promulgación de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (“LFPIORPI”) coloquialmente conocida como Ley Antilavado, toda vez que el término se expandió para abarcar a “beneficiarios controladores”¹⁸,

17 Desde esa fecha nuestro país ha estado sujeto a diversos procesos de evaluación mutua respecto de la efectividad en la implementación de los controles previstos en las multicitadas recomendaciones; los resultados de la “Cuarta Ronda de Evaluación Mutua” practicada durante febrero y marzo del 2017; son públicos, y es posible consultarlos en la página de Internet del organismo internacional. *Mutual Evaluation Report of Mexico*, <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/MER-Mexico-2018.pdf>, consultado el 14 de julio del 2023.

18 De conformidad con la fracción III del artículo 3 de la LFPIORPI el Beneficiario Controlador es “... la persona o grupo de personas que: a) Por medio de otra o de cualquier acto, obtiene el beneficio derivado de éstos y es quien, en última instancia, ejerce los derechos de uso, goce, disfrute, aprovechamiento o disposición de un bien o servicio, o b) Ejerce el control de aquella persona moral que, en su carácter de cliente o usuario, lleve a cabo actos u operaciones con quien realice Actividades Vulnerables, así como las personas por cuenta de quienes celebra alguno de ellos. Se entiende que una persona o grupo de personas controla a una persona moral cuando, a través de la titularidad de valores, por contrato o de cualquier otro acto, puede: i) Imponer, directa o indirectamente, decisiones en las asambleas generales de accionistas, socios u órganos equivalentes, o nombrar o destituir a la mayoría de los consejeros, administradores o sus equivalentes; ii) Mantener la titularidad de los derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital social, o iii) Dirigir, directa o indirectamente, la administración, la estrategia o las principales políticas de la misma.” Publicada en el DOF el 17 de octubre del 2012.

que es una figura más extensa y sofisticada, englobando una multiplicidad de actividades vulnerables¹⁹ obligadas a llevar a cabo el respectivo escrutinio para identificarlos y conocerlos.

- 19 En términos del artículo 17 de la LFPIORPI son Actividades Vulnerables las siguientes: *(i)* actividades vinculadas a la práctica de juegos con apuesta, concursos o sorteos; *(ii)* la emisión o comercialización, habitual o profesional, de tarjetas de servicios, de crédito, de tarjetas prepagadas y de todas aquellas que constituyan instrumentos de almacenamiento de valor monetario, que no sean emitidas o comercializadas por entidades financieras; *(iii)* la emisión y comercialización habitual o profesional de cheques de viajero, distinta a la realizada por las entidades financieras; *(iv)* el ofrecimiento habitual o profesional de operaciones de mutuo o de garantía o de otorgamiento de préstamos o créditos, con o sin garantía, por parte de sujetos distintos a las entidades financieras; *(v)* la prestación habitual o profesional de servicios de construcción o desarrollo de bienes inmuebles o de intermediación en la transmisión de la propiedad o constitución de derechos sobre dichos bienes; *(vi)* la comercialización o intermediación habitual o profesional de metales preciosos, piedras preciosas, joyas o relojes, en las que se involucren operaciones de compra o venta de dichos bienes; *(vii)* la subasta o comercialización habitual o profesional de obras de arte; *(viii)* la comercialización o distribución habitual profesional de vehículos, nuevos o usados, ya sean aéreos, marítimos o terrestres; *(ix)* la prestación habitual o profesional de servicios de blindaje de vehículos terrestres, nuevos o usados, así como de bienes inmuebles; *(x)* la prestación habitual o profesional de servicios de traslado o custodia de dinero o valores, con excepción de aquellos en los que intervenga el Banco de México y las instituciones dedicadas al depósito de valores; *(xi)* la prestación de servicios profesionales, de manera independiente, sin que medie relación laboral con el cliente respectivo, en aquellos casos en los que se prepare para un cliente o se lleven a cabo en nombre y representación del cliente cualquiera de las siguientes operaciones: compraventa de bienes inmuebles o la cesión de derechos sobre estos; administración y manejo de recursos, valores o cualquier otro activo de sus clientes; manejo de cuentas bancarias, de ahorro o de valores; organización de aportaciones de capital o cualquier otro tipo de recursos para la constitución, operación y administración de sociedades mercanti-

Asimismo, en cumplimiento a los compromisos adquiridos por México con GAFI, el 14 de junio del 2018 se publicó en el DOF decreto por el que se adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles (“LGSM”) con la finalidad de dar transparencia a las sociedades mercantiles, particularmente a las sociedades de responsabilidad limitada y a las sociedades anónimas, toda vez que dichos entes tenían la obligación de llevar libros o registros especiales en los que se identificaran a los titulares de las partes sociales o acciones representativas de su capital social y se inscribieran todas y cada una de las transmisiones que se efectúen, sin embargo el contenido de dichos registros corporativos únicamente era conocido por la sociedad que los hubiera elaborado.

Por ello, se adicionó a los artículos 73 y 128 de la LGSM, que regulan a las sociedades de responsabilidad limitada y a las sociedades anónimas, respectivamente, la obligación de publicar en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía²⁰ la información que conste en tales libros o registros, eso es el nombre, la nacionalidad y el domicilio del socio o accionista, precisando que dicha información puede ser solicitada por autoridades judiciales o administrativas en el ejercicio de sus atribuciones en términos de la legislación correspondiente.

les, o constitución, escisión, fusión, operación y administración de personas morales o vehículos corporativos, incluido el fideicomiso y la compra o venta de entidades mercantiles; (xii) la prestación de servicios de fe pública, en ciertos casos; (xiii) la recepción de donativos, por parte de las asociaciones y sociedades sin fines de lucro; (xiv) la prestación de servicios de comercio exterior como agente o apoderado aduanal; (xv) la constitución de derechos personales de uso o goce de bienes inmuebles por cierto valor; (xvi) el ofrecimiento habitual y profesional de intercambio de activos virtuales por parte de sujetos distintos a las entidades financieras, que se lleven a cabo a través de plataformas electrónicas, digitales o similares.

20 Sistema Electrónico de Publicaciones de Sociedades Mercantiles de la Secretaría de Economía: <https://psm.economia.gob.mx/PSM/>, consultado el 06 de enero del 2024.

El 12 de noviembre del 2021 se publicó en el DOF una reforma al Código Fiscal de la Federación (“CFF”) efectiva a partir del 01 de enero del 2022, en la que se incorporó el concepto del “beneficiario controlador” con motivo de las multicitadas recomendaciones del GAFI y en cumplimiento de compromisos internacionales (Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales) con el objetivo primordial de robustecer el marco regulatorio en México en torno a la evasión fiscal, la transparencia de los vehículos corporativos y la prevención y combate de otros ilícitos afines.

La reforma fiscal impuso a todas las personas morales la obligación de adoptar mecanismos de control interno²¹ para identificar y reportar al beneficiario controlador al Servicio de Administración Tributaria (“SAT”) resaltando la necesidad de recopilar y preservar actualizada la información y documentación de tal persona para ponerla a disposición de la autoridad fiscal cuando la requiera²², y establece consecuencias

- 21 Regla 2.8.1.21 de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2022 establece que los sujetos obligados “...deberán implementar procedimientos de control internos debidamente documentados. Estos procedimientos serán todos aquellos que sean razonables y necesarios para obtener y conservar la información sobre la identificación de los beneficiarios controladores y se considerarán parte de la contabilidad que el Servicio de Administración Tributaria podrá requerir”.
- 22 Artículo 32-B Ter del CFF “Las personas morales, las fiduciarias, los fideicomitentes o fideicomisarios, en el caso de fideicomisos, así como las partes contratantes o integrantes, en el caso de cualquier otra figura jurídica, están obligadas a obtener y conservar, como parte de su contabilidad, y a proporcionar al Servicio de Administración Tributaria, cuando dicha autoridad así lo requiera, la información fidedigna, completa y actualizada de sus beneficiarios controladores, en la forma y términos que dicho órgano desconcentrado determine mediante reglas de carácter general. Esta información podrá suministrarse a las autoridades fiscales extranjeras, previa solicitud y al amparo de un tratado internacional en vigor del que México sea parte, que contenga disposiciones de intercambio recíproco de información, en términos del artículo 69, sexto párrafo del presente Código.”

jurídicas por incumplimiento a los sujetos obligados, consistentes en la imposición de sanciones administrativas señaladas en el artículo 84-N del mismo ordenamiento legal.

Es pertinente observar que la imposición de esta nueva obligación encuentra analogías con las contenidas en la LFPIORPI y que este paralelismo denota una voluntad legislativa coherente en la transparencia de las personas morales dirigida hacia la prevención de la comisión de ilícitos y a evitar el abuso de la pantalla societaria.

El artículo 32-B Quater del CFF ofrece una definición exhaustiva de "beneficiario controlador"²³, identificándolo como la persona física o conjunto de personas físicas que, ya sea directamente o mediante actos

- 23 Artículo 32-B Quater del CFF. *"Para efectos de este Código se entenderá por beneficiario controlador a la persona física o grupo de personas físicas que: Directamente o por medio de otra u otras o de cualquier acto jurídico, obtiene u obtienen el beneficio derivado de su participación en una persona moral, un fideicomiso o cualquier otra figura jurídica, así como de cualquier otro acto jurídico, o es quien o quienes en última instancia ejerce o ejercen los derechos de uso, goce, disfrute, aprovechamiento o disposición de un bien o servicio o en cuyo nombre se realiza una transacción, aun y cuando lo haga o hagan de forma contingente. Directa, indirectamente o de forma contingente, ejerzan el control de la persona moral, fideicomiso o cualquier otra figura jurídica. Se entiende que una persona física o grupo de personas físicas ejerce el control cuando, a través de la titularidad de valores, por contrato o por cualquier otro acto jurídico, puede o pueden:*
- a) Imponer, directa o indirectamente, decisiones en las asambleas generales de accionistas, socios u órganos equivalentes, o nombrar o destituir a la mayoría de los consejeros, administradores o sus equivalentes.*
 - b) Mantener la titularidad de los derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto de más del 15% del capital social, o bien,*
 - c) Dirigir, directa o indirectamente, la administración, la estrategia o las principales políticas de la persona moral, fideicomiso o cualquier otra figura jurídica.*

jurídicos intermediarios, obtienen beneficios derivados de su participación en entidades corporativas o en fideicomisos, o quienes ostentan los derechos de uso y disfrute de bienes y servicios.

La reforma fiscal de 2022 representó un hito significativo en la evolución del marco normativo mexicano relativo a la prevención de delitos financieros y fiscales, ajustándose a directrices internacionales y reforzando las obligaciones de transparencia y debida diligencia para las entidades corporativas.

De esta forma, el Estado mexicano ha ido más allá de la simple identificación de las personas con las que se celebran transacciones comerciales, exigiendo ahora la revelación de la identidad del beneficiario controlador en ciertos contextos legales y ofreciendo guías para su adecuada identificación.

La evolución del concepto de beneficiario final desde su concepción inicial en materia financiera hasta su manifestación más reciente en la LGSM, la LFPIORPI y en el CFF evidencia la dinámica y complejidad inherente al combate de las prácticas ilícitas y al abuso de la pantalla societaria. Este concepto es ahora un componente insustituible en el andamiaje jurídico dedicado a la prevención e investigación delictiva,

Tratándose de fideicomisos, se considerarán beneficiarios controladores el fideicomitente o fideicomitentes, el fiduciario, el fideicomisario o fideicomisarios, así como cualquier otra persona involucrada y que ejerza, en última instancia, el control efectivo en el contrato, aún de forma contingente. El Servicio de Administración Tributaria podrá emitir reglas de carácter general para la aplicación de este artículo.

Para la interpretación de lo dispuesto en este artículo serán aplicables las Recomendaciones emitidas por el Grupo de Acción Financiera Internacional y por el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales organizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, acorde a los estándares internacionales de los que México forma parte, cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia de las disposiciones fiscales mexicanas.”

y su adecuada implementación es fundamental para la integridad del sistema jurídico mexicano.

4.- Implementación de medidas para evitar el abuso de la pantalla societaria:

4.1.- Jurisdicción internacional:

La instauración de marcos legales que incrementen la transparencia en personas morales es una cuestión de gran relevancia y de interés mundial que ha sido enarbolada por diversos organismos internacionales, especialmente en un contexto de globalización económica y de sofisticación de mecanismos financieros, que pueden evitar el abuso de la pantalla societaria.

Con base en los instrumentos internacionales²⁴ y en las prácticas desarrolladas por la comunidad internacional a continuación se detallan algunas directrices generales que los órganos legislativos de los países deberían adoptar para lograr dicho objetivo:

- (i) Registro público de beneficiarios finales: Implementar un registro público con información que sea accesible a las autoridades reguladoras y supervisoras en el que se requiera que las personas

24 Recomendación 31 de GAFI: “... Los países deben garantizar que las autoridades competentes tengan acceso oportuno a una amplia gama de información, en particular para apoyar la identificación y el rastreo de bienes delictivos y bienes de valor correspondiente. Esto puede incluir, entre otros, información básica y del beneficiario final, información en poder de las autoridades fiscales, información en poder de registros de activos (como terrenos, propiedades, vehículos, acciones u otros activos) e información en registros de ciudadanía, residencia o prestaciones sociales...”<https://www.gafilat.org/index.php/en/las-40-recomendaciones>, consultado el 6 de enero del 2024.

morales y estructuras jurídicas divulguen información detallada sobre sus beneficiarios finales.

- (ii) Debita diligencia reforzada: Imponer obligaciones de practicar debita diligencia a entidades financieras y a prestadores de servicios jurídicos y contables a efecto de que puedan identificar y verificar la identidad de las personas morales con las que interactúan, incluida la información de sus beneficiarios reales.
- (iii) Publicitar estructuras accionarias y de control: Establecer la obligación de que las personas morales divulguen sus estructuras accionariales o societarias (personas que son titulares de acciones o de partes sociales de su capital social) y cualquier cambio significativo en las mismas (enajenación/donación).
- (iv) Sanciones: Establecer un régimen sancionador estricto para aquellas entidades que violen las disposiciones de transparencia de vehículos legales.
- (v) Auditoría y supervisión: Dotar de facultades a alguna autoridad para auditar y verificar el cumplimiento de obligaciones de transparencia, imponer las sanciones que correspondan y colaborar con autoridades extranjeras en casos transfronterizos.
- (vi) Acceso a la información: Implementar un marco jurídico que permita que, tanto las autoridades como los particulares, tengan acceso a información relacionada con los beneficiarios o propietarios reales de las personas morales, salvaguardando los derechos humanos, la protección de datos personales y la seguridad nacional.
- (vii) Denuncia: Establecer medios seguros para que se pueda denunciar el abuso de una persona jurídica para cometer actos ilícitos de manera anónima o bajo la protección del velo corporativo que los cubre.

- (viii) Regulación en materia de gobierno corporativo: Obligar a las personas morales a mantener estándares elevados de transparencia de quienes la constituyeron.
- (ix) Cooperación internacional: Contar con un marco normativo que facilite la cooperación transfronteriza en la lucha contra la delincuencia

Con la implementación de las medidas señaladas los países estarán en posibilidad de contar con avances significativos en la promoción de la transparencia en personas morales y en la mitigación de riesgos asociados con el abuso de la pantalla societaria.

4.2.- Entes mercantiles:

No obstante los avances que ha logrado México en la prevención y el combate del abuso del velo corporativo, es indispensable considerar que ante la presencia de controles cada vez más rígidos a nivel nacional, los delincuentes utilizan nuevos esquemas con el objeto de obtener ganancias que parezcan de origen lícito y transparente, y buscan métodos innovadores para ocultarse detrás de vehículos legales y evitar ser detectados para disponer de manera pronta y expedita de los recursos para el funcionamiento de su aparato delictivo.

Por lo anterior, y con el fin de impedir que tales recursos se provean para financiar actividades ilícitas mediante el abuso de vehículos legales de diversa índole y que tales entes se conviertan en un objetivo por parte de las organizaciones criminales, resulta necesario el establecimiento e implementación de controles preventivos que constituyen mitigantes para la realización y el involucramiento en conductas ilegales.

De esta forma, los vehículos corporativos evitarán involucrarse con otros entes cuya pantalla societaria esté siendo utilizada para encubrir a quienes la constituyeron para realizar actividades ilegales.

4.2.1.- Identificación y gestión de riesgos:

La conceptualización del riesgo como una "*contingencia o proximidad de un daño*"²⁵ adquiere particular relevancia en el contexto del uso de los entes mercantiles para la comisión de ilícitos. En este tenor, el riesgo puede articularse como la potencialidad o probabilidad que estos entes jurídicos sean utilizados por diversas partes involucradas – personas físicas o morales - (socios, accionistas, administradores, clientes, proveedores, acreedores, funcionarios, empleados, o apoderados) para la consumación de conductas tipificadas como delitos²⁶.

Desde una perspectiva jurídico-penal, este entendimiento del riesgo presupone una exigencia para las entidades corporativas de implementar sistemas de control interno y medidas preventivas robustas. Estos mecanismos no sólo deben ser diseñados para detectar y prevenir la consumación de delitos, sino también para permitir la identificación y mitigación de situaciones de riesgo que podrían desencadenar la responsabilidad penal de la persona jurídica y de beneficiarios reales, incluida la posibilidad de ser sujetos de procedimientos sancionatorios administrativos.

25 Diccionario de la Real Academia Española, <https://www.rae.es/>, consultado el 25 de julio del 2023.

26 *"...prevenir y mitigar los impactos negativos de manera efectiva también puede ayudar a una empresa a maximizar sus aportes positivos a la sociedad, mejorar las relaciones con las partes interesadas y proteger su reputación. La debida diligencia puede ayudar a las empresas a crear más valor, entre otras cosas, mediante: la identificación de oportunidades para reducir costos; un mejor conocimiento de los mercados y las fuentes estratégicas de suministro; el fortalecimiento de la gestión de los riesgos empresariales y operativos específicos de la empresa; y una menor exposición a riesgos sistémicos..."* Guía de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico de Debita Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable, <https://mneguide-lines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debita-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>, consultado el 12 de febrero del 2024.

En materia de riesgos existen dos axiomas fundamentales que requieren un escrutinio meticuloso desde una perspectiva jurídico-corporativa.

En primer lugar, la premisa (*i*) postula que, si bien ningún ente mercantil puede garantizar su total inmunidad frente al involucramiento en la comisión de delitos, sí existe la viabilidad de prevenir tal involucramiento mediante un enfoque proactivo que implique la identificación, comprensión, gestión y mitigación de los riesgos de delitos inherentes a la actividad empresarial. Este axioma enarbola un paradigma de "*due diligence*" o diligencia debida, en el cual la empresa está jurídica y éticamente obligada a desplegar medidas de control y vigilancia que minimicen la probabilidad de materialización de estos riesgos.

En segundo lugar, la premisa (*ii*) sostiene que la ausencia total de riesgos frente al involucramiento de una entidad corporativa es una utopía operacional y, en efecto, jurídica. La única manera en que una empresa podría aseverar la inexistencia absoluta de tales riesgos sería cesando toda forma de operación, lo cual es, de facto, inviable desde una perspectiva de sostenibilidad empresarial. Este postulado refuerza la necesidad imperante de un régimen de *compliance* sólido que adopte un enfoque dinámico y adaptativo para la evaluación y mitigación de riesgos.

Estas dos proposiciones constituyen los pilares sobre los que se erige la moderna arquitectura de gestión de riesgos en el ámbito de delitos, y demuestran que la responsabilidad corporativa en esta materia no es simplemente una cuestión de cumplimiento pasivo de normas, sino una labor proactiva y continuada que requiere la integración de políticas de riesgo en la cultura organizacional y de una estrategia empresarial.

Así, se plantea que las empresas constituyan una sólida gestión de riesgos mediante la identificación y el análisis de riesgos de que la empresa sea utilizada como vehículo para delinquir, y el diseño y aplica-

ción eficaz de políticas y procedimientos acordes con los riesgos identificados para mitigarlos²⁷.

4.2.2.- Implementación de mitigantes:

La identificación de riesgos es el primer paso en un proceso que demanda una eficaz gestión para su mitigación. En este contexto, la implementación de políticas y procedimientos de debida diligencia se convierte en una condición indispensable para el control adecuado de estos riesgos.

La estructura de gobierno corporativo es crítica para la eficaz gestión de riesgos. En primer lugar, debe existir un órgano de alta dirección (generalmente el Consejo de Administración u órgano equivalente) que tenga la responsabilidad de aprobar y supervisar las políticas y estrategias en materia de gestión de riesgos y cumplimiento. Este órgano debe contar con suficiente autoridad y autonomía para ejercer un control efectivo y diligente.

Además, es imperativo que exista un segundo nivel de autoridad, ya sea un órgano, área o persona específica con nivel directivo, que esté encargado de la implementación práctica de las políticas y procedimientos aprobados, quien debe tener el nivel y autoridad necesarias para comunicar, de manera oportuna y completa, los resultados de las evaluaciones de riesgo y de la implementación de políticas a la Asam-

27 *Una empresa también puede actuar con la debida diligencia para así cumplir con las exigencias legales pertinentes a ámbitos específicos, tales como el mercado laboral local, asuntos medioambientales, de gobierno corporativo, penales o de lucha contra el cohecho...* "Guía de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable, <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OC-DE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>, consultado el 12 de febrero del 2024.

blea de Accionistas o de Socios y al Consejo de Administración u órgano equivalente.

Esta estructura dual de gobierno corporativo permite un enfoque bifocal hacia la gestión de riesgos, en el que un órgano establece la estrategia y otro se encarga de su implementación. Asimismo, este segundo nivel de autoridad debe tener la capacidad de solicitar la atención necesaria en áreas específicas del ente mercantil (como las áreas de venta o negocios) sobre asuntos relevantes de su competencia, permitiendo así una reacción ágil y efectiva ante situaciones que puedan incrementar los riesgos de comisión de ilícitos.

Para una efectiva gestión y mitigación de los riesgos asociados con la comisión de delitos se requiere una arquitectura de control interno que se segmenta en múltiples líneas de defensa.

Esta estructura tridimensional contribuye al fortalecimiento de la institucional ante la exposición a delitos, y cada bloque tiene funciones y responsabilidades específicas que son cruciales para la integridad operacional de la entidad: *(i)* área de ventas: implementa controles primarios, entre sus tareas se encuentra la correcta identificación del cliente (CDD, por sus siglas en inglés *Customer Due Diligence*, incluida la información de sus beneficiarios reales o propietarios reales), evaluación de la complejidad y volumen de las transacciones, y la ejecución de medidas de control que se ajusten al perfil de riesgo asociado a las operaciones comerciales; *(ii)* áreas jurídica, de riesgos, de cumplimiento y de sistemas informáticos: elaboran directrices normativas, realizan evaluaciones de riesgo, garantizan el cumplimiento legal y aseguran que los sistemas informáticos sean robustos y seguros para manejar datos confidenciales; y, *(iii)* área de auditoría interna o auditor externo: revisa la implementación de las políticas internas y de la regulación externa y evalúa la efectividad de los procedimientos de control y la emisión de informes detallados que sirvan para la adopción de decisiones a nivel directivo.

Cada una de estas líneas de defensa debe actuar de forma coordinada permitiendo un enfoque holístico y multifacético en la gestión y mitigación de riesgos.

4.2.3.- Identidad de fuentes de financiamiento y actores económicos relevantes:

La implementación de una robusta estructura de gobierno corporativo es un prerequisite para la eficaz gestión y mitigación de riesgos de comisión de delitos, pero es insuficiente por sí sola si no se complementa con procedimientos concretos documentados para la identificación de las fuentes de financiamiento y de los actores económicos relevantes. En este sentido, se deben establecer como mínimo las siguientes políticas y procedimientos:

(i) Identificación de clientes y proveedores o deudores:

Diseñar y ejecutar un proceso de debida diligencia de clientes, proveedores o deudores que incluya verificar su identidad y obtener información respecto de sus propietarios reales o beneficiarios controladores, así como antecedentes financieros y la naturaleza de las operaciones comerciales que se celebren con tales personas, y estar debidamente documentados para fines de transparencia y responsabilidad.

La implementación de políticas de identificación por parte de los entes mercantiles debe ser un ejercicio meticuloso que aborde múltiples vectores para una efectiva mitigación del riesgo, por lo que deben considerarse los siguientes elementos:

1. Distinguir el tipo de persona con la que se tienen relaciones comerciales y su nacionalidad: dependiendo de si se trata de una persona física o moral, o algún otro vehículo legal, los protocolos de identificación y de debida diligencia variarán significativamente. Para personas morales, por ejemplo, la identificación del beneficiario final es indispensable; en cuanto a la nacio-

nalidad, se deberá considerar que la regulación puede diferir significativamente de una jurisdicción a otra, lo cual podría requerir medidas adicionales de diligencia debida;

2. Conocer la calidad con la que opera (por cuenta propia o de terceros): esto añade una capa adicional de complejidad, especialmente si se llevan a cabo transacciones u operaciones en representación de terceros, lo que puede requerir también documentación adicional;
3. Cuestionar respecto de la titularidad de recursos (origen de los activos): es crucial determinar si los recursos con los que se celebra la transacción provienen de la actividad de propia de la persona con quien se opera o de terceros) y conocer las razones, finalidad y naturaleza de la relación comercial (entender el propósito); y,
4. Validar y actualizar información de forma periódica durante la relación comercial.

(ii) Identificación de fuentes de financiamiento:

Diseñar políticas claras para la identificación y verificación de información respecto de la legitimidad de los recursos y la identidad de los acreedores (incluida la información respecto de quienes ejercen el control de los mismos).

(iii) Documentación de políticas y procedimientos:

Es indispensable que las políticas y procedimientos relacionados con la identificación de fuentes y actores relevantes con los que opera el ente mercantil estén documentados y que los expedientes con dicha información y documentación se encuentren resguardados y sujetos a actualización frecuente.

(iv) Auditoría y Revisión:

Periódicamente deben revisarse las políticas y los procedimientos para analizar su efectividad y, en su caso, determinar su necesidad de adaptación.

De esta forma, la implementación de la arquitectura de control interno del ente mercantil auxilia en la prevención de delitos, fortalece su integridad operacional y mantiene su reputación en el mercado, comprometiéndose así con la legalidad y la ética empresarial.

4.2.4.- Transparencia de las personas morales con las que se opere:

La identificación precisa de la persona física que ejerce el control final o recibe el beneficio de una transacción con un ente mercantil²⁸ es indispensable en el marco de la mitigación de riesgos legales y financieros, esto es, (i) la persona que por medio de otra o de cualquier acto recibe el beneficio derivado de este, y es quien, en última instancia, es el verdadero dueño de los recursos al ejercer derechos de uso, goce, disfrute, aprovechamiento o disposición de los mismos; (ii) la persona o grupo de personas que ejerzan el control sobre una persona moral²⁹; o, (iii) la

28 *Financial Action Task Force, Guidance on transparency and beneficial ownership*, <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-transparency-beneficial-ownership.pdf>, consultado el 25 de julio del 2020.

29 Artículo 2, fracción III de la Ley del Mercado de Valores “... III. Control, la capacidad de una persona o grupo de personas, de llevar a cabo cualquiera de los actos siguientes:

a) Imponer, directa o indirectamente, decisiones en las asambleas generales de accionistas, de socios u órganos equivalentes, o nombrar o destituir a la mayoría de los consejeros, administradores o sus equivalentes, de una persona moral.

persona que pueda instruir para beneficio propio, los actos susceptibles de realizarse a través de fideicomisos, mandatos o comisiones³⁰.

Esta identificación trasciende el mero cumplimiento formal de obligaciones regulatorias; se trata de una diligencia necesaria para prevenir el uso indebido de una entidad corporativa para la comisión de ilícitos.

La identificación de estos individuos o entidades requiere la implementación de políticas de "debida diligencia" robustas y adaptativas, complementadas por sistemas de monitoreo continuo y auditorías internas periódicas. Estos protocolos deben estar integrados en el marco general de gobierno corporativo de la sociedad mercantil y respaldados por una cultura organizacional que priorice la ética y el cumplimiento legal.

De este modo, se establece no solo un paradigma en la mitigación de riesgos sino una cultura corporativa que favorece la transparencia y la responsabilidad, en sintonía con las demandas normativas y éticas del entorno empresarial contemporáneo.

La identificación de la persona física o natural que ejerce control sobre una sociedad mercantil es una etapa crítica dentro del marco del *compliance* o cumplimiento normativo. Esta tarea se bifurca en tres vertientes distintas, pero interrelacionadas, que contemplan aspectos patrimoniales, decisionales y funcionales:

b) Mantener la titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital social de una persona moral.

c) Dirigir, directa o indirectamente, la administración, la estrategia o las principales políticas de una persona moral, ya sea a través de la propiedad de valores, por contrato o de cualquier otra forma..."

30 Esta persona es identificada en la fracción III del artículo 3 por la LFPIORPI como "*Beneficiario controlador*" y en la fracción XXXI de la 2ª. de las Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito como "*Propietario Real*".

- 1- Aspectos Patrimoniales: La entidad deberá investigar su estructura accionarial para determinar quiénes son los individuos que, directa o indirectamente, cuentan con la titularidad o cotitularidad del 50% o más de las acciones o partes sociales representativas del capital social de la sociedad. Esta indagación puede requerir el análisis de estructuras complejas, que incluyan sociedades interpuestas o fideicomisos, en aras de localizar a la persona física o natural subyacente.
- 2- Aspectos Decisionales: Es importante identificar a las personas físicas o naturales que ejercen un control decisivo sobre la entidad a través de derechos corporativos. Esto incluye, pero no se limita a, la capacidad de influir o determinar la adopción de resoluciones en la Asamblea de Accionistas o Junta de Socios, de designar o remover a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración o del órgano equivalente, o de ejercer el voto respecto a más del 50% del capital social.
- 3- Aspectos Funcionales o Directivos: Finalmente, no debe obviarse la identificación de aquellos individuos que, independientemente de su participación accionarial o derechos de voto, ejercen control material sobre la sociedad mediante su influencia en las decisiones estratégicas. Estos individuos pueden ocupar cargos directivos de alto nivel, y su capacidad para dirigir la orientación comercial o empresarial de la sociedad es un indicativo de control efectivo.

La ejecución de estos procesos de debida diligencia debe ser respaldada por políticas internas claras y documentadas, así como por procedimientos de verificación que garanticen la precisión de la información recabada. Asimismo, esta diligencia debe ser un proceso con revisiones y actualizaciones periódicas, particularmente en casos en los que se detecten cambios significativos en la estructura accionarial o de gobierno de la entidad.

La consolidación de estas prácticas dentro del marco de gobierno corporativo es coherente con los imperativos de cumplimiento legal y mitigación de riesgos y refuerza la integridad y la transparencia de la organización en el contexto empresarial.

Además de la identificación de las personas con las que opera una sociedad mercantil, es imprescindible establecer políticas para conocerlas, mediante la aplicación de cuestionarios que permitan detectar el origen y destino de los recursos que se utilizan en las transacciones, y a través de la implementación de un seguimiento puntual o monitoreo de las operaciones que realiza con ellas (monto, tipo, frecuencia y naturaleza).

En lo que respecta a las personas a través de las cuales opera la sociedad mercantil (funcionarios, empleados y apoderados), se deben también establecer medidas y procedimientos para su identificación, específicamente para conocer su identidad, la procedencia de su patrimonio y, en particular, para gestionar la obtención de una declaración en la que manifiesten bajo protesta de decir verdad que operan de buena fe en el ejercicio de sus funciones y en el desempeño de su empleo, y que los recursos con los que han formado su patrimonio son lícitos (elaboración de expedientes de identificación y formatos para conocer a los funcionarios y empleados, que se actualicen periódicamente). Tales personas deben estar capacitadas respecto de los controles preventivos que ha desarrollado el ente mercantil para proceder a su inmediata y correcta aplicación.

Las políticas, medidas y procedimientos establecidos por las sociedades mercantiles para mitigar los riesgos de verse involucradas, o ser utilizadas, para la comisión de ilícitos a los que se encuentran expuestas deberán estar documentadas en manuales (manuales de cumplimiento) para facilitar su aplicación por los empleados y la evaluación de su efectividad por parte del área de cumplimiento o de auditoría (externa o interna).

La existencia de sistemas informáticos se postula como una medida necesaria para garantizar una eficiente administración y custodia de la información recolectada en el contexto de las diligencias preventivas. De este modo, se materializa un registro uniforme y coherente que permite cumplir las disposiciones legales y normativas aplicables.

5.- Conclusiones:

PRIMERA. La sofisticación en la comisión de delitos lleva al delincuente a usar empresas para ocultar recursos ilícitos, involucrando a sus dueños y administradores. Esto, junto con la globalización y la tecnología, expande los delitos a nivel internacional, lo que da lugar al surgimiento de la cooperación entre los países para prevenir y sancionar delitos evitando el abuso de estructuras societarias en actividades delictivas, pugnando por la creación de leyes transfronterizas y armonización normativa.

SEGUNDA. Los vehículos corporativos, como empresas y fundaciones, pueden utilizarse para encubrir actividades ilícitas. GAFI estableció estándares internacionales para prevenir el lavado de dinero, el financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva, los que requieren que los países promuevan la transparencia en las entidades legales, evalúen el riesgo de su uso indebido y mantengan información actualizada sobre los beneficiarios finales y el control de estas entidades. La transparencia de las personas jurídicas es esencial para prevenir su uso ilegal y promover la competencia leal, además, es un pilar en el derecho internacional comercial y financiero. El concepto de beneficiario final, esto es, la persona que controla una entidad, es crucial en la lucha contra la delincuencia financiera, y se han establecido estándares para su identificación, lo que resulta fundamental para mantener la integridad en el mundo empresarial y financiero.

TERCERA. En México inicialmente la transparencia de personas jurídicas y la identificación del beneficiario final se enfocaban al sistema financiero para prevenir delitos. Posteriormente, en 2012, la Ley Anti-

lavado amplió este concepto e incorporó a diversas actividades económicas como sujetos obligados a identificar a los beneficiarios controladores, y en 2018 se adicionó la LGSM para promover la transparencia de los entes mercantiles y publicitar aquellas personas que son socios o accionistas de las sociedades de responsabilidad limitada y de las sociedades anónimas, respectivamente. En 2021, una reforma fiscal introdujo el término de beneficiario controlador para cumplir estándares internacionales y combatir la evasión fiscal y otros delitos, obligando a los contribuyentes a declarar y conocer quienes se encontraban detrás de un ente legal, previniendo así abusos en las estructuras corporativas. Esta evolución del concepto de beneficiario final, desde su aplicación inicial en el ámbito financiero hasta su incorporación en la legislación fiscal, refleja la lucha contra prácticas financieras ilícitas y el abuso de estructuras societarias. Su implementación adecuada es esencial para mantener la integridad del sistema legal.

CUARTA. Las jurisdicciones deben establecer medidas para prevenir el abuso de estructuras societarias que resulten aplicables de conformidad con su legislación local, lo que debe incluir, en todo caso, la creación de registros públicos de beneficiarios finales, la obligación de transparentar estructuras accionariales, la aplicación de sanciones en caso de incumplimiento, la práctica de auditorías para verificar el cumplimiento de obligaciones, el acceso a la información, la posibilidad de permitir presentar denuncias anónimas, regular buenas prácticas de gobierno corporativo y fomentar la cooperación internacional. Lo anterior promoverá la transparencia en personas morales y otros vehículos legales y reducirá los riesgos asociados al abuso de estructuras societarias.

QUINTA. Se propone la implementación de medidas para prevenir el abuso de entidades corporativas en la comisión de ilícitos por parte de los propios entes mercantiles mediante la identificación y gestión de riesgos que incluya la evaluación y mitigación de delitos financieros inherentes a su actividad empresarial. También se recomienda la implementación de políticas de debida diligencia para identificar y verificar la identidad de clientes, proveedores y acreedores, así como de quie-

nes ejercen control sobre la entidad. La transparencia de las personas morales con las que se opera es esencial, en adición a las políticas para conocer el origen y destino de recursos. Estas medidas deben estar documentadas en manuales de cumplimiento y respaldadas por sistemas informáticos para garantizar su efectividad.

Bibliografía:

- ARÁNGUEZ Sánchez, Carlos, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- BLEZZARD, Andrew y Koppe, Harold V., *UIFs en Acción*, Grupo Egmont, 2000.
- COFFEE, John C. Jr., *Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance*, New York, Oxford, 2006.
- DEL CID Gómez, Juan Miguel, *Blanqueo Internacional de Capitales. Cómo detectarlo y prevenirlo*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2007.
- GILMORE, William C., *Dirty Money: The Evolution of Money Laundering Counter Measures*, Estrasburgo, Council of Europe Press, 1999.
- GLEASON, Paul y Gottselig Glenn., *Financial Intelligence Units. An Overview*, Washington, D.C., International Monetary Fund, 2004.
- HOPTON, Doug, *Money Laundering. A Concise Guide for All Business*, England, Gower Publishing Limited, 2009.
- SCHOTT, Paul Allan, *Guía de Referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo*, Washington, D.C., The World Bank, 2003.

Quinta Parte: Arbitraje.

La protección de las inversiones en el tratado comercial entre la Unión Europea y México.

Por: Leonardo Pasquali

Departamento de Derecho-Universidad de Pisa.

Resumen: El análisis realizado en esta contribución toma el reciente acuerdo comercial entre la Unión Europea y México como caso de estudio para mostrar si la UE se está consolidando, y cómo, como un nuevo actor en la regulación de las inversiones a nivel internacional a través de algunos de sus acuerdos comerciales de “nueva generación”. La Unión Europea, a través de su estrategia de política comercial y de inversión, está tratando de redefinir el sistema de resolución de disputas entre inversionistas y Estados, para superar algunas de las cuestiones críticas más importantes de este sistema. Aunque se trata todavía de acuerdos estipulados sobre una base bilateral y, por tanto, limitados a sólo dos socios, lo que parece relevante es la posibilidad de que sirvan de modelo para desarrollos posteriores a nivel multilateral. El acuerdo UE-México -al igual que el CETA, el acuerdo UE-Singapur, el acuerdo UE-Vietnam y el acuerdo UE-Chile- aborda de hecho aspectos cruciales como la independencia judicial, la transparencia, la falta de coherencia y previsibilidad de las decisiones, además del riesgo del fenómeno del “chilling effect”. La investigación, después de haber examinado brevemente los principales perfiles del sistema de protección de inversiones vigente en el derecho internacional, con especial atención a aquellos que presentan aspectos controvertidos, procede al análisis de las disposiciones legales relevantes presentes en el acuerdo UE-México, destacando las innovaciones que se van a introducir, pero al mismo tiempo señalando sus limitaciones intrínsecas.

Palabras Clave: Sistema de resolución de disputas inversionista-Estado. Protección de la inversión. Acuerdo de libre comercio UE-México. Acuerdos comerciales de nueva generación.

Riassunto: L'analisi condotta nel presente contributo assume il recente accordo commerciale tra l'Unione Europea e il Messico come caso di studio per mostrare se e in che modo l'UE si stia affermando quale nuovo attore nella regolamentazione degli investimenti sul piano internazionale mediante alcuni dei suoi accordi commerciali di “nuova generazione”. L'Unione Europea, attraverso la sua strategia di politica com-

merciale e di investimento, sta cercando di ridefinire il sistema di soluzione controversie investitore-Stato, al fine di superare alcune delle più importanti criticità di tale sistema. Benché si tratti pur sempre di accordi stipulati su base bilaterale e, dunque, limitati a due soli partner, ciò che appare rilevante è la possibilità che essi fungano da modello per successive evoluzioni sul piano multilaterale. L'accordo UE-Messico -al pari del CETA, dell'accordo UE-Singapore, dell'accordo UE-Vietnam e dell'accordo UE-Cile- affronta infatti aspetti cruciali come l'indipendenza giudiziaria, la trasparenza, la scarsa coerenza e prevedibilità delle decisioni, oltre al rischio del fenomeno del "chilling effect". La ricerca, dopo aver brevemente esaminato i principali profili del sistema di protezione degli investimenti vigente nel diritto internazionale, con particolare attenzione a quelli che presentano aspetti controversi, procede all'analisi delle pertinenti disposizioni giuridiche presenti nell'accordo UE-Messico evidenziando le innovazioni da esso introdotte, ma rilevando allo stesso tempo i suoi limiti intrinseci.

Parole Chiave: Sistema di risoluzione delle controversie investitore-Stato. Protezione degli investimenti. Accordo di libero scambio UE-Messico. Accordi commerciali di nuova generazione.

Abstract: The analysis in this paper uses the recent trade agreement between the European Union and Mexico as a case study to show whether and to what extent the European Union is emerging as a new actor in investment regulation at the international level through some of its "new generation" trade agreements. The European Union, through its trade and investment policy strategy, is attempting to redefine investor-state dispute settlement (I.S.D.S) by overcoming some of its main shortcomings. Although these are agreements concluded on a bilateral basis and, therefore, limited to only two partners, the possibility of them serving as a model for subsequent developments at the multilateral level seems relevant. Indeed, the EU-Mexico agreement – like CETA, the EU-Singapore agreement, the EU-Vietnam agreement and the EU-Chile agreement – addresses crucial issues such as judicial independence, transparency, inconsistency and lack of predictability of decisions, as well as the risk of "chilling effect" phenomena. After examining the main aspects of the investment protection system in force in international law, with particular attention to the controversial elements that stand out in this context, the study proceeds to an analysis of the relevant legal provisions in the EU-Mexico agreement, highlighting the innovations introduced by it, but at the same time pointing out its intrinsic limitations.

Keywords: Investor-State dispute settlement system. Investment protection. EU-Mexico Free Trade Agreement. New generation of trade agreements.

Sumario: Introducción. 1.- La protección de las inversiones en el Derecho Internacional. 2.- La protección de las inversiones en los Acuerdos Comerciales de la Unión Europea. 3.- El Sistema de Resolución de disputas sobre inversiones introducido por el Acuerdo UE-México como emblema del nuevo enfoque de la Unión Europea hacia el Sistema I.S.D.S. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN:

La Unión Europea y México alcanzaron el 21 de abril de 2018, el acuerdo político¹ para modernizar el “Acuerdo de asociación económica, concertación política y cooperación” llamado también “Acuerdo Global” que, desde el año 2000, preside las relaciones económicas entre ambas entidades². El nuevo acuerdo comercial tiene como objetivo el de desarrollar aún más las relaciones entre los dos socios en línea con las directrices de la reciente estrategia de política comercial de la Unión Europea, introduciendo temas, sectores y áreas no contemplados tradicionalmente en los acuerdos comerciales de “primera generación” de la UE. El mencionado nuevo acuerdo de asociación entre la UE y México se encuadra, de hecho, en la categoría de los acuerdos comerciales más recientes celebrados por la Unión Europea que, por sus importantes perfiles de novedad, se definen como acuerdos “nuevos” o de “segun-

- 1 El texto del Acuerdo en principio del nuevo Acuerdo de Asociación entre la UE y México se puede consultar, únicamente en inglés, en el siguiente enlace: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/mexico/eu-mexico-agreement/agreement-principle_en. Cabe señalar que este no es un texto definitivo ya que, según aclaró la Comisión, “*The texts are published for information purposes only and may undergo further modifications including as a result of the process of legal revision. The texts are still under negotiations and not finalized*”. v. el Descargo de responsabilidad informado en la página web dedicada al acuerdo en el enlace: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/mexico/eu-mexico-agreement/agreement-principle_en.
- 2 V. *Acuerdo de asociación económica, concertación política y cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los Estados Unidos Mexicanos, por otra*. El texto completo del acuerdo, en español, se puede encontrar en Internet en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A22000A1028%2801%29>. (Último acceso: 01/03/2024).

da generación”³. De hecho, en el nuevo acuerdo es posible encontrar una amplia gama de elementos que amplían la estructura tradicional de los acuerdos comerciales. Entre ellos destacan las normas relativas a la resolución de disputas relativas a inversiones⁴. Estas últimas dispo-

- 3 Sobre los acuerdos comerciales de nueva generación de la Unión Europea, en general, véase G.M. RUOTOLO, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2016, pp. 329-354; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Permanencia y expansión del bilateralismo: Los acuerdos comerciales de “Nueva Generación” entre la Unión Europea y terceros países*, en *La Ley Unión Europea*, 2019, pp. 1-59; I. BARTHESAGHI, N. DE MARIA CALVELO; N. MELGAR ALASSIO, M.E. PEREIRA, *La nueva generación de acuerdos de la Unión Europea y sus implicancias en el sistema internacional*, en E. TREMOLADA ÁLVAREZ (ed.), *Gobernanza, cooperación internacional y valores democráticos comunes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019; A. BLANC (dir.), *La Unión Europea, promotora del libre comercio. Análisis e impacto de los principales acuerdos comerciales*, Cizur Menor (Navarra), 2020; G. ADINOLFI (ed.), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, 2021; J. MAILLO, *Acuerdos comerciales UE de “Nueva Generación”: origen, rasgos y valoración*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, 2021; M. BRONCKERS, G. GRUNI, *Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements*, in *Journal of International Economic Law*, 2021, pp. 25-51; SERGIO SALINAS ALCEGA, *La Unión Europea, promotora del libre comercio. Análisis e impacto de los principales Acuerdos comerciales*, en *Revista española de derecho internacional*, 2021, pp. 370 y ss; PHILIPPE VINCENT, *Les nouveaux accords commerciaux conclus par l'Union Européenne*, en *Cahiers de Science Politique de l'Université de Liège*, 2021, pp. 54-76.
- 4 Sobre el tema, en general, ver C. TITI, *International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements*, en *European Journal of International Law*, 2015, pp. 639 y ss; S. MEUNIER, J.F. MORINI, *The European Union and the space-time continuum of investment agreements*, en *Journal of European Integration*, 2017, pp. 891 y ss.; L. MOLA, *Liberalizzazione e protezione degli investimenti esteri*, en G. ADINOLFI (ed.), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea cit.*, pp. 212 y ss.; D. C. SUCIU GAVRILAOIE, *El marco jurídico de las inversiones en la nueva generación de acuerdos de comercio e inversión de la Unión Europea*, Navarra, 2023.

siciones pretenden superar las deficiencias existentes en el sistema de protección de inversiones vigente en el Derecho internacional mediante la introducción de una regulación innovadora en la materia que, en las palabras de la Comisión, “*aplica plenamente el nuevo planteamiento de la UE sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias relacionadas con inversiones mediante la sustitución del antiguo sistema de solución de diferencias entre inversores y Estados con el nuevo Sistema de Tribunales de Inversiones, que garantiza la transparencia y el derecho de los Gobiernos a legislar en aras del interés público*”⁵.

En los siguientes párrafos se esbozarán primero los principales límites del sistema de protección de inversiones vigente en el derecho internacional, y luego será examinado cómo la Unión Europea pretende superar estos límites a través de sus acuerdos comerciales. Para ello, se procederá a analizar en detalle la disciplina presente en el Capítulo dedicado a la resolución de controversias en materia de inversiones del nuevo acuerdo comercial entre la Unión Europea y México, el cual se tomará como caso de estudio del enfoque innovador propuesto por el Unión Europea en materia de protección de las inversiones extranjeras.

1.- La protección de las inversiones en el derecho internacional:

La protección de las inversiones privadas extranjeras es una de las cuestiones clásicas a las que se ha enfrentado el derecho internacional. De hecho, cae dentro del alcance de las obligaciones de derecho consuetudinario de un Estado hacia otros y constituye uno de los (muy

5 V. Comisión Europea, Bruselas, Hoja Informática, Principales características del acuerdo comercial UE-México, 21 de abril de 2018. El documento se puede encontrar en Internet en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/MEMO_18_1447.

pocos) límites a la soberanía de los Estados en su propio territorio. La protección de las inversiones privadas extranjeras, de hecho, forma parte de las obligaciones que el derecho internacional desde siempre ha impuesto a los Estados soberanos en relación con el trato a los ciudadanos extranjeros. De hecho, los Estados están obligados a proteger al extranjero y sus bienes. Tradicionalmente, este límite a la soberanía del Estado sobre su territorio derivaba del concepto de igualdad soberana entre los Estados y del principio de libertad negativa imperante en la comunidad internacional, en virtud del cual a un Estado soberano se le permite todo, hasta que no llegue a afectar la libertad de otro estado soberano. La protección del extranjero y de sus bienes impuesta a cada Estado es por lo tanto una consecuencia de esta relación entre Estados soberanos, *superiorem non recognoscentes*. El derecho que el derecho internacional reconoce y protege, por lo tanto, se configura como un compromiso que el Estado receptor asume hacia el Estado de ciudadanía del extranjero. Como consecuencia de esto, en caso de violación de este compromiso, el Estado receptor habrá violado un derecho no del inversionista, sino de su Estado de origen⁶. En consecuencia es este último

- 6 Ver E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Londra, 1758, p. 136: “quiconque traite mal un citoyen porte indirectement préjudice à l’Etat qui doit protéger ce citoyen”. El concepto fue afirmado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el celebre caso *Mavrommatis Palestine Concessions*, SERIE A – N° 2, 30 August 1924, p. 12: “It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights - its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law. The question, therefore, whether the present dispute originates in an injury to a private interest, which in point of fact is the case in many international disputes, is irrelevant from this standpoint”. El texto de

quien, para hacer valer sus derechos, podrá actuar recurriendo a un instrumento *ad hoc*, previsto expresamente por el derecho internacional consuetudinario para este caso, es decir, la institución de la protección diplomática⁷ definida en el artículo 1 del *Proyecto de artículos sobre la*

esta decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional se puede encontrar fácilmente en línea en inglés y francés, en particular en el enlace: <https://www.icj-cij.org/pcij-series-a> (Último acceso: 1/3/2024).

- 7 La Corte Internacional de Justicia en su fallo *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Sentencia*, ICJ Reports 1970, párrafo 78, observó: “a State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit, for it is its own right that the State is asserting. Should the natural or legal persons on whose behalf it is acting consider that their rights are not adequately protected, they have no remedy in international law. All they can do is to resort to municipal law, if means are available, with a view to furthering their cause or obtaining redress”. El texto de esta decisión de la Corte Internacional de Justicia se puede encontrar fácilmente en línea en inglés y francés, en particular en el enlace: <https://www.icj-cij.org/case/50> (Último acceso: 1/3/2024). Existe una amplia doctrina sobre el tema de la protección diplomática. Para limitar la referencia a algunas obras particularmente significativas, véase E. BORCHARD, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad: or the Law of International Claims*, New York, 1915; A.N. MAKAROV, *Consideraciones sobre el ejercicio de la protección diplomática*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1955, pp. 511 y ss.; G. BATTAGLINI, *La protezione diplomatica delle società*, Padova, 1957; C. DE VISSCHER, *La protection diplomatique des personnes morales*, en *Recueil de Courses*, vol. 102, Leiden, 1961; L. CAFLISCH, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, L'Aia, 1969; M. DÍEZ DE VELASCO, *Reflexiones sobre la protección diplomática*, en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor D. Antonio Truyol Serra*, Madrid, 1986, tomo I, pp. 377 y ss.; A. GIANELLI, *La protezione diplomatica di società dopo la sentenza concernente la Barcelona Traction*, en *Rivista di diritto internazionale*, 1986, pp. 762 y ss.; J. F. FLAUSS (dir.), *La protection diplomatique. Mutation contemporaine et pratique internationales*, Bruxelles, 2003; L. CONDORELLI, *La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application actuelle*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 2003, pp. 5 y ss.; A. VERMEER-KÜNZLI, *As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection*, en *European Journal of International Law*, 2007, pp. 37 y ss.; C. F. AMERASINGHE, *Diplo-*

protección diplomática de la Comisión de Derecho Internacional como “la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad”⁸.

Sin embargo, cabe destacar que tal sistema de protección de las inversiones privadas extranjeras presenta varios aspectos problemáticos. En primer lugar, recordar que existen dos condiciones previas necesarias para que un Estado pueda actuar en protección diplomática: la existencia del vínculo de ciudadanía entre el Estado y la persona perjudicada (física o jurídica) y la previa realización de recursos internos por

matic Protection, Oxford, 2008 ; N. ORTU, *Is Diplomatic Protection fit for a World of Human Rights ? Reflections on the Relevance of Diplomatic Protection vis-à-vis the International Human Rights Protection System*, en *Ordine internazionale e diritti umani*, 2024, pp. 109 y ss.

- 8 En 2006, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) adoptó un proyecto de artículos sobre la protección diplomática para codificar las normas generales de derecho internacional existentes sobre el tema, introduciendo al mismo tiempo algunos aspectos nuevos. Ver CDI, *Proyecto de artículos sobre la protección diplomática, aprobado por la Comisión en su 58º periodo de sesiones*, en *Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10)*. El Proyecto se puede encontrar fácilmente en línea en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, en particular en el enlace:<https://www.un.org/law/cod/sixth/61/docs.htm> (Último acceso el 2/3/2024). Con la Resolución 68/113, de 16 de diciembre de 2013, se creó un Grupo de Trabajo sobre protección diplomática con el fin de examinar, también a la luz de las observaciones escritas de los gobiernos nacionales y de las opiniones expresadas en el seno de la Asamblea General, la posibilidad de elaborar un Convenio; v. *Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2013 No. 68/113, Protección diplomática*. El texto de la resolución se puede encontrar fácilmente en línea en los idiomas oficiales de las Naciones Unidas, en particular en el enlace:<https://www.un.org/en/ga/sixth/68/ActionbyGA.shtml> (Último acceso: 2/03/2024).

parte de esta última. En consecuencia, en una primera fase, debido a la segunda de las condiciones previas mencionadas, el inversor privado queda, por así decirlo, a merced de los tribunales internos del Estado receptor, que, en algunas circunstancias, pueden no garantizar un nivel adecuado de competencia e imparcialidad⁹. En segundo lugar, una vez agotados los recursos internos, el inversor privado se vería sometido a la arbitrariedad de su Estado de origen, que también podría considerar inadecuado, para cuestiones que van más allá del caso concreto, proteger a su propio ciudadano (una persona física o jurídica)¹⁰. En tercer

9 En todo caso, recuerde que en el artículo 15 del *Proyecto de artículos sobre la protección diplomática*, la Comisión de Derecho Internacional ha identificado - basándose en el análisis de la práctica internacional - una lista de algunas circunstancias específicas en las que la condición preliminar del agotamiento de los recursos internos ya no existiría: “No será necesario agotar los recursos internos cuando: a) No haya razonablemente disponibles recursos internos que provean una reparación efectiva o los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación; b) En la tramitación del recurso exista dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca; c) No existía en la fecha en la que se produjo el perjuicio vínculo pertinente entre la persona perjudicada y el Estado cuya responsabilidad se invoca; d) La persona perjudicada esté manifiestamente impedida de ejercer los recursos internos; o e) El Estado cuya responsabilidad se invoca haya renunciado al requisito de que se agoten los recursos internos”.

10 Sin embargo, cabe destacar que la CDI, en el comentario al artículo 1 del *Proyecto de artículos sobre la protección diplomática*, ha decidido, en consideración de la naturaleza evolutiva de la posición del individuo en el sistema jurídico internacional (punto 4 del Comentario al artículo 1), dejar abierta la cuestión: “El proyecto de artículo 1 está redactado de manera que quede abierta la cuestión de si el Estado que ejerce la protección diplomática lo hace por derecho propio o en virtud del de su nacional, o ambas cosas. Considera la protección diplomática desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado y subraya que es un procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad del Estado por el perjuicio causado al nacional de resultados de un hecho internacionalmente ilícito”. (punto 5 del comentario al artículo 1). En

lugar, hay que considerar que, si el Estado de origen decidiera intervenir en la protección diplomática y efectivamente lograra obtener una compensación del Estado territorial, la compensación no se pagaría directamente al inversor, sino a su Estado de ciudadanía. En consecuencia, es este último quien debe entonces proporcionar la indemnización al inversor aunque, en cualquier caso, dicho Estado no tenga obligación jurídica de pagar la indemnización recibida al perjudicado. Un último perfil problemático – de carácter más general – que cabe señalar es que el éxito real de cualquier intervención del Estado en materia de protección diplomática es, de hecho, muy aleatorio y depende también del equilibrio de poder entre los dos Estados, con todas las distorsiones que esto puede conllevar.

En una época más reciente, más precisamente desde la década de 1970, coincidiendo con el proceso de descolonización, la solución que se ha consolidado en el derecho internacional de inversiones para superar estos problemas ha sido la de la creación de un sistema de arbitraje entre Estados e inversores extranjeros, para proteger las inversiones realizadas por estos últimos¹¹. La estipulación de acuerdos bilaterales de

doctrina sobre este punto véase, *inter alios*, P. PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2006, pp. 68 ss.; M. I. PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, pp. 669 y ss.; A. VERMEER-KÜNZLI, *Diplomatic Protection as a Source of Human Rights Law*, en DINAH SHELTON (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, 2013, pp. 250 y ss.; ELISA ORTEGA VELÁZQUEZ, *Naturaleza jurídica de la protección diplomática a la luz del desarrollo progresivo del derecho internacional: ¿derecho del Estado o de la persona humana?*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2016, pp. 3 y ss.

- 11 Cabe recordar que el primer tratado bilateral que introdujo un sistema de arbitraje entre Estado e inversor fue el Tratado Bilateral de Inversiones entre Indonesia y los Países Bajos (es decir, entre una antigua colonia y el Estado colonizador), firmado en 1968 y que entró en vigor en 1971. El texto del Tratado se puede encontrar fácilmente en Internet, por ejemplo en el

inversión entre Estados con cláusulas que prevén, como método para resolver cualquier controversia relacionada con la falta de protección de las inversiones de particulares extranjeros por parte del Estado receptor, el uso de arbitraje que ver oponerse no al Estado receptor y al Estado al que pertenece el inversor, sino a este último directamente se ha convertido en una práctica generalizada¹². Este sistema se define, en inglés, *Investor-state dispute settlement* (I.S.D.S.) o, en español, arbitraje de diferencias inversor-estado y constituye una excepción (aunque hay que reconocer que no es la única) al derecho internacional en el que la regla general es que cuando se acusa a un Estado de haber violado el derecho internacional y la controversia se resuelve vía judicial o arbitraje, las partes involucradas son los Estados soberanos, mientras que no se suele producir un conflicto directo entre el Estado (entidad soberana) y persona privada, natural o jurídica (sujeto)¹³. El sistema I.S.D.S. se com-

enlace: <https://jusmundi.com/en/document/treaty/fr-indonesia-netherlands-bit-1968-indonesia-netherlands-bit-1968-sunday-7th-july-1968> (Último acceso: 1/3/2024).

- 12 A la fecha, según datos proporcionados por la UNCTAD, se han firmado 2.832 acuerdos de este tipo, de los cuales 2.200 se encuentran vigentes, ver <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/> (Último acceso: 3/3/2024).

- 13 *"The growth of international arbitration in recent decades was primarily driven by disputes arising under contracts containing arbitration agreements. But, two decades ago, it was said that 'explorers had set out to discover a new continent for international arbitration'. This 'new continent' permitted a qualifying investor with a qualifying investment to commence an international arbitration against a sovereign state even if it did not have a contract with that sovereign. It was labelled 'arbitration without privity'. The principal means to arrive at this new continent was via a network of bilateral and multilateral treaties for the promotion and protection of investment (including investment chapters in free trade agreements). These treaties revolutionised international law. They empowered an aggrieved investor to claim directly against a host state (without the intervention of that investor's home state) if the investor considered that the host state was in breach of the substantive protections contained in the relevant investment*

pleta con la posibilidad de que el arbitraje -además de un tribunal arbitral *ad hoc*, establecido caso por caso- sea confiado a una de las estructuras actualmente existentes, en primer lugar el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)¹⁴ (que es una institución dentro del Grupo del Banco Mundial) u otras estructuras como la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, el *Singapore International Arbitration Center*, el *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, el *Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration*, el *International Chamber of Commerce*¹⁵.

treaty"; ver N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, *Redfern and Hunter on International Arbitration (Seventh Edition)*, Oxford, 2023, par. 1.14.

- 14 Establecido por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI o Convenio), abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965. El texto oficial del Convenio en español (que es uno de los idiomas oficiales del Convenio del CIADI junto con inglés y francés) también se pueden encontrar en el enlace: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>(Último acceso: 3/3/2024). Como se aclara en el artículo 1, párrafo 2 del Convenio CIADI, el objetivo del Centro es “facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio”.
- 15 De los datos del sitio web de la UNCTAD (actualizados al 31 de diciembre de 2023) se desprende que actualmente hay 1.303 arbitrajes de inversión (el número incluye tanto los casos aún pendientes como los concluidos), de los cuales 812 (es decir, más del 60%) fueron presentado ante el CIADI, ver <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (Último acceso: 3/3/2024). Esta clara preferencia por el sistema CIADI está determinada por la presencia de un artículo del Convenio CIADI, específicamente el art. 54, que dispone que el laudo arbitral es inmediatamente vinculante y tiene la misma fuerza de cosa juzgada que una sentencia definitiva del Estado interesado: “Artículo 54.(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si

Para cumplir este paso de una relación jurídica bilateral de derecho internacional, de carácter procesal, entre Estado (anfitrión) y Estado (al que pertenece el inversor) a una entre Estado (anfitrión) y particular (inversor) es necesaria la renuncia por al Estado de origen su derecho a intervenir en la protección diplomática. En el Convenio del CIADI, por ejemplo, esto ocurre con todos los Estados partes en virtud de su artículo 27¹⁶.

se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran. (2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General. (3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda". Por el contrario, la norma del derecho internacional general - de la cual el artículo 54 del Convenio del CIADI constituye una excepción - es la prevista por el Convenio para el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocido como Convenio de Nueva York de 1958, según el cual los laudos arbitrales extranjeros, para ser ejecutables en el territorio de un Estado, deben obtener el reconocimiento de la autoridad judicial competente del Estado en cuestión y luego ser ejecutados. El texto del Convenio de Nueva York, en español, se puede encontrar fácilmente en Internet, por ejemplo en el enlace: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf> (Último acceso: 4/3/2024)

16 Artículo 27 del Convenio del CIADI: "(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo. (2) A los efectos de este Artículo, no se

En general, este sistema -en el que la resolución de controversias relativas a la protección de inversiones privadas extranjeras se confía a un arbitraje internacional en el que las partes contrarias son el Estado receptor por un lado y el inversor privado directamente por el otro- se considera más favorable a los inversores que el sistema centrado en la protección diplomática por parte del Estado de origen del inversor. Entre otras cosas permite a los inversores extranjeros evitar los tribunales internos, con las relativas ventajas, en particular en lo que respecta a la duración de los procedimientos y los riesgos de su imperfecta imparcialidad.

Sin embargo, este sistema también pone de relieve limitaciones como, por ejemplo, la falta de transparencia¹⁷, la escasa previsibilidad de las decisiones¹⁸, la falta de un mecanismo de apelación que pueda promover la

considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia”.

- 17 Ver S.D. FRANCK, J. FREDA, K. LAVIN, T. LEHMANN, A. VAN AAKEN, *The Diversity Challenge: Exploring the “Invisible College” of International Arbitration*, en *Columbia Journal of Transnational Law*, 2015, pp. 429 y ss.; D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *La transparencia como paradigma del arbitraje de inversiones*, en A. TANZI, A. ASTERITI, R. POLANCO LAZO, P. TURRINI, *International Investment Law in Latin America / Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff International Investment Law Series, Volume 5, 2016, pp. 244 y ss.; E. M. HAFNER-BURTON, D. G. VICTOR, *Secrecy in International Investment Arbitration: An Empirical Analysis*, en *Journal of International Dispute Settlement*, 2016, pp. 161 y ss.; N. FEBLES POZO, *Un análisis crítico de las normas sobre transparencia en los reglamentos de arbitraje internacional: La CCI, el CIADI y la CNUDMI*, en *Cadernos de Dereito Actual*, 2019, pp. 57 y ss.
- 18 Ver Y. BANIFATEMI, *Consistency in the Interpretation of Substantive Investment Rules: Is It Achievable?* en R. ECHANDI, P. SAUVÉ (eds.), *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum*, Cambridge, 2013; T. SCHULTZ, *Against Consistency in Investment Arbitration*, en Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN, J. VIÑUALES (eds.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford, 2014.

coherencia del sistema¹⁹, costos excesivos²⁰ también determinado por la ocurrencia de procedimientos paralelos²¹, la aplicación del principio de “el que pierde, paga” en lo que respecta a la imputación de las costas procesales²², el riesgo del llamado “*chilling effect*”, es decir, un desincentivo para que los Estados adopten políticas públicas legítimas, como normas medioambientales o sociales, por miedo a verse sujetos a costosas disputas²³. Todas estas consideraciones han determinado lo que se ha definido doctrinalmente como una “crisis de legitimidad” del sistema I.S.D.S.²⁴. No es casualidad que desde 2017 el Grupo de Trabajo III de la

- 19 Ver M. FELDMAN, *Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power*, en *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2017, pp. 528 y ss.
- 20 Ver S. D. FRANCK, *Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration*, en *Washington University Law Review*, 2011, pp. 769 y ss.; ID., *Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration*, Oxford, 2019.
- 21 Ver G. ZARRA, *Procedimenti paralleli*, en D. MANTUCCI (dir.), *L'arbitrato negli investimenti internazionali - Trattato di Diritto dell'arbitrato - Vol. XIII*, Napoli, 2021, pp. 421 y ss.
- 22 Véase, por ejemplo, lo que resolvió el Tribunal de Arbitraje del CIADI en el caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Arab Republic Of Egypt Case No. Arb/84/3*, punto 207: “*In a case such as the present one, where the measure of compensation is determined largely on the basis of the out-of-pocket expenses incurred by the claimant, there is little doubt that the legal costs incurred in obtaining the indemnification must be considered as part and parcel of the compensation in order to make whole the party who suffered the loss and had to litigate to obtain compensation*”. El texto del laudo arbitral se puede encontrar en Internet en el enlace: <https://icsid.worldbank.org/> (Último acceso el 5/3/2024)
- 23 Ver K. TIENHAARA, *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*, en *Transnational Environmental Law*, 2018, pp. 229 ss.
- 24 Sobre la crisis de legitimidad del sistema I.S.D.S. ver, *inter alios*, S. D. FRANCK, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, en *Fordham Law Review*, 2005, pp. 1521 y ss.; C. N. BROWER, S. W. SCHILL, *Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?*, en *Chicago Jour-*

nal of International Law, 2008, pp. 471 y ss.; M. WAIBEL, A. KAUSHAL, K.-H. CHUNG, C. BALCHIN, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Alphen aan den Rijn, 2010; A. HENKE, *La crisi del sistema ISDS e il progetto di una nuova corte internazionale permanente, ovvero della fine dell'arbitrato in materia di investimenti*, en *Diritto del Commercio Internazionale*, 2017, pp. 133 y ss.; P. NILO DONOSO, *Crisis de legitimidad en el arbitraje inversionista-estado: ¿apariciencia o realidad?* ACHMEA, CNUDMI y UNASUR como distintos caminos con rumbo común, en *Anuario de Derecho Público*, 2018, pp. 227 y ss.; D. BEHN, O. K. FAUCHALD, M. LANGFORD, *Introduction: The Legitimacy Crisis and the Empirical Turn*, en *The Legitimacy of Investment Arbitration Empirical Perspectives*, Cambridge, 2022, pp. 1 – 38.

- 25 “La Comisión confirió al Grupo de Trabajo III un mandato amplio para que trabajara en lo relativo a la posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados. En consonancia con los procesos de la CNUDMI, el Grupo de Trabajo III, en cumplimiento de ese mandato, velaría por que las deliberaciones, además de aprovechar la gama más amplia posible de conocimientos especializados de que dispusieran todos los interesados, fuesen dirigidas por los Gobiernos, se nutrieran con aportes de alto nivel de todos los Gobiernos, se basaran en el consenso y fueran plenamente transparentes. El Grupo de Trabajo procedería a) en primer lugar, a determinar y examinar las inquietudes relacionadas con la solución de controversias entre inversionistas y Estados; b) en segundo lugar, a evaluar si era deseable emprender una reforma a la luz de las inquietudes que se hubiesen detectado; y c) en tercer lugar, si el Grupo de Trabajo llegaba a la conclusión de que la reforma era deseable, a elaborar las soluciones pertinentes que cabría recomendar a la Comisión. La Comisión acordó que se diera al Grupo de Trabajo un amplio margen de discrecionalidad para el cumplimiento de su mandato, y que las soluciones a que se llegara se definieran teniendo en cuenta la labor que estuviesen realizando en ese momento las organizaciones internacionales pertinentes y de modo tal que cada Estado tuviera la posibilidad de elegir si deseaba, y en qué medida, adoptar la o las soluciones propuestas”; ver Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), 50º período de sesiones (3 al 21 de julio de 2017), núm. 17 (A/72/17), párr. 264. El informe se puede encontrar fácilmente en Internet en los idiomas oficiales de las Naciones Unidas en el enlace: <https://undocs.org/> (Último acceso: 4/3/2024). Los trabajos del Gru-

y también dentro del CIADI, a partir de 2018 se inició un intenso proceso de consulta entre la Secretaría y los Estados miembros para avanzar en la reforma del reglamento del Centro²⁶.

2.- La protección de las inversiones en los acuerdos comerciales de la unión europea:

En los últimos años, la UE ha asumido un papel de liderazgo en la escena internacional también en lo que respecta a los arbitrajes de inversión conforme al derecho internacional, en particular a través de los llamados acuerdos comerciales de segunda generación²⁷.

po de Trabajo III se pueden consultar en el siguiente enlace: https://unctral.un.org/en/working_groups/3/investor-state (Último acceso: 4/3/2024).

- 26 La última (cuarta) enmienda al Convenio del CIADI entró en vigor el 1 de julio de 2022: <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments> (Último acceso: 5/3/2024).

- 27 La elección de la Unión Europea de posicionarse como un nuevo actor en la regulación de las inversiones a través de sus propios acuerdos comerciales celebrados sobre una base bilateral estuvo determinada, *inter alios*, por el fracaso del intento, presentado en la Conferencia Ministerial de Cancún de la Organización Mundial del Comercio en 2003, cuyo objetivo era introducir el debate sobre el comercio y las inversiones en el marco de las negociaciones multilaterales entre los miembros de la OMC. Como recuerda la doctrina: *“la Conferenza ministeriale dell'OMC di Cancùn del 2003 aveva stralciato le discussioni su commercio e investimenti ed altri Singapore Issues (concorrenza, appalti pubblici, facilitazione al commercio) dalla sede negoziale multilaterale, determinando la ricerca della loro regolamentazione in via bilaterale o regionale. L'Unione si è accinta ad affrontare una sfida negoziale a ampio raggio in materia di investimenti conoscendo tre "approcci" normativi: accordi bilaterali sugli investimenti (BITs); il diritto dell'OMC (in particolare il General Agreement on Trade in Service - GATS - relativamente alla liberalizzazione della terza modalità di fornitura di un servizio da parte di prestatori stranieri attraverso la costituzione di una presenza commerciale nello Stato di destinazione) e il diritto del mercato interno dell'Unione euro-*

La Unión Europea tiene una larga tradición de acuerdos comerciales y es sin duda uno de los actores más relevantes del sistema económico internacional actual²⁸. Sin embargo, en los últimos años los acuerdos comerciales firmados por la Unión Europea con terceros Estados y otras organizaciones regionales han tenido una evolución ligada al objeto de los propios acuerdos: mientras que, en realidad, los menos recientes se centraban en la eliminación (o al menos en la reducción) de las barreras arancelarias al comercio, los acuerdos comerciales estipulados en los últimos años son decididamente más ambiciosos. Además de promover el movimiento de bienes y servicios entre las partes mediante la eliminación de barreras arancelarias, dichos acuerdos tienen como objetivo la promoción del desarrollo sostenible, afirmando valores como la protección del medio ambiente²⁹ y de los trabajadores, los derechos

pea (specialmente sulle libertà di stabilimento e di movimento dei capitali). Nello stesso periodo si è però anche verificata una spinta evolutiva endogena al diritto internazionale degli investimenti, in risposta alla quale, in assenza di un consenso o di un interesse più esteso a livello globale, gli ambiti convenzionali bilaterali o regionali sono diventati sede di rielaborazione della disciplina sostanziale degli investimenti e dei meccanismi ai quali è affidata, in questo ambito, la risoluzione delle controversie”; ver L. MOLA, Liberalizzazione e protezione degli investimenti esteri, op. cit., p. 212.

- 28 La Unión Europea es parte en cuarenta y siete acuerdos comerciales que abarcan setenta y nueve socios, lo que la convierte en la red comercial más grande del mundo.
- 29 I. BARTHESAGHI, N. DE MARIA CALVELO; N. MELGAR ALASSIO, M.E. PEREIRA., *op. cit.*, p. 453 sostienen que: “Estos temas no son menores, ya que la UE exige buenas prácticas ambientales a la hora de firmar sus acuerdos comerciales. En la actualidad, es muy importante que se puedan manejar tales aspectos, debido a los niveles de contaminación y a la importancia que adquiere el tema en la agenda global. Que un organismo ejemplo como la UE reclame condiciones aceptables, es muy positivo en el comercio internacional donde puede ser un estímulo para que otros países adopten estas prácticas saludables... Ahora bien, las exigencias en normas y disposiciones medioambientales no pueden constituir una barrera más para el comercio con los países en desarrollo, lo que alienta a economías como la europea a impulsar dichos temas con suma

de propiedad intelectual, el crecimiento inclusivo, la investigación y el desarrollo y la protección de los derechos humanos.

Desde un punto de vista jurídico, el comportamiento de la Unión es plenamente legítimo, ya que, en virtud de los artículos 205 TFUE y 21 TUE, su acción en la escena internacional debe basarse en la “exportación” de sus valores y principios³⁰.

transparencia y una lógica de cooperación, sobre todo cuando se trata de países de menor desarrollo”.

- 30 En particular: “la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional” (art. 21, pár. 1 TUE). En el segundo párrafo se encuentra una lista de los objetivos que la UE quiere alcanzar mediante la definición y ejecución de políticas comunes y acciones y logrando un alto grado de cooperación en todos los ámbitos de las relaciones internacionales “a) *defender sus valores, intereses fundamentales, seguridad, independencia e integridad; b) consolidar y respaldar la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y los principios del Derecho internacional; c) mantener la paz, prevenir los conflictos y fortalecer la seguridad internacional, conforme a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como a los principios del Acta Final de Helsinki y a los objetivos de la Carta de París, incluidos los relacionados con las fronteras exteriores; d) apoyar el desarrollo sostenible en los planos económico, social y medioambiental de los países en desarrollo, con el objetivo fundamental de erradicar la pobreza; e) fomentar la integración de todos los países en la economía mundial, entre otras cosas mediante la supresión progresiva de los obstáculos al comercio internacional; f) contribuir a elaborar medidas internacionales de protección y mejora de la calidad del medio ambiente y de la gestión sostenible de los recursos naturales mundiales, para lograr el desarrollo sostenible; g) ayudar a las poblaciones, países y regiones que se enfrenten a catástrofes naturales o de origen humano; y h) promover un sistema internacional basado en una cooperación multilateral sólida y en una buena gobernanza mundial”.* Un estudio detallado de los valores de la UE en su acción exterior es el de E. SCISO, R. BARATTA, C. MORVIDUCCI (a cura di), *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, Torino, 2016.

Estos últimos acuerdos se definen como acuerdos de “segunda generación” o “nueva generación” para contrastarlos con los de “primera generación”, centrados precisamente en la mera eliminación de barreras arancelarias.

El cambio de rumbo de la UE es, además, el resultado de una elección muy específica, que deriva de la adopción de una estrategia concreta por parte de la Comisión, la estrategia “Comercio para todos”³¹. La idea subyacente es promover tanto los valores como los intereses de la Unión a través de una política comercial y de inversiones más responsable y eficaz³². La norma del tratado que entra en juego es evidentemente

³¹ *Comercio para todos. Hacia una política de comercio e inversión más responsable*. COM(2015) 497 final, 14 de octubre de 2015. El texto completo de la Comunicación puede consultarse en el enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0497> (Último acceso: 17.02.2024). En inglés ver también EUROPEAN COMMISSION. *Trade for all*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2015, pp. 1-40, disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d90eda7c-7299-11e5-9317-01aa75ed71a1> (Último acceso 5/3/2024). Sobre el tema véase, *inter alios*, A. BONFANTI, *Diritti umani e politiche dell'Unione europea in materia commerciale e di investimenti stranieri: la comunicazione 'Commercio per tutti', tra regionalismo e multilateralismo economico*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, pp. 233 y ss.

³² En lo que respecta en particular a la política de inversiones, en el punto 4.1.2 de la Comunicación la Comisión destaca cómo la UE “se halla en la mejor situación —y tiene una responsabilidad especial— para liderar la reforma del régimen mundial de inversiones, como fundadora y agente principal de dicho régimen. La Comisión, que tiene nuevas responsabilidades de protección de las inversiones desde que el Tratado de Lisboa transfirió a la UE competencias en este ámbito, ha convertido la reforma en una prioridad y está dispuesta a asumir el liderazgo a nivel mundial”. Partiendo de estas premisas, se afirma que en la nueva estrategia la Comisión: “incluirá, en un primer momento, disposiciones modernas en los acuerdos bilaterales que hagan más hincapié en el derecho de los Estados a regular, algo que no se destacaba lo suficiente en el pasado. Los acuerdos bilaterales de la UE comenzarán a transformar la antigua

el art. 207, primer párrafo del TFUE, que contiene los valores fundamentales de la política de comercio exterior de la UE³³.

Por tanto, a la luz de su propósito y objeto, es posible calificar los acuerdos firmados por la UE con Corea del Sur³⁴, Colombia-Perú-Ecuador³⁵, Países centroamericanos (Costa Rica,

solución de diferencias entre un inversor y un Estado en un sistema público de tribunales de inversiones, compuesto por un Tribunal de Primera Instancia y un Tribunal de Apelación, que funcione como los órganos jurisdiccionales tradicionales. Habrá un código de conducta claro para evitar los conflictos de intereses, jueces independientes con una alta cualificación técnica y jurídica, comparable a la exigida a los miembros de tribunales internacionales permanentes, como la Corte Internacional de Justicia y el Órgano de Apelación de la OMC; paralelamente, cooperará con los socios a fin de lograr un consenso para un Tribunal Internacional de Inversión auténtico y permanente; apoyará, a largo plazo, la incorporación de normas de inversión en la OMC, lo cual sería una oportunidad para simplificar y actualizar la red existente de acuerdos bilaterales, a fin de establecer un sistema más claro, legítimo e inclusivo; y antes de que concluya su mandato, hará balance de los progresos, revisará la Comunicación de 2010 sobre la inversión internacional y trazará el camino que debe seguirse”.

33 Art. 207 TFUE: “1. La política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones extranjeras directas, la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, entre ellas las que deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones”.

34 Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, firmado el 6 de octubre de 2010 y que entró en vigor el 13 de diciembre de 2015. El texto completo del acuerdo se puede consultar en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A22011A0514%2801%29> (Último acceso: 5/3/2024).

35 Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, firmado el 26 de junio de 2012 y que entró en vigor, con carácter provisional, el 1 de marzo de 2013 entre la UE y Perú

El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá)³⁶, Canadá (CETA)³⁷, Singapur³⁸, Japón³⁹, Reino Unido⁴⁰, Vietnam⁴¹,

y el 1 de agosto de 2013 entre la UE y Colombia. El texto completo del acuerdo puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A22012A1221%2801%29> (Último acceso: 5/3/2024).

36 *Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Unión Europea y Centroamérica*, firmado el 29 de junio de 2012 y que entró en vigor provisionalmente el 1 de agosto de 2013 con Honduras, Nicaragua y Panamá y el 1 de diciembre de 2013 con Guatemala. El texto completo del acuerdo puede consultarse en Internet: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:22012A1215\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:22012A1215(01)). (Último acceso: 5.3.2024).

37 *Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la Unión Europea*, firmado el 30 de octubre de 2016 y que entró en vigor provisionalmente el 21 de septiembre de 2017. El texto completo del Acuerdo puede consultarse en Internet: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:22017A0114(01)). (Último acceso: 5/3/2024).

38 *Acuerdo de Libre Comercio UE-Singapur*, firmado el 19 de octubre de 2018 y que entró en vigor el 21 de noviembre de 2019. El texto completo del Acuerdo, en inglés, puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX%3A22019A1114%2801%29>. (Último acceso: 5/3/2024).

39 *Acuerdo de Asociación Económica UE-Japón*, entró en vigor el 1 de febrero de 2019. El texto completo del acuerdo puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02018A1227%2801%29-20220201>. (Último acceso: 5/3/2024).

40 *Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra*, firmado el 30 de diciembre de 2020 y que entró en vigor el 1 de mayo de 2021. El acuerdo, que regula las relaciones con Gran Bretaña tras la retirada de este país de la Unión Europea, puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A22021A0430%2801%29> (Último acceso: 5/3/2024)

41 *Acuerdo de Libre Comercio (ALC) entre la Unión Europea (UE) y la República Socialista de Vietnam*, firmado el 30 de junio de 2019 y que entró en vigor el 31 de julio de 2020. El texto completo del Acuerdo, en italiano, puede consultarse en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A22020A0612%2801%29>. (Último acceso: 5/3/2024)

México⁴², Mercosur⁴³, Chile⁴⁴, Kenya⁴⁵, Nueva Zelanda⁴⁶ como acuerdos de nueva (o segunda) generación.

Algunos de ellos establecen normas sobre la protección de las inversiones⁴⁷, proporcionando en particular herramientas *ad hoc* para

42 V. *supra*.

43 El 28 de junio de 2019, la Unión Europea y Mercosur, tras casi dos décadas de negociaciones, alcanzaron un acuerdo político sobre un acuerdo comercial. El texto del acuerdo de principio, en inglés, puede consultarse en Internet: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/mercosur/eu-mercosur-agreement/text-agreement_en. (Último acceso: 5/3/2024). Para un análisis del acuerdo entre la Unión Europea y Mercosur, permítanme referirme a L. PASQUALI, *Il contributo dell'accordo UE - Mercosur alla governance internazionale dell'ambiente*, en NOMOS, 2020, pp. 179-200.

44 En 2022, la Unión Europea y Chile alcanzaron un acuerdo político sobre el Acuerdo Marco Avanzado UE-Chile, que modernizaría el anterior acuerdo de asociación de 2002, actualmente en vigor entre ambas partes. El texto del acuerdo de principio, en inglés, puede consultarse en Internet: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/chile/eu-chile-agreement/text-agreement_en. (Último acceso: 5/3/2024).

45 El 19 de junio de 2023, la Unión Europea y Kenya concluyeron las negociaciones sobre un *Economic Partnership Agreement* que entró en vigor el 1 de julio 2024. El texto del acuerdo puede consultarse en Internet: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/east-african-community-eac/eu-kenya-agreement/text-agreement_en. (Último acceso: 5/3/2024).

46 El 30 de junio de 2022, la Unión Europea y Nueva Zelanda alcanzaron un acuerdo político sobre un ambicioso acuerdo comercial que entró en vigor el 1 de mayo 2024. El texto del acuerdo puede consultarse en Internet: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/new-zealand/eu-new-zealand-agreement/text-agreement_en. (Último acceso: 5/3/2024).

47 Sobre el intento de la Unión Europea de promover la protección de intereses no económicos de carácter público atribuibles al desarrollo sostenible, también a

la resolución de disputas entre Estados extranjeros y particulares en relación con inversiones extranjeras, contribuyendo así al desarrollo del derecho internacional también en este sector específico. En concreto, se trata de acuerdos entre la Unión Europea y sus estados miembros por un lado y respectivamente Canadá⁴⁸, Singapur⁴⁹,

través de la política de inversiones, véase P. ACCONCI, *Investimenti stranieri sostenibili: diritto e governance internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2023.

48 V. Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la Unión Europea, Sección F, artt. 8.18 – 8.45.

49 V. Propuesta de decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Singapur, por otra, COM(2018) 194 final, Capítulo Tres - Solución De Diferencias. El texto completo del documento se puede encontrar en el enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0194>. (Último acceso: 6/3/2024). Como afirma la Comisión: “*Trade and investment negotiations between the EU and Singapore have been finalised and the legal revision of the texts has been completed. The text of the EU-Singapore investment protection agreement presented in this webpage is made public solely for information purposes. The agreement presented in this document is not binding under international law and will only become so after completion by each Party of its internal legal procedures necessary for the entry into force of the Agreement*”. Véase el descargo de responsabilidad en la página web dedicada al acuerdo en el enlace: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/singapore/eu-singapore-agreements/texts-agreements_en (Último acceso: 6/3/2024).

Vietnam⁵⁰, Chile⁵¹ y de hecho México⁵² por el otro.

La idea básica, que inspiró las decisiones de la Unión Europea a este respecto, parte de un enfoque crítico del sistema de resolución de con-

50 V. Propuesta de decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Socialista de Vietnam, por otra, COM(2018) 693 final, Capítulo Tres - Solución De Diferencias. El texto completo del documento se puede encontrar en el enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0693>. (Último acceso: 6/3/2024). También en este caso, la Comisión aclaró que *“the text of the EU-Vietnam investment protection agreement presented in this webpage is the text at the end of the negotiation conducted by the European Commission and is made public solely for information purposes. The agreement presented in this document is not binding under international law and will only become so after completion of the ratification process by each Party according to its internal legal procedures”*. Véase el descargo de responsabilidad en la página web dedicada al acuerdo en el enlace: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/vietnam/eu-vietnam-agreement/texts-agreements_en (Último acceso 6/3/2024).

51 Véase EU-Chile Advanced Framework Agreement, Chapter 10, Section D - RESOLUTION OF INVESTMENT DISPUTES AND INVESTMENT COURT SYSTEM. El texto completo del documento se puede encontrar en el enlace: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/chile/eu-chile-agreement/text-agreement_en (Último acceso el 15/03/2024). También en este caso, la Comisión aclaró que: *“In view of the Commission's transparency policy and of growing public interest in the negotiations, the Commission published upon its political conclusion the Trade and Investment Pillar of the EU-Chile Advanced Framework Agreement. It was published for information purposes only, and thus subject to further modification, including as a result of the process of legal revision”*.

52 V. Modernisation of the Trade part of the EU-Mexico Global Agreement, Section [X]: Resolution Of Investment Disputes. El texto completo del documento se puede encontrar, en inglés, en el enlace: <https://circabc.europa.eu/ui/group/092424a36-a438-40fd-a7af-fe32e36cbd0e/library/9f9e6630-7c43-49df-8a5f-653a23839b94/details> (Último acceso: 6/3/2024).

troversias entre inversor y Estado vigente en el derecho internacional, cuyos defectos lo hacen inadecuado como sistema de resolución de disputas de inversión⁵³.

Estos defectos, como hemos visto, van desde la falta de transparencia hasta el riesgo de procedimientos arbitrales paralelos, sin considerar la aplicación del principio de “quien pierde, paga” en lo que respecta a la imputación de las costas procesales.

Si analizamos las normas sobre resolución de litigios entre Estados extranjeros y particulares en materia de inversiones extranjeras contenidas en estos acuerdos, es posible encontrar una estructura bien definida, común a todos los acuerdos, que demuestra claramente la intención de la Unión Europea Unión de reformar el sistema presente en el derecho internacional, siguiendo directrices precisas. Para aclarar cuáles son estos lineamientos, como se anticipó *supra*, procederemos a analizar las normas pertinentes del nuevo acuerdo de asociación entre la Unión Europea y México que, como se mencionó, según palabras de la Comisión “*aplica plenamente el nuevo planteamiento de la UE sobre la protección de las inversiones y la solución de diferencias relacionadas con inversiones*”⁵⁴.

53 “*The EU insists that there can be no return to old-style ISDS. Under no conditions can old-style ISDS be included in the agreement.*”; véase EU-Japan EPA – The Agreement in Principle, 6 julio 2017, p. 1. El texto completo del documento se puede encontrar en el enlace: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/julio/tradoc_155693.doc.pdf (Último acceso: 6/3/2024). En doctrina, ver GUS VAN HARTEN, *The European Union's Emerging Approach to ISDS: a Review of the Canada-Europe CETA, Europe-Singapore FTA, and European-Vietnam FTA*, en *University of Bologna Law Review*, 2016, pp. 139 y ss.

54 V. *supra*.

3.- El sistema de resolución de disputas sobre inversiones introducido por el acuerdo UE-México como emblema del nuevo enfoque de la Unión Europea hacia el sistema I.S.D.S.:

En el nuevo Acuerdo entre la UE y México se trata en detalle la resolución de controversias entre Estados extranjeros y particulares en materia de inversiones, con treinta y tres artículos dedicados a ella.

La primera novedad que introduce el Acuerdo (así como los demás acuerdos de la UE de segunda generación) es la ampliación del número de categorías de sujetos potencialmente implicados en la resolución de controversias relativas al derecho internacional de inversiones. Como mejor explicado *supra*, cuando la protección de las inversiones de particulares extranjeros en el plano internacional dependía de la protección diplomática, la relación jurídica que surgía, en el plano internacional, involucraba exclusivamente a una categoría de sujetos jurídicos: los Estados. Como ya se ha observado, una primera evolución significativa se produjo, en un período bastante reciente, con la adopción de acuerdos (primero bilaterales y luego multilaterales) en los que la resolución de las controversias relativas a las inversiones extranjeras se confía a arbitrajes internacionales. En estos arbitrajes las partes que se oponen, en el plano internacional, son los Estados, por un lado, y a las personas (físicas o jurídicas), por el otro. Se trata del llamado sistema I.S.D.S. Ahora, gracias a los acuerdos comerciales de nueva generación de la UE, está aumentando el número de sujetos que pueden ser llamados a participar en una resolución arbitral o judicial de disputas relativas a inversiones a nivel internacional: además de los Estados -que desde siempre lo son- y de los individuos (que lo han sido desde una época más reciente), con estos últimos acuerdos puede verse involucrada una categoría adicional de sujetos de derecho internacional, las organizaciones internacionales. Como de hecho se indica claramente en el acuerdo entre la UE y México, en un proceso iniciado por un inversionista extranjero conforme a las reglas específicas contenidas en el mismo, el papel de demandado puede atribuirse no sólo a un Estado, sino también, cuando existen ele-

mentos en este sentido en el caso concreto, a la Unión Europea, osea a una organización internacional⁵⁵.

El acuerdo UE-México (así como los demás acuerdos comerciales de segunda generación mencionados) también aporta una innovación fundamental en comparación con el mecanismo estándar para resolver disputas entre Estados e inversores privados extranjeros previsto por el derecho internacional que, como se ha mencionado *supra*, es el arbitraje⁵⁶. En los acuerdos de nueva generación estipulados por la UE, por el contrario, se opta por un mecanismo judicial de resolución de conflictos, lo cual implica la presencia de tribunales permanentes, con jueces designados *ex ante*⁵⁷.

Otra importante novedad del mecanismo judicial del sistema de resolución de disputas entre Estados e inversores privados extranjeros previsto en los acuerdos de segunda generación y específicamente en el Tratado UE/México es la existencia de un segundo nivel de sentencia, confiado a una corte de apelación⁵⁸.

55 Ver Art. 1 de la Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes del Acuerdo UE/Messico en Principio: “(...) *respondent means either Mexico, or in the case of the European Union, either the European Union or the Member State of the European Union concerned as determined pursuant to Article 5 (Request for Determination of the Respondent for Disputes with the European Union or its Member States)*”.

56 Sobre la actitud crítica de la Unión Europea hacia este mecanismo, v. ANTONIO CRIVELLARO, *La tormentata relazione tra l'arbitrato internazionale da investimenti e l'Unione Europea*, en *Diritto del Commercio Internazionale*, 2023, pp. 747 y ss.

57 Ver art. 11-12 de la Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes del Acuerdo UE/Messico en Principio; artt. 8.27 y 8.28 CETA; artt. 3.9 y 3.10 Acuerdo de Protección de las Inversiones UE Singapur; artt. 3.38 y 3.39 Acuerdo de Protección de las Inversiones UE/Vietnam, artt. 10.33 y 10.34 EU-Chile Advanced Framework Agreement.

58 Ver art. 12 de la Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes del Acuerdo UE/Messico en Principio.

En cuanto a la composición tanto de los tribunales de primera instancia como de las cortes de apelación, cabe señalar que ésta se inspira en los dos principios del equilibrio entre las partes, por un lado, y en el “valor” de los jueces, tanto desde el punto de vista técnico y de competencia, como bajo el ético, por otro.

En relación con el primero de los dos perfiles mencionados, el acuerdo entre la UE y México establece que un tercio de los jueces debe tener la ciudadanía de una de las partes, otro tercio la ciudadanía de la otra parte y el tercio restante la ciudadanía de un tercer país⁵⁹.

El acuerdo también exige que, al indicar los miembros del Tribunal de Primera Instancia, las partes tengan cuidado de elegirlos entre personas de diferentes condiciones socio-económicas y pertenecientes a diferentes tradiciones jurídicas⁶⁰. Este último requisito recuerda en cierta medida lo previsto en el art. 14, párrafo 2 del Convenio del CIADI, que exige que al seleccionar a las personas que integran las listas de árbitros, se debe tener cuidado de asegurar que los principales sistemas jurídicos del mundo estén representados⁶¹ (que es también la aceptada en los estatutos de otros tribunales internacionales permanentes, como el Estatuto de Roma en lo que respecta a los jueces de la Corte Penal Internacional⁶²).

59 Ver art. 11, apartado 2 y art. 12, párrafo 3 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/Messico en Principio.

60 Ver art. 11, párrafo 2, nota 3 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/Messico en Principio.

61 Art. 14, apartado 2 del Convenio del CIADI: “Al hacer la designación de las personas que han de figurar en las Listas, el Presidente deberá además tener presente la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica”.

62 Ver art. 36, párrafo 8, letra. a) punto i) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Si se analiza más de cerca, la solución adoptada en el acuerdo UE-México, si bien recuerda la que ya existe en otros tratados internacionales, plantea algunas dudas. Una de las dos partes del acuerdo es México, cuyo derecho se remonta a la tradición jurídica de algunos Estados miembros de la Unión Europea, es decir, la de *civil law* y, más concretamente, la de los Estados pertenecientes a la tradición jurídica del sur de Europa. Ahora bien, como por lo general hasta un tercio de los integrantes de los tribunales de primera y segunda instancia tendrán nacionalidad mexicana, se puede decir que siempre habrá cierta tradición jurídica muy bien representada. Por lo tanto, la condición establecida en el Acuerdo haría muy difícil o, en cualquier caso, mucho más difícil el nombramiento de jueces que sean ciudadanos de Estados miembros de la UE pertenecientes a la misma tradición jurídica que México, que el de ciudadanos de Estados miembros de la UE pertenecientes a otras tradiciones legales. En consecuencia, la disposición en cuestión podría ser ilegítima a la luz de los Tratados de la UE, ya que provocaría, *de facto*, una discriminación basada en la nacionalidad⁶³. Sin duda, habría sido mejor si el acuerdo UE/México tampoco hubiera dicho nada sobre las tradiciones jurídicas, como ocurre con el CETA y los acuerdos UE/Singapur, UE/Vietnam y UE/Chile.

Por el contrario, el acuerdo -que se preocupa por introducir el citado requisito para el nombramiento de jueces- no tiene en consideración la cuestión de género⁶⁴ que es uno de los valores fundamentales de la Unión europea, en virtud del art. 2 TUE y uno de los criterios a tener en

63 Véase, en particular, el art. 2 TUE y art. 18 TFUE.

64 En cambio, la cuestión de género se aborda, aunque en términos no particularmente estrictos, en el acuerdo con Chile, ver art. 10.33, párrafo 3 del EU-Chile Advanced Framework Agreement: “(...) *In appointing the Judges, the Committee is encouraged to consider the need to ensure diversity and a fair gender representation*”.

cuenta al elegir a los jueces que integran otros tribunales internacionales como, por ejemplo, la Corte Penal Internacional⁶⁵.

Otros criterios para el nombramiento de jueces tanto de primera como de segunda instancia, son la competencia por una parte⁶⁶ y la independencia e imparcialidad de los jueces, por otra⁶⁷.

Desde este punto de vista, los órganos encargados de la resolución judicial de los conflictos entre el Estado (o la Unión Europea) y los inversores privados en los acuerdos comerciales de nueva generación de la UE no difieren de lo habitual en los tribunales internacionales permanentes, cuyos jueces deben poseer esencialmente estos mismos requisitos. Sólo por citar algunos ejemplos, tomados de los casos más importantes, es suficiente pensar en los jueces de la Corte Internacional de Justicia⁶⁸, de la Corte Penal Internacional⁶⁹ y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar⁷⁰. Además, lo mismo ocurre con el Tribunal de Justicia y el Tribunal General de la Unión Europea⁷¹. El mismo Convenio del CIADI señala competencia e independencia como criterios necesarios para los árbitros presentes en sus listas⁷². La solución adoptada por el

65 Ver art. 36, párrafo 8, letra. a) punto iii) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

66 Ver art. 11, apartado 4 y art. 12, párrafo 7 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

67 Ver art. 13, párrafo 1 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

68 Ver en particular artículos. 2 y 16 del Estatuto de la CIJ.

69 Ver en particular artículos. 36, 40 y 45 del Estatuto de la CPI.

70 Ver en particular artículos. 2 y 7 Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

71 Ver art. 19, párr. 2, apartado 3 del TUE y sus artículos 253, apartado 1, y 254, apartado 2, TFUE.

72 Ver art. 14, párrafo 1 Convenio del CIADI: *“Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La*

Acuerdo UE-México es, por tanto, en línea con el derecho internacional vigente: de hecho, la competencia, la independencia y la imparcialidad de los jueces están expresamente indicadas como un requisito previo ineludible para un juicio justo por las normas del derecho internacional en materia de derechos humanos⁷³.

En referencia a los requisitos que deben poseer los jueces para integrar el criterio de competencia, tanto para formar parte del tribunal de primera instancia como de la Corte de Apelaciones, el acuerdo UE-México establece que es necesario que los miembros identificados posean las calificaciones solicitadas de nombramiento como magistrado de la Corte Internacional de Justicia⁷⁴. Se trata, por tanto, de una referencia al art. 2 del Estatuto de la CIJ que exige que los candidatos reúnan las “condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales” o ser “jurisconsultos de reconocida competencia en materia de derecho internacional”. Esto significa que el Acuerdo UE/México requiere un mayor grado de especialización de los jueces que el Convenio CIADI. Este último, de hecho, se limita a exigir que los árbitros que forman par-

competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Arbitros”.

73 Art. 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966: “*Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*”. El artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por otra parte, sólo enfatiza la independencia e imparcialidad de los jueces, sin mencionar explícitamente su competencia: “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella*”.

74 Ver artículos. 11, párrafo 4 y 12, párrafo 7 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

te de las listas tengan competencias genéricas, que, además, ni siquiera tienen por qué ser necesariamente jurídicas, pues también pueden ser de carácter comercial, industrial o financiero aunque las legales son consideradas “preeminentes”⁷⁵.

Pasando a analizar el criterio de independencia e imparcialidad, es necesario en primer lugar resaltar cómo el riesgo de falta de imparcialidad constituye una de las principales críticas que lanza la doctrina al sistema I.S.D.S. basado en arbitrajes, y en particular al sistema creado por el Convenio CIADI⁷⁶. No hace falta recordar la diferencia entre los dos conceptos: mientras que la independencia se refiere a la relación entre el juez (o árbitro) y las partes, la imparcialidad tiene por objeto un interés personal del juez (o árbitro) en la controversia.

En cuanto al requisito de independencia en el acuerdo UE/México, en primer lugar se prevé la independencia *stricto sensu* de los jueces, ya que se exige que no estén “afiliados” a ningún gobierno. Esta independencia debe estar “fuera de toda duda”⁷⁷.

Además del hecho de no estar vinculado a un gobierno (independencia en sentido estricto)⁷⁸ el criterio de independencia e imparcia-

75 Ver art. 14, párrafo 1 Convenio del CIADI.

76 V., *inter alios*, la interesante contribución de F. CRISTANI, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Investment Arbitration: An Overview*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2014, p. 153 ss, que presenta datos estadísticos útiles: “A very small group of arbitrators, numbering 15 across the world, have sat on the panels of 55 per cent of the 518 investment treaty disputes known today. The limited number of arbitrators involved in investment disputes has inevitably raised issues of conflict of interest, whether real, or perceived, personal, professional or case- or issue-related”.

77 Art. 13, apartado 1 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio: “The Members of the Tribunal and the Members of the Appeal Tribunal shall be chosen from persons whose independence is beyond doubt”.

78 *Ibíd.*

lidad previsto en el acuerdo en cuestión impone a los jueces un triple tipo de comportamiento negativo⁷⁹. Si un juez viola una de estas tres obligaciones de no hacer, las Partes del acuerdo pueden destituirlo⁸⁰.

La primera obligación, que en cierta medida es corolario de la falta de conexión con un gobierno, es la de no recibir instrucciones de ningún gobierno sobre asuntos relacionados con la disputa.

El segundo comportamiento de tipo negativo que los jueces deben adoptar, por el contrario, se refiere al requisito de imparcialidad. Deben abstenerse de juzgar una disputa si esto genera un conflicto de intereses. En este sentido, el acuerdo UE-México hace referencia a un anexo, que contiene un Código de Conducta específico para los miembros del Tribunal y de la Corte de apelación (así como para los mediadores)⁸¹. En las disposiciones en cuestión también se especifica que la presencia de un conflicto de intereses puede dar lugar a la recusación del juez por una de las partes en litigio⁸².

La tercera y última obligación de *non facere* impuesta a los jueces por el criterio de independencia y imparcialidad se refiere a la participación en disputas sobre inversiones como consultores y peritos de parte, y también como testigos.

79 Ver art. 13, párrafo 1 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio. Una norma similar se encuentra en el art. 8.30, apartado 1 del CETA; en el art. 3.11, párrafo 1 *Acuerdo de Protección de las Inversiones UE Singapur* y en el art. 3.40, párrafo 1 *Acuerdo de Protección de las Inversiones UE/Vietnam*, art. 10.35 EU-Chile Advanced Framework Agreement.

80 Ver art. 13 párrafo 5 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

81 Ver Anexo 1 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

82 Ver art. 13 apartados 2, 3 y 4 acuerdo de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio. Sobre el tema v. *amplius infra*.

Estas precisas obligaciones negativas de los jueces de los tribunales encargados de resolver los conflictos de inversión entre el Estado (o la Unión Europea) y particulares extranjeros derivadas del acuerdo entre la UE y México son mucho más fuertes de las impuestas a los árbitros en el sistema I.S.D.S.. Lo cual, en realidad, no debe de sorprender, si se piensa en la diferencia entre ser juez de un tribunal permanente y ser parte de una mera lista de árbitros (como ocurre, por ejemplo, en el caso del Convenio del CIADI).

Sin embargo, si se hace la comparación con otros tribunales internacionales, se puede ver que, en realidad, estas obligaciones son menores que aquellas a las que están sujetos otros jueces internacionales. De hecho, aunque existen ciertos límites a las actividades que pueden realizar los jueces de los tribunales creados por los acuerdos de nueva generación de la UE, ellos no tienen absolutamente prohibido realizar cualquier otra actividad profesional, como es el caso de los jueces de la Corte Internacional de Justicia⁸³, de la Corte Penal Internacional⁸⁴ o del TJUE⁸⁵. El Acuerdo, sin embargo, establece que, si tras una decisión del Consejo Conjunto, los honorarios de los miembros del Tribunal o de la Corte de Apelación se transforman en un salario regular, ellos serán empleados a tiempo completo y no podrán ejercer cualquier otra actividad profesional, remunerada o no (salvo permiso excepcional concedido respectivamente por el presidente del Tribunal o de la Corte de Apelación⁸⁶).

83 Ver artículos 16 y 17 Estatuto CIJ.

84 Ver art. 40 Estatuto de Roma, que también exige expresamente que los jueces de la CPI desempeñen sus funciones a tiempo completo en la sede de la propia CPI.

85 Ver art. 4 Estatuto del TJUE, que sin embargo prevé la posibilidad de una excepción excepcional concedida por el Consejo.

86 Ver art. 11, apartado 15 y art. 12, párrafo 4 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

Pasando al análisis del mecanismo de resolución de disputas que introduce el Acuerdo, hay que destacar en primer lugar que prevé dos fases, la primera, necesaria⁸⁷, no contenciosa y la posterior, eventual, de carácter judicial. Esta última, a su vez, ofrece dos niveles de juicio.

En cuanto a la primera de las dos fases, hay que señalar que el Acuerdo considera deseable *in primis* una solución amistosa del conflicto⁸⁸, especificando que esto también puede ocurrir después de la presentación de la demanda ante el tribunal⁸⁹.

En cualquier caso, el inversor que desee hacer valer sus motivos debe, antes de poder recurrir ante los tribunales, presentar una solicitud de consultas a la Unión Europea (incluso si las quejas se refieren al comportamiento de un solo Estado⁹⁰) o, respectivamente, a México⁹¹, bajo pena de inadmisibilidad⁹². También se prevé expresamente que siempre será posible recurrir a la mediación⁹³.

La posibilidad de activar el mecanismo de resolución de conflictos previsto en los acuerdos está, sin embargo, sujeta a un plazo, ya que la solicitud de consultas - que, como se ha indicado *supra*, constituye un requisito previo ineludible para la posterior apertura de la fase judicial

87 Ver art. 6, apartado 1, letra. d) de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

88 Ver art. 3, apartado 1 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

89 *Ibid.* Los otros acuerdos comerciales de segunda generación se limitan a indicar que la solución amistosa puede tener lugar en cualquier momento.

90 Ver art. 3, apartado 8 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

91 Ver art. 3, párrafo 4 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

92 Ver art. 6, párrafo 1 letra. d) de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

93 Ver art. 4 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

- debe realizarse en un plazo de tres años desde el momento en que el inversor tuvo conocimiento (o debería haber tenido conocimiento) de la presunta infracción y de las pérdidas o daños consiguientes. Este plazo de prescripción cambia si el inversor ha agotado los procedimientos judiciales internos (o en todo caso ha renunciado expresamente a hacerlo): en este caso, de hecho, el plazo para proponer la solicitud de consultas es de dos años desde el agotamiento de los recursos internos o, alternativamente, desde la renuncia a ellos. En cualquier caso, sin embargo, el procedimiento de consulta no puede más activarse transcurridos diez años desde el momento en que el inversor tuvo conocimiento (o debería haber tenido conocimiento) de la supuesta infracción y de las consiguientes pérdidas o daños⁹⁴.

Además, para la apertura de la fase judicial existe un segundo plazo, que es de dieciocho meses contados a partir de la fecha de la solicitud de consultas: si efectivamente dentro de ese plazo no se presenta la demanda que introduce el procedimiento ante el tribunal *ad hoc*, se presume la renuncia definitiva del inversor a las medidas solicitadas⁹⁵, aplicando el principio *ne bis in idem*.

En efecto, la presentación de la demanda ante el tribunal debe respetar no sólo un plazo final, sino también un plazo inicial. Sin embargo, este plazo es doble. El acuerdo establece, en primer lugar que deben transcurrir al menos 180 días desde la solicitud de consultas⁹⁶. La previsión de esta duración mínima de la fase de consultas tiene el objetivo evidente de conceder a las partes un cierto tiempo para llegar a una solución amistosa. Además de esto, sin embargo, el acuerdo también exige

94 Ver art. 3, apartados 6 y 7 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

95 Ver art. 3, apartado 9 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

96 Ver art. 6 párrafo 1, letra. b) de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

que transcurran al menos 90 días desde cualquier solicitud de determinación por parte del demandado.

En el acuerdo UE/México (así como en los otros acuerdos comerciales de la UE de nueva generación relevantes) la identificación del demandado presenta un problema específico en comparación con lo que sucede en los otros tratados de inversión, bilaterales o incluso multilaterales. La cuestión se plantea concretamente sólo cuando el inversionista que se cree perjudicado por una violación a las reglas del acuerdo es mexicano (y no cuando es europeo). En tales casos, de hecho, en virtud de la naturaleza peculiar de la Unión Europea, es abstractamente posible que la presunta violación sea atribuible a la Unión Europea como sujeto de derecho internacional, o a uno de sus Estados miembros. En el acuerdo UE/México la determinación del demandado se deja a la libre voluntad de la Unión Europea, que debe responder a la solicitud el inversor⁹⁷.

Sólo si la UE no responde en el plazo establecido, el acuerdo prevé que el papel de demandado lo desempeñe quien (Unión Europea o Estado miembro) haya adoptado efectivamente las medidas consideradas perjudiciales por el inversor⁹⁸.

El acuerdo UE/México también considera inadmisibles una solicitud al tribunal en la que se indiquen medidas distintas a las ya especificadas en la solicitud de conciliación⁹⁹. La solicitud de consultas deberá contener, entre otras cosas, la referencia a las disposiciones del acuerdo que

97 Ver art. 5, apartado 3 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

98 Ver art. 5, apartado 4 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

99 Ver art. 6, párrafo 1 letra. y de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

se consideren violadas¹⁰⁰, el fundamento *de facto* y *de jure* de la petición, aclarando las medidas impugnadas¹⁰¹ y especificando la corrección deseada por el solicitante, así como cuantificando el importe de la indemnización¹⁰².

Como se anticipó, si la solución amistosa del conflicto no es posible y si se cumplen todas las condiciones de admisibilidad establecidas en el artículo 6, es posible que un inversor de una de las partes -en su propio nombre y en nombre de una empresa establecida en el país que posee o controla directa o indirectamente- presentar una solicitud de indemnización al Tribunal, iniciando así la fase del litigio.

Las normas procesales aplicables a esta solicitud no se encuentran directamente en el acuerdo UE/México: el art. 7, párrafo 2 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México deja al solicitante la libertad de elegir entre las normas procesales del CIADI y las de la CNUDMI¹⁰³.

Cada parte está obligada a notificar a la otra parte el lugar de entrega de las notificaciones y otros documentos por parte de los inversores, debiendo además las partes hacer pública dicha información¹⁰⁴. En

¹⁰⁰ Ver art. 3, párrafo 4 letra. b) de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

¹⁰¹ Ver art. 3, párrafo 4 letra. c) de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

¹⁰² Ver art. 3, párrafo 4 letra. d) de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

¹⁰³ Ver art. 7, apartado 2 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo de Principio UE/México: “A claim may be submitted under the following rules: (a) the ICSID Convention and Rules of Procedure for Arbitration Proceedings; (b) the ICSID Additional Facility Rules if the conditions for proceedings pursuant to paragraph (a) do not apply; (c) the UNCITRAL Arbitration Rules; or (d) any other rules on agreement of the disputing parties”.

¹⁰⁴ Ver art. 7, apartado 7 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

conformidad con lo dispuesto en el art. 9 del Acuerdo, para iniciarse el procedimiento es necesario el consentimiento previo del demandado. Dentro de los 90 días siguientes a la presentación de la solicitud, el Presidente del Tribunal nombrará a los tres miembros (un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea, un ciudadano de México y un ciudadano de un tercer país¹⁰⁵) - o, si las partes así lo acuerdan, un solo Miembro de un tercer país¹⁰⁶ - que conformarán la sala del Tribunal que conoce del caso. Para mejorar aún más respecto al sistema I.S.D.S. estándar, se establece que este nombramiento siga un criterio de rotación, además de garantizar que la composición de las divisiones sea aleatoria e impredecible¹⁰⁷. Estos mismos criterios deberá seguir el Presidente de la Corte de Apelación al designar la sala competente para pronunciarse sobre el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia¹⁰⁸.

En cumplimiento del principio general de economía procesal, el demandado tiene la posibilidad de oponer una excepción preliminar encaminada a demostrar que una solicitud es manifiestamente infundada en un plazo máximo de 30 días desde el establecimiento de la sala del Tribunal o, en todo caso, antes de la convocatoria de la primera sesión del Tribunal. En este caso, el Tribunal debe suspender el procedimiento y adoptar un calendario para el examen de la excepción preliminar y de cualesquiera otras cuestiones preliminares que se consideren oportunas. El acuerdo UE/México, sin embargo, no indica los criterios que se tienen que adoptar para definir este calendario. El Tribunal entonces

105 Ver art. 11, párrafo 6 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

106 Ver art. 11, párrafo 7 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

107 Ver art. 11, párrafo 8 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

108 Ver art. 12, párrafo 9 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

emitirá una decisión sobre el asunto¹⁰⁹. Además, de conformidad con el artículo 18 del Acuerdo, el Tribunal está obligado a examinar y resolver, como cuestión preliminar, las excepciones planteadas por la parte demandada argumentando que la solicitud presentada no constituye fundamento para la emisión de una indemnización a favor del solicitante de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo por razones jurídicas, incluso si los hechos adjuntos se consideraran ciertos. Infelizmente, el acuerdo no dice nada sobre el plazo en el que el Tribunal deberá pronunciarse, lo que plantea el riesgo de que el procedimiento sea excesivamente largo¹¹⁰.

De conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo, también se contempla la posibilidad de interrumpir el procedimiento en el caso de que el solicitante, tras la presentación de una solicitud, no realice ninguna acción en el procedimiento durante un período continuo de 180 días (u otro plazo concordado por las partes en disputa). En tales circunstancias, el Tribunal, a petición del demandado y previa notificación a las partes en litigio, declarará desestimada la solicitud y decidirá sobre el

109 Ver art. 17 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

110 En este sentido, el acuerdo sigue el modelo CETA, que tampoco dice nada sobre un límite de tiempo. Por el contrario, el Acuerdo UE-Vietnam establece, en el art. 3.44, que “*Después de ofrecer a las partes en la diferencia la posibilidad de presentar sus observaciones acerca de la objeción, el Tribunal dictará, en la primera reunión de la división del Tribunal o poco después de ella, una resolución o un laudo cautelar sobre la objeción que recoja los motivos de dicha objeción. Si se recibe la objeción después de la primera reunión de la división del Tribunal, este dictará una resolución o un laudo cautelar tan pronto como sea posible y, en cualquier caso, no más tarde de ciento veinte días después de haberse presentado la objeción. Al adoptar la resolución, el Tribunal asumirá que los hechos alegados son verdaderos, y podrá asimismo examinar cualquier hecho pertinente que no sea objeto de la diferencia*”. El mismo planteamiento seguido en el citado artículo del Acuerdo UE-Vietnam se sigue en el art. 10.41, párrafo 3 EU-Chile Advanced Framework Agreement.

eventual reembolso de los gastos judiciales incurridos. Una vez que se haya emitido dicha orden, el solicitante no podrá realizar más solicitudes relacionadas con el mismo asunto en el futuro¹¹¹, en aplicación del principio *ne bis in idem*.

Se presta especial atención a evitar que se produzcan procedimientos paralelos, uno de los problemas que, como se vio *supra*, se destacan en el sistema estándar de resolución de disputas entre inversionistas y Estados (I.S.D.S.). A tal efecto, el Acuerdo UE/México impone al solicitante, entre los requisitos fundamentales para poder presentar su solicitud, el desistimiento de cualquier procedimiento pendiente ante juzgados o tribunales nacionales o internacionales, con referencia a una medida que se alega constituye una infracción conforme a la solicitud formulada. Además, el reclamante debe renunciar por escrito al derecho de realizar solicitudes similares en el futuro¹¹². Además, el Acuerdo dedica un artículo específico, el artículo 8, a cualquier procedimiento concurrente. Esta disposición establece que el Tribunal, si identifica la presencia de una posible superposición de compensaciones en relación con una solicitud de compensación o constata la existencia de otra solicitud internacional que podría influir significativamente en la resolución de la controversia presentada, está obligado, previa audiencia a las partes, a suspender sus procedimientos o garantizar de otro modo que los procedimientos iniciados en virtud de otro acuerdo internacional sean debidamente considerados en sus decisiones, órdenes o sentencias¹¹³.

111 Ver art. 21 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

112 Ver art. 6, apartado 1, letras f) y g) de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

113 Ver art. 8 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

En el Acuerdo existe además una norma específica que prevé que el Tribunal puede declarar su incompetencia en supuestos de potencial abuso de los procedimientos de arbitraje previstos en el mismo¹¹⁴.

Un aspecto importante es que el Tribunal tiene la facultad de dictar medidas cautelares encaminadas a salvaguardar los derechos de las partes involucradas en la controversia y garantizar la plena efectividad de su jurisdicción. Esta prerrogativa incluye la capacidad de dictar órdenes para proteger las pruebas en poder o controladas por una parte o para preservar la integridad de la jurisdicción del propio tribunal¹¹⁵.

En cuanto a las fuentes de derecho aplicables para resolver la disputa, el Acuerdo UE-México establece (al igual que otros acuerdos de inversión de la UE de nueva generación) que al examinar el caso y tomar sus decisiones, el Tribunal y la Corte de Apelación aplicarán en primer lugar las disposiciones del propio Acuerdo y, cuando sea necesario, las normas y principios del derecho internacional aplicables entre las Partes. Por otra parte, el derecho interno de las Partes sólo puede tomarse en consideración, si es pertinente, como una cuestión de hecho. Al interpretar el Acuerdo, el tribunal y la Corte de Apelaciones deben seguir las reglas habituales de interpretación del derecho internacional público, codificadas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Sin embargo, en caso de que surjan problemas de interpretación, el consejo conjunto (compuesto por representantes de la UE y México) podrá adoptar interpretaciones vinculantes de las disposiciones del acuerdo¹¹⁶.

114 Artículo 21 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

115 Artículo 20 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

116 Ver art. 15 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

El Tribunal también podrá recurrir, a petición de una de las dos partes en litigio o después de haber consultado a las partes en litigio por propia iniciativa, a uno o más peritos designados por el propio Tribunal que informen por escrito sobre cualquier cuestión de hecho de naturaleza científica, como cuestiones ambientales, de salud o de seguridad, u otras cuestiones planteadas por una parte en un procedimiento, bajo los términos y condiciones que las partes puedan acordar¹¹⁷. También se prevé la posible intervención de terceros en la controversia: de hecho, el Tribunal, después de haber consultado a las partes, puede aceptar y tomar en consideración comunicaciones escritas de un tercero en calidad de *amicus curiae* y relativas a una cuestión de hecho o de derecho en el alcance de la disputa¹¹⁸. En comparación con esta última disposición, el acuerdo UE-México está más avanzado (como el reciente acuerdo UE/Chile¹¹⁹) con respecto al acuerdo CETA y al acuerdo con Vietnam, que no prevén en absoluto tal posibilidad, pero también con respecto al acuerdo con Singapur, que impone condiciones mucho más estrictas para la aceptación de una comunicación escrita de terceros¹²⁰.

Para superar una de las críticas más relevantes al sistema I.S.D.S., el Acuerdo señala la necesidad de garantizar la transparencia de todo el

117 Ver art. 25 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio. Esta norma replica lo dispuesto en el art. 3.52 del Acuerdo UE-Vietnam y este mismo enfoque también se siguió en el art. 10.49 del reciente EU-Chile Advanced Framework Agreement. Por el contrario, el Acuerdo CETA no prevé en absoluto esta posibilidad, mientras que el Acuerdo con Singapur establece en su artículo 3.41, párrafo 1, que el Tribunal debe consultar primero con las Partes para la elección del experto (o expertos) que será designado para luego remitirles la información obtenida para que puedan comentarla.

118 Ver art. 24 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

¹¹⁹ Ver art. 10.48, párrafo 5 Acuerdo Marco Avanzado UE-Chile.

120 Ver Anexo 8, art. 3, párr. 1 y 3 Acuerdo de Protección de las Inversiones UE Singapur.

procedimiento. En efecto, el artículo 19 establece que las alegaciones, escritos procesales y cualquier otra comunicación presentada por las partes en litigio se harán públicos, con excepción de la información protegida enumerada en el apartado 1 del citado artículo¹²¹. Las partes deben proporcionar al Tribunal versiones redactadas de sus presentaciones escritas dentro de los 30 días siguientes a su presentación o en cualquier otro momento que el Tribunal determine. También se espera que las audiencias estén abiertas al público, con excepción de cualquier parte de la audiencia que contenga información protegida¹²².

El Tribunal deberá pronunciarse en el plazo de 30 meses a partir de la fecha de presentación de la demanda¹²³. El hecho de que se señale un plazo preciso, aunque no muy breve, puede valorarse positivamente, teniendo en cuenta que los acuerdos con Singapur y Vietnam no especifican ningún plazo dentro del cual emitir la decisión arbitral. Este plazo es, sin embargo, superior al previsto en el CETA en el acuerdo UE/Chile, que es de 24 meses¹²⁴.

121 Art. 19, apartado 1 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio: “*The Tribunal shall promptly make available to the public all written submissions submitted by the disputing parties to the Tribunal as well as all procedural orders, decisions and awards issued or rendered by the Tribunal, or, where applicable, by the President of the Tribunal, with the exception of protected information consisting of: (a) confidential business information; (b) privileged information that is protected from disclosure by law; or (c) information the disclosure of which would impede law enforcement*”.

122 Ver art. 19, párrafo 2 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

123 Ver art. 29, párrafo 7 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

124 Ver art. 8.39, apartado 7 del CETA; arte. 10.53, párrafo 10 EU-Chile Advanced Framework Agreement.

En caso de que se compruebe una violación de las disposiciones de protección de inversiones, el Tribunal, a solicitud del apelante y después de escuchar a las partes, podrá dictar una medida provisional que prevea exclusivamente una compensación pecuniaria y la restitución de los activos, con derecho del demandado a optar por el pago de una indemnización pecuniaria. Sin embargo, en el caso de una acción a favor de una empresa local, la compensación y los intereses se pagan a la misma empresa local, mientras que los reembolsos se realizan a favor de la empresa demandante. El acuerdo especifica que la compensación económica debe ser proporcional al daño sufrido por el recurrente o su empresa local, deduciendo cualquier indemnización o compensación ya pagada. Sin embargo, se excluye la posibilidad de que el Tribunal conceda *punitive damages*¹²⁵. Esta elección parece comprensible tanto desde un punto de vista político general (ya que no se desea atribuir al tribunal el poder de castigar a Estados soberanos) como desde un punto de vista jurídico, si consideramos que esta institución es específica de los sistemas de *common law*, mientras que la gran mayoría de los países cubiertos por el acuerdo UE/México adoptan sistemas legales de *civil law*.

Dentro de los 90 días siguientes al fallo del Tribunal, las partes podrán apelar. Para identificar los motivos de apelación, el acuerdo remite al artículo 52 del Convenio del CIADI, pero menciona expresamente el error en la interpretación o aplicación del derecho aplicable y el error manifiesto en la valoración de los hechos por parte del Tribunal. La sentencia adquiere firmeza si las Partes no apelan dentro de los plazos establecidos, o si la Corte de Apelaciones considera infundado el recurso de apelación.

Sin embargo, si la Corte de Apelaciones estima válidos los fundamentos del recurso, tiene la facultad, mediante su decisión, de modificar o anular, parcial o totalmente, las conclusiones e interpretaciones

125 Ver art. 29 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

jurídicas expresadas en la sentencia provisional. También en este caso se establece un plazo máximo para la resolución de la Corte de Apelaciones, el cual no debe exceder los 180 días. Sin embargo, si la Corte considera necesario ampliar este plazo, podrá hacerlo hasta por un máximo de 270 días¹²⁶.

Finalmente, el acuerdo establece que las decisiones finales serán vinculantes para las partes involucradas y no estarán sujetas a apelación, revisión, anulación o cualquier otra forma de procedimiento de apelación. Siguiendo la solución adoptada en el artículo 54, párrafo 1 del Convenio del CIADI (que, como se vio *supra*, constituye una excepción a la norma de derecho internacional general) se establece que una sentencia dictada de conformidad con el Acuerdo tendrá el mismo valor que una cosa juzgada de una decisión firme dictada por un tribunal del interesado, que luego estará obligado a cumplir la obligación pecuniaria establecida en su territorio¹²⁷.

Cabe hacer una última observación en relación con el hecho de que, en materia de costas judiciales, el acuerdo adopta el principio de pérdida del caso, estableciendo que las costas del proceso corren a cargo del litigante perdedor y, sólo en circunstancias excepcionales, prevé para la posibilidad de que el Tribunal pueda dividir estas costas entre las partes en disputa¹²⁸.

126 Ver art. 30 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

127 Ver art. 31 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

128 Ver art. 29, párrafo 5 de la *Sección [X]: Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

Conclusiones:

Actualmente, el sistema de resolución de disputas sobre inversiones I.S.D.S. se ha consolidado como predominante, siendo más favorable para los inversores que la clásica institución de protección diplomática, que originalmente representaba la única opción disponible para sancionar las violaciones de los derechos de los inversores por parte de los Estados anfitriones. Sin embargo, el sistema I.S.D.S. también pone de relieve algunas cuestiones críticas - entre ellas la falta de transparencia, la escasa previsibilidad de las decisiones, los costes excesivos y el riesgo del llamado "*chilling effect*" - que imponen la necesidad de repensarlo.

En la práctica, a pesar de los intentos de reformar el sistema I.S.D.S. llevados a cabo por el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI y las enmiendas al Convenio del CIADI, esto aún no se ha verificado plenamente.

En este marco general de referencia, es posible apreciar el aporte que la Unión Europea está tratando de brindar a través de sus acuerdos comerciales de nueva generación, incluido el nuevo acuerdo entre la Unión Europea y México que es objeto de este análisis.

De hecho, la Unión Europea ha revisado el enfoque del sistema de resolución de disputas entre inversores y Estados, centrándose en aspectos problemáticos como la falta de independencia judicial, la falta de transparencia, los casos de procedimientos paralelos, la falta de coherencia y la falta de previsibilidad en las decisiones. Estos esfuerzos son loables, ya que han introducido importantes innovaciones que aún no se han logrado a nivel multilateral. En particular: la creación de un Tribunal de Apelación; compromisos más estrictos para los jueces; un mayor grado de especialización de los jueces; la definición de plazos precisos para (algunas) etapas del procedimiento y requisitos claros de transparencia.

Sin embargo, el sistema introducido en el Acuerdo también presenta cuestiones críticas. Primero, al ser un tratado bilateral entre la Unión Europea y México, su impacto se limita a estos dos actores. A nivel multilateral sólo podrá tener impacto como posible modelo para futu-

ras evoluciones. Este aspecto también es conocido por los dos socios ya que existe un artículo del Acuerdo que requiere la cooperación de las Partes para el establecimiento de un mecanismo multilateral para la resolución de disputas relativas a inversiones, suspendiendo las partes pertinentes del Acuerdo tras su adopción¹²⁹. En segundo lugar, durante el debate surgieron aspectos del Acuerdo que muestran cómo aún no ha logrado superar algunas de las limitaciones del sistema de resolución de disputas I.S.D.S., como la posibilidad de que los jueces realicen otras actividades laborales y el hecho que algunas fases de los procedimientos que no están bien definidas (lo que podría dar lugar a un retraso en el tiempo).

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede decir que la Unión Europea, a través de sus acuerdos comerciales, se esté perfilando como un nuevo protagonista en la protección de las inversiones a escala internacional, realizando cambios significativos que podrían hacer más eficiente el sistema. Sin embargo, para obtener resultados más eficaces, estos esfuerzos deberían ir acompañados de un compromiso más fuerte a nivel multilateral y del deseo de introducir innovaciones capaces de abordar de manera más decisiva las deficiencias del sistema actual.

Bibliografía:

- P. Acconci, *Investimenti stranieri sostenibili: diritto e governance internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2023.
- G. Adinolfi (ed.), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, 2021.
- C. F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, Oxford, 2008.
- Y. Banifatemi, *Consistency in the Interpretation of Substantive Investment Rules: Is It Achievable?*, en R. Echandi, P. Sauvé (eds.), *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum*, Cambridge, 2013.

129 Ver art. 14 de la Sección [X]: *Resolution Of Investment Disputes* del Acuerdo UE/México en Principio.

- I. Barthesaghi, N. De Maria Calvelo, N. Melgar Alassio, M.E. Pereira, *La nueva generación de acuerdos de la Unión Europea y sus implicancias en el sistema internacional*, en E. Tremolada Álvarez (ed.), *Gobernanza, cooperación internacional y valores democráticos comunes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- G. Battaglini, *La protezione diplomatica delle società*, Padova, 1957.
- C. De Visscher, *La protection diplomatique des personnes morales*, en *Recueil de Courses*, vol. 102, Leiden, 1961.
- D. Behn, O. K. Fauchald, M. Langford, *Introduction: The Legitimacy Crisis and the Empirical Turn*, en *The Legitimacy of Investment Arbitration Empirical Perspectives*, Cambridge, 2022, pp. 1 – 38.
- N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, *Redfern and Hunter on International Arbitration (Seventh Edition)*, Oxford, 2023.
- A. Blanc (dir.), *La Unión Europea, promotora del libre comercio. Análisis e impacto de los principales acuerdos comerciales*, Cizur Menor (Navarra), 2020.
- A. Bonfanti, *Diritti umani e politiche dell'Unione europea in materia commerciale e di investimenti stranieri: la comunicazione 'Commercio per tutti', tra regionalismo e multilateralismo economico*, en *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, pp. 233 y ss.
- E. Borchard, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad: or the Law of International Claims*, New York, 1915.
- M. Bronckers, G. Gruni, *Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements*, en *Journal of International Economic Law*, 2021, pp. 25 y ss.
- C. N. Brower, S. W. Schill, *Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?*, en *Chicago Journal of International Law*, 2008, pp. 471 y ss.
- L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, L'Aia, 1969.
- L. Condorelli, *La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application actuelle*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 2003, pp. 5 y ss.
- E. De Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Londra, 1758.

- M. Díez de Velasco, *Reflexiones sobre la protección diplomática*, en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor D. Antonio Truyol Serra*, Madrid, 1986, tomo I, pp. y 377 ss.
- N. Febles Pozo, *Un análisis crítico de las normas sobre transparencia en los reglamentos de arbitraje internacional: La CCI, el CIADI y la CNUDMI*, en *CADERNOS de Direito Actual*, 2019, pp. 57 y ss.
- M. Feldman, *Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power*, en *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2017, pp. 528 y ss.
- D.P. Fernández Arroyo, *La transparencia como paradigma del arbitraje de inversiones*, en A. Tanzi, A. Asteriti, R. Polanco Lazo, P. Turrini, *International Investment Law in Latin America / Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff International Investment Law Series, Volume 5, 2016, pp. 244 y ss.
- J.C. Fernández Rozas, *Permanencia y expansión del bilateralismo: Los acuerdos comerciales de “Nueva Generación” entre la Unión Europea y terceros países*, en *La Ley Unión Europea*, 2019, pp. 1 y ss.
- J.F. Flauss (dir.), *La protection diplomatique. Mutation contemporaine et pratique internationales*, Bruxelles, 2003.
- S.D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, en *Fordham Law Review*, 2005, pp. 1521 y ss.
- S.D. Franck, *Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration*, en *Washington University Law Review*, 2011, pp. 769 y ss.
- S.D. Franck, J. Freda, K. Lavin, T. Lehmann, A. Van Aaken, *The Diversity Challenge: Exploring the “Invisible College” of International Arbitration*, en *Columbia Journal of Transnational Law*, 2015, pp. 429 y ss.
- S.D. Franck, *Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration*, Oxford, 2019.
- A. Gianelli, *La protezione diplomatica di società dopo la sentenza concernente la Barcelona Traction*, en *Rivista di diritto internazionale*, 1986, pp. 762 y ss.
- E.M. Hafner-Burton, D.G. Victor, *Secrecy in International Investment Arbitration: An Empirical Analysis*, en *Journal of International Dispute Settlement*, 2016, pp. 161 y ss.

- A. Henke, *La crisi del sistema ISDS e il progetto di una nuova corte internazionale permanente, ovvero della fine dell'arbitrato in materia di investimenti*, en *Diritto del Commercio Internazionale*, 2017, pp. 133 y ss.
- J. Maillou, *Acuerdos comerciales UE de "Nueva Generación": origen, rasgos y valoración*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, 2021.
- A.N. Makarov, *Consideraciones sobre el ejercicio de la protección diplomática*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1955, pp. 511 y ss.
- S. Meunier, J.F. Morini, *The European Union and the space-time continuum of investment agreements*, en *Journal of European Integration*, 2017, pp. 891 y ss.
- J.A. Moreno Rodríguez, *Private (And Public) International Law In Investment Arbitration*, en *Recueil de Courses*, Leiden-Boston, 2023.
- P. Nilo Donoso, *Crisis de legitimidad en el arbitraje inversionista-estado: ¿apariencia o realidad? ACHMEA, CNUDMI y UNASUR como distintos caminos con rumbo común*, en *Anuario de Derecho Público*, 2018, pp. 227 y ss.
- E. Ortega Velázquez, *Naturaleza jurídica de la protección diplomática a la luz del desarrollo progresivo del derecho internacional: ¿derecho del Estado o de la persona humana?*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2016, pp. 3 y ss.
- M. I. Papa, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, pp. 669 y ss.
- L. Pasquali, *Il contributo dell'accordo UE - Mercosur alla governance internazionale dell'ambiente*, en *NOMOS*, 2020, pp. 179-200.
- P. Pustorino, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 2006, pp. 68 y ss.
- G.M. Ruotolo, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2016, pp. 329 y ss.
- S. Salinas Alcega, *La Unión Europea, promotora del libre comercio. Análisis e impacto de los principales Acuerdos comerciales*, en *Revista española de derecho internacional*, 2021, pp. 370 y ss.
- T. Schultz, *Against Consistency in Investment Arbitration*, en Z. Douglas, J. Pauwelyn, J. Viñuales (eds.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford, 2014.

- E. Sciso, R. Baratta, C. Morviducci (a cura di), *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, Torino, 2016.
- D. C. Suciú Gavriiloaie, *El marco jurídico de las inversiones en la nueva generación de acuerdos de comercio e inversión de la Unión Europea*, Navarra, 2023.
- K. Tienhaara, *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*, en *Transnational Environmental Law*. 2018, pp. 229 y ss.
- C. Titi, *International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements*, en *European Journal of International Law*, 2015, pp. 639 y ss.
- G. Van Harten, *The European Union's Emerging Approach to ISDS: a Review of the Canada-Europe CETA, Europe-Singapore FTA, and European-Vietnam FTA*, en *University of Bologna Law Review*, 2016, pp. 139 y ss.
- A. Vermeer-Künzli, *As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection*, en *European Journal of International Law*, 2007, pp. 37 y ss.
- A. Vermeer-Künzli, *Diplomatic Protection as a Source of Human Rights Law*, en Dinah Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, 2013, pp. 250 y ss.
- P. Vincent, *Les nouveaux accords commerciaux conclus par l'Union Européenne*, en *Cahiers de Science Politique de l'Université de Liège*, 2021, pp. 54 y ss.
- M. Waibel, A. Kaushal, K.-H. Chung, C. Balchin, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Alphen aan den Rijn, 2010.
- G. Zarra, *Procedimenti paralleli*, en D. Mantucci (dir.), *L'arbitrato negli investimenti internazionali - Trattato di Diritto dell'arbitrato - Vol. XIII*, Napoli, 2021, pp. 421 y ss.

Sexta Parte: Derecho Civil

Promoción de la autonomía de los adultos vulnerables. Principios supranacionales y límites del sistema de protección italiano.

Por: Chiara favilli

Departamento de Derecho-Universidad de Pisa.

Resumen: *El impulso dado por los principios europeos y los convenios internacionales en el sentido de potenciar la autonomía y la autodeterminación de los adultos vulnerables ha inducido a muchos sistemas europeos y no europeos a reformar el régimen de medidas de protección y a regular, junto a instrumentos judiciales o administrativos, figuras de apoderamiento y mandato, específicamente concebidas para permitir la planificación anticipada de la gestión de los intereses patrimoniales para el momento en que no sea posible hacerlo de forma autónoma. La contribución analiza la situación italiana, en el contexto del fermento de reformas en curso en Europa para hacer frente al envejecimiento de la sociedad y a la propagación de las patologías relacionadas con la edad, poniendo de relieve los límites del sistema interno, centrado en la medida judicial de la amministrazione di sostegno.*

Palabras clave: *edad; discapacidad; autonomía; dignidad; capacidad; medidas de protección; mandato con vistas a una futura incapacidad*

Riassunto: *La spinta impressa dai principi europei e dalle convenzioni internazionali nella direzione della valorizzazione dell'autonomia e dell'autodeterminazione degli adulti vulnerabili ha indotto molti sistemi europei ed extraeuropei a riformare il regime delle misure di protezione e a disciplinare, a fianco degli strumenti giudiziali o amministrativi, figure di procure e di mandati, specificamente destinati a consentire di pianificare anticipatamente la gestione degli interessi patrimoniali per il tempo in cui non sarà possibile farlo autonomamente. Il contributo analizza la situazione italiana, nel contesto del fermento riformatore in atto in Europa per fronteggiare l'invecchiamento della società e la diffusione di patologie correlate all'età, evidenziando i limiti del sistema interno, imperniato sulla misura giudiziale dell'amministrazione di sostegno.*

Parole chiave: età, disabilità; autonomia; dignità; capacità; misure di protezione; mandato in vista di un'incapacità futura

Abstract: The boost given by European principles and international conventions to increasing the autonomy and self-determination of vulnerable adults has led many European and non-European systems to reform the regime of protective measures and to regulate, in addition to judicial or administrative instruments, forms of power of attorney and mandates specifically designed to allow advance planning of the management of property interests for the time when it will no longer be possible to do so autonomously. The article analyses the Italian situation in the context of the reform ferment underway in Europe to cope with the ageing of society and the spread of age-related pathologies, highlighting the limits of the national system, which is based on the judicial measure of amministrazione di sostegno.

Keywords: age; disability; autonomy; dignity; capacity; protection measures; mandate with a view to future incapacity

Sumario: 1. La valoración de la autonomía de los adultos vulnerables en el tejido de los principios europeos y supranacionales; 2. La penetración de los principios en la definición de la disciplina de la amministrazione di sostegno; 3. La extensión de la amministrazione di sostegno y el distanciamiento aplicativo de los principios; 4. La admonición del Tribunal Supremo de Casación al respeto de los principios y sus implicaciones problemáticas; 5. La comparación con los sistemas europeos. La introducción de los poderes y mandatos en previsión de una futura incapacidad; 6. A continuación: la previsión de medidas de protección extrajudiciales; 7. Las medidas de protección extrajudiciales. Observaciones finales.

1.- Valorar la autonomía de los adultos vulnerables en el entramado de principios europeos y supranacionales:

En la literatura jurídica más reciente, el concepto de matriz sociológica de vulnerabilidad¹ se utiliza cada vez más para connotar la condición

1 La primera conceptualización del fenómeno se remonta a la sociología de los riesgos y las catástrofes de principios del siglo pasado. Sobre los orígenes y la evolución del concepto dentro de la moderna sociedad del riesgo, véase H. FORBES-MEWETT Y K. NGUYEN-TRUNG, *Defining vulnerability*, en Forbes-Mewett, H. (ed.), *Vulnerability in a Mobile World*, Emerald Publishing

de aquellos individuos que, debido a una serie de factores intrínsecos, como la edad, las condiciones de salud, el género y la orientación sexual, la etnia, o contingentes, como las condiciones sociales, económicas y culturales, se encuentran expuestos al riesgo de ver perjudicados sus intereses (*vulnus*) (el elemento externo de la vulnerabilidad) y carecen de los medios o recursos para hacerle frente (el elemento interno)².

Sin embargo, el sintagma adultos vulnerables se utiliza con referencia específica a la amenaza a la autodeterminación de una persona, con el fin de identificar a "los adultos que, debido a sus facultades personales, son incapaces de tomar, de forma independiente, decisiones relativas a alguno o a todos sus asuntos personales o económicos, o de comprender, expresar o actuar con arreglo a dichas decisiones, y que, en consecuencia, no pueden proteger sus propios intereses" (Art. 1 de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1999. No. R (99) 4 *sobre los principios relativos a la protección jurídica de los adultos incapaces*)³.

Limited, 2020, 6. Para una clasificación de las tipologías de vulnerabilidad encaminada a la elaboración de un modelo conceptual para su tratamiento jurídico, véase GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, 41 y ss.

- 2 En estos términos se expresan D. SCHROEDER, E. GEFENAS, *Vulnerability too Vague and too Broad*, en 18 *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2009, 114, 116 y ss., quienes refiriéndose al significado de vulnerabilidad en la ética de la investigación internacional completan la definición habitual en los diccionarios, centrada en el peligro potencial y, por tanto, en el elemento externo, con la indicación del elemento interno, sin el cual la vulnerabilidad quedaría excluida.
- 3 Esto también se expresa de forma resumida en el artículo 1 del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de los adultos "incapaces de administrar sus asuntos o bienes personales por una deficiencia o insuficiencia de sus facultades personales" aún no ratificado por Italia.

La respuesta legal a la vulnerabilidad puede consistir tanto en contener la exposición al peligro como en mejorar, reforzar la capacidad de las personas para protegerse⁴.

En el enfoque tradicional, la respuesta jurídica a la vulnerabilidad debida a la vejez y a la discapacidad, especialmente psíquica, se orientaba en la primera dirección con el sometimiento de los adultos vulnerables a un proceso paternalista de toma de decisiones, sustitución o control en las elecciones relativas a su persona o patrimonio⁵, y un control especialmente estricto sobre los actos realizados de forma autónoma. La privación o limitación de la capacidad de obrar resultante de la adopción de una medida de protección servía para ahogar cualquier margen residual de autonomía, relegando al beneficiario a la dependencia de terceros y a la exclusión de las relaciones jurídicas, de modo que la vulnerabilidad se convertía en un factor de discriminación en el disfrute y el ejercicio incluso de los derechos fundamentales de la persona.

Con el tiempo, sin embargo, se ha ido reconociendo que la vulnerabilidad en el ejercicio autónomo de los derechos y en la gestión de los intereses puede implicar, además de casos reales de incapacidad para tomar y expresar decisiones, un amplio abanico de situaciones en las que se mantiene la capacidad para tomar decisiones, pero se deteriora la capacidad para comprenderlas, expresarlas o ejecutarlas de forma autónoma, debido a la edad avanzada o a determinadas patologías físicas o mentales⁶. Y existe una conciencia generalizada de que, salvo en los casos límite, una respuesta jurídica a la vulnerabilidad que respete los principios fundamentales de dignidad e igualdad no debe orientarse en el sentido de privar de capacidad, sino al contrario, en el sentido de

4 D. SCHROEDER, E. GEFENAS, *op. cit.*, 115.

5 C. O'CONNOR, Art. 25, en Peers, Hervey, Kenner, Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Bloomsbury, 2021, 734.

6 Punto 17 del Informe Explicativo de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1999. No. R (99) 4

favorecer la protección y la asistencia del sujeto en la expresión de su autonomía residual.

Dicho marco ha inspirado el tejido de principios que se han ido elaborando y enriqueciendo progresivamente en el marco del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas, así como los recientes Convenios concluidos entre países no europeos⁷. Entre las intervenciones más signi-

- 7 La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015, reconociendo que “a medida que una persona envejece, debe seguir gozando de una vida plena, independiente y autónoma, salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de su sociedad” afirma en el Art. 7 el derecho a la autonomía e independencia de las personas de edad “Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho de las personas de edad a tomar sus propias decisiones, a determinar su propio proyecto de vida, a llevar una vida autónoma e independiente de conformidad con sus tradiciones y creencias, en pie de igualdad, y a tener acceso a mecanismos que les permitan ejercer sus derechos. Los Estados Parte adoptarán programas, políticas o acciones para facilitar y promover el pleno disfrute de estos derechos por las personas mayores, facilitando su autorrealización, el fortalecimiento de todos los lazos familiares, familiares y sociales y las relaciones afectivas. En particular, deben garantizar: a. El respeto de la autonomía de las personas de edad en la toma de sus propias decisiones y de su independencia en las acciones que emprendan”. Además, en el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Personas Mayores, adoptado en 2016, existe un compromiso con la lucha contra la discriminación de las personas mayores, incluso mediante políticas que fomenten “la eliminación de los estereotipos sociales y culturales que marginan a las personas mayores” y, paralelamente, con la adopción de “medidas correctivas en los ámbitos en los que la discriminación y todas las formas de estigmatización contra las personas mayores sigan existiendo de hecho y de derecho” (Art. 3). En el plano de la autonomía, se reconoce expresamente a las personas mayores el derecho a tomar decisiones “sobre su propio bienestar sin injerencias indebidas de ninguna persona o entidad”, y a “designar a una persona de su elección para que cumpla sus deseos e

ficativas en el seno de la Unión Europea, cabe mencionar, por orden cronológico, la Recomendación del Comité de ministros del Consejo de Europa de 1999. No. R (99) 4 *sobre los principios relativos a la protección jurídica de las personas mayores incapacitadas*, que sanciona, como principio básico, el respeto de los derechos humanos (art. 1), antes de indicar las pautas a seguir para estructurar y aplicar medidas de protección que no deben ser necesariamente incapacitantes, sino precisamente adaptadas a las necesidades y potencialidades del sujeto⁸. A continuación, la Carta de Niza, que a diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos que no contenía ninguna disposición específica, contempla, en cambio, la edad entre los factores de discriminación prohibidos enumerados en el artículo 21, y luego, en el artículo 25, sanciona el reconocimiento y el respeto de "los derechos de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural". El Art. 25, en efecto, se hace eco del Art. 23 de la Carta Social Europea, que por primera vez en un tratado internacional de derechos humanos había intervenido para garantizar una protección específica a los derechos de las personas mayores, al exigir a los Estados "que [les] permitan elegir libremente su propio estilo de vida y llevar una vida independiente en su entorno familiar mientras lo deseen y puedan". En concreto, el artículo 25, situado en el Título III sobre la igualdad, pre-

instrucciones". Sobre todo, se comprometen a 'garantizar que, en caso de incapacidad, las personas mayores reciban asistencia jurídica y social para tomar decisiones que redunden en su interés y bienestar' (Art. 5). Sobre estas convenciones, véase L. MANCA, *Nuevos desarrollos jurídicos en el sistema interamericano de derechos humanos: algunas observaciones sobre la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores*, en *Revista de Estudios Políticos*, 2017, 116 y ss.; L. MANCA, *Primeras notas sobre el Protocolo africano sobre los derechos de las personas mayores*, en *Federalismos*, 2017, 2 y ss.

- 8 El preámbulo del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre la Protección Internacional de Adultos subraya la importancia fundamental del interés superior del adulto y el respeto de su dignidad y sus deseos.

tende complementar la protección de la dignidad humana y los demás valores recogidos en la carta, al imponer a los estados miembros la obligación de garantizar la igualdad de trato y el reconocimiento de su potencial para participar y contribuir activamente en todos los aspectos de la vida, a pesar de su edad, y disfrutar del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluidos en la comunidad⁹.

A partir de estos breves recuerdos, queda claro que existe un compromiso común para que los ancianos puedan seguir siendo miembros de pleno derecho de la sociedad durante el mayor tiempo posible, un objetivo para el que el respeto y la no injerencia en las decisiones tomadas, en la plenitud de las facultades cognitivas y decisorias, por un lado, y el apoyo al ejercicio de la autonomía, por otro, son instrumentales, al proteger el proceso de formación y manifestación de la voluntad de presiones o capturas externas.

Las políticas europeas en materia de discapacidad siguen una orientación similar a la adoptada para las personas mayores. La Carta de Niza, inmediatamente después de haber contemplado los derechos de las personas mayores, en su artículo 26, toma en consideración la "inclusión de los discapacitados", afirmando que "La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas destinadas a garantizar su independencia, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad"¹⁰.

Las dos disposiciones del artículo 25 y del artículo 26, además de estar formuladas en términos casi similares, reflejan una necesidad común, que es evitar un trato jurídico diferenciado en virtud de la mera edad o de la deficiencia padecida y comprometerse a eliminar los obstáculos que impiden el pleno disfrute de los derechos. Para ambos factores

9 C. O'CONNOR, Art. 25, en Peers, Hervey, Kenner, Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Bloomsbury, 2021, 727 s., 734

10 C. O'Brien, Art. 26, en Peers, Hervey, Kenner, Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Bloomsbury, 2021, 747 y ss.

de vulnerabilidad y discriminación, la edad y la discapacidad, la Carta compromete a los Estados miembros en la dirección de la inclusión y la potenciación de la autonomía, a abandonar el enfoque asistencialista y a avanzar en la dirección de integrar el principio de independencia y autonomía individual, con los contiguos de participación e integración social.

2.- La penetración de los principios en la definición de la disciplina de la amministrazione di sostegno:

En la perspectiva de la promoción de la autonomía de los adultos vulnerables, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ha supuesto una contribución especialmente significativa. La Convención parte de una noción amplia, no necesariamente medicalizada, de la discapacidad, ya que se refiere a quienes "tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales duraderas que, al interactuar con barreras de diversa índole, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás" (art. 1(2)), para esbozar un modelo de protección antitético al paradigma tradicional: se garantiza a las personas con discapacidad el reconocimiento de su capacidad jurídica¹¹ en igualdad de condiciones

11 La Convención utiliza en el art. 12 la expresión capacidad *jurídica*, que incluye la capacidad de actuar ("*la capacidad de ser a la vez titular de derechos y actor ante la ley*", como se explica en la Observación n.º 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11.ª sesión 31 de marzo-11 de abril de 2014, Observación general n.º 1 (2014) Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, § 12). Sobre el tema véase V. BARBA, *El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006*, en *Dir. fam. pers.*, 2022, 1548. Véase también VENCHIARUTTI, *La Convenzione di New York e l'esercizio della capacità legale da parte delle persone con disabilità*, en *Liber amicorum per Paolo Zatti*, II, Napoli, 2023, 1371.

con las demás en todos los aspectos de la vida (art. 12(2)) y la adopción de "medidas adecuadas que permitan el acceso de las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar para ejercer su *capacidad jurídica*" (art. 12(3))¹².

A este modelo, inspirado en los principios generales de respeto de la dignidad inherente y de la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas, la no discriminación, la participación y la inclusión (Art. 3), los Estados Partes están llamados a conformarse, en virtud del compromiso, contenido en las obligaciones generales del Art. 4 (a), de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otro tipo apropiadas para aplicar los derechos reconocidos en la Convención¹³.

A pesar de la oportuna ratificación del Convenio (con la Ley nº 19 de 2009, en vigor desde el 15 de marzo de 2010, poco antes de que la propia UE lo ratificara), Italia, a diferencia de otros países europeos, no ha adoptado posteriormente medidas para adaptar el sistema de Derecho privado a los principios, valores y objetivos consagrados en él¹⁴. La razón de que no se hayan adoptado iniciativas de reforma encaminadas a adecuar el régimen de protección a las directrices contenidas en el Convenio se encuentra presumiblemente en la creencia generalizada de que nuestro sistema, como resultado de la *novella codicistica* (Ley núm. 6 de 2004) que había introducido la *amministrazione di sostegno*, ya estaba en consonancia con los principios y fines del Convenio, al haberse ajustado a los principios dictados por la citada Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1999. núm. R (99) 4 *sobre los principios relativos a la protección jurídica de las personas mayores de edad*

12 V. BARBA, *El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006*, cit., 1545.

13 Sobre el contenido de estos principios, véase FRANZINA, *La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato*, Padua, 2012, 32 y ss.

14 VENCHIARUTTI, *La Convenzione di New York e l'esercizio della capacità legale da parte delle persone con disabilità*, cit., 1375

*incapaces*¹⁵ ; en particular, el principio de necesidad y subsidiariedad, destinado a garantizar que las medidas de protección sólo se adopten cuando sean necesarias, a menos que hayan sido solicitadas expresamente por la persona interesada, y que se prescinda de ellas cuando sea posible remediar esas necesidades de otra manera (para ello, deben tenerse en cuenta "las disposiciones menos formales y la asistencia que puedan prestar los miembros de la familia u otras personas"); los principios de flexibilidad, proporcionalidad y preservación máxima de la capacidad, que postulan "una respuesta jurídica adecuada a los diferentes grados de incapacidad y a las diversas situaciones" y un abanico de soluciones que incluyen medidas de protección no incapacitantes, y medidas que se limitan a un acto concreto, sin exigir el nombramiento de un representante o de un mandatario con poderes permanentes, en el contexto de un sistema en el que la pérdida de capacidad nunca es automática sino eventual, y en todo caso decretada en la medida mínima compatible con la consecución de la finalidad de la intervención los principios de preeminencia de los intereses y el bienestar de la persona afectada, de respeto de sus deseos y sentimientos; y, por último, el principio, instrumental para la realización de lo anterior, de consulta a los sujetos pertenecientes al círculo familiar y social del sujeto¹⁶.

Es innegable, en efecto, la inversión de perspectiva que ha supuesto la introducción de la *amministrazione di sostegno* respecto de las figuras tradicionales de interdicción e incapacitación, figuras destinadas a privar total o parcialmente de capacidad al sujeto y a determinar su sustitución en todos los actos por el tutor, o el apoyo por el administrador en los actos de administración extraordinaria. De hecho, la *amministrazione di sostegno* ha sido concebida como una institución de aplicación

15 Sobre este punto véase BUGETTI, *Le incerte frontiere tra amministrazione di sostegno e interdizione*, en *Fam. dir.*, 2006, 57

16 Sobre la transposición de estos principios en la disciplina de la "amministrazione di sostegno", véase TESCARO, *Voce Amministrazione di sostegno*, en *Dig. disc. priv. - Sec. civ., Attualiz.*, I, Utet, 2007, 12 y ss.

facultativa y como una forma de protección individual, personalizable, no necesariamente incapacitante y respetuosa con la autonomía e independencia de la persona: el objeto del nombramiento y los poderes sustitutivos y asistenciales no están rígidamente predeterminados por la ley, sino que están sujetos a una definición concreta en función de las condiciones y necesidades reales de la persona, sin perjuicio, por una parte, de la preservación de la capacidad para todos los actos para los que el decreto de nombramiento no contemple la intervención (sustitutiva y/o asistencial) del *amministratore di sostegno*, además de los actos de la vida diaria (art. 409 del Código Civil), y, por otro lado, la información previa y oportuna que debe proporcionar el administrador de los apoyos sobre los actos a realizar, para que el beneficiario pueda manifestar su posible disconformidad y expresar aquellas necesidades y aspiraciones que deberán guiar la realización de las tareas pertinentes (art. 410 del Código Civil)¹⁷. Por tanto, es en el decreto individual de nombramiento donde, mediante la indicación concreta de las facultades del administrador a la luz de las condiciones personales del beneficiario -en la combinación de representación sustitutiva y apoyo al beneficiario, sin excluir espacios para la preservación de prerrogativas autónomas-, se produce el delicado acto de equilibrio entre las exigencias de protección y la máxima garantía de la autodeterminación del adulto vulnerable.

17 Entre los numerosos trabajos dedicados a la institución, véase BONILINI, CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padua, 2004; CALÒ, *L'amministrazione di sostegno: Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milán, 2004; FERRANDO (ed.), *L'amministrazione di sostegno: una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milán, 2005; S. PATTI (ed.), *L'amministrazione di sostegno*, Milán, 2005; LENTI-FERRANDO (ed.), *Soggetti deboli e misure di protezione: amministrazione di sostegno e interdizione*, Turín, 2006; BONILINI, TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, en *Commentario del codice civile*, fundado y dirigido por Schlesinger y continuado por Busnelli y Ponzanelli, 2ª ed., 2018. Por último, véase BUGETTI, *L'amministrazione di sostegno*, en *Trattato Scialoja-Branca*, Turín, 2024.

3.- La proliferación de la *amministrazione di sostegno* y el alejamiento en la aplicación de los principios:

Sin embargo, con el paso del tiempo, la convicción generalizada de que el régimen nacional se ajusta a los principios supranacionales se ha desvanecido, ya que la *amministrazione di sostegno*, en su aplicación concreta, ha terminado por distanciarse de los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad: se ha designado al administrador, incluso en presencia de la posibilidad de recurrir a herramientas de gestión negociada, con el fin de acallar los conflictos intrafamiliares vinculados a las expectativas de sucesión; a menudo se han adoptado soluciones estandarizadas y repetitivas, en lugar de contenidos adaptados a la persona afectada a menudo se han conferido poderes amplios o incluso generales, que han acabado siguiendo el modelo de la interdicción judicial, en lugar de tratar de circunscribir la autonomía del beneficiario a un mínimo¹⁸; en lugar de potenciar las capacidades residuales de la persona, en muchos casos se ha tendido a descuidar el papel del beneficiario, a pesar de la relevancia jurídica que se reconoce a su interés en la adopción de la medida, en la asignación de la tarea y en el desempeño de las funciones por parte del administrador.

En el origen de las incoherencias brevemente mencionadas se encuentran sin duda las dificultades operativas a las que ha conducido el éxito mismo de la aplicación de la institución. Abarcando en abstracto a toda "persona que, como consecuencia de una enfermedad o de una deficiencia física o psíquica, se encuentre en la imposibilidad, incluso parcial o temporal, de proveer a sus propios intereses", la *amministrazione di sostegno* no se ha limitado a colmar las lagunas anteriores, sino que se ha preferido a las rígidas y necesariamente incapacitantes instituciones de interdicción, para los casos de "enfermedad mental habitual" (art. 414 del Código Civil) y, de incapacitación, para los casos de locura menos grave, prodigalidad, alcoholismo y drogadicción (art. 415 del

18 Cass. ord. 19 gennaio 2023, n. 1667, in *DeJure*

Código Civil), hasta el punto de que, aunque en términos abstractos la alternativa se limita de hecho a la interdicción, adoptada en los casos de incapacidad grave, para los que puede ser ‘necesaria para garantizar una protección adecuada’ (art. 414 del Código Civil), porque la rigidez que la caracteriza, con la predeterminación de los límites de la protección, tiene la ventaja de permitir predecir con certeza el alcance de la autonomía de la persona incapacitada y los deberes del representante¹⁹. En este marco, la *amministrazione di sostegno* ha tendido a afirmarse como medida central y de referencia para todo el complejo de situaciones y condiciones, variadas y variables, en las que se encuentra un adulto en estado de vulnerabilidad, y por tanto según la acepción más aceptada de este concepto polisémico, de un adulto que se encuentra expuesto al riesgo de sufrir un daño, como consecuencia de factores heterogéneos, contingentes o estructurales, tales que justifiquen, en consecuencia, intervenciones de protección y de reequilibrio de la asimetría, medidas de prevención y de reparación de los daños que puedan derivarse: desde las hipótesis de discapacidad grave para las que se considera que la *amministrazione di sostegno* ofrece una protección adecuada, hasta la amplísima gama de patologías relacionadas con la edad o los trastornos cognitivos.

Por otra parte, la *amministrazione di sostegno* también ha acabado ocupando el lugar de los instrumentos de negociación utilizados anteriormente para satisfacer las necesidades de las personas que, aunque vulnerables, no estaban en condiciones de ser incapacitadas. Por lo tanto, no sólo han sido los jueces los que han contribuido a la expansión de la aplicación de la *amministrazione di sostegno*, convencidos por las valiosas características jurídicas de la institución, sino también los operadores, especialmente los bancos y las compañías de seguros. De hecho, antes de la introducción de la *amministrazione di sostegno*, el recurso a

19 GIROLAMI, *La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca*, in *Liber amicorum per Paolo Zatti*, I, Napoli, 2023, 366.

instrumentos negociados para la planificación anticipada de los intereses, - el poder general, en primer *lugar*, y el mandato - representaba la solución adecuada para cubrir las lagunas de protección de la configuración tradicional, siendo el conocimiento personal entre las partes adecuado para garantizar la certeza de los actos y la protección del representado²⁰. Por el contrario, en el marco social y jurídico en el que se ha inscrito la Ley nº 6 de 2004, con la progresiva despersonalización de las relaciones y el mayor dinamismo de los negocios jurídicos, el recurso a los instrumentos negociados ha mostrado una serie de límites y repercusiones problemáticas que han impulsado a los mismos operadores a solicitar la posibilidad de interactuar con representantes legales, y no sólo negociar, para evitar responsabilidades y excluir incertidumbres en cuanto a la eficacia de los actos realizados. En particular, la interacción con personas dotadas de una investidura legal, y no meramente negociada, resultó preferible para disipar las dudas en cuanto a la eficacia de los actos, especialmente una vez que el *dominus* había perdido, junto con la capacidad de entender, el poder de controlar las acciones del representante, para eventualmente revocar la cesión²¹.

Además, el recurso a la *amministrazione di sostegno*, en lugar de la gestión intrafamiliar o fiduciaria de otro tipo, ha demostrado ser útil para prevenir los conflictos inducidos por las expectativas de herencia²². No se puede negar, en efecto, que los instrumentos de negociación

20 GIROLAMI, *La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca*, cit., 367. Anteriormente, BONILINI, *I presupposti dell'amministrazione di sostegno*, en Bonilini-Tommaseo, 96; ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, en Jus, 2005, 194.

21 GIROLAMI, *La procura degli incapaci*, en *Riv. dir. civ.*, I, 2019, 1410; ID., *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio di iure condendo*, en *Riv. dir. civ.*, 2021, 860 s.

22 BONILINI, *Tutela delle persone prive di autonomia e amministrazione di sostegno*, en Bonilini-Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, II ed., Padua, 2007, 10 f.

funcionan mejor en contextos familiares no litigiosos y en un clima de confianza entre los operadores; por el contrario, frente a las tensiones y la desconfianza, la apertura de la *amministrazione di sostegno* acaba siendo inevitablemente la opción más adecuada, capaz de satisfacer las necesidades del mercado (certidumbre y estabilidad) y de garantizar al beneficiario frente a posibles abusos.

En tal marco, la *amministrazione di sostegno*, aunque textualmente facultativa y destinada a hacer frente a la imposibilidad de proveer a los propios intereses (art. 404 del Código Civil), acaba aplicándose incluso en casos de simples dificultades (sólo enfermos físicos, ancianos) y cargándose con funciones adicionales respecto a la protección de las personas privadas total o parcialmente de autonomía²³. Esto equivale a determinar, en algunas jurisdicciones, la imposibilidad objetiva de que las oficinas judiciales apliquen y gestionen la ejecución de la medida, de acuerdo con el espíritu que había guiado su introducción, con el resultado paradójico antes mencionado de lograr un endurecimiento y una normalización, que son necesarios, en definitiva, no para reforzar la protección de la persona vulnerable, sino más bien para satisfacer los intereses de terceros.

De este modo, sin embargo, la necesidad, deducida del espíritu de la ley, de "proteger en la medida de lo posible a los sujetos en dificultad, con independencia esencialmente del tipo y del grado de la misma"²⁴, ha llevado a sobredimensionar el uso de la institución de la *amministrazione di sostegno*, dificultando en consecuencia su aplicación conforme a los principios y objetivos originales: surgen claras deficiencias

23 BONILINI, *I presupposti dell'amministrazione di sostegno*, en Bonilini-Tommaseo, cit., 95

24 En estos términos, TESCARO, *op. cit.*, 15. El peligro de la "extensión de la incapacidad a situaciones en las que el beneficiario es una persona plenamente capaz de comprender y querer" había sido destacado desde el principio por C. M. BIANCA, *Premessa*, en Patti (ed.), Milán, 2005, 2 ss. Sobre este punto, véase también FERRANDO, *Il beneficiario*, ibidem, 39 ss.

en cuanto a la potenciación de las capacidades residuales, tanto en la fase relativa a la adopción de la medida, la elección del administrador y la definición de los poderes (audiencia del beneficiario para la denegación, determinación de las formas de representación, elección del *amministratore di sostegno*²⁵), como en la fase posterior al nombramiento, ya que, según los Art. 409 y 410 del Código Civil el *amministratore di sostegno* debe tener en cuenta, tanto en el caso de la representación exclusiva como en el de la asistencia necesaria, las necesidades y aspiraciones del beneficiario en el ejercicio de sus funciones. Más concretamente, escuchar las necesidades y peticiones del interesado sirve, desde una perspectiva estática, para evaluar concretamente las condiciones en las que se encuentra la persona vulnerable - es precisamente durante la audiencia cuando el g.t. aprecia si el presupuesto objetivo (una dolencia o una deficiencia física o psíquica) va de la mano del presupuesto subjetivo (imposibilidad, incluso parcial o temporal, de proveer a los propios intereses) - y, en una perspectiva dinámica, para calibrar el contenido del decreto en función de tales condiciones, con el fin de implementar

- 25 Cass. ord. 19 enero 2023, n° 1667, en *DeJure* estima el recurso de una madre que, tras haberse opuesto a la interdicción de su hija, solicitada por su padre, y haber obtenido el nombramiento de un administrador de alimentos, vio como el juez tutelar procedía a nombrar a una persona ajena a la unidad familiar, sin proceder a la audiencia personal de la interesada (sin oírla personalmente: art. 407, párrafo 2 del Código Civil), y sin respetar su petición de asignar la tarea a su madre, como lo documenta una misiva entregada por la propia madre al juez. En la intervención del Tribunal de Casación, se subraya que la audiencia personal de la beneficiaria constituye un acto procesal esencial, que debe realizarse necesariamente en el momento presente, y que, por consiguiente, no puede ser sustituido ni subrogado por el examen efectuado años antes en un procedimiento distinto ante un juez diferente, siendo la audiencia esencial para la consecución del objetivo principal de la *amministrazione di sostegno*, que es garantizar una medida de ayuda modelada en función del caso concreto, respetuosa y adecuada para vehicular la autonomía residual de decisión del sujeto.

una protección efectivamente dialógica, respetuosa con la dignidad y las prerrogativas individuales, de acuerdo con los principios que informan el sistema de protección de adultos vulnerables/personas con discapacidad (necesidad, subsidiariedad, proporcionalidad, gradualidad). La audiencia personal, por tanto, tiene por objeto interceptar los restos de la capacidad de obrar del sujeto a efectos del nombramiento del *amministratore di sostegno* y la definición de los poderes de gestión, con el fin de garantizar el interés legítimo del beneficiario de que el decreto de nombramiento tenga en cuenta, de forma compatible con los intereses y las necesidades de protección de la persona, sus necesidades y peticiones. Tanto es así que el juez tutelar está llamado a acudir al lugar donde se encuentra la persona simplemente cuando sea "necesario" (art. 407, 2º párr., Código Civil), y por tanto no sólo en caso de "impedimento legítimo" (como exige en cambio el art. 715 Código Civil en relación con los procedimientos de interdicción e incapacitación). Además, no existe ninguna razón para prescindir de la audiencia y las excepciones elaboradas por los intérpretes se han limitado a los casos de imposibilidad objetiva: por indisponibilidad, negativa a asistir. En el enfoque de la Ley nº 6 de 2004, por lo tanto, la audiencia del beneficiario de la *amministrazione di sostegno*, de conformidad con el art. 407, párrafo 2 del Código Civil, está más cerca de la audiencia del menor que del examen de la persona por guardar. Además, es precisamente durante la audiencia cuando se permite al beneficiario expresar esa disconformidad que, como subrayó la Corte cost. (19.1.2007, nº 4), podría inducir al juez a no proceder al nombramiento, si a la luz de las circunstancias lo considera justificado y prevalece sobre cualquier otra consideración diferente (por ejemplo, el impedimento puramente físico, la capacidad de autodeterminación y la red familiar)²⁶.

26 Sobre la oposición al nombramiento, véase Cass. 31 de diciembre de 2020, nº 29981, en *Dir. fam. pers.*, 2021, 1043; Cass. 11 de julio de 2022, nº 21887, en *Dejure*; Cass. 2 de noviembre de 2022, nº 32321, en *Dejure*; Cass. 4 de noviem-

De ahí la censura del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que supervisa la aplicación de la Convención, y que en 2016 constató y estigmatizó la continuación de la práctica de la sustitución en la toma de decisiones por parte del *amministratore di sostegno*, siendo, *por el contrario*, exigida la *derogación de todas las medidas que la permiten*, así como la *promulgación y aplicación de disposiciones sobre la toma de decisiones asistida*²⁷.

De ahí que esta "hipertrofia" de la *amministrazione di sostegno*²⁸ haya conducido inevitablemente a un debilitamiento del propio enfoque personalista y pluralista que había inspirado la introducción de la nueva institución, en favor de sugerencias de signo opuesto, patrimonialistas, asistencialistas, paternalistas.

4.- La advertencia de la Casación de respetar los principios y sus implicaciones problemáticas:

Los límites del sistema actual se hicieron especialmente evidentes después de que la jurisprudencia de legitimación comenzara a destacar, como garantía de la adhesión efectiva del sistema a los principios de necesidad, subsidiariedad, proporcionalidad y limitación mínima

bre de 2022, n° 32623, en *Dejure*; Cass. 4 de noviembre de 2022, n° 32542, en *Dir. fam. pers.*, 2022, 1391.

27 Arts. 27 y 28, Observaciones finales sobre el informe inicial de Italia adoptadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su 16º período de sesiones (15 de agosto a 2 de septiembre de 2016) CRPD/C/ITA/CO/1 en <https://www.ohchr.org/en/documents/concluding-observations/crpd/citaco-concluding-observations-initial-report-italy>

28 DELLE MONACHE, Sub. *art. 404 c.c.*, en Di Rosa (ed.), *Della famiglia artt. 231-455*, en *Comm. cod. civ.*, dir da Gabrielli, II ed., Turín, 2018, 1443. Sobre los aspectos críticos de la *amministrazione di sostegno*, véase, recientemente, ROMA, *Amministrazione di sostegno: criticità normative sostanziali e procedurali*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 694 y ss.

de la capacidad, la necesidad de tener en cuenta "los acuerdos menos formales que pudieran celebrarse y la asistencia que pudieran prestar los familiares u otras personas", tal y como establece el principio 5 de necesidad y subsidiariedad, permite respetar los demás principios. En particular, el Tribunal Supremo subraya la conveniencia de una evaluación previa a la adopción de la *amministrazione di sostegno* en cuanto a la disponibilidad de una forma alternativa de protección, de carácter negociado y/o fáctico, dentro del círculo familiar. De este modo, procede en la estela de aquellos pronunciamientos que en los últimos años han tendido a excluir la designación en presencia de un sistema de protección garantizado por los familiares del adulto vulnerable, dotados de la adecuada investidura para cuidar de los bienes ajenos²⁹, de acuerdo con la doctrina que desde el principio había advertido de una mayor cautela en la aplicación de la institución³⁰.

29 Cass., 31 de diciembre de 2020, núm. 29981, en *Giur. it.*, 2021, 2335, con una nota de OLIVERO, *Amministrazione di sostegno e membri della famiglia*, relativa a un caso en el que la *amministrazione di sostegno* era válida para formalizar el cargo de cuidado que ya desempeñaba efectivamente la hija (junto con otros miembros de la familia), pero imponía a la beneficiaria una medida indeseable cuya conveniencia sólo se apreciaba en el plano patrimonial (aplacar la desconfianza del otro hijo de la beneficiaria en relación con la gestión de los bienes). En el mismo sentido, Cass. 23 de marzo de 2023, n° 8413, en *Dejure*; Cass. 4 de noviembre de 2022, n° 32542, en *Dir. fam. pers.*, 2022, I, 391; Cass. 31 de marzo de 2022, n° 10483, en *Dejure*; Cass. 27 de septiembre de 2017, n° 22602, en *Foro it.*, 2017, I, 3307, con nota de CASABURI. En la jurisprudencia de mérito, Trib. Trieste, 5 de octubre de 2006, n° 913, en *Giur. it.*, 2007, 84, con nota crítica de CENDON, «*Sopressedere all'amministrazione di sostegno? Il problema è che siamo ormai scesi dagli alberi...*».. En el lado negativo, en cambio, Cass. 18 de junio de 2014, n° 13929, en *Dejure*.

30 DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2004, 29, 39; BONILINI, *op. ult. cit.*, 489.

De este modo, de acuerdo con los principios antes mencionados, surge una relación de subsidiariedad funcional entre la *amministrazione di sostegno* y las medidas de protección negocial, similar a la que ya existe, sobre una base reglamentaria, entre la *amministrazione di sostegno* y las medidas tradicionales: de hecho, la interdicción (y la incapacitación) sólo se utiliza cuando las necesidades de protección del sujeto no están suficientemente garantizadas por la *amministrazione di sostegno*, que, por lo demás, es preferible, ya que se pretende, como es bien sabido, limitar la capacidad de actuar (no de forma generalizada, sino) sólo en aquellos ámbitos en los que el juez considere necesario sustituir o asistir al beneficiario, según un proyecto de apoyo personalizado. No se tiene en cuenta, sin embargo, que la perspectiva de la jurisprudencia de legitimación - que la activación de la *amministrazione di sostegno* puede prescindir cuando *intervienen o pueden ser llamadas a intervenir* una red de protección familiar y un sistema de delegaciones para compensar la fragilidad del sujeto - implica los problemas que plantea el recurso a instrumentos generales como el poder y el mandato, o la gestión de asuntos ajenos³¹, a los que podría añadirse la escritura de encargo, según el artículo 2645 *ter* del Código Civil, con función de gestión³² y, según algunos, el *fideicomiso*.

Por otra parte, la lectura de la *amministrazione di sostegno* como una medida de protección residual a la que se puede recurrir a falta de solu-

31 Sobre este punto SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingenze egoistiche e restituzione del profitto*, Turín, 2000, 249 y nota a pie de página 110 señala que, en la jurisprudencia del siglo XIX, aunque con referencia a la asistencia material, el uso de la gestión de asuntos ajenos surge en relación con el mantenimiento de una persona incapaz de valerse por sí misma debido a su edad o a su estado de salud, 249 y nota a pie de página 110. Posteriormente, se tendió a reconducir el caso al ámbito de las relaciones contractuales de hecho.

32 Sobre este punto, véase STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art 2645-ter c.c.*, Padua, 2010, 60 y ss.

ciones negociadas igualmente eficaces pero menos penalizadoras hace necesario disipar las dudas y abordar las cuestiones que en el pasado habían provocado un aumento de las solicitudes de nombramiento de administradores de apoyo: los riesgos de alteración del equilibrio patrimonial-administradores de apoyo en caso de que el poder se otorgara a un familiar, las incertidumbres y los temores de los operadores, especialmente los bancos y las compañías de seguros, de incurrir en perfiles de responsabilidad en caso de que los poderes generales fueran otorgados por personas que hubieran perdido posteriormente su capacidad de comprensión³³. *A fortiori*, estos problemas deben abordarse en referencia al ejercicio de una gestión espontánea, no respaldada por una manifestación previa de voluntad por parte de la persona afectada, admitiendo la posibilidad de enmarcar dicha conducta, y no en el ámbito de la *negotiorum gestio* (en presencia de una obligación, aunque sea natural, o de la legitimación del mandatario para inmiscuirse en la esfera jurídica ajena)³⁴, en el cumplimiento de las obligaciones de solidaridad familiar.

Incluso antes del impacto descendente sobre los equilibrios familiares y sucesorios, la cuestión crucial concierne, aguas arriba, a los controles de la actuación del representante, en caso de que el representado haya perdido, junto con la capacidad de comprender y de intención, la lucidez necesaria para supervisar y, en su caso, revocar el poder, en

33 GIROLAMI, *La procura degli incapaci*, en *Riv. dir. civ.*, 2019, 1410.

34 SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, interferenze egoistiche e restituzione del profitto*, Turín, 1999, 201 y ss. Además, antes de que fuera tácitamente derogado por l. 219/2017, cabe recordar que los apartados 40 y 41 del artículo 1 de la ley n.º 76 de 2016 preveían la posibilidad de que los convivientes se designaran mutuamente como fideicomisarios, para el caso de incapacidad sobrevenida para determinar autónomamente en las decisiones sanitarias y post mortem: OLIVERO, *Tra ombre e specchi: brevi riflessioni sui commi 39, 40, 41 della legge Cirinnà*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2019, 347.

caso de abuso y ante la traición de la confianza inicialmente depositada en él. En efecto, la conexión creada por la ordenanza entre el sistema de apoderamientos y la red familiar sugiere la hipótesis de un mandato conferido a varias personas, designadas para actuar conjuntamente (mandato mancomunado: artículo 1716 del Código Civil) y ejercer un control mutuo. Esta opción, si no elimina el problema, permite en cambio reducirlo, ya que en caso de conflicto de intereses, cuando la incapacidad sobrevenida del representante le impide solicitar personalmente la anulación del contrato *en virtud del art. 1394 del Código Civil*³⁵, los miembros de la familia están legitimados para interponer una acción de nombramiento de representante legal con el fin de impugnar el acto (arts. 406, 417 del Código Civil). Por otra parte, bien mirado, la implicación de los intereses de los miembros de la familia *sub specie de las expectativas sucesorias*, es capaz de representar un incentivo a la vigilancia, y no sólo una de las razones que, como se ha dicho, inducen al juez a nombrar un *amministratore di sostegno*, incluso en presencia de una red familiar, o a hacer caso omiso de las elecciones del beneficiario, o en todo caso a optar por nombrar a una persona ajena a la familia³⁶.

Por otro lado, reduciendo la distancia entre el sistema de protección legal y el negociado, está la reducción de los controles del juez tutelar, ya escasamente efectivos, por el reciente decreto legislativo 149/2022, la llamada reforma Cartabia. En efecto, el artículo 21 ha creado una doble vía, judicial y notarial, para las autorizaciones de celebración de escrituras públicas y acuerdos privados autenticados que afecten a una persona incapacitada judicialmente o a una persona beneficiaria de la *amministrazione di sostegno*, o que se refieran a bienes hereditarios: estas autorizaciones, en efecto, además de por el juez tutelar, pueden ahora ser expedidas, alternativamente, por el notario, previa solicitud escrita de las partes, presentada personalmente o a través de un abogado. Esta

35 GIROLAMI, *op. cit.*, 1409.

36 OLIVERO, *Incapacità e libertà matrimoniale tra dignità della persona e interessi familiari*, en *Giur. it.*, 2018, 315.

modificación, aunque tiene por objeto facilitar la administración de la herencia y aligerar la carga de trabajo de los jueces tutelares, revela de hecho un posible conflicto de intereses entre el administrador de la ayuda, el notario y el beneficiario, que se sustrae a la intervención del juez si el funcionario público llamado a autorizar la estipulación coincide con aquel a quien se confiere (a título oneroso) el nombramiento profesional para encargarse del acta notarial (que excede de la administración ordinaria)³⁷.

Inevitablemente, pues, el crecimiento exponencial del número de personas mayores ha contribuido a hacer evidente la insostenibilidad del sistema actual, de hecho, concentrado en la *amministrazione di sostegno*, y a suscitar la reflexión sobre la conveniencia de identificar otras formas y vías de protección, calibradas en función de las múltiples manifestaciones y peculiaridades de la evolución del deterioro cognitivo asociado a la edad.

Una de las perspectivas desde las que emergen con mayor claridad los límites del actual sistema de protección de adultos se refiere a las personas mayores, para quienes se trata de hacer frente a un amplio abanico de situaciones: desde el caso de la vulnerabilidad vinculada al proceso de envejecimiento, en sus diversos niveles y manifestaciones, hasta el abanico aún más amplio de casos vinculados a patologías seniles. Si es cierto que, como se ha observado con acierto, la no previsión de un término final de la capacidad de obrar implica el rechazo de una solución unitaria para hacer frente a las consecuencias de la reducción de la autonomía vinculada a la edad³⁸, y que, como hemos observado desde el principio, no es la edad en sí misma lo que hace vulnerable a

37 G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della 'Legge Cartabia' (D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, en *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1433 ss.

38 S. PATTI, *Senilità e autonomia negoziale della persona*, en *Fam. pers. succ.*, 2009, 260.

la persona mayor, es evidente la incapacidad de una sola institución -en este caso, la *amministrazione di sostegno*- para hacer frente a los problemas que plantea la gestión de los intereses determinados por la disminución de la capacidad cognitiva que acompaña, en diferente medida, de diferentes maneras y en diferentes momentos, a la fase extrema de la existencia de cada persona. Además, una vez que la referencia a la edad avanzada prevista en el proyecto de ley original entre los requisitos subjetivos previos de la *amministrazione di sostegno* (*junto a los actuales*: una dolencia o una deficiencia física o psíquica) fue convenientemente expurgada en el momento de su aprobación -pues no es directamente la edad la que determina la necesidad de la medida, sino la incidencia concreta en la autonomía del sujeto- parece difícil, cuando las deficiencias de memoria y los déficits en la capacidad de análisis y razonamiento hacen más difícil o gravosa, pero a menudo no imposible, la gestión de los propios intereses, integrar sin forzar los requisitos previos objetivos de la *amministrazione di sostegno*, (que en el art. 404 c.c. exige la "imposibilidad, incluso parcial o temporal, de proveer a los propios intereses")³⁹, siguen siendo adherentes a los principios supranacionales que, por una parte, exigen "velar por que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona" (Art. 12 de la Convención de la ONU) y, por otro, esbozan un abanico de medidas de protección que incluyen las que se limitan a un acto concreto, sin exigir el nombramiento de un representante o de un mandatario con poderes continuados y que, frente al recurso a medidas de protección judicial, favorecen, cuando es posible, el recurso a medidas menos formales [como la negociación] y la asistencia de familiares u otros cuidadores de la persona mayor (Principios 2, 5).

Además, la falta de normas jurídicas adecuadas para tratar los casos en los que los déficits neurocognitivos representan una condición per-

39 Con respecto a estos casos, DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, en *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2004, 39 habla de "ineptitud" para proveer a los propios intereses.

manente y no temporal del sujeto (como presupone el Art. 428 del Código Civil, y siguientes), sin la oportuna adopción de una medida judicial de protección, sino también la dificultad de encontrar alternativas para hacer frente a la variedad y mutabilidad en el tiempo de las necesidades de las personas mayores, sin recurrir a una institución, la *amministrazione di sostegno*, que sigue teniendo implicaciones penalizadoras (el procedimiento, la publicidad de la medida, la limitación, aunque sea mínima, de la capacidad de obrar⁴⁰). De hecho, a diferencia de otros países, no se otorga a los familiares poderes generales de sustitución *ex lege* cuando los miembros vulnerables del hogar ya no son capaces de expresar su voluntad, sino únicamente la facultad de designar de antemano a un familiar o persona de confianza para que tome decisiones específicas (básicamente en cuestiones médicas y trasplantes de órganos)⁴¹.

40 BONILINI, *Persone in età avanzata, e amministrazione di sostegno*, en *Fam. Pers. Succ.*, 2005, 487. Tal eventualidad queda excluida en la *amministrazione di sostegno* no incapacitante, sobre la que véase LISELLA, *Questioni tendenzialmente definite e questioni ancora aperte in tema di amministrazione di sostegno*, en *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2013, 287.

41 Esto es lo que prevé el art. 40 del art. 1 de la ley n° 76 del 20.5.2016 para los convivientes (Cada conviviente de hecho puede designar al otro como su representante con poderes plenos o limitados: a) en caso de enfermedad que conlleve una incapacidad, para las decisiones en materia de salud) y por el art. 4 de la Ley 219 de 22 de diciembre de 2017, “Toda persona mayor de edad y capaz, en previsión de una posible incapacidad futura para autodeterminarse y tras haber adquirido una información médica adecuada sobre las consecuencias de sus elecciones, podrá, a través del DAT, expresar su voluntad respecto a los tratamientos sanitarios, así como el consentimiento o la negativa respecto a pruebas diagnósticas u opciones terapéuticas y a tratamientos sanitarios individuales. También designará a una persona de su confianza, en lo sucesivo denominada “fideicomisario”, que actuará en su nombre y le representará en las relaciones con el médico y los centros sanitarios”.

5.- La comparación con los sistemas europeos. La introducción de poderes y mandatos en previsión de una futura incapacidad:

En la perspectiva de un avance del sistema en la promoción de la autonomía y en la desestatización de las medidas de protección, han contribuido significativamente aquellos instrumentos *de soft law* que cada vez con más eficacia han intervenido para delinear una serie de instituciones dedicadas a la planificación anticipada de los intereses personales y patrimoniales, ante una futura incapacidad para decidir y proveer autónomamente a los propios intereses. Tras el princ. 7. de la Recomendación del Comité de ministros del Consejo de Europa de 1999. No. R (99) 4 *sobre los principios relativos a la protección jurídica de los adultos incapaces*, se había afirmado que "Debe considerarse la necesidad de prever y regular las disposiciones jurídicas que una persona aún capaz puede adoptar para prever su eventual incapacidad", más enfáticamente el princ. 1 de la Recomendación *Principios relativos a los poderes continuados y a las voluntades anticipadas en caso de incapacidad*, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 2009 afirmaba que "los Estados deberían promover la autodeterminación de los adultos capaces en caso de incapacidad futura, mediante *poderes continuados y voluntades anticipadas*, como instrumentos de autodeterminación de las personas capaces en vista de una incapacidad futura (para proveer a sus propios intereses), a los que los Estados están llamados a dar prioridad de conformidad con los principios de autodeterminación y subsidiariedad". Además, en 2014, la Recomendación CM/Rec(2014)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros *sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores* en el princ. 14 establece que "los Estados miembros deben prever una legislación que permita a las personas mayores regular sus propios asuntos en caso de que no puedan expresar sus instrucciones en una fase posterior".

Sobre esta base, varios países europeos han introducido *poderes y mandatos* específicos destinados a conferir poderes a un mandatario para que pueda velar por los intereses del otorgante según sus indica-

ciones, a partir del momento de la pérdida de la capacidad de valerse por sí mismo o, incluso si los efectos son inmediatos, sin que la pérdida de capacidad pueda afectarlos: tomando en consideración sólo tres países, se trata del *mandat de protection future* en Francia, los *poderes y mandatos preventivos* en España y el *Vorsorgevollmacht* en Alemania⁴². De acuerdo con los principios mencionados, se prevé expresamente el papel subsidiario de las medidas judiciales de protección, aplicables únicamente en ausencia o insuficiencia de la medida de carácter voluntario (§ 1814 BGB; art. 249 y 255 *código civil español*; art. 428 *código civil*). Al mismo tiempo, los *poderes continuados* no pierden necesariamente su eficacia en caso de adopción de una medida de protección judicial. El artículo 485 del *code civil* prevé, por ejemplo, que sólo si el *mandato* no permite proteger adecuadamente los intereses personales y patrimoniales del mandatario, el juez podrá iniciar una medida complementaria, encomendada al mandatario, o autorizarle a él o a otros a realizar actos específicos no contemplados en el mandato; en virtud del art. 258 del *código civil*, entonces, "los poderes a que se refieren los artículos anteriores mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado"; del mismo modo, en Alemania, según el § 1820, la medida judicial puede adoptarse con el fin de controlar y complementar la actividad del representante, pudiendo hacerse cargo sólo en el caso de que la actividad realizada ponga en peligro a la persona o los bienes de la persona vulnerable.

En cuanto a las personas habilitadas para otorgar el poder o concluir el mandato, en Francia se prevé la posibilidad de un *mandat de protection future pour autrui por parte de los padres*, además de la persona interesada, en caso de que el niño ya no pueda velar por sus intereses por sí solo y con efecto a partir del día en que el padre o la madre

42 Véase GIROLAMI, *op. ult. cit.*, 867 y ss.; LISELLA, *La valorizzazione del carattere elastico della amministrazione di sostegno in funzione di una piena promozione e protezione della persona fragile*, en *Família*, 2022, 457 y ss.

otorgante fallezca o ya no pueda ocuparse del niño. En cuanto al plazo inicial de eficacia, sólo el sistema alemán deja abiertas al fideicomitente las dos opciones previstas en la Recomendación de 2006, es decir, prever la eficacia inmediata desde el momento de la emisión y prever la eficacia posterior desde el momento de la incapacidad. Tanto Francia como España optan por la eficacia diferida. En el caso de Francia, será obligación del mandatario, provisto de un certificado médico, expedido por un médico elegido de una lista especial, que certifique que el mandante ya no está en condiciones de proveer a sus intereses, acudir a la secretaría del tribunal competente para obtener el visado y la fecha de la toma de efecto de un documento que se devuelve al mandatario, y que se notifica al mandante si éste no ha acompañado personalmente al mandatario a la secretaría (art. 481 CC). En España, sin embargo, se prevé que "para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido". En cuanto a la forma, la Recomendación se limita a exigir la forma escrita, pero los tres sistemas considerados prevén la forma notarial de la que hacen depender una eficacia diferente o un contenido diferente de la escritura del transmitente,

En cuanto al contenido, para el que la Recomendación deja un amplio margen de discrecionalidad a los Estados, es posible que los *poderes continuados* abarquen medidas pecuniarias y personales, de forma acumulativa o alternativa, y que se opte por la designación de personas distintas para cada ámbito de gestión.

Paralelamente a la previsión de *poderes* continuos, cada uno de estos países ha previsto instrumentos negociados para la planificación anticipada de las decisiones sanitarias: en Alemania, la *Patientenverfügung* (§ 1827-1834), en España, las directivas anticipadas o instrucciones previas (art. 11, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que ha sido seguida por norma-

tivas específicas en las distintas Comunidades Autónomas), en Francia, las *directives médicales anticipées* (Code de la santé publique, artículos R1111-17 a R1111-20).

En el sistema italiano, si bien *las voluntades anticipadas* han sido contempladas por la Ley n.º 219 de 22 de diciembre de 2017, que preveía en su artículo 4 disposiciones sobre tratamientos anticipados, a través de las cuales "expresar los propios deseos en relación con los tratamientos sanitarios, así como el consentimiento o el rechazo con respecto a pruebas diagnósticas u opciones terapéuticas y tratamientos sanitarios individuales" "en previsión de una posible incapacidad futura para autodeterminarse", e incluso antes la Ley n.º 76 de 2016 había previsto el poder de designación entre convivientes, sigue faltando una regulación de los *poderes duraderos*, con vistas a la *potenciación* de la autonomía de decisión de la persona vulnerable, la desestatización del sistema de protección, así como la subsidiariedad de las medidas institucionales, sigue faltando una disciplina específica para los *poderes duraderos*, a pesar de un proyecto del Notariado⁴³, al que, por otra parte, debemos la difusión de los *poderes duraderos* en numerosos países europeos.

6.- A continuación: la provisión de medidas de protección extrajudiciales

En la ampliación de los espacios de autodeterminación de las personas vulnerables, ya se han utilizado la mayoría de los sistemas (europeos y no europeos), como se ha mencionado anteriormente, incluso cuando se había mitigado la rigidez del régimen de protección judicial mediante la superación de los instrumentos tradicionales omnipresentes, los homólogos de la tutela y la curatela, con el flanqueo o, más a menudo,

43 El proyecto de ley de Federnotai de 2021 pretendía la introducción en el libro primero, título XII del código civil del capítulo III sobre la institución del mandato de protección. Véase RUBERTELLI, *Il mandato di protezione e la tutela dei soggetti fragili: un buon esempio da emulare*, en *Notariato*, 2023, 649.

con la sustitución de figuras similares a la *amministrazione di sostegno*, como la *Betreuung* en Alemania (§§ 1896 y ss. BGB), la *Sauvegarde de justice* en Francia (Art. 491 y ss. *Código civil*)⁴⁴, la curatela (Art. 268 y ss. *Código civil*).

La mejora de la autonomía de los adultos vulnerables no se limitó a la introducción de poderes notariales y órdenes preventivas, sino que afectó a la propia adopción y aplicación de medidas judiciales, así como al reconocimiento legal del apoyo ejercido de facto por los familiares de la persona vulnerable.

En el primer frente, se ha reforzado el papel de la persona en la adopción y aplicación de la medida judicial que le concierne. En cuanto a la adopción de la tutela, el art. 271 introduce la figura de la autotutela, es decir, que es la misma persona "en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás" a "proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador" y "establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo". Se trata de indicaciones vinculantes para el juez, que sólo tiene derecho a apartarse de ellas si resulta que "existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones". Incluso cuando no se haya recurrido a la auto curatela, el art. 276 dispone

44 Véase CIAN, *L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, en *Riv. dir. civ.*, I, 2004, 483 y ss.; GIROLAMI, *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione*, en *Riv. dir. civ.*, I, 2021, 879 y ss.

que, salvo las excepciones mencionadas, el juez "nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o por la persona en quien éste se hubiera delegado". En ausencia de la propuesta, se sigue un orden estatutario, especificando entonces que "La autoridad judicial podrá alterar el orden del apartado anterior, una vez oída la persona que precise apoyo. Cuando, una vez oída, no resulte clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias". En cuanto a la ejecución de las medidas judiciales, el Código español dispone en el art. 268 que "Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de ésta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias"; art. 270 que "La autoridad judicial establecerá en la resolución por la que se constituya la curatela o en una resolución posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyo, así como para evitar abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas". También cabe mencionar lo dispuesto en el segundo párrafo del Art. 249 del código civil español que, al establecer disposiciones generales, no se limita a indicar genéricamente a las personas que prestan asistencia (cualquiera que sea su origen) el objetivo de actuar de conformidad con "la voluntad, los deseos y las preferencias de quien lo requiera", pero les exige que tomen medidas para que "la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándole y ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias". Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro"; sin olvidar que, cuando las medidas de apoyo incluyan funciones representativas porque "pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona", los representantes "en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria

vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación".

En un segundo nivel, se han valorizado las tareas de gestión, así como las de cuidado, asumidas espontáneamente por personas pertenecientes al círculo familiar y social del sujeto. Los ejemplos más conocidos son la *habilitation familiale*, vigente en Francia desde 2016 y reformada en 2019 (arts. 494-1 a 494-12, Código Civil) y la *guarda de hecho* presente en España desde 1983 y potenciada por la Ley 8/2021 (arts. 263 a 267 Código Civil), figuras que tienen en común el refuerzo del papel de los miembros de la familia, al atribuir un valor institucional al apoyo de hecho garantizado a los miembros más vulnerables. En el caso de la *guarda de hecho*, el art. 263 establece que "Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que éstas no se estén aplicando eficazmente". Solamente en el caso en que el guardador de hecho deba actuar excepcionalmente como representante, se prevé que "este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad". En cualquier caso "La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad".

Se produce, por tanto, una valorización de la función asistencial de la familia mediante una retracción del Estado, en la perspectiva de la subsidiariedad horizontal, con la atribución de un papel y de una potencial relevancia jurídica externa a las "redes privadas de solidaridad"⁴⁵ y de

45 LENTI, *Diritto di famiglia*, en *Trattato di diritto privato*, editado por Iudica y Zatti, Milán, 2021, 1110

protección, establecidas de facto en la familia y en la órbita social del anciano o, más en general, del sujeto vulnerable. Al igual que subyace a la preferencia por los miembros de la familia en la designación de medidas de protección judicial la idea de que éstos pueden haber recibido indicaciones de la persona sobre las decisiones que tomaría en el futuro o si hubiera perdido la posibilidad de una gestión autónoma o, en cualquier caso, que pueden tomar decisiones más acordes con la voluntad, aunque sólo sea presunta, de la persona vulnerable.

En todas estas realidades, el rasgo común es hacer que la medida judicial o legal sea supletoria o subsidiaria/complementaria de las medidas voluntarias, hasta la desaparición de cualquier margen de incapacitación judicial del sujeto.

De este modo, no sólo se garantiza una mayor eficacia de los principios europeos mencionados, sino también el cumplimiento de las obligaciones negativas inherentes al derecho al respeto de la vida privada y familiar de las personas (art. 8 CEDH; art. 7 Carta de Niza), ya que la protección así ofrecida a las personas afectadas se limita al "apoyo que puedan necesitar para ejercer su capacidad", y se garantiza que "las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, deseos y preferencias de la persona", (Art. 12(4) Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), que los miembros de la familia tienen más probabilidades de conocer, expresar y poner en práctica.

7.- Observaciones finales:

En conclusión, la valorización por la jurisprudencia de la legitimidad de los instrumentos de negociación y del apoyo de los familiares en la gestión de los intereses patrimoniales de las personas privadas de autonomía puede leerse como el primer paso de un proceso, ya en marcha a nivel europeo, destinado a garantizar una mayor adhesión del sistema a los principios llamados a informar la protección de los adultos vulnerables. Los riesgos ligados a la falta de control de la actuación

del representante por parte del representado y del juez pueden reducirse mediante la vigilancia ejercida por la red familiar y la consiguiente activación ante posibles abusos: con el posterior nombramiento del representante legal, de hecho, además de la impugnación de los actos realizados en conflicto de intereses, todos los poderes otorgados anteriormente por la persona perderán su eficacia, eliminando así de raíz el riesgo de que se repitan conductas similares⁴⁶. Si un control minucioso por parte de los miembros de la familia sobre la actuación del representante negociador parece deseable como expresión de solidaridad en el seno del núcleo, o como reflejo de los intereses y expectativas económicas individuales, queda por superar la desconfianza de los operadores, ligada a la incertidumbre en el trato con el representante negociador, que no legal, del sujeto frágil. En la búsqueda de soluciones, es ciertamente posible inspirarse en la comparación con los modelos de *tutela de hecho* y de *habilitación familiar*, como formas de institucionalización extrajudicial de la función protectora y de apoyo ejercida de hecho y en el seno de la familia. Ambos esquemas, sin embargo, si excluyen la intervención del juez a efectos de institución, la postulan a efectos de autorización o habilitación de actos; En consecuencia, tal perspectiva tendría la ventaja de dar continuidad y seguridad al trabajo de personas próximas, de confianza, a la persona afectada, la ventaja de la confidencialidad y la desinstitucionalización de la protección, pero atenuaría, por el contrario, el beneficio de recurrir a instrumentos de naturaleza negociada, en los que la intervención del juez de protección, con el tiempo y los costes que conlleva, se limita a los casos de necesidad real, y no *a priori*, se limita a evitar peligros futuros y meramente posibles. Si acaso, manteniéndonos en una perspectiva *de iure condito*, para avanzar en la dirección de la desestatización de la protección y el reforzamiento de la autonomía privada de los adultos vulnerables, puede ser conveniente buscar en el ordenamiento, también a partir de sugerencias comparadas, aquellos expedientes que puedan permitir la redacción de

46 GIROLAMI, *op. cit.*, 1396.

voluntades anticipadas para la gestión de los propios intereses ante una futura incapacidad, y garantizar al mismo tiempo la seguridad jurídica de terceros y la protección de la voluntad del disponente.

A este respecto, resulta cada vez más evidente la conveniencia de prever medidas de apoyo más amplias y articuladas que la alternativa entre la designación *ex ante* de una figura de apoyo, y por tanto del *amministratore di sostegno*, y la impugnación del acto realizado *ex post*, que sufre la dificultad probatoria del artículo 428 del Código Civil, y de las demás disposiciones específicas para los actos realizados en estado de incapacidad, considerando que, en el estado actual de la reflexión jurídica, el recurso a los instrumentos de negociación mencionados (poder y mandato a los que podemos añadir, por cierto, el *trust* o *l'atto di destinazione*, de conformidad con el artículo 2645-ter del Código Civil, con función de gestión) no puede considerarse totalmente satisfactorio.

Lo que hace urgente una modernización del sistema en consonancia con otros sistemas europeos (la necesidad de repensar y revisar el equilibrio de todo el sistema de protección de las personas incapacitadas mediante una mejora de los instrumentos negociados) son las normas de derecho internacional privado que actualmente determinan, en los casos transfronterizos, la competencia de los tribunales italianos para dictar medidas de apoyo a los adultos en el ejercicio de su capacidad jurídica, y la ley aplicable a dicho apoyo. Como ya se ha mencionado, Italia ha firmado, pero aún no ratificado, el Convenio de La Haya de 13.1.2000 sobre la Protección Internacional de Adultos y, como subraya también la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo del pasado mes de mayo, con referencia a la UE, la desarmonía entre los sistemas y la aplicación de normas nacionales de conflicto determinan un alto riesgo de que, en presencia de un elemento transfronterizo, el adulto necesitado de asistencia no pueda acceder al apoyo que pueda necesitar para ejercer su capacidad jurídica de forma eficaz y plena, como exige el Convenio, ni siquiera en otro país, con repercusiones inaceptables sobre la libertad de circulación en los países de la UE.

Bibliografia:

- Anelli F., *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Jus*, 2005, 194.
- Barba V., *El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, 1548.
- Bonilini G., Chizzini A., *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2004, 2007.
- Bonilini G., Tommaseo F., *Dell'amministrazione di sostegno*, nel *Commentario del codice civile*, fondato e diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli e Ponzanelli, II ed., 2018.
- Bugetti M.N., *Le incerte frontiere tra amministrazione di sostegno e interdizione*, in *Fam. dir.*, 2006, 57.
- Bugetti M.N., *L'amministrazione di sostegno*, nel *Trattato Scialoja-Branca*, Torino, 2024.
- Calò E., *L'amministrazione di sostegno: Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004.
- Cian G., *L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2004, 483 ss.
- De Cristofaro G., *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "Legge Cartabia" (D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1433 ss.
- Delle Monache S., *Sub. art. 404 c.c., in Di Rosa (a cura), Della famiglia artt. 231-455, nel Comm. cod. civ., dir da Gabrielli, II ed., Torino, 2018, 1443.*
- Delle Monache S., *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2004, 29.
- Ferrando G. (a cura), *L'amministrazione di sostegno: una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, 2005.
- Forbes-Mewett, H. (ed.), *Vulnerability in a Mobile World*, Emerald Publishing Limited, 2020.
- Franzina P., *La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato*, Padova, 2012.
- Gentili A., *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, 41.

- Girolami M., *La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca*, in *Liber amicorum per Paolo Zatti*, I, Napoli, 2023.
- Girolami M., *La procura degli incapaci*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2019, 1410.
- Girolami M., *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de iure condendo*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 860 s.
- Lenti L., *Diritto della famiglia*, nel *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2021.
- Lenti L.-Ferrando G. (a cura), *Soggetti deboli e misure di protezione: amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino, 2006.
- Lisella G., *Questioni tendenzialmente definite e questioni ancora aperte in tema di amministrazione di sostegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2013, 287.
- Lisella G., *La valorizzazione del carattere elastico dell'amministrazione di sostegno in funzione di una piena promozione e protezione della persona fragile*, in *Famiglia*, 2022, 457 s.
- Manca L., *New Legal Developments in the Inter-American System of Human Rights: Some Observations on the Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons*, in *Rivista di studi politici*, 2017, 116 ss.
- Manca L., *Prime note sul Protocollo africano sui diritti delle persone anziane*, in *Federalismi*, 2017, 2 ss.
- Olivero L., *Tra ombre e specchi: brevi riflessioni sui commi 39, 40, 41 della legge Cirinnà*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2019, 347.
- Patti S. (a cura), *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005.
- Patti S., *Senilità e autonomia negoziale della persona*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 260.
- Peers, Hervey, Kenner, Ward, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Bloomsbury, 2021.
- Roma U., *Amministrazione di sostegno: criticità normative sostanziali e processuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 694 ss.
- Rubertelli V., *Il mandato di protezione e la tutela dei soggetti fragili: un buon esempio da emulare*, in *Notariato*, 2023, 649.
- Schroeder, Gefenas, *Vulnerability too Vague and too Broad*, en 18 *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2009.

- Sirena P., *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 2000.
- Stefini U., *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art 2645-ter c.c.*, Padova, 2010, 60 ss.
- Tescaro M., *Voce Amministrazione di sostegno*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ., Aggiorn.*, I, Utet, 2007, 12 s.
- Venchiarrutti A., *La Convenzione di New York e l'esercizio della capacità legale da parte delle persone con disabilità*, in *Liber amicorum per Paolo Zatti*, II, Napoli, 2023, 1371.

La persona adulta mayor, la familia y el Estado: panorámica mexicana.

Por: Lizbeth América Cedillo Valderrama¹

Escuela Libre de Derecho

Resumen: *El estudio está centrado en las personas adultas mayores, sus cualidades y necesidades, en condición de destinatarias de la actuación de competencias federales, examinando el papel del Poder Judicial a través de tesis de trabajo jurisprudencial, para destacar la interacción de lo internacional con el Derecho interno mexicano, en materia de derechos humanos, en contraste con el papel del Derecho de Familia.*

Palabras Clave: *personas adultas mayores, autonomía regresiva, perspectiva de envejecimiento, vulnerabilidad.*

Riassunto: *Questa ricerca è incentrata sugli individui di età pari o superiore ai sessanta anni, esaminando le loro caratteristiche e necessità, nonché il loro status di destinatari delle azioni delle autorità federali. Lo studio approfondisce il ruolo del Potere Giudiziario attraverso tesi giurisprudenziali, mirando ad illuminare l'interazione tra trattati internazionali e diritto interno messicano, in particolare nel contesto dei diritti umani, in esplicito contrasto con il ruolo svolto dal Diritto di Famiglia.*

Parole Chiave: *anziani, autonomia regressiva, prospettiva dell'invecchiamento, vulnerabilità.*

Abstract: *This study focuses on elderly adults, their qualities and needs as recipients of federal authorities actions, examining the role of the Judicial Branch through jurisprudential work precedents to highlight the interaction of international law with Mexican domestic law concerning human rights, contrasting with the role of Family Law.*

1 Abogada egresada de la Escuela Libre de Derecho, Maestra en Derecho Constitucional y Amparo y Doctora en Derecho por la Facultad de Derecho de la Barra Nacional de Abogados, así como Doctora en Derecho por la Escuela Libre de Derecho. Ciudad de México, 29 de febrero de 2024.

Keywords: *elderly adults, regressive autonomy, aging perspective, vulnerability.*

Sumario: 1.- Introducción.- 2.- Los por qué sí o por qué no de la uniformidad u homogeneización o regionalización del Derecho con respecto a México.- 3.- La persona en general y la persona adulta mayor en particular.- 3.1. El papel social y la visión jurídica del adulto mayor.- 3.2. Breve visión filosófica y científica del envejecimiento.- 3.2.1. Visión filosófica.- 3.2.2. Visión científica.- 3.3. Tratamiento y consideración del adulto mayor en la Historia jurídica nacional.- 3.4. Características de la persona adulta mayor.- 4.- La familia y la injerencia del Estado.- 4.1. Separación de lo público y lo privado. Complementariedad o conflicto.- 4.2. Autonomía de la voluntad.- 4.3. El concepto de vulnerabilidad.- 4.4. Los linderos entre la protección y la discriminación.- 5.- Respuestas del Derecho a las necesidades del adulto mayor. Norma y jurisdicción.- 5.1. Capacidad, incapacidad, discapacidad e interdicción en el ámbito jurídico.- 5.2. Proyección de compromisos internacionales en acciones de Derecho interno.- 5.2.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos.- 5.2.2. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.- 5.2.3. Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores.- 5.2.4. Ley General de Desarrollo Social.- 5.2.5. Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.- 5.3. Derecho interno y convencionalidad en la práctica jurisprudencial.- 5.4. Prospectiva.- 6.- Conclusiones.

1.- Introducción:

La temática centrada en las personas de sesenta o más años de edad tiene indiscutible conexión con la familia, en tanto grupo social en cuyo seno suele transcurrir la vida entera y, por lo tanto, en donde se atiende, cuida y convive con los sujetos de envejecimiento, en los términos a los que inclina la tradición y cultura predominantes. Por ello, privilegiando la precisión, sería natural materia del Derecho Privado, concretamente, del Derecho de Familia.

No obstante, en el contexto de convivencia que prima en el concierto de naciones y bajo las perspectivas acerca del funcionamiento de la Ley y del Derecho con vista a la protección a los derechos humanos, resulta sostenible hipótesis que el tratamiento jurídico actual de las personas adultas mayores en México, es, con mucho, el resultado de una constitucionalización y federalización normativa de la materia familiar, en comunicación con una internacionalización del Derecho en general, en tanto fenómenos característicos de una época de grandes interacciones

e intercambios de comunicación con el resto del mundo, así como de expansión de los derechos humanos.

Dados los objetivos de la investigación conjunta a la que responde este trabajo, se impone hacer constar la existencia de obstáculos para hablar -lisa y llanamente- de un proceso de *uniformación* -homologación o uniformidad- y *regionalismo* jurídico que, involucrase a México y que tocara de modo directo al tema.

Así, aterrizada la óptica en este sector de población, es de apuntar cómo en el paulatino decurso de la historia, cada vez más, Estado e instituciones han debido ocuparse de la problemática planteada por la vulnerabilidad que se reconoce y/o atribuye a las personas adultas mayores. Esto, siendo pertinente y necesario, ha generado sin embargo, un retroceso en la función regulatoria naturalmente implícita en el Derecho Privado, ámbito de la familia, para proyectarla hacia lo público, exigiendo así un examen de su justificación y manejo.

Comporta en ello el prevenir y/o evitar una mala lectura de la procedencia de una protección especial y, más importante aún, prevenir que, a socaire de una supuesta salvaguarda, en realidad se afecte el ejercicio de derechos humanos indiscutibles, ya sea en perfiles de igualdad y no discriminación o de desarrollo de la personalidad.

Habré de referirme al sector en estudio, preferentemente, como *personas adultas mayores* o *adultos mayores* indistintamente, apuntando que la normatividad, el trabajo jurisdiccional y el trato cotidiano no especializado, -mucho a causa de las diferentes épocas de regulación o acción-, oscilan en llamarles *adultos mayores*, *personas mayores*, *personas de la tercera edad*, *personas de edad avanzada* e inclusive, *ancianos*.

Como coordenada marco de la investigación, he considerado que, si bien comporta la implicación del Derecho Privado, de Familia en especial; por estar implícito un plano de derechos humanos se enlaza con crecientes y paulatinas acciones de poder público y, por tanto, con un desdibujamiento de la usual división entre Derecho Público y Privado, especialmente catalizado por la vía del artículo primero de la Consti-

tución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma ocurrida en 2011.

Consecuentemente, en el abordaje del presente trabajo se partirá de una breve semblanza del desarrollo jurídico nacional, con la finalidad de explicar la inexistencia de francos elementos de *uniformación* -homologación o uniformidad- y *regionalización* del Derecho mexicano, entendida como fase superior de interacción con, para y desde el exterior, a efecto de delinear, en cambio, la internacionalización/constitucionalización/federalización de aspectos del Derecho de Familia vinculados al tema, que con mayor claridad existen.

Se analizará también qué es y representa la vejez y el adulto mayor en el ámbito de lo filosófico y reflexivo del desarrollo humano, para contrastar y criticar el aparente retroceso que, ante funciones del Derecho Público, se advierte en el Derecho Civil y de Familia, rama esta última que sería, de suyo, la tradicionalmente llamada a proteger a los miembros de la misma, en todas sus etapas vitales. Finalmente, expondré cuál ha sido el trabajo jurisdiccional existente, por ser en él donde mayormente se pulsa la presencia y efectos de normativa de fuente internacional y constitucional, en pro de los derechos humanos.

A la postre, será objetivo concientizar los escenarios que los incrementados promedios de vida ofrecen a las personas adultas mayores, para plantear que, como todo individuo de la especie humana, han de gozar de derechos y cumplir obligaciones en un contexto donde la edad no sea más que un dato y nunca una limitante discriminatoria o prejuiciosa.

2.- Los por qué sí o por qué no de la uniformidad u homogeneización o regionalización del Derecho con respecto a México:

En las condiciones contemporáneas de interacción entre países, al amparo, por una parte, de la concientización y potencialización de los derechos humanos exaltada especialmente a partir la segunda mitad

del siglo XX, ante el influjo de los alcances de las nuevas tecnologías de la comunicación y, por otra; bajo las fuerzas alternativamente centrífugas y centrípetas de la globalización; en presencia de los movimientos migratorios, así como de las perentorias exigencias de la economía en todas las latitudes y tiempos, deviene lógica la gestación doctrinal de la idea de conformar un Derecho de integración en América que, superando autosuficiencias estatales cada vez más difuminadas, coadyuve cada vez más y mejor a la relación entre pueblos.

Sin embargo, dado el desarrollo histórico latinoamericano del que México es partícipe y resultado, dicha conformación encuentra los naturales obstáculos del fenómeno humano: no hay soluciones únicas ni definitivas a las exigencias de la transformación mundial. Así como por momentos parece importante reivindicar la independencia y soberanía de los Estados, así hay fases y esferas de acción que invitan a renunciar a ciertas porciones de autonomía para impulsar los beneficios de la cooperación internacional.

En el desarrollo histórico del que el actual Estado mexicano es -insisto- parte y resultado, ni lo homogéneo, ni lo unitario, ni lo comunitario han sido la constante. Sobre el particular, Pampillo² expone con claridad y concreción que -a su parecer- la formación de un Derecho comunitario en América es el paradigma del siglo XXI, en concordancia con los problemas económicos, políticos, sociales y culturales de la región americana y en paralelo a la muy recomendable gestación de un *Ius commune*, caracterizado, en su óptica, por la homologación de los diversos Derechos propios. Dicho autor encuentra entre las justificaciones para ello, circunstancias de variada índole, como la existencia de mer-

- 2 Pampillo Baliño, Juan Pablo, “Derecho comunitario y *ius commune* americano: dos asignaturas pendientes para las ciencias jurídicas de nuestro continente”, en: *Foro. Revista de Derecho*, Quito, número 18, UASB-Ecuador, 2012, pp. 5-27, *passim*. Disponible en: <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/411/406> (consulta de 27 de febrero de 2024).

cados transfronterizos, flujos de información, movilidad demográfica, presencia de fenómenos de globalización y de glocalización, un pasado histórico y jurídico latinoamericano que comparte un germen europeo y *iusromanista* indiscutible, una todavía muy lapidaria concepción de la soberanía estatal, así como una multiplicidad de acuerdos, organismos y tratados yuxtapuestos y en funcionamiento, cuya transformación se teme compleja.

Deja en claro Pampillo que la conformación tanto de un Derecho Comunitario, como de un *Ius commune*, si bien deseable -y acaso ineludible-, no se ha revelado, todavía, como definitiva, más allá de los signos implicados en, por ejemplo, el fortalecimiento de ciertos principios democráticos, la instauración de la figura del *ombudsman*, el funcionamiento de Ministerios Públicos o la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito del Derecho Público; o, en el campo del Derecho Privado, la gestación, afianzamiento y supervivencia de la herencia romanista, transfundida en su momento a través de Las Siete Partidas llegadas de la Corona Española o del movimiento codificador que gestó en los Códigos Civiles del país, la introducción y el funcionamiento, también por vía de ejemplo, de la Equidad y los Principios Generales del Derecho. Enfrentando, en cambio, bien se concibe, las dificultades del número de países existentes en la región, la pervivencia de Derechos indígenas, así como la multiplicidad de interrelaciones estatales, por no decir, además, la división continental, en términos apenas cuantitativos, entre una minoría de países del *Common Law* y la gran mayoría del *Civil Law*.³

- 3 Cabe hacer notar que, la diferencia denotativa y connotativa entre Derecho Comunitario e *Ius Commune* es, para efectos de una gestación jurídica de futuro y/o contemporánea, vista en razón de su formación, operatividad e implicaciones, ya sea, respectivamente, en perspectiva de supranacionalidad o en la de adopción interna de similares normatividades. *Cfr. Ídem*. Por tanto, no ha de confundirse, considero, con la concepción del *Ius commune* entendido en sustrato de Derecho romano de perfil europeo.

Se impone la confronta del antecedente, si no como obstáculo, sí como tradición con sustento: esto es decir que se hace indispensable referir el pasado prehispánico, colonial e independentista de nuestra Historia. Me explico: prácticamente nunca, en América y, por supuesto, en el territorio de lo que hoy es México, se ha consolidado una definitiva y definitoria integración de magnitud uniformante, homogeneizante o de irreversible regionalización; lo que no es negar que sea en lo futuro posible y/o recomendable. La multiplicidad de condiciones geográficas, políticas y económicas existentes, adunada a su pluriculturalidad y asimétrico desarrollo de los países americanos lo han impedido o, modulando, no lo han inspirado de manera ingente, ni impulsado contundentemente.

En el caso del México prehispánico se puede discutir acerca de su mayor o menor grado de evolución jurídica alcanzado todo cuanto se quiera, pero no es admisible negar, al menos, dos elementos, acertadamente apuntados por Pérez De los Reyes:⁴ en primer término, la diversidad de pueblos y sus diferentes asentamientos geográficos provocan que no haya, como tal, un Derecho prehispánico sino varios, es decir, puede hablarse de un Derecho azteca, un Derecho maya y/o un Derecho purépecha, entre otros -sólo entre otros-, categorizados todos en *un gran rubro* llamado *Derecho prehispánico*, y eso, *si y solo si* se deja por sentado que, en segundo lugar e inclusive, muchos de esos pueblos autóctonos ni siquiera fueron contemporáneos entre sí y/o se ubicaron en territorios ajenos a lo que hoy es nuestro país, como los incas en Perú.⁵ En otras palabras, no hubo puntos de conexión tales que pudiera

4 Pérez De los Reyes, Marco Antonio, *Historia del Derecho Mexicano*, 2da. ed., México, Oxford, 2019, p. 28.

5 Sobre la mayor o menor evolución jurídica prehispánica, el Doctor Pérez De los Reyes se ocupa de rechazar una desventajosa comparación con Europa, enfatizando que su distancia con el acervo tradicional romano-europeo, no implica que los pueblos americanos no hubieran sido capaces de crear sus propias instituciones acordes a su cosmovisión y circunstancias, “[...]”

pensarse en forma alguna de unificación jurídica homologante, dando como resultado un escenario de suyo disímbolo hacia la conquista y colonización.

Por otra parte, tras la conquista y bajo el influjo de la colonización por parte de la Corona española, lo inabarcable de la dimensión territorial, la diversidad de formas y necesidades de vida de sus naturales, así como los obstáculos de comunicación y conocimiento de tales realidades por parte de los reyes, ocasionaron, expone De Icaza, una a su vez múltiple, innumerable y prácticamente irreductible normatividad, mucha de la cual no era general, sino emitida para circunstancias, asuntos o destinatarios particulares, mediante mandamientos de justicia o de gobierno dirigidos a un territorio o institución determinada.⁶ De hecho, se ha destacado, ante tal diversidad que, incluso ya emitida una cierta normatividad, podía todavía ser sujeta al examen valorativo de su aplicación pues, “[...] fue prevista la posibilidad de declarar inexecutable por *recurso de súplica* del súbdito, las órdenes casuísticas de la Corona o

lo cual no quiere decir que fuera mejor o peor y, menos aún, que sea válido comparar los sistemas indígenas con el derecho castellano que terminó imponiéndose en estos territorios a raíz de la conquista [...] [ya que]... el derecho castellano deriva del derecho romano, germano canónico, creado en una evolución que se inició en 753 a. C. con la fundación de Roma y que para 1521, cuando Cortés conquistó a los aztecas, contaba ya con 2274 años de desarrollo, 22 siglos a lo largo de los cuales se fue nutriendo con muchas y muy variadas aportaciones. Por ello es absurdo compararlo con un pueblo como el azteca, cuya ciudad capital se fundó en 1325 d.C. y que a su caída contaba con solo dos siglos de desarrollo que, sin embargo, fueron suficientes para dejar honda huella de sus alcances y madurez, puesto que en algunos aspectos el derecho azteca alcanza una notable evolución.”, aportando el Maestro, por vía de ejemplo, la no existencia de tutela para velar por los intereses de los individuos incapaces, al contar con la figura del calpulli de organización vecinal, que absorbía esa responsabilidad. *Ídem*.

6 De Icaza Dufour, Francisco, *Plus Ultra*, México, Porrúa, 2008, p. 378.

sus variantes recopiladas, por dedicarse a otras particularidades, por ser injustas o inviables, con el efecto de no ejecutarlas.”⁷

No fue sino hasta que, luego de seculares avatares, se formara la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* hacia 1680, -que desde luego, no era una *codificación*-, cuando se procuró remediar lo numeroso, casuístico y caótico de la normatividad hasta entonces emitida, encontrando entonces que, en el nuevo plano de los hechos, dicha Recopilación “[...] *nunca fue derogada en su integridad, de tal forma que su vigencia perduró hasta 1898, en que alcanzaron su independencia los últimos territorios españoles en América. En México su vigencia se mantuvo aun después de consumada la Independencia, conforme al orden de prelación establecido por los gobiernos del nuevo país.*”⁸ Allí otro punto: los gobiernos independientes del México entonces naciente oscilaron al organizar políticamente al nuevo Estado en formación, conformado a su vez por numerosas áreas geográficas de disímbolas características y, así, en mayor o menor medida, siguió su curso la Historia de los países americanos, que fueron surgiendo, cada cual, en sus tiempos y espacios, con sus respectivas poblaciones, culturas y cosmovisiones.

Tiempo al cabo, lo que habría de cobrar fuerza fue el trabajo codificador, del que el Derecho Civil y Familiar fueron a la vez impulsores y destinatarios, si bien con visión de Derecho interno. Así, me parece lógico que sobre tales bases devenga difícil, inclusive hoy en día, *uniformar, homogeneizar, regionalizar*: hay sí, acuerdos en diversas materias y ha sido conformado un sistema interamericano indiscutible, pero será el futuro el que marque, en su caso y paulatinamente, nuevos derroteros de unidad.

7 Marquardt, Bernd, *Teoría integral del Estado. Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2018, (Tomo I, La era preilustrada y preindustrial: Desde la sociedad pre-estatal hasta el Estado de la paz interna 3000 a.C.-1775 d.C.), p. 517.

8 De Icaza, *op. cit.* nota 6, p. 390.

Incluso en el plano del Derecho interno mexicano, la facultad legislativa en materia familiar sustantiva se ha confiado tradicionalmente a cada una de las Entidades federativas del país⁹, sin perjuicio de la irradiación de los matices del derecho de igualdad ante la Ley, igual protección legal y no discriminación que conforman *ius cogens*, en términos de óptica de derechos humanos a partir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁰ Es pues decir que, en el tema aquí tratado se ha impulsado la actuación de la autoridad federal, arrojando una marcada interacción fundada en convenciones y acuerdos internacionales a partir de los cuales ventilar y gestionar intereses comunes y protección de derechos humanos, con iguales dosis de participación de Estados -en tanto sujetos de Derecho- y acotamiento de abusos cometidos por el Estado -en tanto forma de organización jurídico política de fuerza todavía indiscutible- frente a los particulares. Trasciende para ello la labor jurisdiccional.

Las Convenciones y tratados de derechos humanos marcan allí pauta de acción y generan ajustes a nivel constitucional y legal relevantes en cada país, manifestando la fuerza y presencia del quehacer del Derecho Público e incidiendo en la esfera del Derecho Privado: *internacionalización/constitucionalización/federalización* que, en el tema del presente trabajo y con respecto a México sí que hacen presencia.¹¹

9 Así se deriva de los artículos 73 fracción XXX y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

10 Véase al respecto el Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos número 14: Igualdad y no discriminación, pp. 6-7. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

11 El fenómeno y el vocablo *constitucionalización* se ha abierto paso por la conexión que los derechos humanos y el Derecho de Familia guardan entre sí, a colación de diversos temas. *Cfr.* Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana

En particular, la igualdad como derecho humano impone, como es natural, descartar a la edad como limitante de la persona, lo que implica un mayor desafío: el de que toda protección o regulación basada en ese dato, con respecto a la persona adulta mayor, funja únicamente como compensatorio de desventajas reales, pero sin merma de la auto-determinación, es decir, conlleva el reto de *no discriminar a propósito de proteger*.¹²

Una certeza por anticipado: existiendo en México una clara “*dinámica de envejecimiento demográfico*”¹³ es entendible, deseable, previsible

María (Editores), *La constitucionalización del Derecho de Familia. Perspectivas comparadas*, México, SCJN-Centro de Estudios Constitucionales SCJN, 2019.

- 12 El artículo primero Constitucional, ha dispuesto, con claridad, a partir de la Reforma en materia de derechos humanos de 2011, la prohibición de toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas, afianzado, en términos de su artículo 29, que incluyó el derecho a la no discriminación en el listado de lo que no admite restricción ni suspensión, incluso, en los eventos extremos en él previstos, consistentes en guerra, invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier otro que ponga en grave peligro o conflicto a la sociedad, como escenarios detonantes de una suspensión de derechos, libertades y garantías, equivalente al estado de emergencia o necesidad, que en el siglo XIX y primera mitad del XX operó en México bajo la diversa concepción de *suspensión de garantías*. El texto hoy vigente de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 05 de febrero de 1917 está disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

- 13 Para profundizar al respecto Véase Nava Bolaños, Isalia, “*I. El envejecimiento en México: seguridad económica y transferencias*”, en: Cossío Díaz, José Ramón y Ugalde, Vicente, *Transferencias y justicia intergeneracionales*, México, El Colegio de México, 2023, pp. 25-51, *passim*, el entrecomillado es de p.26.

e inevitable que las personas adultas mayores quieran y/o deban participar activa e ininterrumpidamente en el desarrollo social. El retiro de las ocupaciones económicamente retribuidas puede no ser ni el anhelado, ni el desenlace único individual en el último trecho vital, ni ocurrir de manera uniforme para toda la población, por más que rebasare un parámetro de edad específico. Similar situación puede existir en la región e inclusive a nivel mundial. *Ergo*, del Estado, de la sociedad y de la comunidad internacional se esperarán acciones previsoras, ante las que podrá someterse a examen con cada vez mayor intensidad, no únicamente la posibilidad de establecer delimitaciones legales basadas en la edad para la aplicación de cierto perfil de normas, ni principalmente la conveniencia de unificar normatividades entre los países, sino hasta el alcance y sentido de la tradicional división entre el Derecho Público y Privado. Por ello, el Derecho de Familia deberá permanecer como adaptable bastión de apoyo a quienes con el esfuerzo y trabajo de toda una vida enfrenten su etapa final en la única forma existencial factible, es decir, en colectividad.

3.- La persona en general y la persona adulta mayor en particular:

3.1.- El papel social y la visión jurídica del adulto mayor:

La perspectiva sobre las amplias o estrechas potencialidades de las personas adultas mayores está marcada por el papel y jerarquía que las sociedades y épocas les reservan. En el fondo, desde mi perspectiva, la concepción de la vejez es, ante todo, de corte sociológico, no jurídico. El Derecho ha de ocuparse, como en cualquier otro momento vital de sus destinatarios, de establecer límites de temporalidad para la aplicación de ciertas normas, imposición de responsabilidades o concesión de beneficios, mas, los caracteres y las potencialidades individuales son precisamente así, individuales: cada cual, según sus condiciones físicas,

mentales, económicas, geográficas y familiares, puede mantenerse *per se y por sí*, en el goce más o menos activo y autónomo de sus derechos.

Actualmente, en México, el segmento poblacional de las personas adultas mayores ha crecido en los últimos años. Así lo reportó, muy recientemente, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) con motivo de la celebración del día mundial de la población, es decir, el pasado 11 de julio de 2023.¹⁴ Conforme a dicho ente, se ha registrado un incremento de más del doble en el sector de las personas adultas mayores de 1970 a 2023: un diez por ciento de la población nacional es mayor de 64 años de edad. En dicho comunicado, se contabiliza a la población de hasta 64 años de edad como económicamente activa e, incluso, integrante del llamado “bono demográfico”, entendido como el sector cuyas potenciales condiciones de laborar justifican la valoración de combate a la informalidad y mejora educativa, contrastando con las normas donde la edad de 60 años es clave de acceso a mecanismos gubernamentales de apoyo por vulnerabilidad. Se acusa así, además, una complejidad que excede a la variabilidad de vocablos alusivos a los mayores.

Así las cosas, este sector de población importa, en mi concepto, no solo por los imperativos del valor de la dignidad humana de sus integrantes -de suyo suficiente para darle gran peso-, sino también por consideraciones tales como la contribución social que en su momento aportaron si están ya inactivos, la que continúan ofreciendo si permanecen económicamente activos, la experiencia vital e histórica de la que son representativos, el ejemplo que brindan para generaciones menores, el privilegiado sitio al que están llamados en el seno familiar y los retos de acción gubernamental que su mejoramiento y su bienestar suponen, por citar algunos puntos cuya puesta en mira no debe faltar.

14 Comunicado de Prensa recuperable en:
https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2023/EAP_DMPO23.pdf (Consulta de 27 de febrero de 2024).

3.2.- Breve visión filosófica y científica del envejecimiento:

El proceso de envejecimiento, la senectud como condición y circunstancia y la persona adulta mayor como sujeto en sí mismo han sido, en lo general, materia de estudio, atención y regulación. Como todo en el campo de lo humano, han inspirado producción filosófica y avance científico. Múltiples aspectos importan al respecto: los requerimientos de sustento económico y de salud, el comportamiento y su interacción social, los progresos de la ciencia desplegados para su atención, la visión que tienen de sí mismos, la diversidad social y una mayor complejidad en las respuestas gubernamentales.

3.2.1.- Visión filosófica:

Los pronunciamientos filosóficos varían según se considere a la vejez como etapa de consolidación de virtudes o como fase de deterioro y pérdida progresiva de aptitudes y posibilidades. Esos perfiles analíticos tienen como exponentes ejemplificativos, ya sea en una u otra adscripción, a pensadores de gran talla como Platón, Aristóteles, Cicerón, Agustín de Hipona, Francis Bacon, Schopenhauer y Beauvoir. Los avances científicos, por su parte, comportan un perfil clínico y psicológico, en trayecto que va desde la decisión de estudiar a la vejez tanto como a la infancia y a la adolescencia, hasta el surgimiento de la Geriátrica, de la Gerontología y de la Psicogerontología, pasando por la toma de conciencia de estar ante una fase más de auténtico desarrollo humano, antes que de obligada decrepitud.¹⁵

15 Para una interesante síntesis al respecto, Véase Carbajo Vélez, Ma. Del Carmen, “La historia de la vejez”, en: *Ensayos: Revista de la Facultad de Educación de Albacete*, número 23, 2008, pp. 237-254. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3003504> (Consulta de 27 de febrero de 2024), *passim*.

Es sabido que, en su Diálogo *La República*, Platón reservó el gobierno de la *polis* a los personajes de mayor edad, en quienes consideró radicada la sabiduría.¹⁶ Asignó, de hecho, a los mayores de cincuenta años el educar a la juventud, así como los puestos y decisiones de mayor gravedad, visualizándoles capaces de aprender y dirigir, sin perjuicio de que la merma de sus aptitudes físicas se compensara, en su caso, con individuos auxiliares.¹⁷

Al contraste, Aristóteles equiparó a la vejez con la enfermedad de un sujeto anclado en el recuerdo, con poca esperanza y susceptible de encarnar debilidad y mal carácter.¹⁸

Irreprochable reto marca Cicerón al afirmar, valiéndose de Catón, que a la vejez todos se esfuerzan por alcanzarla pero, una vez conseguida, la culpan de anticipación, sellando el desafío con una convicción: a la postre, la cercanía de la muerte se ataja en la conciencia de que el tiempo concedido a cada cual es para vivirlo, a sabiendas de que solo las virtudes cultivadas a lo largo de la vida serán las individuales defensas en la vejez. Inventariadas las causas de repudio a la vejez – apartamiento de los negocios, debilitamiento de la salud, supresión de los placeres

16 Platón, *República*, Madrid, Gredos, 2014, Libro IV, 425b.

17 Steinman, Bárbara, “Ancianidad y subjetividad moral en Platón”, en: Cabanillas Núñez, Carlos Manuel y Calero Carretero, José Ángel, *Actas de las III Jornadas de Humanidades Clásicas*, Junta de Extremadura, 2002, pp. 25-34, *passim*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=329394> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

18 Cfr. López-Pulido, Alfonso, “La vejez como enfermedad: un tópico acuñado en la antigüedad clásica”, en: Gerokomos, Barcelona, volumen 29, número 4, Diciembre 2018. Disponible en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1134-928X2018000400156 (Consulta de 27 de febrero de 2024). Asimismo, Véase Aristóteles, “sobre el carácter del anciano”, en: *Retórica*, México, Porrúa, 2016 (Sepan cuántos, número 715) y *Ética Nicomáquea*, Barcelona, Gredos-RBA Coleccionables, 2014, 1121 b 13 [avaricia en la vejez].

y cercanía de la muerte –, las refuta aseverando, en cambio, que trabajar bien se puede y con competencia y autoridad; que el consejo, razonamiento y juicio son habilitantes del viejo, especialmente si su afición por el estudio es tan duradera como la vida. Realista su conformidad al estimar que la merma en la salud se transitará con las fuerzas del momento, hágase lo que se hiciere y, en cuanto a los placeres, con conservar los de aprender y cultivar, la avanzada edad tendría suficiente.¹⁹

Horacio, en su *Ars poética*, transmite que muchos inconvenientes acosan al viejo, en contacto con sus miedos y esperanza escasa, evocando un pasado que exalta, paralizado ante un futuro que angustia, pues, en el balance de las edades “[...] Muchas cosas buenas traen consigo los años que vienen, y muchas se llevan cuando se marchan [...]”²⁰

Agustín de Hipona, él mismo llegado a la ancianidad, identificaba, sí, vejez con achaques, aunque invitando al rejuvenecimiento espiritual y a la ayuda del necesitado.²¹

Arthur Schopenhauer hizo constar de sí que “[...] *En la vejez no hay ningún consuelo más hermoso que el de quien ha incorporado a toda la fuerza de su juventud unas obras, las cuales no envejecen [...] contemplo feliz lo que he llevado a cabo [...]*”²²

Max Weber, protagonista de las Ciencias Sociales, enfocó el tema, a colación de la antigüedad, precisamente como percepción socialmente construida, resaltando al anciano con cualidad de notable, experimen-

19 Cicerón, Marco Tulio, *Sobre la vejez*, Madrid, Tal vez, s.a., *passim*. Disponible en: <https://omegalfa.es/buscador.php> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

20 Horacio, *Arte poética*, Madrid, Gredos, 1982, pp.160-175.

21 Benedicto XVI, *La vejez de San Agustín*, Catequesis disponible en: [https://infovaticana.com/2021/09/25/la-vejez-de-san-agustin/#:~:text=En%20la%20vejez%20%E2%80%94%20C3%ADa%E2%80%94%20abundan-del%20C3%Anguila%C2%BB%C2%BB%20\(cf.](https://infovaticana.com/2021/09/25/la-vejez-de-san-agustin/#:~:text=En%20la%20vejez%20%E2%80%94%20C3%ADa%E2%80%94%20abundan-del%20C3%Anguila%C2%BB%C2%BB%20(cf.) (Consulta de 27 de febrero de 2024).

22 Schopenhauer, Arthur, *El arte de envejecer*, Madrid, Alianza, 2010, pp. 133 y 158.

tado y digno de honores, especialmente allí donde prepondere la legitimación tradicional de autoridad, los valores sagrados y lo consuetudinario, con fundada estima por la experiencia o la tradición.²³

Simone de Beauvoir acusaba lo que llamó *conspiración de silencio* en contra del tema de la ancianidad, especie de negación envuelta en eufemismo: hacer pensar que la vejez no existe, que, simplemente, *hay gente menos joven que otra*. Refractaria, emprendió el desafío de poner en blanco y negro, con extensa escritura, sin escatimar y por adelantado, la conclusión, válida, de que la vejez sólo puede ser entendida en totalidad, al no ser un hecho biológico, sino cultural, cuyo sentido y valor depende un sistema global de valores humanos.²⁴

3.2.2.- Visión científica:

Se dice que la investigación científica en torno al envejecimiento surgió con el quehacer de Francis Bacon, especialmente a través de su obra titulada *Historia de la vida y de la muerte*, donde reflexiona sobre la higiene y la Medicina como contributivas a la longevidad humana.²⁵ Hoy, son dos las especialidades ocupadas de la persona adulta mayor: la *Geriatría*, relativa a los conocimientos médicos y neuropsiquiátricos sobre sus enfermedades típicas y la *Gerontología*, relativa a cuestiones

23 Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de Sociología comprensiva*, 2da. ed., México, F.C.E., 1964, p. 703.

24 Beauvoir, Simone, “Introducción”, en: *La vejez*, México, Penguin Random House, 2016, (Debolsillo), pp. 7 ss.

25 Así lo expone Jiménez Alfaro, Marco, “El envejecimiento y la muerte: un enfoque filosófico”, en: *Phainomenon*, volumen 14, número 1, Enero-Diciembre 2015, p. 88. Disponible en:

<https://revistas.unife.edu.pe/index.php/phainomenon/issue/view/25> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

sociales, culturales, jurídicas, económicas y, en fin, globales de los también llamados viejos o senectos.²⁶

Si bien es este un aspecto informativo útil, aquí el verdadero cuestionamiento radica en el papel del orden jurídico frente a las personas adultas mayores pues, como dice Salas Alfaro, *“El Derecho ha de servirle a la subcomunidad de la Vejez, como su fundamento para actuar frente al Estado, para exigir lo que le corresponde, aunque también para cumplir determinados deberes y responsabilidades”*²⁷ al punto que propuso el surgimiento de la *Gerontología Jurídica* para responder a necesidades del sector.

Algo a destacar: si bien prepondera la edad de sesenta años como lindero a partir del cual comienza la también llamada *tercera edad*, no es criterio de protección uniforme dentro del Derecho mexicano. La normatividad también contempla sesenta y cinco o más años de edad para la atención del sector, evidenciando, por un lado, una falta de armonización jurídica pero, sobre todo el que la edad biológica/cronológica, es decir, el mero número de años de vida, no es determinante y universal, acaso ni siquiera generalizable para describir a sus integrantes, como se desprende del trabajo jurisdiccional, al amparo de instrumentos catalizadores de la proyección de lo internacional hacia el Derecho interno.

Por ello, sin traicionar el carácter jurídico de este trabajo, hay que decir que, en la actualidad, la psicológicamente llamada, a su vez, *“adultez tardía”*, es considerada como una etapa más del desarrollo humano, que no de declinación:

“Es la época en que la gente puede reexaminar su vida, resolver los asuntos inconclusos y decidir cómo canalizar mejor sus energías y pasar mejor los días, meses o años que les quedan. Algunos desean dejar un legado para sus nietos o para el mundo, transmitir los frutos de su experiencia, o justificar el sentido de su vida. Otros simplemente quieren disfrutar sus pasatiempos favoritos o hacer

26 Salas Alfaro, Ángel, *Derecho de la senectud*, México, Porrúa, 1999, p. 1.

27 *Ibidem*, p. 2.

cosas para las que no tuvieron tiempo suficiente cuando eran más jóvenes. El “crecimiento en la vejez” sí es posible y muchos adultos mayores que se sienten sanos, capaces y con control de su vida experimentan esta última etapa de la vida de manera positiva [...] el logro mayor de la adultez tardía es el sentido de integridad del yo, o integridad del sí mismo, un logro basado en la reflexión sobre la propia vida. En la octava y última etapa del ciclo de vida, integridad del yo frente a la desesperanza, los adultos mayores necesitan evaluar y aceptar su vida para poder aceptar la muerte.”²⁸

3.3.- Tratamiento y consideración del adulto mayor en la Historia jurídica nacional:

Precisamente porque la edad avanzada no es mera declinación, la Historia da testimonio de personajes que, más allá de los sesenta años de edad contribuyeron con su esfuerzo, acciones y luchas a forjar al México de hoy, incluso en épocas donde la conservación de la salud y la preservación de la vida eran más complejas. Centrada sin embargo solo en ejemplificar lo normativo, disposiciones hubo que, en el siglo XIX, tomaban medidas para la población con motivo de guerra, como el Decreto del General en Jefe del Ejército del Centro, ordenando la salida de la capital, entre otros sectores, de los *ancianos de más de sesenta años de edad*, en panorama protector del orden jurídico y, hasta cierto punto, en paralelismo de una óptica de la edad como dato de vulnerabilidad.²⁹

28 Papalia, Diane E. *et al*, *Desarrollo Humano*, 12ª. ed., México, McGraw Hill, s.a., pp. 574-575. En su momento se hará referencia a la noción de “*autonomía regresiva*” como antípoda jurídica aludida en el trabajo jurisdiccional que contrasta con la benigna idea del “crecimiento en la vejez” a que aluden los autores.

29 Decreto del General en Jefe del Ejército del Centro.- Personas que deben salir de la Capital con motivo de la Guerra, del 28 de mayo de 1863, en: Dublán, Manuel y Lozano, José María, *Legislación mexicana ó colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República*. Tomo IX, p. 622. Disponible en:

En cambio, el Código Civil de 1870, normativa de tiempo ordinario, se concretó a dar por sentada la igualdad en favor de quienes abandonaren la minoridad, de suerte que cualquier distinción o especificación en su tratamiento apartado de regla general tendría que basarse en la concurrencia de incapacidad jurídica. Es decir, en tratándose de derechos, bastaba entonces con llegar a los veintiún años para poder actuar plenamente. Por vía de muestra, si cierta edad se imponía como requisito de algún supuesto, como el de ser testigo en actos del estado civil, contraer matrimonio o reconocer a un hijo, era habilitante o referencial. El solo hecho de llegar a una edad avanzada no aparejaba la pérdida, restricción o acompañamiento en el ejercicio de derechos o acciones o capacidad para contratar. Dejada atrás la minoridad, solo en concurrencia con alguna de las causas de incapacidad natural y legal podría darse algún tipo de afectación al respecto.³⁰ En términos similares procedió el Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.³¹

http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080042593_C/1080044016_T9/1080044016_109.pdf Acervo digital de la Universidad Autónoma de Nuevo León (Consulta de 27 de febrero de 2024).

- 30 Por Decreto de 13 de Diciembre de 1870 se publicó el Código Civil para el Distrito Federal y la Baja California, cuyo texto original consta en: Dublán, Manuel y Lozano, José María, *op. cit.* nota 29, Tomo XI, pp. 201 y ss. Disponible en:

http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080042593_C/1080043420_T1/1080043420_032.pdf Acervo digital de la Universidad Autónoma de Nuevo León (Consulta de 27 de febrero de 2024).

- 31 Por Decreto de 14 de Diciembre de 1883 se ordenó la publicación del Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, cuyo texto original consta en: Dublán, Manuel y Lozano, José María, *op. cit.* nota 29, Tomo XV, pp. 317 y ss. Disponible en:

http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080042593_C/9999999996_T15/9999999996_063.pdf Acervo digital de la Universidad Autónoma de Nuevo León (Consulta de 27 de febrero de 2024).

La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 se conformó de modo semejante. Si bien permitía, por ejemplo, a los abuelos, renunciar al ejercicio de la patria potestad, o a quienes hubieren cumplido sesenta años de edad excusarse del desempeño de la tutela, hizo con ello hincapié en que no iba en ello implícito que por su sola generación o avanzada edad fueran inhabilitados para tal desempeño.³² Otro tanto se hace constar del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928 en su texto inicial, o de los vigentes Códigos Civiles Federal y para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México).³³

El vigente Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), al normar el Derecho de las Personas, de la Familia, las Sucesiones y cuestiones patrimoniales conectadas con la persona adulta mayor, concentra obligaciones alimentarias, deberes asistenciales y prevención de violencia que, aunados a disposiciones de unidad familiar protegen al sector, inclusive, con un expreso deber para todos los miembros de la familia, de guardarse consideración y respeto recíprocos, cual fuere su edad y condición (artículo 411).

32 Ley sobre Relaciones Familiares expedida el 12 de abril de 1917. Disponible en:
<https://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/venustia-nocarranza/archivos/Leysobrerelacionesfamiliares1917.pdf> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

33 Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en Materia Federal. Disponible en:
https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF_orig_26may28_ima.pdf (Consulta de 27 de febrero de 2024). Código Civil Federal. Disponible en:
<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CCF.pdf> (Consulta de 27 de febrero de 2024). Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) [texto vigente]. Disponible en:
<https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/ad63a5bd2ae-f33e50efed68d82450cf368578co.pdf> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

Lo anterior marca una destacable pauta: en principio, al sopesar la injerencia del Estado en la vida familiar, una primera reacción pudiera ser la de rechazo o, al menos, cuestionamiento acerca de la justificación de que el legislador se aplique a establecer tan íntimos deberes. No obstante, si de protección se trata, ante los riesgos a que la vulnerabilidad expone a las personas adultas mayores, deviene indispensable la regulación para posibilitar, de ser preciso, la sanción por incumplimiento.

En paralelo tenor, el mismo Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) introdujo en 2017, la denominada *hipoteca inversa* (artículos 2939 Bis y ss.), como medio protector de sustrato económico para las personas de avanzada edad, referido aquí como dato de acción del Derecho Privado, que, si bien en la práctica no ha gozado de gran desarrollo, sí revela labor normativa en pro de dicho segmento poblacional.

Fue sobre todo a través de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011, con la nueva redacción del artículo 1º constitucional, que consideró a los tratados en materia de Derechos humanos como integrados al Derecho interno, con lo que se potencia la internacionalización/constitucionalización/federalización del tema aquí aludido, al que habré de referirme al tratar sobre la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y el trabajo jurisdiccional.

Estimo, en suma, que el ámbito del Derecho Privado, Civil o Familiar, se ve, según el enfoque, *arrebataado/expandido/complementado* por diversidad de normas de Derecho Público y/o Social ocupadas de la persona adulta mayor, redundando en diversidad de conceptos o criterios, a modo disperso y con leyes especiales sobre pensiones, seguridad social, ahorro para el retiro, educación para adultos, salud, asistencia y solidaridad social, además de la materia penal con matizados agravantes o excluyentes de responsabilidad o penas bajo tratamiento especial benigno, en alternancia con diversas políticas públicas que conforman un poliedro de acciones que el Estado ha transitado más allá de los lin-

deros del espacio jurídico familiar, a fin de desempeñar sus funciones y cumplir con obligaciones en materia de derechos humanos.

3.4.- Características de la persona adulta mayor:

Si bien importa proteger, es prioritario rechazar la falsa y negativa concepción de la avanzada edad como equivalente a deterioro y dependencia derivada de una construcción social que, desde las Ciencias Sociales -y, en mi concepto, acaso más por prejuicios sociales- con diferentes abordajes avanzó en el tiempo, pero cuya justificación y/o exactitud merece ser puesta en casuística perspectiva.³⁴ Lo cierto es que, generalizaciones al margen, en las personas adultas mayores se suelen reunir características que conviene tener presentes.

Conforman un grupo situado en, al menos, tres circunstancias paradójicas: por un lado, se les asocia con ciertos roles especiales, sean como ejemplos de vida, papel de autoridad familiar o acompañamiento de madurez para subsecuentes generaciones, pero están en riesgo de padecer la incomprensión o la impaciencia de los más jóvenes; en segundo término, son susceptibles de desplazamiento por relevo generacional ocupacional justo cuando, para muchos, el trabajo sigue siendo imperativo de sustento; en tercer sitio, enfrentan un errático enfoque social de declinación vivencial, en contraste con su experiencia acumulada de vida.

Aunado a lo expuesto, no es poco frecuente sumar, en su contra, dificultades de actualización tecnológica, merced a las cuales aumenta su desplazamiento en áreas de lo cotidiano, lo financiero, lo educacional y

34 Bruno, Fernando y Acevedo Alemán, Jesús, “*Vejez y sociedad en México: las visiones construidas desde las Ciencias Sociales*”, en: *Fórum sociológico, Serie II*, Open Edition Journals, número 29, 2016, Disponible en: <https://journals.openedition.org/sociologico/1453> (Consulta de 27 de febrero de 2024), § 3 ss.

lo laboral, en una etapa de suyo marcada por sus paralelas pérdidas relacionales debido al fallecimiento de amistades, familiares o de la pareja.

En relación con tales pérdidas, es usual que la atención de sus necesidades responsabilice a otros grupos de población específicos, como los descendientes o las mujeres, por ejemplo, incidiendo en los propios desempeños de estos en la colectividad y, dado que el incremento en la esperanza de vida configura el sector de las personas adultas mayores como un segmento cuantitativamente creciente, no es difícil avizorar el desafío de brindarles permanentemente recursos y redes de apoyo, en una estructura social que no es homogénea.³⁵

Ya en terrenos de lo público, las personas adultas mayores tienden a una mayor demanda de servicios asistenciales o de salud, sin perder de vista los fuertes desafíos para incrementar y/o administrar y/o conservar su patrimonio, justo a causa de las complejidades para mantenerse económicamente activas o integrarse o reintegrarse al mercado laboral. Esto les hace acreedoras de políticas y servicios públicos para los que no siempre el Estado tiene la debida velocidad y capacidad de respuesta. De hecho, no es temerario considerar que las personas adultas mayores padecen con frecuencia desventajas gestadas en otras fases de su vida, donde el Estado deviene, hasta cierto punto, deudor: trátase de haber crecido con baja escolaridad, desempeñado trabajo informal o precario, sin consecución de seguridad social, plan de jubilación o retiro y residencia en lugares apartados, entre otros.³⁶

Así las cosas, motivan la atención de autoridades y organismos gubernamentales, al amparo del Orden jurídico interno y de Recomendaciones y tratados internacionales, como el Programa Nacional Gerontológico 2016-2018, bajo razonamientos de que el perfil del sector

35 Cabe asentar que, hace pocos días, en el Estado de Jalisco se aprobó, por ejemplo, una Ley local creadora del Sistema Integral de Cuidados, en procura de atención a estos compromisos familiares y sociales.

36 Véase Bruno, Fernando y Acevedo Alemán, Jesús, *op. cit.* nota 34, *passim*.

conlleva dependencia disfuncional de terceros, deterioro natural de la salud, disminución de motricidad, pérdida de capacidades cognitivas, exclusión social, ingresos insuficientes y carencias o problemas sociales y económicos, costos de asistencia médica y social, necesidad de apoyo sanitario, social, legal y económico.³⁷

Finalmente, si bien se ha considerado que enfrentan un fenómeno multitierario configurado por la yuxtaposición de tres edades en su tiempo vital: biológica, cronológica y social, y que ésta última se proyecta en convencionalismos y prejuicios discriminatorios y *gerontofóbicos*,³⁸ son loables, yo estimo, los matices aportados por el trabajo jurisdiccional a los que aludiré más adelante.

37 Así se ha establecido en la tesis con registro digital número 2022427, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjfz.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 27 de febrero de 2024), que estimo tiene un contenido general de comprensión para diversos criterios que referiré en subsecuente apartado. Se hace constar aquí que, para simplificación de localización y brevedad del presente texto, al referirme a criterios de trabajo jurisdiccional o jurisprudenciales, aludiré a tesis aisladas y/o de jurisprudencia, proporcionando únicamente su respectivo número de registro digital, quedando disponible su redacción y datos de localización completos a partir de la dirección ahora indicada.

38 Así lo ha expresado Adela Cortina, haciendo notar la inexistencia del vocablo *gerontofobia* en el Diccionario de la Lengua Española, referido a la prevención, temor, aversión o desprecio hacia “los ancianos”. Dicha autora marca, asimismo, la simultánea existencia de un *edadismo* en las sociedades actuales, entendido éste último como tendencia no solo a clasificar, sino sobre todo a discriminar a las personas en razón de su edad, y que es un término acuñado, según refiere dicha autora, por el gerontólogo y psiquiatra Robert Butler en 1968. Véase Cortina, Adela, “Gerontofobia: un atentado suicida contra la dignidad humana”, en: *Ética cosmopolita. Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*, Barcelona, Paidós, 2021, pp. 89-103. El tinte “suicida” deriva de que, en voz de Cortina “[...] los edadistas jóvenes o maduros llegarán a la vejez, si no fallecen antes, con lo cual se odian a sí mismos por anticipado [...]”, p. 96.

De lo expuesto se colige lo poliédrico del tema, su dinámica evolutiva y el compromiso que, como miembros de la colectividad, estudiosos del Derecho y respetuosos de los derechos de la otredad impone a cada cual en materia de comprensión, acción y colaboración.

4.- La familia y la injerencia del Estado:

4.1.- Separación de lo público y lo privado. Complementariedad o conflicto:

El Estado ha de proteger a su elemento humano al amparo del orden jurídico en sus diversas ramas. Por ello, por momentos influye y modela la atmósfera intimista de la familia, provocando a cuestionar hasta dónde, hasta cuánto, por y para qué, a la par que, en otra atmósfera, la internacional y de expansión de los derechos humanos, está comprometido a acciones normativas, convencionales y constitucionales. Es deseable la complementariedad.

4.2.- Autonomía de la voluntad:

Con pretensiones de universalidad, como referente de contraste en el tema del que me ocupo, el principio de autonomía de la voluntad, tan significativo en el Derecho Privado, hace posible decidir, individual y autónomamente el propio actuar: moverse ampliamente, como particulares y gobernados, en todo cuanto la Ley no prohíba. Como regla, alcanzada la mayoría de edad, toda persona se ampara en él, salvo excepcionales y fundadas causas donde el orden jurídico considere lo contrario para ciertos cargos, derechos, actos o materias.

4.3.- El concepto de vulnerabilidad:

Un punto vinculado con grupos de población a quienes el orden jurídico ha de prestar atención diferenciada, es el de *vulnerabilidad*, que es alusivo a una condición de asimetría perjudicial a ciertos individuos o grupos en el entorno social. Acerca de ello, lo primero es afirmar que nadie es vulnerable *per se*. No es un tema de naturaleza, sino de estar en condiciones susceptibles de discriminación o desventaja en el ejercicio de derechos o desarrollo de potencialidades.³⁹

Si bien sería deseable que fuera el Derecho de Familia, el que, para proteger a la persona adulta mayor, formulara un concepto pauta de la vulnerabilidad, no ha sido así: la noción de vulnerabilidad es producto de una configuración procedente de fuente internacional y/o de Derecho Público integrada al trabajo jurisprudencial, lo que, no siendo de suyo incorrecto, puede sesgarse a matices políticos, más allá de lo jurídico.⁴⁰

Así, producto de los trabajos del legislador federal, el 20 de enero de 2004 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley General del

39 Cfr. Lara Espinosa, Diana, *Grupos en situación de vulnerabilidad*, México, CNDH, 2013, p. 27, Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4872/9.pdf> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

40 Existen actos de autoridad como, por ejemplo, el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, en el que, al tocar el tema de la dignidad de los adultos mayores bajo un apartado identificado con la frase de “*No dejar a nadie atrás*”, además de dar su sitio a una obligación constitucional y convencional, acentúa la no discriminación con retórica de acción gubernamental declarando que “[...] *un plan nacional de desarrollo expresa la parte del pacto social que le corresponde cumplir al gobierno [...]*”. Dicho Plan se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 12 de julio de 2019. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5565599&fecha=12/07/2019#gsc.tab=0 (Consulta de 27 de febrero de 2024).

Desarrollo Social,⁴¹ que, por su talante, se ocupa de definir como grupos sociales en situación de vulnerabilidad a los núcleos de población y personas que por diferentes o combinados factores, entre los que cabe la edad, enfrentan situaciones de riesgo o discriminación traducidos en obstáculos para alcanzar mejores niveles de vida, derivando para ellos atención e inversión gubernamental, en pro de su bienestar (Artículos 2, 3, 5 y 11). Como se aprecia, hace de la vulnerabilidad una clave del derecho a recibir acciones y apoyos tendientes a disminuir la desventaja de los afectados.

En el terreno de lo práctico, aplicativo y decisor, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por ejemplo, se ha apoyado en criterios generados por entes públicos como el INEGI o el Instituto Nacional de las Mujeres, para examinar las circunstancias y derechos de los adultos mayores y compensar sus desventajas. Se trata, respectivamente, de una subdivisión en etapas de *prevejez* y *vejez funcional, plena y avanzada* y del llamado *proceso de autonomía regresiva*, conectados con la continua necesidad de individualizar la condición personal de cada sujeto a partir de la edad de sesenta, en pro de su acceso a la Justicia.⁴²

Ello no significa homologar individuos con la sola referencia de la edad. Al contrario, la jurisprudencia ha reconocido la valía del análisis casuístico para un mejor proceder. Por ejemplo, a colación de la suplencia de la queja deficiente, se estableció que, ni todas las personas adultas mayores son vulnerables, ni lo son por igual motivo y en el mismo alcance: el simple hecho de la condición etaria, no es clave unívoca e inequívoca de desventaja. Más aun, se ha considerado que la vulnerabilidad por envejecimiento cursa con barreras y comportamientos sociales

41 Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDS.pdf> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

42 Así se deriva de la tesis con registro digital número 2026531, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

adversos cuya solución exigiría la procura de garantizar (i) un estándar de vida adecuado, incluyendo alimentación, vivienda y vestimenta; (ii) seguro social, asistencia y protección; (iii) no discriminación en empleo, acceso a vivienda, cuidado de la salud y servicios sociales; (iv) servicios de salud; (v) trato digno; (vi) protección ante el rechazo o el abuso mental; (vii) participar en espacios sociales, económicos, políticos y culturales, así como en las decisiones concernientes a su bienestar, elementos todo dependientes de un mejor entramado en la colectividad. Pulso judicial de tratamiento, en que más adelante habré de profundizar.⁴³

4.4.- Los linderos entre la protección y la discriminación:

Destaca, pues, como reto de equilibrio en las acciones, la necesidad de armonizar lo inaceptable de que la avanzada edad sea un automático sinónimo de descalificación jurídica, con el hecho de que sí amerita protección de autoridad, por los cambios vitales que supone, lo que en la especie difumina la división Derecho Público y Derecho Privado.

5.- Respuestas del Derecho a las necesidades del adulto mayor. Norma y jurisdicción:

En consonancia con la evolución del pensamiento y la cada vez mayor y mejor comprensión de la diversidad, potenciada como ha sido -y para bien- la concepción de la dignidad y los derechos humanos, el orden jurídico ha ampliado el espectro de desarrollo del ser humano para que, en su quehacer intersubjetivo, sea y se asuma persona/sujeto de Derecho con una incontrovertible naturalidad que, históricamente, no existió siempre.

43 Tesis con registro digital 2011524, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

La Reforma Constitucional ocurrida en México en 2011, llevó al texto del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos una redacción contundente de reconocimiento de derechos humanos y garantías para su protección, prohibiendo, por supuesto, toda discriminación motivada, entre otras causas, por razón de edad.⁴⁴ Por ello, doctrinal y jurisprudencialmente se ha destacado la alusión al *reconocimiento* de derechos humanos que, contrariamente a lo implicado en la de *otorgamiento*, denota y connota su antelación y preeminencia, con respecto al Estado en tanto creación histórica. Nada más elemental que imprimir ese valor en lo relativo a la persona y a la personalidad jurídica.

Como signo de su peso específico, la propia Constitución ha hecho constar la magnitud de la personalidad jurídica mediante su inclusión, junto con la no discriminación y la protección a la familia, en el listado de derechos no suspendibles de su artículo 29, referido a los supuestos extremos de excepción al funcionamiento ordinario de los poderes públicos.⁴⁵

Tiempo ha, explicando la personalidad y la capacidad jurídica, Mes-sineo afirmaba:

“La persona física goza de una serie de status, o cualidades jurídicas; la subjetividad es un conjunto de status. Tradicionalmente, estos status se refieren

- 44 Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011#gsc.tab=0 (Consulta de 27 de febrero de 2024). Apunto aquí mi opinión acerca de que, la inclusión de la redacción citada, por importante que en efecto es, no implica que no hubiere desde antes, pasos dados a nivel normativo, para dar por sentada la primacía de los derechos humanos en México.
- 45 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 05 de febrero de 1917 [Texto vigente]. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/Leyes-Biblio/pdf/CPEUM.pdf> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

*a la persona en sí y a la pertenencia de ella a la familia y al Estado (status personae, familiae, civitatis).*⁴⁶

A la sostenibilidad de lo dicho, -que tiene su proyección, insisto, en el plexo de posibilidades de actuación del ser humano-, refiriéndose a la capacidad como atributo de la personalidad, Rojina Villegas no dudaba en agregar, en el pasado, algo que hoy necesariamente debemos ajustar. Para él, *“La capacidad de goce y la de ejercicio no dependen de la voluntad de la persona, sino que son atributos impuestos por la ley.”*⁴⁷ Hoy, merced a la progresiva visión de los derechos humanos, si bien, ciertamente, la capacidad es principalísima consecuencia de la personalidad, deviene incontrovertible que, más que una imposición legal, supone un justo *reconocimiento*, basado en la dignidad consustancial al individuo de la especie humana. Ahora bien, esto, si bien evidente y preeminente, no debe conducir a contradicciones al tratarse de las personas adultas mayores. Si bien ordinariamente, la grande, primera y usual distinción entre las personas, como sujetos de Derecho provenía de que hubieran salido ya o no del estado de minoridad, al paso de nuevos y cada vez más inclusivos tiempos, el orden jurídico ha debido ofrecer algunas respuestas diferenciadas de atención y protección.

5.1.- Capacidad, incapacidad, discapacidad e interdicción en el ámbito jurídico:

En el bien entendido de que la personalidad jurídica “[...] *es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones* [...]”⁴⁸, en el orden jurídico mexicano su reconocimiento en favor del ser humano, persona física,

46 Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, s. E., 1954, citado por Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Introducción y Personas*, 4ª ed., México, Porrúa, 1982, Tomo I, p. 116.

47 Rojina Villegas, Rafael, *Ibidem*, p. 424.

48 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte general, personas, cosas negocio jurídico e invalidez*, 12ª. ed., México, Porrúa, 2010, p. 129.

se apalanca en la viabilidad como aptitud vital extra claustro materno, alcanzada la cual, dicha personalidad y sus correspondientes atributos, continúa hasta la muerte de su titular. Esto, opinión de Domínguez Martínez, implica sujetar la personalidad del concebido a la condición resolutoria negativa de que no nazca viable, dado que el artículo 337 del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) sólo tiene por nacido al feto que, totalmente desprendido del seno materno, vive 24 horas o es presentado vivo al Registro Civil.⁴⁹

Así las cosas, nada autoriza a aceptar que, al extremo opuesto de la vida, en la avanzada edad, por el solo paso del tiempo, devenga la capacidad – ya de goce, ya de ejercicio- en afectada, no habiendo disposición ni causa en tal sentido. No obstante, el uso múltiple y sin técnica, de los vocablos incapacidad y discapacidad genera otra problemática no depurada con oportuno ejercicio de técnica jurídica: es de apuntar que las personas adultas mayores no son, tampoco, discapacitadas, bajo el solo criterio de su edad.

La personalidad y la capacidad jurídicas son determinantes de relación entre sujetos de Derecho y, si bien la edad es un dato referencial, por ejemplo, en la elegibilidad para el desempeño de cargos públicos, la posibilidad de adoptar o para fincar responsabilidades y sanciones penales, en cuanto límite para la adquisición de capacidad de ejercicio, cumplida la que es necesaria para alcanzarla, se aparea de una presunción favorable a toda persona física de ser, en efecto, capaz. Su máximo opuesto, la incapacidad de ejercicio, exigió, a lo largo de la historia, intervención judicial para decretar la interdicción, hoy llamada a desaparecer por el Derecho mexicano en pro de los derechos humanos.

Para conceptualizar el panorama, considérese, en lo general, que respecto a las incapacidades han existido, refiere Ferman Guerrero, histórica

49 Para profundizar con acucioso estudio en el tema de la personalidad y sus atributos, es debido acudir a Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Ibidem*, pp. 141 ss.

y universalmente, tres modelos, doctrinalmente llamados *de prescindencia, médico rehabilitador y social de derechos humanos*: el primero, aparentemente adecuado a sociedades donde se visualiza al individuo a contraste de una *normalidad* corporal determinada, racional y congruente con un cierto ideal social que, como el griego antiguo, encomiara la aptitud para el trabajo, la guerra o el agrado de los dioses; el segundo, renacentista y de racionalismo cientificista, que mire a las discapacidades como *anormales desvíos del estándar*, bajo nociones de enfermedad, tratamiento y rehabilitación; finalmente, el tercero, potenciado en el siglo XX, revela y concientiza de que una exclusión por causa de discapacidades es algo no basado en quien las padece, *per se*, sino en la mayor o menor aceptación social de las mismas.⁵⁰

Habrà entonces una semejanza con lo sucedido en torno a la avanzada edad: ampliar o restringir la esfera jurídica de los individuos bajo visiones paradigmáticas o significados intercambiables de los vocablos *incapacidad y/o discapacidad*, sería pasar por alto que ninguna condición humana debiera, por sí misma, ser limitada, y que es inadmisibile discriminar mediante una mal entendida protección generalizante, cuando la edad no conlleva ineludible discapacidad, ni converge a necesaria incapacidad. Lo que el orden jurídico ha de cuidar a toda prueba, es que los apoyos, políticas, normas e instituciones no excedan la base de realidad del grupo social destinatario de su implementación, actividad y vigencia, sea por exceso o por defecto. En una palabra, privilegiar la pertinencia.

El énfasis pues, siguiendo asimismo a Domínguez Martínez, está en que la noción de discapacidad no es sinónimo de incapacidad jurídica, *por mor* que, de estribar la primera en aspectos cognitivos de gravedad tal que impidieran comprender a quien la padezca el alcance, significa-

50 Ferman Guerrero, Saúl, *Discapacidad e interdicción: una propuesta para abordar el modelo social y de derechos humanos en la legislación mexicana*, México, Poder Judicial del Estado de Hidalgo-UBIJUS, 2022, *passim*.

do y efectos de su actuar jurídico, pudiera fundar la segunda.⁵¹ Más todavía insisto: en el caso de las personas adultas mayores no es ineluctable que su sola edad avanzada les coloque *ipso facto* en una *discapacidad* de magnitud tal que el Derecho Civil y orden jurídico en su conjunto hubieren de concluir la *incapacidad de ejercicio* o alguna limitación de capacidad. La protección ha de ser cuidadosa, equilibrada, razonada al máximo, casuística.

5.2.- Proyección de compromisos internacionales en acciones de Derecho interno:

En este apartado conviene reforzar un planteamiento inicial del presente trabajo: a la luz de la conformación jurídico-política-histórica del Estado y el Derecho mexicanos, me parece que no es factible hablar, por completo, de uniformidad, homogeneización o regionalización del Derecho con relación a México, aun cuando la evolución jurídica internacional en materia de derechos humanos haya impulsado el desempeño de los poderes federales para incorporar tratados internacionales al Derecho interno o constitucionalizar aspectos antes del exclusivo dominio del Derecho Privado y del Derecho de Familia, máxime cuando, en lo sustantivo, las legislaturas locales tienen facultades normativas al respecto.

Cobra peso aquí, reitero, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de su reforma de 2011, de cuyo articulado pueden extraerse, por ejemplo, previsiones como las relativas a seguridad social que redundan en beneficio de la vejez, en su artículo 123, apartados A

51 Domínguez Martínez Jorge Alfredo, *Incapacidad de ejercicio y discapacidad. Fijación de conceptos, esencia, alcances, relaciones, confusión. Su aplicación en la actividad notarial*, México, EIDJ-Procesos Editoriales Don José, 2020, (Colección de aportaciones de la Escuela Internacional de Derecho y Jurisprudencia a la Cultura Jurídica), *passim*.

fracción XXIX y B fracción XI inciso a) pero que, sobre todo, impone estar a la fuerza de su artículo primero. Éste, en particular, robustece la atención a la avanzada edad con cuatro elementos, a saber: por un lado, el hecho de reconocer - no otorgar- derechos humanos; luego, expandirse hacia tratados internacionales; en tercer sitio, destacar la noción de garantías de protección y, finalmente, prohibir la discriminación por edad.⁵² Otro tanto se hará constar con las referencias de que se tratará en seguida.

5.2.1.- Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Por la vía del citado artículo 1º constitucional, se incorpora al Derecho interno el que un dato como la edad, no autorice trato asimétrico alguno, en términos de los artículos 1º y 24 de este importante instrumento internacional, especialmente en lo relativo a los derechos de igualdad, no discriminación y protección a la familia, al amparo del deber de adoptar y adaptar la normativa nacional a sus previsiones y prescripciones.⁵³

5.2.2.- Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores:

Como uno de los aspectos más recientes, el 23 de abril de 2023 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto Promulgatorio de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas mayores, adoptada en Washington D.C., Esta-

52 Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

53 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/basicos/spanish/basicos2.htm> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

dos Unidos de América, el 15 de junio de 2015.⁵⁴ La adhesión de México al citado instrumento no estuvo exenta de avatares pues, inclusive, en algún momento, fue materia de Amparo contra la omisión o abstención por parte del Ejecutivo en adherir al país, en trascendente cauce del interés social por ampliar la protección de sus finales destinatarios.⁵⁵

Dicha Convención refiere apoyarse, como es natural, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dando centralidad a los derechos económicos, sociales y culturales, en paralelo a los civiles y políticos. Desde luego, se suma al rechazo a toda forma de discriminación o, en la especie, *discriminación por edad en la vejez*, considerando a la persona adulta mayor o persona mayor -cuyos conceptos equipara- como portadora de *valiosas contribuciones actuales y potenciales al bienestar común*, identificándola con sesenta o más años de edad, salvo diversa disposición interna, sin permitir que se postergue su identificación a más allá de sesenta y cinco.

Su texto hace converger importantes perspectivas protectoras, como las de género, discapacidad, diversidad de orientación sexual e identidad de género, migración, pobreza o marginación social, carencia de hogar, afrodescendencia, privación de libertad, pertenencia a pueblos tradicionales, grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, todo en concurrencia con una declarada necesidad de comprender al envejecimiento como un entendible y atendible fenómeno humano.

54 Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5686151&fecha=20/04/2023#gsc.tab=0 (Consulta de 27 de febrero de 2024).

55 Véase Tesis con registro digital número 2014879, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

Me interesa referir su noción de vejez, captada como una construcción social de la última etapa del curso de vida, lo que estimo coincidente con mi perspectiva personal: *construcción social antes que otra cosa*, lo que, estimo, ha de orientarse al beneficio, que no a la restricción discriminatoria del sector.

Entre sus principios generales aludidos, uno de los más loables estriba en la *valorización de la persona mayor, su papel social y su contribución al desarrollo* que, me parece, son clave de bóveda para mejorar las condiciones de la persona adulta mayor, en tanto derrotero a esclarecer y puntualizar en la educación y en la conciencia colectiva en general, pues, al margen de la naturaleza y aplicabilidad de acuerdos internacionales, ninguna obligación asumida por Estados parte será exitosa sin la participación de la colectividad y grupos allegados al adulto mayor.

Su referencia de combate al aislamiento, abandono, sujeción física prolongada, hacinamiento, expulsión de la comunidad, negación de nutrición, infantilización, tratamientos médicos inadecuados o desproporcionados, y todo lo que conlleve malos tratos para sus destinatarios, solo será realidad si se visualiza, considero, una verdad no menor: la familia es tan deudora de las personas adultas mayores como el Estado, acaso mucho más. Es allí donde deberá estar el campo para que el Derecho de Familia expanda sus ámbitos naturalmente acogedores, intimistas y de vocación afectiva, reivindicándolos y/o armonizándolos con los avances del Derecho Público.

Asimismo, como parte de una agenda estatal, alude a medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de acceso a la Justicia que, de hecho, coinciden en la materialización de frutos del trabajo jurisdiccional a que me referiré más adelante.

Importante y con futuro, tanto la señalada necesidad de que exista, en los Estados Parte, un sistema integral de cuidados para las personas adultas mayores, como el reconocimiento de que la personalidad y capacidad jurídica del adulto mayor ha de ser sostenida, al margen de que pueda necesitar apoyo para su ejercicio, con salvaguardas adecuadas,

efectivas, respetuosas de derechos, voluntad y preferencias, sin conflicto de intereses, con proporcionalidad, tutela judicial efectiva y debido proceso, lo que, en suma, se aviene con el desempeño judicial, cuya fundamentación usualmente invocada ha provenido de los artículos 25 primer párrafo de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, teniendo como referentes a múltiples declaraciones y compromisos internacionales incluso anteriores al instrumento referido en este apartado.⁵⁶

5.2.3.- Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores:

El 25 de junio de 2002 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores,⁵⁷ normativa generadora, precisamente, del concepto de *personas adultas mayores* para quienes cuenten con sesenta o más años de edad y sean domiciliadas o estén en tránsito en el territorio nacional.

Se ocupó de corresponsabilizar de su aplicación no solo a los Ejecutivos federal y locales, sino a la ciudadanía, organizaciones civiles en general, a la familia y al Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores creado en ella; enunciando derechos cruciales y preferenciales como, entre otros, la protección contra la explotación, certeza jurídica inclusiva de trato procesal digno y adecuado, asesoría jurídica gratuita y representación legal en caso necesario, salud, alimentación, familia,

56 Así se desprende de la Tesis con registro digital 2009452, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

57 Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LDPAM.pdf> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

educación, igualdad de oportunidades laborales y de productividad, que en su momento han sido judicialmente atendidas.

Tiene cuatro particularidades: en primer término, la previsión de una denuncia popular ante la Comisión de Derechos Humanos nacional o local sobre afectaciones a las personas adultas mayores; luego, la imposición de obligaciones alimentarias y convivenciales al grupo familiar, con pretensiones de reforzar temas del terreno natural del Derecho de Familia; por otra parte, el buscar que se geste una cultura de aprecio a la vejez, expresada en variados beneficios y asignaciones gubernamentalmente auspiciados, y, finalmente, la creación del Instituto Nacional para los Adultos Mayores (INAPAM), como organismo sólidamente vinculado a la población, por sus acciones favorables al sector.

5.2.4.- Ley General de Desarrollo Social:

El 20 de enero de 2004 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley General del Desarrollo Social,⁵⁸ cuyo talante respetuoso de la diversidad, define como grupos sociales en situación de vulnerabilidad a los núcleos de población y personas que, por diferentes o combinados factores, enfrentan situaciones de riesgo o discriminación traducidos en obstáculos para alcanzar mejores niveles de vida, haciendo de la vulnerabilidad la clave del derecho a recibir acciones y apoyos de corte presupuestario y asistencial, tendientes a disminuir su desventaja.

Es de hacer notar que, aunque no alude específicamente a las personas adultas mayores, les puede ser aplicable y benéfica en los casos en que a su circunstancia de edad, se sume la expresada vulnerabilidad, para recibir atención prioritaria.

58 Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDS.pdf> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

5.2.5.- Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares:

El día 07 de junio de 2023 se publicó en el Diario Oficial de la Federación un Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares,⁵⁹ cuya entrada en vigor se señaló gradualmente hasta no más allá del 1º de abril de 2027 y que en términos de su artículo Décimo transitorio implica actualizaciones normativas locales para su debido cumplimiento, al reemplazar a un código adjetivo federal y treinta y dos de las entidades federativas que conforman a México, en tanto Federación.

Surte una función receptora de perspectivas gestadas internacionalmente a colación de los derechos humanos, al disponer que todas las personas mayores de edad tienen capacidad jurídica plena y dejar al Código Civil respectivo -que en la especie son treinta y dos locales y uno federal- la regulación sustantiva de las *modalidades* de apoyo para el ejercicio de dicha capacidad. Modalidades que, dicho sea, no son obligatorias para nadie, salvo determinación judicial relacionada con personas de quienes no se pueda conocer su voluntad por ningún medio y carentes de apoyo previo.

Es precisamente esa no obligatoriedad de los apoyos mencionados, sumada a su naturaleza meramente *facilitadora* de la comunicación, manifestación de voluntad y comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias (Artículos 445 y 446), lo que incorpora criterios procedentes de instrumentos internacionales, para efectos de estandarización, reemplazando la otrora tajante declaración de interdicción, derogada, de hecho, por el artículo Décimo Noveno transitorio de la Codificación aquí en cita.

En otro aspecto, delegó en la legislación sustantiva el definir quiénes son las *personas mayores*, que es como, valiéndose de la terminología de la Convención especializada, se refiere a la población que nos ocupa,

59 Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpcf.htm> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

subsistiendo así, en lo interno, la ya imperante variedad: *adulto mayor*, *persona mayor*, *persona adulta mayor* o hasta de *personas mayores de edad*.

Finalmente, este Código acierta en considerar que, en los asuntos de su materia, las partes podrán *revelar* -dice- su condición de vulnerabilidad, para desplegar favorables ajustes procesales, como la suplencia de oficio, la simplificación de comparecencias y declaraciones o alguna mitigación de efectos por separación de personas, especialmente cuando las personas mayores se encuentren, además en discapacidad (artículos 2, 5, 297, 367 y 581).

5.3.- Derecho interno y convencionalidad en la práctica jurisprudencial:

Retomando la línea expuesta sobre una suerte de internacionalización y/o constitucionalización y/o federalización de áreas que, por su naturaleza corresponderían, en principio, al Derecho Privado y al Derecho de Familia, como lo es el cuidado y protección de sus miembros vulnerables. Conectándola con el punto de vista dado acerca del por qué no se ha gestado una uniformidad, homogeneización o regionalización jurídica, del tipo de otras latitudes y, por último, aludiendo al desarrollo que, con relación a los derechos humanos, ha incorporado al Derecho interno mexicano instrumentos internacionales protectores, cabe indicar que, no obstante la amplitud de miras del artículo 1º constitucional, uno de los ejes donde mayormente se materializa este último tipo de interacción es en el trabajo del Poder Judicial, del que concretamente, plantearé aquí un análisis de criterios de trabajo jurisprudencial relativos a las personas adultas mayores.

En ese orden de ideas, encuentro cuatro vertientes de datos a resaltar, a saber: primero, el referente a identificar las características y necesidades del grupo social en cita; segundo, la convicción de que cada individuo ha de ser apreciado en su ser y circunstancia, sin generaliza-

ción posible; tercero lo vinculado a la óptica, técnica o protocolo para su mejor atención y, cuarto, el o los conceptos gestados y/o aplicados en dicha labor.⁶⁰

Con respecto a las características y necesidades de las personas adultas mayores, el Poder judicial ha dejado constancia de sensibilidad hacia el hecho de que son susceptibles a una disminución de aptitudes físicas e intelectuales, problemas económicos, laborales, de seguridad social y maltrato, deterioro cognitivo, desventaja social, abandono, discriminación (institucional, social, familiar, laboral y económica), menoscabo en autosuficiencia económica, movilidad, salud, sensorialidad o intelectualidad, así como víctimas de infundados estereotipos perjudiciales y generalizantes en cuanto a improductividad, inflexibilidad, inadaptabilidad o baja capacidad de reacción.

En cuanto a la convicción de que cada cual debe ser apreciado en su individualidad, se han generado tesis con la expresa y clara alusión a cuestiones tales como las siguientes: toda motivación decisoria de fun-

60 Para su exposición a lo largo de este apartado, clasificaré y comentaré información extraída por síntesis de las tesis o criterios jurisprudenciales cuyos números de registro digital proporciono aquí, para favorecer el contraste o la profundización a la que hubiere lugar: 2014880, 2009972, 2026244, 2014461, 2018538, 2018537, 2015256, 2026581, 2019046, 2010861, 2010570, 2027275, 2026531, 2007451, 2025983, 2014880, 2025548, 2020709, 2015257, 2025548, 2026041, 2026924, 2007451, 2008090, 2025548, 2009500, 2015256, 2026581, 2008681 y 2017710, 2026041, 2024122, 2026581, 2026041, 2008681, 2015256, 2023603, 2026088, 2023728, 2019275, 2002607, 2027148, 2001814, 2026532, 164732, 2012969, 2011523, 2019651, 2022427, 2019339, 2020823, 2026244, 166746 2007244 y 2006396, 2027326, 2012635, 2008906, 2007634, 2007244, 2003811, 2014033, 2010862, 2010861, 2010841, 2008752, 2027308, 2027325, 2027148, 2012614. Es de insistir en que el texto completo de los criterios a que se aludirá en este apartado está disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 27 de febrero de 2024), por las razones expuestas en la nota 37 del presente trabajo.

cionario público debe evaluar a la persona en conjunto con su situación socioeconómica; la importancia de conformar una especie de diagnóstico paliativo del impacto de actos de autoridad en su esfera; énfasis puesto en que, sociológicamente, la edad dista mucho de homologar, *ergo* no debe suprimir la individualidad de los coetáneos; un llamado de atención a que, si bien su protección es necesaria, la edad avanzada no es el solo dato para dejar de lado que la cualidad de adulto mayor no surte, de hecho, en automático, condiciones de pobreza, marginación o limitaciones para el trabajo, no convierte automáticamente sus derechos en otros meritorios de mejor protección, tampoco torna en agravado cualquier delito del que fueren víctimas, ni les hace indiscutibles acreedores a un proceso penal domiciliario al margen de consideraciones de riesgo social. En suma, pues, todo sea dicho, se impone el casuismo como clave analítica insustituible de individualidad.

Por lo que toca a la óptica, técnica o protocolo para su mejor atención, el trabajo del Poder Judicial del que dan cuenta las tesis vinculadas al tema, revela, *grosso modo*, la puesta en práctica de lo siguiente: una actitud en pro de cumplir con la protección *especial y reforzada, diligente, pro-derechos* y de *máxima tutela* que es a cargo del Estado; armonización de los derechos de las personas adultas mayores cuando alternan con los de otros sujetos de Derecho, privilegiando al principio de igualdad, lo que es decir, priorizar sin desproporción, con equilibrio entre partes en conflicto e indispensable cumplimiento de presupuestos procesales o de la acción; claridad en el deber de extremar la analítica diligencia para nivelar el peso de cada derecho en la circunstancia de cada sujeto, incluso, ante circunstancias emergentes y graves, como el que tuvo significativo lugar durante la pandemia, al determinar que la sola edad avanzada no era razón suficiente para modificar el orden de vacunación dispuesto por el Estado; aplicación del principio de legalidad, en su vertiente de fundamentación y motivación de los actos de autoridad, con una actitud vigilante de derechos cruciales, buscando inclusive, amortiguar las consecuencias del acto de autoridad de que se tratare, en procura de la conciliación de intereses individuales

y colectivos; operatividad de un régimen de presunciones especiales o enfatizada aplicación de una interpretación normativa más benigna o de apariencia de buen derecho, y, finalmente, una continua facilitación del acceso a la Justicia, ejemplificada en aspectos como el rechazo de la vía digital como principal forma de ejercer el derecho de petición, una vigilante actitud en contra de afectaciones en etapas probatorias o auxilios procesales, ya sea en la absolución de posiciones o mediante la suplencia de la queja deficiente, o en la inaplicabilidad de la querrela de parte o del perdón del ofendido en casos de violencia familiar en contra de los mayores, así como supuestos de reposición de procedimientos y la insustituible interpretación favorable de normas, que cobran aquí especial relevancia.

Finalmente, acerca del o los conceptos gestados y/o aplicados en la labor jurisdiccional, son de citar, especialmente, como faro y norte, los siguientes:

Perspectiva de envejecimiento, en tanto actitud y deber de autoridad de actuar con receptiva apreciación de la circunstancia de cada persona adulta mayor, en función a la magnitud de la disminución de capacidades físicas o intelectuales, problemas, dependencias o precariedades, valorando cada desventaja social en sí o asociada con maltrato, discriminación y abandono; lo que puede trascender a variados escenarios, como, por ejemplo, al riesgo de sufrir confusión al absolver posiciones. Importa en razón de la identificación, en sede judicial, del llamado *paradigma de la persona joven*, como característica que preside la producción y reproducción del ordenamiento jurídico, generalmente redactado como si todo mayor de dieciocho años tuviera siempre aptitudes, habilidades o condiciones plenas para gestionar sus derechos y obligaciones.

Categoría sospechosa, como concepto no solo destinado a operar para sujetos de edad avanzada, pero crucial para su atención, al referirse a una condición de pertenencia a cierto grupo social, en cuya atención debe extremarse la precaución, cuidado y diligencia, por asumírsele vul-

nerable y necesitado de una mayor asesoría, explicación o auxilio profesional.

Vulnerabilidad, que vivifica lo ya dicho en materia de prevención de los efectos de una construcción social lesiva, poniendo en perspectiva al envejecimiento como posible causal, con ánimo de considerar adecuadamente las capacidades funcionales de las personas adultas mayores en contacto con el sistema judicial.

Autonomía regresiva, como construcción jurídica que, sin erosionar la presunción de capacidad que asiste a todo mayor de dieciocho años de edad, cursa en sentido contrario a la de *progresiva dependencia*, merced a definir los deterioros producidos por el transcurso del tiempo y manifestados en pérdidas y riesgos del estado de salud, velocidad del pensamiento o exposición a violencia, merced a la merma en habilidades físicas, sensoriales y cognitivas.

Violencia procesal, puesto que en un Estado de Derecho o Constitucional de Derecho, el derecho de acción y el proceso son indiscutible antídoto contra la justicia por propia mano. Hablar de violencia cobraría entonces un tinte paradójico. El punto aquí es distinto. La violencia procesal se asocia como consecuencia de una indeseada inaplicación de la perspectiva de envejecimiento. Implicaría perder de vista la susceptibilidad de las personas adultas mayores procesadas a efectos psicoemocionales o deterioros físicos o cognitivos en supuestos de exclusión de su entornos o exposición al abandono.

Subyacente a todo ello, existe además una perspectiva de derechos humanos aplicada a las personas mayores, en la mira de conciliar su autonomía personal y la protección que les es debida.

5.4.- Prospectiva:

Planteada como ha sido, la situación de que, en el tratamiento de las personas adultas mayores han sido las competencias federales y el Derecho Público quienes han asumido acciones que, de ordinario, ha-

brían correspondido al Derecho Privado y, especialmente, al Derecho de Familia, por tratarse de un sector importante de los miembros del grupo social básico. Apuntada ya la interacción de lo actuado internacionalmente con el Derecho interno, con vista a derechos humanos. Descrita como ha sido una importante porción del desempeño del Poder Judicial en la adecuación a ciertos estándares protectores de derechos humanos, queda una reflexión: en última instancia, el orden jurídico es un todo en el que, si bien no se ha gestado una uniformidad, homogeneización o regionalidad que involucre en conjunto a varios Estados a la manera de otras latitudes, e inclusive, las interacciones del federalismo nacional parecen, por momentos, tensarse, con la emisión de leyes federales o códigos nacionales, me parece que, en conjunto, se transita en la resolución de problemas concretos, precisamente a través de internacionalización, constitucionalización, federalización y estandarización en la generación normativa, adhesión a convenciones y actuación judicial.

Claro está que el Derecho de Familia podrá reivindicar mucho del terreno de acción para el cuidado del sector poblacional en estudio, muy especialmente a través de lo normativo, por ser en el seno de la familia donde mayormente transcurren las etapas y estampas del último trecho de la vida. De hecho, aunque parecen existir más estudios e interdisciplina en lo relativo a otros momentos del ciclo vital, la sociedad y el Derecho Familiar mismo siguen confiando en los abuelos, por ejemplo, a través de su esperado ejercicio de la patria potestad, llegado el caso. Más todavía, el tránsito de edades cuenta con la llamada *reciprocidad intergeneracional*, merced a la cual cada generación apoya a la que le sigue y a quienes le preceden, en una ininterrumpida solidaridad.⁶¹

Por otra parte, es cada vez más necesario reforzar en la colectividad la visión del adulto mayor como el ejemplo y modelo que sí es, en lugar de verle como la carga que nunca ha sido, ni merecido ser. Por ello, el Derecho, con las Ciencias Sociales, Humanidades y la Medicina tienen

61 Cfr: Nava Bolaños, Isalia, *op. cit.* nota 13, p. 33.

mucho por hacer para fortalecer a la familia en el cuidado de los adultos mayores a quienes nos debemos. El Derecho ha de fincar y fortalecer una visión transgeneracional de los derechos y los deberes, para poner de relieve una línea de continuidad inamovible que apalanque la conciencia de un compromiso que ya existe.

Importa considerar, yo estimo, en similar perspectiva a la de Lefranc que, si bien después de la Segunda Guerra Mundial se llegó a depositar en el Derecho una posibilidad muy relevante de reflexionar acerca de la dignidad humana, las actividades de los tribunales con los textos jurídicos -y por supuesto yo añadiría la de los legisladores al confeccionar tales textos-, siguen obedeciendo a expresiones de racionalismo en un esfuerzo por dar contenido, aún en el Derecho del siglo XXI, a una idea tan compleja como es precisamente la de la dignidad humana.⁶² Este autor introduce una pequeña reflexión que da pauta del signo de estos tiempos e incluye la memoria de la reciente prueba que para la humanidad representó la pandemia por SARSCoV2:

“La unicidad humana requiere permanentemente de alguien más [...] se expresa mejor con una singularidad que requiere de los demás y no como autosuficiencia [...] Se nos dice que hay que decidir a quiénes se les ofrecen tratamientos, respiradores y las unidades de cuidado intensivo, porque no alcanzan para todas las personas enfermas. Intentan, por los medios más diversos, justificar la idea de que sea a las personas más viejas a quienes se nieguen esos equipos y esos cuidados. Podemos ver las fotografías de ancianas y de ancianos abandonados en sus cuartos de hospital. Del interior de esas habitaciones emerge una exigencia de humanidad [...] El tiempo nos mostrará que cerca de la mitad de las personas fallecidas, es decir, decenas de miles de personas, eran ancianas y que murieron sin ninguna atención especial en esas residencias que, en teoría, existen para que en ellas pasen serenos sus días [...] sería prudente reconocer que la idea de dignidad no tiene que ver tanto con una fortaleza que,

62 Lefranc Weegan, Federico César, *Con alguien. Sobre la dignidad acompañada*. México, Academia Mexicana de Criminología-UBIJUS, 2022, pp. 73-74.

*individualmente nadie posee, como con la aceptación de nuestra permanente fragilidad [...]*⁶³

Esta válida reflexión se impuso cuando la humanidad se hallaba, en el siglo XXI, tan *in extremis* como en el Medioevo, a causa de una nueva enfermedad. Dice bien Lefranc cuando -yo interpreto- nos induce a pensar lo importante que sería que la otredad que se estudia, se convierta en algo más que la hipótesis del trabajo de alguien.⁶⁴

6.- Conclusiones:

Las Convenciones y tratados de derechos humanos, así como el que-hacer jurisdiccional y las competencias federales han marcado pauta de acción y generación de ajustes a nivel constitucional y legal en el tratamiento de las personas adultas mayores, que, en principio serían sujetos de atención por el Derecho de Familia en particular.

Ello denota una interacción que diluye la distancia entre Derecho Público y Privado, al modo de una *internacionalización/constitucionalización/federalización* que, en el tema del presente trabajo y con respecto a México sí hacen presencia y resultan de progresividad en la atención de derechos humanos, si bien no han generado alcances de uniformidad, homogeneización o regionalización jurídica al modo presente en otras latitudes.

Sería deseable que el Derecho de Familia reivindicara para sí la gestación de conceptos referenciales básicos y ampliara, en su seno, el desarrollo de normatividad con especificidad mayormente aplicable al grupo social de personas adultas mayores, por ser en el seno de la familia donde transcurren las etapas de la vida y donde se recibe el valioso legado del tránsito generacional.

63 *Ibidem*, pp. 130-150.

64 *Ibidem*, p. 22.

Bibliografía:

- Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, Barcelona, Gredos-RBA Coleccionables, 2014.
- _____, “sobre el carácter del anciano”, en: *Retórica*, México, Porrúa, 2016, (Sepan cuántos, número 715).
- Beauvoir, Simone, *La vejez*, México, Penguin Random House, 2016, (Debolsillo).
- Benedicto XVI, *La vejez de San Agustín*, Catequesis disponible en: <https://infovaticana.com/2021/09/25/la-vejez-de-san-agustin/#:~:text=En%20la%20vejez%20%E2%80%94dec%C3%ADa%E2%80%94abundan,del%20%C3%A1guila%C2%BB%C2%BB%20>(cf. (Consulta de 27 de febrero de 2024).
- Bruno, Fernando y Acevedo Alemán, Jesús, “Vejez y sociedad en México: las visiones construidas desde las Ciencias Sociales”, en: *Fórum sociológico, Serie II*, Open Edition Journals, número 29, 2016, Disponible en: <https://journals.openedition.org/sociologico/1453> (Consulta de 27 de febrero de 2024).
- Carbajo Vélez, Ma. Del Carmen, “La historia de la vejez”, en: *Ensayos: Revista de la Facultad de Educación de Albacete*, número 23, 2008, pp. 237-254. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3003504> (Consulta de 27 de febrero de 2024).
- Cicerón, Marco Tulio, *Sobre la vejez*, Madrid, Tal-vez, s.a. Disponible en: <https://omegalfa.es/buscador.php> (Consulta de 27 de febrero de 2024).
- Comunicado de Prensa del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, emitido con motivo del Día mundial de la población, 11 de julio de 2023. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2023/EAP_DMPO23.pdf (Consulta de 27 de febrero de 2024).
- Cortina, Adela, “Gerontofobia: un atentado suicida contra la dignidad humana”, en: *Ética cosmopolita. Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*, Barcelona, Paidós, 2021, pp. 89-103.
- Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos número 14: Igualdad y no discriminación. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

De Icaza Dufour, Francisco, *Plus Ultra*, México, Porrúa, 2008.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte general, personas, cosas negocio jurídico e invalidez*, 12ª. ed., México, Porrúa, 2010.

_____, *Incapacidad de ejercicio y discapacidad. Fijación de conceptos, esencia, alcances, relaciones, confusión. Su aplicación en la actividad notarial*, México, EIDJ-Procesos Editoriales Don José, 2020, (Colección de aportaciones de la Escuela Internacional de Derecho y Jurisprudencia a la Cultura Jurídica).

Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana María (Editores), *La constitucionalización del Derecho de Familia. Perspectivas comparadas*, México, SCJN-Centro de Estudios Constitucionales SCJN, 2019.

Ferman Guerrero, Saúl, *Discapacidad e interdicción: una propuesta para abordar el modelo social y de derechos humanos en la legislación mexicana*, México, Poder Judicial del Estado de Hidalgo-UBIJUS, 2022.

Horacio, *Arte poética*, Madrid, Gredos, 1982.

Jiménez Alfaro, Marco, “El envejecimiento y la muerte: un enfoque filosófico”, en: *Phainomenon*, volumen 14, número 1, Enero-Diciembre 2015, pp. 85-94. Disponible en:

<https://revistas.unife.edu.pe/index.php/phainomenon/issue/view/25> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

Lara Espinosa, Diana, *Grupos en situación de vulnerabilidad*, México, CNDH, 2013, Disponible en:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4872/9.pdf> (Consulta de 27 de febrero de 2024).

Lefranc Weegan, Federico César, *Con alguien. Sobre la dignidad acompañada*. México, Academia Mexicana de Criminología-UBIJUS, 2022.

López-Pulido, Alfonso, “La vejez como enfermedad: un tópico acuñado en la antigüedad clásica”, en: *Gerokomos*, Barcelona, volumen 29, número 4, Diciembre 2018. Disponible en:

https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1134-928X2018000400156 (Consulta de 27 de febrero de 2024).

Marquardt, Bernd, *Teoría integral del Estado. Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2018, (Tomo I, La era prei-

- lustrada y preindustrial: Desde la sociedad pre-estatal hasta el Estado de la paz interna 3000 a.C.-1775 d.C.).
- Nava Bolaños, Isalia, “I. El envejecimiento en México: seguridad económica y transferencias”, en: Cossío Díaz, José Ramón y Ugalde, Vicente, *Transferencias y justicia intergeneracionales*, México, El Colegio de México, 2023, pp. 25-51.
- Pampillo Baliño, Juan Pablo, “Derecho comunitario y *ius commune americano: dos asignaturas pendientes para las ciencias jurídicas de nuestro continente*”, en: *Foro. Revista de Derecho*, Quito, número 18, UASB-Ecuador, 2012, pp. 5-27. Disponible en: <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/411/406> (consulta de 27 de febrero de 2024).
- Papalia, Diane E. et al, *Desarrollo Humano*, 12ª. ed., México, McGraw Hill, s.a.
- Pérez De los Reyes, Marco Antonio, *Historia del Derecho Mexicano*, 2da. ed., México, Oxford, 2019.
- Platón, *República*, Madrid, Gredos, 2014.
- Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Introducción y Personas*, 4ª ed., México, Porrúa, 1982, Tomo I.
- Salas Alfaro, Ángel, *Derecho de la senectud*, México, Porrúa, 1999.
- Schopenhauer, Arthur, *El arte de envejecer*, Madrid, Alianza, 2010.
- Steinman, Bárbara, “Ancianidad y subjetividad moral en Platón”, en: Cabanillas Núñez, Carlos Manuel y Calero Carretero, José Ángel, *Actas de las III Jornadas de Humanidades Clásicas*, Junta de Extremadura, 2002, pp. 25-34, *passim*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=329394> (Consulta de 27 de febrero de 2024).
- Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de Sociología comprensiva*, 2da. ed., México, F.C.E., 1964.

Séptima Parte:
La unificación y regionalización
del Derecho en la práctica de los
abogados.

En los orígenes de la moderna hermenéutica contractual: la doctrina del *status causae legal scriptum/voluntas*. Una reflexión entre retórica y derecho.

Por: Federico Procchi

Universidad de Pisa – Departamento de Derecho

Resumen: La presente investigación se inspira en el renovado interés de la abogacía italiana y, al mismo tiempo, de la comunidad científica romanista internacional por el estudio y la enseñanza de las técnicas argumentativas que encuentran su matriz en la retórica clásica greco-romana, entendida como una verdadera ars (en el sentido de disciplina técnica, que responde a reglas teóricas precisas). Con particular atención a la doctrina de los *status causae* legales, la contribución propone leer las modernas disposiciones de la hermenéutica contractual literal y subjetiva a la luz de la oposición oratoria entre *scriptum* (contenido literal del texto) y *voluntas* (intención real del escritor) en el análisis de un texto normativo o de negociación, con el fin de verificar la posible utilización por parte del jurista práctico moderno (en primer lugar, el abogado) de una “tópica” bien definida y probada para el desarrollo del proceso contradictorio.

Palabras clave: técnicas argumentativas forenses - retórica judicial - *status causae* legales - *scriptum/voluntas* - hermenéutica contractual - interpretación literal - interpretación lógica

Riassunto: La presente indagine prende le mosse dal rinnovato interesse della classe forense italiana e, parallelamente, della comunità scientifica romanistica internazionale per lo studio e l'insegnamento delle tecniche argomentative che trovano la loro matrice nella retorica classica greco-romana, intesa come vera e propria ars (nel senso di disciplina tecnica, che risponde a precise regole teoriche). Con particolare riguardo alla dottrina degli *status causae* legales, il contributo propone di leggere le moderne disposizioni di ermeneutica contrattuale letterale e soggettiva alla luce della contrapposizione oratoria tra *scriptum* (tenore letterale del testo) e *voluntas* (reale intenzione di chi scrisse) nell'analisi di un testo normativo o negoziale, al fine di ve-

rificare il possibile impiego da parte del moderno giurista pratico (innanzitutto, l'avvocato) di una "topica" ben definita e collaudata per lo sviluppo del contraddittorio.

Parole chiave: *tecniche argomentative forensi – retorica giudiziale – status causae legales – scriptum/voluntas – ermeneutica contrattuale – interpretazione letterale – interpretazione logica*

Abstract: *This investigation takes its cue from the renewed interest of the Italian legal profession and, at the same time, of the international scientific community of Roman law in the study and teaching of argumentative techniques that find their matrix in classical Greco-Roman rhetoric, understood as a veritable ars (in the sense of technical discipline, which responds to precise theoretical rules). With particular regard to the doctrine of status causae legales, the contribution proposes to read the modern provisions of literal and subjective contractual hermeneutics in the light of the oratorical opposition between scriptum (literal tenor of the text) and voluntas (real intention of the writer) in the analysis of a normative or negotiation text, in order to verify the possible use by the modern practical jurist (first and foremost, the lawyer) of a well-defined and tested "topics" for the development of the adversarial process.*

Keywords: *forensic argumentative techniques - judicial rhetoric - status causae legales - scriptum/voluntas - contract hermeneutics - literal interpretation - logical interpretation.*

Sumario: *1.- Prólogo. 2.- La retórica como Ars. 3.- La búsqueda de argumentos jurídicos concluyentes y la doctrina del status causae: Esquema. 4.- Hermenéutica contractual e identificación de la intención común de las partes. 5.- En los orígenes de la dicotomía entre interpretación literal e interpretación lógica: el status causae legal scriptum/voluntas. 6.- Breves observaciones finales.*

1.- Prólogo:

Numerosos estudios cíclicos han ilustrado, desde distintos puntos de vista, hasta qué punto los sistemas jurídicos modernos de *Civil Law* y *Common Law* son deudores de la llamada "tradición romanística", pero sólo en tiempos mucho más recientes se ha despertado un renovado interés por la técnica retórica y sus influencias en el mundo del Derecho civil y penal.

Las técnicas argumentativas de la tradición oratoria greco-romana son, en particular, objeto de gran interés en la actualidad, tanto en los

círculos de la práctica jurídica, fuertemente motivados en la búsqueda de planes de formación para el aprendizaje de los jóvenes juristas, como en el ámbito de la reflexión científica académica.

Han pasado unos veinte años desde que un pequeño grupo de juristas comenzó a reunirse en Roma, en los locales del “Centro per la formazione e l'aggiornamento professionale degli avvocati”, establecido en la sede del Consiglio Nazionale Forense (Consejo Nacional de la Abogacía).

Se trataba de un proyecto audaz e ilusionante basado en una mesa de trabajo permanente en la que se convocó a distintas generaciones de la abogacía nacional y extranjera, a profesores universitarios y magistrados, así como a destacados representantes de diversos colegios profesionales, con la convicción de que sólo del diálogo y la comparación podrían nacer caminos culturales válidos para ser compartidos en el ambicioso proyecto de proponer nuevos modelos formativos para la abogacía del siglo XXI; de este “laboratorio” nacería en 2007 una nueva fundación del Consiglio Nazionale Forense, que sigue funcionando en la actualidad con el nombre de Scuola Superiore dell'Avvocatura (Escuela Superior de la Abogacía).

Desde las primeras reuniones, se constituyó un grupo de trabajo al que se encomendó la tarea de verificar la posibilidad de superar ciertos aspectos de la dimensión más exquisitamente empírica y, por así decirlo, “artesanal” de la práctica forense, reconduciéndolos a una verdadera “metodología didáctica” que se impartiera en las Scuole Forensi (Escuelas Forenses) ya establecidas en diversas partes de Italia desde hacía varias décadas.

De este modo, juristas experimentados, destacados romanistas, distinguidos filósofos del derecho y jóvenes novicios empezaron a razonar juntos sobre la posibilidad de aprovechar ciertas piedras angulares didácticas que podían extrapolarse de la tradición secular de preceptos dialécticos y retóricos, adaptándolos -si fuera necesario- a las peculiaridades de los sistemas jurídicos modernos.

Al mismo tiempo, en el plano más puramente académico, fue cobrando fuerza una nueva corriente de investigaciones científicas “entre la norma y la persuasión”,¹ que ha enriquecido considerablemente el debate jurídico en las últimas décadas, recurriendo una vez más a herramientas hermenéuticas cuyo uso se había “desvanecido” de algún modo con el paso del tiempo, o había sobrevivido en tratamientos no siempre plenamente conscientes de todas las implicaciones y facetas técnicas de esta rama del saber.

El cuadro general del renovado interés por “la fascinación de la comunicación, entre lo antiguo y lo actual” se completa, por último, con la multiplicación de concursos declamatorios (*moot courts*, negociaciones asistidas simuladas, *etc.*) organizados en contextos heterogéneos y con modalidades diversas, pero siempre concebidas como herramientas insustituibles e indispensables para la formación de juristas en ciernes.

2.- La retórica como *Ars*:

En la antigua Roma, la enseñanza de la retórica solía durar al menos tres años, dedicados, según un orden preestablecido, el primero a la lectura, el segundo a la escritura y el tercero a la expresión oral. Este “plan de estudios” podía completarse provechosamente con un cuarto año, dedicado sobre todo al estudio del derecho y la filosofía.

1 Cf. R. Martini, *Antica retorica giudiziaria (Gli 'status causae')*, en *Studi Senesi*, 116, 2004, p. 32 y ss., también disponible *en línea*, en *Diritto@Storia*, 3, 2004, en: <https://dirittoestoria.it/3/TradizioneRomana/Martini-Antica-Retorica-Giudiziaria.htm>. En el siglo XX, como es bien sabido, la primera “temporada” de estudios sobre el tema fue inaugurada por el fundamental ensayo de J. Stroux, “*Summum ius, summa iniuria*”. *Ein Kapitel aus der Geschichte der "Interpretatio iuris"*, en *Festschrift Paul Speiser-Sarasin zum 80. Geburtstag am 16. Oktober 1926*, Basler Druck & Verlags-Anstalt, Basilea, 1926, p. 115 y ss. (trad. it. por G. Funaioli, con prefacio de S. Riccobono, en *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 12, 1929, p. 639 y ss.).

Los alumnos eran formados por maestros en los tres géneros canónicos de la elocuencia antigua: el deliberativo (destinado a orientar el voto de una asamblea política), el epidíptico (destinado a alabar o culpar a un sujeto en particular) y el judicial (que se utilizaba en los tribunales, durante los juicios para acusar o defender) aprendiendo a articular sus discursos según un esquema preciso (*exordium, narratio, argumentatio y peroratio*), en el que se ponían en valor los resultados de los distintos momentos de profundización (*inventio, dispositio, elocutio, memoria y actio/pronuntiatio*)².

Así nació un auténtico “libro de preceptos” para la formación de jóvenes oradores: sugerencias prácticas para el estudio ordenado y exhaustivo de los diversos aspectos de las controversias que se debaten en los tribunales, y vías argumentativas para ilustrar mejor a los jurados juzgadores las debilidades de los argumentos de la otra parte y los méritos de los propios.

La racionalidad del método constituye el fundamento de lo que los griegos no dudaron en calificar de τέχνη³ y que los romanos llamaron *ars*.⁴ Al principio, en efecto, los oradores romanos se formaban en las escuelas griegas más célebres (en primer lugar las escuelas asiática y ro-

2 Véase, para todos, B. Mortara Garavelli, *Manuale di retorica*, Bompiani, Firenze-Milano, 2018, *praecipue* p. 20 y p. 79 y ss.

3 Sobre este punto, véase C. Venturini, *L'argomentazione giuridica: dalla retorica classica alla moderna argomentazione*, en *L'argomentazione e il metodo della difesa*, A. Mariani Marini, F. Procchi (a cura di), Pacini Editore, Pisa, 2013, pp. 13-33, *praecipue* p. 15 y ss., ahora en Id., *Scritti di diritto penale romano*, F. Procchi, C. Terreni (a cura di), II, Wolters Kluwer-CEDAM, Padova, 2015, pp. 881-909, *praecipue* p. 884 y ss., con indicación de más bibliografía.

4 P. Cerami, “*Honeste et libere defendere*”: *i canoni della deontologia forense secondo Marco Tullio Cicerone*, in *Iura*, 49, 1998 [publ. 2002], pp. 1-24, *praecipue* p. 2 y s., reproducido -con algunas adiciones- en la contribución titulada *Le radici storiche: 'ars rethorica' ed esperienza forense ciceroniana*, in P. Cerami, G. Di Chiara, M. Miceli, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica*

diana) y sólo en la segunda década del siglo I a.C. es posible encontrar un tratado escrito en latín: la *Rhetorica ad Herennium*, que la erudición moderna se inclina justificadamente a atribuir a un retórico llamado Cornificio y ya no a Cicerón.⁵ Hacia finales del siglo I d.C. Quintiliano publicó la monumental *Institutio oratoria* en 12 libros, con el objetivo de resumir con fines didácticos todas las doctrinas principales de la retórica antigua, comparándolas con precisión sistemática.⁶

Las enseñanzas destiladas por los retóricos para sus alumnos no deben entenderse ciertamente como “reglas” férreas e inmutables, buenas para todas las épocas, que deban aplicarse automáticamente y sin sentido crítico cuando se den determinados supuestos. Son, más bien, un manual detallado y articulado de “pautas”, por así decirlo, concebidas, en primer lugar, para orientar correctamente las elecciones que se han de hacer en la fase de búsqueda de ideas y argumentos que puedan utilizarse (*inventio*) y, en segundo lugar, para presentarlos al juez de manera ordenada (*dispositio*), ocupándose luego de la corrección, la claridad, la elegancia y la pertinencia expositiva (*elocutio*), las técnicas de memorización (*memoria*) para no omitir ningún punto esencial de la urdimbre argumentativa y, por último, los rasgos externos de la comunicación (*actio/pronuntiatio*) como, por ejemplo, la impostación de la voz, la modulación del tono, la conducta y los gestos.⁷

A lo largo del siglo XVI, por razones en las que no es posible detenerse aquí, el estudio de la *inventio* y la *dispositio* pasó a ser prerrogativa

europaea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 289-310, *praecipue* p. 290 y s.

5 Véase, por todos, G. Calboli, ‘Cornifici seu incerti auctoris >*Rhetorica ad C. Herennium*<’, I, *Prolegómenos, edición, traducción, comentario y léxico*, De Gruyter, Berlin-Boston, 2020.

6 Cf. B. Mortara Garavelli, *Manuale*, cit., p. 51 y ss.

7 Por supuesto, las tres primeras partes canónicas de la oratoria se referían tanto a la comunicación escrita como a la oral, mientras que las dos últimas eran patrimonio exclusivo de esta última.

de la “dialéctica” y la retórica, para entonces sustancialmente huérfana de los preceptos destinados a la identificación/selección y presentación de contenidos, inició un lento camino que pronto llevaría a la mayoría a identificarla únicamente con la *elocutio*. Todavía hoy, de hecho, en el lenguaje común, el término se utiliza a menudo para indicar un discurso vacuo y pomposo.⁸

Sin embargo, como se ha dicho, el *ars rhetorica* es algo muy distinto y es precisamente su marco técnico y metodológico el que constituye, en mi humilde opinión, el legado más interesante y valioso para la formación de los jóvenes juristas. Para evitar equívocos, conviene señalar que en modo alguno pretendo proponer una “superestructuración” servil de todos los preceptos de la oratoria clásica en el presente: la experiencia forense que acompaña a mi compromiso académico me hace conocedor en muchos aspectos de las peculiaridades del derecho vigente, tanto en su vertiente sustantiva como procesal.

En particular, creo que todos los profesionales que pretendan probar suerte en la lectura de los tratados retóricos o, al menos, de la *summa* pedagógica de la *Institutio oratoria*, deben tener en cuenta tres advertencias fundamentales:

- la raíz de la distinción que hace Aristóteles⁹ de las “pruebas” (πίσταις) en “técnicas” (ἐντεχνοί) y “atécnicas” (ἄτεχνοί),¹⁰ los argumentos lógicos, propios del arte de la retórica, son recon-

8 Cf. R. Martini, *Antica retorica*, cit., p. 30 y ss.

9 Como es bien sabido, la retórica aristotélica fue responsable de la reorganización en aparatos de gran parte de las prácticas argumentativas y discursivas. En cuanto, por otra parte, a las enseñanzas dedicadas a una disciplina que el filósofo de Estagira consideraba distinta de la “retórica” propiamente dicha y que denominó “dialéctica”, véase ahora E. Stolfi, *Gli attrezzi del giurista. Introduzione a las prácticas discursivas del derecho*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 181.

10 Arist. *ret.* 1355 b 35-39: τῶν δὲ πίστεων αἱ μὲν ἄτεχνοί εἰσιν αἱ δ' ἐντεχνοί. ἄτεχνα δὲ λέγω ὅσα μὴ δι' ἡμῶν πεπóρισται ἀλλὰ προϋπήρχεν, οἷον μάρτυρες

ducidos al primer tipo y asumen así una relevancia central en la dialéctica del juicio del mundo greco-romano.¹¹ Los legisladores modernos, en cambio, atribuyen una fe privilegiada a medios de prueba como los testimonios, las confesiones y los documentos, que los antiguos habrían considerado “atécnicos” en la medida en que aportan datos directamente utilizables y que no deben encontrarse aplicando un método lógico-argumentativo;¹²

- el principio de legalidad, en su acepción actual, es un producto relativamente reciente, derivado del Iluminismo. Su canonización se identifica comúnmente en el brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, acuñado por Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833), padre del *Codex Iuris Bavarici Criminalis* de 1813. Aunque pueden encontrarse algunos rastros de ella en épocas anteriores, especialmente en el Cap. XXXIX de la *Magna Charta libertatum* (el documento otorgado el 15 de junio de 1215 por el rey Juan de Inglaterra, considerado el fundamento de las libertades constitucionales inglesas),¹³ no puede reflejarse acriticamente y retrospectivamente en el estudio del proceso acusatorio romano.¹⁴ Hay que añadir, además, que el recurso a la analogía, incluso en el ámbito penal, es en prin-

βάσανοι συγγραφαὶ καὶ ὅσα τοιαῦτα, ἔντεχνα δὲ ὅσα διὰ τῆς μεθόδου καὶ δι' ἡμῶν κατασκευασθῆναι δυνατόν, ὥστε δεῖ τούτων τοῖς μὲν χρῆσασθαι, τὰ δὲ.

11 Para un análisis del concepto retórico de “prueba técnica”, realizado a la luz de los textos de Aristóteles y Quintiliano, véase G. Cossa, *Reflexiones sobre la distinción entre pruebas “técnicas” y “atécnicas” en Grecia y Roma*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 83, 2017, p. 299 y ss.

12 Cf. B. Mortara Garavelli, *Manuale*, cit., p. 32 y s.

13 Véase T. Padovani, *Diritto penale*¹⁰, Giuffrè, Milano, 2012, p. 17.

14 Cf. C. Venturini, *Difesa e legge: un rapporto non pacifico*, en *Studi per Giovanni Nicosia*, VIII, Giuffrè, Milano, 2007, p. 369 y ss., *praecipue* p. 378, ahora en *Id., Scritti di diritto penale romano*, II, cit., p. 911 y ss., *praecipue* p. 918.

cipio admisible en la lógica procesal antigua y, de hecho, esta técnica interpretativa se consagra en un preciso *status legalis*: la llamada *ratiocinatio*;¹⁵

- En los juicios romanos, tanto civiles como penales, la decisión del litigio no se confía a jueces profesionales y la sentencia adoptada no prevé ninguna obligación de motivación. Esto significa que el perfil, por así decirlo, de la sollicitación “em-pática” de la argumentación jurídica, la llamada “moción de los afectos” (*permotio adfectus*), puede desempeñar un papel más incisivo de lo que debería ser el caso en la fisiología de la práctica judicial moderna.

Tales diferencias “estructurales” significativas, sin embargo, no impiden, en mi humilde opinión, *mutatis mutandis*, que muchos aspectos de la preceptiva oratoria puedan ser provechosamente revitalizados y puestos en valor por los juristas actuales, principalmente por los abogados en formación

3.- La búsqueda de argumentos jurídicos concluyentes y la doctrina del *status causae*: Esquema:

Aquí me gustaría centrarme en un aspecto concreto de la *inventio*, el que permite al orador identificar la cuestión fundamental que merece ser debatida y los distintos argumentos que pueden invocarse a favor o en contra de una determinada argumentación jurídica.

Me refiero a la doctrina comúnmente denominada *constitutio causae* o *status causae*, entendida correctamente, según la feliz definición

15 Véase R. Martini, *Antica retorica*, cit., p. 76, p. 83 y ss. Para un examen exhaustivo de la reflexión romana sobre la interpretación del Derecho penal en esta perspectiva específica, véase, por todos, M. Scognamiglio, *Nullum crimen sine lege'. Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, Brunolibri Editore, Salerno, 2009, *praecipue* p. 74 ss.

de Remo Martini, como «el nudo de la controversia, el aspecto sobresaliente en torno al cual gira toda la cuestión y que surge de un enfrentamiento entre afirmaciones»,¹⁶ cuya división canónica prevé cuatro estados racionales (*coniectura, definitio, qualitas y translatio*) y cuatro jurídicos (*scriptum/voluntas, leges contrariae, ratiocinatio y ambiguitas*).

En particular, trataré de dialogar a distancia con mi querido Amigo y Colega Gerardo Lozano Alarcón sobre el tema de la hermenéutica de los contratos, proponiendo leer ciertos Principios Unidroit en el “prisma” del *status causae* jurídico que contrasta el sentido literal de lo escrito por las partes (*scriptum*) con su intención real (*voluntas*).

4.- Hermenéutica contractual e identificación de la intención común de las partes:

El capítulo cuarto de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales está dedicado, como es bien sabido, a la interpretación y se abre con dos artículos fundamentales:

Artículo 4.1

(Intención de las partes)

(1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.

(2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes.

16 Así, R. Martini, *Antica retorica*, cit., p. 44: «... il concetto di *status causae*, da intendersi, nonostante qualche discrepanza negli autori, come il nocciolo della controversia, l'aspetto saliente intorno a cui ruota tutta la questione e che nasce da una contrapposizione di affermazioni».

Artículo 4.2

(Interpretación de declaraciones y otros actos)

(1) *Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte, siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya podido ignorar.*

(2) *Si el párrafo precedente no es aplicable, tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte.*

En ambos artículos citados, el primer punto de referencia para la interpretación tanto del contrato como de la declaración negocial y los demás actos es la “intención” y sólo cuando ésta no pueda ser constatada parece que puede aplicarse el canon subsidiario del «significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable», que debe evaluarse a la luz del parámetro del *homo eiusdem conditionis ac professionis* es decir, el “hombre medio” situado en su esfera social y profesional en el momento en que se alcanzó el acuerdo.

Se trata, al fin y al cabo, de la misma elección realizada con respecto a la interpretación del contrato por los PECL¹⁷ y con respecto a las decla-

17 Artículo 5:101: Reglas generales de interpretación. (1) Los contratos se interpretarán conforme a la intención común de las partes, incluso cuando dicha interpretación no coincida con el tenor literal de las palabras utilizadas. (2) Si se demuestra que una parte buscó dar un sentido particular al contrato y que la otra parte no podía ignorar dicha intención en el momento de celebrarlo, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera. (3) Si la intención de las partes no pudiera juzgarse conforme a los apartados (1) y (2), el contrato se interpretará en el sentido que normalmente le daría toda persona razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas circunstancias [Trad. por el Profesor Dr. Fernando Martínez Sanz, representante español en la Comisión de Derecho europeo de los contratos]. Véase también DCFR, II.-8:101: Normas generales. (1) Los contratos se interpretarán de conformidad con la intención común

raciones y la conducta de cada parte por la Convención de Viena sobre Compraventa de 1980.¹⁸

El orden operativo adoptado para la formulación de estos dos artículos de los principios parece, por tanto, sugerir al intérprete una sucesión lógica a seguir, aunque no siempre sea fácil distinguir claramente, desde un punto de vista cronológico, los dos momentos (subjetivo y objetivo) tomados en consideración.¹⁹ Sólo cuando subsiste la duda, en efecto, el intérprete parece autorizado a recurrir al criterio de la “razonabilidad”

de las partes, incluso cuando ésta no coincida con el significado literal de las palabras utilizadas. (2) Si una parte quiso dar un sentido determinado al contrato o a una cláusula o término del mismo y en el momento de la celebración del acuerdo la otra parte conocía o es razonable suponer que conocía esta intención, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera. (3) El contrato se interpretará de la forma que normalmente lo haría una persona razonable: (a) si no se puede determinar la intención de las partes de acuerdo con lo dispuesto en los dos apartados anteriores; o (b) si la cuestión surge respecto a una persona que no es parte del contrato o que por ley no tiene mejor derecho que si lo fuera, y que razonablemente y de buena fe confió en el significado aparente del contrato [Trad. coordinada por Carmen Jerez Delgado].

18 Artículo 8: 1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. 2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. 3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

19 Cf. F. Carocchia, *L'interpretazione del contratto. Il modello dei Principi UNIDROIT per i contratti commerciali internazionali nel confronto con le esperienze nazionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 54 y ss.

para alcanzar el resultado perseguido: atribuir un sentido a un contrato que, de otro modo, carecería de él.

También la arquitectura normativa del Código Civil italiano de 1942,²⁰ aún vigente sobre el punto en su formulación original, prevé un primer “grupo” de disposiciones, constituido por los arts. 1362-1365, preordenado -mediante el uso de criterios diferentes y concurrentes- a la búsqueda de la “intención común” de las partes contratantes. Estas reglas se denominan mayoritariamente criterios de “interpretación subjetiva”, frente a los de “interpretación objetiva” (que podemos leer en el ‘paquete’ de los arts. 1367-1371 del Código Civil), cuya aplicación es «puramente eventual porque depende de la persistencia de un estado de incertidumbre que ha demostrado ser tal que da lugar a una situación de duda que de otro modo (si no es mediante la aplicación de tales normas) no puede superarse y es en ese sentido ejemplar».²¹ En la economía del presente estudio, no pretendo detenerme -sin embargo- sobre el principio general de equidad y buena fe consagrado en el art. 1366 del Código Civil, que prevé una prueba objetiva muy especial, ineludible y, por así decirlo, de “segundo nivel”, a la que someter «la operación, ya interpretada a la luz de los arts. 1362-1365 y, eventualmente, de alguno de los cánones de los arts. 1367-1371 y que salió indemne de la resolución

20 Sobre las razones por las que la autorreferencialidad de los Principios de UNIDROIT, prevista en el art. 1.6, no impide una comparación fructífera con las ideas ofrecidas por los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, véase *op. ult. cit.*, 14 y ss.

21 Así, L. Bigliazzi Geri, *L'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 125: «... puramente eventuale perché dipendente dal persistere di uno stato di incertezza rivelatosi tale da provocare una situazione di dubbio non altrimenti (se non tramite appunto l'applicazione di tali regole) superabile ed in tal senso esemplare».

sobre la validez *stricto iure*, así definida porque se realizó a la luz de normas formales de Derecho estricto ...».²²

Limitemos nuestro análisis a la disposición inicial del capítulo contractual dedicado a la interpretación del contrato:

Artículo 1362

(Intención de los contratantes)

Al interpretar el contrato hay que investigar cuál era la intención común de las partes y no limitarse al significado literal de las palabras.

Para determinar la intención común de las partes, debe evaluarse su conducta general incluso después de la celebración del contrato.

En esta perspectiva, “la intención común de las partes” es presentada por el legislador italiano no como un criterio hermenéutico, sino como el objeto mismo de la interpretación: puede derivarse del significado literal de las palabras, pero también de ulteriores “signos externos”, expresivos de la intención común, como el comportamiento (anterior, coetáneo o posterior) de las partes contratantes a que se refiere el párrafo segundo de la disposición examinada.

En el panorama italiano podemos registrar una actitud diametralmente opuesta de la jurisprudencia tradicional y de la doctrina mayoritaria. La orientación jurisprudencial surgida desde la aprobación del Código Civil de 1942 y consolidada en las cinco décadas siguientes reconoce una relación de subsidiariedad, no sólo entre todos los cánones de interpretación previstos en los arts. 1362-1371, sino también entre los previstos en los párrafos primero y segundo de la citada disposición inicial. A esta perspectiva del derecho de los tribunales se contrapone

22 *Op. ult. cit.*, p. 125 y s.: «il negozio, già interpretato alla stregua degli artt. 1362-1365 e, eventualmente, di uno o di altro dei canoni di cui agli artt. 1367-1371 ed uscito indenne dal giudizio di validità *stricto iure*, così definito perché condotto alla stregua di regole formali di stretto diritto ...».

la dogmática de quienes -desde distintas perspectivas- llegan a excluir cualquier gradación jerárquica,²³ al menos entre las normas del primer “grupo” (arts. 1362-1365), que estarían llamadas todas y en su conjunto a contribuir a la identificación de la “intención común de las partes”.

Sin embargo, existe una tendencia en la jurisprudencia reciente a superar el cuestionable recurso al ambiguo y contradictorio adagio *in claris non fit interpretatio* (“no se interpreta donde hay claridad”), por un lado, propugnando un nuevo principio jerárquico según el cual los criterios de interpretación subjetivos y globales prevalecen sobre los supletorios, a los que el juez no puede recurrir si los primeros son suficientes a los efectos de la decisión,²⁴ y, por otro, subrayando que «el sentido de las declaraciones negociales no es un *prius*, sino el resultado de un proceso interpretativo, que no puede detenerse en el reconocimiento del contenido literal de las palabras, sino que debe extenderse a la consideración de todos los demás elementos, textuales y extratextuales, indicados por el legislador, incluso cuando las expresiones parecen en sí mismas “claras” sin necesidad de ulteriores interpretaciones, ya que una expresión *prima facie* clara puede dejar de parecerlo cuando se vincula a otras expresiones contenidas en la misma declaración o puestas en relación con el comportamiento global de las partes».²⁵

23 Sobre este punto véase A. Scalisi, *La comune interpretazione dei contraenti. Dall'interpretazione letterale del contratto all'interpretazione secondo buona fede*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 5 y ss.

24 Véase Cass. civ., sec. I, 20 de octubre de 2021, n° 29250.

25 El texto original es el siguiente: «il significato delle dichiarazioni negoziali non è un *prius*, ma l'esito di un processo interpretativo, il quale non può arrestarsi alla ricognizione del tenore letterale delle parole, ma deve estendersi alla considerazione di tutti gli ulteriori elementi, testuali ed extratestuali, indicati dal legislatore, anche quando le espressioni appaiano di per sé “chiare” e non bisognose di approfondimenti interpretativi, dal momento che un'espressione *prima facie* chiara può non apparire più tale, se collegata ad altre espressioni contenute nella stessa dichiarazione o posta in relazione al comportamento complessivo delle parti». Véase Cass. civ., sec. III, 9

Estas orientaciones hacen, en mi opinión, más actual que nunca el redescubrimiento de los preceptos oratorios relativos a la oposición entre *scriptum* y *voluntas* y la profundización de los diferentes argumentos que pueden utilizarse en los lados opuestos de este *status* legal. Los diversos “tópicos” desarrollados al respecto pueden, en efecto, constituir una ayuda válida para el intérprete moderno y, ante todo, para el jurista alternativamente empeñado en sostener o refutar (en ambos casos, con razones) la suficiencia y la congruencia del “sentido literal de las palabras” empleadas en el texto del instrumento de negociación en discusión.

5.- En los orígenes de la dicotomía entre interpretación literal e interpretación lógica: el *status causae* legal *scriptum*/*voluntas*:

Tomando como referencia la fundamental *Institutio oratoria* de Marco Fabio Quintiliano, una *summa* manualística para la formación del retórico publicada a finales del siglo I d.C., podemos señalar que el *status* en cuestión se presenta como surgido, ante todo, del posible contraste entre la “letra” y el “espíritu” de la ley:

Quint. 7.6.1: «La cuestión de escrito y voluntad es debatida con gran frecuencia por los expertos en la materia, y gran parte de las controversias jurídicas se deriva de este punto. Por tanto, no debe sorprendernos que esto ocurra también en las escuelas, donde también se simulan estas cuestiones.» ...

[*Scripti et voluntatis frequentissima inter consultos quaestio est, et pars magna controversi iuris hinc pendet. Quo minus id accidere in scholis mirum est: ibi etiam ex industria fingitur. ...*]

de junio de 2005, nº 12120; sec. II, 10 de diciembre de 2008, nº 29029; sec. III, 15 de julio de 2016, nº 14432. En el mismo sentido, véase también la más reciente Cass. civ., sec. II, 15 de septiembre de 2022, nº 27186.

Del maestro español aprendemos que se trata de una cuestión discutida a menudo entre jurisconsultos, porque de ella dependen la mayoría de las disputas legales. No es de extrañar, por tanto, que también se debatiera en las escuelas de retórica, donde se realizaban simulacros específicos sobre el tema para formar a los futuros oradores en la argumentación.

Desde el punto de vista de Quintiliano, el contraste entre la “letra” y el “espíritu” de la ley puede surgir tanto cuando existe cierta oscuridad en la ley, como cuando el texto es claro. A la luz de lo anterior, es esto último lo que más nos interesa:

Quint. 7.6.4: ... «La segunda clase surge de la evidencia: y quienes sólo se ocuparon de ella, le dieron el nombre de estado de claridad e intención. En él, una parte insiste en lo que se escribió, la otra en la intención de quienes escribieron.»

[... *Alterum genus est ex manifesto: quod qui solum viderunt, hunc statum plani et voluntatis appellarunt. In hoc altera pars scripto nititur, altera voluntate.*]

Quintiliano nos informa de que quienes tomaban esto exclusivamente en consideración, lo llamaban “estado de claridad e intención”: en esto, una parte se apoya en la evidencia del tenor literal de un texto escrito, mientras que la otra en la voluntad que animaba al escritor.

Esta posible dicotomía también se examina en el actual Código Civil italiano, en las disposiciones preliminares sobre la ley en general:

Artículo 12

(Interpretación de la ley)

Al aplicar la ley, no puede atribuírsele otro significado que el que se desprende del sentido propio de las palabras según su conexión, y de la intención del legislador.

...

Los preceptos oratorios sugieren tres formas de refutar la interpretación literal de una ley. La primera es poner de relieve, con un ejemplo, que la letra de la ley no puede cumplirse en todos los casos:

Quint. 7.6.5: «Pero a la ley escrita se le pueden oponer tres maneras: la primera, evidente en sí misma, es mostrar que la norma no siempre se puede cumplir: “que los niños den de comer a sus padres o, si no, que los encadenen”; de hecho, no se encadenará a un bebé. De aquí se pasará a otros argumentos y, en particular, a la división: “¿se encadenará a quien no haya alimentado a sus padres? ¿Quizá éste?”»

[*Sed contra scriptum tribus generibus occurritur. Unum est in quo ipso patet semper id servari non posse: “liberi parentis alant aut vinciantur”: non enim alligabitur infans. Hinc erit ad alia transitus et divisio: “num quisquis non aluerit? num hic?”*]

Si una norma legislativa establece, por ejemplo, que los hijos deberán prestar alimentos a sus padres o ser encarcelados, se dirá, por ejemplo, que un niño no puede ser encarcelado por ese motivo, y este argumento puede utilizarse para refutar que todos los que incumplan el precepto deban ser sancionados.

Otras veces, sin embargo, la controversia no surge directamente del texto de la ley, sino de su aplicación práctica al caso concreto debatido:

Quint. 7.6.6-7: (6) «La segunda se plantea en el tipo de disputas en las que no es posible extraer argumentos de la ley concreta, sino que la cuestión se refiere únicamente al objeto de la litis. “El extranjero, si escala las murallas, puede ser castigado con la pena capital. Los enemigos escalaron las murallas y fueron rechazados por un extranjero: se solicita su ejecución.” (7) Aquí no habrá dos preguntas separadas, “si alguien, si este sujeto”, porque contra la ley escrita no se puede utilizar ningún argumento más eficaz que el que es objeto de la disputa, sino que sólo valdrá preguntarse si ningún extraño podrá escalar las murallas ni siquiera para salvar la ciudad.» ...

[(6) *Secundum tale genus controversiarum in quo nullum argumentum est quod ex lege ipsa peti possit, sed de eo tantum de quo lis est quaerendum est. “Peregrinus si murum escenderit capite puniatur. Cum hostes murum escendissent, peregrinus eos depulit: petitur ad supplicium”.* (7) *Non erunt hic separatae*

quaestiones: “an quisquís, an hic”, quia nullum potest adferri argumentum contra scriptum vehementius eo quod in lite est, sed hoc tantum, an ne servandae quidem civitatis causa. ...]

Si una norma prohíbe a los extranjeros escalar las murallas de la ciudad, ¿debe sancionarse también al extranjero que ha contravenido el precepto para repeler a los enemigos que han escalado la muralla, salvando así la ciudad? A diferencia del caso anterior, aquí no habrá que plantearse dos preguntas distintas:

“¿quizás todo extranjero que haya escalado las murallas de la ciudad sea ejecutado?” y “¿tal vez él?”

El propio hecho objeto de la controversia es el mejor argumento contra la letra del precepto, y el orador deberá combatirlo apelando a la equidad y al “espíritu” de la disposición legislativa en cuestión. También podrá invocar otros ejemplos del mismo tipo, siguiendo el ejemplo de la estrategia argumentativa adoptada por Marco Tulio Cicerón en su defensa de Aulo Caecina:

Quint. 7.6.7: ... «Por tanto, habrá que librar una batalla basada en la equidad y la intención del legislador. Sin embargo, puede ocurrir que citemos ejemplos de otras leyes, de los que se desprende que no siempre es posible observar el escrito, como hizo Cicerón en defensa de Cecina.»

[... *Ergo aequitate et voluntate pugnandum. Fieri tamen potest ut ex aliis legibus exempla ducamus, per quae appareat semper stari scripto non posse, ut Cicero pro Caecina fecit.*]

El tercer modo refutativo del *scriptum* puede ponerse en práctica cuando en las propias palabras de la ley encontramos un punto que nos permite demostrar que la intención del legislador era otra:

Quint. 7.6.8: «La tercera se produce cuando en las propias palabras de la ley encontramos algún elemento a través del cual podemos probar que el legislador tenía una intención diferente, como en esta disputa: “quien sea sorprendido con el hierro por la noche, que sea encarcelado; el magistrado hizo encadenar a un hombre al que se encontró en posesión de un anillo de hierro”. En este caso, dado que el término “sorprendido” se encuentra en la

ley, también parece bastante explícito que la disposición de la ley no se refiere a otra cosa que no sea el hierro dañino.»

[*Tertium cum in ipsis verbis legis reperimus aliquid per quod probemus aliud legum latorem voluisse, ut in hac controversia: “qui nocte cum ferro deprensus fuerit, alligetur: cum anulo ferreo inventum magistratus alligavit”; hic, quia est verbum in lege “deprensus”, satis etiam significatum videtur non contineri lege nisi noxium ferrum.*]

Quintiliano formula, a este respecto, una disputa a modo de ejemplo: «quien sea sorprendido con un el hierro por la noche, que sea encarcelado». Un hombre es sorprendido por la noche con un anillo de hierro y es encarcelado por el magistrado. El hecho de que la ley se refiera a una persona que es “sorprendida” (*deprensus*) deja bastante claro que el legislador pretendía referirse exclusivamente a un hierro capaz de herir a las personas.

El manual prosigue con una consideración interesante: mientras que quien pretenda aprovecharse del “espíritu” de la ley tendrá que infirmar su letra siempre que sea posible, no se exigirá lo mismo a quien desee proponer una interpretación literal. De hecho, este último puede justificadamente tratar de aprovecharse también de los argumentos voluntaristas:

Quint. 7.6.9: «Pero, al igual que quien se apoya en la intención del legislador tendrá que infirmar, tantas veces como pueda, el escrito, quien defiende el escrito también intentará ayudarse remitiéndose a la intención.»

[*Sed ut qui voluntate nitetur scriptum quotiens poterit infirmare debebit, ita qui scriptum tuebitur adiuvare se etiam voluntate temptabit. ...*]

Este es el momento en que el autor abandona las ejemplificaciones vinculadas al texto de una ley y desplaza su atención al contexto de la negociación, fijándose en las disposiciones testamentarias:

Quint. 7.6.9-10: (9) ... «En los testamentos, también puede ocurrir que la voluntad sea evidente sin que exista ningún escrito al respecto, como en la causa Curiana, en la que surgió la famosa disputa entre Lucio Craso y Sce-

vola. (10) El heredero sería sustituido en caso de que el hijo nacido a título póstumo falleciera antes de dejar la tutela. Como el niño no había nacido, los parientes más próximos reclamaban los bienes para sí.» ...

[(9) ... *In testamentis et illa accidunt, ut voluntas manifesta sit, scriptum nihil sit, ut in iudicio curiano, in quo nota L. Crassi et Scaevolae fuit contentio.*
(10) *Substitutus heres erat si postumus ante tutelae suae annos decessisset: non est natus: propinqui bona sibi vindicabant. ...]*

A este respecto, Quintiliano recuerda, en efecto, una famosa controversia, la llamada *causa Curiana*, citada varias veces por Cicerón a partir de *inv.* 2.122, en la que se habían enfrentado un famoso jurista, Q. Mucio Scevola, partidario de la interpretación literal, y un gran retórico, L. Licinio Craso, defensor de la voluntad espresa por el testador. Un padre de familia sin hijos había nombrado heredero en su testamento al niño cuyo nacimiento esperaba después de su propia muerte (*postumus*), previendo también la sustitución pupilar a favor de un heredero extraño en caso de fallecimiento del niño impúber y, por tanto, incapaz de otorgar testamento por estar aún bajo tutela. Sin embargo, el niño no había nacido y los familiares del testador reclamaron al sustituto los bienes de la herencia según las reglas de la sucesión legal. Si la cuestión se citaba como ejemplar para el debate en la época ciceroniana, a finales del siglo I d.C. ya no debería caber duda alguna de que la tesis voluntarista debía prevalecer en tales casos:

Quint. 7.6.10: «¿Quién podría dudar de que, en caso de que no naciera el hijo póstumo, la intención del testador era hacer heredero al sustituto en caso de fallecimiento?»

[*Quis dubitaret quin ea voluntas fuisset testantis ut is non nato filio heres esset qui mortuo? Sed hoc non scripserat.*]

Por tanto, incluso a falta de una disposición expresa en este sentido, ya no surgía duda de que, en caso de no nacer el hijo, la intención del testador era nombrar heredero a la misma persona que se beneficiaría de la sustitución pupilar.

El autor cuenta que también hubo recientemente un caso diametralmente opuesto en el que el texto escrito estaba en flagrante contradicción con las verdaderas intenciones del testador:

Quint. 7.6.11: «Recientemente se ha dado el caso contrario, es decir, que se había escrito algo que el testador evidentemente no había intencionado. Un hombre, que había dispuesto de un legado de cinco mil sestercios, modificó su testamento suprimiendo la palabra “sestercios” y añadiendo “libras de plata”, sin cambiar “cinco mil”. Sin embargo, era evidente que había querido que se entregaran “cinco libras” al legatario, ya que la cantidad de cinco mil era inaudita para un legado de plata.»

[*Id quoque quod huic contrarium est accidit nuper, ut esset scriptum quod apparet scriptorem noluisse. Qui sestertium nummum quinque milia legaverat, cum emendaret testamentum, sublatis sestertiis nummis “argenti pondo” posuit, “quinque milia” manserunt. Apparuit tamen “quinque pondo” dari voluisse, quia ille in argento legati modus et inauditus erat et incredibilis.*]

En su testamento, un hombre había dejado un legado de cinco mil sestercios y luego corrigió la disposición sustituyendo “sestercios” por “libras de plata”, pero dejando intactos “cinco mil”. Sin embargo, quedó claro que el testador había querido legar cinco libras de plata y no cinco mil, siendo este último legado inaudito e increíble.

Si Quintiliano se limita a ofrecer al lector los ejemplos que acabamos de ilustrar, en la tradición anterior también es posible encontrar una “tópica” precisa de argumentos en apoyo del *scriptum* y de la *voluntas*. Particularmente interesante, a este respecto, es la extensa lista de *loci* (“lugares”) argumentativos que puede leerse en un famoso tratado de oratoria del siglo I a.C. que ya hemos mencionado: la *Rhetorica ad Herennium*.²⁶ El texto es tan claro que hace superfluo cualquier comentario, por lo que me limito a reproducirlo en la traducción española de

26 Cf. R. MARTINI, *Antica retorica*, cit., p. 79 y ss.

Salvador Núñez,²⁷ comenzando por los lugares comunes que pueden emplearse útilmente a favor de la interpretación literal de un *scriptum*:

Rhet. ad Herenn. 2.13: «Cuando la intención del redactor parece estar en desacuerdo con las palabras del texto, si defendemos el texto escrito utilizaremos los lugares siguientes: después de la narración comenzaremos con un elogio del redactor; luego leeremos el texto y preguntaremos a nuestros adversarios si sabían que aquello estaba escrito en la ley, en el testamento, en el contrato o en el texto al que se refiere el asunto; después confrontmos lo que dice el texto con lo que nuestros adversarios afirman haber hecho y preguntaremos qué debe seguir el Juez, un documento cuidadosamente redactado o una interpretación inventada con habilidad. A continuación criticaremos y refutaremos la interpretación inventada que nuestros adversarios atribuyen al texto. Luego nos preguntaremos qué peligro habría si el legislador hubiera querido añadir eso al texto o si no habría podido ponerlo todo por escrito. Después explicaremos el significado del texto y diremos por qué el autor tenía en mente lo que había escrito; demostraremos que ese texto es claro, conciso, adecuado, completo y está redactado con una intención. Luego presentmos ejemplos de juicios que fueron juzgados de acuerdo con el texto escrito pese a que los adversarios apelaron a la interpretación e invocaron la intención del redactor. Después mostraremos los peligros que implica apartarse del texto. En este caso el lugar común va dirigido contra quien reconoce haber actuado contra los preceptos de una ley o las disposiciones de un testamento y aun así intenta justificar su acción».

[*Cum voluntas scriptoris cum scripto dissidere videbitur; si a scripto dicemus, his locis utemur: secundum narrationem primum scriptoris conlaudatio-ne, deinde scripti recitatione, deinde percontatione scirentne idonee adversarii id scriptum fuisse in lege aut testamento aut stipulatione aut quolibet scripto quod ad eam rem pertinebit; deinde conlatione quid scriptum sit, quid adversarii se fecisse dicant: quid iudicem sequi conveniat, utrum id quod diligenter perscriptum sit, an id quod acute sit excogitatum; deinde ea sententia quae ab adversariis sit excogitata et scripto adtributa contemnetur et infirmabitur. Deinde quaeretur quid periculi fuerit si id voluisset adscribere, aut num non potuerit perscribi. Deinde a nobis sententia reperietur et causa proferetur quare*

27 *Retórica a Herenio*, introducción, traducción y notas de S. Núñez, Editorial Gredos, Madrid, 1997, p. 124 y ss.

id scriptor senserit quod scripserit; et demonstrabitur scriptum illud esse dilucide, breviter, commode, perfecte, cum ratione certa. Deinde exempla proferentur quae res, cum ab adversariis sententia et voluntas adferretur, ab scripto potius iudicatae sint. Deinde ostendetur quam periculosum sit ab scripto recedere. Locus communis est contra eum qui, cum fateatur se contra quod legibus sanctum aut testamento perscriptum sit fecisse, tamen facti quaerat defensionem].

Sigue, inmediatamente después, la enumeración paralela de los “τὸποι” (τῶποι) prescindibles para sostener la *voluntas*:

Rhet. ad Herenn. 2.14: «En defensa de la interpretación hablaremos del siguiente modo: comenzaremos por elogiar la propiedad y concisión del redactor, que escribió sólo lo necesario y consideró innecesario poner por escrito lo que podía ser comprendido sin especificarlo. Después diremos que limitarse a las palabras y a la letra y olvidar la intención es propio de leguleyos. Añadiremos que lo que está escrito es irrealizable o va contra la ley, las costumbres, la naturaleza y la equidad y que nadie pretenderá que el redactor no quiso que se cumpliera la ley en todo ello de la manera más estricta posible; por el contrario, nuestros actos son conformes a derecho. Luego mostraremos que la interpretación contraria no tiene sentido, o que es absurda, injusta, o irrealizable, o que no concuerda con las interpretaciones formuladas antes o después de ella, o que se opone al derecho común, a otras leyes generales o a otras sentencias anteriores. Después enumeraremos ejemplos de casos fallados a favor de la interpretación, en contra del sentido literal; recordaremos leyes y contratos redactados con concisión en los que se vea claramente la intención de sus redactores. El lugar común es el que se emplea contra la persona que lee un texto sin interpretar la intención del redactor».

[Ab sententia sic dicemus: primum laudabimus scriptoris commoditatem atque brevitatem, quod tantum scripserit quod necesse fuerit; illud quod sine scripto intellegi potuerit non necessario scribendum putarit. Deinde dicemus calumniatoris esse officium verba et litteras sequi, negligere voluntatem. Deinde id quod scriptum sit aut non posse fieri aut non lege, non more, non natura, non aequo et bono posse fieri, quae omnia noluisse scriptorem quam rectissime fieri nemo dicet; at ea quae a nobis facta sint iustissime facta. Deinde contrariam sententiam aut nullam esse aut stultam aut iniustam aut non posse fieri aut non constare cum superioribus et inferioribus sententiis aut cum iure communi aut cum aliis legibus communibus aut cum rebus iudicatis dissentire. Deinde exemplorum a voluntate et contra scriptum iudicatum enumerationem]

ne, deinde legum aut stipulationum breviter exscriptarum in quibus intellegatur scriptorum voluntas et recitatione utemur et expositione. Locus communis contra eum qui scriptum recitet et scriptoris voluntatem non interpretetur].

Me parece sumamente significativo que gran parte de este patrimonio argumentativo y ejemplar, procedente de una tradición secular, pueda seguir siendo utilizado en litigios judiciales y extrajudiciales por los abogados italianos y transnacionales de hoy.

6.- Breves observaciones finales:

El artículo 43 de la Ley profesional forense italiana (Ley 247, de 31 de diciembre de 2012), en su párrafo primero, dispone que: «El aprendizaje, además de las prácticas realizadas en un despacho profesional, consiste también en la asistencia obligatoria y fructífera, durante un período no inferior a dieciocho meses, a cursos de formación con orientación profesional impartidos por órdenes y asociaciones forenses, así como por otras entidades previstas por la ley». El Reglamento de desarrollo de estas Scuole Forensi -aprobado por Decreto nº 17 del Ministerio de Justicia, de 9 de febrero de 2018- establece, en su artículo 3.2.f), que los aspirantes a abogados deberán profundizar -entre otras disciplinas- en el ámbito de la “teoría y práctica del lenguaje jurídico” y de la “argumentación forense”. A ello hay que añadir que el Decreto del Ministerio de Justicia de 2 de agosto de 2023, por el que se publicó la convocatoria del examen de habilitación para el ejercicio de la abogacía para el año 2023, al definir el temario del examen oral, dispuso expresamente -en el art. 2.7- que se valoraría la “capacidad argumentativa” del candidato y que, para la corrección de las pruebas escritas, la Commissione Esaminatrice Centrale (Junta Examinadora Central), en su verbale nº 2 de 28 de noviembre de 2023, señaló como criterio de valoración independiente la «demostración del dominio de las técnicas persuasivas.»

En mi opinión, se trata, también a la luz de lo que acabamos de exponer respecto de *loci* (“lugares”) y *exempla* (“ejemplos”) alternativamente prescindibles en favor de hermenéuticas negociales literal o lógica, de

una significativa invitación a redescubrir la retórica como *ars* al servicio de los operadores jurídicos prácticos.

Bibliografía:

- Bigliazzi Geri, L., *L'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1994.
- Calboli, G., 'Cornifici seu incerti auctoris >Rhetorica ad C. Herennium<', I, *Prolegómenos*, edición, traducción, comentario y léxico, De Gruyter, Berlin-Boston, 2020.
- Caroccia, F., *L'interpretazione del contratto. Il modello dei Principi UNIDROIT per i contratti commerciali internazionali nel confronto con le esperienze nazionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.
- Cerami, P., "Honeste et libere defendere": i canoni della deontologia forense secondo Marco Tullio Cicerone, in *Iura*, 49, 1998 [publ. 2002], = en *Le radici storiche: 'ars rethorica' ed esperienza forense ciceroniana*, in Cerami, P., Di Chiara, G., Miceli, M., *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Giappichelli, Torino, 2003.
- Cossa, G., *Reflexiones sobre la distinción entre pruebas "técnicas" y "atécnicas" en Grecia y Roma*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 83, 2017.
- Martini, R., *Antica retorica giudiziaria. (Gli 'status causae')*, en *Studi Senesi*, 116, 2004 = en *Diritto@Storia*, 3, 2004.
- Mortara Garavelli, B., *Manuale di retorica*, Bompiani, Firenze-Milano, 2018.
- Padovani, T., *Diritto penale*¹⁰, Giuffrè, Milano, 2012.
- Scalisi, A., *La comune interpretazione dei contraenti. Dall'interpretazione letterale del contratto all'interpretazione secondo buona fede*, Giuffrè, Milano, 2003.
- Scognamiglio, M., 'Nullum crimen sine lege'. *Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, Brunolibri Editore, Salerno, 2009.
- Stolfi, E., *Gli attrezzi del giurista. Introduzione a las prácticas discursivas del derecho*, Giappichelli, Torino, 2018.
- Stroux, J., "Summum ius, summa iniuria". Ein Kapitel aus der Geschichte der "Interpretatio iuris", en *Festschrift Paul Speiser-Sarasin zum 80. Geburtstag am 16. Oktober 1926*, Basler Druck & Verlags-Anstalt, Basilea, 1926.

- Venturini, C., *Difesa e legge: un rapporto non pacifico*, en *Studi per Giovanni Nicosia*, VIII, Giuffrè, Milano, 2007 = en *Scritti di diritto penale romano*, Procchi, F., Terreni, C. (a cura di), II, Wolters Kluwer, CEDAM, Padova, 2015.
- Venturini, C., *L'argomentazione giuridica: dalla retorica classica alla moderna argomentazione*, en *L'argomentazione e il metodo della difesa*, Mariani Marini, A., Procchi, F. (a cura di), Pacini Editore, Pisa, 2013 = en Id., *Scritti di diritto penale romano*, Procchi, F., Terreni, C. (a cura di), II, Wolters Kluwer, CEDAM, Padova, 2015.

Principios UNIDROIT: una alternativa para los profesionales del derecho contractual.

Por: Gerardo Lozano Alarcón¹

Escuela Libre de Derecho

Resumen: *El presente artículo contiene un breve estudio sobre derecho contractual a la luz de las disposiciones aplicables de la legislación mercantil mexicana y de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios). Sin pretender hacer una comparación exhaustiva entre ambos ordenamientos jurídicos, buscamos identificar diferencias y similitudes entre algunas de las figuras reguladas en los Principios que consideramos más relevantes.*

Palabras Clave: *contrato; derecho comparado; derecho mercantil; Principios UNIDROIT; interpretación.*

Riassunto: *Questo articolo contiene un breve studio in materia di diritto contrattuale alla luce delle disposizioni applicabili del diritto commerciale messicano e dei Principi*

- 1 El Lic. Lozano es Profesor de Derecho Mercantil, Contratos Internacionales y Arbitraje, Miembro de la Junta de Posgrado y Coordinador de la Especialidad de Derecho Mercantil de la Escuela Libre de Derecho (ELD). Asimismo, es Profesor de Derecho Marítimo del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Además, tiene amplia experiencia en arbitraje internacional y ha sido abogado de parte o actuado como árbitro en más de 60 arbitrajes en una gama muy variada de sectores e industrias, administrados bajo las reglas de arbitraje de: CCI, CANACO, CAM, ICDR, LCIA, UNCITRAL, HKIAC, la *Society of Maritime Arbitrators* ("SMA") y CIADI, relacionadas con disputas de inversión en el marco del TLCAN. El presente artículo contó con la colaboración del Lic. Carlos E. Guerrero Alarcón, quien es Licenciado en derecho por el ITAM y, al momento de contribuir en el presente, realizó su LL.M. en Harvard Law School; el Lic. Guerrero se especializa en arbitraje internacional, derecho energético y construcción.

UNIDROIT in materia di contratti commerciali internazionali (Principi). Senza pretesa di effettuare un confronto esaustivo tra i due ordinamenti giuridici, con il presente contributo ci si propone di individuare le differenze e le analogie tra alcuni degli istituti disciplinati nei Principi ritenuti più rilevanti.

Parole Chiave: contratto; diritto comparato; diritto commerciale; Principi UNIDROIT; interpretazione.

Abstract: *This article contains a brief study on contract law in light of the applicable provisions of Mexican commercial law and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (Principles). Without intending to undertake an exhaustive comparison between both legal systems, we seek to identify differences and similarities between some of the institutions regulated in the Principles that we consider most relevant.*

Keywords: contract; comparative law; commercial law; UNIDROIT Principles; interpretation.

Sumario: 1.- Introducción; 1.1.- Los Principios de UNIDROIT; 1.2.- El derecho mercantil mexicano; 1.3.- Naturaleza de los Principios en el derecho mexicano. 2.- Disposiciones y figuras objeto del presente estudio; 2.1.- Disposiciones generales; 2.2.- Negociaciones de mala fe; 2.3.- Cláusulas de integración; 2.4.- Cláusulas sorpresivas; 2.5.- Remedios por incumplimiento; 2.6.- Excesiva desproporción; 2.7.- Intención de las partes en la interpretación contractual; 2.8.- Interpretación contra proferentem; 2.9.- Obligación de cooperación entre las partes; 2.10.- Obligación de emplear los mejores esfuerzos; 2.11.- Excesiva onerosidad (hardship). 3.- Conclusiones.

1. Introducción:

En la práctica del derecho contractual mexicano que involucra a partes extranjeras, nos enfrentamos a la creciente “importación” de contratos y cláusulas utilizados en transacciones internacionales que, inevitablemente, introducen conceptos y figuras propias de otros sistemas jurídicos (generalmente del derecho estadounidense)². En consecuencia, los tribunales judiciales y arbitrales se enfrentan al reto de

2 Véase Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, 16ta. ed., Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2015, p. 3.

aplicar estas figuras en diversas controversias, sin una regulación clara (o, a veces, inexistente) en el derecho nacional.

A la luz de la problemática descrita, consideramos que el uso de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios o Principios UNIDROIT)³ como complemento del derecho aplicable a los contratos internacionales, podría facilitar la resolución de las disputas que se presenten. Sin duda, el desconocimiento de los Principios desincentiva su uso en la práctica; sin embargo, confiamos en que la claridad de éstos y las ventajas que ofrecen facilitarán su adopción en los contratos internacionales.

En ese contexto, el presente artículo contiene un breve estudio sobre derecho contractual a la luz de las disposiciones aplicables de la legislación mercantil mexicana y de los Principios. Sin pretender hacer una comparación exhaustiva entre ambos ordenamientos jurídicos, buscamos identificar diferencias y similitudes entre algunas de las figuras reguladas en los Principios que consideramos más relevantes. A continuación, expondremos brevemente las principales características de los Principios, el derecho mercantil mexicano y la relación entre ambos.

1.1. Los principios de Unidroit:

Los Principios constituyen uno de los esfuerzos más importantes para uniformar el derecho aplicable a los contratos comerciales inter-

3 Elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), el cual es una Organización intergubernamental independiente con sede en Roma, cuyo objetivo es estudiar las necesidades y los métodos de modernización, armonización y coordinación del Derecho privado y, en particular, del Derecho mercantil. UNIDROIT, Overview disponible en: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview/> (Consulta de 1 de abril de 2024); traducción propia.

nacionales⁴. En efecto, “[e]l objetivo de los Principios de UNIDROIT es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo independientemente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que vengan aplicados”⁵. Es decir, dichos Principios constituyen “un código general aplicable a todos los contratos mercantiles internacionales”⁶ o “una recopilación de normas legales, más o menos generales, para aplicarse en los contratos internacionales, cuando así lo convienen las partes”⁷.

Llama la atención que, a pesar de la similitud que los Principios tienen con los esfuerzos codificadores de las tradiciones francesa y alemana del llamado *civil law*, éstos constituyen más bien un “*un ‘restatement’ internacional de los principios generales del derecho de los contratos*”⁸. Al respecto, como señala la Dra. Perales Viscasillas, “*los Principios de UNIDROIT, por su forma de presentación, finalidad y contenido, recuerdan más a los Restaments of Contracts de los Estados Unidos (incluso al propio Uniform Commercial Code ‘UCC’) que a los códigos del sistema de civil law, excepto por lo que se refiere a su redacción*”, que es más similar a la de dichos códigos⁹.

Los Principios se componen por 211 artículos divididos en 11 Capítulos¹⁰; asimismo, los Principios incluyen un Preámbulo en el que “se especifican [sus] propósitos” y “se delimita claramente su ámbito de apli-

4 Perales Viscasillas, Pilar, *Derecho Comercial Internacional*, Bogotá, Editorial Temis, 2014 (Tomo I, Contratación Internacional), p. 237.

5 El texto hoy vigente de los Principios UNIDROIT, incluyendo el comentario a los mismos, está disponible en: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf> (Consulta de 1 de abril de 2024). *Idem.*, p. xxxi.

6 Perales Viscasillas, *op. cit.* nota 4, p. 241.

7 Arce Gargollo, *op. cit.* nota 2, p. 57.

8 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. xxx.

9 Perales Viscasillas, *op. cit.* nota 4, p. 242.

10 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. viii.

cación”¹¹. Cabe señalar que, al igual que los *restatements* estadounidenses, los Principios se acompañan de “*un comentario que, si bien no es vinculante, es de gran ayuda para clarificar la intención de los redactores*”¹²; a lo largo del presente, constantemente haremos referencia a dichos comentarios.

Ahora bien, por lo que respecta a su presentación, “*los Principios de UNIDROIT tratan de evitar el uso de una terminología propia de un sistema jurídico determinado*” y “*los comentarios que acompañan cada disposición se abstienen sistemáticamente de hacer referencia a los derechos nacionales para explicar el origen y el motivo de la solución acogida*”¹³. En relación con su finalidad, como hemos señalado “[l]os Principios reflejan conceptos que se encuentran en numerosos sistemas jurídicos” y “*están destinados a ofrecer un sistema de reglas especialmente concebidas en función de las exigencias de los contratos comerciales internacionales*”¹⁴.

Por lo que se refiere a su contenido, como señalamos anteriormente, los Principios buscan “*establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo independientemente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que vengan aplicados*”¹⁵. En ese contexto, “*los Principios tratan de asegurar la equidad en las relaciones comerciales internacionales estableciendo el deber de las partes de actuar según la buena fe e imponiendo, en ciertos casos específicos, criterios de comportamiento razonable*”¹⁶.

11 Perales Viscasillas, *op. cit.* nota 4, p. 241.

12 *Ibidem*, p. 243; *cf.* Arce Gargollo, *op. cit.* nota 2, p. 57.

13 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. xxxi.

14 *Ibidem*, p. xxxi. Los Principios fueron inicialmente publicados en 1994 y han sido publicados en otras tres ediciones, publicadas en 2004, 2010 y 2016, respectivamente. *Ibidem*, pp. xxiv, xvi y vii.

15 *Ibidem*, p. xxxi.

16 *Ibidem*, p. xxxi.

El Preámbulo de los Principios establece su ámbito de aplicación¹⁷. Específicamente, en su primer párrafo, el Preámbulo establece que dichos Principios “*establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales*”. Al respecto, el comentario aclara lo siguiente:

- a) Por un lado, el concepto de “internacionalidad” de los contratos “*debe ser interpretado en el sentido más amplio posible*”, para que sólo queden excluidos los contratos que “*carezcan de todo elemento de internacionalidad*”¹⁸; sin embargo, los particulares pueden también “*aplicarlos a contratos estrictamente internos o nacionales*”¹⁹.
- b) Por otro lado, la restricción del ámbito de aplicación de los Principios a los contratos “mercantiles” busca excluir las llamadas “*operaciones de consumo*”, mismas que suelen estar reguladas por normas especiales, usualmente imperativas²⁰.

Ahora bien, el Preámbulo de los Principios prevé los supuestos en los que estos resultan aplicables:

- a) En primer lugar, los Principios *deberán* aplicarse “*cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos*”. Las partes pueden prever los Principios como el único derecho aplicable, o bien junto con un derecho nacional que regule aspectos que no son cubiertos por los primeros²¹.

17 Véase Arce Gargollo, *op. cit.* nota 2, p. 57; y Perales Viscasillas, *op. cit.* nota 4, p. 246.

18 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 2.

19 *Ibidem*, p. 3.

20 *Ibidem*, p. 2.; *cfr.* Arce Gargollo, *op. cit.* nota 2, p. 58. Para un análisis de las disposiciones legales en materia de protección al consumidor en México, véase Arce Gargollo, *op. cit.* nota 2, pp. 93 *et. seq.*

21 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 3. Respecto al segundo supuesto, el comentario aconseja “*combinar esta cláusula de derecho aplicable con un acuerdo de arbitraje*”. *Ibidem*, p. 4.

- b) En segundo lugar, los Principios *pueden* aplicarse cuando las partes “*hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la ‘lex mercatoria’ o expresiones semejantes*”, o cuando “*no ha[ya]n escogido el derecho aplicable al contrato*”²².
- c) En tercer lugar, los Principios *pueden* ser utilizados para interpretar o complementar tanto “*instrumentos internacionales de derecho uniforme*”, como el “*derecho nacional*”²³.
- d) Por último, los Principios *pueden* servir como “*modelo para los legisladores nacionales e internacionales*”²⁴.

Adicionalmente, los Principios pueden “*ser utilizados como una guía para redactar contratos*”, ya que su lenguaje neutral y su disponibilidad en varios idiomas podría facilitar la comprensión de las cláusulas de dicho contrato por todas las partes involucradas²⁵.

1.2. El Derecho Mercantil Mexicano:

En México, el derecho mercantil regula los “actos de comercio”²⁶. Dichos actos “*pueden hacerse por una persona que no sea comerciante y el derecho lo regula sin consideración a la persona de su autor*”²⁷. Asimismo,

22 Respecto a la selección de la *lex mercatoria* como derecho aplicable a un contrato, debido a su “*extrema vaguedad*”, para precisar su contenido el comentario sugiere “*recurrir a un conjunto de normas sistemáticas y bien definidas como las que componen los Principios*”. *Ibidem*, pp. 4-5.

23 *Ibidem*, p. 6.

24 Al respecto, los Principios podrían resultar útiles para países que busquen modernizar su legislación contractual o ajustarla a los estándares internacionales vigentes. Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, pp. 6-7.

25 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 7.

26 Vázquez del Mercado, Oscar, *Contratos mercantiles*, 16ta. ed., Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2019, p. 24.

27 *Ibidem*, p. 25.

se ha sostenido que la “*mercantilidad*” de un acto se determina en función de la existencia de un sujeto empresario, de que la cosa-objeto del contrato sea de naturaleza mercantil (como, por ejemplo, un título de crédito) o del fin de lucro que anima a la operación²⁸.

En ese contexto, el derecho mercantil puede conceptualizarse como “*el conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas que se dan en el comercio, esto es, en la actividad de producción y distribución o circulación de bienes*”, sean o no realizadas exclusivamente por comerciantes²⁹. El derecho mercantil comprende materias tan diversas como el derecho marítimo y aeronáutico, el contrato de seguro, la actividad bancaria y financiera, las sociedades mercantiles y muchas otras³⁰.

En relación con las fuentes del derecho mercantil en México, la doctrina señala como fuentes formales a las leyes y a los usos mercantiles. Aunque existe un debate en torno al reconocimiento de la jurisprudencia como tal, ésta constituye un “*instrumento necesario excelente para el conocimiento del derecho*” ya que en ella se “*interpreta y aplica el derecho vigente*”³¹. A continuación, analizaremos brevemente cada una de ellas:

- a) Debido a nuestra tradición civilista, la doctrina reconoce que “[l]a ley es la fuente formal por excelencia”³². En México, la legislación en materia comercial le compete al Congreso de la Unión, por lo que es de carácter federal³³. En ese sentido, la prin-

28 Arce Gargollo, *op. cit.* nota 2, p. 34.

29 Vázquez del Mercado, *op. cit.* nota 26, pp. 26 y 34.

30 Arce Gargollo, *op. cit.* nota 2, p. 1.

31 Vázquez del Mercado, *op. cit.* nota 26, p. 35.

32 *Ibidem*, p. 36. En contraste con el sistema del *common law* anglosajón, en el que los precedentes dictados por los jueces constituyen la principal fuente del derecho.

33 Así se deriva del artículo 73 fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [texto vigente]. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> (Consulta de 8 de abril de 2024).

cial fuente del derecho en México es el Código de Comercio (CCom)³⁴, mismo que se complementa por diversas leyes³⁵.

- b) Conforme al artículo 1º del CCom, “[l]os actos comerciales sólo se registrarán por lo dispuesto en este Código y las demás leyes mercantiles aplicables”³⁶; el artículo 75 de dicho Código establece una lista no exhaustiva de conductas que “[l]a ley reputa actos de comercio”³⁷. Asimismo, en su artículo 4º, el CCom ubica dentro del ámbito de aplicación del derecho mercantil “a cualquier persona, por la sola ejecución de operaciones de comercio”³⁸. Cabe señalar que, en el derecho mercantil mexicano, resulta aplicable supletoriamente el derecho civil³⁹.
- c) A los usos mercantiles “se les considera de modo general, como fuente supletoria del Derecho Mercantil, ya que sirven como fuente

34 Mismo que fue adoptado por México en 1889 y que, por lo mismo, es el código más antiguo todavía vigente, pero que ha sido reformado en 56 ocasiones. Arce Gargollo, *op. cit.* nota 2, p. 2. Código de Comercio [texto vigente]. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccom.htm> (Consulta de 8 de abril de 2024).

35 Como la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM), la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC) o la Ley de Concursos Mercantiles (LCM), entre muchas otras. Vázquez del Mercado, *op. cit.* nota 26, p. 36; Arce Gargollo, *op. cit.* nota 2, p. 2.

36 Código de Comercio, *op. cit.* nota 34.

37 Vázquez del Mercado, *op. cit.* nota 26, p. 31. Código de Comercio, *op. cit.* nota 34.

38 Vázquez del Mercado, *op. cit.* nota 26, p. 31, 2019. Código de Comercio, *op. cit.* nota 34.

39 Así lo establecen los artículos 2º, 81 y 1054 del CCom. Código de Comercio, *op. cit.* nota 34. Véase Arce Gargollo, *op. cit.* nota 2, p. 27. Como se verá a lo largo del presente estudio, las disposiciones civiles en materia de derecho de obligaciones (y su interpretación por los jueces) juega(n) un papel crucial en la práctica del derecho mercantil en México. Véase Vázquez del Mercado, *op. cit.* nota 26, p. 39.

*subsidiaria de las leyes mercantiles, toda vez que suplen el silencio de la ley y de los contratos*⁴⁰. En ese contexto, la “*práctica uniforme y de duración continuada*” les da un carácter legalmente vinculante, aunque no pueden ir en contra de las leyes o principios de orden público aplicables⁴¹.

- (a) Por último, la jurisprudencia es “*el resultado de la interpretación de la ley al dictar los jueces sus resoluciones*”⁴². En México, ésta adquiere un carácter vinculante para los jueces de una jerarquía inferior a aquellos que la dicten “*por precedentes obligatorios, por reiteración y por contradicción*”⁴³. La jurisprudencia juega un papel crucial en el derecho mexicano, ya que ésta permite que el derecho se actualice ante el dinamismo de la actividad comercial, y la aclaración o reconocimiento de ciertas figuras del derecho en la práctica judicial mexicana.

En el derecho mexicano, por regla general, los contratos se rigen por el derecho civil que le es aplicable, mismo que es de carácter local; en ese contexto, “[l]as consecuencias de calificar a un contrato de mercantil, y no de civil, traerá como principales efectos: la aplicación del derecho sus-

40 Vázquez del Mercado, *op. cit.* nota 26, p. 31.

41 *Ibidem*, p. 38.

42 *Ibidem*, p. 39.

43 Art. 215 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [texto vigente]. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf> (Consulta de 8 de abril de 2024). Resulta relevante que, desde la introducción de los precedentes obligatorios con la reforma la Ley de Amparo del 7 de junio de 2021, “*el tribunal obligado a observar el precedente debe[rá] analizar si la ratio decidendi aplica en cada caso concreto*”. Tesis con registro digital 2024187, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

tantivo mercantil y las normas adjetivas, especialmente, las vías procesales en caso de litigio"⁴⁴.

1.3. Naturaleza de los Principios en el Derecho Mexicano:

En relación con la naturaleza de los Principios en el derecho mexicano, Arce Gargollo (citando a Abascal Zamora) señala que un juez o árbitro, al evaluar los Principios a la luz de una cláusula contractual, los podría considerar (i) *"un código de normas legales aplicables al contrato"* o (ii) *"un clausulado que se incorporó, por referencia, al contrato"*⁴⁵.

En ese contexto, ya que los Principios son principalmente un instrumento de *soft law*, es decir, *"una compilación normativa a la que las partes pueden o no acogerse voluntariamente"*, el autor en cita sostiene que *"su naturaleza tiene más bien carácter contractual"*⁴⁶. Por lo anterior, señala dicho autor, *"[l]os Principios deben ser considerados, en su aplicación judicial o arbitral, como cláusulas de un contrato, es decir, formando parte del acuerdo (sic)"*⁴⁷. El autor busca fundamentar dicha postura en que *"los Principios de UNIDROIT no derivan de una Convención internacional y, por tanto, no son Derecho vigente para México u otros países; ni estamos en presencia de una ley modelo"*⁴⁸.

Por nuestra parte, respetuosamente diferimos con dicha postura: consideramos que los Principios UNIDROIT han logrado no sólo enunciar *"un sistema de reglas especialmente concebidas en función de las exigencias de los contratos comerciales internacionales"*⁴⁹, sino que efectivamente constituyen un cuerpo normativo que puede ser considerado

44 Arce Gargollo, *op. cit.* nota 2, p. 34.

45 *Ibidem*, p. 59.

46 *Idem*.

47 *Idem*.

48 *Idem*.

49 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. xxxi.

por un tribunal arbitral “como un código de normas legales aplicables al contrato” y no meramente como “un clausulado que se incorporó, por referencia, al contrato”⁵⁰.

En ese contexto, coincidimos con el comentario de los Principios en el sentido de que “las partes quedan en libertad para elegir los Principios como el derecho aplicable conforme al cual los árbitros deben resolver las controversias” y, por lo tanto, “los Principios se aplicarán con exclusión a cualquier otra legislación nacional, con excepción de las normas nacionales de carácter imperativo que sean aplicables al contrato”⁵¹.

2. Disposiciones y figuras objeto del presente estudio:

Ya que hemos señalado brevemente las principales características de los Principios, el derecho mercantil mexicano y la relación entre ambos, a continuación, analizaremos algunas diferencias y similitudes entre algunas de las figuras reguladas en ambos ordenamientos; insistimos en que el presente estudio no pretende ser en manera alguna un análisis comparativo exhaustivo entre la regulación de las diversas figuras previstas en los Principios y el derecho mexicano, sino que buscamos meramente exponer algunos ejemplos que consideramos de especial interés en la práctica de los abogados mexicanos.

2.1. Disposiciones generales:

En el Capítulo 1 de los Principios, se enuncian los estándares rectores de sus disposiciones y, por ende, de los contratos a los que le sean apli-

50 Arce Gargollo, *op. cit.* nota 2, p. 59.

51 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 4. Dicho cuerpo normativo internacional se ve reflejado en la “casuística y bibliografía de la base de datos UNILEX”. UNIDROIT, UNILEX, disponible en: <https://www.unilex.info/instrument/principles> (Consulta de 1 de abril de 2024).

cables. En México, los principios rectores de los contratos mercantiles están previstos en las diversas leyes aplicables, como el CCom y el Código Civil Federal (CCF)⁵², y su interpretación y aplicación por los jueces conforme a la jurisprudencia existente.

Por un lado, el principal objetivo del Capítulo 1 de los Principios es la de aplicarse al resto de los capítulos de dicho cuerpo normativo⁵³; en ese contexto, “[l]as disposiciones generales tienen como objeto reconocer una serie de principios generales comunes, ampliamente reconocidos en la contratación internacional”⁵⁴. Por considerarlos de especial interés para nuestros lectores, limitaremos nuestro análisis a los artículos 1.2, 1.4, 1.6, 1.7, 1.8 y 1.9⁵⁵:

Por otro lado, en el derecho mercantil mexicano (al cual, como señalamos, le resulta aplicable el derecho civil de manera supletoria), los principios generales⁵⁶ de los contratos reconocidos por la doctrina y

52 Código Civil Federal [texto vigente]. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CCF.pdf> (Consulta de 8 de abril de 2024).

53 Perales Viscasillas, *op. cit.* nota 4, p. 289.

54 *Ibidem*, p. 290.

55 Sin embargo, por su relevancia, señalamos el contenido de algunas otras disposiciones del Capítulo 1 de los Principios UNIDROIT: (i) artículo 1.1, conforme al cual “[l]as partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido”; (ii) artículo 1.3, en el que se prevé que “[t]odo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes” y que “[s]ólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios”; (iii) artículo 1.5, el cual establece que “[l]as partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente”.

56 El artículo 14° de la CPEUM, en su cuarto párrafo, prevé que “[e]n los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”, lo cual se ve reflejado en el artículo 19 del CCF. Véase Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 21ra. ed., Ciudad de México,

la práctica judicial son los siguientes: (a) autonomía de la voluntad⁵⁷; (b) obligatoriedad⁵⁸; (c) intangibilidad⁵⁹; (d) relatividad⁶⁰; (e) oponibilidad⁶¹; y (f) buena fe⁶². Cabe señalar que dichos principios se encuentran regulados en diversos cuerpos normativos; asimismo, en el caso de los contratos mercantiles, se deben tener en cuenta las particularidades de dicha materia⁶³.

A. Libertad de forma:

Por un lado, el artículo 1.2 de los Principios dispone que “[n]ada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o

Editorial Porrúa, 2016, pp. 60-62. Código Civil Federal, *op. cit.* nota 52. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos *op. cit.* nota 33.

57 Véase artículos 6º y 7º del CCF. Código Civil Federal, *op. cit.* nota 52. Véase también Rico Álvarez, Fausto *et al*, *Tratado teórico-práctico de derecho de obligaciones*, 2da. ed., Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2020, p. 250; Borja Soriano, *op. cit.* nota 56, pp. 122-123.

58 Véase artículo 1796 del CCF. Código Civil Federal, *op. cit.* nota 52. Véase también Rico Álvarez, *op. cit.* nota 57, p. 256; y Borja Soriano, *op. cit.* nota 56, p. 277.

59 Véase artículo 1797 del CCF. Código Civil Federal, *op. cit.* nota 52. Rico Álvarez, *op. cit.* nota 57, pp. 256 y 260.

60 Rico Álvarez, *op. cit.* nota 57, p. 262; y Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 6ta. ed., Ciudad de México, Oxford University Press, 2010, p. 167.

61 Rico Álvarez, *op. cit.* nota 57, p. 264; Bejarano Sánchez, *op. cit.* nota 60, p. 177.

62 Véase artículos 1796 y 1815 del CCF. Código Civil Federal, *op. cit.* nota 52. Véase también, Bejarano Sánchez, *op. cit.* nota 60, pp. 172-173; Borja Soriano, *op. cit.* nota 56, p. 277.

63 Entre las que destacan: (i) el carácter eminentemente especulativo de las operaciones, (ii) la prohibición de términos de gracia y cortesía, (iii) las reglas especiales en el cómputo de los términos y plazos, (iv) las particularidades respecto al cumplimiento de las obligaciones, (v) las reglas sobre el interés, la solidaridad y la prescripción, y (vi) el régimen procesal especial al que están sujetas las obligaciones mercantiles. Véase Arce Gargollo, *op. cit.* nota 2, pp. 12-29. Véase también Vázquez del Mercado, *op. cit.* nota 26, pp. 152-164.

acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular"; asimismo, se prevé que “[e]l contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos”.

Es decir, el perfeccionamiento, modificación y resolución del contrato, así como las declaraciones y otros actos “*no requiere[n] el cumplimiento de ningún requisito de forma*”⁶⁴. Además, los diversos medios de prueba se sitúan “*en un mismo pie de igualdad, a diferencia de lo que ocurre en algunas legislaciones nacionales, en las que las pruebas de los testigos se admiten de forma restringida*”⁶⁵. Sin embargo, dicho principio puede ser limitado “*en virtud del derecho aplicable*” o por acuerdo de las partes, en cuyo caso éstas pueden “*acordar la necesidad de observar una forma específica*” para *inter alia* el perfeccionamiento, modificación o resolución del contrato⁶⁶.

Por otro lado, en el derecho mercantil mexicano, por regla general también impera la libertad de forma, como lo señalan claramente el artículo 78 del CCom⁶⁷, y las disposiciones aplicables en materia de contratación electrónica⁶⁸. En ese tenor, “*el principio de libertad de forma subsiste en una gran cantidad de operaciones mercantiles*”⁶⁹. Si no existe una disposición legal expresa conforme a la cual un contrato deba ser celebrado, modificado o extinto de acuerdo con una forma específica,

64 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, pp. 9-10, *op. cit.* nota 5; *cf.* Perales Viscasillas, *op. cit.* nota 4, p. 292.

65 Perales Viscasillas, *op. cit.* nota 4, p. 292.

66 *Ibidem*, p. 10, *op. cit.* nota 5; *cf.* Perales Viscasillas, *op. cit.* nota 4, p. 293.

67 El cual dispone que “[e]n las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados”. Código de Comercio, *op. cit.* nota 34.

68 Véase Arce Gargollo, *op. cit.* nota 2, pp. 38 *et. seq.*

69 *Ibidem*, pp. 38.

*“cualquier forma puede ser admitida”*⁷⁰. Además, el derecho mexicano también permite a las partes pactar *“formalidades convencionales”*⁷¹.

Lo anterior, a primera vista, confirma que el derecho mercantil mexicano adopta y regula el principio de libertad de forma de manera similar a los Principios. Sin embargo, el artículo 79 del CCom exceptúa de dicha regla los contratos que *“deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia”* ya sea por disposición de las leyes mexicanas o extranjeras. En ambos casos, *“los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio”*; asimismo, existen diversos casos en los que las propias leyes mercantiles prevén una forma específica para ciertos contratos⁷².

70 Art. 11 del CCF. Código Civil Federal, *op. cit.* nota 52. Rico Álvarez, *op. cit.* nota 57, pp. 219 y 222. Así lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Tesis con registro digital 270245 y 270376, disponibles a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

71 Rico Álvarez, *op. cit.* nota 57, p. 227.

72 Por ejemplo: (i) conforme al artículo 247 del CCom, el contrato de comisión *“cuando haya sido verbal se ha de ratificar por escrito antes que el negocio concluya”* y, conforme a la SCJN *“cualquier modificación también debe constar por escrito”*; (ii) el artículo 19 de la Ley sobre el Contrato de Seguro (LCS) prevé que, *“[p]ara fines de prueba, el contrato de seguro, así como sus adiciones y reformas, se harán constar por escrito”*; y (iii) el artículo 254 de la LGSM establece que *“[e]l contrato de asociación en participación debe constar por escrito y no estará sujeto a registro”*. Arce Gargollo, *op. cit.* nota 2, pp. 36-37. Véase Tesis con registro digital 240537, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024). Código de Comercio, *op. cit.* nota 34. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito [texto vigente]. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSM.pdf> (Consulta de 16 de abril de 2024). Ley sobre el

En ese sentido, en México, cuando la ley exija una formalidad para un contrato, “[1]a voluntad de las partes, pues, debe manifestarse de una determinada manera, para que produzca los efectos que el derecho le atribuye”⁷³. Por su parte, los Principios ni siquiera prevén la forma de los contratos en el Capítulo 3, que regula su validez, sino que sólo regulan los casos en que las partes acuerden sujetar su contrato a una forma en particular⁷⁴.

B. Normas de carácter imperativo:

El artículo 1.4 establece que “[e]stos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado”⁷⁵. Bajo los Principios, el concepto de “normas de carácter imperativo” debe interpretarse ampliamente, incluyendo “disposiciones legislativas específicas” y “los principios generales de orden público”⁷⁶. Asimismo, ante la diversidad de criterios sobre las normas aplicables a cada caso particular, “este artículo se abstiene deliberadamente de establecer qué normas deben aplicarse y remite en cambio a las normas del derecho internacional privado para resolver cada caso en particular”⁷⁷.

Contrato de Seguro [texto vigente]. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/211.pdf> (Consulta de 16 de abril de 2024).

73 Vázquez del Mercado, *op. cit.* nota 26, p. 161.

74 Véase artículos 2.1.13 y 2.1.18 de los Principios.

75 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 12. Cfr. Perales Viscasillas, *op. cit.* nota 4, p. 295.

76 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 13.

77 *Idem*.

En México, el orden público, sirve *inter alia* como límite a la autonomía de la voluntad y elemento de validez de los actos jurídicos⁷⁸. Conforme a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), el orden público busca proteger “*las instituciones jurídicas del Estado, de los principios, normas e instituciones que lo conforman*” y es violado cuando “*se atenta directamente contra los principios o instituciones jurídicas fundamentales*”⁷⁹. En palabras de un Tribunal Colegiado, el orden público es “*la expresión de un valor, aplicado en casos concretos, determinando una mayor intervención o límite a derechos y libertades individuales o particulares en razón de proteger intereses de carácter colectivo*”⁸⁰.

A causa de la falta de una definición expresa de orden público en la ley, éste debe actualizarse en cada caso concreto y acorde al marco normativo, cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar que prevalezcan en el momento en que se realice la valoración o estudio del mismo⁸¹; no obstante, cuando el legislador mexicano ha considerado que una ley es de orden público, así lo ha establecido expresamente⁸².

78 Xopa, José Roldán, *Derecho administrativo*, Ciudad de México, Oxford University Press, 2016, p. 296.

79 Tesis con registro digital 2014011, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

80 Tesis con registro digital 2024639, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

81 Tesis con registro digital 2024639, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024). Véase Rico Álvarez, Fausto *et al*, *Introducción al estudio del derecho civil y personas*, 4ta. ed., Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2014, p. 137.

82 Véase artículo 1º de Ley de la Industria Eléctrica, artículo 1º de la Ley Federal de Competencia Económica y el artículo 1º de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

Ahora bien, a la luz del artículo 1.4 de los Principios, nos centraremos en el orden público como limitación a la autonomía de la voluntad⁸³. En ese sentido, los artículos 8º, 1795, 1830 y 2225 del CCF resultan de especial relevancia⁸⁴. El derecho mexicano permite a los particulares pactar obligaciones contractuales, siempre que no afecten el orden público o los derechos de terceros⁸⁵.

En ese sentido, “[l]as normas jurídicas que protegen el orden público son rígidas frente a la voluntad de los particulares, por lo que éstos deberán cumplirlas en los términos ordenados sin que haya lugar a pacto en contrario”⁸⁶. En caso de que un acto jurídico sea contrario al orden público, éste estará afectado de nulidad absoluta⁸⁷. En virtud de lo an-

83 Xopa, *op. cit.* nota 78, p. 296.

84 El artículo 8º del CCF prevé que “[l]os actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”. Por su parte, el artículo 1795 establece que “[e]l contrato puede ser invalidado: [...] Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito”. El artículo 1830 prevé que “[e]s ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”. Por último, el artículo 2225 establece que “[l]a ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley”. Código Civil Federal, *op. cit.* nota 52.

85 Véase Arts. 6º y 7º del CCF. Código Civil Federal, *op. cit.* nota 52. Rico Álvarez, *op. cit.* nota 81, p. 134.

86 Rico Álvarez, *op. cit.* nota 81, p. 135.

87 *Vid.* artículos 6º, 7º, 8º, 1795, fracción III, 2225 y 2226 del CCF. Código Civil Federal, *op. cit.* nota 52. *Cfr.* Exposición de motivos del Proyecto de Código Civil para el Distrito y los Territorios Federales, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 12 de abril de 1928, p. 23, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv> (Consulta de 8 de abril de 2024). Contradicción de Tesis 379/2010, entre los criterios sustentados por el Noveño Tribunal Colegiado y el Séptimo Tribunal Colegiado ambos en Materia Civil del Primer Circuito, p. 20. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=121956> (Consulta de 8 de abril de 2024). Tesis con registro digital 161036 y 228764, disponi-

terior, un contrato o sus cláusulas pueden ser declarados nulos sólo en caso de que éstos sean contrarios al orden público. Para ello, debe existir una disposición específica que se considere de orden público y que sea violada por el acuerdo de las partes⁸⁸.

C. Interpretación e integración de los Principios:

Los Principios, en su artículo 1.6, establecen que en su interpretación “se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación” y que “[l]as cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes”. Se debe tener presente que las reglas de interpretación de los Principios no son las mismas que las reglas para la interpretación de los contratos⁸⁹.

Conforme al artículo 1.6 de los Principios, en su interpretación se deben tener en cuenta “su carácter internacional”, “sus propósitos” y “la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación”: (i) el primer re-

bles a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjfz.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

88 En ese sentido, los Tribunales Colegiados han sostenido que, para que se considere que el orden público fue violado, es necesaria una “*contravención directa e ineludible [...] a la disposición de orden público*”. Tesis con registro digital 228764, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjfz.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024). Diversos académicos comparten dicha postura. Véase Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 21ra. ed., Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2015, p. 295; y Pasapera Mora, Alfonso, *Obligaciones*, Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2022, pp. 234-235.

89 Las cuales, como veremos, se encuentran previstas en el Capítulo 4 de los Principios. Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 17.

quisito implica que estos “*deben ser interpretados de manera autónoma*” y no “*bajo el ordenamiento jurídico de un país determinado*”⁹⁰; (ii) conforme al segundo, “[l]a finalidad de cada disposición puede desentrañarse acudiendo tanto al sentido de su texto como a los comentarios que los acompañan”⁹¹; y (iii) el tercer requisito “*implica que cuando surja una laguna, debe buscarse la solución, siempre que esto sea posible, dentro del conjunto de normas de los Principios, antes que recurrir a la legislación nacional*”⁹².

D. Buena fe y lealtad negocial:

El artículo 1.7 de los Principios prevé el deber de “[l]as partes [de] actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional”; mismo que “[l]as partes no pueden excluir ni limitar...”. En diversas disposiciones de los Principios se hace referencia al principio de buena fe y lealtad en los negocios⁹³; como veremos, esta disposición se complementa, por ejemplo, con el artículo 2.1.15. En ese contexto, “*la buena fe y la lealtad negocial es considerada como una de las ideas fundamentales en las que se basan los Principios*”; por lo cual incluso en ausencia de una disposición expresa, las partes deben conducirse de acuerdo con dichos principios, desde la propia formación del contrato⁹⁴.

90 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 17.

91 *Idem.*

92 *Ibidem*, p. 18. Para ello, el comentario sugiere el siguiente orden para ello, se debe recurrir a la interpretación analógica o a las “*ideas que inspiran a los Principios*”; esto es, aquellos principios generales potencialmente aplicables a varios supuestos de hecho”. *Ibidem*, p. 19.

93 *Idem.*

94 *Ibidem*, pp. 19-21. En ese contexto, señala Perales Viscasillas, “[e]ste principio de buena fe [...] se aplica durante toda la fase de vida del contrato”, es decir, “*durante las negociaciones previas anteriores a la oferta, durante la fase de formación estrictamente hablando [...], y durante la fase de ejecución contractual*” Perales Viscasillas, *op. cit.* nota 4, p. 307.

El deber de “*conducirse de buena fe y con lealtad negocial en el comercio internacional*” implica que estos dos conceptos no se aplican conforme a los parámetros propios de cada sistema jurídico nacional⁹⁵. En ese sentido, los parámetros de derecho interno deben ser considerados únicamente “*cuando se demuestre que han sido generalmente aceptados por los diversos sistemas jurídicos*”⁹⁶. Es decir, dichos principios deben ser interpretados “*a la luz de las circunstancias especiales del comercio internacional*”⁹⁷. Además, el deber en cuestión es tan relevante que “*las partes no pueden excluirlo o limitarlo*”⁹⁸; sin embargo, éstas pueden pactar “*parámetros de comportamiento más rígidos*”⁹⁹.

En México, conforme al principio de buena fe, “*el obligado debe conducirse como persona consciente de su responsabilidad en el cumplimiento cabal de sus obligaciones*”¹⁰⁰; además, éste prohíbe que se cometan abusos con pretensiones jurídicas formal o aparentemente fundadas, protegiendo a las partes contra exigencias que contravengan al derecho y la equidad¹⁰¹. Dicho principio se encuentra regulado en el artículo 1796 del CCF¹⁰²; por lo cual, los jueces y árbitros “*deben atender a la buena fe cuando examinen el contenido, cumplimiento y ejecución de los contratos,*

95 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 21.

96 *Ibidem*, pp. 21-22.

97 *Ibidem*, p. 22.

98 *Ibidem*, p. 23.

99 *Idem*.

100 Tesis con registro digital 240108 y 220106, disponibles a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

101 Véase artículos 1796 y 1815 del CCF. Código Civil Federal, *op. cit.* nota 52. Véase también, Bejarano Sánchez, *op. cit.* nota 60, pp. 172-173; Borja Soriano, *op. cit.* nota 56, p. 277.

102 Código Civil Federal, *op. cit.* nota 52. Véase Tesis con registro digital 359130, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

*tanto civiles como mercantiles*¹⁰³. Asimismo, la buena fe “*tiene la función de colmar las inevitables lagunas del sistema legal*”¹⁰⁴.

Los tribunales mexicanos han sostenido que “*todo actuar contrario a la buena fe que exista en materia contractual, se traduce en un hecho ilícito civil*”¹⁰⁵. Tanto el derecho mexicano como los Principios consideran que la buena fe constituye un principio fundamental del derecho¹⁰⁶. En consecuencia, ambos ordenamientos coinciden en que tal principio no admite pacto en contrario¹⁰⁷, y que ésta aplica incluso en ausencia de una disposición legal¹⁰⁸.

103 Tesis con registro digital 2002130, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

104 Tesis con registro digital 2004284, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

105 Tesis con registro digital 2004354, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

106 Tesis con registro digital 2008952, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024). *Cfr.* Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 19.

107 Tesis con registro digital 2004354, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024). *Cfr.* Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 23.

108 Tesis con registro digital 2004284, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024). *Cfr.* Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 19.

E. Venire contra factum proprium:

En su artículo 1.8, los Principios disponen que “[u]na parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja”. Este artículo obliga a las partes a no causar “un detrimento o desventaja a la otra parte actuando de manera contradictoria con el entendimiento de las partes respecto de su relación contractual, sobre la base del cual la otra parte haya actuado razonablemente confiando en dicho entendimiento”¹⁰⁹. En ese sentido, la obligación en cuestión puede causar la “pérdida, suspensión o modificación de derechos” más allá del acuerdo de las partes¹¹⁰.

Considerando que existen diversas maneras por las que una parte puede generar en su contraparte cierto entendimiento respecto al contrato¹¹¹, tal entendimiento “no se limita a alguna cuestión en particular, siempre y cuando se refiera de alguna manera a la relación contractual mantenida por las partes”¹¹²; es decir, éste puede referirse a otras cuestiones, como “una cuestión de intención o al modo en que una u otra parte puede o debe comportarse”¹¹³. No obstante, el entendimiento debe ser tal que la otra parte “haya podido razonablemente confiar en él”, dependiendo del caso¹¹⁴.

Por su parte, la jurisprudencia de los tribunales mexicanos, aunque no se encuentre regulada de manera expresa en la ley, ha sostenido que la “doctrina de los actos propios” resulta aplicable en México. En este sentido, dicha doctrina “se basa en la inadmisibilidad de que un litigante fundamente su postura al invocar hechos que contraríen sus propias afir-

109 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 23.

110 *Idem.*

111 *Ibidem*, p. 24.

112 *Idem.*

113 *Idem.*

114 *Idem.*

*maciones o asuma una actitud que lo coloque en oposición con su conducta anterior y encuentra su fundamento en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe...*¹¹⁵.

La jurisprudencia ha establecido las siguientes condiciones para que la doctrina en cuestión resulte aplicable: (i) “una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz”; (ii) “el ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción, atentatoria de la buena fe, existente entre ambas conductas”; y (iii) “la identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas”¹¹⁶. La doctrina de los actos propios resulta “útil para apreciar tanto el contenido de los contratos como su ejecución a fin de resolver, de la mejor forma, los asuntos en que esté involucrada esa temática”¹¹⁷.

Aunque los criterios jurisprudenciales mexicanos han adoptado una regulación más específica que la prevista en los Principios, resulta indudable que ambos cuerpos normativos adoptaron el principio *venire contra factum proprium*, y el mismo aplica a las relaciones contractuales de manera similar.

F. Usos y prácticas:

El último artículo del Capítulo 1 de los Principios que resulta de nuestro interés, es el 1.9, conforme al cual, por un lado, “[l]as partes es-

115 Tesis con registro digital 2008952 y 2025187, disponibles a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

116 Tesis con registro digital 2025187, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

117 Tesis con registro digital 2002130, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

tán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas” y, por otro lado, “[l]as partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable”.

Ahora bien, las prácticas establecidas entre las partes, vinculadas por un contrato en particular, “*son automáticamente obligatorias, a menos que las partes hayan excluido expresamente su aplicación*”¹¹⁸; lo cual dependerá de las circunstancias del caso¹¹⁹. Asimismo, bajo los Principios, las partes pueden sujetar su contrato a cualquier uso, aunque este último corresponda a otra industria o a un distinto tipo de contrato¹²⁰.

El artículo en cuestión prevé criterios “*para identificar los usos aplicables*” a falta de acuerdo de las partes¹²¹. Tanto los usos nacionales como internacionales deben ser “*ampliamente conocidos y regularmente observados [...] por las partes en el tráfico mercantil de que se trate*” para resultar aplicables¹²². Además, el que los usos correspondan al “*tráfico internacional*” busca evitar que los usos limitados a cierta jurisdicción sean invocados en contra de partes extranjeras¹²³. Los acuerdos de las

118 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 27.

119 Por ejemplo, “*el comportamiento fundado en una sola operación previa no podría ser considerada, normalmente, suficiente*”. Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 27.

120 *Ibidem*, p. 28.

121 *Idem*.

122 *Idem*.

123 *Idem*, p. 28. A la luz de lo anterior, “[s]ólo excepcionalmente puede un uso de origen meramente local o nacional ser aplicado sin que las partes hayan hecho una referencia al mismo”. Asimismo, otra excepción se presenta cuando un comerciante “*ha celebrado un cierto número de contratos del mismo tipo en un país extranjero y por lo tanto debería estar obligado por los usos establecidos en ese país para dichos contratos*”. *Ibidem*, pp. 28-29.

partes y los usos aplicables “*prevalecen sobre disposiciones incompatibles de los Principios*”¹²⁴. No obstante, los usos no serán vinculantes cuando su aplicación no resulta razonable, según las circunstancias del caso¹²⁵.

Como hemos señalado antes, los usos mercantiles son considerados fuentes supletorias del derecho mercantil mexicano, y juegan un papel subsidiario al suplir las leyes y contratos¹²⁶; aunque no deben ser contrarios a las leyes o principios de orden público¹²⁷. El derecho mercantil dota a los usos de un carácter vinculante para ser aplicados a falta de disposición expresa de un contrato y, en contraste con la costumbre, “*el uso aplica cuando una ley remite a su observancia*”¹²⁸.

En ese sentido, los tribunales mexicanos han reconocido que los usos y términos comerciales internacionales sirven para interpretar la intención de las partes en un contrato, cuando resulta aplicable la Con-

124 La razón de lo anterior es que, según el comentario, “*el curso de las negociaciones y los usos obligan a las partes como si fueran cláusulas implícitas del contrato [...] con la única excepción de las disposiciones que han sido específicamente identificadas como de carácter imperativo*” Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 30. *Cfr.* Perales Viscasillas, *op. cit.* nota 4, p. 308.

125 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 29. Ello, a criterio de Perales Viscasillas, representa un acierto por parte de los Principios, en contraste por ejemplo con la CISG. Perales Viscasillas, *op. cit.* nota 4, p. 307.

126 Vázquez del Mercado, *op. cit.* nota 26, p. 31.

127 *Ibidem*, p. 38.

128 Como ejemplos, se pueden señalar las disposiciones en materia remuneración en los contratos de comisión mercantil (art. 304 del CCom) o depósito (art. 333 del CCom), la referencia a los “*usos bancarios y mercantiles*” como derecho supletorio en las operaciones de crédito (art. 2 de la LGTOC) o en el caso del arbitraje, en cuyo caso el tribunal arbitral al decidir un caso “*tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso*” (art. 1445 del CCom) Vázquez del Mercado, *op. cit.* nota 26, pp. 39-40. Código de Comercio, *op. cit.* nota 34. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito [texto vigente]. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/145_220618.pdf (Consulta de 8 de abril de 2024).

vención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG, por sus siglas en inglés)¹²⁹. En los términos de la CISG (cuya regulación de los usos mercantiles es casi idéntica a la de los Principios), “*cualquier controversia que se suscite puede sustentarse en esos términos comerciales internacionales y su empleo por las partes por tener conocimiento de él o porque deben tener conocimiento del mismo*”¹³⁰.

Asimismo, los tribunales han sostenido que, al a interpretar las ambigüedades de los contratos, “*cabe la posibilidad de invocar la costumbre y las prácticas mercantiles*”¹³¹. Consideramos que los Principios otorgan un mayor peso a los usos mercantiles, al grado en el que pueden llegar a prevalecer sobre la aplicación de los propios Principios¹³². En contraste, en México, aunque se reconoce su aplicabilidad cuando la ley remite a su observancia, por regla general los usos mercantiles son considerados como meras fuentes supletorias del derecho mercantil, con un papel subsidiario al suplir las leyes y contratos.

129 Tesis con registro digital 164196, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

130 Tesis con registro digital 164196, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024). Respecto a las similitudes entre los Principios y la CISG, Véase, Perales Viscasillas, *op. cit.* nota 4, p. 307.

131 Tesis con registro digital 165365, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

132 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 30. Cfr. Perales Viscasillas, *op. cit.* nota 4, p. 308.

2.2. Negociaciones de mala fe:

El artículo 2.1.15 de los Principios establece que “[l]as partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo”; sin embargo, “la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte”. Por último, el artículo aclara que “[e]n particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo”.

El derecho a negociar libremente “no es ilimitado, pues no debe contravenir al principio de la buena fe y lealtad negocial establecido en el Artículo 1.7”¹³³. Por regla general, la parte que incurra en negociaciones de mala fe será responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte¹³⁴; sin embargo, en caso de que las partes hayan pactado el deber de negociar de buena fe, éstas “podrán disponer de todos los recursos legales respecto al incumplimiento contractual”, incluyendo el derecho al cumplimiento y otros remedios “que reflejen el interés en la expectativa o interés positivo...”¹³⁵.

Asimismo, se señala que el derecho a interrumpir la negociación de un contrato “se encuentra sujeto al principio de buena fe y lealtad en los negociaciones”¹³⁶. En ese sentido, “[e]n qué momento se llega al punto en

133 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, pp. 66-67.

134 “En otras palabras, la parte agraviada puede recuperar los gastos en que incurrió por las negociaciones y también podrá ser compensada por la pérdida de oportunidad de celebrar otro contrato con un tercero (la llamada “confiabilidad” (*reliance*) o interés negativo), pero no podrá, en principio, recuperar las ganancias que hubiera percibido de haberse perfeccionado el contrato original (la llamada expectativa o interés positivo)”. Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 67.

135 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 68.

136 *Idem.*

que ya no es posible dar marcha atrás depende de las circunstancias del caso”, incluyendo la confianza en la obtención de un resultado positivo a raíz de la conducta de una de las partes y las cuestiones que ya hubieran sido acordadas por éstas ¹³⁷.

Si bien el concepto de mala fe se encuentra regulado en nuestro sistema jurídico como se verá más adelante, no existe disposición legal expresa que se refiera a las negociaciones contractuales y menos a la responsabilidad por daños y perjuicios atribuible a la parte que interrumpe las negociaciones o negocia de mala fe, cuestión que nos parece muy importante en materia contractual.

En el caso del derecho mexicano, la mala fe se define en el artículo 1815 del CCF como “la *disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido*” y el artículo 1816 prevé que la mala fe de una de las partes anula el contrato “*si ha sido la causa determinante de este acto jurídico*”¹³⁸. Ahora bien, como señalamos, en el derecho mexicano todo acto contrario al a buena fe se considera un “*hecho ilícito civil*”¹³⁹. En consecuencia, la parte afectada por la mala fe de su contraparte podría demandar la nulidad del contrato y, además, “*exigir una indemnización a la contraparte*” si acredita que ésta actuó de mala fe¹⁴⁰.

En ese sentido, en México, las partes de un contrato deben actuar conforme a la buena fe contractual “*no sólo en la fase previa, sino también en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas*”¹⁴¹.

137 *Ibidem*, p. 69.

138 Código Civil Federal, *op. cit.* nota 52.

139 Tesis con registro digital 2004354, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

140 Art. 1910 CCF. Código Civil Federal, *op. cit.* nota 52. Véase Rico Álvarez, *op. cit.* nota 57, p. 177.

141 Tesis con registro digital 2004285, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

2.3. Cláusulas de integración:

El artículo 2.1.17 de los Principios establece que “[u]n contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores”; sin embargo, el artículo aclara que “tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito”.

En efecto, bajo los Principios, la inclusión de una cláusula de integración en un contrato no tiene como consecuencia “*privar de toda significación a todas las declaraciones y los acuerdos previos, que podrían ser utilizados para interpretar lo escrito*”¹⁴². Asimismo, esta disposición confirma la libertad de forma prevista en el artículo 1.2, conforme a la cual, a falta de una cláusula de integración, “*cualquier clase de pruebas que integren o contradigan el contrato escrito pueden ser aceptadas*”¹⁴³.

Ahora bien, como hemos visto, conforme al derecho mexicano “[e]n las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse...”¹⁴⁴. En ese contexto, aunque el enfoque general del derecho mexicano podría ofrecer respuestas en caso de una controversia, nuestro derecho no regula ese tipo de acuerdos de forma específica, como sí lo hacen los Principios.

2.4. Cláusulas sorpresivas:

Por su parte, el artículo 2.1.20 de los Principios establece que “[u]na cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente”; en ese sentido, “[p]ara determinar si una cláu-

142 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 72.

143 *Idem.*

144 Art. 78 CCom. Código de Comercio, *op. cit.* nota 34.

sula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación”¹⁴⁵.

Al respecto, la parte que acepte las cláusulas estándar de la otra parte, por regla general, se encuentra obligada por éstas “*independientemente de si realmente conocía su contenido en detalle o entendía todas sus implicaciones*” ¹⁴⁶. No obstante tal aceptación, “*aquellas cláusulas que por su contenido, terminología o presentación no podían ser razonablemente previstas por dicha parte*” no serán obligatorias¹⁴⁷. Sin embargo, una reclamación por el “carácter sorpresivo” de una cláusula no será posible en caso de que una parte la hubiere aceptado expresamente¹⁴⁸.

En el derecho mexicano, este tipo de situaciones podrían ser consideradas como contrarias a la buena fe (y constituir un ilícito civil¹⁴⁹) o podrían constituir un error (e invalidar el contrato) y, en ambos casos, afectar la validez de un contrato o cláusula¹⁵⁰; no obstante, el derecho mexicano no alcanza el nivel de precisión que incluyen los Principios. La legislación mexicana en materia de protección al consumidor sí regula este tipo de conductas, al prohibir las “cláusulas abusivas” ¹⁵¹; aunque

145 En este sentido, resulta relevante la definición de “cláusula estándar” prevista en el artículo 2.1.19(2), conforme a la cual las “[c]láusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte”.

146 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 76.

147 *Idem.*

148 *Ibidem*, p. 78.

149 Tesis con registro digital 2004354, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

150 Ver arts. 1795, f. II, 1812 y 1813 del CCF. Código Civil Federal, *op. cit.* nota 52.

151 El art. 10 de la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC) prevé que “[l]os proveedores no podrán aplicar métodos o prácticas comerciales coercitivas y desleales, ni cláusulas o condiciones abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos o servicios”. Ley Federal de Protección al Consumidor [texto vigente]. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>

su ámbito de aplicación se limita a las relaciones entre “consumidores” y “proveedores”¹⁵², por lo que no aplican de manera general.

2.5. Remedios por incumplimiento:

El artículo 3.2.4 de los Principios establece que “[u]na parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento”. Este artículo tiene por objeto conciliar el conflicto entre las pretensiones y remedios derivados de, por un lado, la anulación de un contrato por error o, por el otro, del incumplimiento¹⁵³; en caso de que exista dicho conflicto “debe preferirse la segunda opción, puesto que ofrece una mejor solución y resulta más flexible que la solución tajante de la nulidad”¹⁵⁴.

En el derecho mexicano, a la luz de lo anterior, el principio de conservación de los contratos resulta relevante. Conforme al mismo, “en cualquier disputa jurídica debe optarse por la solución que preserve la eficacia del negocio”¹⁵⁵; además, los tribunales han aceptado que éste constituye un “un principio general del derecho”¹⁵⁶. Ahora bien, aunque

[pdf/LFPC.pdf](#) (Consulta de 8 de abril de 2024). Véase Rivera Farber, Octavio, “Las cláusulas abusivas”, en: Revista de Derecho Notarial Mexicano, núm. 118, México, 2003. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-notarial/article/viewFile/6903/6199> Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (Consulta de 8 de abril de 2024).

152 Véase arts. 2 y 5 de la LFPC. Ley Federal de Protección al Consumidor, *op. cit.* nota 151.

153 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 116.

154 *Idem.*

155 Rico Álvarez, *op. cit.* nota 57, p. 290.

156 Tesis con registro digital 2021213, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjfz.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

en México el enfoque previsto en el artículo 3.2.4 se justificaría al aplicar el principio de conservación de los contratos, el derecho mexicano no asigna tal preferencia entre las pretensiones señaladas¹⁵⁷.

2.6. Excesiva desproporción:

El artículo 3.2.7 establece que una parte puede anular el contrato o sus cláusulas “*si en el momento de su celebración éste o éstas “otorgan a la otra parte una ventaja excesiva”*”. Para ello, el artículo establece que se deben considerar *inter alia*: (i) “*que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación*”; y (ii) “*la naturaleza y finalidad del contrato*”.

En ese contexto, el artículo en cita señala que “[a] *petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial*”; por último, dicho artículo establece que el tribunal “*podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación...*”¹⁵⁸.

En efecto, este artículo faculta a una de las partes a anular el contrato en caso de que se presente “*excesiva desproporción*” entre las prestacio-

157 Cfr. Carreón Limón, Joaquín, “Hacia la transformación de la justicia contractual por la vía constitucional”, en: Centro de Estudios Constitucionales, SCJN, 15 de Junio de 2020. Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/hacia-la-transformacion-de-la-justicia-contraccional-por-la-constitucional> (Consulta de 8 de abril de 2024).

158 “[S]iempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato”. Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 120.

nes del contrato, y esto resulte “*en una ventaja injustificada y excesiva para la otra*”¹⁵⁹:

- a) Para que una ventaja sea “*excesiva*”, es necesario que “*el desequilibrio de las prestaciones sea de tal magnitud, de acuerdo con las circunstancias, que resulte escandaloso para una persona razonable*”¹⁶⁰. Cabe señalar que dicha “*ventaja excesiva*” debe presentarse al momento de celebrarse el contrato¹⁶¹.
- b) Para determinar si la ventaja es “*injustificada*”, es necesario “*valorar todas las circunstancias del caso*”, aunque hay dos aspectos que merecen especial atención: (i) es necesario que “*una de las partes se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica, necesidades apremiantes, falta de previsión, ignorancia, ligereza, inexperiencia o falta de aptitud negociadora de la otra parte*”¹⁶²; y (ii) se debe considerar “*la naturaleza del contrato y su finalidad*”¹⁶³; sin embargo, pueden también considerarse otros factores, como los “*parámetros éticos que prevalecen en una determinada rama del comercio*”¹⁶⁴.

Ahora bien, el artículo 3.2.7 prevé dos consecuencias en caso de que un tribunal determine que existió excesiva desproporción en la cele-

159 *Idem*.

160 Y no solamente “*una desproporción sustancial entre el valor y el precio o algún otro elemento que rompa el equilibrio de las prestaciones*”; *Idem*.

161 Ya que posteriormente “*el contrato podría modificarse o extinguirse*” bajo la figura de la excesiva onerosidad (*hardship*), que analizaremos más adelante. *Idem*.

162 “*En lo referente a la dependencia de una parte frente a la otra, no es suficiente por sí misma que una de las partes mantenga una posición negociadora dominante en razón de las condiciones del mercado*”. *Ibidem*, pp. 120-121.

163 En cuyo caso una cláusula que establezca un plazo demasiado breve o una contraprestación desproporcionada podría ser considerada que otorga una ventaja excesiva. *Ibidem*, p. 121.

164 *Idem*.

bración de un contrato: (i) la anulación de un contrato o alguna de sus cláusulas¹⁶⁵; y (ii) la adaptación de un contrato por un tribunal a petición de la parte afectada para que éste se ajuste a “*criterios comerciales razonables de lealtad negocial*” o en caso de que la parte que reciba una notificación de anulación, así lo solicite¹⁶⁶.

Por su parte, en el derecho contractual mexicano, la figura equivalente a la “excesiva desproporción” es la lesión. Ésta se encuentra regulada en el artículo 17 del CCF e implica “*un aprovechamiento desproporcionado de uno de los contratantes en perjuicio del otro*”¹⁶⁷. Para que exista lesión, el demandante debe estar afectado de “*suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria*”¹⁶⁸ y debe presentarse un “*lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado*” entre las prestaciones del contrato¹⁶⁹. A diferencia de los Principios, en el derecho mexicano no

165 Materia que se regula en las disposiciones generales previstas en los artículos 3.2.11 al 3.2.16. Principios *Ibidem*, p. 122.

166 “[S]iempre y cuando, inmediatamente después de recibir la notificación, informe en tal sentido a la parte impugnante y esta última no haya actuado razonablemente en base a la notificación de anular el contrato”. *Idem*.

167 El artículo 17 de CCF establece lo siguiente: “*Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios*”. Código Civil Federal, *op. cit.* nota 52. A causa del exceso de superlativos utilizados por el CCF, se ha sostenido que esta figura resulta inoperante. Rico Álvarez, *op. cit.* nota 57, p. 186. *Cfr.* Borja Soriano, *op. cit.* nota 56, p. 236.

168 Rico Álvarez, *op. cit.* nota 57, p. 190. La lista debe interpretarse de manera limitativa. Véase Tesis con registro digital 227081, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

169 Tesis con registro digital 257058, 386049 y 2002817, disponibles a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

se toman en cuenta ni la naturaleza ni la finalidad del contrato al evaluar la lesión. En ese contexto, la persona afectada por la lesión puede escoger demandar la nulidad del contrato o “*la reducción equitativa de su obligación*”, más la indemnización de los daños y perjuicios causados en ambos casos; además, debe evaluarse el valor de las prestaciones del contrato al momento de su celebración¹⁷⁰.

Ahora bien, considerando el artículo 385 del CCom¹⁷¹, se ha sostenido que, en el derecho mexicano, la lesión no es aplicable en materia mercantil; sin embargo, los tribunales han señalado que la lesión prevista en el artículo 17 del CCF resulta aplicable en esta materia ya que “*por su propia naturaleza subjetiva, necesariamente se refiere a la persona misma de quien la sufre y no al acto jurídico en sí*” y su carácter supletorio¹⁷². Asimismo, la jurisprudencia de la SCJN establece que dicha figura es aplicable en materia de usura¹⁷³.

A la luz de lo anterior, es indiscutible que la figura de la lesión en el derecho mercantil mexicano adolece de vaguedad a nivel sustantivo y adjetivo; lo cual genera incertidumbre en los operadores jurídicos¹⁷⁴. En

170 Rico Álvarez, *op. cit.* nota 57, pp. 192 y 194.

171 Dicho artículo prevé lo siguiente: “*Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión; pero al perjudicado, además de la acción criminal que le compete, le asistirá la de daños y perjuicios contra el contratante que hubiese procedido con fraude o malicia en el contrato o en su cumplimiento*”. Código de Comercio, *op. cit.* nota 34.

172 Tesis con registro digital 196049, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024). Código Civil Federal, *op. cit.* nota 52.

173 Tesis con registro digital 2002817, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

174 Como señalamos, no queda claro hasta qué grado puede o no ser aplicable dicha figura debido a la redacción del propio artículo 17 del CCF y no existe claridad respecto a su aplicabilidad en materia mercantil.

ese contexto, las reglas sobre “excesiva desproporción” previstas en el artículo 3.2.7 de los Principios resultan más precisas que el artículo 17 del CCF y al sujetar las partes de un contrato mercantil a los Principios, su aplicabilidad dejaría de ser incierta.

2.7. Intención de las partes en la interpretación contractual:

El artículo 4.1 de los Principios UNIDROIT establece que “[e]l *contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes*” y “[s]i dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes”. En ese sentido, bajo los Principios, el significado de una cláusula contractual puede no ser igual al significado literal en el idioma utilizado o al que una “*persona sensata pudiera darle*”, siempre que sea posible determinar que “*éste ha sido el significado que las partes han querido darle a dicha cláusula al momento de celebrarse el contrato*”¹⁷⁵.

En caso de que la intención de las partes no pueda establecerse y se haga referencia al entendimiento que tendría una “persona razonable”, el criterio de razonabilidad “*se refiere al entendimiento que cabe esperar de una persona, por ejemplo, con los mismos conocimientos de idioma, experiencia técnica o en los negocios que la de las partes en el contrato*”¹⁷⁶.

Con la finalidad de establecer si las partes tuvieron una intención común (y cuál es ésta) o, en caso de que ello no sea posible, determinar el significado que una persona razonable le habría dado a un término, se deben considerar las circunstancias pertinentes, que se enuncian en el artículo 4.3¹⁷⁷. Sin embargo, este enfoque puede no ser el adecuado para

175 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 149.

176 *Ibidem*, p. 150.

177 *Idem*. El artículo 4.3 prevé que “[p]ara la aplicación de los Artículos 4.1 y 4.2, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo: (a)

interpretar “cláusulas estándar”, por lo cual éstas deben interpretarse conforme a lo que se esperaría de la mayoría de los usuarios de esas disposiciones, “*independientemente de la intención común de las partes en un determinado contrato o del significado que le habrían dado personas razonables de la misma condición que las partes*”¹⁷⁸.

Ahora bien, como hemos señalado, bajo derecho mexicano los contratos mercantiles obligan a las partes “*en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse...*”¹⁷⁹. Asimismo, el CCF prevé una serie de reglas sobre interpretación contractual. Específicamente, el artículo 1851 establece que “[s]i los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas”; aunque, también, prevé que “[s]i las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”¹⁸⁰. El Pleno de la SCJN ha reconocido la aplicabilidad de dichas disposiciones a los contratos mercantiles¹⁸¹.

En ese sentido, la jurisprudencia mexicana establece que, cuando los términos de un contrato son claros y no dejan lugar a duda, “*las cláusulas de tales acuerdos deben interpretarse de manera literal*”¹⁸². Y, en el

las negociaciones previas entre las partes; (b) las prácticas que ellas hayan establecido entre sí; (c) los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato; (d) la naturaleza y finalidad del contrato; (e) el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y (f) los usos”.

178 *Idem.*

179 Art. 78 CCom. Código de Comercio, *op. cit.* nota 34.

180 Código Civil Federal, *op. cit.* nota 52.

181 Tesis con registro digital 195338 y 237116, disponibles a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjfz.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

182 Tesis con registro digital 189330, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjfz.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

mismo sentido, un tribunal colegiado sostuvo que *“la interpretación de los contratos debe limitarse a los casos en que se hace necesaria, porque si los términos del contrato son claros, la interpretación no tiene razón de ser, pues se entiende que en aquellos términos está precisamente la voluntad de los contratantes”*¹⁸³.

Sin embargo, en caso de que la voluntad de las partes no se vea reflejada claramente en los términos del contrato, la SCJN sostuvo que el CCF *“afirma la preeminencia de la voluntad de los contratantes sobre la expresión material”*¹⁸⁴. Así, *“[l]a conducta observada por las partes antes, durante y en la fase de ejecución del contrato, posee un valor relevante como medio de su interpretación, en razón del principio de coherencia y continuidad del contrato”*¹⁸⁵. Con base en lo anterior, por regla general, se debe estar al sentido literal de las cláusulas de un contrato; sin embargo, en caso de que la intención de las partes sea contraria a éstas, prevalecerá dicha intención sobre aquellas¹⁸⁶.

A la luz de lo anterior, pareciera que, en contraste con los Principios, el derecho mexicano privilegia la literalidad de los términos de un contrato; sin embargo, dado que (i) las partes deben atenerse a dicha literalidad sólo si, en efecto, refleja su voluntad y (ii) el derecho mexicano *“afirma la preeminencia de la voluntad de los contratantes sobre la*

183 Tesis con registro digital 197153, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

184 Tesis con registro digital 801073, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

185 Tesis con registro digital 180917, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

186 Véase. Borja Soriano, *op. cit.* nota 56, p. 268.

*expresión material*¹⁸⁷, podemos sostener que el peso que ambos ordenamientos otorgan a la voluntad de las partes es similar.

2.8. Interpretación *contra proferentem*:

El artículo 4.6 de los Principios prevé que “[s]i los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte”. En ese contexto, una parte puede ser responsable por el lenguaje utilizado en sus cláusulas estandarizadas, o que hubiere redactado o propuesto incluir en un contrato¹⁸⁸. Es decir, conforme al principio *contra proferentem*, “las cláusulas ambiguas u oscuras de un contrato se interpretarán, preferentemente, en contra de la parte que las ha redactado”, lo cual dependerá de cada caso en particular¹⁸⁹.

Ahora bien, como señalamos, el artículo 78 del CCom y los artículos 1851 al 1857 del CCF prevén de manera general las reglas aplicables a la interpretación de los contratos mercantiles. De las reglas de interpretación contractual del derecho mexicano, no se deriva el principio en cuestión ni una figura equivalente.

2.9. Obligación de cooperación entre las partes:

El artículo 5.1.3 de los Principios establece que “[c]ada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta

187 Tesis con registro digital 801073, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

188 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 158.

189 Por ejemplo, los términos de un contrato probablemente serán utilizados en contra de la parte que los proponga en la medida en que estos no hayan sido objeto de negociación, y lo mismo a la inversa. *Ibidem*. 157-158.

última". Esta disposición establece el "*deber de mutua cooperación entre las partes*" siempre que se les pueda exigir de manera razonable, sin que se altere la distribución obligacional del contrato¹⁹⁰.

No obstante, dentro de dichos límites, las partes de un contrato deben abstenerse de obstaculizar su cumplimiento y, de ser necesario, adoptar medidas para permitir que la otra parte cumpla con sus obligaciones¹⁹¹. En ese sentido, los contratos de carácter complejo (como lo puede ser un contrato de obra) pueden requerir la cooperación de las partes durante la vida del contrato para que el objeto del mismo pueda ejecutarse¹⁹².

En el derecho mexicano, la obligación de cooperar se encuentra implícita en el principio de buena fe. En ese contexto, la obligación de una parte de actuar de forma tal que la otra pueda cumplir con sus obligaciones "*aun cuando no haya sido expresamente pactada en el contrato, es una consecuencia que deriva de su naturaleza*"¹⁹³. Asimismo, la SCJN ha establecido que "*el obligado debe conducirse como persona consciente de su responsabilidad en el cumplimiento cabal de sus obligaciones*", de lo cual se deriva el deber de cooperar con su contraparte¹⁹⁴; mismo que "*debe vincularse en el desarrollo del pacto hasta su cumplimiento*"¹⁹⁵.

190 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, pp. 165-166.

191 *Idem*.

192 *Ibidem*, p. 167.

193 Tesis con registro digital 220106 y 2004284, disponibles a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

194 Tesis con registro digital 240108y 240782, disponibles a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

195 Tesis con registro digital 2004285, disponible a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

Por ejemplo, en el caso *London Court of International Arbitration* (LCIA) No. 163471¹⁹⁶, que tuvo por objeto un contrato de obra bajo derecho mexicano, el tribunal arbitral sostuvo que “[l]a obligación de coope-
rar es una obligación inherente a cualquier contrato de ejecución sucesiva
(como un contrato de obra), que deriva de su naturaleza y es consecuencia
de la buena fe, a la que todo contratante está obligado”¹⁹⁷. Dicho enfoque,
en efecto, coincide con el adoptado por los Principios¹⁹⁸; sin embargo,
no cabe duda de que los Principios, en este caso, ofrecen una regulación
más precisa y completa que la prevista en el derecho mexicano.

2.10. Obligación de emplear los mejores esfuerzos:

Ahora bien, el artículo 5.1.4. de los Principios prevé, por un lado, que “[e]n la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado” y, por otro lado, que “[e]n la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la dili-

196 Mismo que resolvió una disputa bajo derecho mexicano entre una empresa estatal y un consorcio de construcción internacional, en relación con la construcción de una central de generación hidroeléctrica en el sureste de México. Véase *Omega Construcciones Industriales, S.A DE C.V., Sinohydro Costa Rica, S.A., Desarrollo y Construcciones Urbanas, S.A. DE C.V. and Caabsa Infraestructura, S.A. DE C.V. v. Comisión Federal de Electricidad (CFE)*, LCIA Case No. 163471. Disponible en: <https://jsumundi.com/en/document/decision/es-omega-construcciones-industriales-s-a-de-c-v-mexico-sinohydro-costa-rica-s-a-costa-rica-desarrollo-y-construcciones-urbanas-s-a-de-c-v-mexico-and-caabsa-infraestructura-s-a-de-c-v-mexico-v-comision-federal-de-electricidad-mexico-laudo-final-monday-22nd-june-2020> (Consulta de 1 de abril de 2024).

197 *Ibidem*, párr. 686.

198 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 167.

gencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición”.

En ese sentido, la naturaleza de una obligación determina el grado de diligencia necesaria para su cumplimiento, por lo que, en ocasiones, una parte sólo deba “*emplear su mejor diligencia*”¹⁹⁹ y, en otros casos, una parte se obliga a obtener un resultado específico²⁰⁰. Dicha distinción corresponde a la medida en la que se valorará el cumplimiento (o incumplimiento) de una obligación, aunque también podrían presentarse ambos tipos de obligaciones en un mismo contrato²⁰¹.

Esta disposición es sumamente relevante en la práctica, ya que aporta a los “*jueces y árbitros criterios con los que se puede evaluar el cumplimiento correcto de una obligación*”²⁰²: el caso de las obligaciones de resultado, una parte se obliga a obtener dicho resultado y, en caso de no lograrlo, incurre en un incumplimiento contractual, salvo en caso de fuerza mayor²⁰³; y, en el caso de las obligaciones de “*mejores esfuerzos*”, el análisis “*se basa en la comparación con la diligencia que hubiera empleado una persona razonable de la misma condición en circunstancias similares*”²⁰⁴.

Por su parte, el artículo 5.1.5. de los Principios establece que, para distinguir si se trata de una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta *inter alia* (a) “*los términos en los que se describe la prestación en el contrato*”, (b) “*el precio y otros términos del contrato*”, (c) “*el grado de riesgo que suele*

199 “*En ese caso, dicha parte debe emplear la diligencia de una persona razonable de la misma condición colocada en circunstancias similares, sin garantizar la obtención de un resultado específico*”. *Ibidem*, p. 168.

200 *Idem*.

201 *Idem*.

202 *Ibidem*, p. 169.

203 *Idem*.

204 *Idem*.

estar involucrado en alcanzar el resultado esperado” y (d) *“la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación”*. Dado que dicha distinción *“puede ser difícil”*, este artículo establece criterios no exhaustivos que pueden servir de guía, aunque frecuentemente *“la determinación de la naturaleza de la obligación conlleva problemas de hermenéutica”* ²⁰⁵.

En el derecho mexicano, el artículo 2027 del CCF es la única disposición que regula las “obligaciones de hacer”²⁰⁶, que engloban las obligaciones de resultado y de medios (equivalentes a las obligaciones de mejores esfuerzos); sin embargo, dado que dicha disposición se refiere a las obligaciones que tienen por objeto *“prestar un hecho”*, en contraste con los Principios, a nivel legal no queda clara la distinción entre ambas subcategorías de obligaciones. Por su parte, la doctrina reconoce que el factor clave en la distinción entre las obligaciones de medios y de resultados es *“si la finalidad contractual (el propósito práctico) queda garantizada o no”*, aunque tal distinción no es tan sencilla en la práctica²⁰⁷.

Ahora bien, en principio, las obligaciones de mejores esfuerzos no se encuentran reguladas de manera expresa en el derecho mercantil mexicano; sin embargo, éstas se encuentran presente en la práctica. Por ejemplo, el tribunal arbitral del caso LCIA No. 163471 atinadamente sos-

205 *Ibidem*, pp. 170-172.

206 Dicho artículo establece que “[s]i el obligado a prestar un hecho, no lo hiciera, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible” y que “[e]sto mismo se observará si no lo hiciera de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho”. Código Civil Federal, *op. cit.* nota 52. Véase Borja Soriano, *op. cit.* nota 56, p. 73.

207 De Elizalde, Francisco, “Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil” en: *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 3/14, Barcelona, 2014, p. 31. Disponible en: <https://catedraperezllorca.ie.edu/sites/default/files/Indret.%20Francisco%20de%20Elizalde.pdf> (Consulta de 9 de abril de 2024).

tuvo que “la obligación de mejores esfuerzos en el contexto de cualquier contrato [...] implica que la parte obligada a realizarlos ponga su máximo empeño en obtener el mejor resultado en favor del otro contratante”²⁰⁸. No obstante, consideramos que los Principios ofrecen una regulación más precisa que la derivada del derecho positivo mexicano.

2.11. Excesiva onerosidad (*hardship*):

El Capítulo 6, entre otras cosas, regula el supuesto de que se presente “excesiva onerosidad” en el cumplimiento de una obligación, figura que en inglés se conoce como “*hardship*”. En México, la figura a ser analizada no se encuentra regulada a nivel federal, pero sí a nivel local; en consecuencia, algunos tribunales han rechazado su aplicación en materia mercantil²⁰⁹.

En ese contexto, el artículo 6.2.1 de los Principios prevé que “[c]uando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las [...] disposiciones sobre ‘excesiva onerosidad’ (*hardship*)”. Es decir, la obligatoriedad del contrato es la regla general, por lo que “el contrato debe cumplirse siempre que sea posible e independientemente de la carga que ello importe para la parte obligada”; en otros términos, el contrato debe ser cumplido incluso en caso de que una parte sufra pérdidas en lugar de las ganancias esperadas, o en caso de que “el cumplimiento del contrato ya no tenga sentido para dicha parte”²¹⁰.

No obstante, bajo los Principios, la obligatoriedad de los contratos no es absoluta. Si hay circunstancias sobrevinientes que lleguen a “alterar

208 *Omega et al, v. CFE, op. cit.* nota 197, párr. 690.

209 Tesis con registro digital 195622 y 186972, disponibles a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

210 Principios UNIDROIT, *op. cit.* nota 5, p. 234.

en forma fundamental el equilibrio de las prestaciones”, resulta aplicable la “*excesiva onerosidad (hardship)*”²¹¹. Es indiscutible que las “*cláusulas hardship*” suelen ser previstas en los contratos internacionales, al grado en el que se consideran como “*parte integrante de los usos del comercio internacional*”²¹².

Por su parte, el artículo 6.2.2 de los Principios establece que “[h]ay ‘*excesiva onerosidad*’ (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido”; siempre que: (a) “*dichos eventos aconte[zc]an o lleg[en] a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato*”²¹³, (b) “*los eventos no pudier[a]n ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato*”²¹⁴, (c) “*los eventos escap[en] al control de la parte en desventaja*” y (d) “*el riesgo de tales eventos no fue[ra] asumido por la parte en desventaja*”²¹⁵.

Considerando que, por regla general, un cambio en las circunstancias no dispensa el cumplimiento de una obligación, “*la excesiva onerosidad no puede invocarse a menos que la alteración del equilibrio de las prestaciones sea fundamental*”²¹⁶; según las circunstancias de cada caso²¹⁷. Así, la disminución sustancial o total del valor de una prestación puede derivarse de “*un cambio brusco en las condiciones del mercado*” o

211 *Idem.*

212 *Idem.*

213 Véase *Ibidem*, p. 237.

214 *Idem.*

215 “El verbo ‘*asumir*’ señala claramente la necesidad de una declaración expresa al *asumir* el riesgo, aunque también puede ser una consecuencia directa de la naturaleza del contrato”. *Ibidem*, p. 238.

216 *Ibidem*, p. 236.

217 *Idem.*

a la “frustración de la finalidad a la que se destina la prestación” ²¹⁸; sin embargo, la excesiva onerosidad (*hardship*) sólo puede ser aplicable a “prestaciones que todavía no han sido cumplidas”²¹⁹.

Cabe señalar que las figuras de excesiva onerosidad (*hardship*) y de fuerza mayor pueden presentarse conjuntamente²²⁰. De ser el caso, a la parte perjudicada le corresponde decidir cuál recurso invocar: en caso de alegar fuerza mayor, “podría ser excusada de cumplir” y, en caso de alegar excesiva onerosidad (*hardship*), dicha parte podría “renegociar los términos del contrato y mantenerlo en vigor, aunque adaptando las cláusulas del contrato a las circunstancias”²²¹.

Por último, el artículo 6.2.3 de los Principios establece que “[e]n caso de ‘excesiva onerosidad’ (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato”, para adaptarlo a las nuevas circunstancias²²². Asimismo, una parte afectada no puede suspender el cumplimiento de sus obligaciones por haber presentado una solicitud de renegociación, aunque si no se alcanza un acuerdo, cualquiera de las partes “puede recurrir a un tribunal”. En caso de que el tribunal determine “que se presenta una situación de ‘excesiva onerosidad’ (*hardship*)” y “lo considere razonable”, podrá: (i) “resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas”; o (ii) “adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio”²²³.

218 “[S]ólo se tomará en consideración cuando dicha finalidad sea conocida, o por lo menos debiera haber sido conocida, por ambas partes”. *Ibidem*, pp. 236-237.

219 *Ibidem*, p. 239.

220 *Idem*.

221 *Idem*.

222 “[S]in demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa”. *Ibidem*, p. 240.

223 No obstante lo anterior, “[l]as circunstancias podrán ser tales que ni la resolución ni la adaptación del contrato sean apropiadas, por lo que la única solución factible sería o bien ordenar a las partes que reasuman las negociaciones

Ahora bien, como señalamos, en México esta figura no se encuentra regulada a nivel federal, y los tribunales han rechazado su aplicación en materia mercantil²²⁴. Sin embargo, dicha figura sí está regulada en la Ciudad de México; el 22 de enero de 2010, se reformó el Código Civil para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México; CCDF)²²⁵.

En el derecho aplicable en la Ciudad de México, el principio de imprevisión “*determina que el contenido obligacional de los contratos puede alterarse si cambian las circunstancias en que tuvo lugar su celebración*”²²⁶. Sin embargo, entre otras cosas, el CCDF sujeta la aplicación de esta figura a que se presenten “*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*”.

Sin duda, esta figura resulta no solo más restringida que conforme a los Principios, sino que la necesidad de que los sucesos en cuestión sean “*extraordinarios*” y “*de carácter nacional*” limita significativamente su aplicación a la realidad del país²²⁷. En consecuencia, “[s]ólo *acontecimientos como las guerras y epidemias reúnen los requisitos necesarios para autorizar la protección jurídica contra la imprevisión*”²²⁸.

Al margen de la limitada aplicabilidad del principio de imprevisión en la práctica, los artículos 1796 y 1796 Bis del CCDF regulan las consecuencias de dicha figura de manera similar a los Principios: la parte afectada por la imprevisión podría promover una “*acción tendiente*

a fin de llegar a un acuerdo acerca de la adaptación del contrato, o bien convalidar los términos del contrato originalmente pactado”. *Ibidem*, pp. 243-244.

224 Tesis con registro digital 195622 y 186972, disponibles a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjfz.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

225 Se adicionó un segundo párrafo al artículo 1796, y los artículos 1796 Bis y Ter del CCDF. Código Civil Federal, *op. cit.* nota 52.

226 Rico Álvarez, *op. cit.* nota 57, p. 268.

227 *Ibidem*, p. 275.

228 *Idem*.

a recuperar el equilibrio entre las obligaciones”, conforme a la cual ésta puede solicitar a la contraparte la renegociación del contrato y, a falta de acuerdo, acudir a un tribunal; en cuyo caso, la parte demandada podría elegir entre modificar o terminar el contrato²²⁹. Al margen de lo anterior, con base en el artículo 78 del CCom, “*tratándose de actos mercantiles, no es posible aplicar la teoría de la imprevisión, [...], pues tal principio, es contrario a lo que consagra el citado precepto legal*”²³⁰.

A la luz de lo anterior, ante la deficiente regulación del “principio de imprevisión” en el derecho mexicano y su inaplicabilidad al derecho mercantil, los Principios ofrecen un sistema con mucho mayor precisión.

3. Conclusiones:

La globalización de la actividad económica, y por consecuencia la incesante evolución de las transacciones comerciales y financieras, necesariamente conllevan la evolución de figuras jurídicas que deben adaptarse a las necesidades de los agentes económicos participantes. Por tal motivo, si bien las legislaciones nacionales se van adaptando a esas necesidades en mayor o menor medida, es indudable que se requieren reglas que regulen la “internacionalización” de las transacciones, ya sea a través de tratados o convenciones internacionales o mediante los esfuerzos del llamado “*soft law*” como los son los Principios UNIDROIT.

Los abogados practicantes del derecho mercantil internacional debemos coadyuvar con tales esfuerzos, de manera que dichos Principios, o cualesquiera otros similares, no queden en letra muerta o solamente como objeto de estudio académico, sino como verdaderas normas aplicables a las transacciones internacionales, lográndose día con día la uni-

229 *Ibidem*, p. 277.

230 Tesis con registro digital 195622 y 186972, disponibles a partir de la página de búsqueda inicial del Semanario Judicial de la Federación: <https://sjfz.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

formidad del derecho en materia de comercio internacional. Esperamos que este trabajo pueda aportar algo a este esfuerzo.

Bibliografía:

Arce Gargollo, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, 16ta. ed., Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2015.

Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 6ta. ed., Ciudad de México, Oxford University Press, 2010.

Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 21ra. ed., Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2016.

Carreón Limón, Joaquín, “Hacia la transformación de la justicia contractual por la vía constitucional”, en: Centro de Estudios Constitucionales, SCJN, 15 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/hacia-la-transformacion-de-la-justicia-contractual-por-la-constitucional> (Consulta de 8 de abril de 2024).

Código Civil Federal [texto vigente]. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CCF.pdf> (Consulta de 8 de abril de 2024).

Código de Comercio. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccom.htm> (Consulta de 8 de abril de 2024).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 05 de febrero de 1917 [texto vigente]. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> (Consulta de 8 de abril de 2024).

Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [texto vigente]. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf> (Consulta de 8 de abril de 2024).

Contradicción de Tesis 379/2010, entre los criterios sustentados por el Noveño Tribunal Colegiado y el Séptimo Tribunal Colegiado ambos en Materia Civil del Primer Circuito, p. 20. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=121956> (Consulta de 8 de abril de 2024).

De Elizalde, Francisco, “Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil” en: InDret Revista para el Análisis del Dere-

cho, 3/14, Barcelona, 2014 Disponible en: <https://catedraperezllorca.ie.edu/sites/default/files/Indret.%20Francisco%20de%20Elizalde.pdf> (Consulta de 9 de abril de 2024).

Exposición de motivos del Proyecto de Código Civil para el Distrito y los Territorios Federales, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 12 de abril de 1928, p. 23, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv> (Consulta de 8 de abril de 2024).

Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 21ra. ed., Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2015.

Omega Construcciones Industriales, S.A DE C.V., Sinohydro Costa Rica, S.A., Desarrollo y Construcciones Urbanas, S.A. DE C.V. and Caabsa Infraestructura, S.A. DE C.V. v. Comisión Federal de Electricidad (CFE), LCIA Case No. 163471. Disponible en: <https://jsumundi.com/en/document/decision/es-omega-construcciones-industriales-s-a-de-c-v-mexico-sinohydro-costa-rica-s-a-costa-rica-desarrollo-y-construcciones-urbanas-s-a-de-c-v-mexico-and-caabsa-infraestructura-s-a-de-c-v-mexico-v-comision-federal-de-electricidad-mexico-laudo-final-monday-22nd-june-2020> (Consulta de 1 de abril de 2024).

Pasapera Mora, Alfonso, *Obligaciones*, Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2022.

Perales Viscasillas, Pilar, *Derecho Comercial Internacional*, Bogotá, Editorial Temis, 2014 (Tomo I, Contratación Internacional).

Rico Álvarez, Fausto *et al*, *Tratado teórico-práctico de derecho de obligaciones*, 2da. ed., Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2020.

Rico Álvarez, Fausto *et al*, *Introducción al estudio del derecho civil y personas*, 4ta. ed., Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2014.

Rivera Farber, Octavio, “Las cláusulas abusivas”, en: *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, núm. 118, México, 2003. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-notarial/article/view-File/6903/6199> Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (Consulta de 8 de abril de 2024).

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis> (Consulta de 8 de abril de 2024).

UNIDROIT, Overview. Disponible en: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview/> (Consulta de 1 de abril de 2024).

UNIDROIT, Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016. Disponible en: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf> (Consulta de 1 de abril de 2024).

UNIDROIT, UNILEX, disponible en: <https://www.unilex.info/instrument/principles> (Consulta de 1 de abril de 2024).

Vázquez del Mercado, Oscar, *Contratos mercantiles*, 16ta. ed., Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2019.

Xopa, José Roldán, *Derecho administrativo*, Ciudad de México, Oxford University Press, 2016.

