



# REVISTA

---

## DE

# DERECHO PRIVADO

---

*Cuarta Época*

año VI • núm. 16 • julio-diciembre de 2019



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

*Director*

Dr. Pedro Salazar

*Secretaria académica*

Dra. Issa Luna Pla

*Secretario técnico*

Lic. Raúl Márquez Romero

*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

*Revista de Derecho Privado*, año VI, núm. 16, julio-diciembre de 2019, es una publicación semestral editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México, teléfono 5622 7474, correo electrónico: [ocbarney@unam.mx](mailto:ocbarney@unam.mx). Editor responsable: Oscar Cruz Barney. Número de reserva de derechos: 04-2016-021710000500-203. ISSN 2448-7902. Número de certificado de licitud de título: 5792. Número de certificado de licitud de contenido: 4471.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa de la publicación.

Cuidado de la edición: Miguel López Ruiz

Formación en computadora: Christopher Raúl Martínez Santana

Diseño de interiores: Leslie Cuevas Garibay

Apoyo editorial: Gilda Bautista Ravelo

# REVISTA DE DERECHO PRIVADO

DR. JORGE BARRERA GRAF (†)

*Fundador*

DR. OSCAR CRUZ BARNEY

*Director*

LIC. RAÚL MÁRQUEZ ROMERO

MTRA. WENDY VANESA ROCHA CACHO

*Coordinación editorial*

## CONSEJO DE HONOR

Dr. Jorge Adame Goddard, Dra. Ingrid Lilian Brena Sesma y Dr. Jorge Mario Magallón Ibarra.

## CONSEJO EDITORIAL

Hugo Alejandro Acciarri (UNS, Argentina), Dr. Antonio Hernández-Gil Álvarez Cienfuegos (†) (UCM, España), Dr. Jorge Adame Goddard (UNAM, México), Dra. Rosa María Álvarez (UNAM, México), Lic. Javier Arce Gargollo (UNAM, México), Lic. Fernando Barrera Zamorategui (UNAM, México), Lic. José de Jesús Barroso Figueroa (UNAM, México), Dr. Rodolfo Cruz Miramontes (†) (UNAM, México), Luciano Benneti Timm (PUCRS, Brasil), Dra. Ingrid Lilian Brena Sesma (UNAM, México), Dr. Miguel Ángel Borja Tovar (UNAM, México), Lic. Carlos Loperena Ruiz (ELD, México), Alfredo Bullard González (PUCP, Perú), Dra. Elva Leonor Cárdenas Miranda (UNAM, México), Dr. Alfonso Jesús Casados Borde (UNAM, México), Lic. Emilio González de Castilla del Valle (ELD, México), Mtro. Fernando Estavillo Castro (UIA, México), Dr. Nader Hakim (U. de Bordeaux, Francia), Fernando Castillo Cadena (PUJ, Colombia), Dr. Andrés Cruz Mejía (UNAM, México), Dr. Juan Javier del Granado (UNAM, México), Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez (UNAM, México), David Enríquez Rosas (ITAM, México), Dra. Elvia Lucía Flores Ávalos (UNAM, México), Dr. Imer Flores Mendoza (UNAM, México), Dr. Flavio Galván Rivera (UNAM, México), Lic. Eduardo García Villegas (UNAM, México), Dr. Francisco González de Cossío (UIA, México), Dra. Nuria González Martín (UNAM, México), Dr. Enrique Guadarrama López (UNAM, México), Dr. Julián Güitrón Fuentevilla (UNAM, México), Félix Huanca Ayaviri (UMSA, Bolivia), Mónica Infante Henríquez (PUCMM, República Dominicana), Dr. Pedro Alfonso Labariega Villanueva (UNAM, México), Lic. Andrés Linares Carranza (UNAM, México), Juan Carlos Marín (ITAM, México), Dr. Fernando Medina González (UNAM, México), Bruno Meyerhof Salama (FGV, Brasil), Dra. Gloria Moreno Navarro (UNAM, México), Enrique Pasquel (PUCP, Perú), Carlos

Patrón (PUCP, Perú), Dra. Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña (UNAM, México), Dr. Othón Pérez Fernández del Castillo (UNAM, México), Lic. Bernardo Pérez Fernández del Castillo (UNAM, México), Francisco Reyes Villamizar (ISU, EUA), Dr. Jorge Eduardo Magallón Ibarra (UNAM, México), Dr. Jorge Antonio Sánchez Cordero Dávila (UNAM, México), Mtro. Guillermo Solórzano Leiro (UNAM, México), Dr. Javier Tapia Ramírez (UNAM, México), Dr. Óscar Vásquez del Mercado (UNAM, México) y Dr. Jorge Alberto Witker Velásquez (UNAM, México).

## COMITÉ EDITORIAL

Dr. Horacio Heredia Vázquez (†) (UNAM, México), Dr. Jaime Olaiz González (UP, México), Dr. Eduardo Montoya López (UNAM, México), Lic. Alfonso Pérez-Cuéllar Martínez (UIA, México), Lic. Miguel Ángel Hernández-Romo Valencia (ELD, México), Lic. Consuelo Visoso Lomelín (ITAM, México), Dra. Carmen Quijano Decanini (UIA, México), Mtro. Fernando Marcín Balsa (UIA, México), Mtra. Carlota Peón Guerrero (UIA, México), Mtra. Maggie Hambleton (UP, México), Lic. Arturo Pueblita Fernández (UIA, México), Dra. Karla Roel de Hoffmann (UP, México), Dra. Laura Velázquez Arroyo (UNAM, México) y Lic. Sofia Gómez Ruano (UP, México).

**Asistente:** Marion de Regules Rivollier.

*Revista de Derecho Privado* por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-Sin Derivar 4.0 Internacional* (CC BY-NC-ND 4.0).

Primera edición: 6 de noviembre de 2020

2020. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISSN: 2448-7902

# CONTENIDO

---

## Doctrina nacional

Maternidad subrogada en México: regulación, problemática y reconocimiento como un derecho humano

Juan Manuel Vázquez Barajas • 3

Los aumentos de capital variable en la sociedad anónima

Guillermo Morales • 31

## Doctrina internacional

Estudio sobre la resolución del contrato desde la perspectiva del derecho comparado bajo el contexto de la modernización del derecho contractual

Yun Li • 69

Fundamentos romanísticos del delito de traición en el Código Penal español de 1822

Juan Pérez Carrani • 105

La dogmática jurídica, con especial referencia al derecho internacional privado

Leonel Perezniето Castro • 131

CONTENIDO

## **Discusión y reseñas jurídicas**

Aux origines de la liberté de disposer entre époux

Oscar Cruz Barney • 171

*Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época,  
año VI, núm. 16, julio-diciembre de 2019



**DOCTRINA  
NACIONAL**

## Maternidad subrogada en México: regulación, problemática y reconocimiento como un derecho humano

### *Surrogacy in Mexico: regulation, issues and recognition as a human right*

Juan Manuel Vázquez Barajas\*

RDP

#### RESUMEN

En este artículo, se hace un especial énfasis en la importancia de legislar acerca del instrumento que regule la denominada maternidad por contrato. Desde una perspectiva de progresividad, se considera prioritario analizar este tema, por diversos aspectos: garantizar el derecho humano a la salud reproductiva tanto de las personas contratantes como de las mujeres gestantes, el derecho a la familia y a la identidad de niñas y niños producto del acuerdo, así como el derecho a la reproducción asistida y a formar una familia de todas las personas sin importar su estado civil, nacionalidad o preferencia sexual. La posible regulación en la materia disminuiría la brecha entre personas con y sin posibilidades económicas de contratar por medio de una clínica privada. Una gestación subrogada prevendría casos de explotación, turismo reproductivo, abandono de niñas y niños, evitaría muertes maternas o casos de mujeres gestantes que exigen sus derechos filiales.

PALABRAS CLAVE: maternidad, gestación subrogada, derechos reproductivos.

\* Máster en derecho parlamentario y estudios legislativos en la Universidad Complutense de Madrid, España. Doctorando en derecho por la Universidad Cristóbal Colón-UNAM.

JUAN MANUEL VÁZQUEZ BARAJAS

## ABSTRACT

In this article, special emphasis is placed on the importance of legislating about the instrument that regulates the so-called maternity contract. From a progressive perspective, it is considered a priority to analyze this issue in several aspects: guaranteeing the human right to reproductive health of both contracting persons and pregnant women, the right to family and the identity of girls and boys as a result of agreement, as well as the right to assisted reproduction and to form a family of all people regardless of their marital status, nationality or sexual preference. The possible regulation on the subject would reduce the gap between people with and without economic possibilities of contracting through a private clinic. A surrogacy would prevent cases of exploitation, reproductive tourism, abandonment of girls and boys, avoid maternal deaths or cases of pregnant women who demand their filial rights.

KEY WORDS: maternity, surrogacy, reproductive rights.

## Sumario:

1. Objetivo.
2. Diseño.
  - A. Planteamiento del problema.
  - B. Hipótesis.
  - C. Metodología.
3. Resultados.
  - A. Figura jurídica de la maternidad subrogada (MS).
  - B. Regulación de la maternidad subrogada (ámbitos internacional, nacional y local).
  - C. Reconocimiento de derechos humanos.
4. Limitaciones del estudio/implicaciones.
5. Valor y originalidad.
  - A. Necesidad de legislación.
  - B. Críticas a la gestación subrogada.
  - C. Riesgos críticos de la no regulación de la MS.
6. Propuestas y conclusiones.
7. Anexo. Análisis de las legislaciones vigentes en materia de maternidad subrogada (cuadros comparativos).
8. Bibliografía.

## 1. Objetivo

Este artículo tiene como objetivo, argumentar sobre la necesidad, en la legislación mexicana, de regular el acto jurídico respecto del contrato para la modalidad de maternidad subrogada, también conocida como “gestación subrogada”. Si bien en algunas legislaciones locales está permitido, desde una perspectiva de progresividad, es necesaria su incorporación en la regulación nacional, a efectos de garantizar el derecho humano a la salud reproductiva, a la identidad de niñas y niños producto del acuerdo, derecho a tener hijas, hijos y formar una familia, así como el derecho a la reproducción asistida.

## 2. Diseño

### A. Planteamiento del problema

Según datos consultados en la Asociación Mexicana de la Reproducción, se calcula que en México, entre cuatro y cinco millones de personas han enfrentado problemas de infertilidad; en consecuencia, el número de personas que requieren servicios de reproducción asistida ha ido en aumento en los últimos años.

Lo anterior representa un reto para el sistema de salud mexicano, pues si bien se considera un derecho humano fundamental acceder a métodos de reproducción asistida, las políticas de seguridad social en nuestra nación no incorporan a las mencionadas terapias como prioritarias; no obstante, representan un gasto importante para quienes hacen uso de estos servicios.<sup>1</sup> El alto costo limita el acceso de estas terapias a personas de clases sociales altas, lo que profundiza la brecha entre personas ricas y pobres; de la misma forma, limita el derecho humano a la reproducción asistida y a formar una familia.

Por otra parte, la regulación de la maternidad subrogada contribuiría a velar por el interés superior de niñas y niños, plasmado en el artículo

---

<sup>1</sup> Se ha estimado que el costo de una subrogación en México es de más de un millón doscientos mil pesos (64,000 dólares). Disponible en: <https://www.publimetro.com.mx/mx/noticias/2015/12/11/costo-real-alquilar-vientre-mexico.html>.

JUAN MANUEL VÁZQUEZ BARAJAS

8o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues se garantizaría el derecho a la identidad, a la filiación y a las relaciones familiares.

Todo lo anterior se traduce en una verdadera crisis de derechos humanos, en la que las personas afectadas son las mujeres y hombres sin los recursos económicos para acceder a una subrogación onerosa en una clínica privada o por medio de una agencia, aquellas o aquellos ciudadanos extranjeros que desean tener hijos, personas solteras o parejas homosexuales que desean tener hijos e hijas, y lo que considero más preocupante, son las personas menores de edad producto de estos acuerdos que no tienen garantizado su derecho a la identidad y nacionalidad ni el reconocimiento jurídico como hijos de las personas contratantes.

### B. Hipótesis

De esta forma, es posible esbozar una hipótesis que plantee regular en México la maternidad subrogada, pues el vacío legal del caso implica limitaciones a derechos humanos como, por ejemplo, el de las personas a tener hijos, al pleno goce del derecho a la salud reproductiva, a garantizar a las niñas y niños, producto de los contratos de esta modalidad de maternidad, a la identidad, a la familia, así como a desarrollarse en un entorno seguro y armónico.

### C. Metodología

El presente artículo fue elaborado con base en una investigación documental en fuentes, preferentemente con cinco años o menos de haberse publicado en bases de datos académicas o gubernamentales.

## 3. Resultados

### A. Figura jurídica de la maternidad subrogada (MS)

Según datos del informe *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, publicado por el GIRE en 2017, en México, la ges-

tación subrogada ha sido reglamentada en dos entidades federativas: Tabasco y Sinaloa. Para el caso de Tabasco, en 1997 introdujo una regulación en la que se contemplaba el registro de las personas menores de edad nacidas a partir de estos acuerdos. La mencionada legislación fue reformada en 2016.

Coahuila y Querétaro han incluido artículos en sus códigos familiares que desconocen los acuerdos de gestación subrogada; es decir, que se presumirá la maternidad de la mujer gestante y no será válido acuerdo alguno que estipule lo contrario.

Para el caso de la Ciudad de México, fue aprobada una normativa en la materia, que no fue publicada. De lo que se concluye que 27 entidades federativas no contemplan en sus legislaciones la gestación subrogada.<sup>2</sup>

El Código Familiar del Estado de Sinaloa especifica que la maternidad subrogada

...se efectúa a través de una práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer (por los padres contratantes, para el caso de Tabasco), cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

El Código Civil de Tabasco hace una similar precisión.<sup>3</sup> Por otro lado, el Código Familiar del Estado de Sinaloa, así como el Código Civil de Tabasco, puntualizan que pueden ser madres subrogadas gestantes sólo las mujeres entre 25 y 35 años que tienen, al menos, un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre, habiendo adquirido plena información acerca del proceso, previa a la manifestación de su consentimiento informado.

---

<sup>2</sup> Grupo de Información en Reproducción Elegida, *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, GIRE, 2017.

<sup>3</sup> Congreso del Estado Libre y Soberano de Sinaloa, Código Familiar del Estado de Sinaloa, Sinaloa, México, *Periódico Oficial del Estado de Sinaloa*, 2017.

JUAN MANUEL VÁZQUEZ BARAJAS

## B. Regulación de la maternidad subrogada (ámbitos internacional, nacional y local)

Si bien no existe un marco internacional específico que verse acerca de la maternidad subrogada, en 2018, la Relatora Especial de las Naciones Unidas destacó que las instituciones nacionales de derechos humanos y las organizaciones de la sociedad civil deben transmitir la preocupación por las potenciales adopciones ilegales y los acuerdos comerciales de maternidad subrogada internacional; esto, con la finalidad de no legitimar la venta de niñas y niños a través de figuras como la gestación subrogada.<sup>4</sup>

A nivel continental, la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>5</sup> en su artículo 17, reconoce el derecho de la mujer y el hombre a fundar una familia; esto da pie a la obligación de los Estados firmantes, México incluido, a salvaguardar los derechos de las personas a fundar una familia y el compromiso del Estado de garantizar los medios necesarios para que las personas puedan formar una familia.

El artículo 4o. constitucional establece que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijas e hijos. De la misma forma, puntualiza que en todas las disposiciones, decisiones y actuaciones del Estado, se velará por el interés superior de las niñas y niños; es decir, que el Estado garantizará de manera plena sus derechos, así como que el Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de niñas y niños.<sup>6</sup>

Entonces, surge la premisa de la protección del derecho a formar una familia, así como el número y espaciamiento de hijas e hijos, lo que a mi consideración incluye el derecho a ser madre o padre, no obstante los retos reproductivos, como lo es el caso de la infertilidad o esterilidad,

---

<sup>4</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, Naciones Unidas, 2017.

<sup>5</sup> Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA, 1969.

<sup>6</sup> Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, *Diario Oficial de la Federación*, 1917.

parejas del mismo sexo que desean tener hijos y personas que no viven en pareja y aspiran a ser madres o padres.

Por otra parte, la Ley General de Salud (artículo 67) especifica que la planificación familiar tiene un carácter de prioritario, los servicios que se presten en esta materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijas e hijos con pleno respeto a su dignidad. En este artículo únicamente se incluyen acciones y estrategias encaminadas prioritariamente a anticonceptivos, y menciona que se impulsará la investigación en materia de infertilidad.<sup>7</sup>

A mi consideración, en este apartado de la Ley General de Salud se podrían incorporar acciones específicas en caso de infertilidad y esterilidad, como en el caso de la gestación subrogada.

Como se mencionó anteriormente, las legislaciones locales de Sinaloa y Tabasco consideran la modalidad de gestación subrogada. El artículo 380 bis del Código Civil de Tabasco puntualiza que la gestación por contrato admite las modalidades de subrogación (la gestante será inseminada por sus propios óvulos) y sustituta (únicamente gestará). Define con claridad las características que deben reunir quienes deseen ser contratadas como gestantes, establece la edad mínima y máxima (25-35 años), limita la contratación de una gestante únicamente a parejas heterosexuales de ciudadanía mexicana, estipula que las clínicas de reproducción humana asistida deberán ser acreditadas por la Secretaría de Salud, y especifica que el asentamiento de la o el recién nacido se realizará mediante la figura de adopción plena aprobada.<sup>8</sup>

El Código Familiar del Estado de Sinaloa,<sup>9</sup> en su artículo 282, define a la reproducción humana asistida como el conjunto de prácticas clínicas y biológicas, para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante el conjunto de técnicas científicamente acreditadas, autorizadas por la Secretaría de Salud, y realizadas con la intervención del personal de la

---

<sup>7</sup> Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Ley General de Salud, México, *Diario Oficial de la Federación*, 1984.

<sup>8</sup> Congreso del Estado Libre y Soberano de Tabasco, Código Civil para el Estado de Tabasco, Tabasco, México, *Periódico Oficial del Estado de Tabasco*, 2015.

<sup>9</sup> Congreso del Estado Libre y Soberano de Sinaloa, *op. cit.*

JUAN MANUEL VÁZQUEZ BARAJAS

salud,<sup>10</sup> constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos, de uno o ambos sexos; además de la reproducción de cigotos, y embriones, que permita la procreación fuera del proceso natural, de la pareja infértil o estéril.<sup>11</sup>

En esta misma legislación se especifica que se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heterogénea. Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por los cónyuges o concubinos, y por fecundación heteróloga aquella en que al menos uno de los gametos es donado por un tercero.

Este artículo del Código Familiar de Sinaloa puntualiza que sólo será válido el consentimiento expresado en vida del disponente primario, con las formalidades que la Ley exige, para efectos de inseminación *post mortem*.

Por su parte, el Código Familiar de Sinaloa admite diversas modalidades de maternidad de sustitución:

- 1) *Subrogación total*. La mujer gestante aporta sus propios óvulos.
- 2) *Subrogación parcial*. Únicamente se es gestante.
- 3) *Subrogación onerosa*. Se considera un servicio, una mujer acepta embarazarse en lugar de otra.
- 4) *Subrogación altruista*. Una mujer acepta gestar de manera gratuita.

El mencionado código estipula las características que deberá reunir la mujer que desee ser gestante, que quienes donen esperma u óvulos no podrán reclamar la progenitura, las y los profesionales de salud informarán ampliamente a las personas contratantes, el instrumento para la

---

<sup>10</sup> Se considera como personal de salud a las personas que trabajan en la prestación de servicios de salud, ya sea como practicantes individuales o como empleados de instituciones y programas de salud, aunque no tengan entrenamiento profesional (caso de la partería), y estén o no sujetos a la regulación pública (Descriptores en Ciencias de Salud, OPS-OMS-BIREME, disponible en: <http://decs.bvs.br/cgi-bin/wxis1660.exe/decsserver/>).

<sup>11</sup> Los Descriptores en Ciencias de la Salud definen a la infertilidad como la capacidad reducida o ausente de reproducción, mientras que la esterilidad es una condición permanente (Descriptores en Ciencias de Salud, OPS-OMS-BIREME, disponible en: <http://decs.bvs.br/cgi-bin/wxis1660.exe/decsserver/>).

maternidad subrogada sólo podrá ser suscrito por ciudadanas y ciudadanos mexicanos.<sup>12</sup>

Por otra parte, el Código Civil para el Estado de Tabasco<sup>13</sup> admite dos modalidades para la gestación por contrato:

- 1) *Subrogada*: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue al recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena.
- 2) *Sustituta*: implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante.

#### a. De las gestantes

Ambas legislaciones guardan similitudes y diferencias entre sí; por ejemplo, Tabasco y Sonora puntualizan que las mujeres gestantes deben acreditar vivir en un entorno estable y libre de violencia; para el caso de Sinaloa, esto se acredita mediante una visita domiciliaria. No debe vivir con adicciones, tener entre 25 y 35 años, dar un consentimiento voluntario, no haber estado embarazada un año previo a la implantación y no someterse a dos gestaciones consecutivas.

Para el caso de Sinaloa, estipula que las posibles gestantes deben contar con una condición económica y social favorable, tener buena salud psicosomática, acreditar que tenía al menos un hijo consanguíneo sano. Hace la aclaración de que las personas casadas no podrán donar esperma u óvulos para la implantación, las mujeres gestantes no podrán reclamar la progenitura, únicamente con el consentimiento del cónyuge (es decir, una madre soltera no podría reclamar la progenitura). De la misma forma, pueden acceder a la custodia únicamente por incapacidad o muerte de los contratantes, con anuencia del cónyuge.

Por su parte, Tabasco especifica que la gestante podrá adoptar a la persona menor de edad producto de la gestación por contrato sólo por la muerte de los contratantes, la Secretaría de Salud determinará el per-

<sup>12</sup> Congreso del Estado Libre y Soberano de Sinaloa, *op. cit.*

<sup>13</sup> Congreso del Estado Libre y Soberano de Tabasco, *op. cit.*

JUAN MANUEL VÁZQUEZ BARAJAS

fil médico, psicológico y social de las mujeres que serán madres gestantes, les es permitido donar óvulos mediando conocimiento del cónyuge (anexo, tabla 1).

### *b. De las personas contratantes*

Estas legislaciones pueden resultar discriminatorias, de acuerdo con la lógica de esta disertación, al negarles a parejas del mismo sexo, personas solteras o extranjeras, el derecho humano a formar una familia, así como a decidir el número de hijas e hijos que criarán. Esto, debido a que en ambos se hace uso de un lenguaje que alude a la posibilidad de ser contratantes únicamente si se trata de parejas heterosexuales, casadas y mexicanas; es decir, una mujer soltera y estéril no podría ni siquiera pensar en llevar a cabo un contrato de gestación subrogada. En contraparte, las gestantes deben estar casadas; además, el instrumento de la subrogación deberá ser firmado también por el cónyuge o concubino de la misma.

Si bien estas legislaciones se pueden considerar un avance en materia de gestación subrogada, también son discriminatorias, al limitar el acceso de este tipo de contratos a personas que reúnen ciertos requisitos; es decir, si una mujer soltera y estéril desea tener una hija o hijo, no lo podrá hacer, por esas dos razones. También se suscitan casos del mismo tipo de discriminación para parejas conformadas por personas del mismo sexo (anexo, tabla 2).

### *c. Asentamiento de la persona recién nacida*

Las legislaciones de Tabasco y Sinaloa sí contemplan mecanismos para garantizar el registro de las personas nacidas producto de contratos de gestación subrogada; pero para el caso de Coahuila y Querétaro, que no reconocen los contratos y asignan la filiación a la mujer gestante, vulneran los derechos humanos de las niñas y niños producto de los acuerdos, pues no brindan alternativas en caso de que quien gestó a la persona menor de edad no acepte la filiación ni las responsabilidades atribuidas a ella.

Para las restantes 29 entidades federativas, donde se llevan a cabo contratos de gestación subrogada, no se reconoce la personalidad jurídica de las personas recién nacidas, pues en apego al amparo en revisión 553/2018, se establece que la ausencia de regulación no debe erigirse como un impedimento para el reconocimiento, protección y vigencia de los derechos fundamentales de las personas, que no deberán restringirse ni suspenderse. Por ello, todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar y garantizar los derechos humanos, principalmente cuando se trata de salvaguardar el interés superior de niñas y niños.<sup>14</sup>

Entonces, es necesario priorizar el derecho a la identidad de la persona menor de edad involucrada y atender su interés superior, tal como lo estipula el artículo 4o. constitucional. Los menores de edad tienen derecho a ser registrados, con independencia del reconocimiento jurídico o no de la gestación subrogada (anexo, tabla 3).

#### *d. Instrumento de la gestación (contrato)*

Para los casos de Tabasco y Sinaloa, se puntualiza que estos acuerdos abordan derechos y obligaciones personalísimas, por lo que no hay lugar para la representación legal, mas sí pueden ser asesoradas por abogadas o abogados.

Además de lo anterior, en Tabasco el instrumento debe contener la firma de las personas contratantes y de la mujer gestante (así como la de su cónyuge, de ser el caso); se hará uso de una o un intérprete; en caso de ser necesario, deberá ser signado ante un notario público; las personas contratantes deberán presentar un dictamen médico que certifique la imposibilidad de gestar hijas o hijos propios; debe ser aprobado por el juez competente. El incumplimiento del contrato puede iniciar un procedimiento judicial no contencioso; el contrato reconoce el vínculo entre contratantes, gestante y producto de la gestación. En el instrumento se aclara que la mujer gestante y su cónyuge o concubino renuncian al parentesco con el recién nacido. Este contrato se debe no-

---

<sup>14</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 553/2018, Ciudad de México, SCJN, 2018.

JUAN MANUEL VÁZQUEZ BARAJAS

tificar a la Secretaría de Salud; será permitida la implantación de hasta dos embriones en el mismo procedimiento.

Para el caso de Sinaloa, quienes deben firmar el contrato son las personas contratantes, mujer gestante, intérprete, notaria o notario público y director del hospital; puntualiza que en el instrumento se plasmará su voluntad indubitable y expresa. El instrumento será notificado tanto a la Secretaría de Salud como al Registro Civil.

En caso de la existencia de este tipo de acuerdos, la filiación será otorgada a la persona que gestó a la o el menor de edad. Las entidades federativas restantes guardan silencio respecto de este tipo de contratos que se realizan en todo el país sin que medie regulación de por medio (anexo, tabla 4).

#### *e. Nulidad del contrato*

Para los casos de Tabasco y Sinaloa, los contratos serán considerados nulos en caso de la existencia de algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas, no cumplir con los requisitos y formalidades señalados en los códigos, cláusulas que vayan en contra del interés superior de niñas y niños o atenten contra la identidad humana; también en caso de que haya existido dolo respecto de la identidad de las personas contratantes por parte de la mujer gestante, existencia de cláusulas que vulneren el orden social o el interés público. Se puntualiza que la nulidad del contrato no exime a las partes contratantes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia.

La única diferencia entre ambos códigos es que, para el caso de Tabasco, es causal de nulidad del contrato el hecho de que intervengan agencias, despachos o terceras personas (anexo, tabla 5).

#### *f. Responsabilidades*

Ambas legislaciones guardan en común que se garantiza están a salvo los derechos de las dos partes para demandar civilmente los daños ocasionados, la mujer gestante puede demandar a los contratantes el pago de gastos médicos consecuencia de patologías genéticas y las que

deriven en una inadecuada atención médica. De la misma forma, se puntualiza que se fincarán responsabilidades civiles a médicas o médicos que implanten embriones sin consentimiento.

Además de lo que se ha especificado, en Tabasco se aclara que las personas contratantes deben garantizar una póliza de gastos médicos mayores que cubran los gastos del embarazo, parto y puerperio a favor de la gestante. Los notarios públicos serán separados de su cargo cuando certifiquen contratos sin apego a las disposiciones jurídicas aplicables.

Como es posible notar, los estados de Sinaloa y Tabasco garantizan un mínimo de criterios para salvaguardar derechos fundamentales en caso de presentarse acuerdos de gestación subrogada. En el resto de las entidades, se pone en riesgo y se vulnera el interés superior de niñas y niños, el de las mujeres gestantes y de las personas contratantes, pues la normatividad vigente les deja en estado de indefensión en caso de desear llevar a cabo este tipo de contratos (anexo, tabla 6).

#### *g. Clínicas de reproducción humana asistida*

En ambos casos se puntualiza que las clínicas deben solicitar la acreditación de las personas que intervendrán en el proceso de gestación subrogada. Aunado a lo anterior, la legislación de Tabasco estipula que tanto las clínicas como el personal médico deberán estar acreditados por la Secretaría de Salud y contar con las licencias sanitarias correspondientes, los hospitales deberán informar del nacimiento producto de la gestación por contrato tanto a la Secretaría de Salud como al Registro Civil durante las primeras veinticuatro horas, el personal de medicina que realice las implantaciones y las fecundaciones debe estar acreditado por la Secretaría de Salud para realizar las prácticas correspondientes; estas clínicas deben informar a las gestantes acerca de los posibles riesgos médicos y legales; en estos locales se respetará la identidad de las personas que intervengan en la implantación.

Para el caso de Sinaloa, se detalla que las clínicas deben informar de riesgos médicos y legales de la gestación por contrato, así como apearse al secreto profesional en el desempeño de sus labores (anexo, tabla 7).

JUAN MANUEL VÁZQUEZ BARAJAS

#### *h. De las médicas y los médicos tratantes*

Para el caso de Tabasco y Sinaloa, se menciona que las secretarías de salud de las mencionadas entidades serán las encargadas de supervisar las clínicas y el personal de salud que intervengan en los procesos de gestación subrogada, mas no puntualiza nada respecto de que los procedimientos médicos sean llevados a cabo en instituciones públicas de salud, lo que garantizaría plenamente el acceso a toda la ciudadanía a los servicios de reproducción asistida, y, por ende, al total cumplimiento del derecho a decidir el número y espaciamiento de sus hijas e hijos.

El especificar que deben contratarse seguros de gastos médicos mayores para cubrir los requerimientos de las gestantes durante el embarazo limita a pocos sectores de la sociedad al acceso a los beneficios de la gestación subrogada. Una persona sin los recursos económicos suficientes verá negado su derecho a formar una familia (anexos, tabla 8).

### *C. Reconocimiento de derechos humanos*

#### *a. Derecho humano a tener hijas, hijos y formar una familia*

La Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, llevada a cabo el 8 de noviembre de 1999, estipula en el apartado “Derechos de procreación y salud reproductiva”, que los gobiernos deben adoptar medidas para asegurar el derecho básico a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de las hijas e hijos, así como disponer de la información, educación y medios para lograrlo.

Lo anterior implica que se provea a la población que así lo solicite, tanto de métodos anticonceptivos como de técnicas de reproducción asistida. Así, surge la necesidad de un nuevo derecho humano: a tener hijas, hijos y formar una familia. Todo esto como parte de del cumplimiento integral de los derechos sexuales y reproductivos.

A este respecto, el amparo en revisión 553/2018 emitido por la SCJN, considera que el derecho a convertirse en madre o padre se entiende dado a toda persona, sin distinción en cuanto a preferencia sexual, por

lo que debe reconocerse el derecho a las parejas homosexuales para acceder a los adelantos de la ciencia en materia de reproducción asistida, y a convertirse en padres o madres a través de esos métodos.<sup>15</sup>

#### *b. Derecho de las niñas y niños a la familia e identidad*

El artículo 8o. de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula que los Estados firmantes están comprometidos a respetar el derecho de niñas, niños y adolescentes a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando una niña o niño sea privada o privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad, por lo que es obligación de los Estados firmantes proteger y, si es necesario, restablecer la identidad de la niña o niño, si éste hubiera sido privado en parte o en todo de la misma (nombre, nacionalidad y vínculos familiares).<sup>16</sup>

Diversas naciones se han negado a legislar la gestación por sustitución, pues no consideran que sea de orden público, mas sí lo regulan preponderando la protección del interés superior del menor, el respeto a sus derechos a la identidad, a la vida privada, a una familia y a intereses patrimoniales. Esto tiene como consecuencia evitar que niñas y niños nacidos de acuerdos de maternidad subrogada se vean privados de padres, estatus legal, bienestar físico, psicológico y debida protección en todos los ámbitos de su vida.<sup>17</sup>

Las entidades federativas suelen definir la filiación en términos de vínculo genético; lo ideal es que los que cumplan con las obligaciones producto de la filiación, es que los que cumplan con ellas sean los padres biológicos; no obstante, insistir en que sea así en todos los casos puede poner en peligro el desarrollo adecuado de la persona menor de

---

<sup>15</sup> *Idem.*

<sup>16</sup> Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Convención sobre los Derechos del Niño, UNICEF, 1989.

<sup>17</sup> Martínez Martínez, Verónica Lidia, "Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México", *Dikaion*, vol. 24, núm. 2, 2015, pp. 353-382.

JUAN MANUEL VÁZQUEZ BARAJAS

edad y su interés superior, tal como lo razonó la SCJN en el amparo en revisión 553/2019.<sup>18</sup>

### c. *Derecho a la reproducción asistida*

Alda Facio enfatiza que si bien no existe un único documento que regule los derechos sexuales y reproductivos, entre los que considero el derecho a formar una familia, a nivel internacional, son múltiples las convenciones y tratados que los abordan.

Se podría decir que en la materia aún se está innovando, acorde a los cambios políticos y económicos que se suscitan en las sociedades contemporáneas; por ejemplo, el concepto de la determinación libre del número y espaciamiento de hijas e hijos es relativamente nuevo, pues se mencionó apenas en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, celebrada en Teherán en 1968.<sup>19</sup>

La misma autora menciona algunos derechos humanos considerados vinculados con la salud y seguridad sexuales y reproductivas, y para fines de esta presentación, considero que se vinculan con la gestación subrogada, tales como el derecho a realizar un plan de procreación con asistencia médica, el derecho de toda persona a decidir libremente y sin interferencias arbitrarias, sobre sus funciones reproductivas, derecho a la no discriminación en la esfera de la vida y la salud reproductiva (como lo es en el caso de las legislaciones que limitan el acceso a los instrumentos de gestación subrogada a parejas heterosexuales), el derecho a tener capacidad para prestar consentimiento para fundar una familia, el derecho de las personas a ser informadas acerca de sus derechos y responsabilidades en materia de sexualidad, y, de manera primordial, el derecho a disfrutar el progreso científico en el área de reproducción humana.

Tal y como lo menciona el amparo en revisión 553/2018, hay quienes defienden la práctica de la gestación subrogada teniendo como base principal el derecho a la procreación y el acceso a las nuevas tecnolo-

---

<sup>18</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*

<sup>19</sup> Facio, Alda, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

gías en materia de reproducción humana, así como la defensa del derecho a la libre determinación de las personas y su privacidad.<sup>20</sup>

#### 4. Limitaciones del estudio/implicaciones

Considero que la principal limitación del estudio fue que sólo se llevó a cabo una investigación documental; se espera en una segunda fase del estudio, realizar trabajo de campo y entrevistas con personas que han sido tanto contratantes como gestantes, con la finalidad de conocer sus perspectivas, desde la experiencia, de lo que es necesario legislar en materia de gestación por contrato.

#### 5. Valor y originalidad

##### A. Necesidad de legislación

Es prioritario regular en México la gestación subrogada, pues este vacío legal limita el derecho humano de las personas a decidir el número de hijos que desean criar, lo que se traduce en el pleno goce del derecho a la salud reproductiva. Esta normativa también garantizará el derecho de los niños, producto de los contratos de subrogación, a la identidad y a desarrollarse en un entorno familiar. Se considera necesaria esta regulación, pues los casos de gestación subrogada sin que medie un contrato legalizado existen en nuestro país; esto pone en riesgo a las mujeres gestantes, pero lo es más para las niñas y niños producto de estos acuerdos; además, las legislaciones locales vigentes resultan discriminatorias, al excluir de la posibilidad de ser contratantes a parejas homosexuales, personas solteras y extranjeras.

Cabe mencionar que la exclusión de personas de nacionalidades distintas es triplemente discriminatoria, pues un derecho humano, como lo es el derecho a formar una familia, no tiene territorialidad, ya que todas las personas adquieren los mismos derechos humanos en cuanto ingresan al territorio nacional.

---

<sup>20</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*

JUAN MANUEL VÁZQUEZ BARAJAS

Todo lo anterior representa un riesgo, principalmente, para el completo acceso de los derechos de niñas y niños, pues la existencia de estos acuerdos sin que medie una regulación los coloca en situación de vulnerabilidad, al dejarlos en indefensión ante su posible no registro en caso de que no se defina con claridad la filiación de estas personas menores de edad. La no legislación en la materia no significa que no se lleven a cabo tratos con acuerdos verbales, por ejemplo.

La investigadora Verónica Martínez, de la UNAM, puntualiza que otras concepciones de este tipo de maternidad son la prestación de servicios (gestación) y de cosa (en caso de que también proporcione el óvulo que será fecundado). Concluye la necesidad del establecimiento de un nuevo contrato de maternidad subrogado, pues las características del hecho son particulares. Este contrato debe tomar en cuenta si se hará de manera altruista o por medio de un pago, los medios y modalidades de inseminación, la renuncia de la gestante a los derechos filiales respecto de la o el menor que ha parido, así como para evitar casos ya documentados, las especificaciones de la entrega de la o el bebé a la persona o personas contratantes.

Algunas posturas más radicales puntualizan que no es posible regular a la maternidad subrogada por medio de un contrato, pues los embriones, gametos o cuerpo humano no pueden ser objeto de contrato.<sup>21</sup> Esto se traduciría en la necesidad de formular un instrumento específico que regule la maternidad subrogada.

### B. *Críticas a la gestación subrogada*

Las principales críticas a la maternidad subrogada radican en que se han suscitado estos contratos entre personas en condiciones de desigualdad, como es el caso de mujeres de escasos recursos en Tabasco y personas de clase media alta de Estados Unidos y Europa (pues solventar los gastos que implican este tipo de contratos son elevados), lo que resulta en relaciones de explotación de estas mujeres de bajos recursos, pues en un entorno precarizado, en el que las opciones laborales son limitadas y con salarios bajos, no eligen de manera “libre y voluntaria”

---

<sup>21</sup> Martínez-Martínez, Verónica Lidia, *op. cit.*

el ser gestantes sustitutas. Las condiciones sociales y económicas que imperan en un país como México orillan u obligan a las mujeres a optar por participar en este tipo de contratos. Se aspira a que este tipo de contratos sea efectuado entre personas en similitud de condiciones, en las que no medie la pobreza.

No es posible considerar al contrato como de “arrendamiento”, pues el vientre humano no es “una cosa”. Otras posturas mencionan que este tipo de maternidad es una prestación de una conducta de contenido complejo, que comprende deberes de diligencia, vigilancia médica, régimen alimenticio y vida ordenada, entre otras.<sup>22</sup>

Por lo anterior es que algunas perspectivas legislativas consideran a la gestación sustituta como explotación de mujeres con fines reproductivos y trata de personas, que considera práctica delictiva similar a la prostitución. Estiman que da pie a una industria millonaria dedicada a rentar mujeres como “pie de cría” y a traficar bebés tanto dentro como fuera de las fronteras nacionales.<sup>23</sup>

Las posturas del feminismo, en este contexto, se agrupan en torno a dos perspectivas; una, quienes la califican como una forma de explotación capitalista, patriarcal, colonizadora sobre las mujeres, que terminan siendo percibidas como objetos, como se mencionó anteriormente, como incubadoras o vasijas, estableciendo así un vínculo paralelo con la prostitución, la esclavitud y la trata de personas.

La otra postura defiende el argumento de que la gestación para otras personas puede ser vista como un proceso de ayuda mutua entre mujeres, una de las cuales es infértil y la otra con “la voluntad de aportar su capacidad genésica”.

Ambos enfoques coinciden en que si continúa sin ser regulada esta práctica, se corre el riesgo de que se susciten casos de explotación de mujeres que viven en condiciones de vulnerabilidad social y económica, principalmente si provienen de países, entidades o regiones en condiciones de desventaja respecto del origen y estatus de los padres intencionales.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> *Idem.*

<sup>23</sup> Olavarría, María Eugenia, *La gestante sustituta en México y la noción de trabajo reproductivo*, México, Colmex, 2018, pp. 1-31.

<sup>24</sup> *Idem.*

JUAN MANUEL VÁZQUEZ BARAJAS

De esto concluyo la necesidad de legislar estas prácticas. Los peligros de no hacerlo son mayores a que se perpetúen los riesgos de explotación en que viven las mujeres de bajos recursos interesadas en llevar a cabo este tipo de contratos.

### C. Riesgos críticos de la no regulación de la MS

Han sido diversos los casos documentados en la prensa de mujeres que no reciben la totalidad del pago acordado o en los que el bebé nació con severos problemas de salud y fue “abandonado” por los padres contratantes, quedando al cuidado de la mujer que lo gestó. Esto evidencia el aspecto más preocupante de la no regulación de la maternidad subrogada, pues deja en estado de indefensión a las y los menores de edad producto de estos acuerdos, y que nacen, por ejemplo, con problemas de salud, contraviniendo el interés superior de niñas y niños.

En el estado de Tabasco han salido a la luz casos de clínicas que han sido clausuradas por no operar en apego a las normativas sanitarias, con médicas y médicos sin título, agencias (que contactan a las mujeres con posibles contratantes) que cierran intempestivamente o que llegan a secuestrar a las gestantes subrogadas en viviendas compartidas con más mujeres.<sup>25</sup>

Basta con hacer una sencilla búsqueda por medio de Internet para conocer de múltiples casos exitosos y no exitosos de maternidad subrogada alrededor del mundo; estas búsquedas retratan los riesgos de la no regulación de este tipo de contratos o acuerdos, que conllevan el peligro de convertirse en un mercado de venta de niñas y niños nacidos por medio de la gestación subrogada, comercial internacional. Además, no brinda seguridad jurídica a la gestante, en caso de alguna complicación médica producto del acuerdo, durante el embarazo, parto o puerperio.

La Relatora Especial sobre la venta de niños, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, puntualiza que el persistente vacío normativo con relación a los acuerdos internacionales de maternidad subrogada

---

<sup>25</sup> Santos, Yaiza, “Retrato de la maternidad subrogada en México”, *El País*, Madrid, 2016.

comercial coloca a las niñas y niños nacidos mediante esta modalidad, en una grave situación de vulnerabilidad, pues este vacío normativo puede desembocar en adopciones ilegales o venta de personas menores de edad.

De lo anterior, la Relatora Especial de las Naciones Unidas invita a todos los Estados a que

...pongan especial cuidado en el uso de las órdenes de adopción para establecer una relación padre-hijo en los casos de gestación subrogada comercial internacional y se cercioren de que la orden de adopción sea compatible con los derechos y el interés superior del niño, a fin de evitar la adopción ilegal de niños nacidos mediante la gestación subrogada comercial internacional.<sup>26</sup>

Como es posible notar, de no regularse este tipo de acuerdos o contratos, se corre el riesgo de caer en casos de explotación o secuestro de las gestantes sustitutas. Casos de MS en las entidades federativas.

## 6. Propuestas y conclusiones

Por todo lo anteriormente expuesto, considero importante que se regule la maternidad subrogada en todo el territorio nacional por medio de una reforma al artículo 4o. constitucional, en el que se regule a nivel federal en la materia y sea especificado que el Estado también considerará prioritario solventar los retos reproductivos de la población que así lo requiera.

De la misma forma, considero necesario que sea estipulado a nivel constitucional que Congreso de la Unión será el único facultado para regular la reproducción asistida, los derechos de filiación que emanen producto de los acuerdos de gestación subrogada, así como las normativas que sean necesarias para protección de derechos tanto de las gestantes como de las contratantes (artículo 73 constitucional). La redacción propuesta es la que sigue:

---

<sup>26</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *op. cit.*

JUAN MANUEL VÁZQUEZ BARAJAS

MODIFICACIONES CONSTITUCIONALES PARA REGULAR  
 LA GESTACIÓN SUBROGADA

<i>Actual</i>	<i>Propuesta</i>
<p><i>Artículo 4o. constitucional</i>                      Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.</p>	<p>Toda persona, sin distinción por estado civil, nacionalidad ni preferencia sexual, tiene derecho a formar una familia, así como a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijas e hijos.                      El Estado garantizará que todas las personas tengan acceso a los medios y técnicas médicas necesarias, tales como la reproducción humana asistida y la gestación subrogada, para el cumplimiento pleno del derecho humano a formar una familia. De la misma forma, garantizará plenamente el derecho a la identidad y a la familia de las niñas y niños producto de acuerdos de gestación subrogada, así como la protección plena de los derechos humanos de las mujeres gestantes y las personas que requieran de este tipo de acuerdos.</p>
<p><i>Artículo 73 constitucional</i>                      El Congreso tiene la facultad (adicionar una facultad al Congreso):</p>	<p>De legislar a nivel nacional, como una competencia federal, en las leyes correspondientes el derecho al ejercicio de la maternidad subrogada.</p>

A este respecto, propongo incluir un artículo transitorio, en la reforma constitucional, en el que se otorguen noventa días a las legislaturas locales para derogar de sus códigos y leyes, tanto civiles como familiares, cualquier legislación respecto de la maternidad o gestación subrogada.

De la misma forma, considero prioritario proponer una reforma a la Ley General de Salud, en la que se incluyan en el Sistema Nacional de Salud a todas aquellas acciones y programas necesarios para contribuir al ejercicio de los derechos de cualquier persona, con independencia de su estado civil o de su preferencia u orientación sexual, a decidir el número de hijas o hijos que se desean procrear por medio de técnicas de reproducción asistida, lo que incluiría la gestación por contrato.

## 7. Anexo. Análisis de las legislaciones vigentes en materia de maternidad subrogada (cuadros comparativos)

TABLA 1  
ACERCA DE LA CONDICIÓN DE LAS GESTANTES

<i>Tabasco</i>	<i>Sinaloa</i>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Entorno estable y libre de violencia.</li> <li>• Sin adicciones.</li> <li>• 25-35 años.</li> <li>• Consentimiento voluntario e informado.</li> <li>• No estar embarazada un año previo.</li> <li>• No dos gestaciones consecutivas.</li> <li>• Adopción, sólo por la muerte de contratantes.</li> <li>• SS determinará perfil médico, psicológico y social de la “madre gestante”.</li> <li>• Puede donar óvulos mediando conocimiento del cónyuge.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Entorno estable y libre de violencia, visita domiciliaria.</li> <li>• Sin adicciones.</li> <li>• 25-35 años.</li> <li>• Consentimiento voluntario.</li> <li>• No estar embarazada un año previo.</li> <li>• No dos gestaciones consecutivas.</li> <li>• Condición económica y social favorable.</li> <li>• Buena salud psicossomática.</li> <li>• Un hijo consanguíneo sano.</li> <li>• Personas casadas no donar esperma u óvulos.</li> <li>• No podrán reclamar progenitura, sólo con consentimiento del cónyuge.</li> <li>• Custodia sólo por incapacidad o muerte, con anuencia del cónyuge.</li> </ul>

TABLA 2  
REQUISITOS DE QUIENES ACUERDEN CONTRATO (CONTRATANTES)

<i>Tabasco</i>	<i>Sinaloa</i>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ciudadanía mexicana.</li> <li>• Pleno goce y ejercicio de sus derechos.</li> <li>• Mujer contratante, acreditar certificado médico imposibilidad de gestación (25-40 años).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ciudadanía mexicana.</li> <li>• Pleno goce y ejercicio de sus derechos.</li> <li>• Mujer contratante, acreditar certificado médico imposibilidad de gestación.</li> </ul>

JUAN MANUEL VÁZQUEZ BARAJAS

<i>Tabasco</i>	<i>Sinaloa</i>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Mujer gestante: acepta llevar en su útero la implantación de mórula, procurar bienestar del feto y cumplir con los requisitos establecidos por el código.</li> <li>• La relación concluirá con el nacimiento.</li> <li>• Contratantes y gestante se someterán a los estudios estipulados por la SS.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Mujer gestante: acepta llevar en su útero la implantación de mórula, procurar bienestar del feto.</li> <li>• La relación concluirá con el nacimiento.</li> <li>• Contratantes y gestante se someterán a los estudios estipulados por la SS.</li> </ul>

TABLA 3  
 ASENTAMIENTO DE LA PERSONA RECIÉN NACIDA

<i>Tabasco</i>	<i>Sinaloa</i>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Certificado de nacimiento expedido por médico autorizado, que asistiera en el nacimiento.</li> <li>• Formato especial expedido por la SS.</li> <li>• Constancia de la gestación asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana.</li> <li>• Asentamiento mediante la figura de adopción plena, aprobada por un juez competente.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Certificado de nacimiento expedido por médico autorizado, que asistiera en el nacimiento.</li> <li>• Formato especial expedido por la SS.</li> <li>• Constancia de la gestación asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana.</li> <li>• Filiación de progenitores biológicos.</li> </ul>

TABLA 4  
 INSTRUMENTO DE LA GESTACIÓN (CONTRATO)

<i>Tabasco</i>	<i>Sinaloa</i>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derechos y obligaciones personalísimas.</li> <li>• No lugar para la representación legal.</li> <li>• Pueden ser asesorados por abogados.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derechos y obligaciones personalísimas.</li> <li>• No lugar para la representación legal.</li> <li>• Firmantes: contratantes, gestante, intérprete, notario público, director del hospital.</li> </ul>

MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO: REGULACIÓN, PROBLEMÁTICA Y RECONOCIMIENTO...

<i>Tabasco</i>	<i>Sinaloa</i>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Firmantes: contratantes (madre y padre) y gestante (cónyuge, de ser el caso).</li> <li>• Intérprete, de ser necesario.</li> <li>• Firmado ante notario público.</li> <li>• Contratantes, dictamen médico.</li> <li>• Aprobado por el juez competente.</li> <li>• Procedimiento judicial no contencioso.</li> <li>• Reconoce el vínculo entre contratantes, gestante y el feto.</li> <li>• Gestante y cónyuge o concubino renuncian al parentesco con el recién nacido.</li> <li>• Instrumento será notificado a la SS.</li> <li>• Implantación de hasta dos embriones en un mismo procedimiento.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Voluntad indubitante y expresa.</li> <li>• Instrumento será notificado a la SS, al Registro Civil.</li> </ul>

TABLA 5  
 NULIDAD DEL CONTRATO

<i>Tabasco</i>	<i>Sinaloa</i>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Existencia de algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas.</li> <li>• No cumplir con los requisitos y formalidades señalados en el código.</li> <li>• Cláusulas contra el interés superior de niñas y niños y la dignidad humana.</li> <li>• Carece de validez cuando haya existido dolo respecto a la identidad de contratantes por parte de la mujer gestante.</li> <li>• Cláusulas contra el orden social y el interés público.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Existencia de algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas.</li> <li>• No cumplir con los requisitos y formalidades señalados en el código.</li> <li>• Cláusulas contra el interés superior de niñas y niños y la dignidad humana.</li> <li>• Carece de validez cuando haya existido dolo respecto a la identidad de contratantes por parte de la mujer gestante.</li> <li>• Cláusulas contra el orden social y el interés público.</li> </ul>

JUAN MANUEL VÁZQUEZ BARAJAS

<i>Tabasco</i>	<i>Sinaloa</i>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Nulidad no exime a las partes contratantes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia.</li> <li>• Intervengan agencias, despachos o terceras personas.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Nulidad no exime a las partes contratantes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia.</li> </ul>

TABLA 6  
RESPONSABILIDADES

<i>Tabasco</i>	<i>Sinaloa</i>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• A salvo sus derechos para demandar civilmente daños ocasionados.</li> <li>• Gestante puede demandar a contratantes el pago de gastos médicos (patologías genéticas y las que deriven en una inadecuada atención médica).</li> <li>• Responsabilidades civiles a médicos que implanten embriones sin consentimiento.</li> <li>• Contratantes, garantizar póliza de gastos médicos mayores que cubra los gastos del embarazo, parto y puerperio a favor de la gestante.</li> <li>• Separados de su encargo, notarios que certifiquen contratos sin apego a disposiciones jurídicas aplicables.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• A salvo sus derechos para demandar civilmente daños ocasionados.</li> <li>• Gestante puede demandar a contratantes el pago de gastos médicos (patologías genéticas y las que deriven en una inadecuada atención médica).</li> <li>• Responsabilidades civiles a médicos que implanten embriones sin consentimiento.</li> </ul>

TABLA 7  
CLÍNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

<i>Tabasco</i>	<i>Sinaloa</i>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Clínicas y personal médico, acreditados por la SS.</li> <li>• Clínicas, licencia sanitaria.</li> <li>• Hospitales deberán informar del nacimiento a la SS y Registro Civil, las</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Deben informar de los riesgos médicos y legales probables.</li> <li>• Apego al secreto profesional.</li> <li>• Deben solicitar acreditación personas que intervengan en el proceso.</li> </ul>

MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO: REGULACIÓN, PROBLEMÁTICA Y RECONOCIMIENTO...

<i>Tabasco</i>	<i>Sinaloa</i>
<p>24 horas de vida. Incluir copia del certificado nacimiento.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Personal de salud, acreditado por la SS para realizar la práctica.</li> <li>• Deben informar de los riesgos médicos y legales probables.</li> <li>• Respeto a la identidad de las personas que intervengan en la implantación.</li> <li>• Deben solicitar acreditación personas que intervengan en el proceso.</li> </ul>	

TABLA 8  
MÉDICAS Y MÉDICOS TRATANTES

<i>Tabasco</i>	<i>Sinaloa</i>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Extenderán los certificados médicos correspondientes.</li> <li>• Realizará exámenes previos a la transferencia necesarios.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Extenderán los certificados médicos correspondientes.</li> <li>• Realizará exámenes previos a la transferencia necesarios.</li> <li>• SS establecerá los estudios con los que gestante y contratantes garanticen su salud.</li> </ul>

## 8. Bibliografía

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, Naciones Unidas, 2017.

FACIO, Alda, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA, *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, GIRE, 2017.

JUAN MANUEL VÁZQUEZ BARAJAS

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Verónica Lidia, “Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México”, *Díkaion*, vol. 24, núm. 2, 2015.

OLAVARRÍA, María Eugenia, *La gestante sustituta en México y la noción de trabajo reproductivo*, México, Colmex, 2018.

SANTOS, Yaiza, “Retrato de la maternidad subrogada en México”, *El País*, Madrid, 2016.

*Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época,  
año VI, núm. 16, julio-diciembre de 2019

## Los aumentos de capital variable en la sociedad anónima

### *Variable capital increases in the corporation*

---

Guillermo Morales

RDP

#### RESUMEN

La modalidad de capital variable es ampliamente utilizada por las sociedades anónimas. Uno de los temas más contenciosos versa sobre el tipo de asamblea requerida para aprobar aumentos de capital en la parte variable y la necesidad de su publicidad en el Registro Público de Comercio. Este trabajo aborda tres recientes criterios jurisdiccionales y administrativos sobre dicha exigencia y analiza si la argumentación de ambos se sostiene a la luz de la Ley General de Sociedades Mercantiles, proponiendo un marco teórico para aclarar el tipo de asamblea necesaria para aprobar un aumento de capital en la parte variable, argumentando que existen ciertos aumentos cuyo único efecto es jurídico.

PALABRAS CLAVE: capital social, sociedad anónima, capital variable, aumentos de capital social.

#### ABSTRACT

The variable capital modality is widely used by corporations. The type of shareholder meeting required to approve variable capital increases and the need to register such increases in the Public Registry of Commerce are one of the most contentious topics. This article addresses

GUILLERMO MORALES

three recent judicial and administrative decisions over such requirements and analyzes the arguments used therein in light of the General Law of Commercial Companies, proposing a theoretical framework to assess what type of meeting is necessary to approve a variable capital increase and arguing that there are certain capital increases that only have legal effects.

KEY WORDS: capital stock, corporation, variable capital, capital increase.

## Sumario:

1. Introducción.
2. Antecedentes de los criterios judiciales.
  - A. Consideraciones del Tribunal.
  - B. Consecuencias de aceptar el argumento de la competencia exclusiva.
  - C. Consideraciones del colegiado.
  - D. Consecuencias de adoptar el argumento de especialidad de las normas.
  - E. Sobre la inscripción en el Registro Público de Comercio.
3. El principio de garantía del capital social.
  - A. ¿Para qué sirve la modalidad del capital variable?
  - B. El capital social al momento de la constitución.
4. Aplicación del artículo 182, fracción III.
  - A. Competencias de las asambleas de accionistas.
  - B. Aumento de capital y modificación de estatutos.
  - C. Tipos de aumentos de capital social.
5. Aplicación del artículo 216.
  - A. Fijación del aumento de capital.
  - B. Aumento de capital del contribuyente.
  - C. Forma y términos.
  - D. Inscripción en el RPC.
6. Conclusiones.
7. Bibliografía.

## 1. Introducción

El régimen del capital variable ha sido uno de los menos estudiados por la doctrina mexicana, a pesar de ser una de las modalidades más utiliza-

das por las sociedades anónimas. En este régimen, la práctica ha marcado la pauta; desde mi punto de vista, una pauta incorrecta.

Parte de la confusión radica en el campo de los aumentos de capital social variable. Esta confusión fue advertida desde finales del siglo pasado por Barrera Graf<sup>1</sup> e Iturbide Galindo<sup>2</sup> en dos estudios sobre el capital variable.

A pesar de ser un campo poco litigioso, tres recientes criterios judiciales y administrativos han abonado a la conversación —y también a la confusión—.

El primer criterio corresponde a la Sala Regional del Noroeste II del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (Sala),<sup>3</sup> que publicó una tesis bajo el siguiente rubro: “AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL, TRATÁNDOSE DE SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE. PARA SURTIR EFECTOS FRENTE A TERCEROS, LOS ACUERDOS DEBEN TOMARSE VÍA ASAMBLEA EXTRAORDINARIA Y PROTOCOLIZARSE ANTE NOTARIO PÚBLICO”.<sup>4</sup>

Este criterio causó significativo revuelo entre el gremio de fiscalistas y corporativistas, ya que es práctica común aprobar aumentos de capital variable mediante asamblea ordinaria, y, por lo tanto, no protocolizar los acuerdos ante notario público ni registrarlos en el Registro Público de Comercio.

Al criterio arriba señalado le siguió un criterio del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito (colegiado), que publicó una tesis aislada bajo el siguiente rubro: “SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE. PARA EL AUMENTO Y DISMINUCIÓN DE ÉSTE, ES INNECESARIO CELEBRAR UNA ASAMBLEA EXTRAORDINARIA”.<sup>5</sup>

Las tesis de la Sala y del tribunal colegiado no derivan del mismo litigio, pero sin duda alguna son reflejo de la discrepancia de criterios entre los abogados que practican en esta área del derecho.

<sup>1</sup> Barrera Graf, Jorge, “Variaciones del capital en las sociedades de capital variable”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XXXIV, núms. 136-137-138, julio-diciembre de 1984.

<sup>2</sup> Iturbide Galindo, Adrián R., *El régimen de capital variable en las sociedades anónimas*, México, Porrúa, 1985.

<sup>3</sup> Hoy en día denominado Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

<sup>4</sup> Tesis VII-TASR-NOII-9, *Revista del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, Séptima Época, Año III, núm. 19, febrero de 2013, p. 532.

<sup>5</sup> Tesis III.1o.A.29 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. IV, mayo de 2016, p. 2933.

GUILLERMO MORALES

Más recientemente, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (Prodecon) emitió el Acuerdo de Recomendación 1/2019 (recomendación), en el cual adopta la posición y argumentación del tribunal colegiado en su totalidad.

Uno de los puntos más contenciosos es con relación a la aplicabilidad del artículo 182, fracción III, de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM),<sup>6</sup> que establece que los aumentos y reducciones del capital social deben aprobarse en asamblea extraordinaria. Como se advierte de las tesis antes citadas, la discrepancia de criterios tiene como fuente la existencia de un conflicto normativo entre dicho artículo y los numerales 213 y 216, puesto que dichos artículos tienen “consecuencias jurídicas incompatibles entre sí”.<sup>7</sup>

Al respecto, tradicionalmente se ha establecido que “[a]ntes de declarar la existencia de una colisión normativa, el juzgador debe recurrir a la interpretación jurídica, con el propósito de evitarla o disolverla”,<sup>8</sup> y en caso de no ser posible, el operador jurídico debe solucionar la antinomia mediante la aplicación de los criterios jerárquico, cronológico, de especialidad o de competencia.<sup>9</sup>

Como se puede observar, los criterios de la Sala y el tribunal colegiado y la Prodecon divergen entre sí en cuanto al criterio a utilizar para resolver el aparente conflicto normativo —de ahí que lleguen a soluciones distintas al mismo problema—. Ante el conflicto normativo, el tribunal colegiado y la Prodecon consideran que debe desaplicarse el artículo 182, fracción III, mientras que la Sala considera que deben desaplicarse los artículos 213 y 216. Sin embargo, estas autoridades omiten realizar una interpretación que evite el conflicto normativo.

Este trabajo pretende realizar dicha interpretación, para así evitar el aparente conflicto normativo, e indicar la forma en la cual se podría utilizar la modalidad del capital variable sin violar otras disposiciones de la LGSM.

---

<sup>6</sup> En adelante, las referencias a artículos serán a la Ley General de Sociedades Mercantiles, salvo que se indique otra cosa.

<sup>7</sup> Tesis I.4o.C.220 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2788.

<sup>8</sup> *Idem*.

<sup>9</sup> *Idem*.

Para lo anterior, se analizará la sentencia emitida por la Segunda Sala Regional de Occidente del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (Tribunal) en el juicio de nulidad bajo el expediente 747/15-07-02-7, que fue recurrida ante el tribunal colegiado,<sup>10</sup> y la sentencia del tribunal colegiado en el amparo en revisión 351/2015, la cual derivó en la tesis antes citada.<sup>11</sup> Asimismo, se analizará y hará referencia a la recomendación de la Prodecon.

Después, se expondrán brevemente los subprincipios del capital social pertinentes a este problema, para luego analizar los artículos 182, fracción III, 213 y 216.

Por último, se explicará la forma en que debe operarse la modalidad del capital variable en la sociedad anónima y las implicaciones de la misma.

## 2. Antecedentes de los criterios judiciales

Antes de estudiar el fondo, es conveniente narrar los antecedentes del caso descritos en la sentencia del Tribunal y la sentencia del colegiado.

El 10 de enero de 2013,<sup>12</sup> la Administradora de Servicios Gipol, S. A. de C. V. (contribuyente) aprobó la emisión de acciones representativas de su capital variable que serían utilizadas para pagar cierta contraprestación por servicios a uno de sus accionistas.

El 7 de octubre de 2014, el Servicio de Administración Tributaria (SAT) emitió una resolución mediante la cual determinó un crédito fiscal por \$8,956,847.70 al contribuyente.<sup>13</sup>

El SAT consideró que dicho aumento no surtía efectos frente a terceros, por no haberse aprobado en asamblea general extraordinaria de accionistas (AGEA) conforme a lo previsto en el artículo 182, fracción III, ni haberse inscrito en el Registro Público de Comercio (RPC) conforme

<sup>10</sup> Sentencia del Juicio de Nulidad 747/15-07-02-7 dictada por la Segunda Sala Regional de Occidente del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa el 20 de mayo de 2015.

<sup>11</sup> Sentencia del Amparo Directo 351/2015 dictada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito el 23 de febrero de 2016.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>13</sup> Sentencia del Juicio de Nulidad 747/15-07-02-7, p. 1.

GUILLERMO MORALES

al artículo 21, fracción XIV, del Código de Comercio.<sup>14</sup> En consecuencia, el SAT desconoció el pago de la contraprestación por servicios, y, por lo tanto, el acreditamiento del impuesto al valor agregado correspondiente.

Una parte fundamental del estudio de este tema es la revisión de las disposiciones de los estatutos sociales del contribuyente aplicables al capital variable. Por su importancia, se transcribe el artículo seis de los estatutos sociales del contribuyente:

*El capital social de la sociedad es variable e ilimitado, teniendo como capital mínimo fijo la cantidad de \*\*, el que no necesariamente debe estar representado por una serie determinada de acciones y máximo ilimitado.*

*El capital social será susceptible de aumentarse y disminuirse por acuerdo de la asamblea general ordinaria de accionistas, excepto cuando se quiera disminuir o aumentar el capital mínimo fijo de la sociedad...*<sup>15</sup>

#### A. Consideraciones del Tribunal

El Tribunal concluyó que el artículo 182 establece ciertos asuntos que únicamente pueden tratarse en AGEA, entre las cuales se incluye el aumento o reducción del capital social (artículo 182, fracción III).

Por lo tanto, el Tribunal consideró que “al ser categórico tal numeral sobre el tema, *no puede sostenerse como lo pretende la actora, que tales aumentos puedan tratarse en una Asamblea Ordinaria, dado que tal tema forzosamente debe tratarse en una extraordinaria...*”<sup>16</sup>

Añadió que el acta de la AGEA debió haberse protocolizado ante fedatario público, conforme al artículo 194, e inscrito en el RPC, conforme al artículo 21, fracción XIV, del Código de Comercio.

Como se observa, el argumento del Tribunal descansa sobre la competencia exclusiva que tiene la AGEA en los asuntos señalados en el

<sup>14</sup> Es de hacerse notar que en la fecha en que se llevó a cabo la AGOA, el artículo 194 de la LGSM no establecía el requisito de que las AGEA tuvieran que ser inscritas en el RPC. Por lo tanto, la obligación de inscribir el acta recaía únicamente en el artículo 21, fracción XIV.

<sup>15</sup> Sentencia del Amparo Directo 351/2015, p. 52.

<sup>16</sup> Sentencia del Juicio de Nulidad 747/15-07-02-7, p. 13.

artículo 182. En adelante, se referirá a este argumento como el argumento de la competencia exclusiva.

### *B. Consecuencias de aceptar el argumento de la competencia exclusiva*

Si se acepta el argumento de la competencia exclusiva, la consecuencia es que el régimen del capital variable se vuelve inútil, ya que exige que para la modificación del capital social variable se sigan los mismos procedimientos y formalidades que las modificaciones del capital social fijo.

Adicionalmente, este argumento contravendría el propósito anunciado en la exposición de motivos de la LGSM, que en diversas ocasiones señala que el propósito de la modalidad del capital variable es hacer “más dúctil”<sup>17</sup> y “más flexible el sistema de la Ley”.<sup>18</sup>

Por lo tanto, se rechaza el argumento de la competencia exclusiva, pues anularía el propósito mismo de la modalidad del capital variable.

### *C. Consideraciones del colegiado*

El colegiado llega a la conclusión opuesta que el Tribunal. Argumenta que si bien es cierto que el artículo 182, fracción III, señala que los aumentos y disminuciones del capital social deben aprobarse en AGEA, el artículo 213 señala que en las sociedades de capital variable los aumentos y disminuciones se pueden realizar sin más formalidades que las previstas en el capítulo VIII de la LGSM.<sup>19</sup>

En consecuencia, el colegiado concluyó<sup>20</sup>

...que todas las disposiciones que no se encuentran contenidas en el mencionado capítulo [VIII] son aplicables a dichas sociedades por lo

---

<sup>17</sup> Exposición de motivos, p. 593.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 597.

<sup>19</sup> Sentencia del Amparo Directo 351/2015, p. 51.

<sup>20</sup> La Prodecon adopta esta conclusión en idénticos términos. Véase Acuerdo de Recomendación/1/2019, p. 6.

GUILLERMO MORALES

que toca a la modificación de su capital social mínimo, no así respecto del capital variable, pues la finalidad de dichas sociedades es permitir la facilidad de modificarlo de manera más rápida y sencilla.<sup>21</sup>

El colegiado utiliza el criterio de especialidad para resolver el aparente conflicto normativo, que señala que la norma especial deroga a la general. En adelante, se referirá a este argumento como el argumento de especialidad de las normas.<sup>22</sup>

Si se acepta el argumento de la especialidad de las normas, se le dota a las sociedades de capital variable la facilidad necesaria para modificar su capital social, y se hace útil el régimen del capital variable. No obstante, aceptar el argumento de la especialidad de las normas implica desconocer ciertas normas y principios rectores de la sociedad anónima.

#### *D. Consecuencias de adoptar el argumento de especialidad de las normas*

El problema fundamental con el argumento del colegiado es que desaplica todas las normas relacionadas con la modificación del capital si éstas no están en el propio capítulo VIII, y daría respuestas equivocadas a diversas preguntas.

Por ejemplo, ¿sería necesario exhibir parcialmente las acciones suscritas en un aumento de capital variable? Si se sigue el argumento de especialidad de las normas, la respuesta sería que no, puesto que el requisito de exhibir al menos el 20% del valor de la acción se encuentra en el artículo 89, fracción III, que se encuentra en el capítulo V. En consecuencia, ese requisito sería sólo aplicable a los aumentos de capital fijo, no así a los de capital variable.

Sin embargo, esa interpretación iría en contra de la intención del legislador contenida en la exposición de motivos de la LGSM, en donde se señaló que el adoptar la modalidad de capital variable no daría pie al “caso de que una anónima se presente ante el público con un capital

---

<sup>21</sup> Sentencia del Amparo Directo 351/2015, p. 53.

<sup>22</sup> Este criterio también es adoptado por la Prodecon. Véase Acuerdo de Recomendación/1/2019, p. 6.

que no ampare reales aportaciones en dinero”.<sup>23</sup> Si se sigue el argumento de especialidad de las normas, entonces se permitirían aumentos de capital social variable, sin que exista aportación alguna al capital social. En este sentido, tanto Mantilla Molina<sup>24</sup> como Barrera Graf<sup>25</sup> señalan que la obligación de realizar la exhibición parcial aplica a los aumentos de capital social variable.

### E. Sobre la inscripción en el Registro Público de Comercio

Como se comentó líneas arriba, el Tribunal consideró que el acta debió haberse protocolizado ante fedatario público e inscrito en el RPC. El requisito de inscripción derivó de la aplicación del artículo 21, fracción XIV, del Código de Comercio, puesto que al momento en que se celebró la AGOA del contribuyente, el artículo 194 no exigía la inscripción de las actas de las AGEA.

Ya que el colegiado consideró que era suficiente que el aumento se aprobara en AGOA, el colegiado señaló que no era necesario inscribir el acuerdo en el RPC, puesto que el artículo 194 establece que las actas de AGOA se deben asentar únicamente en el libro correspondiente.<sup>26</sup>

Ahora bien, la argumentación del colegiado se topa con lo previsto en el artículo 21, fracción XIV, del Código de Comercio, que señala que deberán inscribirse en el RPC “Las emisiones de acciones... de toda clase de sociedades”.

Si bien el artículo 194 de la LGSM no señala como requisito la inscripción de las actas de las AGOA, el Código de Comercio sí requiere que todas las emisiones de acciones deben inscribirse en el RPC. Por lo tanto, parecería que un aumento de capital variable en el cual se emitan acciones mediante AGOA debería quedar inscrito en el RPC para surtir efectos contra terceros.

---

<sup>23</sup> Exposición de motivos, p. 595.

<sup>24</sup> Mantilla Molina, Roberto, *Derecho mercantil*, 29a. ed., México, Porrúa, 1993, p. 358.

<sup>25</sup> Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, 2a. ed., México, Porrúa, 1991, p. 621.

<sup>26</sup> Este criterio también es adoptado por la Prodecon. Véase Acuerdo de Recomendación/1/2019, p. 8.

GUILLERMO MORALES

Para esquivar este resultado, el colegiado extendió el argumento de la especialización de las normas para desaplicar también el Código de Comercio, al señalar que “el artículo... 21, fracción XIV, y 27 del Código de Comercio... son aplicables, a los aumentos del capital social mínimo, no así del capital variable”.<sup>27</sup>

El problema con el razonamiento del colegiado es que el mismo argumento de especialidad de las normas también puede usarse a la inversa en este escenario. Es decir, se podría considerar que el artículo 21 del Código de Comercio es la norma especial relativa a la inscripción de actos jurídicos de las sociedades. En consecuencia, al haber un posible conflicto de normas entre el artículo 213 de la LGSM y el artículo 21 del Código de Comercio se debería aplicar la norma especial que señala los actos que deben ser inscritos en el RPC.

Por otra parte, sobre el artículo 21, fracción XIV, del Código de Comercio, la recomendación de la Prodecon concluye que “si bien éste señala que el aumento o disminución del capital mínimo fijo deberá ser inscrito en el Registro citado, *ello no implica que el capital variable deba tener el mismo tratamiento*”.<sup>28</sup> Esto, ya que “conllevaría a exigir mayores requisitos a los contribuyentes constituidos como sociedades de capital variable, siendo que precisamente ese tipo de sociedades tienen como finalidad agilizar los cambios o modificaciones de capital”.<sup>29</sup>

La argumentación de la Prodecon deja mucho qué desear. En primer lugar, cabe señalar que, al contrario de lo que argumenta la Prodecon, el artículo 21, fracción XIV, del Código de Comercio se refiere a “emisiones de acciones”, no a aumento o disminución del capital mínimo fijo. En segundo lugar, la Prodecon argumenta que dicho artículo no aplica, porque su aplicación implica más requisitos para las sociedades de capital variable; pero el artículo 213 señala que los aumentos y disminuciones del capital variable pueden realizarse “sin más *formalidades* que las establecidas por este capítulo”, no “sin más *requisitos*”.

En este sentido, ni el colegiado ni la Prodecon indican si la inscripción en el RPC es una formalidad de las dispensadas por el artículo 213. En

<sup>27</sup> Sentencia del Amparo Directo 351/2015, p. 56.

<sup>28</sup> Acuerdo de Recomendación/1/2019, p. 7.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 7 y 8.

otras palabras, no indican si realmente existe un conflicto entre el artículo 213 de la LGSM y el artículo 21, fracción XIV, del Código de Comercio.

Al respecto, la doctrina ha advertido sobre las diferencias entre las formalidades y la publicidad de los actos.<sup>30</sup> En particular, Barrera Graf señala que las formalidades son “requisitos legales que el sistema legal impone para la manifestación de la voluntad de las partes en el acto o negocio relativo; se trata de un elemento de existencia (actos solemnes) o de validez del negocio jurídico”,<sup>31</sup> mientras que la publicidad de los actos “no se trata de elemento alguno constitutivo de ellos [actos jurídicos] (como es la manifestación de la voluntad), sino de su exteriorización... [y] de producción de efectos en relación a terceros”.<sup>32</sup>

Reconociendo la diferencia entre formalidad y publicidad, es posible advertir que no existe conflicto alguno entre el artículo 213 de la LGSM y el artículo 21, fracción XIV, del Código de Comercio, puesto que tratan sobre requisitos distintos —el primero sobre las formalidades y el segundo sobre la publicidad—. Por lo tanto, al no existir un conflicto entre normas, no cabría la posibilidad de utilizar el criterio de especialidad de las normas para resolver este cuestionamiento.

### 3. El principio de garantía del capital social

Para entender la modalidad del capital variable, es indispensable tomar en cuenta los principios rectores del capital social, puesto que las normas de la LGSM deben ser interpretadas respetando dichos principios.

La doctrina ha identificado y desarrollado diversos principios que rigen al capital social, mismos que han sido reconocidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>33</sup> Para efectos de este trabajo, es conveniente enfocarse únicamente en el principio de garantía del capital social, en

<sup>30</sup> Barrera Graf, Jorge, “Variaciones del capital...”, *op. cit.*, p. 657; García Rendón, Manuel, *Sociedades mercantiles*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 1999, pp. 493 y 494.

<sup>31</sup> Barrera Graf, Jorge, “Variaciones del capital...”, *op. cit.*, p. 657.

<sup>32</sup> *Idem.*

<sup>33</sup> Sentencia dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Contradicción de Tesis 233/2009, pp. 54-58, que derivó en la jurisprudencia “RENTA. EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN II, DEL REGLAMENTO DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, VIGENTE HASTA EL 17 DE OCTUBRE DE 2003 (COINCIDENTE CON EL NUMERAL 54, FRACCIÓN II, DEL REGLAMENTO EN VIGOR),

GUILLERMO MORALES

particular, en los subprincipios de determinación, unidad del capital social y estabilidad.

El principio de garantía del capital social se traduce en “la necesidad de que se asegure la existencia permanente de un capital social mínimo y determinado”,<sup>34</sup> puesto que el capital social “es una garantía para los acreedores”.<sup>35</sup> Este principio se agrupa, entre otros, en (i) el subprincipio de determinación, que obliga a las sociedades a “*manifestar la cuantía exacta de su capital y su situación*, es decir, si todo él ha sido exhibido o si sólo lo fue parcialmente”,<sup>36</sup> (ii) el subprincipio de unidad del capital social,<sup>37</sup> que exige que toda sociedad “debe tener un capital y sólo uno, que constituye una unidad económica y jurídica”,<sup>38</sup> y (iii) el principio de estabilidad del capital social<sup>39</sup> —identificado por el colegiado como el principio de permanencia constante—,<sup>40</sup> conforme al cual el capital social es “una cifra de valor constante, que acompaña a la sociedad desde su cuna hasta el sepulcro, a no ser que fuese alterada a través del cumplimiento de una serie de requisitos que la ley establece”.<sup>41</sup>

El subprincipio de determinación se concreta en diversas disposiciones de la LGSM, como en (i) el artículo 6o., fracción V, al establecer que la escritura deberá contener el importe del capital social, y (ii) el artículo 91, fracción I, al establecer que la escritura constitutiva debe establecer el importe del capital social que ha sido exhibido. Ya que el capital social de las sociedades anónimas se divide en acciones, el subprincipio de determinación implica que el número de acciones representativas del capital social debe también estar determinado en los estatutos sociales, tal y como lo prevé el artículo 91, fracción II.

---

RESPECTA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA”, Tesis P./J. 69/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 228.

<sup>34</sup> Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, 7a. ed., México, Porrúa, 2001, p. 231.

<sup>35</sup> Sentencia dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 56.

<sup>36</sup> Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op. cit.*, p. 232.

<sup>37</sup> Sentencia dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 56.

<sup>38</sup> Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op. cit.*, p. 232.

<sup>39</sup> Sentencia dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 57.

<sup>40</sup> Sentencia del Amparo Directo 351/2015, p. 51.

<sup>41</sup> Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op. cit.*, p. 232.

El subprincipio de unidad se concreta en las diversas disposiciones que hablan sobre la existencia de un solo capital social, como lo son el artículo 6o., fracción V; el artículo 89, fracción II, entre otros. Al respecto, la Sala apuntó correctamente que

...tratándose de sociedades de capital variable, [la LGSM] no establece que estemos en presencia de capitales sociales diversos, como incorrectamente la clasifica la actora... *estamos en presencia de una sola figura jurídica regulada como elemento de la sociedad* y que se denominada [sic] “capital social”, aún y cuando éste sea variable.<sup>42</sup>

El subprincipio de estabilidad se concreta en las diversas disposiciones que se refieren a requisitos para aumentar o reducir el capital social, como los artículos 9o. y 182, fracción III.

Si estamos frente a un solo capital social determinado, ¿cómo debemos entender la coexistencia del capital social fijo y el capital social variable? La doctrina ha apuntado que el régimen del capital social variable es un régimen de excepción,<sup>43</sup> pero ¿respecto de cuáles subprincipios se encuentra exceptuado el capital variable?

#### A. *¿Para qué sirve la modalidad del capital variable?*

El régimen del capital variable existe en la LGSM desde su promulgación en 1934. Desde entonces, la doctrina y el Poder Judicial han intentado explicar la utilidad de esta figura. Entender para qué sirve y cuál problema pretende resolver es relevante para realizar un análisis de la misma.

La exposición de motivos hace especial énfasis en que la adopción de esta modalidad haría “más dúctil el sistema de la Ley”,<sup>44</sup> y que “la sociedad cooperativa puede ya desenvolverse, no como una figura a la que equivocadamente se acuda por las ventajas que su estructura flexible

<sup>42</sup> Sentencia del Juicio de Nulidad 79/11-02-01-6 dictada por la Sala Regional del Noroeste II del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa el 2 de mayo de 2012, p. 35.

<sup>43</sup> García Rendón, Manuel, *op. cit.*, pp. 489 y 490.

<sup>44</sup> Exposición de motivos, p. 593.

GUILLERMO MORALES

ofrece, sino precisamente como un tipo propio”.<sup>45</sup> Lo anterior significa que el propósito de permitir la adopción de esta modalidad fue hacer más flexible el régimen de aumentos y disminuciones de capital.<sup>46</sup>

Al respecto, Rodríguez Rodríguez indicó que la rigidez en los aumentos y disminuciones del capital social resultaba

...inadecuada para cierta clase de sociedades que por su *naturaleza precisan, en momentos distintos, cantidades absolutamente desiguales de capital*. Obligarlas a mantener un capital fijo equivaldría a forzarlas a tener sumas importantes de capital ocioso o a retrasar la obtención de capital nuevo.<sup>47</sup>

La SCJN coincidió con Rodríguez Rodríguez al indicar que “resulta inadecuado el principio de permanencia constante del mismo monto del capital, puesto que dichos entes realizan negocios que por su *especial naturaleza requieren, en diversos momentos de su existencia, cantidades absolutamente desiguales de capital*”.<sup>48</sup> El colegiado, por su parte, también hizo suya la frase de Rodríguez Rodríguez al señalar que las sociedades de capital variable por “su especial naturaleza requieren, en diversos momentos de su existencia, cantidades desiguales de capital”.<sup>49</sup>

Esta explicación parece no empatar con la realidad. Como es bien sabido, la mayoría de las sociedades adoptan la modalidad de capital variable a pesar de que su negocio o la industria en donde operan no requieren “cantidades desiguales de capital”. Entonces, ¿qué explica la prevalencia de esta modalidad?

Mantilla Molina menciona que esta modalidad es útil, puesto que permite a la sociedad aumentar el capital “a medida que lo exijan las necesidades de la empresa, sin las trabas que significa la modificación de la escritura constitutiva”.<sup>50</sup> Asimismo, Barrera Graf estimó que la adopción

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 594.

<sup>46</sup> Iturbide Galindo, Adrián R., *op. cit.*, p. 113.

<sup>47</sup> Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op. cit.*, p. 871.

<sup>48</sup> “SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE. NO REQUIEREN MODIFICAR SU ESCRITURA SOCIAL PARA AUMENTO O DISMINUIR SU CAPITAL”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, vol. 109-114, cuarta parte, p. 161.

<sup>49</sup> Sentencia del Amparo Directo 351/2015, p. 51.

<sup>50</sup> Mantilla Molina, Roberto L., *op. cit.*, p. 449.

de esta modalidad “estriba tanto en la gran facilidad para aumentar o disminuir el capital, como, en los casos de aumentos, evitar el pago de los derechos de inscripción en el Registro de Comercio”.<sup>51</sup>

Las razones antes descritas parecen más creíbles para explicar la prevalencia de las sociedades anónimas de capital variable que la relacionada con la necesidad “desigual” de capital.

Abordado lo anterior, procederé a estudiar el capital variable teniendo en mente lo que realmente se quiere lograr con el régimen del capital variable —un sistema que otorgue flexibilidad a la sociedad para aumentar su capital social— sin referencia alguna a las presuntas necesidades de capitalización.

### B. *El capital social al momento de la constitución*

Al momento de la constitución de una sociedad anónima de capital variable,<sup>52</sup> el subprincipio de determinación obliga a los accionistas a establecer un monto de capital social.

Correlativamente, ya que el capital social de la sociedad está dividido en acciones, el subprincipio de determinación implica que los estatutos habrán de determinar el número de acciones en que está dividido el capital social.

Conforme al artículo 6o., fracción V, y 91, fracción II, los accionistas deben decidir, entre otras cosas, (i) cuál será el “importe del capital social”, y (ii) cuál será “el número, valor nominal y naturaleza de las acciones...” en que se dividirá el capital social.

Es decir, los accionistas deben decidir el número de acciones que la sociedad va a “emitir” al momento de la constitución. En este sentido, podríamos también decir que los accionistas deben decidir el número de acciones que van a “crear”.

Una vez que los accionistas deciden cuántas acciones van a crear, entonces deben “emitir” las acciones a efecto de que algunos interesados las suscriban. Así, una vez que los accionistas han creado las acciones,

<sup>51</sup> Barrera Graf, Jorge, “Variaciones del capital...”, *op. cit.*, p. 661.

<sup>52</sup> A lo largo de este trabajo, cualquier referencia a “sociedad” debe entenderse a sociedades anónimas de capital variable, salvo que se indique lo contrario.

GUILLERMO MORALES

entonces deben “poner las acciones en circulación” mediante la suscripción que se haga de las mismas. Lógica consecuencia, “ya que no habría posibilidad de poner en circulación acciones que jurídicamente no existan”.

En efecto, la LGSM utiliza la palabra “emitir” para referirse a dos actos distintos.<sup>53</sup> Por ejemplo,<sup>54</sup> el artículo 115 dispone que “Se prohíbe a las sociedades anónimas *emitir* acciones por una suma menor de su valor nominal”. Es decir, para que la sociedad pueda poner en circulación sus acciones debe recibir por ellas al menos su valor nominal.<sup>55</sup>

Por otro lado, el artículo 182, fracción VIII, dispone que se requiere autorización de la AGEA para la “Emisión de acciones privilegiadas”. En otras palabras, en caso de que la sociedad desee poner en circulación acciones privilegiadas o preferentes, entonces deberá previamente acordar su creación en una AGEA.<sup>56</sup>

La distinción entre estas dos acepciones de la palabra “emisión” son fundamentales para entender el régimen del capital variable, así como su relación con los aumentos de capital.

#### 4. Aplicación del artículo 182, fracción III

Una importante parte del debate en torno al régimen del capital variable es sobre el rol del artículo 182, fracción III, conforme al cual es competencia de la AGEA el “Aumento o reducción del capital social”.

En contra de la aplicabilidad de este artículo, la tesis del colegiado menciona que

*Si bien es cierto que el artículo 182, fracción III, de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que en las asambleas extraordina-*

---

<sup>53</sup> Iturbide Galindo, Adrián R., *op. cit.*, p. 109.

<sup>54</sup> Flores Fernández, José Roble, “La emisión de acciones conservando acciones de tesorería. La interpretación del artículo 133 de la Ley General de Sociedades Mercantiles”, *Derecho en Libertad*, México, año I, núm. 1, agosto-diciembre de 2008, p. 55.

<sup>55</sup> Este artículo no podría entenderse como una referencia a la creación de acciones, ya que dicho escenario está previsto en el artículo 112, que expresamente establece que “Las acciones serán de igual valor...”.

<sup>56</sup> Flores Fernández, José Roble, *op. cit.*, p. 55.

*rias se tratarán, entre otras cosas, el aumento o reducción del capital social, también lo es que, de acuerdo con el diverso 213 de esa legislación, relativo a las sociedades de capital variable, éste puede aumentarse o disminuirse sin más formalidades que las establecidas en el capítulo VIII del propio ordenamiento.*<sup>57</sup>

En la doctrina, recientemente Marmolejo Cervantes argumentó que al momento de pactar en los estatutos sociales la condición de que el aumento de capital social se realizará vía celebración de una AGOA, “sin más formalidades, dicho pacto es válido y suficiente para modificar el tipo de Asamblea que regirá el aumento social variable”;<sup>58</sup> en otras palabras, “si pactas en los estatutos que el aumento se realizará vía Asamblea Ordinaria, basta y es suficiente para que no sean aplicables los artículo 182 fracción III y 194 de la LGSM y en su lugar sean aplicables las condiciones pactadas por las partes”.<sup>59</sup>

Como se puede observar, estos precedentes y la doctrina se inclinan por la inaplicabilidad del artículo 182, fracción III, principalmente porque el artículo 213 establece que los aumentos y disminuciones se harán “sin más formalidades” que las establecidas en el capítulo VIII de la LGSM. Conforme a este argumento, el artículo 182, fracción III, es una “formalidad” que no es aplicable a los aumentos de capital variable.

Como se mencionó anteriormente, Barrera Graf considera que las formalidades son “requisitos legales que el sistema legal impone para la manifestación de la voluntad de las partes en el acto o negocio relativo”.<sup>60</sup> En este sentido, el artículo 182, fracción III, “sí establece una formalidad”, puesto que (i) dicho artículo impone ciertos requisitos para la manifestación de la voluntad de los accionistas, y (ii) su incumplimiento acarrearía la nulidad o invalidez del acuerdo.

<sup>57</sup> Tesis III.1o.A.29 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. IV, mayo de 2016, p. 2933. Véase la tesis de rubro “SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE. NO REQUIEREN MODIFICAR SU ESCRITURA SOCIAL PARA AUMENTO O DISMINUIR SU CAPITAL”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, vol. 109-114, cuarta parte, p. 161.

<sup>58</sup> Marmolejo Cervantes, Miguel Ángel, “Aumento de capital social mediante asamblea ordinaria; es suficiente para surtir efectos ante el «SAT»”, *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, México, año V, núm. 14, septiembre de 2013, p. 5, disponible en: <http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/aumentode capitalsocialvariable.pdf>.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>60</sup> Barrera Graf, Jorge, “Variaciones del capital...”, *op. cit.*, p. 657.

GUILLERMO MORALES

Entonces, lo crucial es determinar si el artículo 182, fracción III, es una de las formalidades de las cuales el capítulo VIII dispensa de cumplir a las sociedades anónimas de capital variable. Para llegar a una respuesta, vale la pena repasar el sistema de competencias de las asambleas de accionistas que ha estudiado la doctrina.

#### A. Competencias de las asambleas de accionistas

La doctrina ha interpretado que la competencia de la AGOA se determina por exclusión.<sup>61</sup> Esto, ya que conforme al artículo 180, son AGOA “las que se reúnen para tratar de cualquier asunto *que no sea de los enumerados en el artículo 182*”. Por lo tanto, la competencia de la AGEA se limita a los asuntos enumerados en el artículo 182.<sup>62</sup>

Entonces, si conforme al artículo 182, fracción III, la AGEA es competente para aprobar “Aumentos y disminuciones del capital social”, se entiende, por exclusión, que la AGOA *no* es competente para conocer de aumentos y disminuciones del capital social.

Si se admite que el artículo 182, fracción III, es una formalidad de las dispensadas por el capítulo VIII, esto significa que al amparo del artículo 213, los accionistas pueden modificar las competencias de la AGEA, lo cual no puede sostenerse a la luz de los artículos 180, 181 y 182, que señalan claramente las competencias de ambos tipos de asambleas, sin que sea posible modificar dichas competencias por voluntad de las partes.<sup>63</sup>

#### B. Aumento de capital y modificación de estatutos

Como se vio líneas arriba, el artículo 91, fracción II, establece que “los estatutos deben indicar el número de acciones en que se divide el

<sup>61</sup> Mantilla Molina, Roberto L., *op. cit.*, p. 400.

<sup>62</sup> Salinas Martínez, Arturo, “Criterio de distinción entre las asambleas ordinarias y extraordinarias en el derecho mexicano”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Las sociedades anónimas*, México, año I, núm. 3, septiembre-diciembre de 1986, p. 939; Barrera Graf, Jorge, *Instituciones...*, *cit.*, p. 548; Mantilla Molina, Roberto L., *op. cit.*, p. 400.

<sup>63</sup> García Rendón, Manuel, *op. cit.*, p. 385.

capital social”. Por lo tanto, cada vez que se aumente el capital social y se emitan o “creen” nuevas acciones, los estatutos sociales tendrían que modificarse para cumplir con lo señalado en dicho artículo.<sup>64</sup>

En virtud de lo anterior, aceptar que el artículo 182, fracción III, es una formalidad dispensada por el capítulo VIII, significa que el artículo 213 habilita a la AGOA a aumentar el capital y, en consecuencia, a modificar los estatutos sociales para poder cumplir con lo dispuesto por el artículo 91, fracción II. Esta lectura sería inconsistente con el artículo 182, fracción XI, que requiere que “Cualquier otra modificación al contrato social” sea aprobada por la AGEA.

Como se puede observar, no es posible argumentar que el artículo 182, fracción III, no es aplicable a las sociedades de capital variable. Las interpretaciones de las normas sobre el capital variable tendrían que interpretarse de tal forma que sean compatibles con dicho artículo. Es decir, interpretar el artículo 182 de manera que permita la flexibilidad del capital variable, pero respetando la taxatividad de dicho artículo.

### C. Tipos de aumentos de capital social

La doctrina ha señalado que existen dos tipos de aumentos de capital social. El primero de ellos es el aumento real del capital social,<sup>65</sup> mediante “nuevas aportaciones que se otorgue a la sociedad, la que, a su vez, emitirá nuevas acciones, o bien, aumentará el valor nominal de todas las que haya emitido con anterioridad”.<sup>66</sup>

El segundo de ellos es el aumento virtual, nominal o contable,<sup>67</sup> en donde la sociedad no “recibe de sus socios dinero u otros bienes, sino que, meramente, disminuye el valor o hace desaparecer ciertas partidas y cuentas de su balance social... para aplicar la diferencia o el monto total de la partida relativa que se afecte, a incrementar la cuenta del capital social”.<sup>68</sup>

<sup>64</sup> Iturbide Galindo, Adrián R., *op. cit.*, p. 37.

<sup>65</sup> Mantilla Molina, Roberto L., *op. cit.*, pp. 361 y 362; Iturbide Galindo, Adrián R., *op. cit.*, p. 49; García Rendón, Manuel, *op. cit.*, p. 297.

<sup>66</sup> Barrera Graf, Jorge, *Instituciones...*, *cit.*, p. 620.

<sup>67</sup> Mantilla Molina, Roberto L., *op. cit.*, pp. 358-360; Iturbide Galindo, Adrián R., *op. cit.*, p. 55; García Rendón, Manuel, *op. cit.*, p. 297.

<sup>68</sup> Barrera Graf, Jorge, *Instituciones...*, *cit.*, p. 620.

GUILLERMO MORALES

Respecto de las sociedades anónimas de capital fijo, estos aumentos deben aprobarse en AGEA, por tratarse claramente del supuesto previsto en el artículo 182, fracción III. Aquí cabe hacer mención sobre los efectos jurídicos, patrimoniales y contables de cada uno de los tipos de aumentos.

Los aumentos reales tienen un efecto patrimonial, ya que los accionistas aportan bienes adicionales, y un efecto contable, ya que la partida de activos y capital del balance se incrementan, al haber más activos y más capital. Asimismo, en los aumentos reales se da un efecto jurídico; éste es la creación de nuevas acciones o el cambio de su valor nominal, y el aumento en la cifra del capital social. Estos efectos jurídicos provocan que los estatutos de la sociedad deban ser modificados, puesto que los estatutos deben contener (i) el número y valor nominal de las acciones (artículo 91, fracción II), y (ii) el capital social (artículo 6o., fracción V).

Los aumentos contables tienen —valga la redundancia— un efecto contable, ya que reclasifican partidas del balance que pasan a constituir parte del capital social, pero no tienen un efecto incremental en los bienes del patrimonio, puesto que no se realizan nuevas aportaciones. Asimismo, en los aumentos contables se da un efecto jurídico, pues provoca modificaciones a los estatutos, ya que los aumentos contables requieren que (i) se modifique la cifra del capital social (artículo 6o., fracción), y (ii) se incremente el número de acciones representativas del capital social o se aumente el valor nominal de las mismas (artículo 91, fracción II).

## 5. Aplicación del artículo 216

Para argumentar que los aumentos de capital social variable no requieren ser aprobados en AGEA, la mayoría de la doctrina y el Poder Judicial recurren al artículo 216, que señala que

En las sociedades por acciones *el contrato social o la Asamblea General Extraordinaria fijarán [i] los aumentos del capital y [ii] la forma y términos en que deban hacerse las correspondientes emisiones de acciones*. Las acciones emitidas y no suscritas a los certificados pro-

visionales, en su caso, se conservarán en poder de la sociedad para entregarse a medida que vaya realizándose la suscripción.

Con base en este artículo, algunos en la doctrina señalan que el contrato social puede indicar que sea la AGOA la competente para aprobar los aumentos del capital social. Mantilla Molina señala que “En las sociedades por acciones es preciso el acuerdo de la asamblea extraordinaria para el aumento del capital, *a no ser que, ya esté previsto en la escritura constitutiva «la forma y términos» en que se hará* (artículo 216, párrafo segundo)”.<sup>69</sup>

Recientemente, Erreguerena Albaitero consideró que conforme al artículo 216

...es lícito estipular en el contrato social que los aumentos de capital variable pueden ser acordados por asamblea ordinaria, ya que *la ley permite establecer la forma y los términos en que se deben decretar los aumentos de capital variable*, así como las correspondientes emisiones de acciones.<sup>70</sup>

Por otra parte, el colegiado considera que “respecto al cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 182, fracción III y 216 de la Ley General de Sociedades Mercantiles... estos son aplicables, *a los aumentos del capital social mínimo*, no así del capital variable”.<sup>71</sup>

Asimismo, la Prodecon considera que el capítulo VIII “las formalidades que deberán observar las Sociedades de Capital Variable para el aumento o disminución de éste, y que *será en su contrato constitutivo donde se fijen las condiciones para ello*”.<sup>72</sup>

En este sentido, podríamos resumir que Mantilla Molina, Erreguerena Albaitero, el colegiado y la Prodecon consideran que el artículo 216 señala “un solo requisito” que debe constar en los estatutos sociales, esto es, el señalamiento de la forma y términos en que se hará el aumento.

<sup>69</sup> Mantilla Molina, Roberto L., *op. cit.*, p. 445.

<sup>70</sup> Cuando los aumentos de capital se convirtieron en AFAC, p. 4.

<sup>71</sup> Sentencia del Amparo Directo 351/2015, p. 56. Si bien no lo dice expresamente, se asume que el colegiado se refería a que la frase “o la Asamblea General Extraordinaria” del artículo 216 no era aplicable a los aumentos de capital variable.

<sup>72</sup> Acuerdo de Recomendación/1/2019, p. 7.

GUILLERMO MORALES

Esta lectura es incorrecta, puesto que el texto claramente establece dos requisitos: (i) “que se fije o determine previamente el aumento de capital”, y (ii) “que se establezca la forma y términos en que se llevará a cabo las emisiones de las acciones”.

### A. Fijación del aumento de capital

Resulta claro que el artículo 216 establece que al momento de la constitución de la sociedad (por ejemplo, en el contrato social) o la AGEA fijarán o “determinarán” los aumentos de capital social.

La razón es una cuestión de competencia. La competencia para los aumentos del capital social recae en la AGEA por disposición del artículo 182, fracción III, y porque se trata de una modificación al contrato social, ya que el artículo 91, fracción II, requiere que el contrato social contenga el número de acciones en que se divide el capital social.

Por lo tanto, resulta coherente que la LGSM requiera que los aumentos sean fijados por la AGEA en uso de la competencia prevista en el artículo 182, fracción III. Pero adicionalmente, la LGSM permite que —al momento de la constitución de la sociedad— se fije el aumento de forma previa en los estatutos, lo que significaría que un aumento de la parte variable del capital social no implicaría una modificación al contrato social y, por consiguiente, no se invadiría la competencia de la AGEA.

Lo anterior es consistente con la exposición de motivos de la LGSM, en donde se señaló que la sociedad de capital variable “sí estará capacitada para admitir gradualmente, *dentro de los límites que fijen sus estatutos o el acuerdo de la Asamblea*, nuevos socios en su seno y, consiguientemente, capital nuevo que haga posible el crecimiento regular de la empresa”.<sup>73</sup>

Asimismo, esta interpretación del artículo 216 permite armonizar el capítulo VIII con el resto de las disposiciones de la LGSM. En particular, como se vio líneas arriba, al indicar que el contrato social o la AGEA deben fijar o determinar el aumento, la LGSM está indicando que el contrato social o la AGEA debe emitir o “crear” acciones representativas de dicho capital social e indicar el número de acciones creadas en sus estatutos, tal y como lo ordena el artículo 91, fracción II. Esto es con-

---

<sup>73</sup> Exposición de motivos, p. 595.

sistente con el subprincipio de determinación del capital social descrito líneas arriba.

La doctrina se refiere a este tipo de acciones como *acciones de tesorería*, que según el propio artículo 216 son “acciones emitidas y no suscritas”,<sup>74</sup> que representan el aumento de capital social que ha sido fijado o determinado en el contrato social o por la AGEA y que no ha sido suscrito aún. Su único significado es jurídico, puesto que denotan puestos de socio que son susceptibles de ser llenados conforme a las formas y términos que establezcan los estatutos o la AGEA.

En la doctrina, al capital social fijado en términos del artículo 216 se le conoce como *capital social autorizado*.<sup>75</sup> Al respecto, el artículo 217 señala que “Queda prohibido a las sociedades por acciones, *anunciar el capital cuyo aumento esté autorizado* sin anunciar al mismo tiempo el capital mínimo”.

El requisito del artículo 217 es de aplicación limitada.<sup>76</sup> Sin embargo, un lugar en donde las sociedades sí anuncian su capital es en los títulos de las acciones por disposición del artículo 125, fracción IV. Por lo tanto, el artículo 217 establece un requisito adicional de los títulos de acciones puesto que debe señalarse en el mismo el capital autorizado.

Como se vio anteriormente, los estatutos del contribuyente establecían que el “capital social de la sociedad es *variable e ilimitado*”.<sup>77</sup> Este tipo de disposiciones son ampliamente utilizadas en la práctica.

La práctica de designar un capital variable “ilimitado” sirve para argumentar que sí se cumple con la fijación previa del aumento de capital social. Sin embargo, la fijación del capital social variable en dichos términos viola el subprincipio de determinación del capital social, que exige “manifestar la cuantía exacta de su capital”.<sup>78</sup>

En este sentido, no existe mayor indeterminación que la fijación de un capital social “ilimitado”.<sup>79</sup> Al no estar fijado el capital social, tampoco

<sup>74</sup> Barrera Graf, Jorge, *Instituciones...*, cit., p. 512; García Rendón, Manuel, *op. cit.*, pp. 501 y 502; Mantilla Molina, Roberto L., *op. cit.*, p. 445.

<sup>75</sup> Mantilla Molina, Roberto L., *op. cit.*, p. 445; García Rendón, Manuel, *op. cit.*, pp. 490-492; Barrera Graf, Jorge, *Instituciones...*, cit., p. 309.

<sup>76</sup> Es muy inusual que una sociedad anuncie al público el monto de su capital social.

<sup>77</sup> Sentencia del Amparo Directo 351/2015, p. 52.

<sup>78</sup> Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op. cit.*, p. 232.

<sup>79</sup> García Rendón, Manuel, *op. cit.*, p. 491.

GUILLERMO MORALES

pueden existir las acciones representativas del mismo. Aceptar lo contrario sería permitir que una sociedad tenga un capital social “ilimitado” representado por un número “ilimitado” de acciones, lo que contraveniría el artículo 91, fracción III, puesto que los estatutos no indicarían el número de acciones en que se divide el capital social.

Por lo tanto, incluir un capital variable “ilimitado” equivale —en términos prácticos— a que no se haya designado capital social autorizado. Es decir, que ni en el contrato social ni en una AGEA se fijó el aumento de capital social.

En términos del artículo 216, ya que en el contrato social no se ha fijado el aumento de capital social, entonces debe ser la AGEA el órgano que lo fije o determine. En primer lugar, porque así lo ordena el artículo 216, y, en segundo lugar, porque la AGEA es el órgano competente para fijar los aumentos conforme al artículo 182, fracción III.

### *Tipo de aumento en aumentos de capital autorizado*

Un punto doctrinal que vale la pena discutir es el carácter que tiene el aumento o fijación del capital autorizado. ¿Estamos frente a un aumento real o contable?

Al respecto, es sencillo confirmar que “no se trate de un aumento real”, puesto que el aumento fijado en términos del artículo 216 no significa “necesariamente” que la sociedad recibirá aportaciones adicionales en el momento en que se fije el aumento. También podemos decir con certeza que “no es un aumento contable”, puesto que no reclasifica partidas del balance de la sociedad.

Sin embargo, “la designación o aumento del capital autorizado sí tiene efectos jurídicos”. En particular, podríamos decir que el aumento previsto en el artículo 216 es “un aumento jurídico”, pues sus efectos se limitan a la necesidad de modificar los estatutos de la sociedad —para designar el número de acciones en que se divide (artículo 91, fracción II) y para designar el importe del capital autorizado (artículo 6o., fracción V)—.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> Al respecto, Díaz Bravo considera que existe la posibilidad de que el capital autorizado no esté previsto en los estatutos. Esto es incorrecto, ya que sería inconsistente que el

Por lo tanto, al haberse aumentado jurídicamente el capital social, los estatutos sociales deberán incluir también (i) “el capital social autorizado” (artículo 6o., fracción V), y (ii) “el número de acciones de tesorería en que se divide el capital social autorizado” (artículo 91, fracción II),<sup>81</sup> que por definición no están suscritas y, por consiguiente, no están exhibidas (artículo 216).

Al respecto, Barrera Graf señala que “los requisitos que debe contener la escritura constitutiva, de acuerdo con los artículos 91 frs. I, II y III y 2018 LSM, tienen que cumplirse en cada caso de aumento o disminución”.<sup>82</sup> Esto es incorrecto, respecto del artículo 91, fracción I (“La parte exhibida del capital social”) y fracción III (“La forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones”).

Ambas fracciones son formalidades, puesto que la exigencia de que consten en escritura pública es uno de los “requisitos legales que el sistema legal impone para la manifestación de la voluntad”.<sup>83</sup> Entonces, al no estar estas formalidades previstas en el capítulo VIII podríamos concluir que son formalidades no requeridas en términos del artículo 213.<sup>84</sup>

## B. Aumento de capital del contribuyente

En el caso del contribuyente, la AGOA decidió

...por unanimidad de votos *llevar a cabo el aumento del capital social en su parte variable* por la cantidad de \*\*, a favor de la sociedad

---

artículo 91, fracción II, exija que se señale el número de acciones de tesorería, pero no así el capital social que representan. Véase Díaz Bravo, Arturo, “Variaciones del capital en las sociedades mercantiles”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Las sociedades anónimas*, México, año I, núm. 3, septiembre-diciembre de 1986, p. 1019, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1747/5.pdf>.

<sup>81</sup> Barrera Graf, Jorge, “Variaciones del capital...”, *op. cit.*, p. 660.

<sup>82</sup> *Idem*.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 657.

<sup>84</sup> Esto se refuerza si se considera que el artículo 125, fracción V, señala que el título de la acción debe indicar las exhibiciones realizadas, y que el artículo 128, fracción II, señala que el libro de registro de acciones debe indicar las exhibiciones que se efectúen. Es decir, la ley exige el requisito de que las exhibiciones consten en escritura pública, pero no las exige de indicarlas en el título de las acciones y en el libro correspondiente.

GUILLERMO MORALES

denominada \*\*, emitiéndose 69,020 (sesenta y nueve mil veinte) acciones nominativas con valor nominal de \*\* cada una, importe que será exhibido a través de la facturación mensual que ésta nos vaya proporcionando.<sup>85</sup>

Si tomamos el marco conceptual descrito anteriormente, el contribuyente llevó a cabo un aumento contable del capital social, puesto que tuvo como propósito reclasificar una partida del pasivo (cuentas por cobrar a favor del accionista) en capital social.

El aumento propuesto también fue un aumento jurídico, puesto que emitió o “creó” 69,020 acciones y aumentó el capital social de la sociedad. Como se vio líneas arriba, el capital variable del contribuyente era “ilimitado”, por lo que no se había fijado previamente el aumento de capital social ni se habían creado acciones de tesorería susceptibles de ser puestas en circulación.

Al no tener un capital autorizado determinado ni acciones de tesorería, lo correcto hubiera sido celebrar una AGEA mediante la cual se fijará el aumento de capital autorizado y se crearán acciones de tesorería conforme al artículo 216. El acta de dicha AGEA tendría que ser inscrita en el RPC por disposición del artículo 21, fracción XIV, del Código de Comercio, por tratarse de una “emisión” de acciones, y, hoy en día, por disposición del artículo 194 de la LGSM, por tratarse de una AGEA.

En virtud de lo anterior, el aumento de capital variable aprobado por el contribuyente en AGOA sufre de dos defectos. El primero es que fue aprobado por un órgano incompetente —la AGOA— en contravención a lo previsto en el artículo 216 y, correlativamente, el artículo 182, fracción III. El segundo es que no fue inscrito en el RPC. Por ambos defectos, el aumento de capital social no debió haber surtido efectos frente a terceros, conforme a lo dispuesto por el artículo 27 del Código de Comercio.

### C. Forma y términos

Como se mencionó anteriormente, el artículo 216 señala como un segundo requisito que el contrato social o la AGEA indiquen “la forma

---

<sup>85</sup> Sentencia del Amparo Directo 351/2015, p. 56.

y términos en que deban hacerse las correspondientes emisiones de acciones”.

Considerando que el primer requisito es fijar el aumento y, por consiguiente, emitir o “crear” acciones de tesorería, la frase “emisiones de acciones” utilizada en esta oración del artículo 216 debe referirse a la emisión en su acepción de puesta en circulación.<sup>86</sup> Entenderlo de otra manera no sería posible, puesto que las acciones de tesorería debieron haber sido emitidas o “creadas” previamente al momento de la constitución o en una AGEA.

Así, los estatutos o la AGEA deben determinar la “forma y términos” en que deban ponerse en circulación las acciones de tesorería. Pero ¿qué se debe entender por “forma y términos”?

Para entender a qué se refiere esta frase, es posible acudir a otros usos que se le da en la LGSM. Por ejemplo, el artículo 91, fracción III, señala que la escritura constitutiva debe contener “La forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones”, y en términos similares se usa en los artículos 264, fracción VIII, y 93, fracción III. Asimismo, el artículo 222 señala que las fusiones deben autorizarse “en la forma y términos que correspondan según su naturaleza”, mientras que el artículo 243 señala que los acreedores pueden impugnar el acuerdo de distribución parcial en las liquidaciones “en la forma y términos del artículo 9o.”.

Al respecto, el único artículo de los citados anteriormente que podría interpretarse como una formalidad es el artículo 222, pues se podría entender que la forma se refiere al tipo de asamblea requerida por la LGSM.

El resto de las referencias no parecen referirse a formalidades, sino al “Modo o manera en que se hace o en que ocurre algo”.<sup>87</sup> Por ejemplo, la forma y términos para pagar las acciones insolutas no podría referirse a una formalidad, puesto que no se refiere a “requisitos legales que el sistema legal impone para la manifestación de la voluntad de las partes en el acto o negocio relativo”.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> García Rendón, Manuel, *op. cit.*, p. 501.

<sup>87</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed., Madrid, Espasa, 2014.

<sup>88</sup> Barrera Graf, Jorge, “Variaciones del capital...”, *op. cit.*, p. 657.

GUILLERMO MORALES

Con respecto a la palabra “términos”, al ir aparejada de la palabra “forma”, la LGSM la utiliza en su acepción de plazo. Entender otra acepción de la palabra sería redundante. Por lo tanto, la frase “formas y términos” utilizada en el artículo 216 puede interpretarse como una referencia a “la manera y los plazos” en que deban ponerse en circulación las acciones de tesorería creadas al momento de la constitución o por la AGEA.<sup>89</sup>

La puesta en circulación de acciones de tesorería puede ser un aumento real o contable del capital social, al involucrar “aportaciones posteriores de los socios” o “admisión de nuevos socios” conforme al artículo 213.<sup>90</sup>

Sin embargo, los aumentos reales y contables del capital social en la parte variable no suponen un aumento jurídico del capital social. Es decir, no crean nuevas acciones ni modifican el capital social previsto en los estatutos (por estar previamente autorizado), y, por lo tanto, no involucran una modificación a los estatutos de la sociedad, por lo que no requieren ser aprobados mediante AGEA.

### *Formas y términos aceptables*

Para García Rendón, el texto del artículo 216 establece que “corresponde a los accionistas decretar los aumentos del capital variable”,<sup>91</sup> y que “tal facultad no es delegable ni a la asamblea ordinaria ni en los administradores”.<sup>92</sup> En este sentido, este autor señala que prever en los estatutos que “los aumentos del capital variable sean acordados por la asamblea ordinaria o aun por el consejo de administración... contraviene lo expresamente dispuesto por la ley”.<sup>93</sup> Esto se debe, según el

---

<sup>89</sup> Diversas tesis jurisprudenciales interpretan la frase “forma y términos” en el mismo sentido. Véase, por ejemplo, Tesis XXVII.3o. J/19, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, enero de 2015, p. 1613 (interpretando “forma y términos” como amortizaciones mensuales [términos] vencidas [forma]).

<sup>90</sup> Barrera Graf, Jorge, *Instituciones...*, cit., p. 640.

<sup>91</sup> García Rendón, Manuel, *op. cit.*, p. 500.

<sup>92</sup> *Idem.*

<sup>93</sup> *Idem.* En el mismo sentido, véase Zamora Valencia, Miguel Ángel, “Reflexiones sobre las sociedades anónimas de capital variable”, *Revista de Derecho Notarial*, México, año

autor, a que las facultades de las asambleas son indelegables,<sup>94</sup> criterio compartido por un importante sector de la doctrina.<sup>95</sup>

En virtud de lo anterior, este autor señala “que la única facultad que se puede delegar en los administradores es la de elaborar y entregar, o sea expedir, las acciones de tesorería *a medida que vaya realizándose su suscripción en la forma y términos estipulados*”<sup>96</sup> en el contrato social o en la AGEA.

Es correcto que, como considera García Rendón, los decretos de aumentos de capital —en este contexto, aumentos jurídicos— deben ser aprobados en el contrato social o en AGEA, y también en que los administradores están facultados para expedir los títulos. Sin embargo, el propio autor señala que dicha expedición se hará conforme se suscriban las acciones en “la forma y términos estipulados”<sup>97</sup> en la AGEA o el contrato social.

Por lo tanto, este criterio no ayuda a determinar qué formas y términos pueden acordar la AGEA o el contrato social, pues simplemente se limita a decir lo que ya se sabía: que la AGEA o el contrato social deben establecer los términos y condiciones para la puesta en circulación de las acciones.

Para determinar las formas y términos aceptables, podemos describir tres escenarios. Asumamos en estos escenarios la existencia de una sociedad sin capital autorizado o, lo que es lo mismo, una sociedad con capital variable “ilimitado”.

En un primer escenario asumamos que existen interesados en suscribir acciones. Entonces, para que los interesados puedan suscribir las acciones, primero habría que crearlas. Por lo tanto, la sociedad tendría que celebrar una AGEA para aprobar un aumento jurídico del capital y establecer que la forma y términos en que se llevará a cabo la puesta en circulación de las acciones es que las acciones serán suscritas por los señores fulano y perengano, a un precio de x pesos por acción

---

XXIX, núm. 91, marzo de 1985, p. 37, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-notarial/article/view/6531/5842>.

<sup>94</sup> García Rendón, Manuel, *op. cit.*, p. 500.

<sup>95</sup> *Ibidem*, pp. 375 y 376; Barrera Graf, Jorge, *Instituciones...*, *cit.*, p. 549; Mantilla Molina, Roberto L., *op. cit.*, p. 401; Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *op. cit.*, p. 477.

<sup>96</sup> García Rendón, Manuel, *op. cit.*, p. 501.

<sup>97</sup> *Idem*.

GUILLERMO MORALES

que deberán ser pagadas en  $x$  días. En este escenario, para ejecutar el acuerdo de la AGEA lo único que queda es expedir los títulos a fulano y perengano y recibir por ellas el precio en el plazo acordado. En términos del artículo 178, esta ejecución la puede realizar la persona designada por la AGEA o, en su defecto, el administrador único o el presidente del consejo.

En un segundo escenario asumamos que no existen interesados en suscribir acciones, pero los accionistas coinciden en que necesitarán más capital en el futuro. Esperar a identificar a posibles inversionistas para posteriormente celebrar una AGEA para aprobar la suscripción puede presentar limitantes, puesto que es necesario que transcurran los plazos de convocatoria, y nada impide que algunos accionistas cambien de opinión sobre las necesidades de capitalización de la sociedad y, por lo tanto, voten en contra de un aumento de capital en el futuro.

Por lo tanto, los accionistas celebrarían una AGEA para aprobar un aumento jurídico de capital, en donde crearían acciones de tesorería. Como no existen en ese momento interesados en suscribir acciones, los accionistas podrían determinar la forma y términos en que, en el futuro, podrían ponerse en circulación las acciones.

Entre las formas y términos posibles, se podría establecer, por ejemplo, el precio al que deberían suscribirse las acciones (por ejemplo, se debe recibir al menos  $x$  pesos por acción), el plazo en el cual se tendrían que pagar las acciones (por ejemplo, el suscriptor debe pagar el precio de contado), el tipo de persona que podría suscribir acciones (por ejemplo, sólo personas de nacionalidad mexicana), lotes mínimos de acciones (por ejemplo, cada suscriptor debe suscribir al menos  $x$  acciones), tipo de aportación (por ejemplo, sólo numerario), etcétera.

En este escenario, al haber previsto las formas y términos aplicables a la puesta en circulación de las acciones, es admisible que la AGEA o el contrato social designen incluso a una persona en particular (por ejemplo, un miembro del consejo de administración o un bróker) para que ofrezca las acciones y celebre contratos de suscripción, siempre dentro de los límites establecidos por los accionistas. Esto, ya que el artículo 178 permite designar a una persona para cumplir con las resoluciones de las asambleas.

En este sentido, la AGEA o el contrato social no delegan la facultad de aumentar jurídicamente el capital social y, por consiguiente, crear acciones y modificar estatutos, sino que delegan la ejecución del acuerdo conforme a la manera y plazos acordados por los accionistas.

En un tercer escenario asumamos que tampoco existen interesados en suscribir acciones, que los accionistas desean prever la posibilidad de poner en circulación acciones adicionales en el futuro sin tener que pasar por una AGEA por las mismas razones que las señaladas en el segundo escenario. Sin embargo, los accionistas no saben cuál será el valor de mercado de las acciones en el futuro o si habrá personas interesadas en pagar las acciones de contado o en numerario, etcétera.

En este escenario, la AGEA señala que la puesta en circulación de las acciones será conforme a lo aprobado por la AGOA o el consejo de administración. En otras palabras, prevén que será la AGOA o el consejo de administración quien decidirá la forma y términos en que se pondrán en circulación las acciones. En este escenario, no cabe la posibilidad de acudir al artículo 178, puesto que no existe ningún acto material a ser ejecutado, ya que la forma y términos en que se ejecutará el acto no ha sido determinada por la AGEA. ¿Estamos entonces frente a una delegación de facultades exclusivas de la AGEA?

Parece que la respuesta es sí, puesto que la AGEA prevé quién será el encargado de aprobar una puesta en circulación posterior, pero sin incluir la forma y términos aplicables. No obstante, el hecho de que no se consignen la forma y los términos aplicables no significa que el órgano designado tenga rienda suelta para aprobar lo que se le venga en gana.

La LGSM señala parámetros mínimos para la puesta en circulación, incluyendo la necesidad de que (i) se reciban por las acciones al menos el valor nominal (artículo 115), (ii) se exhiba al menos 20% del valor nominal de la acción (artículo 89, fracción III) si es pagadera en numerario, y (iii) se exhiba íntegramente la acción en caso de ser aportación en especie (artículo 89, fracción IV).

En este sentido, cuando la AGEA designa a otro órgano como encargado de determinar la forma y términos en que se deberán poner en circulación las acciones, entonces implícitamente está determinando que las forma y términos serán los mínimos que prevé la ley. Por lo tanto, no se podría hablar de una delegación absoluta de la facultad

GUILLERMO MORALES

de la AGEA, sino una delegación con parámetros mínimos claramente establecidos, lo que no atenta contra ninguna norma o principio de la LGSM.

En el caso en concreto, los estatutos sociales del contribuyente señalaban que “El *capital social será susceptible de aumentarse y disminuirse por acuerdo de la asamblea general ordinaria de accionistas*, excepto cuando se quiera disminuir o aumentar el capital mínimo fijo de la sociedad”.<sup>98</sup>

Este tipo de disposiciones estatutarias, ampliamente utilizadas en la práctica, deben entenderse como autorizaciones para que la AGOA ponga en circulación acciones “únicamente dentro de los límites fijados en los estatutos sociales o mediante AGEA” y conforme a las disposiciones de la LGSM.

Entonces, la frase (muy común en la práctica) “los aumentos de capital variable pueden ser aprobados mediante asamblea ordinaria” puede ser correcta o incorrecta.

Es incorrecta si lo que se quiere decir es que la sociedad puede realizar un aumento jurídico del capital social; en otras palabras, que la sociedad puede crear nuevas acciones y modificar su capital social y estatutos mediante AGOA.

Es correcta si lo que se quiere decir es que la sociedad puede realizar un aumento real o contable mediante AGOA, pero sin que se creen nuevas acciones.

#### D. *Inscripción en el RPC*

Una vez descritos los requisitos del artículo 216, es posible determinar cuándo un aumento de capital social variable debe inscribirse en el RPC.

Considerando que el contrato social debe inscribirse en RPC conforme al artículo 21, fracción V, del Código de Comercio, entonces el requisito de inscripción se cumpliría concurrentemente con la inscripción del contrato social en el RPC.

---

<sup>98</sup> Sentencia del Amparo Directo 351/2015, p. 52.

Si posteriormente se fija el aumento de capital social en AGEA, entonces el acta correspondiente se inscribiría en el RPC en virtud del artículo 194. Lo mismo aplicaría para aumentos subsecuentes del capital social autorizado, por ser aumentos jurídicos de capital.

Como se mencionó anteriormente, el artículo 21, fracción XIV, del Código de Comercio señala que deben inscribirse las emisiones de acciones de todo tipo de sociedades. En este sentido, el término “emisiones” utilizado en esta fracción debe entenderse en su acepción de creación de acciones, no así de su puesta en circulación. Esta interpretación cumpliría con el propósito de la LGSM; esto es, informar a terceros que existe una porción del capital social de la sociedad que podría o no estar suscrita.

Una interpretación contraria anularía por completo la flexibilidad de la modalidad del capital variable, y no tendería a cumplir con los propósitos de la LGSM.

En virtud de lo anterior, si el aumento jurídico de capital está previsto o fijado en el contrato social o en una AGEA, al inscribir dichos actos en el RPC se cumple concurrentemente con el requisito previsto en el artículo 21, fracción XIV, del Código de Comercio. Sin embargo, dicha disposición del Código de Comercio cobraría relevancia si se llegara a reformar (de nuevo) el artículo 194 de la LGSM para no exigir la inscripción de las actas de AGEA, puesto que dicha reforma al artículo 194 no eximiría a las sociedades de inscribir las AGEA cuando éstas emitan o creen acciones.

## 6. Conclusiones

Lo visto líneas arriba tiene como propósito conciliar dos normas que entran en aparente conflicto. Por una parte, la taxatividad del artículo 182, fracción III, que señala que los aumentos y disminuciones de capital social deben ser aprobadas en AGEA. Por otra parte, el artículo 213, que señala que los aumentos de capital variable pueden aprobarse sin más formalidades que las señaladas en el capítulo VIII de la LGSM.

Para resolver el aparente conflicto, se argumentó que la LGSM utiliza la palabra “emisiones” en dos acepciones. La primera, como sinónimo

GUILLERMO MORALES

de crear acciones. La segunda, como sinónimo de poner en circulación las acciones.

En este sentido, se concluyó que la creación de acciones representativas del capital social debe ser aprobada al momento de la constitución de la sociedad o posteriormente en AGEA conforme al artículo 182, fracción III y XI, puesto que “toda creación de acciones supone una modificación al contrato social”. Esto, ya que el artículo 91, fracción II, exige que el contrato social señale el número de acciones en que se divide el capital social.

Esta necesaria modificación de los estatutos sociales se puede entender como un tipo especial de aumento, al que en este trabajo se ha denominado “aumento jurídico”, ya que “la creación de acciones de tesorería no supone un aumento real o un aumento contable del capital social, sino que su importancia se constriñe únicamente al plano jurídico”, puesto que éstas representan el número de puestos de socio susceptibles de ser llenados sin necesidad de modificar los estatutos.

Por lo tanto, las disposiciones estatutarias que señalan un capital variable “ilimitado” incumplen con el subprincipio de determinación del capital social, pues no fijan el monto del capital social ni el número de acciones que lo representan, incumpliendo con el artículo 6o., fracción V, y el artículo 91, fracción II.

Así, si al aumentar el capital variable se crean acciones (es decir, si se trata de un aumento jurídico), entonces dicho aumento tiene que ser aprobado en AGEA y el acuerdo inscrito en el RPC en virtud de los artículos 194 de la LGSM y 21, fracción XIV, del Código de Comercio, por tratarse de una emisión o creación de acciones.

Por otra parte, si el aumento de capital variable consiste únicamente en un aumento real o contable, pero no jurídico (por no crear acciones o modificar los estatutos), entonces el aumento debe ser aprobado en la forma y términos previstos en los estatutos sociales. En este escenario, no es necesario inscribir el aumento en el RPC, puesto que el artículo 21, fracción XIV, del Código de Comercio requiere la inscripción cuando se emitan o creen acciones, no así cuando dicho aumento sea una simple puesta en circulación.

Considerando lo anterior, el criterio del Tribunal, la Sala, el colegiado y la Prodecon son incorrectos, ya que el contribuyente aprobó un au-

mento jurídico y un aumento contable, que requerían de un acuerdo de la AGEA, pues crearon acciones, y esto involucra una modificación del capital social y los estatutos.

En consecuencia, al no haberse aprobado la creación de las acciones en AGEA ni inscrito el acta en el RPC, el aumento de capital variable del contribuyente no podría haber surtido efectos frente a terceros, en este caso, ante el SAT.

## 7. Bibliografía

- BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, 2a. ed., México, Porrúa, 1991.
- BARRERA GRAF, Jorge, “Variaciones del capital en las sociedades de capital variable”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XXXIV, núms. 136-137-138, julio-diciembre de 1984.
- DÍAZ BRAVO, Arturo, “Variaciones del capital en las sociedades mercantiles”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Las sociedades anónimas*, México, año I, núm. 3, septiembre-diciembre de 1986, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1747/5.pdf>.
- FLORES FERNÁNDEZ, José Roble, “La emisión de acciones conservando acciones de tesorería. La interpretación del artículo 133 de la Ley General de Sociedades Mercantiles”, *Derecho en Libertad*, México, año I, núm. 1, agosto-diciembre de 2008.
- GARCÍA RENDÓN, Manuel, *Sociedades mercantiles*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 1999.
- ITURBIDE GALINDO, Adrián R., *El régimen de capital variable en las sociedades anónimas*, México, Porrúa, 1985.
- MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho mercantil*, 29a. ed., México, Porrúa, 1993.
- MARMOLEJO CERVANTES, Miguel Ángel, “Aumento de capital social mediante asamblea ordinaria; es suficiente para surtir efectos ante el «SAT»”, *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, México, año V, núm. 14, septiembre de 2013, disponible en: <http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/aumentodecapitalsocialvariable.pdf>.

GUILLERMO MORALES

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed., Madrid, Espasa, 2014.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Tratado de sociedades mercantiles*, 7a. ed., México, Porrúa, 2001.

SALINAS MARTÍNEZ, Arturo, “Criterio de distinción entre las asambleas ordinarias y extraordinarias en el derecho mexicano”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Las sociedades anónimas*, México, año I, núm. 3, septiembre-diciembre de 1986, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1747/5.pdf>.

ZAMORA VALENCIA, Miguel Ángel, “Reflexiones sobre las sociedades anónimas de capital variable”, *Revista de Derecho Notarial*, México, año XXIX, núm. 91, marzo de 1985, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-notarial/article/view/6531/5842>.

*Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época,  
año VI, núm. 16, julio-diciembre de 2019

## DOCTRINA INTERNACIONAL

## Estudio sobre la resolución del contrato desde la perspectiva del derecho comparado bajo el contexto de la modernización del derecho contractual

*Study on the resolution of the contract from the perspective of comparative law in the context of the modernization of contract law*

Yun Li

RDP

### RESUMEN

La rescisión del contrato no sólo es la razón de eliminación del tráfico de derechos y obligaciones del contrato, sino también una de las formas importantes para remediar el incumplimiento del contrato. Es el sistema legal que debe estipularse enfáticamente en el contexto de la modernización del derecho contractual. Aunque los sistemas de rescisión de contratos estipulados en el derecho contractual de muchos países satisfacen básicamente las necesidades del desarrollo de la economía de mercado en sus propios países, existe aún espacio para mejorar. Este artículo sostiene que la condición de rescisión debe simplificarse y avanzarse más de su estado actual, las reglas de rescisión del contrato deben ser afinadas, y también el efecto de la rescisión del contrato debe transparentarse para de esta manera adaptarse mejor a las necesidades del mercado, de las transacciones y de la evolución de la práctica judicial.

**PALABRAS CLAVES:** derecho contractual, incumplimiento de contrato, remedios contractuales, sistema de rescisión del contrato, rescisión del contrato, derecho de rescisión del contrato, parte en incumplimiento, incumplimiento fundamental del contrato, derecho comparado.

YUN LI

### ABSTRACT

The rescission of contract is not only the reason of elimination of the rights and obligations of contract, but also one of the important ways to remedy the breach of contract. It is the legal system that should be emphatically stipulated in the context of the modernization of contract law. Although the contract rescission systems stipulated in the contract laws of many countries basically meet the needs of the development of the market economy in their countries, there is still space for improvement. This paper argues that the condition of rescission should be further clarified and improved, the rules of contract rescission should be more refined, and also the effect of contract rescission should be clarified in order to better adapt to the needs of market, transactions and development of judicial practice.

KEY WORDS: contract law, breach of contract, contract remedies, contract rescission system, rescission of contract, rescission right of contract, default party, fundamental breach of contract, comparative law.

### Sumario:

1. Introducción.
2. Hacia el remedio resolutorio.
  - A. El derecho romano.
  - B. Del derecho francés a la evolución del derecho francés en el derecho comparado.
  - C. Los Principios Unidroit.
  - D. La CISG.
  - E. La Ley de Contratos de China de 1999.
3. El carácter esencial del incumplimiento como presupuesto para la resolución del contrato.
  - A. La noción del incumplimiento esencial en el *common law*.
  - B. La noción del incumplimiento esencial en la familia del derecho civil continental.
  - C. La noción del incumplimiento esencial en la CISG.
  - D. Los Principios Unidroit.
  - E. La noción del incumplimiento esencial en los Principios Europeos del Derecho de Contratos.
  - F. La española PMCC (2009).
  - G. La noción del incumplimiento esencial en el derecho chino.
  - H. El incumplimiento resolutorio en el derecho chileno.
4. Bibliografía.

## 1. Introducción

Al tratar los remedios frente al incumplimiento, la resolución del contrato es uno de los remedios contractuales que la ley ofrece al acreedor perjudicado por el incumplimiento de la otra parte. Sin embargo, no siempre ha sido considerado así en todos los sistemas jurídicos ni en todos los momentos históricos dentro de un mismo sistema jurídico. Podemos afirmar, por el contrario, que, junto al concepto antes descrito (resolución como remedio), propio de la CISG, encontramos la tradicional concepción de la resolución como fruto de una condición resolutoria tácita o implícita en el contrato, propia de algunos sistemas herederos del derecho romano (como el francés, el derogado código civil italiano o el español).

España asiste ya a la superación de este modelo y a la moderna interpretación del Código Civil conforme al modelo de la CISG, plasmada en la PMCC. En este sentido, se ha afirmado que la resolución de las obligaciones bilaterales por incumplimiento de una de las partes es una institución relativamente reciente.<sup>1</sup>

A continuación, pretendo exponer una perspectiva de derecho comparado que me permita aportar alguna conclusión que facilite la comprensión de los diversos sistemas y concluya en la necesidad o conveniencia de su armonización para mayor eficacia del mercado.

Aunque son muchos los aspectos relacionados en los que me podría detener, escogeré tres de ellos, que considero básicos, para comparar los sistemas y llegar a la conclusión de la conveniencia de una mayor armonización entre los textos jurídicos, con sugerencias al respecto. En primer lugar, me referiré a la citada evolución actual de la figura de la resolución dentro del movimiento armonizador. En segundo lugar, como sostiene el jurista Álvaro Vidal Olivares, “La dificultad que ofrece la resolución es determinar si el incumplimiento invocado como su fundamento es, o no, esencial”, por lo que me detendré en el carácter esencial del incumplimiento como presupuesto básico de aplicación de este remedio. Por último, haré una breve mención a la cuestión de la forma de ejercicio del remedio resolutorio.

---

<sup>1</sup> Álvarez Vigaray, Rafael, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3a. ed., Granada, Comares, 2003, p. 1.

YUN LI

## 2. Hacia el remedio resolutorio

Afirma el jurista argentino Atilio Aníbal Alterini que

...para que se produzca la resolución del contrato a causa del incumplimiento, éste debe ser significativo y, en caso de ser parcial, ha de privar sustancialmente a la parte de lo que razonablemente tenía derecho a esperar en virtud del contrato [Cód. Civil portugués de 1967 (artículo 436), Cód. Civil de Louisiana de 1984 (artículo 2014), Cód. Civil holandés de 1992 (artículos 6.265 y 6.279), Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 (artículo 73.1)].<sup>2</sup>

### A. *El derecho romano*<sup>3</sup>

Juan Luis Miguel ha indicado que

...se acepta uniformemente que el derecho romano clásico no conoció el instituto de la resolución de los contratos por incumplimiento de una de las partes. Tampoco existía explícitamente enunciado el distinción entre contratos unilaterales y bilaterales, ni la reciprocidad entendida en el sentido tradicional de interdependencia de obligaciones, o de prestaciones mutuamente condicionadas que se sirven de causa. El acreedor sólo tenía protección legal para exigir la ejecución del contrato, a cuyo fin se le otorgaban las acciones directas, de efectos sumamente rigurosos sobre los bienes y aun sobre la persona del deudor.<sup>4</sup>

En sentido semejante, Mario Clemente explica lo siguiente:

En el Derecho romano, se consideraba que las obligaciones dimanantes de un contrato bilateral eran independientes entre sí, por lo

---

<sup>2</sup> Alterini, Atilio Aníbal, "Los Principios de Unidroit y las soluciones del derecho común", *The UNIDROIT Principles: A Common Law of Contracts for the Americas?*, Actas, Congreso Interamericano, Valencia (Venezuela), Unidroit, 1996, p. 270.

<sup>3</sup> Miguel, Juan Luis, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1986, pp. 45-47; Clemente Meoro, Mario E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 28.

<sup>4</sup> Miguel, Juan Luis, *op. cit.*, p. 45.

tanto, la falta de cumplimiento de una de las obligaciones no repercutía en la otra y cada parte sólo tenía acción para exigir el cumplimiento de la obligación de que era acreedor.<sup>5</sup>

El jurista argentino, Juan Luis Miguel, continúa diciendo:

En materia de incumplimiento contractual, el sistema romano adoptó dos criterios opuestos: uno para la venta, el contrato más usual; y el otro para el arrendamiento de inmuebles y los contratos innominados. Respecto de la venta, no admitió en principio la posibilidad de resolución judicial. Si la acción intentada por el acreedor no lograba del deudor obtener el cumplimiento del contrato, la relación jurídica quedaba, no obstante, subsistente, aunque incumplida, pero siempre obligatoria para las partes. El régimen resultaba especialmente peligroso para el vendedor, quien se hallaba expuesto, en caso de insolvencia del comprador, a perder la cosa y el precio.

La experiencia —continúa diciendo el autor— demostró la inconveniencia de mantener obligado al vendedor cuando resultaba evidente que el comprador no pagaría el precio. De este modo, en la práctica de los negocios se impuso la costumbre de incluir en los contratos de venta un pacto por el cual el vendedor se reservaba el derecho de resolver el negocio cuando el comprador no pagase el precio en el plazo convenido. A este respecto dice Ulpiano: “Duda Marcelo, en el libro vigésimo, si el pacto de la ley comisoria tendrá lugar si el requerido no pagara, o si no hubiera ofrecido el precio. Y juzgo más cierto, *que debe él ofrecerlo, si quiere librarse de la eficacia del pacto de la ley comisoria; pero que si no tiene a quién ofrecerlo, puede estar seguro*” (Digesto, XVIII, III, 4,4).

De manera que aceptándose rigurosamente el principio de “*pacta sunt servanda*”, no conoció el antiguo derecho romano el instituto de la resolución del contrato. La ley comisoria vino a atemperar la dureza del esquema, permitiendo al vendedor (solamente) resolver la venta cuando el comprador no pagase el precio en el plazo convenido.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Clemente Meoro, Mario E., *La facultad de resolver...*, cit., p. 28.

<sup>6</sup> Miguel, Juan Luis, *op. cit.*, pp. 45 y 46.

YUN LI

## B. *Del derecho francés a la evolución del derecho francés en el derecho comparado*

Un gran heredero del derecho romano fue el Código Civil francés de 1804 y —como resultado de su influencia— lo fueron también los sistemas de corte continental latino, tanto europeos como latinoamericanos. Sin embargo, se observa que entre estos últimos, algunos han superado actualmente el modelo romano-francés y se han aproximado al modelo de resolución que encontramos en la CISG. En este sentido, me referiré más adelante a Italia y España. En Latinoamérica comienza a despuntar también este modelo en la doctrina de algún autor, como ya veremos.

### a. *El derecho francés*

Con relación al derecho francés, seguiré a continuación a los autores españoles y chinos que han realizado aportaciones significativas para explicar el origen de esta influencia recibida luego por tantos sistemas. Vemos así “desde fuera” este sistema, contando con la óptica de la doctrina china e hispana que nos interesa aquí para avanzar en el conocimiento mutuo y la construcción de las relaciones comerciales entre China y América Latina sobre la base de la seguridad jurídica.

Las ideas de los canonistas medievales —explica Juan Luis Miguel— son recibidas en Francia por Domat, en el siglo XVII, y quedan como principios dogmáticos en su obra, en la cual se acepta la noción de interdependencia y de cambio recíproco de prestaciones como características de los contratos bilaterales en los que una obligación es causa de la otra.<sup>7</sup>

Domat opina que en la compraventa la falta de pago del precio en el término fijado o de la ejecución de cualquier otra convención dan lugar a la resolución, “porque los contratantes no quieren que el contrato subsista, sino en el caso de que cada uno ejecute su compromiso”.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>8</sup> Citado por el autor Mario E. Clemente Meoro: “Domat, J.: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, 1771, Lib. I, tít. II, sección XII, núm. 13, p. 42” (Clemente Meoro, Mario E., *La facultad de resolver...*, cit., p. 33, cita 12).

“Las enseñanzas de Domat pasaron a Pothier”.<sup>9</sup> Pothier señala que en los contratos sinalagmáticos, que contienen obligaciones recíprocas entre cada uno de los contratantes, ha de tenerse por condición resolutoria de la obligación de cada una la inejecución de cualquiera de las obligaciones de la otra.<sup>10</sup>

La doctrina de Domat y Pothier y sus moldes es recogida por los demás códigos latinos, el *Code (Código francés)* en su artículo 1.184, de donde pasa al artículo 1.042 del Proyecto español de Código de 1851, también al artículo 1.165 del *Codice (Código italiano)* de 1865, los artículos 1.453 a 1.459 del Código Civil italiano de 1942<sup>11</sup>, y llega al artículo 1.124 del vigente *Código Civil* español de 1889.<sup>12</sup>

En el mismo sentido se pronuncia el jurista argentino Juan Luis Miguel, que explica además que “en el aspecto de la bilateralidad, el código argentino siguió al pie de la letra el esquema francés”.<sup>13</sup>

El código civil francés contempla en su artículo 1.184 lo siguiente: “La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l’une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n’est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l’engagement n’a point été exécuté, a le choix ou de forcer l’autre à l’exécution de la convention lorsqu’elle est possible, ou d’en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances”.<sup>14</sup>

---

<sup>9</sup> Miguel, Juan Luis, *op. cit.*, p. 50.

<sup>10</sup> Citado por el autor Mario E. Clemente Meoro: “Pothier, R. J.: *Traité des obligations*, París, 1824, núm. 672, p. 406” (Clemente Meoro, Mario E., *La facultad de resolver...*, *cit.*, p. 33, cita 13).

<sup>11</sup> Álvarez Vigaray, Rafael, *op. cit.*

<sup>12</sup> Clemente Meoro, Mario E., *La facultad de resolver...*, *cit.*, p. 33; Miguel, Juan Luis, *op. cit.*, p. 50.

<sup>13</sup> Miguel, Juan Luis, *op. cit.*, p. 50.

<sup>14</sup> Traducción al español: “La condición resolutoria se entiende implícita en los contratos sinalagmáticos para el caso de que una de las dos partes no cumpla su obligación. En este caso, el contrato no se resolverá automáticamente. La parte que no haya recibido el cumplimiento de la obligación podrá escoger entre exigir a la otra el cumplimiento del

YUN LI

El jurista chino Li Xintian ha explicado las notas que caracterizan la resolución por incumplimiento en derecho francés: el carácter judicial en cuanto a la forma de ejercicio, y la necesidad de que el incumplimiento sea grave, en cuanto a los presupuestos del remedio. En el derecho francés, si una parte quiere pedir la resolución del contrato con causa del incumplimiento del contrato de la otra parte, tiene que pedírsela al tribunal con el litigio, y el tribunal la juzgará y dictará la sentencia. Cuando el juez decide si permite a la parte perjudicada la resolución del contrato, pone énfasis a la consideración de la gravedad del incumplimiento, sólo permite la resolución del contrato cuando el incumplimiento es grave.<sup>15</sup>

Veamos a continuación la figura de la resolución por incumplimiento en otros sistemas vecinos al francés (Italia, España), que reciben su influencia, pero en los que se constata una evolución que aproxima estos sistemas al modelo de resolución propio de la CISG.

#### *b. La evolución de los sistemas afrancesados*

Como decía antes, el Código Civil francés sirvió de referencia no sólo a varios países europeos, como España e Italia, sino también a los países de Latinoamérica a la hora de redactar sus propios códigos civiles, razón por la cual nos hemos detenido en él brevemente, en primer lugar, para ahora hacer referencia a la evolución que ha sufrido en sistemas que lo tomaron como referencia en la elaboración de sus propios códigos civiles (en particular Italia y España).

#### *i. Códigos civiles italianos de 1865 y 1942*

El Código Civil francés influyó en el Código Civil italiano de 1865. Sin embargo, en la materia que nos ocupa veremos que el vigente Código

---

contrato, si fuese posible, o pedir la resolución, junto con el abono de daños y perjuicios. La resolución deberá pedirse judicialmente, y podrá concederse al demandado un plazo, según las circunstancias". Citado por el autor: "Cfr. artículo 1124 CC. *Código Civil Francés/Code Civil*, edición bilingüe, Álvaro Núñez Iglesias (trad.), Rafael Domingo (coord.), Madrid, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, 2005, p. 547".

<sup>15</sup> Xintian, Li, *Comparative Studies on Breach of the Contract*, Wuhan, Wuhan University Press, 2005, p. 102.

Civil de 1942 ya se distancia de él hacia un modelo de resolución más parecido a la figura actual de los textos del derecho uniforme (resolución como remedio). La mención directa a la condición resolutoria implícita propia del primero (como aparece también ubicada la resolución por incumplimiento en el Código Civil español, artículo 1124) desaparece en este último. Veámoslo a continuación:

El Código Civil italiano de 1865 disponía en su artículo 1.165 lo siguiente:

La condición resolutoria es siempre sobreentendida en los contratos bilaterales en el caso de que una de las partes no cumpla su obligación. En tal hipótesis el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte a quien no fue hecha la prestación podrá optar entre exigir el cumplimiento del contrato a la otra parte, cuando esto sea posible, o su resolución con el resarcimiento de daños en ambos casos. La resolución del contrato debe demandarse judicialmente y puede concederse al demandado una dilación, según las circunstancias.<sup>16</sup>

Este artículo ha sido comentado por Rafael Álvarez Vigaray, que confirma la influencia del derecho francés sobre el italiano:

El artículo 1.165 del CC italiano de 1865 se expresa en términos análogos a los del artículo 1.184 del CC francés, que le sirvió de modelo. La doctrina italiana interpretó este artículo en términos análogos a los usuales en la interpretación del artículo 1.184 del CC francés, por la doctrina de este país. Así se estimó que la condición resolutoria tácita, a diferencia de la expresa, confiere una mera facultad de demandar la resolución al juez, que puede no pronunciarla cuando, reconociendo posible y satisfactoria la prestación, estime preferible otorgar una dilación a quien no la cumplió.<sup>17</sup>

El Código Civil italiano de 1942 (capítulo IV, “De la resolución del contrato”; sección I, “De la resolución por incumplimiento”),<sup>18</sup> vigente, establece en su artículo 1.453 lo siguiente:

<sup>16</sup> Álvarez Vigaray, Rafael, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

<sup>17</sup> *Idem.*

<sup>18</sup> Seguiré, con leves variaciones, la versión al español aportada por Juan Luis Miguel (*op. cit.*, p. 64).

YUN LI

Resolución del contrato por incumplimiento. En el contrato con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumple sus obligaciones, la otra parte puede a su elección requerir el cumplimiento o la resolución del contrato, y, siempre, el resarcimiento del daño. La resolución puede ser requerida aun cuando se haya promovido juicio para obtener el cumplimiento, pero cuando se demandó la resolución ya no puede recabarse el cumplimiento. Desde la fecha de la demanda por resolución el inejecutante no puede ya cumplir sus obligaciones.

En cuanto a los presupuestos para que proceda la resolución del contrato, el artículo 1454 del Código Civil italiano dispone que el emplazamiento al deudor para que cumpla es requisito previo para el ejercicio del remedio resolutorio por parte del acreedor,<sup>19</sup> salvo condición resolutoria expresa, en cuyo caso será suficiente la notificación a la otra parte (artículo 1456),<sup>20</sup> o salvo término esencial (artículo 1457).<sup>21</sup> Además, para que pueda resolverse el contrato, el incumplimiento ha de tener una relativa importancia, no pudiendo resolverse el contrato si el incumplimiento “tiene escasa importancia” (artículo 1455).

La resolución tendrá efecto retroactivo entre las partes, “salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, a cuyo respecto el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones ya cumplidas”, y sin que perjudique a terceros (artículo 1458).

Por tanto, el Código Civil francés (en su artículo 1.184) y el derogado Código Civil italiano de 1865 (en su artículo 1.165) se refieren a la fa-

---

<sup>19</sup> Dispone el artículo citado lo siguiente: “La parte puede intimar al inejecutante por escrito para que cumpla en un término adecuado, con la declaración que trascurrido inútilmente ese término el contrato se entenderá sin más resuelto. El término no puede ser inferior a quince días, salvo pacto diverso de las partes o salvo que, por la naturaleza del contrato o según los usos, resulte adecuado un término menor. Trascurrido el plazo sin que el contrato haya sido ejecutado, éste queda resuelto de derecho”.

<sup>20</sup> “Artículo 1456. Cláusula resolutoria expresa. Los contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelva en el caso que una determinada obligación no se cumpla según las modalidades establecidas. En este caso la resolución se produce de derecho cuando la parte interesada declara a la otra que entiendo valerse de la cláusula resolutoria”.

<sup>21</sup> “Artículo 1457. Término esencial para una de las partes. Si el término fijado para la prestación de una de las partes debe considerarse esencial en el interés de la otra, ésta, salvo pacto o uso contrario, si quiere exigir la ejecución no obstante el vencimiento del plazo, debe notificar a la otra parte expresamente la resolución”.

cultad de resolver el contrato por incumplimiento, conocido como “condición resolutoria implícita o tácita”,<sup>22</sup> y no como remedio general frente al incumplimiento del contrato. Esto cambió en el Código Civil italiano de 1942. Como veremos a continuación, el Código Civil español mantiene en su artículo 1124 la originaria norma de corte afrancesado, si bien la Propuesta de Modernización del Código Civil (2009) busca ubicarlo ordenadamente como remedio general frente al incumplimiento contractual, conforme al modelo de la CISG y Principios de Unidroit.

## ii. El Código Civil español y la PMCC

Por su autoridad en la materia, seguiremos aquí la doctrina de Clemente Meoro. Dice así el autor:

El Código Civil español (en adelante, CC español) regula la resolución por incumplimiento en un único precepto, en la sección relativa a las obligaciones puras y condicionales, que se remite, a su vez, a otros dos, los artículos 1295 y 1298, en sede de rescisión de los contratos. Es por su ubicación, por los antecedentes del precepto en los artículos 1184 del Código Civil francés y 1165 italiano, y por la dicción del propio artículo 1124.1 CC, que a la facultad de resolver se le ha conocido como condición resolutoria implícita o tácita.<sup>23</sup>

En efecto, el Código Civil español dispone, en su artículo 1124, lo siguiente:

La facultad de resolver las obligaciones se encuentra implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cum-

<sup>22</sup> Clemente Meoro, Mario E., *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 30; Clemente Meoro, Mario E., *La facultad de resolver...*, cit., p. 40; Clemente Meoro, Mario E., “La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación Española”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, núm. 2131, mayo de 2011, pp. 2 y 3.

<sup>23</sup> Clemente Meoro, Mario E., *La facultad de resolver...*, cit., p. 40; Clemente Meoro, Mario E., *La resolución de los contratos...*, cit., p. 30; Clemente Meoro, Mario E., “La resolución por incumplimiento en la Propuesta...”, *op. cit.*, pp. 2 y 3.

YUN LI

plimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

Este último párrafo quiere decir que los efectos de la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes no alcanzarán a los terceros que hayan adquirido con buena fe y a título oneroso (e inscrito el título en el Registro de la Propiedad cuando se trate de bienes inmuebles; tratándose de bienes muebles, habrá que estar a lo dispuesto por el artículo 464 del Código Civil). Veamos, por lo demás, el contenido del artículo citado:

El artículo 1124 del Código Civil español —explica Mario Clemente, citando textualmente parte del precepto— se limita a establecer la facultad de resolver las obligaciones “para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe”. En consecuencia, se limita a referirse al incumplimiento de la obligación como hecho determinante de la resolución.<sup>24</sup>

Sin embargo, podemos preguntarnos aquí si cualquier tipo de incumplimiento de la obligación legítima al acreedor afectado para resolver el contrato, lo que parece en principio desproporcionado, o si —por el contrario— el legislador se refiere tan sólo a un incumplimiento cualificado que perjudique gravemente el interés del acreedor, aspecto al que nos referiremos más adelante, al estudiar el incumplimiento esencial como presupuesto para el ejercicio de la facultad resolutoria.

Como hemos visto, el Código Civil italiano vigente suprime toda alusión a la condición resolutoria implícita. Sin embargo, como explica el profesor Mario Clemente, el artículo 1124 del Código Civil español se refiere a una “facultad” resolutoria implícita, siendo este precepto el

---

<sup>24</sup> Clemente Meoro, Mario E., “La resolución por incumplimiento en la Propuesta...”, *op. cit.*, p. 4.

que cierra la sección dedicada a las obligaciones condicionales.<sup>25</sup> Ahora bien, si atendemos a la vigente opinión de la doctrina española y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es posible afirmar que esta interpretación ha sido superada por influjo del derecho comparado, y muy en particular por influencia de la CISG, que —al haber sido ratificada por España— constituye parte de su derecho interno y contempla la resolución como uno de los remedios contractuales frente al incumplimiento de una de las partes, como vengo indicando.

En este sentido, Mario Clemente explica que la asimilación entre facultad —o acción— resolutoria y condición resolutoria ha sido objeto de crítica, sobre la base de consideraciones tales como<sup>26</sup> que el derecho a la resolución nace de la ley y no de la voluntad de las partes, o que no es una resolución automática, sino una facultad de actuación por la que puede optar el acreedor perjudicado, entre otros.

El jurista español Eugenio Llamas Pombo explica que, en cuanto a la relación entre la facultad resolutoria establecida en el artículo 1124 del Código Civil español y otros remedios,

...expresamente se pueden obtener del precepto dos importantes conclusiones: 1o. La absoluta incompatibilidad entre la pretensión de cumplimiento y la pretensión resolutoria, pues optar por una equivale automáticamente a descartar la otra. Esto es fácil de entender. 2o. La esencial compatibilidad entre cualquiera de los dos mecanismos, y el “resarcimiento de daños y abono de intereses”, y, por tanto, entre la resolución y dicho resarcimiento.<sup>27</sup>

La Propuesta de Modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos, presentada al ministro de justicia español por la Comisión General de Codificación en 2009, supera el antiguo modelo

---

<sup>25</sup> Citado por el autor: “Por otra parte, siguen hablando de condición resolutoria implícita las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1983 (R. A. 255), 1 de octubre de 1986 (R. A. 5.229; La Ley, 1987-1, 134) y de 30 de septiembre de 1989 (R. A. 6.393; La Ley, 1989-4, 842)” (Clemente Meoro, Mario E., *La resolución de los contratos...*, cit., p. 30; Clemente Meoro, Mario E., *La facultad de resolver...*, cit., p. 40).

<sup>26</sup> Clemente Meoro, Mario E., *La resolución de los contratos...*, cit., pp. 30-33; Clemente Meoro, Mario E., *La facultad de resolver...*, cit., pp. 40-44.

<sup>27</sup> Llamas Pombo, Eugenio, *La compraventa*, Madrid, La Ley (Wolters Kluwer), 2014, pp. 629 y 630.

YUN LI

de la condición resolutoria implícita y propone la resolución —como uno más— dentro del sistema general de remedios frente al incumplimiento contractual (artículo 1190, PMCC). El texto de la PMCC requiere que el incumplimiento sea esencial para que el acreedor pueda acudir al remedio resolutorio (artículo 1199.I), en cuyo caso la resolución del contrato se efectuará mediante “notificación a la otra parte” (artículo 1199.II).

### iii. *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC)*

Los ya referidos PLDC abordan en su borrador la materia de modo semejante a lo que hemos visto en la española PMCC: en el artículo dedicado a los “medios de tutela del acreedor”, se dispone que “en caso de incumplimiento, el acreedor podrá ejercer, a su elección y según proceda, alguno de los siguientes medios de tutela... 3. Resolución del contrato...”. Otro artículo (están aún sin numerar, dado el estado incipiente de los PLDC), dedicado a la “resolución por incumplimiento”, dispone lo siguiente:

Cualquiera de las partes de un contrato puede resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento esencial. El incumplimiento recíproco no obsta la resolución del contrato. La resolución opera mediante comunicación escrita a la otra parte, la que producirá efectos desde su recepción.

Los PLDC dan una definición del carácter esencial del incumplimiento contractual:

Se entiende que el incumplimiento es esencial cuando: 1. Las partes así lo han acordado respecto de obligaciones determinadas o de supuestos específicos de incumplimiento. 2. El incumplimiento es doloso. 3. La conducta del deudor incumplidor, hace perder razonablemente al acreedor la confianza en el cumplimiento posterior del contrato. 4. Prive sustancialmente al acreedor de aquello que podía esperar de acuerdo con lo que era previsible para las partes, al momento de celebrarse el contrato.

Sin duda, como vengo afirmando, los Principios Unidroit y la CISG están ejerciendo una importante influencia en la armonización de los textos jurídicos del orbe, de modo paulatino, a ritmos diversos, pero de forma clara y progresiva. Repasaré a continuación estos textos y la influencia que también en China han dejado sentir.

### C. *Los Principios Unidroit*

Con relación al remedio resolutorio, los Principios Unidroit prevén, como afirma el jurista argentino Atilio Aníbal Alterini, “el derecho a dar por terminado el contrato si la otra parte ha incurrido en un incumplimiento esencial”, a cuyo fin es relevante la consideración de si “el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado”, y si “el cumplimiento estricto de la obligación insatisfecha era esencial dentro del contrato” (artículo 7.3.1 [2, a y b]). El artículo 7.3.3 de los Principios Unidroit otorga derecho a dar por terminado el contrato “si con anterioridad a la fecha de cumplimiento... queda claro que habrá un incumplimiento esencial por la otra parte”. A su vez, el artículo 7.3.2 (d) considera incumplimiento esencial que asigna derecho a dar por terminado el contrato al que “le otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte”; en el comentario se asume como hipótesis la de “una prestación a plazos” cuando “resulta claro que los defectos en una de las primeras prestaciones permiten anticipar que éstos se repetirán en todas las prestaciones subsiguientes... aun cuando los defectos evidenciados en las primeras entregas no justifiquen en sí mismo la terminación del contrato”.<sup>28</sup>

### D. *La CISG*

Como vimos, la CISG introduce en el ordenamiento interno español una regulación del contrato de compraventa fruto del consenso entre

<sup>28</sup> Alterini, Atilio Aníbal, *op. cit.*, pp. 270 y 271.

YUN LI

las diferentes familias jurídicas (en especial entre el derecho anglosajón y el derecho continental germánico y francés), por lo que sus reglas son muy diferentes a las de los códigos Civil y de Comercio. Las principales novedades de este sistema son —como ya se dijo— la redefinición de las obligaciones del vendedor, eliminando las obligaciones de saneamiento por evicción y por vicios ocultos, a cambio de ampliar el concepto de entrega, que debe ser conforme, de un lado, y la reestructuración del sistema de remedios frente al incumplimiento, que deja de centrarse en la calidad de la obligación incumplida para hacerlo en la esencialidad del incumplimiento para resolver el contrato, que elimina las acciones edilicias e introduce otras, como la de sustitución o la de reparación, e incorpora la figura del plazo suplementario para permitir que un incumplimiento no esencial devenga en resolutorio.<sup>29</sup>

Pues bien, en la CISG el remedio resolutorio es uno más entre los que constituyen el haz de mecanismos de tutela frente al incumplimiento que se ofrecen al acreedor (artículos 45), que requiere para su ejercicio que el incumplimiento sea esencial (artículo 49); esto es, que “cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación” (artículo 25).

### E. *La Ley de Contratos de China de 1999*

¿Cómo regula la Ley de Contratos de China de 1999 la resolución por incumplimiento? Lo hace en su artículo 94, del que ofrezco la traducción oficial al inglés de la Asamblea Popular de China, así como su traducción original al español:

第 94 条规定,有下列情形之一的,当事人可以解除合同:

---

<sup>29</sup> Martínez Cañellas, Anselmo, *Derecho del comercio internacional. Bloque temático VIII: Remedios frente al incumplimiento del contrato de compraventa internacional de mercaderías*, Universitat de les Illes Balears, mayo de 2009, p. 3 (el texto es prácticamente idéntico al original del autor, dado que la autora de esta tesis es nativa china y ha preferido basarse en la literalidad de los textos españoles).

ESTUDIO SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO...

[Article 94. *The parties to a contract may terminate the contract under any of the following circumstances*].

[Artículo 94. Las partes de un contrato podrán resolverlo en cualquiera de las siguientes circunstancias].

(一) 因不可抗力致使不能实现合同目的;

[(1) *It is rendered impossible to achieve the purpose of contract due to an event of force majeure*].

[(1) Cuando sea imposible lograr el propósito del contrato por causas de la fuerza mayor].

(二) 在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务;

[(2) *Prior to the expiration of the period of performance, the other party expressly states, or indicates through its conduct, that it will not perform its main obligation*].

[(2) Cuando, antes del vencimiento del plazo del cumplimiento, la otra parte afirma expresamente, o indica a través de su conducta, que no va a cumplir con su obligación principal].

(三) 当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行;

[(3) *The other party delayed performance of its main obligation after such performance has been demand, and fails to perform within a reasonable period*].

[(3) Cuando la otra parte retrasa el cumplimiento de su obligación principal, y no realiza el cumplimiento dentro de un plazo razonable después de que la parte demande el cumplimiento].

(四) 当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的;

[(4) *The other party delays performance of its obligations, or breaches the contract in some other manner, rendering it impossible to achieve the purpose of the contract*].

[(4) Cuando la otra parte retrasa el cumplimiento de sus obligaciones, o incumple el contrato de alguna otra manera, lo que hace que sea imposible lograr el objeto del contrato].

(五) 法律规定的其他情形。

[(5) *Other circumstance as provided by law*].

[(5) Cuando concurren otras circunstancias previstas por la ley].

Como hemos visto, en China —como en todos los sistemas comparados antes estudiados—, la resolución del contrato no se admitirá

YUN LI

si el incumplimiento tiene escasa importancia, exigiéndose en muchos casos que tenga carácter esencial. Detengámonos brevemente, a continuación, en esta última cuestión.

### **3. El carácter esencial del incumplimiento como presupuesto para la resolución del contrato**

La noción del incumplimiento esencial que actualmente encontramos en la doctrina española se tradujo de la noción inglesa *fundamental breach*, que aparece en la CISG. El carácter esencial del incumplimiento se convierte en el criterio de determinación de la procedencia o no del remedio resolutorio.<sup>30</sup> Como veremos, el incumplimiento esencial del contrato significa que una parte incumple el contrato, causando a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.

#### *A. La noción del incumplimiento esencial en el common law*

Para estudiar la noción del incumplimiento esencial en el *common law*, distinguiré —brevemente— entre el derecho inglés y el norteamericano.

##### *a. El derecho inglés. La distinción entre conditions y warranties*

Para estudiar la noción del “incumplimiento esencial” en el derecho inglés, seguiré básicamente las tres obras de referencia sobre la materia desarrolladas por la doctrina china (Congbing, Hui [en chino: 惠从冰], *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato* [en chino: 违约救济比较研究, pronunciación: *Wei Yue Jiu Ji Bi Jiao*

---

<sup>30</sup> Congbing, Hui, *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato*, Beijing, Law Press China, 2013, p. 96.

*Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on Remedy for Breach of the Contract*], Beijing, 法律出版社 [Law Press China], 2013, y Xintian, Li [en chino: 李新天], título del libro: 违约形态比较研究 [pronunciación: *Wei Yue Xing Tai Bi Jiao Yan Jiu*; en inglés: *Comparative Studies on Breach of the Contract*], Wuhan [en chino: 武汉], 武汉大学出版社 [Wuhan University Press], 2005), así como las dos obras de referencia en derecho español (Clemente Meoro, Mario E., *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, y Álvarez Vigaray, Rafael, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3a. ed., Granada, Comares, 2003) y las obras de referencia de juristas latinoamericanos (por parte de Chile: Pizarro Wilson, Carlos y Vidal Olivares, Álvaro, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, y Pizarro Wilson, Carlos [coord.], *El derecho de los contratos en Latinoamérica [bases para unos principios de derecho de los contratos]*, Santiago de Chile, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2012; por parte de Argentina: Miguel, Juan Luis, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1986).

La noción del incumplimiento esencial se originó y se fundó en la sentencia del caso *Poussard v. Spiers* de 1875. En aquel entonces, los tribunales ingleses distinguieron las cláusulas del contrato en dos tipos de pactos contractuales: “condición” (*condition* en inglés) y “garantía” (*warranty* en inglés), según la importancia de la cláusula. El incumplimiento de las primeras (condiciones), pero no el de las segundas (garantías), faculta para resolver.<sup>31</sup>

En el *common law*, el término “condición” (*condition*) tiene dos significados diferentes: uno es el requisito previo del contrato; el otro es un tipo de la cláusula del contrato. En el último, “a efectos de resolución”, “condición” es la cláusula más importante o esencial del contrato, mientras que “garantía” es la cláusula adicional y auxiliar del contrato. Por lo tanto, si la parte incumple la cláusula “condición”, esto supone un incumplimiento esencial, por lo cual la parte perjudicada tiene el derecho a resolver el contrato; sin embargo, si la parte incumple la cláusula “garantía”, la otra parte no puede resolver el contrato.<sup>32</sup> “A efectos de

<sup>31</sup> Clemente Meoro, Mario E., *La resolución de los contratos...*, cit., p. 102.

<sup>32</sup> Congbing, Hui, op. cit., p. 97.

YUN LI

resolución, *condition* es aquel pacto (*term*) cuyo incumplimiento por el deudor legitima al acreedor para resolver la relación obligatoria; por el contrario, si el pacto pertenece a la categoría de las *warranties*, su incumplimiento no permite resolución, sino sólo reclamar *damages*".<sup>33</sup>

Ahora volvemos al caso *Poussard v. Spiers*.<sup>34</sup> En este asunto, el tribunal inglés opinaba que la actriz Poussard incumplió la cláusula "condición"; por lo tanto, la otra parte, Spiers, tenía derecho a resolver el contrato. En el caso *Bettini v. Gye* de 1876,<sup>35</sup> como el tribunal opinaba que la parte incumplidora incumplió la cláusula "garantía", y no la cláusula "condición", la parte perjudicada no podía resolver el contrato.<sup>36</sup>

### b. La noción del incumplimiento esencial en el derecho norteamericano

La distinción inglesa de las cláusulas contractuales ("condición" y "garantía") ha dejado mucha influencia en el *common law* norteamericano; pero la diferencia entre el *common law* inglés y el *common law* norteamericano consiste en que el *common law* norteamericano no emplea la noción del *fundamental breach*, sino la noción del *ma-*

<sup>33</sup> Clemente Meoro, Mario E., *La resolución de los contratos...*, *cit.*, citas 72, 73 y 74.

<sup>34</sup> La señora Poussard firmó un contrato para actuar como cantante de ópera durante tres meses. Ella estuvo enferma cinco días antes de la noche de apertura, y no era capaz de realizar las primeras cuatro noches. Spiers la reemplazó con otra cantante de ópera. La señora Poussard incumplió la cláusula "condición"; por lo tanto, Spiers tenía derecho a rescindir el contrato, según la traducción del siguiente texto original en inglés: "Madame Poussard entered a contract to perform as an opera singer for three months. She became ill five days before the opening night and was not able to perform the first four nights. Spiers then replaced her with another opera singer. Held: Madame Poussard was in breach of condition and Spiers were entitled to end the contract. She missed the opening night which was the most important performance as all the critics and publicity would be based on this night". Disponible en: <http://www.e-lawresources.co.uk/Poussard-v-Spiers.php>.

<sup>35</sup> *Bettini v. Gye* (1876), L.Q.B.D. 183. Véase también *Behn v. Burness* (1863) 3 B. & S.751. "En *Bettini v. Gye*, un cantante de ópera —Bettini— se prometió a estar en Londres, para ensayar, seis días antes del comienzo de las representaciones, pero cayó enfermo y sólo pudo llegar dos días antes, razón por la cual el empresario resolvió. En opinión de Blackburn J. la cuestión central consistía en determinar si tal pacto era una *condition precedent* de la responsabilidad de la otra parte, o sólo un *independent agreement*, cuyo incumplimiento no justificaba la resolución" (Clemente Meoro, Mario E., *La resolución de los contratos...*, *cit.*, p. 105).

<sup>36</sup> Congbing, Hui, *op. cit.*, p. 97.

*terial breach* o la del *substantial non-performance*.<sup>37</sup> La norma general era que cuando el incumplimiento de una parte constituye un *material breach*, la otra parte puede pedir la resolución del contrato, como la sentencia de *Colonial Dodge v. Miller* de 1984.<sup>38</sup>

### B. *La noción del incumplimiento esencial en la familia del derecho civil continental*

En el derecho civil continental no existía ni la noción del incumplimiento esencial ni la uniformidad de las normas sobre el incumplimiento esencial.<sup>39</sup> El derecho civil continental tampoco clasifica las cláusulas del contrato en cláusulas de “condición” y cláusulas de “garantía” como el derecho anglosajón; pero existen disposiciones similares a las propias del incumplimiento esencial en el derecho civil continental.

### C. *La noción del incumplimiento esencial en la CISG*

Según sostiene el jurista chileno Álvaro Vidal Olivares:

...la noción del incumplimiento esencial, si bien la CV la toma directamente de la LUCI (artículo 10), tiene su origen mediato en el *Common Law* en la institución del *fundamental breach of contract*, que coincide con la versión inglesa de la CV. En el *Common Law* el criterio desde fines del siglo XIX ha sido el de la naturaleza del pacto incumplido, apoyándose en la distinción entre *conditions* y *warranties*, autorizando la resolución sólo ante la infracción de los primeros. Sin embargo, desde 1963, el criterio ha sido el de la gravedad de las consecuencias del incumplimiento, en términos de que se podrá resolver el contrato cuando éste afecte la raíz o la base del contrato, frustrando el propósito del acreedor o privándolo sustancialmente del beneficio que pretendía obtener. Las estipulaciones, cuya infracción afecta la base o raíz del contrato, se denominan

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>38</sup> Disponible en: <http://www.4lawschool.com/contracts/dodge.shtml>.

<sup>39</sup> Congbing, Hui, *op. cit.*, p. 99.

YUN LI

esenciales o fundamentales, llegándose a la noción de *fundamental breach of contract*.<sup>40</sup>

En la CISG se exige que para que el incumplimiento legitime al acreedor no incumplidor a la resolución del contrato ha de ser un incumplimiento esencial (artículo 49), lo que exige la determinación de un criterio de distinción entre el incumplimiento esencial y el no esencial. Según el artículo 49 de la Convención, en los casos del incumplimiento esencial, la parte no incumplidora tiene derecho a resolver el contrato.

El criterio para determinar cuándo el incumplimiento es esencial viene establecido en el artículo 25 de la Convención de Viena, que contempla la noción del “incumplimiento esencial”. Se entiende por “incumplimiento esencial” el no cumplimiento de la obligación de una de las partes “que cause a la otra un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya cumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación” (artículo 25, CISG). La obligación incumplida puede ser tanto una expresamente contemplada en el contrato como una obligación de origen legal impuesta por la CISG.<sup>41</sup>

El artículo 25 de la Convención de Viena permite distinguir el incumplimiento esencial del incumplimiento no esencial. El jurista mexicano Jorge Adame Goddard explica que sólo el incumplimiento que cause un “perjuicio grave” es un incumplimiento esencial, y puede dar lugar a la resolución del contrato.<sup>42</sup> Por su parte, el jurista chino Hui Congbing opina que la Convención de Viena exige dos requisitos para el incumplimiento esencial: la gravedad del incumplimiento y la previsibilidad del incumplimiento.<sup>43</sup> A mi juicio, es más completa la explicación del jurista chino. Como sostiene el jurista chileno Álvaro Vidal Olivares:

---

<sup>40</sup> Vidal Olivares, Álvaro, *La protección del comprador*. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2006, p. 103.

<sup>41</sup> Martínez Cañellas, Anselmo, *op. cit.*, p. 4.

<sup>42</sup> Adame Goddard, Jorge, *El contrato de compraventa internacional*, México, UNAM-McGraw-Hill, 1994, p. 231, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1936/11.pdf>.

<sup>43</sup> Congbing, Hui, *op. cit.*, p. 98.

...la razonable previsibilidad del resultado (privación sustancial de lo que el acreedor tiene derecho a esperar en virtud del contrato) se aprecia, aunque la norma no la exprese, al momento de la celebración del contrato, instante en que se fija su objeto y ámbito de protección; lo que ocurra después no incide en la posición contractual de las partes, especialmente en la del deudor, quien, sobre la base del conocimiento real o imputado que posea al momento del contrato, tiene la carga de prever varias cosas relacionadas con el desarrollo del programa de prestación: a) los incumplimientos que pueden privar a su acreedor de lo que tiene derecho a esperar en virtud del contrato (artículo 25 CV); b) los impedimentos que pueden afectar la preparación o ejecución de la prestación (artículo 79(1) CV) y c) los daños que puedan ser una posible consecuencia de la infracción contractual que le atribuye responsabilidad (artículo 74 CV). O sea, la carga de prever se proyecta en tres direcciones y el momento en el que actúa es el mismo: el de la celebración del contrato. En ese instante se reparten los riesgos entre las partes, permitiendo dibujar el ámbito de cada uno de estos remedios.<sup>44</sup>

El jurista chileno Álvaro Vidal Olivares sostiene que

La esencialidad no obedece a un criterio cuantitativo, ni menos atiende al carácter principal o accesorio de la o las obligaciones incumplidas, sino, exclusivamente, a uno cualitativo, vinculado directamente con el interés del acreedor y la posibilidad de su ulterior satisfacción por medio de una prestación tardía o la corrección de la prestación ejecutada defectuosa o imperfectamente.<sup>45</sup>

El jurista mexicano antes citado atribuye a los juristas mexicanos un papel importante en el establecimiento de este criterio en el texto de la CISG: “Cabe mencionar —explica— que, en las sesiones del grupo de CNUDMI que preparó el proyecto de la convención actual, los representantes mexicanos hicieron la propuesta de ligar la noción de incumplimiento esencial con la de «perjuicio importante»”.<sup>46</sup> La propuesta fue

<sup>44</sup> Vidal Olivares, Álvaro, *La protección del comprador...*, cit., pp. 101 y 102.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>46</sup> Citado por el autor: “Véase *Yearbook VI (1975) 53, 64, 77-78 y 94-95*” (Adame Goddard, Jorge, *op. cit.*, p. 232, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1936/11.pdf>).

YUN LI

aprobada, y en el proyecto de convención que se presentó a la Conferencia de Viena (artículo 23) se definía el incumplimiento esencial como el que “causa un perjuicio importante”. Se pasó así —afirma—, por iniciativa de los juristas mexicanos, de una definición subjetiva de incumplimiento esencial a una objetiva.<sup>47</sup> La palabra “perjuicio” del artículo 25 de la Convención de Viena debe interpretarse en sentido amplio —sigue diciendo el autor—, como cualquier deterioro o menoscabo económico, y no en el sentido restringido de ganancia dejada de obtener, con el que aparece en el artículo 74 que se refiere a la indemnización por daños y perjuicios.<sup>48</sup>

Comentando el origen del incumplimiento esencial establecido en el artículo 25 de la CISG, el jurista chino Wang Liming explica lo siguiente:<sup>49</sup> el incumplimiento esencial se origina en el *common law*. La CISG contempla la noción del incumplimiento esencial en el artículo 25 y ubica esta norma en el sistema de las responsabilidades por incumplimiento del contrato. Por esta razón, el autor contextualiza la norma explicando otras relacionadas con ella, tales como el artículo 51 de la CISG, conforme al cual cuando existe una entrega parcial de parte del obligado sólo habrá lugar a la resolución del contrato si puede hablarse de incumplimiento esencial, debiendo mantenerse el contrato en el resto de los casos. De acuerdo con el artículo 51 de la Convención —sigue diciendo el autor chino citado—:

- 1) si el vendedor sólo entrega una parte de las mercaderías o si sólo una parte de las mercaderías entregadas es conforme al contrato, se aplicarán los artículos 46 a 50 respecto de la parte que falte o que no sea conforme. 2) el comprador podrá declarar resuelto el contrato en su totalidad sólo si la entrega parcial o no conforme al contrato constituye un incumplimiento esencial de éste.

A juicio de la doctrina china, es muy positivo exigir el carácter esencial del incumplimiento como presupuesto para la resolución, porque aporta

---

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> El jurista chino Wang Liming lo expresó en un discurso titulado “La modificación de la CISG y la Ley de Contratos de China” (《公约的修改与中国合同法》), en la Universidad Renmin de China, el 15 de marzo de 2013. Disponible en: [www.civillaw.com.cn](http://www.civillaw.com.cn).

seguridad jurídica. El incumplimiento esencial limita severamente las condiciones de la resolución del contrato, y establece una protección legal importante para el cumplimiento del contrato.

Con relación a la explicación del régimen del incumplimiento esencial en la CISG, pueden destacarse algunas diferencias de carácter expositivo o en cuanto al método de sistematización de la materia. Así, por ejemplo, a juicio de Mario Clemente Meoro, el concepto del incumplimiento esencial se encuentra en la Convención de Viena en los artículos 25, 46.2, 49.1 a), 51.2, 64.1 a), 70, 72.1 y 73.<sup>50</sup> Por consiguiente, el autor incluye dentro del incumplimiento esencial los supuestos de incumplimiento anticipado esencial (*fundamental*) o *anticipatory breach*, lo que es admisible a mi juicio, ya que el autor sistematiza la materia tomando el criterio de esencialidad del incumplimiento como referencia. Sin embargo, los autores chinos clasifican el incumplimiento en dos apartados: 1) el incumplimiento previsible, y 2) el incumplimiento de hecho, ubicando el incumplimiento esencial en este segundo apartado como aquella de las modalidades del mismo que daría lugar a la resolución del contrato. Ambos modos de explicar la materia son compatibles. La diferencia es únicamente expositiva o de orden.

#### D. Los Principios Unidroit

La noción del incumplimiento esencial en los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit (PICC en inglés; en adelante, Principios Unidroit) se encuentra en el artículo 7.3.1 (derecho a dar por terminado el contrato), como requisito para resolver el contrato.

De acuerdo con los Principios Unidroit, la parte perjudicada puede declarar resuelto el contrato en caso del incumplimiento esencial de la otra parte. En comparación con la CISG, los Principios Unidroit describen el incumplimiento esencial de un modo más amplio o exhaustivo que la CISG, ya que —junto al carácter grave e imprevisible del incumplimiento— consideran también aspectos subjetivos (en particular la actitud del deudor contraria al cumplimiento, intencional o temeraria), así como el

---

<sup>50</sup> Clemente Meoro, Mario E., “La resolución por incumplimiento en la Propuesta...”, *op. cit.*, p. 4.

YUN LI

incumplimiento esencial anticipado (la parte incumplidora da razones justificadas a la otra parte para desconfiar que se cumplirá en el futuro). Parece posible afirmar, por consiguiente, que los Principios Unidroit no siguen sólo el modelo de la CISG, sino que también reciben otras influencias.

En este sentido, se ha indicado que los Principios Unidroit contemplan con mucho detalle los factores determinantes de la existencia o no del incumplimiento esencial, y se ha explicado que la mayoría han sido tomados de las disposiciones relacionadas del *Restatement (Second)* de Contratos de Estados Unidos.<sup>51</sup>

#### E. *La noción del incumplimiento esencial en los Principios Europeos del Derecho de Contratos*

En los Principios Europeos del Derecho de Contratos (en adelante, PECL), elaborados por la denominada Comisión Lando, y aprobados en 1998 por el Consejo Europeo del Derecho Contractual, el concepto del incumplimiento esencial se define en el artículo 8.103 de los PECL (“incumplimiento esencial”), que dispone lo siguiente:

El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte.<sup>52</sup>

#### F. *La española PMCC (2009)*

En relación con la noción del incumplimiento esencial en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del

---

<sup>51</sup> Congbing, Hui, *op. cit.*, p. 100.

<sup>52</sup> Clemente Meoro, Mario E., “La resolución por incumplimiento en la Propuesta...”, *op. cit.*, p. 5.

Código Civil español (Comisión General de Codificación, 2009), merece ser destacado el trabajo de Mario Clemente Meoro sobre la materia.<sup>53</sup>

La PMCC dispone que el incumplimiento esencial legitima al acreedor para resolver el contrato. Como ha afirmado Esther Gómez Calle, “se configura el incumplimiento esencial como causa de resolución en el artículo 1199. I PMCC”.<sup>54</sup> Como apunta Esther Gómez Calle, la “cuestión es determinar cuándo el incumplimiento reviste la nota de *esencialidad*”. El artículo 1199.I de la PMCC se limita a apuntar que ello debe concretarse atendiendo a la finalidad del contrato: “Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial”.<sup>55</sup>

#### G. *La noción del incumplimiento esencial en el derecho chino*

En este apartado abordaré la cuestión del incumplimiento esencial en el derecho chino, basándome en el trabajo previo de los juristas chinos Wang Liming, Han Shiyuan, Hui Congbing y Li Xintian, entre otros. El texto aporta una síntesis y traducción de algunos de sus trabajos, y mi particular juicio al respecto.

##### a. *La noción del incumplimiento esencial en el derecho chino antes de la Ley de Contratos de China de 1999*

Aunque la ley china no emplea directamente la noción del incumplimiento esencial, el contenido sustancial del incumplimiento esencial se

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, pp. 1 y 2. Este trabajo constituye, con ligeras modificaciones, la conferencia impartida por su autor en las “Jornadas sobre la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”, organizadas por el Ministerio de Justicia en Madrid del 15 al 17 de febrero de 2010, y ha sido publicado en la obra colectiva *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, Valencia, 2010, pp. 97 y ss. (fecha de recepción: 8 de marzo de 2011; fecha de aceptación: 8 de marzo de 2011).

<sup>54</sup> Gómez Calle, Esther, “Los remedios ante el incumplimiento del contrato. Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXV, 2012, fasc. I, p. 65.

<sup>55</sup> *Idem*.

YUN LI

manifiesta en la Ley de Contrato Comercial Extranjero de 1985 y la Ley de Contratos de China de 1999.

Como ya se explicó, antes de que la Ley de Contratos de China entrara en vigor en 1999, había en China tres leyes que funcionaban y jugaban el papel de la Ley de Contratos de China. Estas normas son los Principios Generales del Derecho Civil de la República Popular de China (GPCL en inglés), la Ley Económica de Contratación, la Ley Económica de Contratación Extranjera y la Ley de Contratos de Tecnología, entre las cuales el GPCL servía como ley general, mientras que las otras tres leyes eran leyes especiales.

De entre ellas, sólo la Ley Económica de Contratación Extranjera había contemplado muy sencillamente el incumplimiento esencial (su contenido). Aunque esta ley no utiliza el concepto del incumplimiento esencial propiamente dicho, el contenido sustancial o la interpretación de la norma sí coincide con la noción del incumplimiento esencial. La norma dice así:

Una parte puede resolver el contrato bajo las siguientes condiciones:

- (1) cuando la otra parte incumple el contrato, causando un perjuicio grave sobre el interés económico que tenía derecho a esperar en virtud del contrato;
- (2) si la otra parte no cumple el contrato dentro del plazo estipulado por el contrato, y sigue sin cumplirlo dentro del plazo razonable pospuesto permitido.

A mi juicio, el texto se parece más a lo dispuesto en los PECL que en la CISG, toda vez que la CISG requiere que el incumplimiento resolutorio sea grave e imprevisible, mientras que los PECL admiten que pueda resolverse el contrato cuando se dio al acreedor un plazo para cumplir y no lo hizo.

Bajo las dos condiciones mencionadas en el artículo citado, la parte incumplidora causa con su conducta la imposibilidad de realización del objetivo del contrato para la parte no incumplidora, lo cual supone un incumplimiento esencial, que legitima a la parte perjudicada para resolver el contrato.

Aunque algunos juristas chinos opinan que la Ley Económica de Contratación de China y la Ley de Contratos de Tecnología de China tam-

bién contenían las disposiciones relacionadas con el incumplimiento esencial; estas disposiciones sobre las condiciones de la resolución del contrato solamente involucraban el incumplimiento del contrato, sin determinar si se puede resolver el contrato de acuerdo con la naturaleza del incumplimiento o la gravedad del perjuicio causado por el incumplimiento. Por lo tanto, se considera que la Ley de Contrato Comercial Extranjero fue la única ley que contemplaba el incumplimiento esencial antes de la Ley de Contratos de China.<sup>56</sup> Esto también demuestra que antes de la Ley de Contratos de China de 1999, el concepto del incumplimiento esencial solamente se aplicaba a los contratos económicos extranjeros, y no a los contratos internos, lo cual se ha considerado como un defecto significativo del derecho contractual de aquella época,<sup>57</sup> que se ha reformado después con la modernización del derecho de contratos al derogar las diferentes leyes especiales y aprobar una única Ley General de Contratos que los rija a todos, sin distinguir si son contratos internacionales o no, como veremos más adelante. A mi juicio, sería recomendable que los países latinoamericanos que comercian con China modernizaran sus códigos civiles de modo semejante, a fin de que se aplique y conozca la misma regla en el mercado interior y el internacional, por razón de eficacia y seguridad jurídica.

Querría explicar algunos aspectos de la resolución por incumplimiento del contrato en la antigua Ley de Contrato Comercial de China, aplicable en el mercado interior (y no aplicable, a diferencia de la anterior, al contrato internacional):

Vamos a la disposición de la Ley Económica de Contratación de China sobre este aspecto. La Ley Económica de Contratación de China contempla que “una parte podrá resolver el contrato y notificar la resolución del contrato a la otra parte si la otra parte no cumple las obligaciones dentro del plazo acordado en el contrato”. Esta simple disposición demuestra que la resolución del contrato no tiene nada que ver con la consideración de la gravedad del perjuicio, sin considerar si la parte incumplidora está dispuesta a las acciones del cumplimiento ni considerar la necesidad de dar a la parte incumplidora un plazo adicional para

---

<sup>56</sup> Congbing, Hui, *op. cit.*, p. 100.

<sup>57</sup> Xintian, Li, *op. cit.*, p. 126.

YUN LI

cumplir sus obligaciones contractuales, lo cual es más duro e injusto para la parte incumplidora,<sup>58</sup> y a veces, también es un malgastado del recurso social, además de que se ha desviado bastante de la finalidad de fomentar el comercio.<sup>59</sup> Como ya se ha indicado, esta norma será derogada después para fundirse todo el régimen jurídico de la contratación en un solo texto legal, aplicable a contratos internos e internacionales, por razón de eficacia y seguridad jurídica.

### *b. La noción del incumplimiento esencial en el derecho chino de la Ley de Contratos de China de 1999*

Como se indicó, la Ley de Contratos de China de 1999 ha derogado el derecho anterior y es actualmente la única ley aplicable a los contratos en China, sean nacionales o internacionales.

El artículo 94 de la Ley de Contratos de China contempla lo siguiente: “Una parte puede resolver el contrato bajo las siguientes condiciones... (3) Si, una parte está en mora en cuanto a la prestación, o existe otros actos del incumplimiento por esta parte, lo cual causa que el objetivo del contrato no se pueda realizar”.

El artículo 148 de la Ley de Contratos dispone: “si la calidad del objeto no cumple los requisitos de calidad, causando que el objetivo del contrato no pueda realizarse, el comprador puede rechazar la entrega del objeto o resolver el contrato...” (en chino: “第一百四十八条因标的物的质量不符合质量要求, 致使不能实现合同目的的, 买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同...”).<sup>60</sup>

Aunque la Ley de Contratos de China no emplea la noción del incumplimiento esencial, contempla que “el perjuicio grave” es la condición de la resolución del contrato de la parte perjudicada, lo cual demuestra que la Ley de Contratos de China acepta sustancialmente la regla del incumplimiento esencial.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> *Idem.*

<sup>59</sup> El jurista chino Wang Liming lo expresó en un discurso titulado “La modificación de la CISG y la Ley de Contratos de China” (《公约的修改与中国合同法》), en la Universidad Renmin de China, el 15 de marzo de 2013. Disponible en: [www.civillaw.com.cn](http://www.civillaw.com.cn).

<sup>60</sup> Disponible en: [www.gov.cn](http://www.gov.cn) (página web oficial del Gobierno de la República Popular de China).

<sup>61</sup> Congbing, Hui, *op. cit.*, p. 100.

¿Por qué la Ley de Contratos de China ha adoptado el concepto del incumplimiento esencial? Antes de la elaboración de la Ley de Contratos de China, en la Ley Económica de Contratación de China no había ningún límite a las condiciones para la resolución del contrato por incumplimiento.

La Ley Económica de Contratación de China establecía que si una parte incumple el contrato, la otra parte tiene derecho a resolver el contrato, lo cual se desviaba bastante de la finalidad de fomentar el comercio.

Más adelante, los juristas chinos encontraron el concepto del incumplimiento esencial en la Convención de Viena. El concepto del incumplimiento esencial es una restricción para la resolución del contrato; a los juristas chinos les parece una creación importante.

Así que la nueva Ley de Contratos de China adopta este concepto, pero más tarde se descubrió que, heredado del incumplimiento anticipado del *common law*, la Convención distingue el incumplimiento anticipado esencial y el incumplimiento esencial no anticipado.

Más tarde, la Ley de Contratos de China heredó el concepto del incumplimiento esencial anticipado, pero no adoptó la distinción entre el incumplimiento esencial anticipado y el incumplimiento anticipado no esencial.

El párrafo 4 del artículo 94 de la Ley de Contratos de China establece que “si una parte retrasa el cumplimiento del contrato o su incumplimiento del contrato frustra el objeto del contrato”, la otra parte puede resolver el contrato.<sup>62</sup>

Al respecto, quiero aclarar que la norma admite la resolución no sólo en caso de retraso que frustre el fin del contrato, sino también cuando por cualquier otra causa no pueda realizarse el objetivo de éste. Es decir, el último inciso marca la pauta de cierre de la norma, y puede afirmarse que lo esencial o decisivo para la resolución del contrato es la frustración del fin del contrato como consecuencia del incumplimiento. Esta disposición considera el incumplimiento esencial como la condición principal de la resolución del contrato por el incumplimiento.

<sup>62</sup> “合同法第94条第4项规定：当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的，可以解除合同”。

YUN LI

## H. *El incumplimiento resolutorio en el derecho chileno*

Al hablar del “incumplimiento resolutorio”, el jurista chileno Álvaro Vidal Olivares sostiene que “debe ser grave o esencial”;<sup>63</sup> es decir, “La resolución del contrato requiere un incumplimiento que sea lo suficientemente grave o, lo que es igual, que tenga el carácter de esencial”.<sup>64</sup> El jurista expresa que

...desde que el artículo 1.489 del *Código Civil* requiere para la que proceda la resolución que el deudor no cumpla lo pactado, sin distinguir, podría pensarse que cualquier incumplimiento, por insignificante que sea, sería suficiente. Sin embargo, desde hace mucho la doctrina y la jurisprudencia reserva la resolución por inejecución para incumplimientos de cierta gravedad o entidad, limitando así el ejercicio de la facultad resolutoria para aquellos casos en los que el incumplimiento incide en obligaciones esenciales o cuando en sí es grave. El profesor Peñailillo Arévalo, en su reciente obra, propone ciertos factores que sirven para determinar la trascendencia del incumplimiento y entre ellos considera: el valor del negocio (la naturaleza de ese valor dependerá del negocio que generalmente será económica); la función que por su naturaleza cumple el contrato (considerado en abstracto); la finalidad perseguida mediante ese específico negocio por el acreedor víctima del incumplimiento y concluye apuntando que el examen sobre la importancia del incumplimiento implica la interpretación del contrato y que los factores debidamente probados deben ser ponderados a la luz de la buena fe que ha de presidir las diversas etapas del trayecto contractual.<sup>65</sup>

Aparte de esto, el jurista señala que “la facultad resolutoria debe examinarse desde la perspectiva del interés del acreedor”.<sup>66</sup> Asimismo,

<sup>63</sup> Vidal Olivares, Álvaro, *La protección del comprador...*, cit., pp. 93-194.

<sup>64</sup> Vidal Olivares, Álvaro, “El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento”, en Pizarro Wilson, Carlos y Vidal Olivares, Álvaro, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, p. 470.

<sup>65</sup> Vidal Olivares, Álvaro, *La protección del comprador...*, cit., pp. 193 y 194.

<sup>66</sup> Vidal Olivares, Álvaro, “La noción de «incumplimiento esencial» en el Código Civil”, en Pizarro Wilson, Carlos y Vidal Olivares, Álvaro, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, p. 487.

este jurista cita a Clemente Meoro, cuando habla de la concepción de la resolución:

...medio de tutela frente a la inejecución (o defectuosa, o tardía ejecución) de la prestación. Ante el riesgo de pérdida de la contraprestación el ordenamiento faculta al contratante no incumplidor para desligarse de un vínculo del que no ha obtenido la ventaja que preveía, de forma que pueda acudir al mercado y buscar formas más adecuadas y convenientes para satisfacer sus intereses.<sup>67</sup>

En los PLDC se dedica un artículo al “carácter esencial del incumplimiento” (sección 1.a, “Del incumplimiento en general”; capítulo 2, “Incumplimiento de las obligaciones contractuales”; segunda parte):<sup>68</sup>

Se entiende que el incumplimiento es esencial cuando: 1. Las partes así lo han acordado respecto de obligaciones determinadas o de supuestos específicos de incumplimiento. 2. El incumplimiento es doloso. 3. La conducta del deudor incumplidor, hace perder razonablemente al acreedor la confianza en el cumplimiento posterior del contrato. 4. Prive sustancialmente al acreedor de aquello que podía esperar de acuerdo con lo que era previsible para las partes, al momento de celebrarse el contrato.<sup>69</sup>

#### 4. Bibliografía

ADAME GODDARD, Jorge, *El contrato de compraventa internacional*, México, UNAM-McGraw-Hill, 1994, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1936/11.pdf>.

ALTERINI, Atilio Aníbal, “Los Principios de Unidroit y las soluciones del derecho común”, *The UNIDROIT Principles: A Common Law of Contracts for the Americas?*, Actas, Congreso Interamericano, Valencia (Venezuela), Unidroit, 1996.

---

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 488, nota 4.

<sup>68</sup> Morales Moreno, Antonio Manuel, “Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVII, 2014, fasc. I, p. 249.

<sup>69</sup> *Idem*.

YUN LI

- ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3a. ed., Granada, Comares, 2003.
- CLEMENTE MEORO, Mario E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- CLEMENTE MEORO, Mario E., *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- CLEMENTE MEORO, Mario E., “La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación Española”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, núm. 2131, mayo de 2011.
- CONGBING, Hui, *Estudio comparativo sobre remedios frente al incumplimiento del contrato*, Beijing, Law Press China, 2013.
- GÓMEZ CALLE, Esther, “Los remedios ante el incumplimiento del contrato. Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXV, 2012, fasc. I.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, *La compraventa*, Madrid, La Ley (Wolters Kluwer), 2014.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo, *Derecho del comercio internacional. Bloque temático VIII: Remedios frente al incumplimiento del contrato de compraventa internacional de mercaderías*, Universitat de les Illes Balears, mayo de 2009.
- MIGUEL, Juan Luis, *Resolución de los contratos por incumplimiento*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1986.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, “Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVII, 2014, fasc. I.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, “El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento”, en PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, “La noción de «incumplimiento esencial» en el Código Civil”, en PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Incum-*

*plimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010.

VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2006.

XINTIAN, Li, *Comparative Studies on Breach of the Contract*, Wuhan, Wuhan University Press, 2005.

*Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época,  
año VI, núm. 16, julio-diciembre de 2019

## Fundamentos romanísticos del delito de traición en el Código Penal español de 1822

### *Romanistic foundations of the crime of betrayal in the spanish Criminal Code of 1822*

Juan Pérez Carrani

RDP

#### RESUMEN

El delito de traición, desde la perspectiva penal occidental, y en concreto española, encuentra su génesis dentro del ordenamiento jurídico romano. De esta forma, nuestro primer Código Penal, de 1822, dedica espacio para el delito de traición exponiendo cuáles serán sus diferentes supuestos: todos ellos nacen en un contexto de guerra con el enemigo, momento en que, por varias vías, un español puede adquirir el calificativo penal de traidor. Esta situación se reproduce en forma idéntica en los cuerpos normativos romanos, donde encontramos la fundamentación penal del crimen aplicado en el Código español. En ambos periodos, la traición supondrá que, o bien un romano, o bien un español, atente, en la forma que fuere, contra las estructuras del Estado constituido, poniendo así en grave riesgo la supervivencia de la comunidad ciudadana.

PALABRAS CLAVE: traición, enemigo, Digesto, Código Penal, ejecución.

#### ABSTRACT

The crime of treason, from the western criminal perspective, and specifically spanish, finds its genesis within the roman legal system. In this way, our first Criminal Code, of 1822, devotes space to the crime of

JUAN PÉREZ CARRANI

treason by explaining what its different assumptions will be: they are all born in a context of war with the enemy, at which point, in various ways, a spaniard can acquire the traitor criminal qualifier. This situation is reproduced in identical form in the roman normative bodies, where we find the criminal basis of the crime applied in the spanish Code. In both periods, the betrayal will mean that, either a roman or a spaniard, attempts, in whatever form, against the structures of the constituted State, thereby putting the survival of the citizen community at serious risk.

KEY WORDS: treason, enemy, Digest, Penal Code, execution.

## Sumario:

1. El delito de traición en Roma.
2. La ciencia penal española y el Código Penal de 1822.
3. La traición en el Código Penal de 1822 y en el derecho romano.
  - A. Pasar al bando enemigo.
  - B. Inducir al enemigo a la guerra.
  - C. Informar o aportar auxilio al enemigo.
  - D. Facilitar la entrada enemiga.
  - E. Deserción o su promoción y paso al bando enemigo.
  - F. Provocar al enemigo.
4. Bibliografía.

## 1. El delito de traición en Roma

La *perduellio*<sup>1</sup> se introduce en el primitivo<sup>2</sup> ordenamiento jurídico romano como delito de traición, y se erige en hito fundacional del derecho

<sup>1</sup> Para conocer las diferentes propuestas de definición para el término, véanse Cic., *Her.*, 4.10; Fest., *Epit.*, 58 L; Varr., *Epit. de ling. lat.*, 5.3-7.49; Car., *Arx*, 5.211.18; Cic., *Off.*, 1.37.

<sup>2</sup> Sus orígenes serían muy remotos, tan antiguos como la propia comunidad. La *perduellio* habría sido introducida en Roma por Rómulo buscando la defensa de la comunidad, según Mommsen (Mommsen, Theodor, *Derecho penal romano*, trad. de P. Dorado, Bogotá, Temis, 1990, pp. 341 y 342). En la misma línea, Oldfather concreta que aparece junto a la *lex horrendi carminis* (Oldfather, William Abbot, "Livy I.26 and the Supplicium de More Maiorum", *TAPA*, núm. 39, 1908, p. 50). Sería tan antigua que, según Ogilvie, en el siglo I a. C. ya no estaría vigente, resultando obsoleta (Ogilvie, Robert Maxwell, *A Commentary of Livi (Books I-V)*, Oxford, Oxford University Press, 1965, p. 114). Para Lear, la traición se convertiría en un crimen dirigido contra el Estado, principalmente desde un punto de vista

penal romano. Es en la etapa monárquica cuando el rey administra justicia y es fuente de derecho respecto de la *perduellio* y otros ilícitos. La traición está vigente al menos desde el reinado de Tulio Hostilio, implicando la comisión de actos de máxima hostilidad por parte de un ciudadano romano sobre el resto de conciudadanos constituidos en comunidad. De esta forma, la propia naturaleza del delito dificulta la cercanía a una mayor precisión terminológica, pues la casuística delictiva de la traición adquiere un carácter cambiante a través de su sucesiva materialización a lo largo del tiempo. Es, sin embargo, elemento vector entre los diferentes supuestos la acción de dañar gravemente la integridad del Estado como conjunto, situación que convierte al sujeto activo del delito en *reo perduellis*.

Durante la Monarquía, la *perduellio* se nutre de un fuerte componente sacro, situación idéntica a la que vive el delito de *parricidium*.<sup>3</sup> Quien

---

militar, siendo conocido por los romanos éste como *perduellio*. El autor americano considera muy antiguo este delito, viendo imposible dilucidar si es más arcaico que el *parricidium*, si bien sostiene que es el progresivo desarrollo jurídico el que puede hacer colocar en el tiempo primero al *parricidium* y luego a la *perduellio* (Lear, Floyd Seyward, *Treason in Roman and Germanic Law: Collected Papers*, Austin, University of Texas Press, 1965, p. 4). Resulta interesante la teoría defendida por Lear, viendo en la violación de la relación cuasipaternal patrón-cliente una traición a los lazos familiares; en tales circunstancias, y he aquí la novedad de Lear, el homicidio se transformó de *parricidium* a traición, encontrándonos ante un asesinato agravado donde el homicida debía una lealtad especial a su víctima. Diferente es la idea de Tyrrell, quien cree que los juicios conocidos por *perduellio* pudieron pertenecer a los albores de la República y haber sido colocados luego artificialmente en una época anterior (Tyrrell, William Blake, "The Duumviri in the Trials of Horatius, Manlius and Rabirius", *ZS*, núm. 91, 1974, p. 106). Santalucía se limita a decir que, si damos total veracidad a las fuentes, hemos de fechar la *perduellio* en época de Tulio Hostilio (Santalucía, Bernardo, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milán, Giuffrè, 1989, p. 6), siguiendo la misma teoría Solidoro (Solidoro, Laura, *Profili storici del delitto politico*, Nápoles, Jovene, 2002, p. 1). Finalmente, Cantarella sitúa el nacimiento del delito en el mismo momento en que se constituye la *ciuitas*, cuando ésta se hace responsable de ejecutar a los traidores públicos (Cantarella, Eva, *Los suplicios capitales en Grecia y Roma*, trad. de Marie-Pierre Bouysson Cheval, Madrid, Akal, 1996, p. 143).

<sup>3</sup> Costa recuerda que existen sanciones primitivas moderadas con relación a normas religiosas, como la preservación del *nomen* del difunto, la salvaguarda de un culto nacional con fuerza —véase en el sometimiento al año de luto por parte de la viuda—, o penas en torno a la mujer impúdica que se acuesta en el ara de Juno (Costa, Emilio, *Crimini e pene da Romulo a Giustiniano*, Bolonia, Analecta, 1921, pp. 17-20). Fruto de éstas, dice Santalucía, el transgresor ha de ofertar una expiación (*piaculum*) que se puede materializar en un sacrificio animal o en la entrega de una cantidad patrimonial para que se dedique a la

JUAN PÉREZ CARRANI

comete tan horrendos crímenes compromete la *pax deorum*, esto es, el frágil equilibrio que a través de la religión los romanos intentan mantener con los dioses para contener su cólera. El reo *perduellis* es tratado como “maldito” (*homo sacer*), resultando suspendidas sobre su persona todas las garantías procesales, pues, luego de ser acreditada la traición por dos magistrados extraordinarios competentes en la materia, los *duumviri perduellionis*,<sup>4</sup> el reo será ajusticiado en forma sumaria bajo un suplicio ritualizado prescrito por la *lex horrendi carminis*.<sup>5</sup>

---

divinidad ofendida (Santalucia, Bernardo, “Osservazioni sulla repressione criminale romana in età regia”, *Le délit religieux dans la cité*, Roma, núm. 48, 1981, p. 40). Estamos ante infracciones menores (*scelus expiabile*). Pero existen otro tipo de sanciones de especial gravedad, como la negativa del ciudadano a contribuir al censo (*incensum*), que tendrían como resultado la sanción administrativa impuesta por el magistrado a cargo del mismo, o el atentado contra la seguridad del Estado por parte de un ciudadano en colaboración con enemigos externos (*patriam uinditare*). En esta categoría entrarían también el asesinato del jefe y representante de uno de los grupos familiares (*parricidium*), o los actos de hostilidad al orden fundamental del propio Estado (*perduellio*). A la comisión de los dos últimos delitos le sucede una sanción inmediata (Costa, Emilio, *op. cit.*, p. 20). Estamos ante penas más graves que no admiten expiación (*scelum inexpiabile*), en las que el transgresor ha de responder con su persona y, eventualmente, con sus bienes (Santalucia, Bernardo, “Osservazioni sulla repressione...”, *op. cit.*, p. 41).

<sup>4</sup> Mommsen los denomina *duoviri perduellionis iudicandae* (Mommsen, Theodor, *op. cit.*, p. 342); Costa se dirige a ellos por dicho nombre (Costa, Emilio, *op. cit.*, p. 22), y lo mismo Grosso (Grosso, Giuseppe, “Provocatio per la perduellio. Provocatio, sacramento e ordalía”, *BIDR*, núm. 63, 1960, p. 214). Ogilvie se refiere a *luiri* (Ogilvie, Robert Maxwell, *op. cit.*, p. 114); Tyrrell afirma que la expresión *duoviri* (o *duumviri*) es común en el tratamiento moderno, pero en las fuentes antiguas sólo se encuentra el simple nombre de *duumviri*, por lo que opina que lo más acertado es no asumir ninguna designación técnica, aunque haya podido existir (Tyrrell, William Blake, *op. cit.*, p. 106). Será Bauman quien afirme que estos jueces extraordinarios no eran conocidos como *duoviri perduellionis* o *duoviri perduellionis iudicandae*, sino simplemente como *duumviri* (Bauman, Richard, “The Duumviri in the Roman Criminal Law and in the Horatius Legend”, *AC*, núm. 39, 1969, p. 1). Sobre esta cuestión, véase González Romanillos, José Antonio, “La represión penal en época arcaica”, *E-legal History Review*, núm. 25, 2017, pp. 1 y ss.

<sup>5</sup> El rigor de la *lex*, según Livio (1.26.6), es el que sigue: *Lex horrendi carminis erat: duumviri perduellionem iudicent; si a duumviris prouocarit, prouocatione certato; si uincant, caput obnubito; infelici arbori reste suspendito; uerberato uel intra pomerium uel extra pomerium*. Grosso cree que su desarrollo es dudoso en la etapa regia, pues presenta una perfección que no resulta propia de dicho periodo (Grosso, Giuseppe, *op. cit.*, p. 214). En la misma línea, Ogilvie, pese a reconocer que es irreprochable en su redacción, dice que no presenta un lenguaje propio de un documento arcaico (Ogilvie, Robert Maxwell, *op. cit.*, p. 114). Magdelain va más allá, y llega a afirmar que podemos estar ante una falsificación que imita con cierta habilidad el estilo decenviral (Magdelain, André, “Remarques

Será a través del cambio de régimen, con la llegada de la República, cuando la introducción de nuevas estructuras de Estado favorezca el desarrollo de un progresivo laicismo en el ámbito del derecho, también

sur la «perduellio», *Historia*, núm. 22, 1973, p. 507). Pese a estas reticencias, parece ir primando la tesis de Tyrrell, quien asegura que la *lex horrendi carminis* es ampliamente aceptada como ley verdadera, con matices, para el procedimiento duunviral de principios de la República. El autor cree que los *duumviri* son nombrados por decreto, debiendo regirse por un estatuto. En cuanto a la redacción de la *lex*, Tyrrell también coincide en que sus formas gramaticales pueden parecer posteriores, incluso clásicas, pero cree que ello es fruto de la modernización de un antiguo derecho. No tiene duda de que las expresiones son arcaicas: los imperativos personales son del tipo encontrado en las XII Tablas. Recordaría también al código decenviral la omisión del sujeto (*si... prouocarit*). Tyrrell justifica esto último con la siguiente tesis: de ser una frase posterior, donde la tercera persona del singular ya no se utilizaría en la mayoría de los casos de manera impersonal, habría requerido *si quis* (Tyrrell, William Blake, *op. cit.*, p. 110). Tales afinidades con las XII Tablas han llevado a creer en algún caso que éstas serían la fuente de la *lex* (Von Lübtow, Ulrich, *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht*, Fráncfort, Vittorio Klostermann, 1955, p. 251). Otra referencia que, para Tyrrell, concede veracidad y arcaísmo a la *lex* es el significado de *uel intra pomerium uel extra pomerium*, del que dice que haría remontarnos a un periodo en el que el *imperium domi* era, de alguna manera, limitado. Las mayores incógnitas acerca de su autenticidad giran, para el autor, en torno a que no se dice cómo fueron nombrados los *duumviri* ni cómo se convocaba la asamblea. Concluye Tyrrell que la *lex horrendi carminis* no puede ser una legislación procesal de principios de la República. La primera parte, relativa a la *prouocatio* (*si a duumviris prouocauit, prouocatione certato*), habría sido añadida posteriormente a su redacción fundacional. Respecto a la segunda parte, relativa al castigo, debe, por el contrario, ser tenida como auténtica desde el mismo momento de la redacción de la *lex*. No toda la *lex* tiene que ser genuina (Tyrrell, William Blake, *op. cit.*, p. 121). Sería en todo caso arriesgado calificarla de falsa, y, al leer que es demasiado concisa, Guarino se pregunta si las XII Tablas no son toda una falsificación. El italiano también coincide con Tyrrell en que *uel intra uel extra pomerium* corresponde a una época arcaica, y en este caso Guarino dice que anterior al proceso a Horacio —primer juicio conocido por *perduellio*—, porque retorna a la época etrusca, cuando la Roma serviana, la de las tribus urbanas y rústicas, era más extensa que el *pomerium* quirritario (Guarino, Antonio, “La perduellio e la plebe”, *Labeo*, núm. 21, 1975, p. 75). El texto de Livio se ve confirmado por un discurso de Cicerón (*Rab. perd.*, 13), y no hay ninguna razón para ver en esta ley una falsificación tardía (Briquel, Dominique, “Sur le mode d’exécution en cas de parricide et de perduellio”, *MEFRA*, núm. 93, 1980, p. 97). Latte mantuvo la teoría de que *uel intra pomerium* fue un añadido posterior de la *lex*, desarrollando así la idea de que el derecho punitivo de los magistrados ya se había limitado a la *urbs*, pero esto es algo que rechaza totalmente Briquel (Latte, Karl, “Todesstrafe”, *RE*, núm. 7, 1940, p. 1614; Briquel, Dominique, *op. cit.*, p. 97). Santalucia manifiesta que la *lex horrendi carminis* no es legendaria, y de ella deriva Livio el sistema procesal de su narración. Su núcleo esencial es auténtico y nos da conclusiones precisas en cuanto a la praxis del juicio duunviral (Santalucia, Bernardo, “Osservazioni sui duumviri perduellionis e sul procedimento duumvirale”, *EFR*, núm. 79, 1981, p. 441).

JUAN PÉREZ CARRANI

en materia penal. En dicho contexto, la *perduellio* perdurará aún, si bien se va desprendiendo del fuerte componente religioso y experimenta un cambio importante a nivel procesal: de causas sumarias llevadas ante magistraturas especiales pasaremos a juicios constituidos por un tribunal popular (*iudicia populi*). Así todo, en casos de *perduellio* especialmente flagrante se seguirá empleando en contadas ocasiones el procedimiento arcaico.

Sin embargo, el delito de *perduellio* y los diferentes sistemas procesales en torno a él configurados terminan desapareciendo por, entre otros factores, la puesta en escena de un nuevo concepto: la *maiestas*,<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> La *maiestas* es un concepto diferente al de *imperium*, *potestas*, *dignitas* o *autoritas* (Kübler, Bernardus, “Maiestas”, *RE*, núm. 14, 1928, pp. 542-544). Para saber más al respecto, véase Kübler, Bernardus, “Auspicio, imperio, ductu felicitate”, *RIL*, núm. 71, 1938. Para Dumézil, designa cierta forma de superioridad dentro de varias categorías de seres que están jerarquizadas. El no saber a qué nos estamos refiriendo cuando decimos “majesté”, esa propia dificultad es la que le da al concepto un mayor valor expresivo. Pero pese a ser una palabra vaga e imprecisa para nosotros, para los romanos sí tendría un sentido preciso, designando cierta forma de superioridad. El término no se aplicaría a un individuo, sino a una categoría del mismo, definida ya sea por su extensión —grupo, colectividad—, ya sea por su comprensión —tipo—. Así, no estaríamos ante una cualidad absoluta, sino ante una relación que se establece entre varias categorías de seres que, en cambio, tienen consciencia de constituir una homogeneidad, a pesar de que dentro de ésta se establezca una jerarquización. En este contexto, la *maiestas* actúa designando el rango superior que ocupa determinada categoría con respecto a otra u otras. Dicha jerarquización tiene su fundamento en la naturaleza y la razón (Dumézil, Georges, “Maiestas et gravitas: de quelques différences entre les romains et les austronésiens”, *RPh*, núm. 26, 1952, p. 8). En la misma línea, Gaudemet sostiene que estamos ante un vocabulario típicamente romano, desarrollado por una ciudad que tuvo un sentido de la grandeza mayor que ninguna otra. Precisa que es un sentido de grandeza incluso mayor que el del *pater familias*, el pueblo, los magistrados o el Senado. El concepto tiene un fuerte componente ideológico, explicable en el devenir de la política romana. También habrá un componente jurídico. Es una noción política tanto por su origen como por sus consecuencias, y se prolonga sobre el ámbito jurídico para fijar las relaciones entre pueblos y para asegurar la protección del Estado (Gaudemet, Jean, “Maiestas populi romani”, *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Nápoles, 1964, pp. 700-702). Gruen define la *maiestas* como un concepto vago y políticamente útil; quien atenta contra la *maiestas* está dañando el prestigio del Estado (Gruen, Enric Stephen, *Roman Politics and the Criminal Courts, 149-78 a. C.*, Harvard, Harvard University Press, 1968, p. 167). Sbriccoli ve difícil poner sobre la mesa cualquier definición, si acaso decir que la *maiestas* entraría en el ámbito de la *potestas*; se tenderá a hacer del *crimen maiestatis* un instrumento para perseguir todo atentado al sistema de poder. La creación de la *maiestas* no será sino la concreción y la consecuencia jurídica de un estado de desigualdad entre varias fuerzas sociales operantes dentro del Estado. Éste es un planteamiento interesante en el que Sbriccoli cree que la *maiestas*

término en origen empleado para señalar la grandeza y superioridad del pueblo romano sobre las diferentes naciones que éste va sometiendo a lo largo de su expansión militar. Y son precisamente los problemas que van surgiendo en el transcurso de la empresa imperialista los que comienzan a lesionar el originario concepto político de la *maiestas*, un hecho que termina propiciando que se otorgue al término un fuerte componente jurídico para protegerlo y, por extensión, se incida en la cobertura legal sobre la seguridad y prosperidad del Estado romano. El cambio tendrá lugar entre finales del siglo II a. C. y el segundo tercio del siglo I a. C., e implicará no sólo la recepción de los nuevos casos referidos, sino también la integración bajo el nombre de *maiestas* de los delitos que antes se disponían bajo el paraguas de la *perduellio*: la *maiestas* sustituye en sus funciones a la *perduellio*, al tiempo que amplía el campo de los supuestos del antiguo delito.

---

se erige como un agente estabilizador de dicha desigualdad: la *maiestas* es símbolo y reflejo del poder (Sbriccoli, Mario, *Crimen laesae maiestatis*, Milán, Giuffrè, 1974, p. 201). En contra de Bauman sobre todo, Frézouls habla de cualidad de una entidad o persona, considerada como superior al interlocutor o al socio eventual. La actividad del interlocutor o socio es de respeto expresado habitualmente por los términos *reuerentia*, *honor*, *obsequium* (Frézouls, Edmond, “De la *maiestas populi romani* à la majesté impériale”, en Jackson, R. A. (coord.), *European Monarchy: Its Evolution and Practice from Roman Antiquity to Modern Times*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1992, p. 17). Levi utiliza la etimología de la palabra para afirmar que esta deriva de *maior*, comparativo que aplicado a *maiestas* no nos hablaría de la misma como cualidad absoluta, sino relativa, especial en relación con otra (Levi, Mario Attilio, “*Maiestas* e crimen *maiestatis*”, *PP*, núm. 24, 1969, p. 81). Bauman, en el mismo sentido, sostiene que *maior* no expresa un valor absoluto, sino un grado comparativo. La *maiestas* no es una cualidad absoluta, sino una relación. Estaríamos ante una relación desigual con un componente ocupando la posición de *maior* y otro la de *minor*. Pero esto sólo denotaría una relación y en ningún caso una cualidad o atributo (Bauman, Richard, *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and the Augustan Principate*, Johannesburgo, Witwatersrand University Press, 1970, p. 1); opinión secundada por Thomas (Thomas, Yet, “L’institution de la majesté”, *RS*, núm. 4, 1991, p. 331). Ferrary propone la formación de la palabra a partir de la raíz “mag”, con el mismo sufijo —yes— que también se encuentra en el comparativo *maior*: los romanos tuvieron clara conciencia del vínculo que conecta *maiestas* con *magnus* o *magnitudo* (*maiestas a magnitudine dicta*) (Fest., p. 126 L.), lo que facilita ver la relación con *maior* (Ferrary, Jean-Louis, “Les origines de la loi de majesté à Rome”, *AIBL*, núm. 127, 1983, p. 562). Sherwin-White critica, sin embargo, la idea comúnmente aceptada de que *maiestas* y *maior* tengan un valor esencialmente comparativo (Sherwin-White, A. N., “*The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate*, by Richard A. Bauman”, *Gnomon*, núm. 41, 1969, p. 289).

JUAN PÉREZ CARRANI

Las novedades a nivel procesal llegan a través de la promoción de tribunales especiales<sup>7</sup> que juzgan las deslealtades, en muchos casos colectivas, que se practican contra el Estado. Hablamos de tribunales provisionales (*quaestiones extraordinariae*),<sup>8</sup> y aquí es pionera la *quaestio Mamilia*, constituida para procesar al grupo de notables romanos implicados en la connivencia con el enemigo africano en el contexto de la guerra contra Yugurta. Será bajo la dictadura de Sila cuando este tipo de tribunales especiales se conviertan en permanentes (*quaestiones perpetuae*),<sup>9</sup> compuestos siempre por en torno a sesenta senadores que deliberan y emiten sentencia a través del voto por mayoría simple.

Es nuestra intención llevar a cabo un estudio comparado del delito de traición en las legislaciones romana y española a través del específico derecho al respecto. Para ello nos acercaremos al primer Código Penal de España, el de 1822, para inmediatamente tornar a lo dispuesto en la compilación legal romana. Este estudio comparativo permitirá mostrar cómo la traición española encuentra su fundamento de manera clara en el derecho romano. Pero antes hablaremos del propio Código español y el contexto penal en que se inserta.

## 2. La ciencia penal española y el Código Penal de 1822

Durante el siglo XIX tiene lugar la redacción de diferentes cuerpos legales a lo largo y ancho de Europa, un hecho explicable dentro del contexto político que vive por entonces el continente. En el caso español, será fundamental en este sentido la entrada en vigor de la Constitución de

---

<sup>7</sup> La represión de las bacanales en el 186 a. C., la persecución de diferentes casos de envenenamiento (184, 180, 132 a. C.) o el castigo por el asesinato de Sila (138 a. C.) tuvieron lugar a través de estos nuevos tribunales extraordinarios.

<sup>8</sup> Santalucía, Bernardo, *Studi di diritto penale romano*, Roma, L'erma di Bretschneider, 1994, p. 181; González Romanillos, José Antonio, *Teoría y práctica judicial en época republicana*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 19-55; González Romanillos, José Antonio, "La potestad jurisdiccional penal del senado republicano", *SCDR*, núm. 28, 2015, pp. 461 y ss.

<sup>9</sup> Sobre el origen de las *quaestiones perpetuae*, véase González Romanillos, José Antonio, *Aspectos procesales del crimen repetundarum de los orígenes a Sila*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2003, pp. 17-55.

Cádiz de 1812, pues es al albor de la redacción de nuestro primer texto constitucional cuando terminará introduciéndose el primer Código Penal español en 1822.<sup>10</sup> Sin embargo, una vez expuesto el agente impulsor, conviene mostrar el sustrato intelectual del que bebe la nueva legislación criminal, y en este sentido hemos querido recoger en su literalidad un extracto del debate de la comisión de las Cortes creada para redactar el Código, que trabajaría entre el 23 de noviembre de 1821 y el 13 de febrero de 1822: “Desconociendo de hallar grandes auxilios en nuestras obras legales, después de haber confeccionado sobre los códigos de mayor crédito y reputación en Europa y tenido presente los varios sistemas propuestos por los demás autores...”<sup>11</sup>

Es precisamente en el corazón de Europa donde a finales del siglo XVIII se desarrolla en torno a una corriente filosófica penal un nuevo enfoque netamente científico y sistematizado del propio derecho penal, y será en territorio itálico y luego germánico donde nazca y después se exporte este nuevo planteamiento. En Italia destaca el trabajo de Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, publicado en 1791, mientras que en Alemania citaremos a Feuerbach y su *Lehrbuch des gemeinem in Deutschland gilttügen peinlichen Rechts*, 1801.<sup>12</sup> Con todo, para el ámbito penal español hay un autor cuya influencia trasciende a cualquier otra. Hablamos del inglés Jeremías Bentham, cuyo utilitarismo será ampliamente valorado entre los legisladores españoles.<sup>13</sup>

Encontrándonos ante una ciencia jurídico-penal naciente, Antón Oneca<sup>14</sup> señala que los debates constitutivos en las Cortes carecieron de

<sup>10</sup> García Valdés, Carlos, “La codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas contemporáneas”, *AHDE*, núm. 82, 2012, p. 38. Señala el autor que la pugna ideológica desatada en la España decimonónica sufrirá una traslación al ámbito legislativo, motivando la redacción de diferentes cuerpos normativos, en su mayoría de corta duración, circunstancia que refleja la interconexión entre las diferentes políticas del ámbito penal.

<sup>11</sup> *Diario de las Actas y Discusiones de las Cortes extraordinarias de 1821*, I, p. 17.

<sup>12</sup> Sainz Cantero, José Antonio, “El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822”, *ADPECP*, núms. 1-2, 1965, pp. 511 y 512.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 512. Bentham llegaría a recibir correspondencia de países tan dispares como Rusia, Suiza o Alemania, donde se le consultará respecto de la elaboración de diferentes cuerpos normativos nacionales. En el caso ibérico, el autor inglés ya había participado de la redacción de los respectivos textos constitucionales español y luso, para luego intervenir también en la elaboración del primer Código Penal español en 1822.

<sup>14</sup> Oneca, José Antón, “Historia del Código Penal de 1822”, *ADPECP*, núm. 18, 1965, p. 271.

JUAN PÉREZ CARRANI

altura al resultar escaso el conocimiento del ámbito criminal entre los diputados. Fueron destacados ponentes Calatrava, Martínez de la Rosa, el conde de Toreno, Flórez Estrada o Argüelles, entre otros.<sup>15</sup>

Tornando a la influencia europea, son destacables, juntamente con Bentham, otros tres autores relevantes: Filangieri, quien defiende una pena que busque la intimidación a través del carácter cruento de la misma mediante la publicidad de la ejecución; Feuerbach, ya citado, ve la pena como necesariamente poderosa, hasta el punto de hacer reconsiderar al futuro delincente sus intenciones por las contrapartidas que de éstas se pudieran derivar (se busca la coacción psicológica del reo en potencia); Romagnosi entiende el derecho penal como la defensa natural a la constante amenaza que supone la criminalidad sobre los individuos de una sociedad, de ahí que la pena deba provocar temor en el delincente; finalmente, la figura destacada de Bentham, quien entiende la perdurabilidad de la pena a través de su utilidad para el bien común. Tales corrientes se conjugan ofreciendo una respuesta nítida: la pena busca, mediante su dureza, prevenir el delito.<sup>16</sup>

Sabemos que en época de Carlos III hubo un intento reformista al ordenar el monarca al Consejo Supremo la introducción de una ingente obra legislativa que, sin embargo, se paralizó con la muerte del rey. Por contra, este acto fallido supondrá una primera oportunidad para experimentar un contacto con las corrientes penales europeas del momento.<sup>17</sup> En cambio, la idea de fuerte influencia europea en la redacción del Código Penal de 1822 tiene detractores, entre los que destaca Cuello Contreras,<sup>18</sup> quien tras haber analizado las citadas discusiones en cortes, además de un informe consultivo de la Universidad de Sevilla respecto del nuevo código, opina que si bien los aportes foráneos son innegables, no son a su juicio determinantes, y encontró en el nuevo cuerpo legal una creación netamente española. En este sentido, las influencias patrias estarían representadas por la ciencia penal histórica española —conformada por las Partidas y la Novísima Recopilación—,

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 264.

<sup>16</sup> Sainz Cantero, José Antonio, *op. cit.*, pp. 513 y 514.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 515.

<sup>18</sup> Cuello Contreras, Joaquín, “Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código Penal de 1822”, *ADPECP*, núm. 30, 1977, pp. 90 y 91.

que habría mantenido una pugna con el entonces movimiento filosófico de la Ilustración.

En suma, como novedades en el ámbito penal surgirá cierto humanitarismo en el tratamiento legal del delincuente. Además, se incidirá en la prevención, si bien, en opinión de Cuello Contreras, en forma excesiva, pues con el objetivo de imposibilitar los delitos, las penas de supuestos cuya relevancia penal no está al nivel del castigo ahora impuesto será un hecho que atente contra el principio básico de proporcionalidad en la punición del delito.<sup>19</sup>

Del Código Penal de 1822 se ha dicho que escenificó la “arena” en que lucharon las ideas del Antiguo Régimen y del reformismo ilustrado,<sup>20</sup> lo que habría vuelto caótica su redacción, impregnándose ésta de casuismo y careciendo de sistemática.<sup>21</sup> Nos han llegado críticas del periodo sobre aspectos muy concretos, como los contenidos en el informe consultivo emitido por la Universidad de Granada: el doctor Luque denunció graves omisiones en un Código que carecería de, entre otras penas, las referidas al incestuoso o al suicida.<sup>22</sup>

Se ha llegado a dudar de la efectiva puesta en vigor del Código señalando diferentes dificultades sobrevenidas en su aplicación;<sup>23</sup> sin embargo, el texto fue promulgado el 9 de julio de 1822, y con posterioridad se aplicó, aunque de forma muy breve, apenas unos meses en la Península Ibérica. A pesar de ello, el cuerpo normativo será referente para otros futuros códigos penales, caso de lo ocurrido en los Estados nacientes de El Salvador (1826) o Bolivia (1831).<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> *Idem.*

<sup>20</sup> Oneca, José Antón, *op. cit.*, p. 263.

<sup>21</sup> García Valdés, Carlos, *op. cit.*, p. 39.

<sup>22</sup> *Sesión del Claustro universitario del 16 de agosto de 1822.* Sainz Cantero resta valor a las críticas, pues considera que no provenían de especialistas en la materia, al no existir por entonces cátedras de derecho penal (Sainz Cantero, José Antonio, *op. cit.*, p. 519).

<sup>23</sup> Son de esta opinión Luis Silvela (Silvela, Luis, “Bentham: sus trabajos sobre asuntos españoles; expositor de sus estancias en España”, *Discursos de recepción y de contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 7, 1908, p. 41) y José María Alonso y Alonso (Alonso y Alonso, José María, “De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822”, *REP*, núm. 11, 1946, pp. 10-12).

<sup>24</sup> Casado Ruiz, José Ramón, “La aplicación del Código Penal de 1822”, *ADPECP*, núm. 30, 1979, p. 344.

JUAN PÉREZ CARRANI

### 3. La traición en el Código Penal de 1822 y en el derecho romano

El nuevo Código presenta en su título II, “De los delitos contra la seguridad exterior del Estado”, un capítulo I, que versa sobre “Los que comprometen la existencia política de la nación, o exponen el Estado a los ataques de una potencia extranjera”, y en igual sentido, el libro XLVIII del Digesto, en su capítulo IV, relativo a la *maiestas*; esto es, la traición, encabeza que se comete tal delito contra el pueblo romano o su seguridad (*Maiestatis autem crimen illud est, quod aduersus populum Romanum, uel aduersus securitatem eius committitur*).<sup>25</sup> Pese a no exponer textualmente el Código la palabra “traición” en su título, éste sí aparece referido explícitamente en el articulado. Resta decir que el siguiente Código Penal, el de 1848,<sup>26</sup> reproducirá el articulado presente en 1822 en lo referido a la traición, si bien ahora bajo el título expreso de “traición”.

Pasamos a analizar los diferentes artículos del Código de 1822 fundamentando su contenido en las fuentes normativas y doctrinales romanísticas.

#### A. Pasar al bando enemigo

##### Artículo 250<sup>27</sup>

Cualquier español que en tiempo de guerra o de hostilidades con otra u otras naciones tomare las armas para servir en el ejército o armada de los enemigos, ayudarles y hacer la guerra a su patria, es traidor y sufrirá como tal la pena de muerte.

La colaboración, ya sea activamente por medio de la propia lucha armada o mediante otros soportes, con el bando de los enemigos de España califica al ciudadano español que la practica como traidor, y convierte su conducta en punible a través de su ejecución.

---

<sup>25</sup> Dig., 49.4.1.1.

<sup>26</sup> Tornamos a encontrar un título II, “De los delitos contra la seguridad exterior del Estado”, portando ahora el capítulo I el explícito título “Delitos de traición” (artículos 139-144).

<sup>27</sup> Iniciamos esta revista no en el primer artículo del capítulo I, el 249, sino en el segundo, el 250, pues hemos convenido que éste permite introducirnos con mayor claridad en el tema a tratar.

Conviene enfatizar la situación de beligerancia como momento propicio para la comisión de este grave delito, hecho que nos sitúa obligatoriamente en un ámbito militar, puesto que si bien todo español con capacidad de obrar estará capacitado para, a través de sus acciones, perpetrar el delito de traición, en estado de guerra será el militar quien represente un riesgo potencialmente mayor en tal sentido en razón de sus singulares capacidades respecto de un civil. Pero dicha realidad había sido observada con anterioridad por el derecho romano, que prescribió: *proditores, transfugae plerumque capite puniuntur, et exauctorati torquentur; nam pro hoste, non pro milite habentur*.<sup>28</sup> Además de fijar la pena capital para traidores y desertores, el texto de Tarrunteno Paterno ofrece una interesante mención adicional al emplear la expresión *et exauctoritati torquentur*, mencionando el jurista que los soldados serán atormentados luego de ser ¿degradados, licenciados?

Modestino señala al respecto que los militares no sufrirán como castigo ni las minas ni el tormento (*nam in metallum, aut in opus metalli non dabuntur; nec torquentur*),<sup>29</sup> situación aplicable generalmente con excepciones, pues el propio Tarrunteno refiere que sobre el militar fugado que se cobija entre los enemigos para luego volver sí es aplicable el tormento, aunque los militares no sufran estas penas (*quamuis milites nihil eorum patientur*).<sup>30</sup>

En tal estado de cosas, la palabra *exauctoritati* habríamos de relacionarla, más que con una destitución forzosa o licenciamiento ignominioso,<sup>31</sup> con la propia *capitis deminutio maxima*, la mayor degradación que puede sufrir un romano, implicando la pérdida de libertad y ciudadanía a partes iguales. Esta medida encuentra su lógica en una *lex Porcia* del 300 a. C. aproximadamente, por medio de la cual los ciudadanos romanos habían quedado exentos del tormento,<sup>32</sup> y siendo los

<sup>28</sup> Dig., 49.16.7.

<sup>29</sup> *Ibidem*, 49.16.3.1.

<sup>30</sup> *Ibidem*, 49.16.3.10: *Is quis ad hostem confugit et rediit, torquebitur, ad bestiasque uel infurcam damnabitur, quamuis milites nihil eorum patientur*.

<sup>31</sup> Para el licenciamiento son habituales expresiones como *sed ignominia mittatur* (Dig., 49.16.6.7); *ignominia missus* (Dig., 49.16.4.6); *ignominia missio* (Dig., 49.16.3.1).

<sup>32</sup> Cic., *Rab. perd.*, 4.12: *Porcia lex uirgas ab omnium ciuium Romanorum corpore amouit, hic misericors flagella rettulit*.

JUAN PÉREZ CARRANI

militares romanos igualmente ciudadanos, dicha *lex* obligaría a que los soldados condenados a fenecer en tormento fueran privados previamente de su ciudadanía romana.

Roma empleó la supresión del derecho de ciudadanía sobre el militar traidor, y el Código Penal de 1822 hará lo propio con el ciudadano que abandone la defensa nacional en estado de guerra:

#### Artículo 249

Todo español que hallándose la patria invadida o amenazada por enemigos externos la abandonare sin licencia del Gobierno, y huyere cobardemente a buscar su propia seguridad en otro país, será declarado indigno del nombre de español y perderá todos los empleos, sueldos y honores que tuviere en el reino. El que rehusare defender la patria con las armas cuando sea llamado por la ley, será castigado con arreglo al título de los que rehúsen al Estado los servicios que le deben.

Actualmente, nuestra carta magna recoge en su artículo 11.2 que “ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad”, siendo únicamente posible la expatriación a iniciativa del nacional interesado y ello como derecho.<sup>33</sup>

### B. *Inducir al enemigo a la guerra*

#### Artículo 251

El español que por medio de emisarios o de correspondencia, o por cualquier otra inteligencia, intriga o maquinación con alguna o algunas potencias extranjeras, o con sus ministros o agentes, procurare excitarlos, inducirlos o empeñarlos a emprender la guerra, o cometer hostilidades contra España o sus aliados, es también traidor y sufrirá la pena de muerte. Sin embargo, si la excitación no hubiere llegado a surtir efecto alguno al tiempo del juicio, ni hubiere entonces peligro inmediato de que lo surta, será castigado el reo con la pena de infamia y la de deportación.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Los españoles que no lo sean de origen sí podrán perder la nacionalidad si incurren en lo dispuesto en el artículo 25 del Código Civil.

<sup>34</sup> Correspondiente con el artículo 140 del Código Penal de 1848.

Entendemos aquí como punible la promoción entre los pueblos extranjeros de una actitud hostil contra España, si bien en un escenario de confabulación entre el español traidor y las entidades foráneas. Sin embargo, el texto incluye otro aspecto igualmente destacable al fijar la previsión de la punición sobre los españoles que promuevan hostilidades sobre aliados de España, y en este sentido hallamos un ejemplo significativo en el periodo romano, en torno al siglo I a. C.: en el contexto de la guerra contra el rey Yugurta y su reino númera, las tropas de Aulo Postumio Albino habían deshonrado las armas de Roma al verse forzadas por el enemigo a firmar una paz humillante (todo el ejército fue obligado a pasar *sub iugum*), y aun después, tras entrar el contingente derrotado en la más absoluta indisciplina y desorden, recoge Salustio no sin espanto cómo los soldados acabarían robando a pueblos vecinos de Numidia aliados de Roma (*praedator ex sociis*).<sup>35</sup> Éste y otros problemas llevarán al Senado a decretar el envío urgente del cónsul Metelo a África para instaurar el orden y poner fin a la guerra, pero también se derivará de los hechos la constitución de un tribunal especial, la *quaestio Mamilia*, para procesar a los traidores en la campaña africana.

### C. Informar o aportar auxilio al enemigo

#### Artículo 252

Es igualmente traidor, y sufrirá la pena de muerte, cualquier español que por alguno de los medios expresados en el artículo precedente comunicare a los enemigos de España o de sus aliados, con el objeto de que hagan la guerra a una u otros, o se aperciban para ella, o la continúen más ventajosamente, algún plan, instrucción o cualesquiera avisos o noticias acerca de la situación política, económica o militar de la nación o de sus aliados, o suministrare, procurare o facilitare a dichos enemigos recursos, auxilios, socorros, planos de fortificaciones, puertos o arsenales, o cualesquiera otros medios para los fines

---

<sup>35</sup> Sall., lug., 44: *Sed ubi in Africam uenit, exercitus ei traditos a Sp. Albino proconsule iners inbellis, neque periculi laboris patiens, lingua quam manu promptior, praedator ex sociis et ipse praeda hostium, sine imperio et modestia habitus*. En este sentido, dice Paulo (Dig., 16.16.1) que el militar que turbe la paz ha de ser condenado a muerte: *miles turbator pacis capite punitur*.

JUAN PÉREZ CARRANI

expresados. No se comprende en este artículo la correspondencia que tuviere un español con los súbditos de una potencia enemiga sin ninguno de los designios criminales que expresan el mismo artículo y el que le precede; pero, sin embargo, si el resultado de esta correspondencia fuere el de suministrar a los enemigos algunas noticias perjudiciales a España o a sus aliados, sufrirá el que la tuviere una prisión de dos a ocho años con privación de sus empleos, sueldos y honores.

Asistimos nuevamente a la preocupación por parte de España, no sólo de procurar su propia defensa como nación, sino también la de sus aliados, actitud que redunde indirectamente en los propios intereses nacionales. Además, conocemos que la correspondencia con el enemigo califica al español que la practica como traidor cuando implica el intercambio de información sensible susceptible de lesionar la seguridad del país, y en este caso, el cuerpo normativo hispano no hace sino recepcionar un supuesto ya punible por el derecho romano:

Dig. 48.4.1.1

*Quique hostibus populi Romani nuncium literasque miserit, signumque dedit feceritque dolo malo, quo hostes populi Romani consilio iuventur aduersus Republicam.*

Basta apenas sustituir el término *Republicam* por “España” para comprobar que lo dispuesto en el Digesto a través del célebre jurista Ulpiano y en el Código Penal de 1822 es esencialmente lo mismo. Pero el artículo 252 se refiere también al auxilio material, además de documental, a la fuerza enemiga, situación ya contemplada en Roma:

Dig. 48.4.4

*Cuiusque opera dolo malo hostes populi Romani commeatu, armis, telis, equis, pecunia, aliaque qua re adiuti erunt.*

Encontramos en las fuentes romanas un ejemplo de acusación por traición en sede judicial a través de la referida colaboración y auxilio al enemigo, en este caso ocultándolo para protegerlo luego de haber realizado secretamente oscuros negocios con él; nos situamos en el 70 a. C.

Nos ponemos en contexto: Cayo Licinio Verres había sido del 73 al 70 a. C. propretor de la isla siciliana, periodo en el que cometió múltiples tropelías y abusos sobre los provincianos, hasta el punto de que éstos terminarían acudiendo a Roma a acusar públicamente a Verres por su mala gestión provincial. Finalmente, se creará una *quaestio de repetundis*<sup>36</sup> para procesar a Verres, y Cicerón llevará la acusación de los sicilianos.

Es durante uno de los célebres discursos pronunciados por el orador durante la causa cuando en torno al cargo por *repetundis*, “el Arpinate” acusa igualmente al reo de traición por, entre otros asuntos, llegar a secretos pactos con los piratas, enemigos acérrimos no sólo de Roma, sino también de los provincianos sicilianos y de todos los pobladores de las costas central y oriental del Mediterráneo en general.

Cicerón afirma que el expropretor habría puesto en libertad a un grupo de piratas,<sup>37</sup> a lo cual responderá el acusado reconociendo los hechos, e incluso admitiendo igualmente haberlos acogido en su propia casa en la provincia.<sup>38</sup>

El delito de traición es especialmente grave y concita en torno al traidor una animadversión pública generalizada, una situación reflejada en el presente proceso, donde las palabras de Verres, a modo de confesión, estaban generando un clima de hostilidad creciente hacia su persona entre el público presente en la causa.<sup>39</sup> Y parece que el móvil del delito había sido el lucro económico,<sup>40</sup> pues siendo propretor en la isla el ahora acusado había mandado construir y mantener una flota para luchar precisamente contra la piratería, siendo ésta costeada en gran medida por la carga impositiva que pesaba sobre los sicilianos.<sup>41</sup> De esta forma, Verres fingió hostilidades con los piratas y así fomentó el miedo en la isla asegurando la recaudación.

<sup>36</sup> Tribunal público permanente encargado de juzgar casos de corrupción entre los cargos públicos.

<sup>37</sup> Cic., Verr., 1.12: *...meditetur de ducibus hostium quos accepta pecunia liberabit.*

<sup>38</sup> *Idem*: *...condessum esse duces praedonum a se securi non esse percussos... se priuatum hominem praedominum duces uiuos atque incolumis domi sine posteaquam Roman redierit.*

<sup>39</sup> *Idem*: *...clamore populi Romani infesto atque inimico excitatum.*

<sup>40</sup> *Idem*: *rem naualem primum ita dico esse administratem, non uti prouincia defendetur, sed uti classis nomine pecunia quaeretur.*

<sup>41</sup> *Ibidem*, 5.42: *at uero contra uellum praedomino classem habuit ornatam diligentiaque in eo singularem, itaque ab isto praedare defense prouincia est.*

JUAN PÉREZ CARRANI

Por todo ello, Cicerón incide ante los jueces en la comisión de, entre otros delitos, el de traición por parte del reo (*uno genere omnino inesse culpas istius maximus auaritia, maiestatis, dementiae, libidinis, crudelitatis*).<sup>42</sup>

#### D. Facilitar la entrada enemiga

##### Artículo 253

También es traidor y sufrirá la pena de muerte el español que de hecho o de consejo facilitare o procurare facilitar a los enemigos la entrada de sus tropas en territorio de España o de sus aliados, o promoviere o hiciere por promover en igual forma los progresos de las armas enemigas contra las españolas o aliados de mar o tierra, o entregare o procurare de hecho o de consejo que se entregue a los enemigos alguna ciudad, pueblo, plaza de armas, castillo, fortaleza o puesto fortificado, arsenal, almacén, parque, puerto, escuadra, buque o fábrica de municiones perteneciente a la nación o a sus aliados.

La colaboración en la entrada enemiga a territorio español se incluye dentro de la traición, situación análoga a lo dispuesto por el derecho romano, y así lo confirma Hermogeniano, quien se refiere a la ocupación de terreno provincial y también ciudades:

##### Dig. 48.4.10

*Maiestatis crimine accusari potest cuius ope consilio dolo malo prouincia uel ciuitas hostibus prodita est.*

Del mismo modo, el artículo 253 menciona el apoyo para la ocupación de diferentes plazas e instalaciones militares, y al respecto advertía ya Marciano de la máxima responsabilidad que habría de caer sobre quienes entregaran plazas militares e, incluso, sobre quienes las abandonaran:

##### Dig. 48.4.3

*Lex autem lulia maiestatis praecipit cum qui maiestatem publicam laeserit tenerit qualis es tille, qui in bellis cesserit aut arcem deseruerit aut castra concesserit.*

---

<sup>42</sup> *Idem.*

## E. Deserción o su promoción y paso al bando enemigo

### Artículo 254

Iguales penas sufrirán los españoles que en tiempo de guerra desertaren, o se pasaren al enemigo, o hicieren que otros se deserten o les ayudaren para ello a sabiendas.

El capítulo XVI del libro XLIX del Digesto dedica la mayor parte de su articulado a punir la deserción de los militares, y si bien en tiempo de paz tiende a ser más benévolo, en estado de guerra es penado sin excepción con la muerte. En concreto, los romanos tipificaron la deserción en combate como un delito de traición, de tal modo que Marciano equipara con la calificación de traidor tanto a quien hubiera huido de la batalla como a quien hubiera abandonado una fortaleza, una opinión secundada por Ulpiano:

#### Dig. 48.4.3

*...qualis es tille, qui in bellis cesserit, aut arcem deseruerit.*

#### Dig. 48.4.2

*...aut qui exercitum deseruit.*

En cuanto al paso al bando enemigo, delito ya tratado en el artículo 250, el propio Ulpiano recuerda su naturaleza delictiva dentro de la traición y más específicamente habla de cómo los individuos privados, es decir, personas civiles no militares, pueden incurrir igualmente en este ilícito, hecho que es explicable en un estado de guerra cuando se produce la forzosa militarización de toda la población masculina en edad de combatir:

#### Dig. 48.4.2

*...uel priuatus ad hostes perfugit.*

El artículo 255<sup>43</sup> se refiere a los extranjeros al servicio de España, que pueden ser acusados igualmente por traición si incurren en lo dispuesto

---

<sup>43</sup> Las disposiciones de los seis artículos precedentes comprenden en igual forma a los extranjeros que se hallaran al servicio de España, aunque no hubieran obtenido carta de naturaleza. El extranjero de cualquiera otra clase, que hallándose en España domiciliado

JUAN PÉREZ CARRANI

en los artículos hasta ahora expuestos. Por su parte, el artículo 256<sup>44</sup> se ocupa de los espías que trabajen para el enemigo, sean o no españoles, y también de quienes los cobijen, pues a todos ellos se les atribuye la traición. Por su parte, el artículo 257<sup>45</sup> prevé tratar como traidores a los españoles que, en virtud de su cargo público, colaboren en la manera que fuere con el enemigo.

## F. *Provocar al enemigo*

### Artículo 258

El que sin conocimiento, influjo ni autorización del Gobierno cometiere hostilidades contra los súbditos de alguna potencia extranjera aliada o neutral y expusiere al Estado por esta causa a sufrir una declaración de guerra, o a que se hagan represalias contra españoles, será condenado a dar satisfacción pública, y a una reclusión o prisión de dos a seis años, y pagará una multa igual a la cuarta parte del valor de los daños que hubiere causado; todo sin perjuicio de cualquiera otra pena que merezca por la violencia cometida. Si por efecto de dichas hostilidades resultare inmediatamente, o hubiere resultado al tiempo del juicio una declaración de guerra, será castigado el reo con la pena de deportación.<sup>46</sup>

---

transeúnte en tiempo de guerra, cometiere alguno de los delitos expresados como casos de traición en los artículos 251, 252 y 253, o promoviera o auxiliara la desertión de súbditos de España al enemigo, será tratado y castigado como espía.

<sup>44</sup> Los que sirvieren de espías a los enemigos de España o de sus aliados sufrirán la pena de muerte, y si los reos fueren españoles, o estuvieren al servicio de España, aunque sin carta de naturaleza, serán además considerados como traidores. Iguales penas sufrirán respectivamente los que acogieren, ocultaren, protegieren o auxiliaren voluntariamente a los espías del enemigo, sabiendo que lo son.

<sup>45</sup> Cualquier funcionario público que, estando encargado por razón de su oficio del depósito de planos o diseños de fortificaciones, puertos o arsenales, entregare a sabiendas alguno a los agentes de una potencia extranjera, aunque sea neutral o aliada, o les descubriere el secreto de alguna negociación o expedición de que se hallare instruido oficialmente por su ministerio, será declarado infame, y condenado a la deportación. Cualquier otra persona no encargada por razón de su oficio de dichos planos o diseños, o de los secretos se expresados, que por soborno, seducción, fraude o violencia lograre sustraer o descubrir alguno de ellos, e incurriere en el propio delito, será también infame, y sufrirá la pena de diez a veinte años de obras públicas.

<sup>46</sup> El artículo 148 del Código Penal de 1848 adopta lo dispuesto en el artículo 258 del Código de 1822, e igualmente lo hace en el capítulo II, referido a “Delitos que comprometen la paz o independencia del Estado”.

El Código español de 1822 no explicita en el citado artículo 258 la comisión de un delito de traición, si bien los fundamentos en que se asienta el precepto español son netamente romanísticos. Recordando lo dispuesto por las XII Tablas, Marciano habla de la punición capital para quien atentara contra el enemigo —entiéndase de forma unilateral— (*lex duodecim tabularum iubet eum qui hostem concitauerit capite puniri*),<sup>47</sup> si bien señalaremos que el texto español se refiere a la provocación sobre naciones aliadas o neutrales, mientras que el derecho romano señala al enemigo, queremos poner el acento en el carácter punible que adquiere el inicio de hostilidades en forma unilateral con pueblos extranjeros sin autorización de los representantes del Estado. Por otra parte, en otra referencia normativa de época imperial se señala que sobre el romano que inicie hostilidades —sin llegar a mayor especificación— sin autorización del príncipe, caerá la acusación de traidor:

Dig. 48.4.3

*Eadem lege tenetur et qui iniussu Principis bellum gesserit.*

Con todo, no hemos expuesto hasta el momento una condena explícita a las hostilidades sobre pueblos amigos por parte del derecho romano. Por ello, daremos a continuación cuenta, no de ulteriores referencias legales, sino de dos específicos procesos judiciales al respecto.

El primero nos hace volver a la causa sobre Verres, y dentro de un discurso en el que se incluyen acusaciones por traición, Cicerón señala un incidente especialmente grave. Nos referimos a un robo que a punto estuvo de acabar con el buen nombre del pueblo romano,<sup>48</sup> y, peor aún, traicionar así el carácter hospitalario con unos aliados y ganarse su enemistad con Roma. Los hechos sucedieron del siguiente modo: llegados a Roma los hijos y herederos del rey Antíoco de Siria, tras una estancia de dos años en la capital del Lacio, deciden tornar a Oriente, lo cual harán por mar. En esos momentos, Verres es propretor en Sicilia y se convertirá en anfitrión de tan distinguidos jóvenes, al decidir éstos hacer escala en la isla dentro de su largo periplo de retorno.<sup>49</sup> Sin embargo, al percatarse del portentoso ajuar que portan los príncipes, el romano de-

<sup>47</sup> Dig., 48.4.3, en referencia a tab. 9.5.

<sup>48</sup> Cic., *Verr.*, 4.60: *...existimatio atque auctoritas nominis populi Romani imminuta.*

<sup>49</sup> *Ibidem*, 4.61 y 4.62.

JUAN PÉREZ CARRANI

cide incautarlo para inmediatamente expulsar a sus víctimas de la isla. Este suceso Cicerón lo valora como calamitoso,<sup>50</sup> al tiempo que advierte al tribunal respecto de la necesidad de poner fin de forma contundente a tales comportamientos ante el peligro de verse convertida Roma en enemiga de las potencias extranjeras al comprobar éstas que no se persiguen tamaños desaires.

El siguiente proceso nos lleva al 54 a. C. y tiene por protagonista a Aulo Gabinio, acusado a través de una *quaestio de maiestate*. En el 57 a. C., Gabinio había sido enviado a Siria como procónsul, ocupando la magistratura provincial hasta el 54 a. C. Es entre tanto cuando el general Pompeyo decide apoyar la instauración de Ptolomeo en el trono de Egipto, para lo cual necesita forzosamente la ayuda militar de Gabinio, muy cercano a la región de interés.<sup>51</sup> De este modo, el procónsul viajará con dos legiones al valle del Nilo, una acción que, en palabras de Díón Casio, atentó contra el Estado romano.<sup>52</sup> Sin embargo, la acusación de alta traición nacerá fruto de las acciones concretas: el abandono de la provincia asignada y, con mayor interés para nosotros, el inicio de hostilidades sobre una potencia extranjera, el reino egipcio, de forma unilateral sin la preceptiva autorización del Estado romano.<sup>53</sup> Y como prueba del carácter ilícito de las acciones de Gabinio, encontramos la clandestinidad con que se lleva a cabo toda la operación con la clara intención de que no arribe a Roma noticia alguna de cuanto sucediera en el reino africano,<sup>54</sup> objetivo no logrado, pues en el 55 a. C. en Italia ya eran de dominio público los hechos.<sup>55</sup> Sabemos que en el 55 a. C. se produce

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, 4.67: *Rex Amtiochos qui Romae ante oculos omnium Nostrum biennium fere comitiatu regio atque ornatu fuisset, is cum amicus et socios populi Romani esset, amicissimo patre, quo, maioribus antiquissimis et clarissimis maximo regno, praeceps provincia populi Romani exturbatus est.*

<sup>51</sup> Tanto a Pompeyo como a Gabinio les moverán intereses económicos en la empresa egipcia, pues el depuesto rey había prometido retribuir generosamente la contribución de ambos (Cass. Dio., 39.55.2).

<sup>52</sup> *Idem*.

<sup>53</sup> *Ibidem*, 39.56.4: ἠπειχθη, καίπερ ἀπαγορεύοντος μὲν τοῦ νόμου μήτε ἐς τὴν ὑπερορίαν τοὺς ἄρχοντάς τινων ἀποδημεῖν μήτε πολέμους ἀφ' ἑαυτῶν ἀναρεῖσθαι, ἀπειρηκότος δὲ καὶ τοῦ δήμου τῆς τε Σιβύλλης μὴ καταχθῆναι τὸν ἄνδρα.

<sup>54</sup> *Ibidem*, 39.59.1.

<sup>55</sup> Díón Casio (39.59.2) apunta a los provincianos sirios y a los funcionarios *publicani* afincados en la provincia como probables delatores de las acciones de Gabinio, debido a los perjuicios sufridos al dejar desprotegido el procónsul el territorio asignado.

un primer intento de procesamiento sobre Gabinio, que se verá frustrado al ocupar el consulado ese año Pompeyo y Craso. La oportunidad surge un año después, en el 54 a. C., cuando los dos nuevos cónsules, Lucio Domicio y Apio Claudio, se muestran favorables a encausar al procónsul.<sup>56</sup> El principal acusador será Lucio Léntulo,<sup>57</sup> hijo de Lucio Vecio, quien había sido acusado en el pasado por conspirar en el asesinato de Pompeyo.<sup>58</sup> Comprobamos cómo la pugna política promueve el inicio de esta causa, pero, en cambio, no hemos de olvidar los hechos objetivos y reflejados en el ordenamiento jurídico romano por los que se procesa al reo. En este contexto, los conflictos entre facciones suponen un agente dinamizador en la apertura de la causa, pues tal y como reconoce Cicerón a su amigo Ático, si Gabinio acabará siendo absuelto no será sino por la fuerte influencia de Pompeyo.<sup>59</sup>

Respecto de la independencia judicial en el periodo, dice Apiano que es el propio Pompeyo quien dota de escolta armada a los jueces para garantizar que sus deliberaciones no estén al alcance de presiones.<sup>60</sup> Sin embargo, a partir de lo acontecido en el proceso a Gabinio estamos en nuestro derecho de, cuanto menos, dudar del verdadero cometido de la escolta, si bien hemos de reconocer que el fallo del tribunal estuvo muy reñido, al votar treinta y dos miembros a favor de una condena y treinta y ocho en contra.<sup>61</sup>

#### 4. Bibliografía

ALONSO Y ALONSO, José María, “De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822”, *REP*, núm. 11, 1946.

---

<sup>56</sup> Cass. Dio., 39.60.2.

<sup>57</sup> Cic., *Att.*, 92.1.

<sup>58</sup> *Ibidem*, 2.24.2. En aquel momento, Lucio Vecio acusaría falsamente a Gabinio de haber participado de la conspiración.

<sup>59</sup> *Ibidem*, 92.1.

<sup>60</sup> App., *Civ.*, 2.24.

<sup>61</sup> Cic., *Att.*, 92.9: *...ac tamen XXXII condemnarunt XXXVIII absoluerunt*. Sería Pompeyo quien lograra que el resultado fuera favorable al reo a través del soborno de un puñado de jueces (Cass. Dio., 39.55.5-5).

JUAN PÉREZ CARRANI

- BAUMAN, Richard, *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and the Augustan Principate*, Johannesburgo, Witwatersrand University Press, 1970.
- BAUMAN, Richard, "The Duumviri in the Roman Criminal Law and in the Horatius Legend", *AC*, núm. 39, 1969.
- BRIQUEL, Dominique, "Sur le mode d'exécution en cas de parricide et de perduellio", *MEFRA*, núm. 93, 1980.
- CANTARELLA, Eva, *Los suplicios capitales en Grecia y Roma*, trad. de Marie-Pierre Bouysspon Cheval, Madrid, Akal, 1996.
- CASADO RUIZ, José Ramón, "La aplicación del Código Penal de 1822", *ADPECP*, núm. 30, 1979.
- COSTA, Emilio, *Crimini e pene da Romulo a Giustiniano*, Bolonia, Analec-ta, 1921.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, "Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código Penal de 1822", *ADPECP*, núm. 30, 1977.
- DUMÉZIL, Georges, "Maiestas et gravitas: de quelques différences entre les romains et les austronésiens", *RPh*, núm. 26, 1952.
- FERRARY, Jean-Louis, "Les origines de la loi de majesté à Rome", *AIBL*, núm. 127, 1983.
- FRÉZOULS, Edmond, "De la maiestas populi romani à la majesté impé-riale", en JACKSON, R. A. (coord.), *European Monarchy: Its Evolution and Practice from Roman Antiquity to Modern Times*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1992.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos, "La codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas contemporáneas", *AHDE*, núm. 82, 2012.
- GAUDEMET, Jean, "Maiestas populi romani", *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Nápoles, 1964.
- GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio, *Aspectos procesales del crimen repetundarum de los orígenes a Síla*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio, "La potestad jurisdiccional penal del senado republicano", *SCDR*, núm. 28, 2015.
- GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio, "La represión penal en época arcaica", *E-legal History Review*, núm. 25, 2017.

- GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio, *Teoría y práctica judicial en época republicana*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- GROSSO, Giuseppe, "Provocatio per la perduellio. Provocatio, sacramento e ordalía", *BIDR*, núm. 63, 1960.
- GRUEN, Enric Stephen, *Roman Politics and the Criminal Courts, 149-78 a. C.*, Harvard, Harvard University Press, 1968.
- GUARINO, Antonio, "La perduellio e la plebe", *Labeo*, núm. 21, 1975.
- KÜBLER, Bernardus, "Auspicio, imperio, ductu felicitate", *RIL*, núm. 71, 1938.
- KÜBLER, Bernardus, "Maiestas", *RE*, núm. 14, 1928.
- LATTE, Karl, "Todesstrafe", *RE*, núm. 7, 1940.
- LEAR, Floyd Seyward, *Treason in Roman and Germanic Law: Collected Papers*, Austin, University of Texas Press, 1965.
- LEVI, Mario Attilio, "Maiestas e crimen maiestatis", *PP*, núm. 24, 1969.
- MAGDELAIN, André, "Remarques sur la «perduellio»", *Historia*, núm. 22, 1973.
- MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano*, trad. de P. Dorado, Bogotá, Temis, 1990.
- OGILVIE, Robert Maxwell, *A Commentary of Livi (Books I-V)*, Oxford, Oxford University Press, 1965.
- OLDFATHER, William Abbot, "Livy I.26 and the Supplicium de More Maiorum", *TAPA*, núm. 39, 1908.
- ONECA, José Antón, "Historia del Código Penal de 1822", *ADPECP*, núm. 18, 1965.
- SAINZ CANTERO, José Antonio, "El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822", *ADPECP*, núms. 1-2, 1965.
- SANTALUCIA, Bernardo, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milán, Giuffrè, 1989.
- SANTALUCIA, Bernardo, "Osservazioni sui duumviri perduellionis e sul procedimento duumvirale", *EFR*, núm. 79, 1981.
- SANTALUCIA, Bernardo, "Osservazioni sulla repressione criminale romana in età regia", *Le délit religieux dans la cité*, Roma, núm. 48, 1981.
- SANTALUCIA, Bernardo, *Studi di diritto penale romano*, Roma, L'erma di Bretschneider, 1994.
- SBRICCOLI, Mario, *Crimen laesae maiestatis*, Milán, Giuffrè, 1974.

JUAN PÉREZ CARRANI

SHERWIN-WHITE, A. N., “*The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate*, by Richard A. Bauman”, *Gnomon*, núm. 41, 1969.

SILVELA, Luis, “Bentham: sus trabajos sobre asuntos españoles; expositor de sus estancias en España”, *Discursos de recepción y de contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 7, 1908.

SOLIDORO, Laura, *Profili storici del delitto político*, Nápoles, Jovene, 2002.

THOMAS, Yet, “L’institution de la majesté”, *RS*, núm. 4, 1991.

TYRRELL, William Blake, “The Duumviri in the Trials of Horatius, Manlius and Rabirius”, *ZS*, núm. 91, 1974.

VON LÜBTOW, Ulrich, *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht*, Fráncfort, Vittorio Klostermann, 1955.

*Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época,  
año VI, núm. 16, julio-diciembre de 2019

## La dogmática jurídica, con especial referencia al derecho internacional privado

### *Legal dogmatics, with special reference to private international law*

---

Leonel Perezniето Castro\*

RDP

#### RESUMEN

En este trabajo, el autor nos da, en una primera parte, un panorama sistemático y abreviado de los aspectos más relevantes de la dogmática jurídica en el pensamiento actual, tales como las interpretaciones gramaticales y exegéticas de contenido material sustancial. En la segunda parte del trabajo, y desde una perspectiva teórica, se analiza una de las formas en cómo —según el autor— la dogmática jurídica es una subestructura que subyace en la norma jurídica y que, cuando es necesario, cubre un espacio que la norma no cubre. Concluye el trabajo con dos ejemplos de derecho internacional privado que, de acuerdo con el autor, puede verse esta forma de dogmática en materia jurisdiccional.

---

\* Profesor titular de tiempo completo en la FCPyS de la UNAM e investigador nacional, nivel III. Consultor externo del despacho Bufete Dávalos & Asociados, CDMX. El autor agradece la ayuda que recibió para la elaboración del presente trabajo por parte de Jorge A. Silva Silva, así como aquellos que tuvieron el tiempo de leer y comentar el manuscrito, entre ellos a Yaritzta Pérez Pacheco, Gustavo, Carlos Dávalos y Fernando Flores, por su visión práctica, Alfonso Morales Sánchez, asistente del SNI, Iván Martínez, así como a Cynthia Arias Castellanos.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

**PALABRAS CLAVE:** conocimiento jurídico, dogmática jurídica, metodología del derecho, metodología de la ciencia jurídica, argumentación jurídica, interpretación del derecho.

### **ABSTRACT**

In this work, the author gives us, in the first part, a systematic and abbreviated overview of the most relevant aspects of legal dogmatics in current thinking, such as grammatical and exegetical interpretations of substantial material content. In the second part of this work, and from a theoretical perspective, one of the ways in which —according to the author— legal dogmatics is a substructure that underlies the legal norm is analyzed and, when necessary, covers a space that the norm does not it covers. The work concludes with two examples of private international law that, according to the author, this form of dogmatic can be seen in jurisdictional matters.

**KEY WORDS:** legal knowledge, legal dogmatics, methodology of law, methodology of legal science, legal argumentation, interpretation of law.

### **Sumario:**

1. Introducción.
2. Primera parte: dogmática jurídica.
  - A. Origen de la denominación “dogmática jurídica”.
  - B. Dogmática especializada.
  - C. Niveles de la dogmática doctrinaria.
  - D. Niveles empleados para hablar del lenguaje prescriptivo.
  - E. Reformulación del derecho.
  - F. Comparación entre dogmática y método exegetico.
  - G. La dogmática como conocimiento jurídico.
  - H. Las interpretaciones gramaticales y exegeticas de contenido material sustancial.
  - I. El método de la dogmática jurídica.
3. Segunda parte: discusiones en torno a la dogmática.
  - A. Discusión teórica.
  - B. Discusión práctica.
4. Conclusiones.
5. Bibliografía.

Lo que haga el ideólogo, póngase como se ponga, se encontrará siempre con que la realidad histórica que arrojó por la puerta, vuelve a colarse por la ventana.

Federico Engels

## 1. Introducción

Para quien recién ingresa a estudiar derecho, uno de los elementos con los que ha de comenzar consiste en tomar en cuenta dos elementos: el concepto del derecho y los niveles en que se presenta su conocimiento. En el caso del abogado postulante, este tema le ayuda para analizar el contenido dogmático de las normas en que basará su discurso ante el juez a fin de fortalecerlo.

Independientemente del aspecto filosófico, mediante la expresión “derecho” nos referimos, al menos, a dos cosas: *i)* derecho como aquello que está prescrito (por ejemplo, ley, tratados, precedentes judiciales, contratos). Se trata del objeto principal de conocimiento de los juristas, y *ii)* lo que se dice acerca del derecho por algún jurista que lo ha reformulado (conformada doctrina jurídica).

Como ejemplo de derecho en el primer sentido, tenemos al artículo 4o. constitucional, que prescribe (el derecho dice): “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”. Se trata del lenguaje objeto, en donde, entre otras cosas, las palabras de uso común, como “la familia”, pasan ahora a formar parte de una hipótesis jurídica, y, por tanto, dichas palabras se convierten en un objeto jurídico.

Como ejemplo de doctrina (el segundo sentido), cuando encontramos que el autor de un libro de doctrina afirma que (dice que) “Un principio que priva en el campo de los derechos humanos es el del *favor familiae*, principio que siempre debe tenerse presente. Tanto el derecho sustantivo de fuente interna como el internacional privado han procurado asegurarle a la familia... (y aquí sigue)”. Se trata del llamado meta-lenguaje, un lenguaje o discurso que habla del lenguaje objeto.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

Se debe tomar en cuenta que el lenguaje objeto es un caos fenoménico, como fue bautizado por Gregorio Robles, por lo que el metalenguaje es el encargado de sistematizarlo y ordenarlo. La doctrina es la que conforma el metalenguaje, pero hay diferentes niveles en la doctrina.

En los niveles del conocimiento, la doctrina suele sectorizarse en diversos estratos, también llamados “niveles de conocimiento del derecho”: *i*) la dogmática jurídica (primer nivel); *ii*) la teoría jurídica (segundo nivel), y *iii*) la filosofía jurídica (tercer nivel); del más bajo al más alto nivel. La dogmática jurídica procura “explicar” (en el más amplio sentido) un sector del derecho positivado; por ejemplo, las prescripciones sobre el derecho de familia, las del derecho societario, los títulos de crédito; no obstante, su enfoque (aunque normativista) atiende más a la explicación de lo que dice o prescribe el derecho. En este nivel, el objeto de conocimiento no necesariamente asciende a los niveles teóricos, y mucho menos filosóficos, aunque su autor debería presuponerlos.

Se suele afirmar una diferencia entre dogmática y teoría jurídica. La primera (la dogmática doctrinaria) es, según Rolando Tamayo, un *ars iudicanti*; se ubica en el ámbito de la reflexión práctica, dice qué hacer jurídicamente en un caso, proporciona las respuestas deónticas (lo que está obligado, permitido, prohibido), habla del derecho positivo. En cambio, la teoría jurídica (doctrina teórica) no es un *ars iudicanti* ni proporciona la respuesta al “qué hacer”; tampoco “es la semántica que guía a la lectura del derecho”; más bien se ocupa por determinar qué es eso que se llama derecho.<sup>1</sup>

A diferencia de los libros de teoría del derecho o de filosofía del derecho, en los de dogmática el conocimiento está más “cerrado”, las oportunidades para “darle vuelo a la imaginación” no son tan amplias. Al hablar de la ley, que es vista como un dogma, la posibilidad se reduce, aunque realmente no se aniquila.

Cuando en el derecho se habla de dogma, lo que se quiere decir es que lo prescrito corresponde a enunciados prescriptivos que deben tomarse tal y cual se establecen. No están sujetos a ser aceptados o rechazados voluntariamente, no pueden controvertirse. La norma que

---

<sup>1</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, “Dogmática jurídica y teoría moral”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 4, abril de 1996, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/>.

prescribe “a quienes realicen la conducta X deberán ser castigados” debe ser tomada tal y cual está prescrita, y no puede ser rechazada por un juez; es derecho prescrito, es un objeto de conocimiento. Posiblemente será una norma válida, y muy seguramente será irracional; pero es derecho, y hay que obedecerlo dogmáticamente.

Decir en la dogmática jurídica que cierta proposición doctrinaria es verdadera significa que, efectivamente, puede ser verdadera si se corresponde con lo que dice el lenguaje objeto; pero esta verdad sólo vale para un cierto tiempo y lugar, pues no sería verdadero lo que se diga si la ley cambia. Sin embargo, cuando se habla del derecho prescrito no puede decirse que sea verdadero; más bien, es válido o no es válido. El derecho prescrito no predica verdades.<sup>2</sup>

La dogmática corresponde al discurso de aquel que habla del derecho prescrito (por ejemplo, el autor x dijo que la ley x prohíbe esto o lo permite). Éstos son los doctrinarios, y éstos son los que crean la dogmática doctrinaria. En este sentido:

...la doctrina (a diferencia de lo prescrito) no es un dogma. Las expresiones doctrinarias pueden estar equivocadas, y prueba de ello es que existen multitud de reformulaciones sobre diversos textos prescritos. Mientras los textos prescritos son como un dogma, no son así los discursos doctrinarios; incluso, en estos suelen encontrarse diversas tendencias y opiniones (por ejemplo, un autor interpreta siguiendo un procedimiento, y otro, siguiendo otro procedimiento, llegando ambos a resultados contradictorios). Estos discursos doctrinarios conforman lo que también es conocido como metalenguaje o metadiscurso.

El profesor Jorge A. Silva Silva afirma que

...Cuando se habla de dogmática jurídica se habla de un discurso jurídico cuyo objeto de conocimiento son aquellas prescripciones que no admiten ser contradichas como derecho; lo prescrito es lo dogmático,

---

<sup>2</sup> Los principales estudios sobre dogmática han surgido a partir de la segunda mitad del siglo XX; pocos juristas han destacado, pero de ellos cabe resaltar a Carlos Santiago Nino y Rolando Tamayo y Salmorán. Ambos han dado al campo de estudio la cobertura teórica necesaria. No han desarrollado precisamente estudio de dogmática, sino son quienes mejor la han explicado.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

no lo que dice el doctrinario. Se trata del derecho vigente en un tiempo y lugar (por ejemplo, el derecho mexicano de hoy). En este sentido se le toma como dogma a la constitución, las leyes, los tratados internacionales, la jurisprudencia definida (precedentes vinculantes), etc.

Ahora bien, el dogmático (denominación que se les da a los que hablan de un derecho prescrito) suele crear ciertos medios para conceptuar, interpretar, llenar lagunas; ciertos enfoques metodológicos, epistemológicos, etc. A tales medios suele dárseles un cierto enfoque prescriptivo. La regla antinómica que reza “ley especial hace a un lado la general” es una regla de dogmática, y aunque no esté en alguna ley suele ser aceptada por doctrinarios y jueces. Es por ello, que en la práctica se les ha estimado a ciertas construcciones doctrinales (las de la dogmática) cual, si fuesen dogmas, aunque no lo sean.<sup>3</sup>

En otro apartado, Jorge Silva expresa que

...una dogmática doctrinaria no se aparta ni se olvida de la teoría, ni de la filosofía. Robles Morchón anota que una buena explicación de la dogmática requiere de la teoría del derecho, ya que ésta suministra los esquemas conceptuales de base de cualquier ordenamiento jurídico, permitiéndole, así, ordenar su material textual normativo.<sup>4</sup> Realiza, agrega García Amado, una labor racionalizadora de los dogmas jurídicos para que puedan desplegar su misión ordenadora de la vida social.<sup>5</sup> Incluso, que todo autor de un libro debe estar consciente de la dogmática especializada sobre la que va a hablar.<sup>6</sup>

La dogmática doctrinaria, entonces, es ese discurso o constructo que habla del discurso prescrito. Pero, como aclara el profesor Tamayo, no se queda en una de las tesis positivistas; ello, explica:

...deriva del hecho de que la jurisprudencia es una reflexión sobre un determinado derecho dado... De ahí que los juristas, independiente-

---

<sup>3</sup> Silva Silva, Jorge Alberto, *Manual para elaborar un libro de texto jurídico*, México, Fontamara, 2017.

<sup>4</sup> Robles Morchón, Gregorio, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*, Madrid, Civitas, 2007, p. 204.

<sup>5</sup> García Amado, Juan Antonio, *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, p. 233.

<sup>6</sup> Silva Silva, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 91.

mente del credo, ideología o concepción jurídica que sostengan, cuando hacen jurisprudencia, i.e. cuando describen un determinado derecho, trabajan de forma similar y usan como materia prima materiales jurídicos que han sido “establecidos”.<sup>7</sup>

## 2. Primera parte: dogmática jurídica

### A. Origen de la denominación “dogmática jurídica”

Hay dos vertientes en las que descansan los estudios de dogmática: los propios de la Escuela de la Exégesis francesa y los históricos, de la Escuela alemana. Con el surgimiento de los códigos napoleónicos, el objeto de conocimiento se redujo a los códigos. Así, se dijo: sólo el legislador puede crear derecho, ni siquiera los jueces. Bajo esta línea de pensamiento, surgió la Escuela de la Exégesis: “el Código es todo, ahí está todo el derecho, no hay nada fuera, el juez sólo debe aplicarlo”.<sup>8</sup> El código es un dogma, no hay derecho fuera de él. Es como un axioma. De ahí, quienes escriban sobre derecho sólo pueden escribir sobre lo que dice el Código Napoleón. Es clásica la expresión de Bignet al decir: “no conozco el derecho civil, enseñó el Código Napoleón”.

De lo anterior se siguió que la Escuela de la Exégesis sostuvo que si el derecho es un dogma, entonces los doctrinarios tienen que seguir un “método dogmático” (a esa conclusión derivaron); es decir, no pueden contrariar lo que el derecho prescribe. De esta manera, no sólo se habló del derecho como dogma (lo que está prescrito), sino también de una “doctrina dogmática”, en cuanto que —según se dijo— debía seguir ese “método dogmático”. A partir de aquí, se empezó a hablar de dogmática jurídica para designar a la doctrina conformada para hablar del derecho prescrito. A la vez, se habló de dogmático, para aludir a la persona que escribe sobre ese derecho.

Claro que, al paso de los años, especialmente a la caída de la Escuela de la Exégesis, aquel “método” dejó de existir, no así la doctrina creada

<sup>7</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Themis, 1996, p. 298.

<sup>8</sup> “Exégesis” (de *ex*, fuera y *heigeiskai*, *agein*, guiar), que en derecho significa sacar, extraer el significado de lo dicho por el legislador.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

por los juristas al hablar del derecho; no obstante, las expresiones continuaron conservándose (dogmática y dogmático), pero ahora sin afirmar que la doctrina es un dogma o que se acepte que existe un “método dogmático”.<sup>9</sup>

Los alemanes, por su parte, al conformar el enfoque histórico-conceptualista del derecho, llegaron a sostener la primacía del concepto (su generalidad y abstracción), para de ahí derivar el contenido del derecho. En este sentido, los conceptos funcionaron como dogma.

Si los juristas antes no podían decir cuál era el fin del derecho, ya con Ihering (el principal representante de la dogmática, bajo el enfoque conceptualista) el énfasis estuvo en estos fines, dando al traste con un enfoque doctrinario legalista y semántico, por cuanto que el escritor podía hablar de fines, aunque éstos no estuvieran expresamente establecidos en la ley.<sup>10</sup> Luego, si el jurista es el que habla de los fines (dice cuáles son), y al no encontrarse éstos expresamente en la ley, lo que dijera no podría tomarse como dogma, pero a pesar de ello, la tradición continuó llamándole “dogmática” a lo que el doctrinario decía. Así, hasta hoy.

Alemanes y franceses se propusieron reconstruir el sistema de cada derecho como un conjunto de relaciones disciplinadas y de principios generales que permitieran llenar las lagunas de la ley, recurriendo a procedimientos de inducción y generalización, dando lugar, en su momento, a la jurisprudencia conceptual.<sup>11</sup> En el primer Ihering, los conceptos construidos conforman el derecho, y estos conceptos conforman la dogmática jurídica.

Por desgracia, expresa Larenz, “si este término por lo pronto se conserva aquí, es sólo porque aún no disponemos de otro que se ajuste mejor a la cosa”.<sup>12</sup> Para evitar la confusión (creer que la doctrina es un

<sup>9</sup> En contra, Armando Cintora sostiene que hay un mínimo de premisas inevitables. Cintora, Armando, “¿Es inevitable un mínimo dogmatismo?”, *Estudios, Filosofía, Historia, Letras*, vol. XIV, núm. 49, verano de 1997, p. 83.

<sup>10</sup> Hablando de estos fines, se encuentra Madrazo, Alejandro, “La brecha ontológica de la dogmática jurídica”, *Ciencia jurídica y Constitución. Ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2008. Este enfoque teleológico lo inicia con Aristóteles en sus explicaciones a propósito de la causa final, al que le sigue Tomás de Aquino y con una cierta perspectiva metafísica y ontológica.

<sup>11</sup> Badenes Gasset, Ramón, *Metodología del derecho*, Barcelona, Bosch, 1959, p. 114.

<sup>12</sup> Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 221.

dogma), estimo necesario diferenciar “doctrina dogmática” de “dogmática doctrinaria”, para dejar a la primera una doctrina cuyo contenido es un dogma (algo inaceptable), en tanto que a la segunda (una simple denominación) una doctrina que habla de los dogmas prescritos, pero sin que se caiga en que la doctrina es un dogma.<sup>13</sup>

Mientras con los franceses el acento se puso sobre lo que se decía acerca del lenguaje prescrito, con los conceptualistas, en el concepto construido. En el segundo Ihering se cambia a las prescripciones, diciendo que, entonces, los conceptos surgen de las prescripciones, y no al revés, que las prescripciones a partir de los conceptos. Por este camino se presentó el derecho, un camino tal vez sofisticado, pero convertido en un método de conocimiento, como hasta el que ahora domina.

Podemos decir que el derecho mexicano no es eficaz o es parcialmente eficaz en la medida en que a pesar de ser válido jurídicamente estas leyes no son siempre acatadas y no se cumplen; sin embargo, el individuo puede no estar de acuerdo con determinada ley y con la forma de su creación, o con la justicia o injusticia de la misma, y puede impugnarla, pero debe cumplirla, y al impugnarla deberá hacerlo mediante los procedimientos establecidos por el propio derecho, que es la diferencia con un dogma como el que nos proponemos explicar, y otro tipo de dogmas, como los religiosos, tanto de la Iglesia católica o musulmana, que sostienen una buena parte de su práctica y de su doctrina, dogmas en los cuales deben creer sus seguidores, y que no están sujetos a discusión. El origen de esta posición se encuentra, según Tomás de Aquino, en la ley divina; nos dice que esta ley es eterna e inmutable porque a Dios le corresponde la eternidad. Dios ordena todas las acciones, tanto humanas como no humanas, hacia su fin.<sup>14</sup> Sin embargo, este iusnaturalismo dogmático despreciaba al orden positivo, pues según Agustín de Hipona todo orden jurídico que no esté basado en la ley natural o divina será propio de una banda de ladrones.<sup>15</sup>

Por ejemplo, podemos llegar a la conclusión de que si la Ley de Migración es válida, por esta razón debe ser aplicable por el juez al caso con-

<sup>13</sup> No cabe la menor duda del término “dogmática”, porque el derecho no es un sistema cerrado de axiomas y valores. *Ibidem*, p. 220.

<sup>14</sup> Citado por Battaglia, F., *Curso de filosofía del derecho*, Madrid, Reus, 1951, vol. I, p. 175.

<sup>15</sup> *Idem*.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

creto. Con ese objetivo, el juez deberá analizar si la emisión de esta ley se efectuó conforme a las reglas de creación del sistema; si así sucedió, será una norma válida, y si éste es el postulado, la consecuencia será que efectivamente se trata de una ley válida, y por tanto susceptible de ser aplicada por el juez.

Puede concluirse también que los dogmas que estudia la dogmática jurídica son los del derecho positivo (el llamado derecho objetivo), que requiere que sus postulados sean previamente aceptados (en el sentido de que sean válidos). Respecto al objeto de la dogmática jurídica, el derecho vigente, Rodolfo Vázquez señala:

...las proposiciones de la dogmática jurídica se efectúan desde un punto de vista interno o normativo, en el sentido de quien las emite se encuentra entre los mismos destinatarios de las normas y parte de la aceptación de las normas vigentes como criterio exclusivo de regulación del comportamiento, de modo que no las considerada como simples medios que cabe utilizar y manipular para alcanzar un cierto fin.<sup>16</sup>

La razón de la existencia de la dogmática jurídica (como disciplina) es que se trata de un sistema que facilita el análisis del funcionamiento del orden jurídico desde la perspectiva positivista del derecho. De esta manera, diferentes autores han propuesto sistemas distintos de interpretación. Siempre que se acepten sus postulados, se podrán derivar consecuencias para ayudar a la labor de los juristas de interpretar la norma jurídica.

### B. Dogmática especializada

La especialización de la dogmática doctrinaria se entiende como parte de la división del trabajo. Alguna parte de la dogmática atiende la reformulación familiar; otra, la penal; otra, la comercial, y así. No hay un libro de texto que hable de toda la dogmática jurídica. Más bien, sólo se enfoca a un sector de la dogmática. Se entiende mejor lo que digo,

<sup>16</sup> Vázquez, Rodolfo, *Teoría del derecho*, México, Oxford, 2007.

cuando tomamos en cuenta que hoy en día es “normal” hablar de diferentes disciplinas (por ejemplo, derecho laboral, minero, familiar), y, tal vez, ni cuenta nos damos de que ha operado una especialización de los juristas hacia ramas más particularizadas del conocimiento jurídico; esto es, el conocimiento del derecho se ha atomizado, dependiendo de un específico objeto de conocimiento.

Cada una de las disciplinas presenta los enunciados que define como de su objeto de conocimiento, con notas o características propias. Los dogmáticos han marcado los límites de cada disciplina, lo que significa que le atribuyen un conjunto de notas o propiedades en común (por ejemplo, los elementos conceptuales y definitorios de cada disciplina).<sup>17</sup> Por ejemplo, al derecho del trabajo lo caracterizan como parte del derecho social, y al derecho penal, como parte del derecho público.

Los juristas especializados, al tomar en cuenta estas propiedades, conforman un discurso específico que reformula un objeto específico (corresponde a la imagen que del objeto de conocimiento se forman al ser reformulado).<sup>18</sup> En estos discursos suele confiar el jurista práctico (juez, abogado); al fin y al cabo, le presentan una “imagen sistematizada de un específico objeto de conocimiento”.

Lariguet nos ofrece una apretada síntesis de lo que hoy podemos llamar “autonomías disciplinarias”. Afirma que durante la Edad Media fueron los estatutos de las ciudades los que tuvieron vigencia como regla principal, pues lo previsto por el derecho romano era supletorio. Con la aparición del Código Civil napoleónico, se desplazó todo tipo de ordenamientos para quedar como principal el Código Civil. Después, con la finalidad de hacer valer excepciones a lo previsto por el Código Civil, se empezó a hablar de ramas específicas, que, aunque no estaban inicialmente desarrolladas ni codificadas, poco a poco se fueron conformando, logrando un fraccionamiento del Código Civil, como lo vemos hasta

---

<sup>17</sup> La extensión del objeto de cada disciplina se refiere al conjunto de atributos que cubre su contenido. Estos atributos son elegidos por los juristas, no por algún ordenamiento jurídico.

<sup>18</sup> Por ejemplo, la dedicación de los procesalistas por su teoría general del proceso; la de los penalistas por su teoría del delito; la de los administrativistas por su teoría del acto administrativo, etcétera. Esto es, un discurso doctrinal cuyo objeto de conocimiento está específicamente definido.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

ahora. En síntesis, afirma que el interés por las excepciones al Código Civil y por su especialidad ha dado lugar a las disciplinas autónomas.<sup>19</sup>

### C. Niveles de la dogmática doctrinaria

Para comenzar, inicio con una división: es necesario tomar en cuenta que la doctrina es el género de dogmática doctrinaria. No toda dogmática es doctrina; por ejemplo, la teoría es doctrina, pero la dogmática no es teoría, aunque la presupone.

A la dogmática doctrinaria (y ésta es otra división que propone Silva) podemos atribuirle dos significados (fuerte y débil). La dogmática en sentido fuerte (una buena y legítima dogmática)<sup>20</sup> se caracteriza (entre otras propiedades) por ser racional, certera y objetiva, identificando la base del orden jurídico y su modelo epistémico, procura inferir y proporcionar principios; considera el manejo de normas, logra la sistematización y organización, pero, sobre todo, presupone una base y reglas de construcción, razonamiento, hermenéutica, etcétera.<sup>21</sup> En ésta, queda la dogmática avanzada, que asciende y le da carácter y sentido. El dogmático en sentido fuerte suele crear doctrina en sentido fuerte. Sus proposiciones tienden a permanecer más tiempo, imperar y ser más respetables que la débil.

Una dogmática en sentido débil, plana o de bajo nivel (me permito emplear la expresión “dogmática”) se caracteriza porque sólo presenta descripciones; no emplea las herramientas del científico ni las propias de la buena dogmática. En el mejor de los casos se reduce a una mera acumulación de experiencias, desconociendo el razonamiento inductivo y conformador de principios. Aquí coloco a esa “dogmática” plana, glosada, reducida, que en el mejor de los casos toma en cuenta el “sentido

---

<sup>19</sup> Lariguet, Guillermo, *Dogmática jurídica y aplicación de normas*, México, Fontamara, 2007, p. 142. Otros elementos adicionales sobre el mismo tema en Lariguet, Guillermo, *Problemas del conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Ediar, 2008, pp. 102 y ss.

<sup>20</sup> Algo semejante expresó Lhering al referirse a jurisprudencia inferior (que sólo interpreta) y una superior, que construye y aplica un método. Badenes Gasset, Ramón, *op. cit.*, p. 116.

<sup>21</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, p. 150.

común”, que no ve más allá de las apariencias ni suele diferenciar elementos relevantes de los accidentales. Sus cultivadores suelen pensar que sus ideas son verdades, pero la gran mayoría de éstos ni siquiera tienen conocimiento de la teoría de la ciencia.

Una dogmática en sentido fuerte o de alto nivel va más allá (por ejemplo, emplea las herramientas del científico, obtiene principios, conceptos, crea teorías, clasifica) y además de decir cómo actuar en un caso concreto, no se queda en la mera interpretación; racionaliza el objeto de conocimiento, no se queda en la descripción ni se conforma con inventariar enunciados legales. Es tan importante la construcción en sentido fuerte que, debido a las construcciones conceptuales, clasificaciones y conformación de su marco, suele determinar la forma de interpretar y aplicar el derecho; esto es, conforma un método de conocimiento del derecho.

Una obra que sólo se dedica a hacer descripciones se sostiene en enfoques más exegéticos y proposiciones parafrásticas, mientras que la que presenta reformulaciones concluye con respuestas agudas, analíticas y razonables; presupone lentes para entender el lenguaje objeto. Una simple descripción no proporciona definiciones, que son importantes para que un estudiante logre precisiones.

La “buena dogmática”, la que se califica como auténtica doctrina, es aquella creada a partir de reglas de razonamiento jurídico, reglas hermenéuticas. Dentro de la buena dogmática se encuentran expresiones relevantes sobre el objeto de conocimiento; comprende, además de terminología, una doctrina racional, notable, aceptada, selecta, acreditada, etcétera; sobre todo, presupone una metodología. Ésta es la más idónea a tomarse por quien escribe un libro de texto. De esta manera, cabe hacer a un lado la “dogmática” vulgar, mediocre, desacreditada, basada generalmente en opiniones o intuiciones, incluso, simple práctica burocrática, ausente de razonamiento y metodología.

#### *D. Niveles empleados para hablar del lenguaje prescriptivo*

Para que un estudiante se acerque a un objeto de conocimiento jurídico, especialmente el discurso prescrito (los enunciados jurídicos) se

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

puede acceder desde tres niveles, que van de menor a mayor dificultad, a saber: descripción, explicación y reformulación. Son los niveles en que suele presentarse la dogmática legalista, la que habla de un derecho prescrito.

a) Una descripción se contenta con listar los elementos indispensables del objeto, sin comprender juicios que expliquen el porqué de ese objeto ni para qué sirve.<sup>22</sup> Corresponde a una indicación de cómo se nos presenta el objeto. Normalmente retrata un objeto concreto, proporciona una interpretación trivial, insulsa. Mediante la descripción o retrato podemos referirnos al procedimiento establecido en algún código, pero no se comprendería la teoría que lo explica, carece de conceptos, de abstracción. Es útil para comentarios, exégesis. Un “práctico”, como el mencionado por Alcalá-Zamora, puede hacer esto. Se trata del nivel mayormente empleado en los libros de texto. Veamos una descripción de Rafael de Pina:

Ejemplo: de acuerdo con el Código Civil, el hijo nacido de matrimonio tiene derecho a que se haga constar en el acta el nombre y apellidos de los padres; el hijo reconocido tiene derecho a llevar el apellido de quien lo reconoce; el adoptado, el de quien lo adopta.<sup>23</sup>

Aquí encontramos, al menos, tres grados rudimentarios: el circunloquio, la sinonimia y la perífrasis, que, en general, se quedan como mera efigie. Cualquiera describe más el sentido semántico que el práctico.

Mediante el circunloquio, expresamos algo del objeto de conocimiento recurriendo a un rodeo de palabras (por ejemplo, en lugar de decir “Constitución”, decimos “ley suprema”; en lugar de “bandera”, recurrimos a “lábaro patrio”; en lugar de “otorgó testamento”, decimos “expresó su última voluntad”).

A través de la sinonimia, empleamos una relación de semejanza (por ejemplo, en lugar de decir “matrimonio”, decimos “matrimonio de hecho”, “casados”, “unidos en nupcias”).

---

<sup>22</sup> Según las Recomendaciones de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico, del Consejo de Ministros español, “una descripción relata cómo es algo, ya sea en su aspecto externo y material, ya sea en su dimensión interna o anímica”. Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico, Madrid, 2011, p. 6.

<sup>23</sup> Pina, Rafael de, *Elementos de derecho civil mexicano*, México, Porrúa, 1963, t. I, p. 211.

Al recurrir a la perífrasis empleamos otras palabras para decir lo mismo; no lo decimos directamente. Requiere de una cierta imaginación del autor para darle estilo y colorido al discurso<sup>24</sup> (por ejemplo, “la restitución del derecho administrativo argentino al Estado de derecho (o al *rule of law*, parafraseando a Dicey)...”.<sup>25</sup>

En general, el uso de una simple descripción sólo nos retrata el objeto, lo imita. En este nivel, la reelaboración se queda en transcribir, resumir o sintetizar. No alcanza siquiera una glosa. A lo más que se puede llegar en este nivel es en acatar ciertas las reglas de semántica. Este nivel no es recomendable en la elaboración de texto alguno, pues no organiza el material a ser explicado. Se queda para objetos textuales más pequeños.

b) La explicación implica una descripción, pero se amplía al porqué del objeto, así como el para qué (lo que no aparece en la descripción de Rafael de Pina). Aquí se incluyen teorías. En otras disciplinas se habla de explicación causal. Esta última no cabe en derecho; en todo caso cabe una explicación que comprenda razones para actuar. Si el juez falló que en condiciones equis debe procederse conforme a que, entonces habría que exponer que, con fundamento en una cierta ley, apoyada en una cierta Constitución, el juez estaba facultado para fallar en el sentido en que falló. Quien explica debe evitar inmiscuirse en la especulación.

Es necesario aceptar que un doctrinario (un doctrinario que conoce su oficio), incluido aquel que escribe una obra de dogmática, no sólo toma el texto de una ley y trata de entender lo que con ese texto o enunciado quiere significar, sino que al procurar darle un significado realiza una labor compleja, sofisticada, en la que aplica reglas de razonamiento y experiencias epistémicas, que lo conducen a desenmarañar los enunciados confusos, a relacionarlos con otros enunciados, e, incluso, a racionalizar propuestas para aquellos casos en que advierte lagunas legales o anfibologías.

Una explicación, aunque describe el objeto de conocimiento, no se conforma con decirnos qué es, sino que agrega para qué y porqué. Ha-

<sup>24</sup> Romero Álvarez, Ma. Lourdes, *Técnicas modernas de redacción*, México, Harla, 1995, p. 185.

<sup>25</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo. El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, vol. 3, p. 417.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

bla de las “causas”. Aquí interviene el razonamiento de quien habla, que no siempre es necesario en una simple explicación.

Por lo general, los abogados que trabajan en y ante los tribunales se preguntan ¿cómo se resuelve el problema X?, mientras que los juristas que enseñan e investigan se cuestionan ¿cómo se explica la respuesta a X? En general, unos buscan la respuesta; otros, explicaciones. Los primeros desconocen la respuesta; los segundos no sólo la buscan, sino también se preguntan por qué y piden explicaciones. Pero los que escriben no sólo buscan cómo se explica y cómo se resuelve, sino también se atreven a presentar toda una reformulación. De alguna manera procuran acatar reglas de semántica y de sintáctica, jugando, de alguna manera, con las significaciones del discurso objeto. En general, los libros de dogmática sólo llegan hasta este segundo nivel.

c) La reformulación implica descripciones y explicaciones. No debe confundirse con un mero retrato del objeto de conocimiento, hacer perífrasis, sinonimia o discurso parafrástico del objeto. Es en el nivel reformulatorio donde se pueden colmar lagunas, resolver contradicciones, aclarar problemas de anfibología, vaguedad y ambigüedad lingüística, alcanzar el sentido de los principios, presenta, incluso, actitudes a seguir. También aquí, dependiendo del concepto que se tenga del derecho, se procura justificar a partir de valores, necesidades de la sociedad, de razonamientos y perspectivas filosóficas. En la reformulación se aglutinan conocimientos que le dan congruencia al objeto de conocimiento; se articulan sus enunciados y se hace confiable lo reformulado al estudioso o lector. Conforman una unidad compleja de análisis, a partir de reglas específicas creadas para ello. Este nivel de actividad no cabe en un práctico.

Una reformulación supone los niveles anteriores (incluidos transcripciones, síntesis y resúmenes), pero, además, le da una congruencia al objeto de conocimiento, abstrae y generaliza, puede recurrir a interpretaciones amplias o restringidas, presupone implicatorias, propone respuestas para llenar lagunas, resuelve conflictos antinómicos, etcétera. Su ejercicio requiere de juicios de valor y razonabilidad. En este nivel, coloco un auténtico hermeneuta, un conocedor y especialista en la materia de la que habla, que domina el lenguaje objeto y metalenguaje.

Presentar o construir dogmática jurídica (una buena dogmática) no consiste en comentar o glosar algún enunciado legal (como con frecuencia lo hacen algunos juristas aficionados que escriben sobre alguna disciplina). La posibilidad de explicar, pero, sobre todo, de reformular lo que el derecho prescribe, obliga al reformulador a hacerlo epistemizando el constructo doctrinario (lo que piensan y dicen), aplicando metarreglas que dicen cómo hacerlo. No basta con tomar una ley y comentarla (incluso artículo por artículo).

La reformulación requiere comenzar identificaciones del objeto de conocimiento, precisar los principios, realizar el análisis del objeto; esto es, descomponer el objeto en todos los elementos que lo componen, analizando cada uno y sus interrelaciones. La herramienta es el análisis; sin éste, no se reconstruye. Una “aprehensión sintética” no reformula; le falta el análisis.

Si el autor de un libro de texto no se siente capaz de analizar, debe tomar en cuenta las reformulaciones de expertos, sintetizarlas y darlas a conocer al lector de su libro. En fin, como explica Carlos Nino:

La mayoría de los grandes dogmáticos consideran como ideal de su actividad no crear nuevo derecho, ni proponer soluciones normativas en consideración a las consecuencias prácticas, sino principalmente descubrir sus principios implícitos. Para ello utilizan un variado instrumental que incluye teorías sobre la naturaleza jurídica de un instituto; criterios selectivos de normas jurídicas; teorías sobre la finalidad de una regulación; clasificaciones pretendidamente “naturales”; definiciones “reales”; pautas para interpretar la “verdadera voluntad del legislador”; principios supuestamente necesarios a todo derecho, como el de clausura, principios característicos de determinados sistemas políticos, como el *nullum crimen sine lege, nulla poena sine culpa* y *non bis in idem*; reglas derivadas de una pretendida estructura de los conceptos fundamentales del derecho, como las que disponen las consecuencias del “abuso del derecho”, la “función social de la propiedad”, la “autonomía de la voluntad contractual”, la “no exigibilidad de otra conducta” como causal de inculpabilidad y el “consentimiento del interesado” como causas de justificación, etcétera.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, pp. 106 y 107.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

### E. Reformulación del derecho

El discurso del doctrinario se construye tomando como objeto de conocimiento un grupo de enunciados prescriptivos, que adscribe a una disciplina jurídica (en este caso, una disciplina propia de la dogmática jurídica). Corresponde a un conjunto de proposiciones que dicen algo acerca de un conjunto de enunciados específicos. Los elementos de que se compone el discurso doctrinario se presentan relacionados unos con otros (entre sí), para cumplir una función: comprender lo que el discurso prescrito dice (el objeto de conocimiento). En esta tarea, el reformulador emplea toda su inteligencia (y poder de convencimiento) para atribuirle significados al lenguaje prescrito, incluso, recurriendo a una “concepción mágica del lenguaje”, un específico lenguaje y modo de razonar.<sup>27</sup>

La interrelación que hace un doctrinario de los elementos que toma del discurso prescrito (para obtener un discurso consistente) no corresponden a un montón de proposiciones o a una simple suma o fusión de esos elementos. Su constructo o reformulación lo realiza en atención a la función (el enfoque epistémico) que ese doctrinario le atribuye al todo (al lenguaje objeto), pero siguiendo reglas de hermenéutica. En una palabra: el jurista realiza los procedimientos requeridos para sistematizar el derecho.<sup>28</sup>

Tome nota que la delimitación de cada disciplina les corresponde a los dogmáticos. Son los doctrinarios los que han creado cada disciplina; dicen qué contenido va en la disciplina uno, qué en la disciplina dos, qué en la tres, y así (por ejemplo, cierta normatividad es acomodada en el derecho civil, otra en el mercantil, otra en el familiar). Vamos, sin un discurso doctrinario no se podría entender el discurso objeto.

Es importante lo anterior, cuando tomamos en cuenta que para una cierta disciplina se infieren ciertos principios que no son parte de la disciplina dos. Y todo esto (la doctrina creada), aunque no es prescriptivo, suele ser tomado por el legislador o los jueces como si fuera un dogma.

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>28</sup> Lariguet asienta que Kant, al hablar de sistematización del derecho, ya hablaba de la “ley de la homogeneidad”, que en cierta forma se corresponde con lo que hoy designamos como reformulación. Lariguet, Guillermo, *Dogmática jurídica*, cit., pp. 172 y 173.

De no procurar un orden o sistematización de un orden jurídico, el resultado sería un galimatías (una información desordenada y contradictoria).

Rolando Tamayo y Salmorán —seguramente uno de los juristas mexicanos que mayormente se ha preocupado por la dogmática, construyendo toda una explicación metateórica— destaca la labor de quienes conforman estudios reformulatorios. Al referirse a la jurisprudencia (en su acepción de ciencia del derecho) expresa: “La jurisprudencia incorpora al mundo de la racionalidad un espacio muy importante de la razón práctica. La simple construcción de la jurisprudencia es un prodigio de la razón”.<sup>29</sup>

No es ni debe ser extraño que en una disciplina (uno de los constructos del discurso reformulatorio) se empleen expresiones tales como articulación de enunciados o función de la disciplina. Con éstas se quiere suponer elementos integrantes y la razón del discurso prescriptivo. La actividad del reformulador al crear su discurso (diferente al prescrito) consiste en realizar un análisis de cada elemento del discurso objeto. Su análisis consiste en descomponer el todo, lo que ese doctrinario “ve”, presentando una recomposición de los elementos que “ve”. Puede tomar en cuenta las razones o causas de una situación, sus efectos, el problema, cómo surgió, significados lingüísticos, etcétera. Crea para esa recomposición, una serie de conceptos, clasificaciones, definiciones, etcétera; vamos, herramientas para entender el lenguaje objeto.

La lente para “ver” el derecho prescrito es la del doctrinario. En la medida en que la imagen del doctrinario llegue al lector del libro (según las gafas de ese dogmático), y acorde a la estimación del dogmático, se podrá decir que el estudiante conocerá el objeto.<sup>30</sup>

#### F. Comparación entre dogmática y método exegético

La Escuela francesa de la Exégesis se creó a raíz de la elaboración y publicación del Código Civil francés de 1804, y tuvo su auge en el siglo XIX; sus postulados consisten en la interpretación de la norma por la

<sup>29</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, México, UNAM, 2003, p. 130.

<sup>30</sup> Esta primera parte del capítulo puede verse ampliada en la obra de Silva Silva, Jorge Alberto, *op. cit.*

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

norma misma, exaltando el derecho escrito. Se pide un apego total al texto de la ley, una creencia, y, podríamos agregar, una fe en el texto escrito de la ley. “Para la Escuela Exegética el derecho es la Ley. Lo que para los glosadores era el Corpus Iuris Civilis de Justiniano para los exegetas lo fue el Código de Napoleón. La exégesis consiste en el estudio directo y analítico de los textos legales”.<sup>31</sup> Se tuvieron siempre como reglas las siguientes: a) el culto del texto de ley; b) considerar la voluntad del legislador como pauta suprema de interpretación, y c) considerar al legislador omnipresente y omnisapiente. Es menester señalar que la importancia de la Escuela de la Exégesis deriva del hecho que sentó las bases para que autores posteriores pudieran proponer una estructura y conceptos abstractos en los que se propone una interpretación circular, como la serpiente que se muerde la cola; es decir, que sea totalmente redonda, autosuficiente y autocorregible; de ahí que las bases hayan salido de las teorías que tomaron estos elementos de abstracción para su elaboración, como es el caso de la Teoría de la Exégesis (1804), la Teoría de los Conceptos de Rudolf von Ihering (1872) y la Teoría Pura del Derecho (1932) de Hans Kelsen. Tanto la Teoría de la Exégesis como la Teoría Pura del Derecho, ya mencionadas, tuvieron una gran influencia en México.

Desde una perspectiva internacional:

...vemos resurgir tendencias a la exaltación del papel del Estado y de los nacionalismos nos explica la profesora Cid Capetillo y agrega, de nuevo se está delineando un panorama preocupante en el que aquellos temas más cercanos a la sociedad y a las demandas que esta plantea, como los derechos humanos, las cuestiones de género, la calidad de vida de los migrantes, la inequitativa distribución de la riqueza y, por consiguiente, la extensión de la pobreza, entre otros, están quedando atrapados entre el autoritarismo y la movilización social.<sup>32</sup>

Esta forma de análisis de la realidad que tuvo su origen en el empirismo británico del siglo XVII<sup>33</sup> influyó en un cambio de mentalidad para

<sup>31</sup> Fabra, J. L., “Escuela de la Exégesis”, disponible en: <http://www.filosofiadelderechocolombia.net/2009/04/trabajo-no-1-escuela-de-la-exegesis.html>.

<sup>32</sup> Cid Capetillo, I., “Presentación”, *Relaciones Internacionales*, núm. 132, 2018.

<sup>33</sup> Hume, D., *A Treatise of Human Nature*, Oxford University Press, 1978 (prologado por L. A. Selby-Bigge y P. H. Nidditch).

finalmente considerar cuestiones importantes dejadas de lado por el proceso dogmático. Sucedió lo que sucede siempre entre el continente europeo y la Gran Bretaña; en el primero se estructuran ideas abstractas que constituyen la filosofía en general y en especial la filosofía del derecho; en el segundo, por el carácter práctico de los ingleses las ideas como las del empirismo, son por lo general propuestas prácticas, lo que conduce a analizar los diferentes puntos del dogmatismo, en el que nos pide que creamos en una abstracción, y conforme a esa creencia interpretar al orden jurídico, sin tomar en cuenta todo lo que surge en cada caso, que muchas veces involucra un entorno que puede ser decisivo para resolverlo, sobre todo en un país como México, en donde se tratará de hechos sociales que no quedan necesariamente considerados dentro de los presupuestos que propone el positivismo para la norma jurídica, y cuya explicación queda entonces a cargo de los jueces, y en esos casos deberán resolver con base en principios de justicia, que pueden no coincidir con la letra exacta de la ley, y por tanto será una interpretación que vaya más allá del derecho positivo.

Ese paso, más allá hacia lo social, lo estudia la sociología del derecho y otras escuelas de pensamiento moderno,<sup>34</sup> que enfocan al derecho y al Estado desde una perspectiva más cercana a las ciencias sociales, y donde pueden encontrarse muchas explicaciones que el modelo positivista, por su propia naturaleza, limitado y antiguo, no resuelve, porque no está concebido para resolver, pero sólo que no se salga del modelo, y el mundo y, consecuentemente, el derecho han evolucionado en todos sentidos.

De ahí que las citadas escuelas sociales contemporáneas parten de muchos años de discutir con vigor las metodologías más apropiadas para el análisis de esas cuestiones del derecho que el positivismo llama “metajurídicas”, y por tanto no cubre, y que en la vida diaria de la gente resultan importantes, especialmente esas metodologías que plantean indemnizaciones por daños y perjuicios, defensas en contra de actos del Estado y otros de igual valor, etcétera.

---

<sup>34</sup> Entre otros, véanse Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, México, Taurus, 2008; Rawls, J., *Teoría de la justicia*, 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, 1997; Luhmann, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, trad. de Javier Torres Nafarrete et al., México, Herder Editores-Universidad Iberoamericana, 2007.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

### G. *La dogmática como conocimiento jurídico*

Los dogmáticos no sólo se dedican a interpretar el derecho y presentarlo de manera ordenada; por el contrario, la dogmática jurídica adapta el contenido del derecho, bien para satisfacer exigencias materiales de justicia, bien para solucionar los defectos lógicos (lagunas, antinomias y redundancias). Este tipo de operaciones son desarrolladas mediante diferentes instrumentos: desde la concreción de los principios del ordenamiento hasta la creación de jerarquías axiológicas entre normas, pasando por el recurso a la tesis del legislador racional.<sup>35</sup>

A los jueces frecuentemente se les presentan conflictos normativos a la hora de aplicar la ley. Se dice que existe una laguna en la ley cuando no hay una disposición legal expresamente aplicable, cuando se trata de resolver un problema jurídico de acuerdo con un determinado derecho positivo. En este sentido, concluye María de los Ángeles Unzueta:

Las grandes codificaciones del siglo XIX son expresión de esta voluntad de plenitud necesaria para mantener la certeza jurídica. Esta idea va unida a la afirmación de la supremacía del poder legislativo, como expresión de la voluntad popular, sobre el poder judicial y al principio de separación de poderes.<sup>36</sup>

Ahora bien, no cabe confundir las expresiones “laguna de la ley” y “laguna del derecho”. Cuando decimos que en la ley existen lagunas, queremos decir que estamos frente a una situación no prevista por el legislador, o que haya sido tratada de forma incompleta, pero que puede ser resuelta conforme a la interpretación de los principios generales del derecho. Esto es lo que se conoce como “plenitud hermética del orden jurídico”. En estas condiciones, conforme a este punto de vista, no pueden existir en la ley lagunas en el derecho.

Para Norberto Bobbio, “La antinomia es aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe,

---

<sup>35</sup> Sobre este tema se puede consultar Mejía Turizo, J. y Navarro Villacob, J., “Presupuestos configurativos de responsabilidad del Estado legislador”, *Justicia*, núm. 32, julio-diciembre de 2017, pp. 64-78, disponible en: <https://doi.org/10.17081/just.23.32.2905>.

<sup>36</sup> Barrère Unzueta, María Ángeles, *Lecciones de teoría del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento”.<sup>37</sup>

Una parte de la corriente doctrinal que se dedica al estudio de la teoría del derecho contemporánea ha sido motivada por los avances en materia de interpretación jurídica.

Delia Holguín López comenta en su obra *La interpretación jurídica*:

...es de gran trascendencia para el quehacer tanto de la autoridad jurisdiccional como para los profesionales del Derecho, en este documento se plantean en un principio concepciones de la interpretación, el lenguaje del Derecho y algunos problemas como la ambigüedad en donde se presenten diversos y discrepantes significados; la vaguedad, donde el uso de las palabras pueda llegar a ser problemático; la indeterminación de los textos, cuando los enunciados legales están concebidos en términos imprecisos o vagos, dando lugar a varias lecturas; etcétera. El texto hace también referencia a los principios generales de derecho, con relación a su aplicación a falta de la interpretación jurídica de la ley, así mismo se abarcan temas como la interpretación a contrario, la analogía y las antinomias. Concluyendo que la actividad interpretativa es necesariamente cognoscitiva y consiste en descubrir la norma jurídica creada por el legislador, siendo un ejercicio creativo que debe someterse a los límites del enunciado estudiado, por lo tanto, el intérprete judicial está investido de poder político para plantear alternativas de interpretación.<sup>38</sup>

En este sentido de la interpretación se han llevado a cabo una serie de propuestas realizadas con base en lógica deóntica, la lógica de lo debido y lo necesario, que se ha centrado principalmente en el estudio de las antinomias y desarrolla las relaciones existentes entre las diversas “modalizaciones” normativas (obligatorio, prohibido y permitido), y también la corriente deóntica estudia las modalizaciones que pueden afectar a

<sup>37</sup> Citado por García Murillo, José Guillermo, “Las antinomias en el derecho, el porqué de su origen y el cómo de sus posibles soluciones”, *Letras Jurídicas*, núm. 5, septiembre de 2007-marzo de 2008, p. 3, disponible en: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/index.php/letrasjuridicas/issue/view/6/showToc>.

<sup>38</sup> Holguín López, Delia, “Extracto del libro «La interpretación jurídica»”, *Quid Iuris*, año 8, vol. 22, septiembre-noviembre de 2013, p. 120, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/issue/view/1075>.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

una proposición (descripción de acciones o estados de cosas). Hay que tomar en cuenta que esta corriente de pensamiento analiza a la antinomia a partir de las nociones de “interdefinibilidad de los operadores deónticos y el cuadro de oposición deóntico”. Dicho en otras palabras, la lógica clásica, aquella que surge de los principios sentados por Russell y Whitehead, y la lógica tradicional, aquella instaurada por Aristóteles y desarrollada por los pensadores medievales fundada principalmente en el silogismo, se han mostrado incapaces para develar y, consecuentemente, explicar las relaciones inferenciales entre normas, es decir, resultan insuficientes para responder a los interrogantes precedentemente planteados.

Decimos que existe un conflicto normativo cuando diferentes normas establecen calificaciones legales incompatibles para el mismo caso concreto o para la misma clase de casos concretos. Esta incompatibilidad se da entre dos normas, bien cuando una ordena o permite una acción y la otra la prohíbe (normas contradictorias), bien cuando, aun no siendo mutuamente contradictorias, ante un determinado caso concreto, el cumplimiento de una de las normas impide o excluye el cumplimiento de la otra.

Tratándose de diferencias normativas entre uno y otro orden jurídico (de diferentes estados de la comunidad internacional) no se presentan antinomias. Las antinomias sólo se presentan dentro de un mismo orden jurídico. Los conflictualistas, en lugar de apelar a reglas antinómicas, apelan al método que han configurado dentro del derecho internacional privado (DIPr), en el que finalmente la norma de conflicto determina cuál es la ley aplicable; este hecho descarta a la ley mexicana siempre que dos normas conectan a un mismo supuesto de hecho dos consecuencias jurídicas diversas e incompatibles, de modo que se dan controversias susceptibles de soluciones conflictivas.<sup>39</sup> Esto es, en el ejercicio de DIPr, en el que estamos, la antinomia no existe, porque la ley aplicable la aceptó el juez sobre la norma mexicana con la que teóricamente tenía una antinomia. En este punto conviene hacer la siguiente aclaración: la aplicación de la ley extranjera en México es indudable, pero tiene el límite del orden público.

---

<sup>39</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 8a. ed., trad. de M. Gascón y M. Carbonell, México, Porrúa, 2008, p. 67.

Existe antinomia siempre que dos normas conectan a un mismo supuesto de hecho dos consecuencias jurídicas diversas e incompatibles, de tal modo que se dan controversias susceptibles de soluciones conflictivas.<sup>40</sup>

Hay una contradicción entre normas cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles.<sup>41</sup> La primera condición para que haya inconsistencia normativa es que dos o más normas se refieran al mismo caso, que tengan el mismo ámbito de aplicabilidad. La segunda condición es que las normas imputen a ese caso soluciones lógicamente incompatibles.<sup>42</sup> La presencia de antinomias como conflicto de normas es un defecto que debe ser resuelto por los operadores del derecho, por cuanto se parte de la premisa de que todo sistema jurídico debe responder al principio de coherencia.

Existen, entre otros, varios criterios de interpretación en la solución de antinomias; los llamados principios de *lex superior* (principio jerárquico: ley superior deroga a ley inferior), *lex posterior* (principio cronológico: ley posterior deroga a ley anterior), y *lex specialis* (principio de especialidad: ley especial deroga a ley general), entre muchos otros de esta naturaleza.

#### H. *Las interpretaciones gramaticales y exegeticas de contenido material sustancial*

La interpretación y la construcción jurídica no son actividades cognitivas, ya que forman parte de la política del derecho;<sup>43</sup> por lo tanto, son una parte esencial del objeto mismo de estudio de la ciencia jurídica entendida en sentido estricto.<sup>44</sup>

La dogmática jurídica tiene por objeto de estudio el derecho positivo vigente, lo que consiste en describir, a través de la interpretación y sis-

---

<sup>40</sup> *Idem*.

<sup>41</sup> Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 11a. ed., Barcelona, Ariel, 2003, p. 272.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 273.

<sup>43</sup> Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934), trad. de B. Litschewski Paulson y S. L. Paulson, Oxford, Clarendon, 1992, p. 82.

<sup>44</sup> Guastini, Riccardo, "Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico", *Revus*, núm. 27, 2015, pp. 61 y 62.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

tematización las normas, para ubicarlas en el sitio que les corresponde en construcciones conceptuales que agrupan clases de normas.

Mientras el objeto de las ciencias naturales es describir y explicar por sus causas fenómenos de la naturaleza, y el de las ciencias sociales es describir y entender los fenómenos que se producen en la sociedad, el objetivo de la dogmática es definir y describir (y evaluar) el derecho positivo según el criterio principal de la coherencia. Los juristas operan bajo el supuesto de que el ordenamiento jurídico es coherente, mientras que a la vez trabajan para darle coherencia allí donde no la tiene, invocando principios que reparan las inconsistencias que se encuentran.<sup>45</sup>

En el mayor grado de abstracción de la dogmática se encuentran los principios del derecho; por ejemplo, las de reglas interpretación e integración del derecho.

Los principios del derecho y, en general, el conocimiento jurídico son un recurso para la administración de justicia en el caso particular, mientras que las ciencias empíricas buscan establecer verdades que son independientes de su uso.

Otro elemento de la dogmática son las proposiciones que se formulan para quedar en espera de sus comentarios interpretar, sistematizar o evaluar el derecho positivo, y que constituyen propiamente el método de la dogmática.

### I. *El método de la dogmática jurídica*

La dogmática jurídica no es una ciencia, sino es ante todo un método que nos permite, como ya lo hemos señalado, una forma de ampliar el universo del derecho a partir de la norma jurídica. De esta manera, el método de que se vale la dogmática jurídica son las doctrinas de los autores que al interpretar la norma plantean diferentes hipótesis y maneras de su interpretación y, en general, del derecho, pero con especial énfasis en la hermenéutica. Esas doctrinas también proponen diversas maneras de manejar en toda su acepción los diferentes procedimientos y la creación de nuevos supuestos normativos, de ahí que siempre los

---

<sup>45</sup> Bernasconi Ramírez, Andrés, "El carácter científico de la dogmática jurídica", *Revista de Derecho*, vol. XX, núm. 1, julio de 2007.

jueces estén interesados en conocer a esa doctrina y sus diversas propuestas, y, como sucedió en el caso de las dos tesis citadas, los propios jueces sistematizaron los métodos y criterios de resolución de antinomias y conflicto de leyes como una herramienta de primer nivel.

### **3. Segunda parte: discusiones en torno a la dogmática**

Hasta este punto, hemos mostrado de forma breve los aspectos centrales de la dogmática jurídica. Vamos ahora en esta segunda parte del trabajo a explorar dos temas más, relacionados con el tema: uno teórico, que podría explicar cómo en momentos de la dogmática, en los que gana al silencio de la norma; es decir, cuando el análisis lógico-jurídico no alcanza a explicar algunos aspectos del derecho, y el segundo tema, práctico, nos dará la oportunidad de analizar el papel de la dogmática en algunos aspectos del DIPr en México.

#### *A. Discusión teórica*

Por lo que se refiere al primero de los temas anunciados en esta segunda parte, podemos ver que entre los antecedentes de la dogmática existe una primera etapa de la vida humana cuando las primeras fantasías de la mente humana aparecieron lucubraciones; ante los fenómenos naturales se buscaba una explicación que generalmente se le adscribía a las creencias mágicas y religiosas, con base en las cuales ese ser humano pudo sobrevivir al explicarse mediante atribuciones ilógicas de causalidad una serie de consideraciones en el mundo externo, bien por su propia acción o por la intermediación de fuerzas sobrenaturales. En estas primeras sociedades había necesidad de vincular a las normas con la divinidad o la magia para la explicación de los fenómenos naturales, lo que dio lugar a la aparición de los “valores” que debían resguardarse, como fue el de sobrevivencia del grupo, la solidaridad, la prohibición del incesto y del homicidio entre los miembros de la tribu, y que hoy conocemos como una parte de nuestros principios. Sin embargo, había que poner las reglas que gobernaban al grupo fuera del

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

alcance de los intereses personales de sus miembros, para lo cual con frecuencia se buscaba la intermediación un brujo o un mago que era el único capaz de leer y predecir el futuro o la solución de los casos que planteaban.

Con la emergencia del Estado, el uso del lenguaje jurídico se vinculó con el uso regular del poder organizado. La historia social incluye un proceso en que las creencias mágicas se debilitaron lentamente y en el que las sanciones sobre naturales se han visto sustituidas por otras, más duras que rápidas, infringidas por los órganos del Estado.<sup>46</sup>

De esta manera, cuando las comunidades sociales empezaron a formar a los estados nacionales, se creó un ambiente diferente, en el que los sacerdotes tomaron la estafeta que les había pertenecido a los brujos en la interpretación de los textos sagrados que se consideraban vitales para la vida de la sociedad, y cuya función era, entre otras, la intermediación con la divinidad. En los procedimientos que los juristas de la Roma imperial practicaban pueden encontrarse esas palabras solemnes que vienen de los ritos:

En los procedimientos de acciones de la ley (*legis actionis*) las personas involucradas debían pronunciar declaraciones solemnes y realizar gestos rituales ante el juez para que este le reconociera algún derecho en litigio o para que se les otorgara ejecución sobre un derecho previamente reconocido.<sup>47</sup>

Tiempo en el cual estas acciones fueron influidas con la liturgia religiosa. Hay que recordar que a partir del siglo XIII el derecho romano recopilado pasó a ser parte de las reglas de la Iglesia católica, durante cinco siglos. El derecho medieval español, del que tuvimos múltiples influencias, fue un derecho formalista, un resultado muy claro de todo el proceso. Ahora bien, estas ideas me llevan a concluir que una parte

---

<sup>46</sup> Carrillo, I., *La ideología jurídica en la Constitución del Estado mexicano, 1812-1814*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, p. 10.

<sup>47</sup> Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román, *Derecho romano*, 4a. ed., México, Oxford University Press, 1998.

de esas palabras solemnes o gestos rituales, aunados a los cinco siglos de liturgia religiosa, han servido para crear la dogmática jurídica a que me voy a referir.

Se trata de esa dogmática jurídica que por lo general no notamos, pero que sirve como una suerte de estructura dentro del mundo normativo, que permite hacer vinculaciones entre conceptos aun cuando la norma guarde silencio y haya que echar mano de lo social, con objeto de ampliar la interpretación normativa. Veamos uno de los casos de la prescripción adquisitiva; la prevista por el artículo 1154 del CCF dispone: “Cuando la posesión se adquiere por medio de violencia, aunque esta cese y la posesión continúe pacíficamente, el plazo para la prescripción será de diez años para los inmuebles y de cinco para los muebles, contados desde que cese la violencia”.

Lo que interesa es la parte estructural de la norma cuando prescribe lo que ya hemos visto; es decir, el plazo que se le otorga al poseedor con violencia para que prescriba en su favor el inmueble que está poseyendo. Éste es el punto al que queríamos llegar. El poseedor con violencia, al irrumpir en el inmueble, ¿genera derechos en su favor? Ese poseedor de mala fe y violento, después de diez años, ¿puede solicitar a un juez que le adjudique a su favor el inmueble! ¿Qué es lo que sucede en esos diez años? Claramente no pueden generar derechos a consecuencia de un acto a todas luces inválido. Ése es el vacío que cubre la dogmática, porque no se puede cubrir por ningún otro elemento normativo, aunque sus efectos sean parecidos.

Ahora bien, ¿por qué la dogmática ha cubierto este vacío? En este caso, con una disposición de este tipo se trató de solucionar un problema muy extendido en todo el país en la pos-Revolución con un sistema registral, dislocado por la Revolución; el precarismo se extendió por todos lados en el país, comenzando con los peones acasillados, que finalmente veían su libertad, y con los soldados, que una vez que concluyó la Revolución quedaron sin empleo. En estas condiciones, resulta que se dieron facilidades para adquirir predios a lo largo y a lo ancho del país.

Es claro el objetivo del legislador de instrumentar un dispositivo de este tipo; pero en todos estos largos siglos de vida en sociedad las formalidades fueron desapareciendo frente a un derecho más rápido y consensual; sin embargo, en todas las disciplinas la dogmática jurídica es

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

indispensable y tiene un campo fértil de aplicación, como es el caso del derecho penal, porque ahí se trabaja sobre tipos de delitos, y en donde se requiere encontrar una interpretación consistente con el tipo penal.

En la medida en que la interpretación lógica alcance a vincular un supuesto o condición con la hipótesis contenida en la norma penal, se habrá extendido el supuesto de la dogmática para que la interpretación pueda ser válida, porque será una interpretación directa.

El artículo 1815 del CCF dispone: “Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido”. Esta disposición, como se puede observar, es un enunciado dogmático, al menos en tres aspectos fundamentales. Primero: “Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes, una vez”. El que el legislador diga que se “entiende” implica que está usando un verbo transitivo para la transfiguración del verbo en un concepto dogmático. El dolo fue introducido en una norma, y gracias al criterio de identificación, este concepto de uso común pasó a configurar un concepto jurídico más que debe estudiar la ciencia del derecho.<sup>48</sup>

Otro ejemplo de dogmática en el derecho civil es el que encontramos en el CCF de esta forma:

Artículo 1813. El error de derecho y de hecho invalida al contrato cuando recae sobre motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

Esta disposición, que a primera vista parecería complicada, en realidad no lo es; lo que nos está diciendo es lo siguiente: el contrato será nulo, por tres elementos principalmente: motivo determinante de la voluntad; es decir, que sea conforme a lo establecido en el artículo

---

<sup>48</sup> Pérez Carrillo, Agustín, “Salud mental y filosofía de la ciencia”, en Tamayo y Salmorán, Rolando y Cáceres Nieto, Enrique (coords.), *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987.

1803 del CCF. Segunda: “Si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa”. Esta parte de la disposición se refiere al objeto o fin determinante del contrato, regulado por el artículo 1824 del CCF, las prestaciones que acuerden las partes. Tercero: el objeto debe ser lícito y posible (artículo 1827 del CCF).

Hay otros ejemplos, como el caso del uso del término jurídico “la suerte”, que está consagrado en los artículos 974, 1293 y 2771, y también en la Ley General de Sociedades Mercantiles,<sup>49</sup> casos en los cuales el legislador obliga a las partes a dilucidar mediante “la suerte” un conflicto que las partes enfrentan, y qué es lo que el legislador quiso decir con “la suerte”: es un concepto dogmático al cual las partes deben someterse, y del cual ambos ignoran el resultado, como puede ser el “echar un volado” o lanzar la moneda al aire, en su versión más sencilla.

El pasaje es una cit. IV. Los títulos de las acciones amortizadas quedarán anulados, y en su lugar podrán emitirse acciones de goce, cuando así lo prevenga expresamente el contrato social, de un trabajo del profesor Ignacio Galindo Garfias,<sup>50</sup> en el que describe con claridad y sencillez el nacimiento del concepto dogmático de “contratos reales”, y que nos ilustra sobre su naturaleza y efectos:

Probablemente por el influjo del Derecho de Gentes [Lo que hoy conocemos como Derecho Humanos] se admitió que en determinados casos concretos, el hecho de la entrega de una cosa generaba para quien la había recibido la obligación de restituir dicha cosa... Esta idea más adelante dio origen a la categoría dogmática de los llamados “Contratos reales” cuya extensión llevó a cubrir, mediante los “Contratos Reales” el mutuo o préstamo, el depósito, el comodato y la prenda.

---

<sup>49</sup> “Artículo 136. Para la amortización de acciones con utilidades repartibles, cuando el contrato social la autorice, se observarán las siguientes reglas... III. La adquisición de acciones para amortizarlas se hará en bolsa; pero si el contrato social o el acuerdo de la Asamblea General fijaren un precio determinado, las acciones amortizadas se designarán por sorteo ante Notario o Corredor titulado. El resultado del sorteo deberá publicarse por una sola vez en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía...”.

<sup>50</sup> Galindo Garfias, Ignacio, “Las fuentes de las obligaciones”, en Tamayo y Salmorán, Rolando y Cáceres Nieto, Enrique (coords.), *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, p. 9.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

En esta explicación quedan claras dos cosas; una costumbre inveterada, dio lugar a una categoría dogmática que permitió cubrir obligacionalmente un espectro amplio, que por el tipo de contratos fue una necesidad social que el Estado debió cubrir con una serie de contratos celebrados en la realidad, darles certidumbre jurídica y abrir varias posibilidades para el crédito al de introducir al mercado este tipo obligacional de los “contratos reales”. Ese concepto dogmático está usado como un puente entre el concepto y la realidad.<sup>51</sup>

Si tomamos en cuenta que el error “sólo reside en el juicio, en la afirmación o denegación, las ideas racionios, los datos de los sentidos de la memoria, etc., solamente los datos de los sentidos son erróneos en cuanto inducen a la inteligencia a formar juicios falsos”.<sup>52</sup> Dicho en otras palabras, en este caso la dogmática ha de suplir cuestiones que sólo se producen al interior de la persona, y que son difíciles de medir, de ahí que la dogmática deba tomarse en cuenta.

## B. *Discusión práctica*

Esta discusión se va a circunscribir a dos casos de DIPr, en los que queda evidenciada la dogmática jurídica que es utilizada en otros sentidos. Uno es el de la aplicación de la ley extranjera, y el segundo, el reconocimiento de la competencia del juez extranjero. En el primero, el artículo 13 y ss. del CCF establece que “La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas”,<sup>53</sup> y enumera las formas en que los cinco supuestos que indica establecerán la forma en que el juez mexicano debe comportarse ante la aplicación de la ley extranjera. En este sentido, debemos señalar que la aplicación de la ley extranjera implica reconocer por parte del juez mexicano —léase Estado mexicano— un acto soberano de un Estado extranjero sin los

---

<sup>51</sup> Es importante recordar que el CCF fue el primer gran manifiesto jurídico posrevolucionario que se elaboró en 1928 y se publicó en 1932, por lo que debe interpretarse siempre con un contenido social.

<sup>52</sup> Alonso, Martín, *Enciclopedia del idioma*, Madrid, Aguilar, 1958, t. II, p. 1789.

<sup>53</sup> Entre las más importantes está la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado (promulgada el 21 de septiembre de 1984), en la que se muestra el camino que el juez debe seguir para aplicar la norma jurídica extranjera.

protocolos anteriores entre gobiernos, pero indispensable para el desarrollo de las relaciones jurídicas internacionales; por tanto, la dogmática jurídica cubre esta parte absorbiendo lo que de actos de imperio de un país extranjero pueda haber en la aplicación de este tipo de leyes. Es más, sobre este tema México ha firmado convenciones internacionales que lo obligan a llevar a cabo precisamente la aplicación de la ley extranjera.

Veamos ahora otro ejemplo; pero en éste me refiero al segundo de los casos que antes señalé, que es el de la aceptación de la jurisdicción de un juez extranjero, aún más importante que la simple aplicación de una ley, y se estará reconociendo internacionalmente un concepto cuyo carácter es de orden territorialista, que es el de la competencia judicial, la forma como el Estado expresa su soberanía.

Sobre el tema, el artículo 564 establece: “Será reconocida en México la competencia asumida por un tribunal extranjero para los efectos de la ejecución de sentencias, cuando dicha competencia haya sido asumida por razones que resulten compatibles o análogas con el derecho nacional...”.

Como puede observarse, la disposición abre la posibilidad de que sea reconocida por el juez mexicano la competencia de un juez extranjero, y esto sólo es posible por la doctrina en la materia, y porque se parte de dos principios el de seguridad jurídica y el de reciprocidad. En este caso tenemos dos aspectos que vale la pena rescatar: uno, el que manda el legislador, es decir, abrir la posibilidad de que haya acercamientos con jueces extranjeros al grado que los jueces mexicanos reconozcan una competencia extranjera, y que dicho reconocimiento lo haga conforme a razones compatibles o análogas con el derecho mexicano. El criterio con el cual el legislador da una orden de este tipo se debe principalmente a que subyacen en ella los principios antes señalados, que hacen posible el desarrollo en las relaciones internacionales, y que con base en ese concepto dogmático se obvia ese reconocimiento de soberanía. La razón también es social. Puesto que además de expandir el crédito, como se dijo, lo que concretamente se pretende en este caso es dotar de un instrumento jurídico a quien necesite demandar a una persona residente en el extranjero, o bien hacer reconocer en México una sen-

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

tencia dictada por un juez extranjero, con lo cual se fortalece el principio de seguridad jurídica.

Si algunas conclusiones podemos sacar es transparentar el fenómeno de la dogmática jurídica a través de las diferentes formas en que se presenta y adscribir ciertas razones para que esa dogmática jurídica opere, que, como hemos visto, son de orden social, política jurídica y de instrumentos posibilitadores de las obligaciones jurídicas.

#### 4. Conclusiones

Podemos concluir, entre otras cosas, que el conocimiento de la dogmática jurídica es indispensable en la preparación de los abogados, y sobre todo en el conocimiento que deben tener para analizar y preparar los argumentos que tendrán que presentar ante el juez. Desde la óptica teórica, quise enfatizar en un aspecto de la dogmática, que tiene o se fundamenta en cuestiones sociales, y de esa manera para el abogado que sólo tiene una formación normativista, podrá darse cuenta del contenido social que con frecuencia tienen nuestros ordenamientos jurídicos, como es el caso de servirle de estructura a la norma. He presentado dos casos de DIPr en los que es evidente el juego de la dogmática para obtener seguridad jurídica y cumplir con el principio de la reciprocidad a nivel internacional.

#### 5. Bibliografía

- ALONSO, Martín, *Enciclopedia del idioma*, Madrid, Aguilar, 1958, t. II.  
BADENES GASSET, Ramón, *Metodología del derecho*, Barcelona, Bosch, 1959.  
BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles, *Lecciones de teoría del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.  
BATTAGLIA, F., *Curso de filosofía del derecho*, Madrid, Reus, 1951, vol. I.  
BERNASCONI RAMÍREZ, Andrés, "El carácter científico de la dogmática jurídica", *Revista de Derecho*, vol. XX, núm. 1, julio de 2007.

- CARRILLO, I., *La ideología jurídica en la Constitución del Estado mexicano, 1812-1814*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981.
- CID CAPETILLO, I., "Presentación", *Relaciones Internacionales*, núm. 132, 2018.
- CINTORA, Armando, "¿Es inevitable un mínimo dogmatismo?", *Estudios, Filosofía, Historia, Letras*, vol. XIV, núm. 49, verano de 1997.
- FABRA, J. L., "Escuela de la Exégesis", disponible en: <http://www.filosofiadelderechocolombia.net/2009/04/trabajo-no-1-escuela-de-la-exegesis.html>.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Las fuentes de las obligaciones", en TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando y CÁCERES NIETO, Enrique (coords.), *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tópicica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.
- GARCÍA MURILLO, José Guillermo, "Las antinomias en el derecho, el porqué de su origen y el cómo de sus posibles soluciones", *Letras Jurídicas*, núm. 5, septiembre de 2007-marzo de 2008, disponible en: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/index.php/letrasjuridicas/issue/view/6/showToc>.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo. El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, vol. 3.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 8a. ed., trad. de M. Gascón y M. Carbonell, México, Porrúa, 2008.
- GUASTINI, Riccardo, "Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico", *Revus*, núm. 27, 2015.
- HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, México, Taurus, 2008.
- HOLGUÍN LÓPEZ, Delia, "Extracto del libro «La interpretación jurídica»", *Quid iuris*, año 8, vol. 22, septiembre-noviembre de 2013, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/issue/view/1075>.
- HUME, D., *A Treatise of Human Nature*, Oxford University Press, 1978.
- KELSEN, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934), trad. de B. Litschewski Paulson y S. L. Paulson, Oxford, Clarendon, 1992.

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980.
- LARIGUET, Guillermo, *Dogmática jurídica y aplicación de normas*, México, Fontamara, 2007.
- LARIGUET, Guillermo, *Problemas del conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Ediar, 2008.
- LUHMANN, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, trad. de Javier Torres Narfarrete et al., México, Herder Editores-Universidad Iberoamericana, 2007.
- MADRAZO, Alejandro, “La brecha ontológica de la dogmática jurídica”, *Ciencia jurídica y Constitución. Ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2008.
- MEJÍA TURIZO, J. y NAVARRO VILLACOB, J., “Presupuestos configurativos de responsabilidad del Estado legislador”, *Justicia*, núm. 32, julio-diciembre de 2017, disponible en: <https://doi.org/10.17081/just.23.32.2905>.
- MORINEAU IDUARTE, Marta e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román, *Derecho romano*, 4a. ed., México, Oxford University Press, 1998.
- NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 11a. ed., Barcelona, Ariel, 2003.
- PÉREZ CARRILLO, Agustín, “Salud mental y filosofía de la ciencia”, en TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando y CÁCERES NIETO, Enrique (coords.), *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987.
- PINA, Rafael de, *Elementos de derecho civil mexicano*, México, Porrúa, 1963, t. I.
- RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, 1997.
- “Recomendaciones de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico”, Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico, Madrid, 2011.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*, Madrid, Civitas, 2007.

- ROMERO ÁLVAREZ, Ma. Lourdes, *Técnicas modernas de redacción*, México, Harla, 1995.
- SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Manual para elaborar un libro de texto jurídico*, México, Fontamara, 2017.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, "Dogmática jurídica y teoría moral", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 4, abril de 1996, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/>.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Themis, 1996.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, México, UNAM, 2003.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Teoría del derecho*, México, Oxford, 2007.

*Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época,  
año VI, núm. 16, julio-diciembre de 2019

**DISCUSIÓN  
Y RESEÑAS  
JURÍDICAS**

## Aux origines de la liberté de disposer entre époux\*

Oscar Cruz Barney\*\*

RDP

La presente obra es el resultado del doctorado de Nicolas Laurent-Bonne, texto que mereció diversos reconocimientos, como el Premio de Tesis André Isoré en Droit Privé, el Prix Lévy-Ullman en Droit Comparé, el Prix de l'Université Panthéon-Assas y el Prix de l'Institut de Droit Romain. El autor, heredero de una larga tradición jurídica familiar, bibliófilo y profesor en la Universidad Clermont Auvergne en Francia, donde actualmente es profesor de Histoire du droit et des institutions y director del Master Culture Juridique,<sup>1</sup> realiza una investigación exhaustiva de la doctrina romano-canónica medieval, con multiplicidad de fuentes legales y doctrinarias. Es notable el uso que hace el autor de las obras de Accursio, Azo, Alberico da Rosate, Andrés Tiraquello, Jacobo Cujas, Cino da Pistoia, Baldo de Ubaldis, Pedro de Bellapertica, Bartolo de Saxoferrato, Bartolomé de Saliceto, Búlgaro, Rufino Bononiensi, Paolo de Castro, Placentino, Rafael Fulgoso, Pedro Gregorio Tolosano, Jácques de Révigny, Matthaeus Wesenbecius y otros más. Esta bibliografía antigua la completa con un amplio dominio de derecho consuetudinario francés y textos contemporáneos. Hace, además, un estudio comparativo entre

\* Laurent-Bonne, Nicolas, *Aux origines de la liberté de disposer entre époux*, París, LGDJ, Lextenso Editions, Bibliothèque d'Histoire du Droit et Droit Romain, 2014.

\*\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> Disponible en: <https://univ-droit.fr/universitaires/6125-laurent-bonne-nicolas>.

OSCAR CRUZ BARNEY

el derecho alemán, francés, italiano y español. El texto va precedido de un elogioso prefacio elaborado por Franck Roumy, profesor en la Universidad Panthéon-Assas (Paris II).

El autor, académico y abogado, centra su trabajo de investigación en el derecho de propiedad familiar, el derecho notarial, desde una perspectiva histórica y comparativa, así como en la historia del pensamiento jurídico.

Abogado ejerciente en derecho de familia, así como en derecho de sucesiones y donaciones, ya había trabajado previamente en su memoria de tesis de maestría en coautoría con Jean-Paul Andrieux, titulada *La clause de gain de survie dans les contrats de mariage en Auvergne aux XVIIe et XVIIIe siècles*, París, Université Panthéon-Assas, 2009. Publicó también como coordinador (junto con Nicolas Pose y Victor Simon) *Les piliers du droit civil. Famille, propriété, contrat*, París, Mare & Martin, 2015, y en conjunto con Sandrine Tisseyre, *Le formalisme: sources et technique en droit privé positif. Actes du colloque du 20 octobre 2016 à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour*, Centre de recherche et d'analyse de la jurisprudence régionale-Centre Michel de l'Hospital (Clermont-Ferrand), 2017. Participó recientemente en el Seminario Internacional "Cultura Jurídica: Mitos y Métodos", organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Universidad Nacional Autónoma de México y la Université Clermont Auvergne, en la Ciudad de México, el 6 de noviembre de 2019.

Laurent-Bonne es además codirector de la magnífica revista *Tribonien. Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*. La revista plantea ser una revista crítica de derecho contemporáneo, que extrae sus argumentos de la historia del derecho y los derechos extranjeros. Su campo abarca todas las fuentes legales actuales, tanto de derecho público como privado.<sup>2</sup>

La obra,<sup>3</sup> en 367 páginas, se divide en dos partes. La primera de ellas se refiere a dos temas fundamentales, que son: 1) la prohibición de las

---

<sup>2</sup> Disponible en: <https://www.legiscompare.fr/web/La-revue-Tribonien?lang=fr>.

<sup>3</sup> Otros textos de temática relacionada: Barrera Graf, Jorge, "Las donaciones entre cónyuges. Estudio del título I del libro XXIV del Digesto", *Revista de Derecho Notarial*, México, año XX, núm. 63, junio de 1976; Morineau, Martha, "Las donaciones entre cónyuges. Estudio del título I del libro XXIV del Digesto", *El Foro*, sexta época, núm. 4, enero-marzo

donaciones entre esposos, su naturaleza y condiciones, y 2) el régimen de las donaciones prohibidas, abarcando los temas de la disolución del régimen matrimonial, el matrimonio del donatario y la custodia de los hijos.

La segunda parte trata de las excepciones de origen romano y canónico contenidas en la compilación justiniana y la irrevocabilidad convencional. Asimismo, analiza la donación mutua entre esposos, las condiciones de validez, las cargas y el régimen jurídico del mismo.

Laurent-Bonne aborda con maestría el tema de las donaciones entre cónyuges, y al referirse a la donación misma sostiene que

Le don est un poison: suspect par nature, il corrompt, dénature toute relation et engage implicitement le gratifié à rendre ce qu'il a reçu. La polysémie du mot Gift dans les très anciennes langues germaniques, signifiant à la fois don et poison, illustre le caractère équivoque de l'acte.<sup>4</sup>

Al abordar el tema respecto del derecho español, cita a Florencio García Goyena en sus *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, en donde se prefiere claramente las restricciones del derecho romano al liberalismo del modelo francés.<sup>5</sup>

Son particularmente interesantes e ilustrativas sus conclusiones, al destacar el papel de las donaciones entre cónyuges dentro del marco

---

de 1976; Soberanes Fernández, José L., "Las donaciones entre cónyuges en el derecho romano", *Revista Jurídica Veracruzana*, México, t. XXVII, núm. 6, abril-junio de 1976; Corral Talciani, Hernán, "Donaciones entre cónyuges", *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 26, núm. 2, abril-junio de 1999; Para Martín, Antonio, *Presunción muciana y nulidad de donaciones entre cónyuges en Cataluña*, Barcelona, Bosch, 1981.

<sup>4</sup> "El regalo es un veneno: sospechoso por naturaleza, corrompe, distorsiona cualquier relación y compromete implícitamente a los gratificados a devolver lo que ha recibido. La polisemia de la palabra Regalo (Don) en las lenguas germánicas muy antiguas, que significa regalo y veneno, ilustra la ambigüedad del acto".

<sup>5</sup> Obra de enorme importancia en México, lo que le valió una edición mexicana: García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, México, Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia, 1878-1881, 4 ts. (ed. facsimilar, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal-Ilustre Colegio de Abogados de Madrid-Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, "Estudio introductorio" de Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos y Oscar Cruz Barney, "Presentación" de Juan N. Silva Meza y Edgar Elías Azar, 2011).

OSCAR CRUZ BARNEY

de estrategias y alianzas económicas familiares meticulosamente calculadas y desarrolladas, donde detrás del aspecto meramente económico se disimulan los aspectos psicológicos, las rivalidades de los herederos y los intereses en ocasiones perversos del donante en busca de favores de diversos tipos.

Destaca, asimismo, cómo a raíz de la segunda vida del derecho romano en el siglo XII, los juristas medievales se propusieron construir un principio general de prohibición de donaciones entre cónyuges. El encuentro del cristianismo medieval y los desarrollos de la romanística contribuyeron a la moralización de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, a la sanción de los excesos y la prevención de los efectos de las “ráfagas de amor”. Refiere cómo los canonistas medievales aprovecharon el debate sobre las libertades entre cónyuges, y cómo las restricciones del derecho romano alimentaron el discurso despectivo sobre las mujeres.

Se refiere al liberalismo manifestado en la codificación civil chilena de 1855 y el Código Civil del Distrito y Territorios Federales de México de 1870.

Se trata de un libro altamente recomendable, bien escrito, riguroso en el tratamiento de las fuentes y de la bibliografía.

*Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época,  
año VI, núm. 16, julio-diciembre de 2019