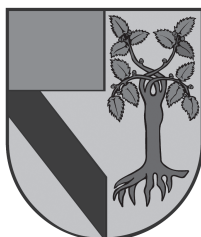


Revista

PERSPECTIVA JURÍDICA **UP**

FACULTAD DE DERECHO



**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA®**

CAMPUS GUADALAJARA

NÚMERO
23 SEMESTRE I
2026

ISSN - 2395-9541

PERSPECTIVA JURÍDICA UP, año 12, número 23, semestre I, enero-junio de 2026, publicación semestral editada y distribuida por Centros Culturales de México, A.C., ubicada en Av. Álvaro Del Portillo número 49, Colonia Ciudad Granja, C.P. 45010, Zapopan, Jalisco, México, Tel. (33)13682200. Correo electrónico: perspectivaup@up.edu.mx Editora Responsable: Dra. Gabriela García Escobar. Reserva de derechos al uso exclusivo número 04-2014-121714090400-102, ISSN 2395-9541, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Licitud de título y contenido número en trámite, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Este número terminó de imprimirse el día 20 de julio de 2026 con un tiraje de 200 ejemplares. Diseño editorial e impresión: Editorial y Servicios Creativos, S. de R.L. de C.V., ubicada en Av. B 724-1 Col. Seattle, C.P. 45150, Zapopan, Jalisco, México. Correo: clientes@edikrea.com

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

*Para envío de fascículos y criterios editoriales, así como acciones de seguimiento, solicitarlos en perspectivaup@up.edu.mx
Teléfono (52) 33-16-68-22-20 extensión 4310.*

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

Fecha límite de recepción de artículos para el próximo fascículo: 31 de agosto de 2026. Se resolverá sobre su aceptación el 30 de septiembre de 2026.

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

Comité Directivo

2025-2028

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

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

MTRA. GABRIELA DEL CARMEN DE ALBA LETIPICHIA
Directora de Posgrados

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

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

DRA. GABRIELA GARCIA ESCOBAR
Secretaria Académica de la Facultad de Derecho

MTRA. ANA KARENINA URZÚA LAMAS
Secretaria Académica de Posgrados

Comité Editorial

DRA. GABRIELA GARCIA ESCOBAR
Editora General

MTRO. MANUEL ENRIQUE TOVAR HERNÁNDEZ
Coordinador Editorial

JOSÉ MARÍA OLVERA AMADO

DIEGO MERCADO MORA

LAURA PATRICIA ROMERO Y PINO

DIEGO QUINTERO MARTÍNEZ

Mensaje de la Decana

Estimada Comunidad Académica,

Con enorme satisfacción presentamos la vigésimo tercera edición de nuestra Revista Perspectiva Jurídica UP, un proyecto editorial que, a lo largo de los años, se ha consolidado como un espacio serio, plural y riguroso para la reflexión, el análisis crítico y la producción científica en el ámbito del Derecho.

El número que hoy ponemos a su disposición en sus páginas, convergen investigaciones de enorme actualidad y profundidad técnica: desde el análisis de la prueba neurocientífica dentro del juicio oral mexicano, tema que nos obliga a reflexionar sobre los límites éticos y jurídicos de la innovación tecnológica; hasta el estudio metodológico sobre el soft law en el sistema jurídico mexicano, cuya creciente influencia plantea importantes interrogantes sobre las fuentes normativas y el papel del juzgador en su aplicación.

Asimismo, esta edición incorpora valiosas contribuciones en materia de derecho societario, abordando temas como la invalidez de actos en la sociedad anónima. Se suman reflexiones de teoría política y constitucional particularmente provocadoras, como el análisis sobre la posible reinstauración de la monarquía constitucional en las sociedades occidentales contemporáneas, tema que invita a repensar las formas de organización del poder en el siglo XXI.

Pero existe un elemento que, de manera especial, da identidad y sentido a nuestra revista, y que merece ser destacado en esta edición. Desde su primer número, nuestra Revista Perspectiva Jurídica UP asumió con convicción institucional una característica que hemos mantenido inalterable en cada una de sus ediciones subsecuentes: abrir un espacio formal de publicación académica para nuestros estudiantes. Esta decisión responde a una visión profunda

sobre lo que significa formar juristas de excelencia. Estamos convencidos de que la enseñanza del Derecho no puede limitarse al aprendizaje técnico de normas e instituciones; debe necesariamente incorporar la capacidad de investigar, cuestionar, argumentar y producir conocimiento original.

Esta característica ha permitido que en este número contemos con artículos como la desigualdad fiscal en el régimen agrario mexicano, evidenciando cómo ciertas estructuras normativas pueden reproducir escenarios de exclusión e inequidad que exigen atención legislativa y jurisdiccional, el abordaje sobre los límites *ratione temporis* en la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, el estudio del consentimiento libre, previo e informado dentro del derecho internacional, así como el análisis sobre un fenómeno cada vez más relevante en la práctica arbitral global: el financiamiento por terceros en el arbitraje internacional, figura que está transformando profundamente la dinámica de resolución de controversias transnacionales.

La inclusión permanente de ensayos preparados por alumnos ha convertido a esta revista en un auténtico semillero de investigación jurídica, un espacio donde varias generaciones de estudiantes han comenzado a desarrollar habilidades intelectuales que posteriormente los acompañarán en su ejercicio profesional.

Pocas satisfacciones institucionales resultan tan significativas como constatar que muchos de quienes iniciaron publicando en estas páginas hoy continúan contribuyendo activamente al pensamiento jurídico desde distintas trincheras profesionales y académicas.

Deseo agradecer especialmente a todos los que han depositado su confianza en este proyecto editorial. La constante recepción de trabajos provenientes de distintos espacios académicos y profesionales confirma que nuestra revista continúa siendo un referente serio de discusión jurídica.

Agradecemos profundamente a toda la comunidad jurídica por su permanente interés en participar en nuestra Revista, cada artículo recibido constituye una muestra de

confianza que asumimos con enorme responsabilidad y compromiso editorial.

Confiamos en que este número veintitrés contribuya, una vez más, a enriquecer el debate jurídico y a seguir formando juristas capaces no sólo de interpretar el mundo jurídico, sino también de transformarlo.

Zapopan, Jalisco, junio 2026
Dra. Isabel Álvarez Peña
Decana de la Facultad de Derecho

Editorial

Estimados lectores de *Perspectiva Jurídica UP*,

Me complace presentarles el contenido del número 23 de nuestra revista. En esta edición, *Perspectiva Jurídica UP*, ofrece diversos ensayos y artículos de investigación sobre ramas muy diversas del Derecho. Se abordan cuestiones relacionadas con el desarrollo de las tecnologías, los nuevos cambios y retos globales que afronta nuestro mundo y cuestiones prácticas del ejercicio legal del día a día.

En la sección de *Estudios Jurídicos*, el Dr. Valentino Francisco Cornejo López presenta un artículo sobre la prueba neurocientífica en el juicio oral mexicano, en el que examina cuestiones de admisibilidad y de protección de los neurodatos. Por su parte, el Lic. Jorge Alejandro García Esqueda propone una metodología para el uso de instrumentos de *soft law* en el ordenamiento jurídico mexicano. En el ámbito mercantil, el Mtro. Hugo González García reflexiona sobre la invalidez de los actos societarios en la sociedad anónima. Finalmente, en otro orden de ideas, el Mtro. Rogelio de Jesús Huerta Ibarra realiza un análisis sobre la pertinencia de la reinstauración de las monarquías constitucionales en las sociedades del siglo XXI.

En lo concerniente a la sección de *Ensayos preparados por alumnos*, Eduardo Borrayo Delgadillo presenta un estudio sobre el tema de la desigualdad fiscal en el régimen agrario mexicano. Por otro lado, Miguel Ángel Elizondo Terrazas nos brinda una reflexión sobre el sistema de doble convocatoria en asambleas de accionistas y su impacto en la certeza jurídica de los sujetos convocados. En el ámbito internacional, contamos con tres artículos. El primero es de José María Olvera Amado, quien nos presenta un artículo en inglés sobre

los límites de la competencia *ratione temporis* de la Corte Internacional de Justicia en relación con los actos continuados. El segundo es de Salma Liliana Ramírez Martínez sobre el consentimiento previo, libre e informado y su regulación en el derecho internacional. Por último, el ensayo de Emiliano Villalobos Alvirde versa sobre el papel emergente del financiamiento por terceros en el arbitraje internacional.

Con esta edición, *Perspectiva Jurídica UP*, reafirma su propósito de ser un espacio de diálogo académico que combine el rigor teórico con el profesionalismo y donde converjan las voces de profesores y estudiantes para repensar el sentido y la misión del Derecho en nuestros tiempos.

Zapopan, Jalisco, junio de 2026
Dra. Gabriela García Escobar
Editora General

Contenido

Mensaje de la Decana p. 5

Editorial p. 9

Estudios jurídicos

La prueba neurocientífica en el juicio oral mexicano: admisibilidad, cadena de custodia y protección de neurodatos
por VALENTINO FRANCISCO CORNEJO LÓPEZ p. 13

Por una metodología del *soft law* en el derecho mexicano: condiciones, cargas y regímenes diferenciados de uso judicial
por JORGE ALEJANDRO GARCÍA ESQUEDA p. 27

Invalidez de actos societarios en la sociedad anónima
por HUGO GONZÁLEZ GARCÍA p. 53

Reinstauración de la monarquía constitucional en las sociedades de occidente en el marco jurídico del ejercicio de gobierno en el siglo XXI
por ROGELIO DE JESÚS HUERTA IBARRA p. 107

Ensayos preparados por alumnos

Desigualdad fiscal en el régimen agrario mexicano: exclusión de los poseionarios de la exención del ISR
por EDUARDO BORRAYO DELGADILLO..... p. 131

El sistema de doble convocatoria en asambleas de accionistas y su impacto en la certeza jurídica de los sujetos convocados
por MIGUEL ÁNGEL ELIZONDO TERRAZAS p. 165

Freezing time? *Ratione temporis* limits to the jurisdiction
of the ICJ and continuing acts
por **JOSÉ MARÍA OLVERA AMADO**..... p. 191

Free, prior and informed consent according to the sources
of international law
por **SALMA LILIANA RAMÍREZ MARTÍNEZ**..... p. 227

Un giro en el arbitraje internacional: el papel emergente del
financiamiento por terceros
por **EMILIANO VILLALOBOS ALVIRDE**..... p. 257

Estudios jurídicos

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
23 SEMESTRE I
2026

La prueba neurocientífica en el juicio oral mexicano: admisibilidad, cadena de custodia y protección de neurodatos

The neuroscientific evidence in the Mexican oral trial: admissibility, chain of custody and neurodata protection

VALENTINO FRANCISCO CORNEJO LÓPEZ¹

SUMARIO: I. Introducción; II. Tipología de pruebas neurocientíficas; III. Criterios de admisibilidad: el estándar Daubert y su adopción por la SCJN; IV. La cadena de custodia de los datos neuronales y la protección de los neurodatos; V. Discusión; VI. Conclusiones.

SUMMARY: I. Introduction; II. Typology of neuroscientific evidence; III. Admissibility criteria: the Daubert standard and its adoption by the SCJN; IV. The chain of custody of neural data and the protection of neurodata; V. Discussion; VI. Conclusions.

Resumen. El avance acelerado de las neurociencias durante las últimas tres décadas ha planteado un desafío ineludible para los sistemas procesales contemporáneos: la incorporación de evidencia derivada del estudio del cerebro humano como medio probatorio en los procedimientos judiciales. En el contexto del sistema acusatorio adversarial mexicano, regulado por el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), la prueba neurocientífica constituye una categoría emergente que obliga a repensar los paradigmas tradicionales de admisibilidad, desahogo y valoración de la prueba pericial. Este artículo examina la tipología de pruebas neurocientíficas disponibles, los criterios de admisibilidad aplicables con especial atención al estándar Daubert y su recepción por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), así como los desafíos que plantea la cadena de custodia de datos neuronales y la protección de los denominados neurodatos en el marco del derecho a la privacidad y a la integridad mental.

¹ Asesor jurídico de la Comisión Ejecutiva Estatal de Atención a Víctimas Jalisco (CEEAVJ). Profesor en la carrera de empresariales en la Universidad Panamericana. Doctor en derecho. fcornejo@up.edu.mx

Palabras clave: Neuroderecho, prueba pericial, juicio oral, neuroimagen, cadena de custodia, neurodatos, CNPP, estándar Daubert.

Abstract. *The rapid advancement of neuroscience over the past three decades has posed an unavoidable challenge for contemporary procedural systems: the incorporation of evidence derived from the study of the human brain as probative means in judicial proceedings. In the context of the Mexican adversarial accusatory system, regulated by the National Code of Criminal Procedures (CNPP), neuroscientific evidence constitutes an emerging category that requires rethinking traditional paradigms of admissibility, presentation and evaluation of expert evidence. This article examines the typology of available neuroscientific evidence, the applicable admissibility criteria with special attention to the Daubert standard and its reception by the Supreme Court of Justice of the Nation (SCJN), as well as the challenges posed by the chain of custody of neural data and the protection of so-called neurodata within the framework of the right to privacy and mental integrity.*

Keywords: *Neurolaw, expert evidence, oral trial, neuroimaging, chain of custody, neurodata, CNPP, Daubert standard.*

I] Introducción

El avance acelerado de las neurociencias durante las últimas tres décadas ha planteado un desafío ineludible para los sistemas procesales contemporáneos: la incorporación de evidencia derivada del estudio del cerebro humano como medio probatorio en los procedimientos judiciales.²

En el contexto del sistema acusatorio adversarial mexicano, regulado por el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), la prueba neurocientífica constituye una categoría emergente que obliga a repensar los paradigmas tradicionales de admisibilidad, desahogo y valoración de la prueba pericial.³

² MORSE, SJ, Neuroscience, free will, and criminal responsibility, en Glannon, W (ed), *Free Will and the Brain: Neuroscientific, Philosophical, and Legal Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp 251-277; GARCÍA-LÓPEZ, E, *Neurociencias y derecho: elementos para un modelo de argumentación neurojurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p 45

³ GARCÍA-LÓPEZ, E, op cit, p 67

La intersección entre neurociencia y derecho —denominada *neurolaw* o *neuroderecho*— ha generado un campo de investigación interdisciplinario que explora las implicaciones jurídicas de las tecnologías de registro cerebral.⁴

En México, esta convergencia adquiere relevancia particular dado que el sistema procesal penal, reformado en 2008 y consolidado con el CNPP de 2014, exige una valoración racional y contradictoria de la prueba que resulta especialmente exigente cuando se trata de evidencia científica compleja.⁵

Este artículo tiene como objetivo analizar los tres ejes fundamentales que estructuran la incorporación de la prueba neurocientífica en el juicio oral mexicano: la tipología de pruebas disponibles y sus implicaciones probatorias; los criterios de admisibilidad aplicables, con especial atención al estándar *Daubert* y su recepción por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN); y los desafíos que plantea la cadena de custodia de datos neuronales y la protección de los denominados *neurodatos* en el marco del derecho a la privacidad y a la integridad mental.

II] Tipología de pruebas neurocientíficas

Las pruebas neurocientíficas pueden clasificarse en tres grandes categorías según su naturaleza metodológica y el tipo de información que aportan al proceso judicial: las técnicas de neuroimagen, las pruebas neuropsicológicas y electroencefalográficas, y las pruebas de genética conductual y biomarcadores.⁶

1. *Neuroimagen (MRI, fMRI, PET)*

Las técnicas de neuroimagen constituyen el campo más visible de la intersección entre neurociencia y derecho. La Imagen por Resonancia Magnética (MRI) permite obtener imágenes estructurales de alta resolución del cerebro, revelando anomalías anatómicas como lesiones, tumores, atrofia cortical o

⁴ SHEN, FX, The overlooked history of *neurolaw*, *Fordham Law Review*, vol 85, núm 2, 2016, pp 667-695; Yuste, R, et al, Four ethical priorities for neurotechnologies and AI, *Nature*, vol 551, núm 7679, 2017, pp 159-163

⁵ NATAREN, CF, Ramírez, BE, *Litigación oral y práctica forense penal*, Oxford University Press México, Ciudad de México, 2016, p 234

⁶ AHARONI, E, et al, *Neuroprediction of future rearrest*, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol 110, núm 15, 2013, pp 6223-6228

malformaciones que pueden ser relevantes para determinar la capacidad cognitiva o volitiva del imputado, la víctima o el testigo.⁷

La Resonancia Magnética Funcional (fMRI) representa un avance cualitativo al medir los cambios en el flujo sanguíneo cerebral asociados con la actividad neuronal. A través de la señal BOLD (Blood-Oxygen-Level-Dependent), la fMRI permite inferir qué regiones cerebrales se activan durante tareas específicas, como la toma de decisiones, el procesamiento emocional, el control de impulsos o, controvertidamente, la detección de mentiras.⁸

En el ámbito forense, la fMRI ha sido propuesta como herramienta para evaluar la capacidad de imputabilidad a través de la valoración de funciones ejecutivas frontales; la credibilidad del testimonio mediante paradigmas de detección de engaño; y el daño neurológico derivado de delitos violentos, particularmente en casos de violencia familiar.⁹

La Tomografía por Emisión de Positrones (PET) utiliza radiotrazadores para medir el metabolismo cerebral de glucosa, ofreciendo información complementaria sobre el funcionamiento neuroquímico. En la jurisprudencia comparada, las imágenes PET han sido admitidas principalmente en casos de pena capital en Estados Unidos, donde la defensa argumenta disfunción frontotemporal como factor atenuante de la responsabilidad penal.¹⁰

No obstante, la comunidad científica advierte sobre las limitaciones inherentes a la neuroimagen. La fMRI, por ejemplo, no mide directamente la actividad neuronal sino un correlato hemodinámico indirecto, con una resolución temporal de varios segundos que impide capturar procesos cognitivos instantáneos. Además, la denominada inferencia inversa —concluir un estado mental a partir de la activación de una región cerebral— presenta serios problemas epistemológicos, ya que una misma región puede activarse durante múltiples tareas cognitivas distintas.¹¹

⁷ ROSKIES, AL, Neuroimaging and inferential distance, *Neuroethics*, vol 1, núm 1, 2008, pp 19-30

⁸ LANGLEBEN, DD, Moriarty, JC, Using brain imaging for lie detection: where science, law, and research policy collide, *Psychology, Public Policy, and Law*, vol 19, núm 2, 2013, pp 222-234

⁹ GARCÍA-LÓPEZ, E, op cit, pp 89-92

¹⁰ FARAH, MJ, Neuroethics: the ethical, legal, and societal impact of neuroscience, *Annual Review of Psychology*, vol 63, 2012, pp 571-591

¹¹ POLDRACK, RA, Can cognitive processes be inferred from neuroimaging data?, *Trends in Cognitive Sciences*, vol 10, núm 2, 2006, pp 59-63

2. Pruebas neuropsicológicas y electroencefalografía (P300)

Las evaluaciones neuropsicológicas constituyen herramientas psicométricas estandarizadas que permiten cuantificar el funcionamiento de dominios cognitivos específicos: atención, memoria, funciones ejecutivas, lenguaje, habilidades visuoespaciales y velocidad de procesamiento. A diferencia de la neuroimagen, que ofrece datos estructurales o funcionales del cerebro, las pruebas neuropsicológicas evalúan el rendimiento conductual del sujeto en tareas controladas, proporcionando una medida indirecta pero clínicamente validada de la integridad neurológica.¹²

Entre las baterías más utilizadas en el contexto forense se encuentran el Test de Wisconsin (WCST), que evalúa flexibilidad cognitiva y funciones ejecutivas; la Escala de Inteligencia de Wechsler para Adultos (WAIS-IV); el Test de la Figura Compleja de Rey-Osterrieth, que mide funciones visuoespaciales y memoria visual; y el Test de Simulación de Problemas de Memoria (TOMM), diseñado para detectar simulación de déficits cognitivos.

La electroencefalografía (EEG) registra la actividad eléctrica cerebral mediante electrodos colocados en el cuero cabelludo. Su aplicación forense más significativa se ha concentrado en el componente P300, un potencial evocado que aparece aproximadamente 300 milisegundos después de la presentación de un estímulo significativo para el sujeto. La técnica conocida como Brain Fingerprinting, desarrollada por Lawrence Farwell, se basa en la premisa de que el cerebro genera una respuesta P300 diferenciada cuando reconoce información almacenada en la memoria, como detalles de una escena del crimen.¹³

En el caso *Grinder v. State* (Iowa, 2003), el Brain Fingerprinting fue admitido como prueba complementaria en una revisión post-convicción. Sin embargo, la comunidad neurocientífica ha expresado reservas significativas sobre la fiabilidad de esta técnica en contextos adversariales, señalando que la respuesta P300 puede ser modulada por estrategias voluntarias del sujeto, como la atención selectiva o la familiaridad adquirida por exposición mediática al caso.¹⁴

¹² LEZAK, MD, Howieson, DB, Bigler, ED, Tranel, D, *Neuropsychological Assessment*, 5a ed, Oxford University Press, Nueva York, 2012, p 34

¹³ FARWELL, LA, Donchin, E, The truth will out: interrogative polygraphy ("lie detection") with event-related brain potentials, *Psychophysiology*, vol 28, núm 5, 1991, pp 531-547

¹⁴ ROSENFELD, JP, P300-based detection of concealed information: a review of theory and practice, *International Journal of Psychophysiology*, vol 150, 2020, pp 40-51

3. *Genética conductual y biomarcadores*

La genética conductual forense explora la relación entre variantes genéticas específicas y predisposiciones conductuales relevantes para el derecho penal, particularmente la agresividad, la impulsividad y la respuesta al estrés. El caso más emblemático es el del gen MAOA (monoaminooxidasa A), cuya variante de baja actividad ha sido asociada con mayor susceptibilidad a la conducta antisocial en individuos expuestos a maltrato infantil.¹⁵

Este hallazgo ha tenido repercusión jurídica directa: en el caso italiano Bayout (Tribunal de Apelación de Trieste, 2009), la evidencia genética sobre la variante MAOA del imputado fue considerada como factor atenuante de la pena.¹⁶

Los biomarcadores neuroendocrinos, como los niveles de cortisol y testosterona, complementan la evaluación genética al ofrecer indicadores fisiológicos del estrés crónico, el trauma y la respuesta del eje hipotálamo-hipófisis-suprarrenal (HPA). En contextos de victimología, los perfiles de cortisol alterados pueden servir como evidencia corroborante del daño psíquico sufrido por víctimas de violencia sostenida, aportando una dimensión biológica a la cuantificación de la reparación integral del daño conforme a la Ley General de Víctimas.¹⁷

Es fundamental advertir que la genética conductual no establece relaciones causales deterministas entre un gen y una conducta delictiva. Los modelos contemporáneos de genética del comportamiento operan bajo el paradigma de la interacción gen-ambiente (GxE), reconociendo que los factores genéticos modulan —pero no determinan— la probabilidad de ciertos patrones conductuales en función del contexto ambiental.

III] Criterios de admisibilidad: el estándar Daubert y su adopción por la SCJN

La admisibilidad de la prueba neurocientífica en el juicio oral constituye una de las cuestiones procesales más complejas del neuroderecho contemporáneo. La sofisticación técnica de estas pruebas exige mecanismos de filtro (gatekeeping) que garanticen

¹⁵ CASPI, A, et al, Role of genotype in the cycle of violence in maltreated children, Science, vol 297, núm 5582, 2002, pp 851-854

¹⁶ FERESIN, E, Lighter sentence for murderer with "bad genes", Nature News, 30 de octubre de 2009, <https://doi.org/10.1038/news.2009.1050> (consulta: 21 de abril de 2026)

¹⁷ SAPOLSKY, RM, Behave: The Biology of Humans at Our Best and Worst, Penguin Press, Nueva York, 2017, p 412

que solo la evidencia científicamente válida y procesalmente pertinente llegue al conocimiento del tribunal de enjuiciamiento.¹⁸

1. Orígenes y estructura del estándar Daubert

El estándar Daubert emerge de la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos en *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (509 U.S. 579, 1993), que sustituyó el criterio de aceptación general del precedente *Frye v. United States* (293 F. 1013, D.C. Cir., 1923) por un análisis multifactorial de la fiabilidad científica. Los criterios Daubert establecen que el juez debe evaluar, como mínimo, los siguientes factores para determinar la admisibilidad del testimonio pericial científico.¹⁹

En primer lugar, la falsabilidad y testabilidad: si la teoría o técnica puede ser y ha sido sometida a pruebas empíricas, conforme al criterio popperiano de demarcación científica. En materia de neuroimagen, esto implica verificar que los paradigmas experimentales utilizados han sido replicados y validados en estudios independientes.

En segundo lugar, la revisión por pares y publicación: si los métodos y resultados han sido sometidos al escrutinio de la comunidad científica a través de publicaciones en revistas arbitradas.

En tercer lugar, la tasa de error conocida o potencial: la existencia de estándares técnicos que permitan cuantificar la precisión diagnóstica de la técnica, incluyendo la sensibilidad, especificidad y los valores predictivos positivo y negativo. En términos de neuroimagen, esto requiere reportar las tasas de falsos positivos y falsos negativos de los análisis estadísticos empleados.²⁰

En cuarto lugar, la existencia de estándares que controlen la operación de la técnica: protocolos estandarizados de adquisición, procesamiento y análisis de datos. Para la fMRI, esto incluye parámetros de adquisición (resolución espacial, temporal, fuerza del campo magnético), software de preprocesamiento y umbrales estadísticos.

En quinto lugar, la aceptación general en la comunidad científica relevante: si bien este criterio, herencia del estándar *Frye*,

¹⁸ MORSE, SJ, op cit, p 265

¹⁹ FAIGMAN, DL, Monahan, J, Slobogin, C, Group to individual (G2i) inference in scientific expert testimony, *University of Chicago Law Review*, vol 81, núm 2, 2014, pp 417-480

²⁰ BENNETT, CM, et al, Neural correlates of interspecies perspective taking in the post-mortem Atlantic salmon: an argument for proper multiple comparisons correction, *Neuroimage*, vol 47, suplemento 1, 2009, p S125

ya no es el único determinante, conserva relevancia como factor orientador.²¹

2. Recepción del estándar Daubert por la SCJN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha incorporado progresivamente elementos del análisis Daubert en su jurisprudencia sobre pruebas científicas complejas. La tesis aislada 1a. CLXVIII/2015 de la Primera Sala estableció que, tratándose de pruebas periciales científicas, el juzgador debe ejercer una función de gatekeeper que garantice la fiabilidad epistemológica de la evidencia ofrecida, evaluando factores como la metodología empleada, su aceptación en la comunidad científica, la posibilidad de verificación y la tasa de error.²²

En materia de genética forense, el Pleno de la SCJN ya ha validado el uso de pruebas de ADN con base en estándares internacionales de acreditación de laboratorios y cadena de custodia (Acción de Inconstitucionalidad 155/2007). La extrapolación de estos criterios a la prueba neurocientífica resulta lógicamente consistente, aunque exige adaptaciones derivadas de la naturaleza funcional e interpretativa de técnicas como la fMRI, donde el margen de subjetividad en la lectura de resultados es significativamente mayor que en el perfil genético.²³

El artículo 346 del CNPP establece que el tribunal de enjuiciamiento admitirá los medios de prueba que resulten pertinentes, útiles y no sobreabundantes, concediendo al juez la facultad de excluir aquellos que se consideren inadecuados o innecesarios. Asimismo, el artículo 369 del CNPP regula la prueba pericial, exigiendo que el perito posea título oficial en la ciencia o arte correspondiente y que su dictamen se sustente en metodología reconocida. Estos dispositivos normativos configuran el marco dentro del cual el operador jurídico mexicano debe evaluar la prueba neurocientífica, integrando los criterios de origen dauberiano con las garantías del debido proceso y la defensa adecuada.²⁴

Es pertinente destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-21/14, ha señalado la obligación de los Estados de utilizar los avances científicos disponibles en la determinación de los hechos, lo que

²¹ FAIGMAN, DL, et al, op cit, p 445

²² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis aislada 1a CLXVIII/2015, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 2015

²³ GARCÍA-LÓPEZ, E, op cit, p 156

²⁴ NATAREN, CF, RAMÍREZ, BE, op cit, pp 198-201

refuerza la legitimidad de incorporar pruebas neurocientíficas siempre que cumplan con estándares de fiabilidad, pertinencia y respeto a los derechos fundamentales del sujeto examinado.²⁵

IV] La cadena de custodia de los datos neuronales y la protección de neurodatos

La irrupción de la neurociencia en el proceso penal genera una categoría inédita de evidencia digital que plantea desafíos *sui generis* para la cadena de custodia: los datos neuronales o neurodatos. A diferencia de las muestras biológicas tradicionales (sangre, cabello, fluidos corporales), los neurodatos consisten en conjuntos masivos de información digital derivados del registro de la actividad cerebral, susceptibles de manipulación, reinterpretación y reidentificación del sujeto.²⁶

1. Naturaleza jurídica de los neurodatos

Los neurodatos pueden definirse como cualquier dato obtenido mediante el registro, directo o indirecto, de la actividad del sistema nervioso de una persona. Esta definición abarca desde las imágenes de resonancia magnética en formato DICOM y los registros electroencefalográficos en formato EDF, hasta los resultados cuantitativos de baterías neuropsicológicas y los perfiles genéticos asociados a funciones cerebrales.²⁷

Desde la perspectiva del derecho a la protección de datos personales, los neurodatos constituyen datos personales sensibles en los términos del artículo 3, fracción VI, de la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados (LGPDPPSO), toda vez que revelan información relativa al estado de salud, las preferencias, las emociones, los procesos cognitivos y, potencialmente, las creencias íntimas del titular. La Constitución de Chile reformada en 2021 constituye el primer referente comparado al consagrar expresamente la protección de la actividad cerebral y los datos derivados de ella como parte del derecho a la integridad mental.²⁸

En el sistema jurídico mexicano, la protección de los neurodatos puede fundamentarse en el artículo 16 constitucional

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, <https://www.corteidh.or.cr> (consulta: 21 de abril de 2026)

²⁶ IENCA, M, ANDORNO, R, Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology, *Life Sciences, Society and Policy*, vol 13, núm 1, artículo 5, 2017

²⁷ YUSTE, R, et al, op cit, p 160

²⁸ IENCA, M, ANDORNO, R, op cit

(derecho a la privacidad y protección de datos personales), en los artículos 6 y 7 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP), y en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tutela la vida privada. No obstante, el ordenamiento nacional carece aún de una regulación específica sobre neurodatos, lo que genera lagunas normativas que deben ser cubiertas mediante interpretación sistemática y convencional.²⁹

2. Cadena de custodia de la evidencia neurocientífica

La cadena de custodia, regulada por los artículos 227 a 232 del CNPP, constituye el sistema de control documental que garantiza la identidad, integridad y autenticidad de los indicios, evidencias y objetos relacionados con el hecho delictivo desde su recolección hasta su presentación en juicio. Tratándose de neurodatos, la cadena de custodia adquiere dimensiones adicionales derivadas de la naturaleza digital de la evidencia.³⁰

Los eslabones críticos de la cadena de custodia neurocientífica incluyen, en primer lugar, la fase de adquisición, que abarca los protocolos de escaneo o registro, la calibración del equipo, las condiciones ambientales del procedimiento y el consentimiento informado del sujeto examinado. En segundo lugar, la fase de almacenamiento, que exige el uso de formatos estándar (DICOM para neuroimagen, EDF/BDF para EEG), servidores seguros con control de acceso, registros de auditoría y sistemas de respaldo. En tercer lugar, la fase de procesamiento, que comprende la selección de software de análisis (SPM, FSL, FreeSurfer para fMRI), los parámetros de preprocesamiento (corrección de movimiento, normalización espacial, suavizado) y los umbrales estadísticos aplicados. Finalmente, la fase de interpretación, que corresponde a la elaboración del dictamen pericial y su presentación en audiencia.

Cada eslabón de esta cadena debe ser documentado de manera que permita la trazabilidad completa del neurodato, desde el escáner hasta el estrado. La ruptura de cualquier eslabón puede ser invocada por la contraparte como argumento de impugnación de la fiabilidad probatoria, conforme al principio de contradicción

²⁹ GARCÍA-LÓPEZ, E, op cit, p 201

³⁰ EYRE, R, The forensic chain of custody for neuroimaging data: best practices and challenges, Journal of Law and the Biosciences, vol 6, núm 1, 2019, pp 89-112

que rige el sistema acusatorio (artículo 20, apartado A, fracción IV, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).³¹

3. Hacia un marco de protección de neuroderechos

La doctrina contemporánea del neuroderecho ha propuesto el reconocimiento de un catálogo de neuroderechos que incluye: el derecho a la privacidad mental, que protege la información cerebral contra accesos no autorizados; el derecho a la integridad mental, que prohíbe intervenciones neurotecnológicas no consentidas; el derecho a la identidad personal, frente a la posibilidad de que tecnologías de neuroestimulación alteren la personalidad del sujeto; y el derecho a la equidad cognitiva, que busca prevenir la discriminación basada en características neurológicas.³²

En el contexto procesal, estos derechos se traducen en garantías específicas: el consentimiento informado reforzado para la práctica de estudios neurocientíficos; la proporcionalidad de la medida en relación con la gravedad del delito investigado; la prohibición de utilizar neurodatos con fines distintos a los autorizados judicialmente; y la obligación de destruir los datos una vez cumplida su finalidad procesal. La Carta de Derechos Digitales de España (2021) y la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea (AI Act, 2024) ofrecen referentes comparados para la construcción de un marco normativo mexicano en materia de neurodatos judiciales.³³

Desde la perspectiva de la asesoría jurídica de víctimas, la protección de los neurodatos reviste especial importancia: la víctima que se somete a un estudio neurocientífico para acreditar el daño psíquico sufrido tiene derecho a que la información cerebral obtenida sea tratada con los más altos estándares de confidencialidad, que no sea utilizada en su perjuicio, y que su dignidad e intimidad mental sean preservadas a lo largo de todo el proceso. La Ley General de Víctimas, en sus artículos 5 y 7, consagra los principios de dignidad, buena fe y no victimización secundaria, que resultan directamente aplicables a la gestión de neurodatos en contextos de justicia penal.³⁴

³¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917 (última reforma publicada), art 20, apartado A, fracción IV

³² YUSTE, R, et al, op cit, pp 160-161; Ienca, M, Andorno, R, op cit

³³ PIZZI, M, The EU Artificial Intelligence Act and its implications for neurodata governance, European Journal of Law and Technology, vol 14, núm 2, 2023, pp 1-29

³⁴ Ley General de Víctimas, Diario Oficial de la Federación, 9 de enero de 2013 (última reforma publicada DOF 20-05-2021), arts 5 y 7

V] Discusión

La prueba neurocientífica representa una frontera epistemológica y normativa para el sistema de justicia penal mexicano. Su incorporación efectiva al juicio oral requiere un triple esfuerzo: la capacitación técnica de operadores jurídicos (jueces, fiscales y asesores de víctimas) en los fundamentos y limitaciones de las neurociencias; la construcción de criterios domésticos de admisibilidad que integren los factores dauberianos con las garantías procesales del CNPP; y el desarrollo de un marco regulatorio específico para la protección de neurodatos que atienda tanto las exigencias probatorias como los derechos fundamentales de las personas involucradas en el proceso.

El asesor jurídico de víctimas ocupa una posición estratégica en esta materia: le corresponde no solo ofrecer y desahogar pruebas neurocientíficas que acrediten el daño sufrido por sus representados, sino también vigilar que dichas pruebas cumplan con los estándares de fiabilidad científica y respeto a los derechos humanos que exige el Estado constitucional y convencional de derecho.

VI] Conclusiones

La prueba neurocientífica constituye una categoría probatoria emergente en el sistema procesal penal mexicano que exige la adaptación de los criterios tradicionales de admisibilidad y valoración. El estándar Daubert, recepcionado parcialmente por la SCJN, ofrece un marco analítico útil pero insuficiente para la evaluación de pruebas neurocientíficas, dada la especificidad técnica de técnicas como la fMRI y el EEG P300. Los neurodatos requieren una categoría jurídica propia que reconozca su naturaleza de datos personales sensibles y su susceptibilidad a manipulación digital, así como un régimen específico de cadena de custodia que garantice su trazabilidad e integridad. Es necesario desarrollar un marco normativo mexicano de neuroderechos que incorpore estándares internacionales y atienda las particularidades del sistema acusatorio adversarial. La formación interdisciplinaria de operadores jurídicos constituye una condición sine qua non para la incorporación responsable de la neurociencia en la justicia penal.

Bibliografía

- AHARONI, E, Vincent, GM, Harenski, CL, Calhoun, VD, Sinnott-Armstrong, W, Gazzaniga, MS, Kiehl, KA, Neuroprediction of future rearrest, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol 110, núm 15, 2013, pp 6223-6228
- BENNETT, CM, Baird, AA, Miller, MB, Wolford, GL, Neural correlates of interspecies perspective taking in the post-mortem Atlantic salmon: an argument for proper multiple comparisons correction, *Neuroimage*, vol 47, suplemento 1, 2009, p S125
- CASPI, A, McClay, J, Moffitt, TE, Mill, J, Martin, J, Craig, IW, Taylor, A, Poulton, R, Role of genotype in the cycle of violence in maltreated children, *Science*, vol 297, núm 5582, 2002, pp 851-854
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917 (última reforma publicada)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, <https://www.corteidh.or.cr>
- EYRE, R, The forensic chain of custody for neuroimaging data: best practices and challenges, *Journal of Law and the Biosciences*, vol 6, núm 1, 2019, pp 89-112
- FAIGMAN, DL, Monahan, J, Slobogin, C, Group to individual (G2i) inference in scientific expert testimony, *University of Chicago Law Review*, vol 81, núm 2, 2014, pp 417-480
- FARAH, MJ, Neuroethics: the ethical, legal, and societal impact of neuroscience, *Annual Review of Psychology*, vol 63, 2012, pp 571-591
- FARWELL, LA, Donchin, E, The truth will out: interrogative polygraphy ("lie detection") with event-related brain potentials, *Psychophysiology*, vol 28, núm 5, 1991, pp 531-547
- FERESIN, E, Lighter sentence for murderer with "bad genes", *Nature News*, 30 de octubre de 2009
- GARCÍA-LÓPEZ, E, Neurociencias y derecho: elementos para un modelo de argumentación neurojurídica, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- HEILBRONNER, RL, *Forensic Neuropsychology Casebook*, Guilford Press, Nueva York, 2005
- IENCA, M, Andorno, R, Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology, *Life Sciences, Society and Policy*, vol 13, núm 1, artículo 5, 2017
- LANGLEBEN, DD, Moriarty, JC, Using brain imaging for lie detection: where science, law, and research policy collide, *Psychology, Public Policy, and Law*, vol 19, núm 2, 2013, pp 222-234
- LEZAK, MD, Howieson, DB, Bigler, ED, Tranel, D, *Neuropsychological Assessment*, 5a ed, Oxford University Press, Nueva York, 2012
- MORSE, SJ, Neuroscience, free will, and criminal responsibility, en Glannon, W (ed), *Free Will and the Brain: Neuroscientific, Philosophical, and Legal Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp 251-277
- NATAREN, CF, Ramírez, BE, *Litigación oral y práctica forense penal*, Oxford University Press México, Ciudad de México, 2016

- PIZZI, M, The EU Artificial Intelligence Act and its implications for neurodata governance, *European Journal of Law and Technology*, vol 14, núm 2, 2023, pp 1-29
- PLOMIN, R, DeFries, JC, Knopik, VS, Neiderhiser, JM, *Behavioral Genetics*, 6a ed, Worth Publishers, Nueva York, 2013
- POLDRACK, RA, Can cognitive processes be inferred from neuroimaging data?, *Trends in Cognitive Sciences*, vol 10, núm 2, 2006, pp 59-63
- ROSENFELD, JP, P300-based detection of concealed information: a review of theory and practice, *International Journal of Psychophysiology*, vol 150, 2020, pp 40-51
- ROSKIES, AL, Neuroimaging and inferential distance, *Neuroethics*, vol 1, núm 1, 2008, pp 19-30
- SAPOLSKY, RM, *Behave: The Biology of Humans at Our Best and Worst*, Penguin Press, Nueva York, 2017
- SHEN, FX, The overlooked history of neurolaw, *Fordham Law Review*, vol 85, núm 2, 2016, pp 667-695
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis aislada 1a CLXVIII/2015, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 2015
- YUSTE, R, Goering, S, Arcas, BA, Bi, G, Carmena, JM, Carter, A, Fins, JJ, Friesen, P, Gallant, J, Huggins, JE, Illes, J, Bhatt, S, Koroshetz, W, Bhatt, V, Bhatt, A, Four ethical priorities for neurotechnologies and AI, *Nature*, vol 551, núm 7679, 2017, pp 159-163

Por una metodología del *soft law* en el derecho mexicano: condiciones, cargas y regímenes diferenciados de uso judicial

For a soft law methodology in Mexican law: conditions, argumentative burdens and differentiated regimes for judicial use

JORGE ALEJANDRO GARCÍA ESQUEDA¹

SUMARIO: I. Introducción; II. Tipología de instrumentos de *soft law* relevantes para el derecho interno; III. El estado de la cuestión en la jurisprudencia mexicana; IV. El amparo en revisión 42/2025: avance y límites de la motivación reforzada; V. Hacia una metodología del *soft law* en el derecho mexicano: condiciones, cargas y regímenes; VI. Conclusiones.

SUMMARY: I. Introduction; II. Typology of *soft law* instruments relevant for domestic law; III. The state of affairs in Mexican jurisprudence; IV. Amparo en revisión 42/2025: advances and limits of reinforced justification for departure; V. Towards a *soft law* methodology in Mexican law: conditions, burdens, and regimes; VI. Conclusions.

Resumen. El uso de instrumentos de *soft law* se ha intensificado en la jurisprudencia mexicana sin que la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya construido una metodología explícita para su empleo. Este artículo sostiene que el problema no es la admisión del *soft law* en sede judicial, sino la falta de un régimen diferenciado que distinga entre tipos de instrumento, funciones y cargas argumentativas. Tras analizar los principales precedentes mexicanos y mostrar por qué la “motivación reforzada para apartarse” introducida por el amparo en revisión 42/2025 no resuelve el problema metodológico de fondo, se propone un modelo articulado en tres condiciones de legitimidad, una jerarquía de cargas argumentativas según la función del instrumento y tres regímenes diferenciados por tipo de fuente: reforzado para opiniones de órganos cuasi-jurisdiccionales especializados,

¹Licenciado en derecho por la Universidad de Guadalajara, alejandrosquedagar@gmail.com

comparado-explicativo para sentencias de tribunales extranjeros y restrictivo para recomendaciones, declaraciones y principios *soft*. Las experiencias de Chile, Colombia y Japón ofrecen contrapuntos ilustrativos.

Palabras clave: *Soft law*, metodología judicial, jurisprudencia mexicana, derechos humanos, fuentes del derecho.

Abstract. *The use of soft law instruments has intensified in Mexican jurisprudence without the Supreme Court of Justice of the Nation having constructed an explicit methodology for their application. This article argues that the problem is not the admission of soft law in judicial proceedings, but the absence of a differentiated regime that distinguishes between types of instruments, functions, and argumentative burdens. After analyzing the main Mexican precedents and demonstrating why the “reinforced justification for departure” introduced by amparo en revisión 42/2025 fails to resolve the underlying methodological problem, this paper proposes a model structured around three legitimacy conditions, a hierarchy of argumentative burdens based on the instrument’s function, and three differentiated regimes by source type: reinforced for opinions of specialized quasi-judisdictional bodies, comparative-explanatory for foreign tribunal decisions, and restrictive for recommendations, declarations, and soft principles. The experiences of Chile, Colombia, and Japan offer illustrative counterpoints.*

Keywords: *Soft law, judicial methodology, Mexican jurisprudence, human rights, sources of law.*

I] Introducción

El derecho contemporáneo se encuentra atravesado por una tensión que no es nueva pero que se ha agudizado en las últimas décadas: la convivencia entre las fuentes formales del sistema jurídico y un conjunto creciente de instrumentos cuasi normativos que, aun careciendo de fuerza vinculante, producen efectos prácticos cuando son acogidos por las autoridades. Estos instrumentos suelen agruparse bajo la denominación de *soft law* o *derecho blando*. Su característica común es paradójica: deben su autoridad a fuentes que el propio derecho no reconoce como vinculantes y, sin embargo, terminan operando como tales cuando un juez decide acogerlos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha ocupado del fenómeno en numerosas ocasiones. La tesis aislada 1a. CXCVIII/2018 sostuvo que los instrumentos de *soft law* no forman parte del parámetro de regularidad constitucional, en virtud de que no constituyen tratados internacionales ni provienen de un órgano jurisdiccional con competencia para interpretarlos en última instancia.² El criterio, sin embargo, ha convivido con una práctica cotidiana de la propia Corte, sus salas y los tribunales colegiados que invocan sistemáticamente recomendaciones, sentencias extranjeras, opiniones consultivas y manuales internacionales para interpretar derechos, dotar de contenido normativo a disposiciones constitucionales o, incluso, fundar órdenes concretas hacia las autoridades. Esta práctica oscilante constituye el síntoma de un problema más profundo: la ausencia de una metodología explícita.

El amparo en revisión 42/2025, resuelto por el Pleno de la Suprema Corte el 20 de enero de 2026, ha sido presentado como un punto de inflexión.³ La Corte determinó que las opiniones del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de la Organización de las Naciones Unidas, aun siendo *soft law*, poseen relevancia jurídica y obligan a las autoridades a justificar sustantivamente las razones por las que decidan apartarse de ellas. La técnica recuerda al *comply or explain* desarrollado en el derecho regulatorio europeo. Su importancia es genuina, pero también limitada. El criterio resuelve cómo apartarse de una opinión, pero no establece cuándo es legítimo aplicar un instrumento de *soft law*; asume implícitamente que dicho instrumento opera como punto de partida razonable, pero no construye los criterios sustantivos para evaluarlo; aplica solo a un tipo específico de pronunciamiento, sin pronunciarse sobre los demás. La pregunta metodológica de fondo ¿En qué condiciones puede un juzgador acoger un instrumento no vinculante sin afectar la seguridad jurídica? sigue abierta.

El presente trabajo sostiene que el problema no se resuelve afirmando o negando la admisibilidad del *soft law* en sede judicial, sino diferenciando regímenes de uso según el tipo de instrumento, la función que cumple y la carga argumentativa que su empleo exige. El trabajo ofrece, en este orden, una tipología de los instrumentos relevantes, un análisis crítico del estado de la cuestión en la jurisprudencia mexicana, una revisión del alcance del amparo en revisión 42/2025 y una propuesta articulada en tres ejes:

²Tesis Aislada 1a. CXCVIII/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 61, diciembre de 2018, t. I, p. 407.

³Amparo en Revisión 42/2025, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesión pública de 20 de enero de 2026.

condiciones de legitimidad, carga argumentativa por función y regímenes diferenciados por tipo de instrumento.

II J Tipología de instrumentos de *soft law* relevantes para el derecho interno

La categoría de *soft law* aparece por primera vez en el derecho anglosajón. Arnold McNair la introdujo en 1931 para referirse a los llamados “principios operativos abstractos” del derecho internacional, esto es, instrumentos que solo cobraban validez al ser invocados en sede judicial.⁴ El adjetivo *soft* denotaba la abstracción de estos instrumentos y su cuestionable aplicación al momento de emitir determinaciones, crear derecho o definirlo.⁵ Desde entonces, los autores construyeron una dicotomía entre *hard law* y *soft law*, identificada con las nociones romanas de *lex lata* y *lege ferenda*.⁶ Esta dicotomía es útil pero insuficiente para el análisis interno: oculta la heterogeneidad de los instrumentos que la denominación agrupa.

Para los fines del análisis judicial doméstico es preferible una tipología funcional. Linda Senden identifica tres funciones del *soft law*: *pre-law* (insumos para la creación de normas vinculantes), *post-law* (medios de aplicación e interpretación del *hard law*) y *para-law* (instrumentos alternativos a los vinculantes). La función *post-law*, como observan Pallares Yabur y Ramírez García, constituye su uso principal en materia de derechos humanos: opera no como punto de inicio sino como punto final para determinar el alcance de los contenidos normativos.⁷ A esta tipología por función conviene añadir una tipología por origen institucional, que es la que el sistema jurídico mexicano debería privilegiar al diseñar reglas de uso.

Pueden distinguirse, dentro del universo del *soft law*, al menos tres especies pertinentes para el derecho interno. La primera son las opiniones, dictámenes y observaciones de órganos

⁴McNAIR, Arnold, “The Functions and Differing Legal Character of Treaties: British Practice and Opinions”, *British Yearbook of International Law*, vol. 11, 1931, p. 100.

⁵CÁRDENAS CASTAÑEDA, Fabián Augusto, “A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XIII, 2013, p. 360.

⁶TORO HUERTA, Mauricio Iván, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2006, p. 89.

⁷SENDEN, Linda, *Soft Law in European Community Law (Modern Studies in European Law)*, 1ª ed., Londres, Hart Publishing, 2004, pp. 100-110; en sentido similar, Pastore, Baldassare, “Soft Law y la Teoría de las Fuentes del Derecho”, *Soft Power Journal — Revista Euro-Americana de Teoría e Historia de la Política*, Bogotá, 2014, vol. 1, núm. 1, pp. 78-79.

cuasi-jurisdiccionales especializados: comités creados en virtud de tratados internacionales (Comité de Derechos Humanos, Comité contra la Tortura, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité de Derechos del Niño), grupos de trabajo (como el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria) y relatorías especiales. Estos instrumentos no son técnicamente vinculantes, pero son producto de un procedimiento cuasi-judicial, con contradicción y especialización técnica. La segunda especie son las sentencias y criterios de tribunales extranjeros, incluyendo cortes constitucionales y tribunales internacionales en cuyo respecto el Estado mexicano no es parte. Estos instrumentos son resultado de procesos jurisdiccionales formales, pero corresponden a sistemas jurídicos distintos. La tercera son las recomendaciones, declaraciones, principios y manuales emitidos por organismos políticos o técnicos sin función jurisdiccional: declaraciones de la Asamblea General de la ONU, principios adoptados en congresos internacionales, manuales de operación, lineamientos OCDE, protocolos. Estos instrumentos expresan consensos de distinta intensidad, pero no provienen de un procedimiento contencioso ni vinculan a las partes.

La distinción es decisiva porque, como se argumentará en el apartado V, no debe aplicarse el mismo régimen a las tres especies. La primera tiene un componente cuasi-judicial que justifica una presunción favorable a su atendimiento; la segunda exige un análisis sustantivo de comparabilidad; la tercera, por su carácter político o técnico, debe operar bajo restricciones más exigentes. La práctica mexicana ha tendido a tratar las tres especies de manera indiferenciada, lo que explica buena parte de la inconsistencia jurisprudencial que se examinará a continuación.

La frontera con el derecho vinculante, como muestran los presupuestos enunciados por Christine Chinkin⁸, se vuelve relevante caso por caso. La tipología propuesta es operativa, no excluyente: el juez doméstico se enfrenta cotidianamente a instrumentos mixtos y la tarea metodológica no puede sustituirse por una clasificación abstracta.

Conviene anticipar, antes de pasar al análisis jurisprudencial, dos consideraciones adicionales que serán retomadas en la propuesta del apartado V. La primera es que la dicotomía instrumento vinculante / instrumento no vinculante no agota las posibilidades. Existen, en el sistema jurídico mexicano, instrumentos de transición: opiniones de órganos creados por

⁸CHINKIN, Christine, *Commitment and Compliance*, Oxford, Oxford Scholarship Online, 2010, pp. 30-40.

tratados ratificados cuya naturaleza queda en una zona gris. La Suprema Corte ha sostenido, en distintos momentos, que estos pronunciamientos no son vinculantes en sentido estricto, pero ha admitido también que su autoridad interpretativa es difícilmente desconocible cuando se trata de un órgano cuya competencia ha sido reconocida. La distinción entre el *soft law* puro y estos instrumentos cuasi-vinculantes derivados de tratados es relevante para diseñar el régimen de uso, como se mostrará.

La segunda consideración es que la denominación misma de *soft law* ha sido objeto de críticas dogmáticas que conviene tener presentes. Algunos autores sostienen que la categoría es retóricamente útil pero conceptualmente problemática: lo que llamamos *soft law* sería, en rigor, *non law*, y la pretensión de tratarlo como derecho debilita el sistema de fuentes. Otros, en una línea más pragmática, defienden la categoría precisamente por su capacidad de capturar el carácter de instrumentos que, sin ser derecho en sentido formal, producen efectos jurídicos en la práctica. La discusión teórica permanece abierta, pero el operador jurídico no puede aguardar su resolución: las autoridades mexicanas invocan estos instrumentos cotidianamente y la cuestión metodológica es, por tanto, ineludible. La presente propuesta toma posición en este debate solo en cuanto considera necesario: admite la existencia funcional del fenómeno y se ocupa de regular su uso sin pretender resolver, en abstracto, su naturaleza.

III] El estado de la cuestión en la jurisprudencia mexicana

El recorrido por los principales precedentes mexicanos permite identificar las funciones que el *soft law* ha cumplido en la práctica judicial y exhibir las tensiones metodológicas que subyacen a su empleo. Los contrapuntos comparados intercalados no buscan trazar un análisis de derecho comparado en sentido estricto, sino mostrar alternativas que el sistema mexicano podría considerar.

1. La primera mención: la tesis P. XXXVI/2009

La primera referencia explícita al *soft law* en la jurisprudencia mexicana se encuentra en la tesis aislada P. XXXVI/2009 emitida por el Pleno de la Suprema Corte.⁹ El criterio se construyó con motivo de la interpretación de los Comentarios al Convenio Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el

⁹Tesis Aislada P. XXXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. XXX, julio de 2009, p. 91.

Patrimonio del Comité de Asuntos Fiscales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). El Pleno sostuvo que dichos comentarios, aun no siendo la única ni principal forma de acercarse al contenido de los tratados fiscales, no podían desatenderse como fuente de interpretación: “la argumentación que se haga contra su contenido, cuando menos, debe presentar razones suficientes para superar la forma de interpretación que el autor del Convenio Modelo le otorga”.

El Pleno definió el *soft law* como aquellos instrumentos cuasi legales que “o bien no tienen fuerza vinculante, o la que lleguen a tener es de algún modo más débil que la legislación tradicional”, e introdujo una salvedad relevante: la valoración debe atender, en cada caso, a la existencia de reservas u observaciones del Estado mexicano. La Corte aceptaba, en 2009, una graduación interna de la fuerza normativa, pero sin indicar cómo medir esa graduación ni qué criterios utilizar para aplicarla. El precedente fija dos premisas que el resto del análisis sostendrá: que el *soft law* no puede simplemente ignorarse y que su empleo exige una motivación específica.

Es relevante notar que el contexto del precedente es la materia tributaria. La OCDE, organización de cooperación intergubernamental con vocación técnica, emite comentarios al Convenio Modelo que son acogidos en mayor o menor medida por los Estados miembros como criterios interpretativos. La Corte mexicana, al admitir su valor interpretativo, se inscribió en una práctica internacional consolidada. Esta circunstancia condiciona la lectura del precedente: la tesis P. XXXVI/2009 no se construyó como doctrina general sobre el *soft law*, sino como respuesta a un instrumento específico. La generalización posterior del concepto a otros ámbitos requiere argumentos adicionales que la Corte, en aquel momento, no ofreció. Este traslado implícito, sin la mediación argumentativa correspondiente, es una de las raíces de la inconsistencia jurisprudencial subsiguiente.

2. El paréntesis del parámetro de regularidad: tesis 1a. CXCVIII/2018 y 1a. CXCIX/2018

La reforma constitucional del 6 de junio de 2011 incorporó al artículo primero el principio *pro persona* y la contradicción de tesis 293/2011 fijó el contenido del parámetro de regularidad constitucional, integrado por los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por el

Estado mexicano.¹⁰ Como observó César Astudillo, para que una disposición forme parte del parámetro debe partir del contenido normativo del artículo primero y amparar algún derecho fundamental.¹¹ En este marco se insertan las tesis 1a. CXCVIII/2018¹² y 1a. CXCIX/2018, derivadas del amparo directo en revisión 4865/2015.¹³ La quejosa había impugnado la constitucionalidad del artículo 1934 del Código Civil para el Distrito Federal con fundamento en el principio 23 del Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos. La Primera Sala determinó que dicho instrumento no formaba parte del parámetro de regularidad constitucional, en la medida en que había sido emitido por un órgano de la Organización de las Naciones Unidas que no tenía carácter jurisdiccional ni a quien el Estado mexicano le hubiese reconocido competencia contenciosa. La Sala añadió, sin embargo, que ello no impedía que su contenido se empleara como criterio orientador en sentido amplio.

La paradoja del precedente es nítida: la Suprema Corte excluyó al *soft law* del parámetro de regularidad, pero lo elevó, por la vía procesal, a la categoría de interpretación constitucional susceptible de impugnación mediante el recurso de queja. Es decir, no es derecho a efectos del control de validez, pero sí es derecho a efectos de revisión procesal. Esta dualidad, que rara vez se ha tematizado, explica buena parte de la incoherencia jurisprudencial posterior.

El razonamiento de la Primera Sala merece una observación adicional. La quejosa había argumentado la imprescriptibilidad de la acción civil derivada de un caso de negligencia médica con apoyo en el principio 23 del Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos. La Sala notó que la imprescriptibilidad reconocida por el instrumento internacional opera en el ámbito de las violaciones graves a derechos humanos previstas por el derecho internacional y no en el ámbito de la responsabilidad civil ordinaria. La inaplicabilidad sustantiva habría bastado para resolver el caso. Sin embargo, la Sala adicionó la

¹⁰Tesis de Jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 5, abril de 2014, t. I, p. 202.

¹¹ASTUDILLO, César, “El bloque y el parámetro de regularidad constitucional en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria. Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2015, t. IV, vol. 1, p. 56.

¹²Tesis Aislada 1a. CXCVIII/2018 (10a.), *op. cit.*

¹³Tesis Aislada 1a. CXCIX/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 61, diciembre de 2018, t. I, p. 471.

consideración formal que terminó desplazando el análisis sustantivo y generando un precedente cuyos alcances exceden la cuestión específica que el caso planteaba. La sentencia ilustra, así, el riesgo de fundar conclusiones generales sobre el *soft law* en casos cuya cuestión de fondo era distinta.

3. Función ilustrativa: el amparo directo civil 6/2008

El amparo directo civil 6/2008, resuelto por el Pleno mediante la facultad de atracción 3/2008-PS¹⁴, ofrece un ejemplo de uso ilustrativo del *soft law*. Una persona transexual solicitó la modificación de su acta de nacimiento para reflejar su identidad de género, así como la emisión de una nueva acta sin anotación marginal. El Pleno concedió el amparo a partir del artículo primero constitucional, los pactos internacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El fundamento, en sentido estricto, fue el bloque de constitucionalidad. La sentencia incluyó un ejercicio de derecho comparado en el que citó legislación de Suecia, Italia, Alemania, Holanda, España, Argentina y Chile, así como sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional del Perú. Estos elementos, aunque relevantes, fueron invocados como apoyo argumentativo del razonamiento principal y no como su base.

Este precedente muestra el primer modo legítimo de uso del *soft law*: como ilustración. La Corte podría haber resuelto el caso sin las referencias comparadas y el resultado habría sido el mismo. La función fue, propiamente, retórica y pedagógica, no normativa. Esta forma de empleo no plantea problemas de seguridad jurídica, en la medida en que la decisión es independiente del instrumento citado. La cuestión metodológica que sigue es distinta: si la cita es meramente ilustrativa, ¿qué exigencia argumentativa cabe imponer? Como se sostendrá en el apartado V, basta con la identificación clara de la fuente.

4. Función fundante: el amparo en revisión 237/2014 y un contrapunto chileno

El amparo en revisión 237/2014¹⁵, sobre el uso lúdico de la marihuana, presenta una operación radicalmente distinta. La Primera Sala recurrió a los casos *Elfes* y *Eppler* del Tribunal Constitucional Federal alemán para dotar de contenido al derecho al libre desarrollo de la personalidad, importando categorías como

¹⁴Amparo Directo Civil 6/2008, relacionado con la Facultad de Atracción 3/2008-PS, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁵Amparo en Revisión 237/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“áreas residuales de libertad” y “libertad indefinida”. Aquí, las sentencias extranjeras no fueron ilustrativas: fueron fundantes, en cuanto introdujeron en el sistema mexicano construcciones dogmáticas ajenas que se incorporaron a la justificación del fallo. El ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea explicó la elección señalando que se siguen “precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de los tribunales constitucionales más prestigiosos y, por supuesto, también de esta Suprema Corte”.¹⁶ El “prestigio” opera, en esta argumentación, como justificación. Pero no se explica por qué ese prestigio se traduce en pertinencia para el caso mexicano, ni por qué se eligen tribunales europeos y estadounidenses con preferencia sobre tribunales latinoamericanos con los que se comparte tradición jurídica y realidad social. La cita opera, en suma, como argumento de autoridad.

El contraste con el Tribunal Constitucional chileno es ilustrativo. Humberto Nogueira Alcalá ha documentado que dicho tribunal, en el periodo 2006-2011, también recurrió con frecuencia a sentencias y jurisprudencia extranjera no vinculante. La diferencia metodológica reside en que las sentencias chilenas, en sus motivaciones, suelen explicar la pertinencia de la fuente externa para el caso bajo estudio, justificando por qué un determinado sistema jurídico es comparable y por qué la solución adoptada en el extranjero es trasladable.¹⁷ La fuente comparada, en Chile, opera como argumento explicativo, no como argumento de autoridad. La diferencia es de método, no de moral judicial: un mismo instrumento puede emplearse de manera legítima o ilegítima según el ejercicio argumentativo que lo acompaña.

La crítica al uso del “prestigio” como criterio metodológico se profundiza si se considera la inestabilidad de los tribunales constitucionales que se invocan. La composición de un tribunal extranjero cambia con los procesos políticos del país de origen; sus criterios son susceptibles de modificación abrupta cuando se altera su integración. Si el sistema mexicano funda decisiones en el “prestigio” de un tribunal en un momento determinado, queda comprometido con la jurisprudencia posterior de ese mismo tribunal aunque ésta vire en sentido restrictivo. La cita por prestigio crea, en suma, un compromiso jurisprudencial implícito que el

¹⁶Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sesión Pública de 4 de noviembre de 2015, <http://www2.juridicas.unam.mx/marihuana-caso-mexico/wp-content/uploads/2016/02/Sesion-publica-04-11-2015.pdf>, consultado el 28 de abril de 2026.

¹⁷NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera y de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el periodo 2006-2011”, *Estudios Constitucionales*, vol. 11, 2013, pp. 234-240.

operador no controla. Esta es una razón sustantiva para preferir la cita explicada y contextualizada: el control sobre la fuente lo retiene el tribunal mexicano, que puede aceptar o rechazar la traslación atendiendo a las particularidades del caso, en lugar de subordinarse al destino del tribunal de origen.

5. Soft law en sede administrativa: el caso del glifosato y un contrapunto japonés

El amparo indirecto 1/2020 del Juzgado Décimo de Distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito¹⁸ ilustra una segunda dimensión del problema: el uso del *soft law* por autoridades administrativas. La Dirección General de Gestión Integral de Materiales y Actividades Riesgosas de la Semarnat negó la importación de plaguicidas que contenían glifosato con fundamento en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, instrumento no ratificado por México conforme a las reglas constitucionales.¹⁹ La parte quejosa argumentó que la aplicación de un instrumento no obligatorio vulneraba el principio de seguridad jurídica del artículo 16 constitucional y, en sus conceptos de violación, invocó otro instrumento de *soft law*: la opinión de la *Food and Drug Administration* de los Estados Unidos.²⁰ El amparo fue sobreseído por incumplimiento del principio de definitividad, lo que impidió el pronunciamiento de fondo, pero el caso revela el problema estructural: tanto la autoridad como el particular construyeron sus posiciones sobre instrumentos no vinculantes, sin que existiera criterio para preferir uno sobre el otro. La proliferación de criterios análogos en el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y en la jurisdicción colegiada confirma que el problema no es excepcional.²¹

El contrapunto japonés es particularmente elocuente. La *Gyosei Shido* orientación administrativa regulada en la

¹⁸Juzgado Décimo de Distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito, Amparo Indirecto 1/2020.

¹⁹*Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Río de Janeiro, 1992, principio 15, http://siga.jalisco.gob.mx/assets/documentos/TratadosInt/DeclaraRio_92.htm, consultado el 28 de abril de 2026.

²⁰*Food and Drug Administration, Questions and Answers on Glyphosate*, Estados Unidos, 2020, <https://www.fda.gov/food/pesticides/questions-and-answers-glyphosate>, consultado el 28 de abril de 2026.

²¹Sala Especializada en Materia Ambiental y de Regulación, Tribunal Federal de Justicia Administrativa, expediente 415/20-EAR-01-1, sentencia de 28 de septiembre de 2020; Tesis III.6o.A.24 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, agosto de 2020, p. 6205.

Administrative Procedure Act (*Gyōsei tetsuzuki-hō*) consiste en pronunciamientos oficiales o no del gobierno japonés que sirven como pautas para los particulares respecto de la aplicación de leyes y regulaciones.²² No es vinculante ni exigible jurisdiccionalmente, pero suele cumplirse por presiones derivadas de licencias o financiamiento público. Marcos Jaramillo y José Luis Lara la clasifican en tres tipos y Wolfgang Pape ha mostrado cómo se utiliza incluso para desplazar la aplicación de la ley antimonopolio.²³ La advertencia comparada es relevante: la *Gyosei Shido* funciona en su contexto cultural pero su trasplante a sistemas de tradición romanista no es directo. Lo que en Japón opera como mecanismo cultural funcional, en México podría operar como vía de elusión de la ley. La lección no es prohibir el uso administrativo del *soft law*, sino reconocer que su admisión exige un control reforzado: la autoridad administrativa que invoque un instrumento no vinculante debería justificar por qué razón no aplica el *hard law* interno o por qué éste no resuelve la controversia.

6. Función expansiva: el caso Iguala y un contrapunto colombiano

El amparo en revisión 203/2017 y sus acumulados, resuelto por el Primer Tribunal Colegiado del Decimonoveno Circuito²⁴, abordó las investigaciones relacionadas con la desaparición de los 43 estudiantes en Iguala, Guerrero. El Tribunal, considerando que la investigación no cumplía con los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Cabrera García y Montiel Flores*, *Montero Aranguren*, *Baldeón García* y *La Cantuta*²⁵, ordenó la creación de una Comisión de la Verdad o Comisión Especial de Indagación. La orden se fundó tanto en

²²MURAKAMI, Yasusuke, “Ie as a Pattern of Civilization”, *Journal of Japanese Studies*, vol. 10, núm. 2, 1984, pp. 279-363; *Administrative Procedure Act* (行政手続法, *Gyōsei tetsuzuki-hō*), art. 2, https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/APA_2.pdf, consultado el 28 de abril de 2026.

²³JARAMILLO, Marcos y Lara, José Luis, “Acerca del denominado *soft law* administrativo: notas frente a la experiencia japonesa y chilena”, *Actas XXXIX Jornadas de Derecho Público* 19, Chile, diciembre de 2014, p. 308; Pape, Wolfgang, “Gyosei Shido and the Antimonopoly Law”, *Law in Japan*, vol. 12, 1982.

²⁴Amparo en Revisión 203/2017 y sus acumulados, Primer Tribunal Colegiado del Decimonoveno Circuito.

²⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (sentencia de 26 de noviembre de 2010), *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela* (sentencia de 5 de julio de 2006), *Baldeón García vs. Perú* (sentencia de 6 de abril de 2006) y *La Cantuta vs. Perú* (sentencia de 29 de noviembre de 2006).

jurisprudencia interamericana vinculante como en dos instrumentos de *soft law*: los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley* y el *Manual sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias* de las Naciones Unidas.²⁶ El Tribunal sostuvo, con apoyo en la tesis aislada 1a. CDV/2014 (10a.)²⁷, que el contenido del *soft law* puede ser útil para guiar la práctica de las instituciones.

El caso plantea una cuestión metodológica precisa: cuando un tribunal extiende los efectos del amparo a una autoridad no responsable y funda la orden en instrumentos de naturaleza mixta ¿Cuál es el peso real del instrumento no vinculante en la decisión? La respuesta no es trivial. Si la jurisprudencia interamericana basta para fundar la orden, el *soft law* es accesorio y opera como ilustración. Si no basta el *soft law* es fundante y la legitimidad de la orden depende de él. El Tribunal Colegiado no realizó esta distinción explícita, lo que dejó a la Suprema Corte la tarea de resolverla.

El contrapunto colombiano permite ver una alternativa. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, a través de su Sala de Casación Civil, ha empleado el *soft law* en clave protectora en el caso de menores y personas en situación de desventaja. Las acciones de tutela STC 11217-2019 y STC 9296-2019²⁸ ampliaron la protección de menores con base en instrumentos no vinculantes; la ATC 255/2020²⁹ validó decisiones procesales con apoyo en argumentos éticos contenidos en manuales de conducta. La pauta colombiana es sustantiva: el *soft law* puede operar como base de la decisión cuando el sujeto se encuentra en una situación estructural de vulnerabilidad y cuando la aplicación se traduce en un mayor beneficio. La regla excluye, a *contrario sensu*, el empleo del *soft law* para restringir derechos. Esta cláusula ofrece un criterio metodológico que el sistema mexicano podría incorporar.

²⁶Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, Ciudad de México, 2018; Naciones Unidas, *Manual sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias*, Nueva York, 1991.

²⁷Tesis Aislada 1a. CDV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 12, noviembre de 2014, t. I, p. 714.

²⁸Acción de Tutela STC 11217-2019, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 22 de agosto de 2019; Acción de Tutela STC 9296-2019, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 16 de julio de 2019.

²⁹Acción de Tutela ATC 255/2020, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

IV J El amparo en revisión 42/2025: avance y límites de la motivación reforzada

El amparo en revisión 42/2025, resuelto por el Pleno de la Suprema Corte el 20 de enero de 2026, se originó en la detención arbitraria, en 2012, de una persona indígena en Oaxaca. En 2018, la persona presentó comunicación individual ante el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de la ONU, organismo que emitió la Opinión 75/2018, en la que determinó que la privación de la libertad había sido arbitraria y contraria a los estándares internacionales. La Corte, partiendo del reconocimiento de que las opiniones del Grupo de Trabajo no constituyen instrumentos jurídicamente vinculantes, sostuvo sin embargo que se trata de criterios orientadores relevantes que las autoridades mexicanas deben tomar en cuenta. Las opiniones forman parte del *soft law*, el cual “sin imponer obligaciones jurídicas directas, posee relevancia jurídica” y cumple una función importante en la interpretación y aplicación de los derechos humanos.³⁰ Cuando una autoridad decida apartarse de una opinión del Grupo de Trabajo, está obligada a justificar de forma clara y sustantiva las razones jurídicas y competenciales que la llevan a no adoptarla.

El criterio constituye un avance. Por primera vez, la Suprema Corte fija una carga argumentativa específica respecto de un instrumento de *soft law* e introduce, implícitamente, una presunción favorable a su atendimiento. La técnica recuerda al *comply or explain* desarrollado en el derecho regulatorio europeo, en el que las empresas pueden apartarse de un código de gobierno corporativo siempre que expliquen las razones de su desviación.³¹ La transposición es relevante porque articula, en sede judicial, una técnica conocida en el derecho regulatorio.

Con todo, una lectura crítica del precedente revela cuatro límites que impiden considerarlo como solución metodológica de fondo.

Primero, el precedente resuelve cómo apartarse del *soft law* pero no cuándo es legítimo aplicarlo. La motivación reforzada para no adoptar la opinión presupone que la opinión es un punto de partida razonable, pero no construye los criterios sustantivos para evaluar esa razonabilidad. ¿Qué hace que una opinión del Grupo de Trabajo sea aplicable al caso concreto? ¿Su sola existencia? ¿La identidad de las cuestiones? ¿La compatibilidad con el derecho

³⁰ Amparo en Revisión 42/2025, *op. cit.*, considerandos relativos al carácter del *soft law* y a la motivación reforzada exigible a las autoridades.

³¹ SNYDER, Francis, “The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Process, Tools and Techniques”, *The Modern Law Review*, 1993, pp. 19-54.

mexicano? El Pleno asume implícitamente que el solo origen institucional del instrumento basta, lo que es una decisión metodológica que no se justifica. La cuestión es decisiva porque el problema histórico de la jurisprudencia mexicana no es la ausencia de motivación para apartarse, sino la ausencia de motivación para aplicar.

Segundo, el criterio invierte la presunción sin justificarla. Tradicionalmente, en materia de fuentes del derecho, opera la presunción contraria: las normas no vinculantes no se aplican salvo justificación específica. El AR 42/2025 introduce, sin discusión expresa, una presunción inversa para las opiniones del Grupo de Trabajo: se aplican salvo justificación específica para apartarse. Esta inversión puede ser razonable, pero exige una fundamentación que el Pleno no ofrece. La especialización técnica del Grupo de Trabajo, la naturaleza cuasi-judicial del procedimiento, el consenso institucional internacional son argumentos plausibles, pero deben enunciarse y discutirse. Cuando la inversión de la presunción se introduce sin justificación, se reproduce el problema del argumento de autoridad: la fuente vale por su prestigio, no por sus razones.

Tercero, el criterio se circunscribe a un tipo específico de instrumento y no se pronuncia sobre los demás. ¿Qué pasa con los dictámenes de otros comités creados por tratados? ¿Con los informes de los Relatores Especiales? ¿Con las recomendaciones de la OCDE en materia fiscal? ¿Con las sentencias de tribunales extranjeros? ¿Con los manuales de las Naciones Unidas? La extensión del criterio a estos otros instrumentos no es automática, porque sus condiciones de emisión, especialización y consenso son distintas. La Corte podría haber aprovechado el caso para articular una metodología general; al no hacerlo, deja en manos de los operadores jurídicos la tarea de inferir, por analogía, el régimen aplicable a otros instrumentos.

Cuarto, el criterio es exclusivamente procedimental. La motivación reforzada exige razones, pero no establece estándares sustantivos para evaluarlas. ¿Qué razones son suficientes? ¿Bastará invocar la diferencia entre el sistema jurídico mexicano y el internacional? ¿Será necesario demostrar que el contenido específico de la opinión es incompatible con el orden interno? El silencio del precedente abre dos riesgos opuestos: que las autoridades cumplan formalmente con la motivación pero la vacíen de contenido sustantivo (una motivación ritual) o, al contrario, que tribunales posteriores eleven el estándar a un punto en que la motivación reforzada se convierta en un obstáculo desproporcionado para apartarse del *soft law*. En ambos escenarios el problema es el mismo: la falta de método sustantivo

se traduce en discrecionalidad, ahora trasladada al control de la motivación.

Una observación final se impone sobre la analogía con el *comply or explain*. El instrumento europeo opera en el ámbito del derecho regulatorio sobre gobierno corporativo: las empresas cotizadas pueden apartarse de los códigos siempre que expliquen las razones de su desviación. La técnica funciona en ese contexto porque el destinatario es un agente privado con autonomía de la voluntad, el supervisor es un órgano administrativo con función de seguimiento, y la materia es esencialmente de organización interna. La transposición al ámbito judicial mexicano no es directa. La diferencia institucional sugiere que la motivación reforzada para apartarse, en sede judicial, debe operar bajo estándares más exigentes que los del modelo regulatorio del que se importa. El AR 42/2025 no formula esa diferencia y, al hacerlo, deja al operador en posición de inferirla.

El AR 42/2025 es, por tanto, un avance procesal sin contraparte sustantiva, una primera piedra que requiere completarse. La propuesta que se desarrolla en el siguiente apartado busca hacerse cargo precisamente de los cinco déficits enunciados.³²

V] Hacia una metodología del *soft law* en el derecho mexicano

La propuesta se construye en tres ejes complementarios: tres condiciones de legitimidad para todo uso judicial del *soft law*, una jerarquía de cargas argumentativas según la función del instrumento, y tres regímenes diferenciados por tipo de fuente. Es deliberadamente operativa: no busca refundar la teoría de las fuentes, sino ofrecer criterios concretos que permitan reducir la discrecionalidad sin cerrar la puerta a la función virtuosa que estos instrumentos pueden cumplir.

1. Tres condiciones de legitimidad

Toda invocación judicial de un instrumento de *soft law* debe satisfacer, como condición preliminar, tres requisitos.

Primera condición: subsidiariedad. El *soft law* solo es invocable cuando el *hard law* interno e internacional vinculante no resuelve, por sí solo, la controversia. Si la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados ratificados por el Estado mexicano ofrecen una respuesta suficiente, no procede el recurso al instrumento no

³²WEIL, Prosper, "Towards Relative Normativity in International Law?", *American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, pp. 413-442.

vinculante. Esta condición es coherente con el carácter subsidiario de las fuentes externas y con el principio de seguridad jurídica del artículo 16 constitucional. Implica que la sentencia debe demostrar, antes de invocar el instrumento, que el *hard law* no agota la cuestión.³³

Segunda condición: compatibilidad. El contenido del instrumento debe ser compatible con la Constitución y con los derechos protegidos por el bloque de constitucionalidad. Esta exigencia tiene dos dimensiones. La primera es negativa: el instrumento no puede contradecir un derecho fundamental ni una norma constitucional vigente. La segunda es positiva y deriva del principio *pro persona*: cuando exista colisión entre dos instrumentos no vinculantes, debe preferirse aquel que ofrezca mayor protección a la persona. La condición incorpora, en el plano metodológico, la cláusula colombiana de uso del *soft law* en clave expansiva: el instrumento no puede emplearse para restringir derechos respecto de los cuales el *hard law* interno ofrece una protección más amplia.³⁴

Tercera condición: pertinencia contextual. El instrumento debe ser pertinente para la situación concreta, considerando el sistema jurídico, la realidad social y los precedentes vigentes. Esta condición exige al juzgador que no se limite a citar la fuente, sino que justifique por qué dicho instrumento es aplicable al caso, por qué su contenido se traduce en una solución razonable para el problema planteado y por qué no existen circunstancias específicas del orden mexicano que aconsejen una solución distinta. Esta exigencia desactiva el argumento de autoridad: el “prestigio” de la fuente no sustituye el análisis sustantivo de pertinencia.³⁵

2. La carga argumentativa según la función del instrumento

Una vez satisfechas las condiciones de legitimidad, la carga argumentativa varía según la función que el instrumento cumpla en la decisión. La propuesta distingue tres funciones, con cargas progresivamente más exigentes.

Función ilustrativa. El instrumento opera como apoyo retórico o pedagógico de un razonamiento que se sostiene

³³Tesis Aislada 1a. CDV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 12, noviembre de 2014, t. I, p. 714, que reconoce el carácter subsidiario de las normas supranacionales no vinculantes.

³⁴Esta condición incorpora la observación reiterada por la Primera Sala en la Tesis CXCIX/2018 (10a.), *op. cit.*, según la cual debe valorarse, en cada caso, la existencia de reservas u observaciones del Estado mexicano al instrumento del que provenga la fuente invocada.

³⁵ASTUDILLO, César, *op. cit.*, pp. 56-58.

autónomamente en el *hard law*. Es el caso del amparo directo civil 6/2008, en el que las referencias a sentencias y legislación extranjera enriquecieron la argumentación pero no fueron determinantes del fallo. La carga argumentativa exigible es mínima: identificación clara de la fuente y advertencia explícita de que su empleo es ilustrativo. La sentencia debe poder leerse sin las referencias y mantener su lógica.

Función interpretativa. El instrumento opera como criterio para dotar de contenido a un derecho o disposición vigente. Es el uso *post-law* que identifica Senden y, según Pallares Yabur y Ramírez García, constituye la función principal del *soft law* en materia de derechos humanos.³⁶ La carga argumentativa es media: la sentencia debe explicar por qué el instrumento es interpretativamente pertinente, exponer brevemente los criterios contrarios cuando existan y justificar por qué se prefiere la lectura adoptada. El uso del caso *Elfes* en el amparo en revisión 237/2014, si se hubiera acompañado de un análisis de comparabilidad sistémica, podría haber satisfecho esta carga; tal como se realizó, no la satisfizo.

Función fundante. El instrumento opera como base autónoma de la decisión o de una orden concreta a una autoridad. Es el caso, *prima facie*, del amparo en revisión 203/2017 (caso Iguale), en cuanto la creación de la Comisión Especial de Indagación se vinculó al *Manual* de las Naciones Unidas. La carga argumentativa es máxima y se compone de cuatro elementos: (i) demostrar el agotamiento del *hard law* (es decir, que ningún otro instrumento vinculante resuelve la cuestión); (ii) justificar la pertinencia contextual del instrumento; (iii) realizar un test de proporcionalidad sobre la medida que se ordena; y (iv) explicar por qué la decisión es compatible con la división de poderes y con la competencia de la autoridad destinataria. Esta carga reforzada equivale, *mutatis mutandis*, a la motivación que la Suprema Corte ha exigido tradicionalmente para el control de proporcionalidad de medidas legislativas restrictivas.

3. Tres regímenes diferenciados por tipo de instrumento

Las condiciones de legitimidad y la carga argumentativa son comunes, pero su intensidad varía según el tipo de instrumento. La propuesta distingue tres regímenes.

A) *Régimen reforzado: opiniones de órganos cuasi-jurisdiccionales especializados.* Comprende dictámenes de comités

³⁶RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y PALLARES YABUR, Pedro, *Derechos Humanos*, Ciudad de México, Oxford, 2018, pp. 108-109.

creados por tratados internacionales, opiniones del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, informes de los Relatores Especiales y otros pronunciamientos análogos. La justificación del régimen reside en tres notas: el procedimiento del que emanan tiene componentes cuasi-judiciales (contradicción, escrito, motivación); el órgano emisor tiene especialización técnica reconocida; el instrumento expresa, en muchos casos, consenso internacional sobre el contenido de un derecho fundamental. Estos rasgos no convierten al instrumento en vinculante, pero justifican una presunción favorable a su atendimiento. Es la línea adoptada por el AR 42/2025, completada con tres exigencias adicionales: (i) la opinión debe ser pertinente al caso concreto y no meramente análoga; (ii) cuando contenga directrices generales, su aplicación al caso debe estar precedida de un ejercicio de subsunción; (iii) cuando una opinión posterior contradiga otra anterior del mismo órgano, el juzgador debe identificar y justificar la elección. La carga argumentativa para apartarse, en este régimen, es alta y exige razones sustantivas; la carga argumentativa para aplicar es media y consiste en demostrar pertinencia y subsunción.

B) *Régimen comparado-explicativo: sentencias de tribunales extranjeros.* Comprende sentencias de cortes constitucionales de otros países y de tribunales internacionales en cuyo respecto el Estado mexicano no es parte. Estos instrumentos derivan de procesos jurisdiccionales formales, pero corresponden a sistemas jurídicos distintos. El régimen exige cuatro elementos. Primero, justificación de comparabilidad: el juzgador debe explicar por qué el sistema jurídico de origen es comparable al mexicano (tradición jurídica, estructura constitucional, organización del poder judicial). Segundo, justificación de analogía sustantiva: la cuestión resuelta en la sentencia extranjera debe ser análoga a la que se debate en el caso mexicano. Tercero, análisis de la solución: el juzgador debe explicar el razonamiento de la sentencia extranjera, no limitarse a citar el resultado. Cuarto, justificación de la traslación: el juzgador debe explicar por qué la solución externa es razonable en el contexto mexicano.³⁷ Este régimen excluye el “argumento de autoridad por prestigio” que ha caracterizado parte de la jurisprudencia analizada. La línea chilena, en la documentación de Nogueira Alcalá, ofrece referencias útiles. La carga argumentativa para aplicar es alta; la carga para apartarse es la del derecho común: la sentencia extranjera, en cuanto no es vinculante, no exige motivación reforzada para no ser seguida.

³⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *op. cit.*, pp. 245-250.

C) *Régimen restrictivo: recomendaciones, declaraciones, principios y manuales.* Comprende recomendaciones de organismos políticos, declaraciones internacionales sin ratificar, principios adoptados en congresos internacionales, manuales y lineamientos. Estos instrumentos no provienen de un procedimiento jurisdiccional ni cuasi-jurisdiccional, y su contenido no ha sido validado mediante un proceso de contradicción técnica. El régimen impone tres exigencias. Primero, los instrumentos de esta especie no pueden, por sí solos, fundar una orden que altere obligaciones jurídicas o imponga deberes a una autoridad: solo pueden cumplir función ilustrativa o, excepcionalmente, interpretativa. Segundo, su empleo en clave restrictiva de derechos está vedado: solo pueden invocarse para ampliar la protección, nunca para reducirla. Tercero, cuando se invoquen como criterio interpretativo, debe demostrarse que el *hard law* no resuelve la cuestión y que el instrumento expresa un consenso sustantivo sobre el contenido del derecho. La carga argumentativa para aplicar es la más alta; el régimen es restrictivo precisamente por la naturaleza no contenciosa de la fuente.

4. Aplicación a la jurisprudencia analizada y operacionalización

Aplicar esta tipología a los casos analizados en el apartado III permite ver que muchas de las tensiones jurisprudenciales son aparentes. La tesis P. XXXVI/2009 sería válida bajo el régimen B (los Comentarios de la OCDE son criterios técnicos de un órgano especializado, aplicables como interpretación con carga media). El amparo directo civil 6/2008 sería válido bajo cualquier régimen en cuanto el *soft law* operó solo ilustrativamente. El AR 237/2014 (marihuana) sería deficitario bajo el régimen B: la cita de los casos *Elfes* y *Eppler* sin análisis de comparabilidad y sin justificación de la traslación al sistema mexicano no satisface la carga argumentativa exigible. El AI 1/2020 (glifosato) sería problemático tanto en sede administrativa como judicial: la autoridad invocó un instrumento del régimen C como fundamento autónomo de una decisión restrictiva, lo que el régimen propuesto excluye. El AR 203/2017 (Iguala) sería válido bajo el régimen A o B en la medida en que la jurisprudencia interamericana fue determinante; el *Manual* de la ONU debió operar como criterio interpretativo subordinado, no como fuente fundante. El AR 42/2025 sería válido bajo el régimen A, con las adiciones señaladas. La utilidad de la tipología es, así, no solo proyectiva sino también explicativa: permite reconstruir la jurisprudencia existente bajo un único marco metodológico.

La operacionalización de la propuesta puede traducirse en una secuencia argumentativa que el juzgador siga al invocar un

instrumento de *soft law*. Primer paso: identificación del instrumento y clasificación tipológica (régimen A, B o C). Segundo paso: verificación de las tres condiciones de legitimidad (subsidiariedad, compatibilidad, pertinencia contextual). Tercer paso: identificación de la función que el instrumento cumple en la decisión (ilustrativa, interpretativa o fundante) y satisfacción de la carga argumentativa correspondiente. Cuarto paso: cumplimiento de las exigencias propias del régimen aplicable (motivación reforzada para apartarse en el régimen A; análisis de comparabilidad y traslación en el régimen B; restricciones específicas en el régimen C). La secuencia no exige un formalismo escolar: lo relevante es que la sentencia exhiba, expresa o implícitamente, el cumplimiento de los pasos. Esta exhibición permite el control mediante los recursos ordinarios y, en su caso, mediante el recurso de queja al que se refirió la tesis CXCVIII/2018.

Cabe anticipar tres objeciones que podrían formularse a la propuesta. La primera es la objeción del formalismo: la introducción de pasos argumentativos podría ritualizar el uso del *soft law* y vaciar de sustancia las exigencias. La réplica es que la secuencia propuesta no es formal en sentido escolar; cada paso exige razones sustantivas y, sin éstas, los recursos ordinarios identificarán el déficit. La segunda objeción es la objeción del activismo: el régimen reforzado del tipo A podría empujar a las autoridades hacia decisiones más expansivas que las que el *hard law* interno autoriza. La réplica es que el régimen exige, en todo caso, la satisfacción de la condición de subsidiariedad y la condición de compatibilidad: el instrumento solo opera cuando el *hard law* no resuelve y nunca para restringir derechos previstos en el ordenamiento interno. La tercera objeción es la objeción de la indeterminación: los conceptos de “pertinencia contextual” o “comparabilidad sistémica” son vagos y podrían sustituir una discrecionalidad por otra. La réplica es que toda metodología jurídica trabaja con conceptos cuyo contenido se precisa progresivamente por la práctica; la diferencia con el estado actual es que la presente propuesta nombra esos conceptos y exige justificarlos, en lugar de dejarlos sumergidos en el silencio argumentativo.

VI] Conclusiones

El análisis realizado permite formular cuatro conclusiones.

Primera. El problema del *soft law* en el derecho mexicano no es de admisibilidad sino de método. La oscilación de la Suprema Corte entre el rechazo formal (tesis CXCVIII/2018) y el empleo material (jurisprudencia continua de los últimos años) revela que la cuestión no se resuelve afirmando o negando la legitimidad de la

fuente, sino estableciendo criterios diferenciados de uso. La práctica judicial ha decidido, de hecho, que el *soft law* puede emplearse; la doctrina debe construir las condiciones bajo las cuales ese empleo es legítimo.

Segunda. El amparo en revisión 42/2025 representa un avance procesal limitado. La motivación reforzada para apartarse de las opiniones del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria introduce una técnica institucional valiosa, pero no resuelve el problema metodológico de fondo: no establece criterios sustantivos para evaluar la opinión, no se pronuncia sobre los demás tipos de instrumento, no construye estándares sustantivos para la motivación, e invierte la presunción ordinaria sobre fuentes no vinculantes sin justificarlo. El precedente debe leerse como punto de partida y no como solución.

Tercera. La propuesta metodológica que aquí se ofrece se articula en tres ejes complementarios. Las tres condiciones de legitimidad operan como filtros previos a toda invocación del *soft law*. La jerarquía de cargas argumentativas según la función del instrumento gradúa la exigencia motivacional según el peso que el instrumento tiene en la decisión. Los tres regímenes diferenciados según el tipo de instrumento permiten tratar de manera distinta lo que es estructuralmente distinto. La propuesta no pretende cerrar el debate, sino abrirlo bajo coordenadas operativas más nítidas.

Cuarta. Las experiencias comparadas confirman que el *soft law* puede operar legítimamente cuando se acompaña de método. La cautela explicativa del Tribunal Constitucional chileno respecto del derecho comparado, la cláusula colombiana de empleo del *soft law* en clave expansiva y la advertencia japonesa sobre los límites del trasplante de instrumentos cuasi normativos a sistemas de tradición distinta ofrecen pistas sustantivas. El *soft law* puede cumplir, si se utiliza con método, una función virtuosa en la protección de derechos humanos: colmar lagunas, ofrecer criterios interpretativos en supuestos novedosos, armonizar la práctica nacional con estándares internacionales. Pero también puede convertirse en una vía de discrecionalidad cuando se invoca sin justificación. La diferencia entre una y otra cosa es, precisamente, una cuestión de método.³⁸

Conviene cerrar con una observación que enmarca la propuesta dentro de un compromiso institucional más amplio. El uso del *soft law* no es un fenómeno transitorio que pueda gobernarse mediante criterios excepcionales: forma parte de la

³⁸LAGOUTTE, Stéphanie, Gammeltoft-Hansen, Thomas y Cerone, John, *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2016, pp. 25-30.

fisonomía del derecho contemporáneo y, en la medida en que la integración internacional avanza y los estándares supranacionales se diversifican, su presencia en sede judicial seguirá creciendo. Las opciones disponibles son, por tanto, dos. La primera consiste en perpetuar la práctica actual y dejar que la jurisprudencia construya su régimen mediante decisiones aisladas, con el costo de seguridad jurídica que eso implica. La segunda consiste en construir, de manera deliberada y mediante un trabajo concertado entre la jurisdicción y la doctrina, un marco metodológico que ordene el uso. La presente propuesta opta por la segunda y la ofrece como un punto de partida para un diálogo que necesariamente desbordará los límites de un solo trabajo.

El reto, para los tribunales mexicanos y para la doctrina que los acompaña, es construir esa metodología y aplicarla con consistencia. El amparo en revisión 42/2025 ofrece la primera piedra. Corresponde a la dogmática jurídica, a la práctica judicial y al diálogo académico edificar el resto.

Bibliografía

- ABBOTT, Kenneth W., Keohane, Robert O., Moravcsik, Andrew, Slaughter, Anne-Marie y Snidal, Duncan; "The Concept of Legalization"; *International Organization*; vol. 54; núm. 3; 2000; pp. 401-419
- Acción de Tutela ATC 255/2020, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia
- Acción de Tutela STC 9296-2019, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 16 de julio de 2019
- Acción de Tutela STC 11217-2019, Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 22 de agosto de 2019
- Amparo Directo Civil 6/2008, relacionado con la Facultad de Atracción 3/2008-PS, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
- Amparo en Revisión 42/2025, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesión pública de 20 de enero de 2026
- Amparo en Revisión 203/2017 y sus acumulados, Primer Tribunal Colegiado del Decimonoveno Circuito
- Amparo en Revisión 237/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
- ASTUDILLO, César; "El bloque y el parámetro de regularidad constitucional en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación"; en Carbonell, Miguel et al. (coords.); *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria. Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo*; UNAM; México; 2015; t. IV; vol. 1
- AUSTIN, John; *The Province of Jurisprudence Determined*; John Murray; Londres; 1832

- CÁRDENAS CASTAÑEDA, Fabián Augusto; "A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin"; *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*; México; vol. XIII; 2013
- CHINKIN, Christine; *Commitment and Compliance*; Oxford University Press; Oxford; 2010
- Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Baldeón García vs. Perú*, sentencia de 6 de abril de 2006
- Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010
- Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006
- Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, sentencia de 5 de julio de 2006
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; Río de Janeiro; 1992;
http://siga.jalisco.gob.mx/assets/documentos/TratadosInt/Declarario_92.htm, consultado el 28 de abril de 2026
- DI PIETRO, Alfredo; *Manual de Derecho Romano*; 4ª ed.; Ediciones Buenos Aires; Buenos Aires; 2005
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; 26 de junio de 1945
- Food and Drug Administration; *Questions and Answers on Glyphosate*; Estados Unidos; 2020; <https://www.fda.gov/food/pesticides/questions-and-answers-glyphosate>, consultado el 28 de abril de 2026
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo; *Introducción al Estudio del Derecho*; Porrúa; México; 2000
- GÉNY, François; *Método de Interpretación y Fuentes del Derecho Privado Positivo*; Comares; Granada; 2000
- Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, Organización de las Naciones Unidas; Opinión 75/2018
- JARAMILLO, Marcos y Lara, José Luis; "Acerca del denominado *soft law* administrativo: notas frente a la experiencia japonesa y chilena"; *Actas XXXIX Jornadas de Derecho Público* 19; Chile; diciembre de 2014
- LAGOUTTE, Stéphanie; Gammeltoft-Hansen, Thomas y Cerone, John; *Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights*; Oxford University Press; Nueva York; 2016
- McNAIR, Arnold; "The Functions and Differing Legal Character of Treaties: British Practice and Opinions"; *British Yearbook of International Law*; vol. 11; 1931
- MURAKAMI, Yasusuke; "Ic as a Pattern of Civilization"; *Journal of Japanese Studies*; vol. 10; núm. 2; 1984
- Naciones Unidas; *Manual sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias*; Nueva York; 1991
- NOGUEIRA ALCAÍA, Humberto; "El uso del derecho y jurisprudencia constitucional extranjera y de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2011"; *Estudios Constitucionales*; vol. 11; 2013; pp. 221-274
- PAPE, Wolfgang; "Gyosei Shido and the Antimonopoly Law"; *Law in Japan*; vol. 12; 1982

- PASTORE, Baldassare; "Soft Law y la Teoría de las Fuentes del Derecho"; *Soft Power Journal — Revista Euro-Americana de Teoría e Historia de la Política*; Bogotá; vol. 1; núm. 1; 2014
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos;
- RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y PALLARES YABUR, Pedro; *Derechos Humanos*; Oxford; Ciudad de México; 2018
- Sala Especializada en Materia Ambiental y de Regulación, Tribunal Federal de Justicia Administrativa; expediente 415/20-EAR-01-1; sentencia de 28 de septiembre de 2020
- SENDEN, Linda; *Soft Law in European Community Law (Modern Studies in European Law)*; 1ª ed.; Hart Publishing; Londres; 2004
- SNYDER, Francis; "The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Process, Tools and Techniques"; *The Modern Law Review*; 1993; pp. 19-54
- SUPIOT, Alain; *Homo Juridicus. Essai sur la Fonction Anthropologique du Droit*; Éditions du Seuil; París; 2005
- Tesis Aislada 1a. CDV/2014 (10a.);
- Tesis Aislada 1a. CXCIII/2018 (10a.);
- Tesis Aislada 1a. CXCIX/2018 (10a.);
- Tesis III.6o.A.24 A (10a.);
- Tesis de Jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.);
- Tesis Aislada P. XXXVI/2009;
- TORO HUERTA, Mauricio Iván; "El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional"; *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*; 2006
- WEIL, Prosper; "Towards Relative Normativity in International Law?"; *American Journal of International Law*; vol. 77; 1983; pp. 413-442

*Ubi aequitas evidens poscit subveniendum est
In omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda sit*

Invalidez de actos societarios en la sociedad anónima

Invalidity of corporate acts in corporations

HUGO GONZÁLEZ GARCÍA¹

SUMARIO: I. Introducción; II. Sobre las acciones procesales; III. Las anormalidades de actos de asambleas de sociedades anónimas; IV. Conclusiones.

SUMMARY: I. Introduction; II. On procedural actions; III. Irregularities in acts of shareholders' meetings of corporations; IV. Conclusions.

Resumen. El presente trabajo analiza la invalidez de los actos de los actos societarios en la sociedad anónima, particularmente aquellos derivados de las resoluciones adoptadas en las asambleas ordinarias de accionistas. A partir del estudio de la tesis aislada con Registro Digital 176513 y los artículos 200 y 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se examinan las acciones procesales procedentes para impugnar actos contrarios a la ley o a los estatutos sociales. Asimismo, se realiza una revisión histórico-comparada de la evolución normativa italiana y mexicana en materia de nulidad, anulabilidad e impugnación de resoluciones societarias, destacando la influencia del artículo 163 del Código de Comercio italiano de 1882 en el sistema mexicano. El estudio busca diferenciar técnicamente conceptos como nulidad, invalidez, ineficacia y oposición judicial, proponiendo una interpretación sistemática que permita distinguir que afectan la correcta tutela de los derechos societarios.

Palabras clave: Sociedad anónima, invalidez societaria, nulidad, impugnación de resoluciones, derecho mercantil

Abstract. *This paper analyzes the invalidity of corporate acts in corporations, particularly those arising from resolutions adopted*

¹ Profesor de Derecho Mercantil en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara.

at shareholders' meetings. Based on the isolated judicial precedent with Digital Registry 176513 and Articles 200 and 201 of the General Law of Commercial Companies, the study examines the procedural actions available to challenge acts contrary to law or corporate bylaws. It also develops a historical and comparative review of the Italian and Mexican legal evolution regarding nullity, voidability, and the challenge of corporate resolutions, emphasizing the influence of Article 163 of the Italian Commercial Code of 1882 on the Mexican legal system. The research seeks to technically distinguish concepts such as nullity, invalidity, ineffectiveness, and judicial opposition, proposing a systematic interpretation that allows a clearer differentiation between opposition actions, nullity actions, and corporate challenges, thus avoiding doctrinal confusion affecting corporate legal protection.

Keywords: Corporation, corporate invalidity, nullity, challenge of resolutions, commercial law

I] Introducción

La tesis con Registro Digital 176513,² de rubro “NULIDAD DE ACTAS DE ASAMBLEA DE ACCIONISTAS. SON IMPUGNABLES MEDIANTE LA ACCIÓN GENÉRICA DE NULIDAD CUANDO LAS CAUSAS Y HECHOS QUE LA MOTIVAN NO SURTEN DE MANERA CLARA Y ESPECÍFICA LOS SUPUESTOS DE NULIDAD Y OPOSICIÓN REGULADOS POR LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES” concluye que existen tres acciones judiciales que se pueden ejercer en relación con las asambleas generales, ordinarias o extraordinarias, celebradas por los accionistas de una Sociedad Anónima (SA), con la finalidad de impugnar la *nulidad* de la asamblea, con el objeto de declarar la *ineficacia* de la propia asamblea; o bien para atacar la *validez* de acuerdos o resoluciones de asamblea, o, en fin, para *invalidar* resoluciones sociales.

Tales acciones son:

a) La acción de nulidad de la asamblea, es la que persigue la *nulidad* de la propia asamblea, y que tiene por objeto³ declarar la *ineficacia* de la reunión misma en función de una diversidad de

² Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito. — Novena Época. — Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. — Tomo XXII, diciembre de 2005, página 2730. — Tesis I.3o.C.514 C. — Amparo directo 303/2005.

³ Derivado de una interpretación “sistemática” de los arts. 179, 186, 187, 188, 189, 190 y 191 LGSM.

causas previstas por la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM), y que podemos reducir a a) cuestiones que afectan la convocatoria; b) a que se celebre en fecha o lugar distintos a los señalados en la convocatoria o fuera del domicilio social, y c) no se reúnan los quórum legales o estatutarios o de votación.

b) La acción de oposición judicial a las resoluciones de las asambleas generales, y que tiene por objeto atacar la validez de los acuerdos o resoluciones tomados por la asamblea general, acción que, según la tesis, conforme los arts. 201, 202, 203, 204 y 205 LGSM, se caracteriza por ser a) una acción de impugnación concreta y determinada propia de las minorías; b) su ejercicio está sujeto a un plazo perentorio, y c) la legitimación activa en la causa requiere de la exhibición del certificado de depósito de los títulos accionarios con los que se demuestra ser accionista y de tener, al menos, el 25%⁴ del capital social.

Señala la tesis que la acción de oposición *excluye* a los socios que no integren cuando menos el 25% del capital social, a pesar de que estimen que las resoluciones son ilegales, así como también excluye a los socios que, a pesar de reunir ese porcentaje, asistieran a la asamblea y hayan votado en contra o a favor, y consideren que existe una causa ocurrida posteriormente a la votación y que pudiera dar lugar a la nulidad de la resolución.

c) La acción genérica de nulidad. Explica la tesis que la exclusión señalada en el punto inmediato anterior, “no impide estimar que, al lado de la acción de oposición y de la acción de nulidad referidas, es factible para los socios que se encuentren en los anteriores supuestos ejercer una diversa acción genérica de nulidad fundada en causas y hechos que no surtan de manera clara y específica los supuestos de nulidad y de oposición regulados en la ley especial”.

Esta acción de nulidad se encuentra fundada en las reglas generales de las *nulidades* que regula el Código Civil Federal (CCF). Ello, a pesar de que en la LGSM “existen medios de impugnación expresamente señalados”, ello no puede excluir dicha “acción genérica de nulidad”, atento a que el art. 8o. CCF dispone que son *nulos* los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público, estén o no en la LGSM tales leyes. Así, resultan aplicables a las resoluciones de las asambleas las

⁴ La tesis, anterior a 2014, en que se reformó la cuantía mínima, decía el 33%, y que hemos adecuado al texto vigente.

nulidades de los actos jurídicos previstos por el CCF, habida cuenta de que tales resoluciones son manifestaciones de voluntad.

1. Dos cuestiones: invalidez e impugnación

La tesis referida da lugar a diversas consideraciones que habría que tomar en cuenta; sin embargo, de ella encontramos principalmente dos:

a) Qué clase de acciones judiciales (o incluso, ¿por qué no?, mediante instancias de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (MASC) serían las conducentes para impugnar los actos societarios que devienen ineficaces por resultar contrarios a la ley o a los estatutos. Pierde de vista la tesis, o de su texto no resulta, que no existe jurídica y técnicamente una “acción de oposición” que tenga por objeto impugnar un acto ilegal o anti estatutario, ya que, en todo caso, la que refiere la tesis, sería una acción de impugnación por invalidez, o alguna otra que tendría como objetivo un acto que *no debe* tener eficacia. La propia LGSM reconoce acciones judiciales de *oposición* contra actos *legales*, y cuya base puede obedecer a motivos económicos o de otra índole, pero no por cuestiones ilegales o anti estatutarias, como lo son las previstas por los arts. 9o., 243, 224 o 228 Bis, fr. VI, en donde tendrán legitimación para *oponerse* a la disminución de capital social, a la entrega de cuota parcial de liquidación, a la fusión o transformación y a la escisión, los acreedores de la sociedad, y los socios que representen una minoría de cuando menos el 25% del capital social en el caso de escisión y, por tanto, en caso de *resultar fundada la oposición, el acto en cuestión será ineficaz, pero no inválido*. De la lectura de dichas disposiciones de la LGSM, no aparece que el acto que puede generar acción de oposición sea ilegal o contra los estatutos, sino que la base de la misma será de otra índole y, sin embargo, dota de acción judicial de oposición a las personas ahí señaladas, sean acreedores o socios, según sea el caso.

b) La relativa a determinar cuáles son las figuras jurídicas que generan *ineficacia*, de los actos societarios correspondientes a asambleas generales de accionistas *por ir en contra* de la ley o los estatutos, pero no solamente de la asamblea o sus resoluciones, sino cualquier acto viciado que tenga relación con dichas figuras. Ello, debido a que de la tesis se desprende que las normas o criterios que provocan ineficacia o invalidez no solamente aplican a las propias asambleas y a sus resoluciones, sino a todo acto

relacionado con la preparación, discusión, aprobación, conclusión de la asamblea y de sus acuerdos o resoluciones y la propia ejecución de los mismos. Lo cuestionable del texto de la tesis es que se emplean los términos *nulidad*, *ineficacia*, *validez* e *invalidéz*, y no entendemos si como sinónimos o si pretende alguna diferencia entre ellos.

II] Sobre las acciones procesales

Los temas que se derivan de los artículos 200 y 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM), han despertado en México más confusión que la que en su tiempo y lugar provocó el artículo 163 del Código Civil italiano de 1882.

No hay controversia respecto de que esos arts. 200 y 201 LGSM tienen inspiración en el texto del art. 163 del Código comercial italiano; de ahí que para estar en mínimas condiciones de entender o tratar de enderezar la problemática surgida, considero que es conveniente hacer mención del contexto en el que se fue ubicando la disposición contenida en ese art. 163, y su posterior evolución hacia el actual Código Civil italiano vigente.

1. Breve reseña histórica

En Italia, antes de la unión, en la mayoría de los Estados italianos regían códigos de comercio inspirados en el napoleónico de 1807, código que en materia de sociedades (arts. 18 a 50, si bien el art. 37 disponía que la sociedad anónima no puede existir sin autorización del rey, y la falta de publicación de extractos de las constitutivas de la colectiva y comandita se sancionaba con nulidad para los interesados dejando a salvo los derechos de tercero —art. 42—) no incluyó mención alguna respecto de la *invalidéz* o impugnación de acuerdos de los socios, aunque cabe mencionar que contenía una sección dedicada a regular las controversias entre socios y la manera de resolverlas mediante *arbitraje* (arts. 51 a 64).

a) *Codice di Commercio del Regno di Sardegna, 1842*

En 1842 Carlos Alberto promulgó el *Codice di Commercio del Regno di Sardegna* y que luego fue extendido progresivamente a toda Italia con la unificación jurídica del siglo XIX, antes de la entrada en vigor del *Codice di Commercio del Regno d'Italia* de

1882.⁵ Podemos decir que ese fue el primer Código de Comercio de Italia, y no hace ninguna referencia a irregularidades que provoquen inexistencia (salvo el caso de la anónima que carezca de autorización para constituirse —art. 46—) o invalidez. En su texto original estableció diversas formalidades que se debían observar, tanto para la constitución de las sociedades mercantiles, como para ciertos actos. Consecuencias de la inobservancia de reglas societarias: responsabilidad solidaria del socio comanditario (art. 38); inoponibilidad a terceros de buena fe que contrataron con la sociedad (ej. art. 48 cuando la sociedad colectiva o en comandita carece de instrumento público o privado para demostrar su existencia o 52.2 falta de inscripción del extracto de constitución de la colectiva o comandita). Asimismo, en su art. 56 dispuso que ciertos actos debían constar en declaración expresa de los socios, tales como la continuación de la sociedad concluido su plazo de duración, la disolución anticipada de la sociedad, cambios, separación o exclusión de socios, cualquier modificación a las cláusulas o cambio a la razón social, quedaban sometidos tales actos a las mismas formalidades que para su constitución, so pena de que cualquier socio podía separarse (retirarse) de la sociedad mediante requerimiento judicial, en cuyo caso, la sociedad quedaba disuelta de pleno derecho desde el momento del requerimiento.

b) Código de comercio mexicano de 1854

En México, como es sabido, el primer código de comercio fue el llamado Código Lares (16 de mayo de 1854), mismo que regulaba a las compañías de comercio (arts. 231 a 265, y particularmente a la sociedad anónima en sus arts. 242 a 251); sin embargo, no contenía ninguna disposición relativa a defectos, vicios o causas de inexistencia o invalidez de acuerdos de los socios por vicios propios o por omitir formalidades o requisitos.

Para las obligaciones mercantiles, en su art. 229 remitía a las “reglas determinadas por el derecho común”, salvo las modificaciones que dicho código de comercio establecía.

c) Codice di Commercio, 1865

Poco después, en Italia, su Código de Comercio de 1865 introdujo en su art. 145 (relativo a la sociedad anónima), el requisito

⁵ Biblioteca Centrale Giuridica, I lavori preparatori dei codici italiani — Una bibliografia, p. 87.

de publicar, en la convocatoria a asamblea, el orden del día conteniendo los asuntos que se someterían a la asamblea, y sancionaba con *nulidad* toda resolución tomada sobre un objeto que no hubiese sido señalado en dicha convocatoria. Es la única vez que el Código de Comercio (CCO) de 1865 usa el término *nulo* en sociedades:

Art. 145. En la convocatoria de la asamblea general se deberá publicar la lista de los asuntos que se someterán a su deliberación. Cualquier deliberación tomada sobre un asunto que no haya sido indicado en dicha lista será nula.

Por su parte, el art. 149 consagró el principio de mayoría que regía en materia de asambleas de las sociedades anónimas, es decir, se refiere o regula la fuerza obligatoria de las resoluciones de la asamblea general:

*Art. 149. Las resoluciones tomadas por la asamblea general dentro de los límites de los estatutos sociales son obligatorias para todos los accionistas incluso para los que no hayan intervenido.*⁶

Cabe destacar que ese art. 149 solo se refería a que el acuerdo se ciñera a los estatutos y no a otras normas u ordenamientos; asimismo ese código de comercio de 1865 no establecía acciones procesales de impugnación.⁷

El propio Código de 1865 señalaba que en caso de cambio, separación o exclusión de los socios; nuevas estipulaciones; modificación de la razón social; reducción del capital; actos de disolución anticipada o de prórroga de la sociedad, tales actos se sujetaban a formalidades que el código establecía para los casos de constitución de la sociedad (art. 163), y que, en caso de omitirse tales formalidades, cualquiera de los socios podía *separarse* de la sociedad mediante notificación judicial, en cuyo caso la sociedad se entendía resuelta desde el día de la notificación, pero no podían ser opuestos dichos actos a terceros (art. 164), de donde deduzco

⁶ Art. 149. Le deliberazioni prese dall'assemblea generale entro i limiti dello statuto sociale, sono obbligatorie per tutti gli azionisti anche non intervenuti.

⁷ Así BASSI, Matilde, *Profili processuali delle impugnazioni delle deliberazioni assembleari di società per azioni: la legittimazione ad agire e ad intervenire*, Tesi di dottorato, Università degli Studi di Napoli Federico II, Diritto dei rapporti civili ed economico-sociali, Diritto processuale civile, 2008, p. 4.

que se trata de inoponibilidad,⁸ figura no regulada expresamente por nuestra legislación civil federal.

d) *Loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales*

Dos años después de ese código italiano de 1865, en Francia, en 1867 se publicó la *Ley sobre las sociedades comerciales*, en donde, entre otros tipos societarios, reguló a la sociedad anónima. En diversos artículos estableció cuestiones sobre *nulidad* tanto de la sociedad misma, como de ciertos actos y resoluciones, tanto de la asamblea general constitutiva, como de asambleas generales con la sociedad ya en funcionamiento. Asimismo, en diversos artículos empleaba el término *validez* cuando se debía cumplir con requisitos, como, por ejemplo, si se satisfacía cierto quorum de asistencia, el acuerdo de la asamblea general sería válido (arts. 29, 31)

Los artículos 55 y 56, contenidos dentro del título IV, *Disposiciones relativas a la publicación de actos societarios*, establecían formalidades a observar so pena de *nulidad*: duplicado o copia certificada del acta constitutiva debe presentarse ante un tribunal competente; a dicha acta (si es una SA) se anexarán: copia de acta notarial donde conste la suscripción del capital social y el pago de la cuarta parte, así como copia certificada de los acuerdos de la asamblea general relativos a nombramientos de administradores, y además, adjuntar la lista de los suscriptores debidamente certificada conteniendo los generales y número de acciones de cada uno (art. 55). Al mismo tiempo, publicar un extracto del acta constitutiva y sus anexos en un periódico designado para recibir avisos legales, cuestión que sería demostrada mediante un ejemplar del periódico certificado por el impresor, legalizado por el alcalde y registrado dentro de los tres meses de su fecha (art. 56). Concluía el art. 56:

“Las formalidades prescritas por el artículo anterior y por este artículo se observarán, bajo pena de nulidad, respecto de los interesados; pero la falta de cumplimiento de cualquiera de ellas no podrá ser oponible a terceros por los socios”.

⁸ “Situación jurídica en virtud de la cual un acto resulta ineficaz respecto de determinadas personas, normalmente ajenas a su realización”. Diccionario panhispánico del español jurídico. Ver arts. 2163 Código civil federal y 1666 Código civil para el estado de Jalisco, este último sí previene la inoponibilidad, aunque, quizás, contrario al espíritu general del art. 1793 CCJ contenido en un capítulo del mismo rubro.

A su vez, el art. 61, también dentro de ese título IV, dispuso que quedaban sujetos a las *formalidades* y pena de *nulidad* referidos en los arts. 55 y 56, todos los actos y resoluciones que tengan por objeto: (i) la modificación de los estatutos, (ii) la continuación de la sociedad más allá del plazo fijado para su duración, (iii) la disolución antes de dicho plazo y el modo de liquidación, (iv) cualquier cambio o baja de socios y (v) cualquier cambio en la razón social.

El segundo párrafo del propio art. 61 señaló un elenco de diversos artículos respecto de los cuales serían aplicados los arts. 55 y 56 a las resoluciones reguladas por los arts. 19, 37, 46, 47 y 49.

El art. 19 decía que una sociedad en comandita por acciones construida con anterioridad a la Ley de 1867 y que sus estatutos permitieran la transformación en SA autorizada por el gobierno, podían convertirse en SA conforme la nueva ley, ciñéndose a las condiciones establecidas por sus propios estatutos. Los arts. 46 y 47, eran de similar texto: el art. 46 relativo a las anónimas con existencia previa a la nueva ley, para transformarse a la SA regulada conforme la nueva ley, observando las formas prescritas para la modificación de sus estatutos, ya que de otra suerte, continuarían rigiéndose conforme las normas vigentes cuando se constituyeron; y el art. 47, también permití a las sociedades de responsabilidad limitada para convertirse en anónimas cumpliendo las formas para modificar sus estatutos.

El art. 37, establecía que, en caso de pérdida de tres cuartas partes del capital social, los administradores debían convocar a asamblea general *de todos* los accionistas para que determinara si procedía la disolución de la sociedad, y el acuerdo correspondiente debía, en cualquier caso, ser publicado. Si los administradores no convocaban o si la asamblea no se podía instalar, cualquier persona podría solicitar judicialmente la disolución de la sociedad.

Por último, el art. 49, inscrito en el título III, *De las sociedades de capital variable*,⁹ determinaba que el capital social de una sociedad que hubiere adoptado esa modalidad, no podía superar los 200,000 francos; sin embargo, podría ser aumentado por acuerdo de la asamblea general tomada cada año, pero sin que cada aumento superara los 200,000 francos.

Desligado de lo establecido por los arts. 61, 55 y 56, el art. 32 de la ley de 1867 disponía que la asamblea general anual designaría a los comisarios encargados de emitir un dictamen sobre el balance y las cuentas presentadas por los administradores, y que

⁹ Esa ley es la que introdujo la modalidad de sociedades de capital variable, cuyo texto fue inspiración para el capítulo VII de nuestra LGSM (arts. 213 a 221).

el acuerdo que las aprobara sería *nulo* si el balance y las cuentas no estaban precedidas por el dictamen. Si no eran nombrados los comisarios por la asamblea general, o por impedimento o rechazo de los nombrados, se procedería por orden judicial a petición de cualquier interesado.

Cabe decir que previo a la ley de 1867, en Francia se había promulgado la "*Ley de 23-29 de mayo de 1863 de las sociedades de responsabilidad limitada*", cuyo articulado relativo a la validez de actos y nulidad de la sociedad, actos y asambleas (p. ej. arts. 14, 15, 24 y 25) fueron copiados por la ley de sociedades anónimas posterior.

e) *Codice di Commercio, 1882*

Después de diversos proyectos, en 1882 fue aprobado el Código de Comercio. Por una parte, el art. 96 de dicho Código, recogiendo de alguna manera lo que se establecía en el art. 163 del Código de 1865, dispuso que en tratándose de ciertos actos,¹⁰ los mismos *deben resultar de una resolución, tomada de conformidad con las prescripciones de la ley y del acto constitutivo o del estatuto*, y depositada en la secretaría del tribunal civil para la verificación del cumplimiento de las condiciones establecidas por la ley y para la autorización de la transcripción en el registro de sociedades. Además, deben ser transcritos, fijados y publicados de acuerdo con las disposiciones de los arts. 91, 94 y 95, que se refieren a las formalidades para la constitución de la sociedad, misma que estaba al cuidado y responsabilidad del notario, para depositar la documentación ante el juez, quien, previa verificación de ser legal, lo aprobaría. Es decir, algo muy similar al procedimiento de homologación judicial que estaba contenido en los arts. 260 a 264, de la LGSM, y que fueron derogados según publicación en el Diario Oficial de la Federación (DOF) de 11 de junio de 1992.

De hecho, Vivante entendió lo que se desprendía entre líneas del aludido artículo 96:

¹⁰ Separación, exclusión o cambios de los socios, los cambios de la denominación, de la sede o del objeto de la sociedad, modificaciones del capital, la disolución antes del plazo establecido en el contrato o prórroga más allá de ese plazo, la fusión con otras sociedades, y en general, todos los cambios introducidos en las disposiciones de la escritura constitutiva o del estatuto de las sociedades en comandita por acciones y anónimas.

"Quien lea el art. 96 del Código de Comercio que declara son eficaces para con los accionistas solo aquellos acuerdos que se tomen de conformidad con las prescripciones de la ley, de la escritura de constitución o de los Estatutos, se convencerá que el Código ha querido tener el camino expedito a los socios para que puedan demostrar la ilegalidad del acuerdo".¹¹

Como vemos, todos aquellos actos que significaran modificación a la escritura constitutiva o a los estatutos de una sociedad, además de que debían ser conformes con la ley y con las reglas particulares de la sociedad en cuestión, debían pasar por el tamiz judicial para su aprobación. En esos términos, los intereses tanto de los accionistas como de los terceros se veían de alguna manera tutelados, y sin que se diera lugar a temas de impugnar acuerdos de ese tenor.

Además de lo anterior, encontramos que Vivante veía como un presupuesto de *eficacia para con los socios*, que los acuerdos fueran tomados legalmente, o sea, conforme la ley, el acto constitutivo y los estatutos de la sociedad. Al decir "para con los socios", se encuentra ínsito que los terceros no se ven afectados por la omisión o inobservancia de requisitos que pudieran afectar la resolución.

Y subrayo el término *eficacia*, debido a que así lo determinó el autor veneciano, quizás para usar un concepto lo más amplio posible que englobara los fenómenos que impiden se logren las consecuencias que de un acto determina la ley o aquellas que persiguen las partes al ponerse de acuerdo sobre una cuestión.

En efecto, conforme lo escribió Vivante,¹² *las resoluciones de asamblea pueden tener existencia solo aparente o adolecer de un defecto* que los vicie en su forma o contenido.¹³ Así, el Código de Comercio italiano de 1882 fue más allá de sus predecesores al establecer en diversas disposiciones, normas que regulaban situaciones anormales en materia de sociedades mercantiles, pero sin reconocer grados o categorías de *invalidez* o de *ineficacia*.¹⁴

¹¹ VIVANTE, César, *Tratado de derecho mercantil*, vol II, *Las sociedades mercantiles*, trad. Ricardo Espejo, 1ª ed., Editorial Reus, Madrid, 1932, p. 283. (Traducción de la quinta edición de 1921; la primera fue en 1893)

¹² Op. cit., núms. 521 a 528.

¹³ Hay que recordar que Vivante hizo tal mención cuando, en Italia, la teoría de las nulidades era diferente a la que se acogió en el Código Civil de 1942. Por ello, habla de *inexistencia* (o existencia solo aparente) y *anulabilidad*.

¹⁴ TAMBURINO, Elisa, *Nullità delle deliberazioni assembleari nella s.p.a. e regole generali in materia di invalidità*, pp. 4-5.

Así es como se llegó a la redacción final del artículo 163 del código de comercio de 1882, integrado por dos párrafos antitéticos,¹⁵ cuyo texto estableció:

Art. 163. Las resoluciones¹⁶ adoptadas por la asamblea general, dentro de los límites del acto constitutivo,¹⁷ de los estatutos o de la ley, son obligatorias para todos los socios, incluso los ausentes o disidentes, salvo lo dispuesto en el artículo 158.¹⁸

Contra las resoluciones manifiestamente contrarias al acto constitutivo, al estatuto o a la ley, podrá interponerse oposición por cualquier socio,¹⁹ y el presidente del Tribunal de Comercio,²⁰ previa audiencia de los administradores y de los síndicos,²¹ podrá suspender su ejecución mediante providencia que se notificará a los administradores.

¹⁵ Así VIVANTE, ob. cit., p. 273. Se refiere a que el primer párrafo establece la obligatoriedad de las *resoluciones legales*, en tanto que el segundo, se refiere a las *resoluciones tomadas en contravención de las mismas normas* señaladas en el primer párrafo, y en donde, además, se contienen *dos clases de acciones* procesales: una contradictoria y la otra cautelar.

¹⁶ En el texto original aparece el término *deliberazioni*, mismo que puede traducirse como *resoluciones*, y es precisamente el que emplea el art. 200 LGSM.

¹⁷ El *atto costitutivo* se refiere al contrato o escritura constitutiva de la sociedad, que en la tradición italiana tenía carácter contractual.

¹⁸ El art. 158 decía que, salvo pacto en contrario, para los actos ahí señalados, se requería un quorum de asistencia de tres cuartas partes del capital social, y el voto favorable de la mitad del mismo capital. Tales actos eran: disolución anticipada; prórroga de duración; fusión; disminución del capital social; reintegro o aumento del capital social; cambio de objeto, y cualquier otra modificación del acto constitutivo. Es decir, requería una mayoría reforzada, y por otra parte, reconocía derecho de separación (*recesso*) a los socios *disidentes* en asuntos de fusión, reintegro o aumento de capital, cambio de objeto y prórroga no prevista en los estatutos.

¹⁹ Es oportuno señalar que el término *socio* abarca tanto a los socios fundadores como a los que se incorporan posteriormente, y que la acción que se concede corresponde a cualquier socio, y por tanto, tienen legitimación tanto los que votaron a favor como los que no eran socios al momento de tomarse la resolución. Sobre ello, v. DONATI, quien sostiene que cualquier socio puede intentar la acción, tanto el que votó a favor (socios conforme), como el que adquirió tal carácter después de la resolución., ob. cit. Pp. 238 a 241. Ahí menciona los argumentos de quienes sostienen lo contrario.

²⁰ El presidente del tribunal de comercio ejercía funciones jurisdiccionales a las que en nuestro medio corresponden a un juez de lo mercantil o competente en dicha materia.

²¹ El código en italiano refería a los *sindaci*, término que puede ser traducido conforme nuestra ley, como comisarios o miembros del órgano de vigilancia.

Art. 163. Le deliberazioni prese dall'assemblea generale entro i limiti dell'atto costitutivo, dello statuto o della legge, sono obbligatorie per tutti i soci, ancorchè non intervenuti o dissenzienti, salve le disposizioni del art. 158.

Alle deliberazioni manifestamente contrarie all'atto costitutivo, allo statuto od alla legge può essere fatta opposizione da ogni socio, e il presidente del Tribunale di commercio, sentiti gli amministratori ed i sindaci, può sospenderne l'esecuzione, mediante provvedimento da notificarsi agli amministratori.

Del texto transcrito resulta que el CCO de 1882, por una parte, estableció que las resoluciones de asamblea, en caso de ser conformes con la ley, el acto constitutivo y los estatutos, son obligatorias para todos los socios, incluso a los que no hubieran intervenido o fueran disidentes. Tal obligatoriedad tenía una excepción, y era la contenida en el art. 158 del propio CCO, que no en su segundo párrafo.

El art. 158 decía que, salvo pacto en contrario, para los actos ahí señalados, se requería un quorum de asistencia de tres cuartas partes del capital social, y el voto favorable de la mitad del mismo capital. Tales actos eran: (i) disolución anticipada; (ii) prórroga de duración; (iii) fusión; (iv) disminución del capital social; (v) reintegro o aumento del capital social; (vi) cambio de objeto, y (vii) cualquier otra modificación del acto constitutivo. Es decir, se requería una mayoría reforzada, y por otra parte, reconocía derecho de separación (*recesso*) a los socios *disidentes* en asuntos de (i) fusión, (ii) reintegro o aumento de capital, (iii) cambio de objeto y (iv) prórroga no prevista en los estatutos, o sea, en concordancia con el art. 163, las resoluciones referidas a esos casos *no eran obligatorias* para los socios disidentes.

Así vemos que la excepción al principio general de obligatoriedad para todos y cada uno de los accionistas, de las resoluciones conformes a derecho, contenida en el primer párrafo de ese art. 163, era la relativa a que aquellos accionistas que no estuvieran de acuerdo con ciertos asuntos incluidos en el art. 158 podían ejercer su derecho de separación; es decir, no les resultaban obligatorios, habida cuenta que mediante el ejercicio de ese derecho, quedaban desligados de los alcances de la resolución. Como veremos más adelante, el legislador mexicano “se llevó la finta”, y consideró que si había posibilidad de establecer excepciones al principio general de obligatoriedad de las resoluciones conformes a derecho, sería la consistente en que ciertos accionistas podrían oponerse judicialmente, con lo que se

rompería con el espíritu que animaba a la norma que observaba el principio de mayorías en la sociedad anónima, y que la excepción no sería la de detonar el derecho de separación, que a su vez, de manera imprecisa, consagró en el art. 206 LGSM.

Nos queda claro el sentido de la disposición contenida en ese primer párrafo del art. 163 del CCO italiano, en cuanto a que consagra el principio de mayoría accionaria respecto de las resoluciones de asamblea, siempre y cuando las mismas sean conformes a derecho (tanto en su origen como en sí mismas), y que, además, existen asuntos en que se debe dar opciones a los socios que no están de acuerdo con resoluciones de la mayoría, que si bien tales resoluciones están conformes con la ley y los estatutos, por diversas razones (que no jurídicas) no convienen a los intereses de los minoritarios opositores (o inconformes o disidentes, o etc.), y por tanto se les dotó del derecho de separarse de la sociedad, y así no padecer las consecuencias de las resoluciones mayoritarias.

Por otra parte, si bien el sentido del segundo párrafo, del art. 163 dio lugar a mucha controversia, la misma se centró fundamentalmente en el término “manifiestamente”, y en el hecho de si la suspensión a la que aludía era condicionante del ejercicio de la acción de nulidad. Por lo demás, la palabra *opposizione* empleada en ese segundo párrafo, corresponde a una acción de impugnación de una resolución inválida, y *no constituye, por sí una clase de acción*. Conviene en que la acción derivada del segundo párrafo del art. 163, era una acción de impugnación, entre otros: TAMBURINO²² “... derecho del socio de impugnar...”; “... identificó el fundamento de la acción de impugnación...”; VIVANTE²³ “... solo entonces podrá él impugnar el acuerdo que contenga tal violación...”; BASSI²⁴ “... preveía expresamente la acción cautelar y, en cambio, insinuaba la acción de impugnación que debería haber limitado el recurso a los principios generales en materia de invalidez del negocio...”; CECCOLI²⁵ “... se consideraba que el derecho del socio a cooperar en la formación de la voluntad social conllevaba el derecho a garantizar que dicha voluntad se formara legalmente y a hacer valer, mediante el recurso de impugnación, la anulación, en interés de la sociedad, de la resolución inválida...”; DONATI²⁶ “... y, para limitarnos a la hipótesis de impugnación sacada del artículo

²² *Nullità delle deliberazioni assembleari*, p. 4.

²³ *Tratado*, núm. 521 Bis.

²⁴ *Profili processuali delle impugnazioni*, p. 4.

²⁵ *La legittimazione all'impugnativa delle delibere*, p. 10.

²⁶ *Sociedades anónimas*, p. 9.

163, hay que resolver las graves dudas sobre quién pueda ejercitar la acción de impugnación...”.

f) *Código de comercio mexicano de 1884*

Posteriormente a la publicación del código italiano, en México se promulgaron tres ordenamientos que regularon a la sociedad anónima.

A pesar de ya existir diversos ordenamientos que regulaban de alguna manera la validez o nulidad tanto de actos como de resoluciones de asambleas, el código de comercio de 1884 solamente hizo referencia a la nulidad del acuerdo tomado por la junta general en el art. 576 (dentro de la sección de las juntas generales de accionistas):²⁷

Art. 576. — Si en las resoluciones adoptadas conforme al art. 561 hubiere violación de los estatutos en concepto de la minoría disidente, ésta podrá denunciarla y pedir, alegando esa causa la nulidad del acuerdo respectivo; pero sin suspender por esto su ejecución.

El art. 561 se ocupaba del nombramiento de todo cargo, y en el art. 575 se establecían los modos de cómputo de los votos en las juntas generales. Es destacable que el art. 576 ya hacía mención de minorías disidentes, y de la posibilidad de impugnar acuerdos, así como también, de alguna manera controvertible, no se concedía la suspensión del acuerdo nulo.

Este código reguló a las llamadas sociedades de capital variable (arts. 589 - 592) y las sociedades de responsabilidad limitada (arts. 593 - 619).

g) *Ley de sociedades anónimas, 1888*

Porfirio Díaz, en uso de autorización que se le otorgó por ley de 11 de diciembre de 1884, decretó la Ley de sociedades anónimas. De su texto solamente se puede extraer, como referencia a la invalidez o nulidad de asambleas o de sus acuerdos o resoluciones, lo establecido por el art. 42, relativo a la convocatoria de asambleas generales de la sociedad anónima:

²⁷ Su art. 4o. hacía remisión al civil: “El código de comercio tiene por base el civil, cuyos preceptos modifica solo en la parte estrictamente necesaria para fijar la naturaleza de los negocios mercantiles, y determinar los derechos y obligaciones que de ellos se deriven”.

Art. 42. La convocación de las Asambleas generales debe hacerse por medio de la publicación de un aviso en el periódico oficial del Estado, Distrito o Territorio en que la sociedad tenga su domicilio. El aviso deberá contener la orden del día o nota de todas las cuestiones que hayan de someterse a la deliberación de la Asamblea. Toda resolución tomada con infracción de este artículo será nula.

Para la validez de las resoluciones de la asamblea general, debía haberse hecho la convocatoria, mediante publicación en periódico oficial correspondiente al del domicilio social, conteniendo el orden del día; en caso de no observar ello, la resolución de la asamblea era nula, sin señalar más datos o consecuencias sobre la manera de proceder.

h) Código de comercio mexicano, 1890

Si bien fue publicado en el año de 1889, su vigencia inició en enero de 1890; de ahí que la mayoría lo conozcamos por este último año. En materia de sociedades anónimas, el texto del art. 203 Código de Comercio de 1890 es idéntico al 42 de la Ley de sociedades anónimas de 1888. En lo que corresponde a los otros tipos societarios, no encontramos referencia alguna a la validez o nulidad de acuerdos o resoluciones de juntas de socios, si bien sí existen disposiciones relativas a la nulidad de la sociedad (art. 96) o de actos de administradores (art. 141) o de estipulaciones estatutarias (ej. arts. 128, 129).

Debemos destacar que en los códigos de comercio vigentes en México, las cuestiones adjetivas comerciales quedaban reguladas por los mismos códigos, incluidas las relativas a cuestiones o controversias societarias, en donde, subsiste en el vigente código de 1890 lo relativo a la prescripción de las acciones derivadas del contrato de sociedad y de operaciones sociales por lo que se refiere a derechos y obligaciones de la sociedad para con los socios, de los socios para con la Sociedad y de socios entre sí por razón de la sociedad (art. 1045); ello, a pesar que, como se desprende del proemio de la LGSM, el Congreso de la Unión le confirió al Ejecutivo Federal facultades extraordinarias para expedir leyes de derecho procesal mercantil, entre otras, sin que se haya ocupado del código procesal mercantil.

2. El código civil italiano de 1942

a) 1942

Mediante la expedición del código civil italiano emanado del Decreto Real de 16 de marzo de 1942, n. 262, y con vigor a partir del 19 de abril del mismo año, se unificó el derecho privado, y por tanto el código de comercio de 1882 dejó de tener aplicación.

El nuevo CC italiano reconstruyó el texto del art. 163 CCO de 1882 en cuatro párrafos (art. 2377, dentro del capítulo de la sociedad por acciones), haciendo la precisión de que *cuando es legal* la resolución, ésta es obligatoria para todos (primer párrafo), y *cuando no lo sea*, es impugnabile (segundo párrafo). Asimismo, en diverso art. 2437 amplió el derecho de separación de los socios, señalando las causas y el procedimiento para llevarlo a cabo.

Art. 2377. (Invalidez de las resoluciones).

Las resoluciones de la asamblea, tomadas de conformidad con la ley y el acto constitutivo, son vinculantes para todos los socios, incluso para los que no hayan asistido o hayan votado en contra.

Las resoluciones que no se tomen de conformidad con la ley o los estatutos podrán ser impugnadas por los administradores, los síndicos y los socios ausentes o disidentes, y las de la asamblea ordinaria también por los socios con derecho de voto limitado, en un plazo de tres meses a partir de la fecha de la resolución o, si esta está sujeta a inscripción en el registro mercantil, en un plazo de tres meses a partir de la inscripción.

La anulación de la resolución surtirá efecto respecto a todos los socios y obligará a los administradores a adoptar las medidas pertinentes, bajo su propia responsabilidad. En cualquier caso, se quedan a salvo los derechos adquiridos de buena fe por terceros sobre la base de actos realizados en ejecución de la resolución.

La anulación de la resolución no podrá tener lugar si la resolución impugnada es sustituida por otra adoptada de conformidad con la ley y el acto constitutivo.

De la misma suerte, se introdujo el art. 2379 con rubro “Resoluciones nulas por imposibilidad o ilicitud del objeto”, y remitía a la aplicación de las disposiciones contenidas en los arts. 1421 (*nulidad* puede ser invocada por cualquier persona interesada y declaración judicial oficiosa, salvo disposición legal en contrario), 1422 (*imprescriptibilidad* de la acción) y 1423 (*no convalidable*), contenidos en el Libro Cuarto (*De las obligaciones*), Título II (*De los contratos en general*), capítulo XI, (*De la nulidad del contrato*). Cabe apuntar que la figura de la *anulabilidad* se encontraba —y sigue

ahí— regulada en el cap. XII (*De la anulabilidad del contrato*), arts. 1425 y ss. Es oportuno destacar que el art. 2379 se refería a la llamada *nulidad*, en tanto que el art. 2377, sin decirlo expresamente, se refería a los casos de *anulabilidad*, cuestión que, como vemos abajo, quedó subsanada.

Por otra parte, los arts. 2377, 2378 (procedimiento de impugnación, que en su cuarto párrafo facultaba al juez para suspender el acto a petición del promovente si había motivos de gravedad) y 2379 también aplicaban a la *sociedad de responsabilidad limitada*, por remisión expresa del art. 2486.

b) 2003

Posterioridades reformas de derecho societario (en vigor desde 2004) modificaron, entre otras disposiciones, las relativas al derecho de impugnación de las resoluciones tomadas en contra de la ley o del acto constitutivo (por extensión los estatutos). Existieron sucesivas modificaciones al art. 2377, para quedar el texto vigente de la siguiente manera:

Art. 2377. Anulabilidad de las resoluciones.

Las resoluciones de la asamblea, tomadas de conformidad con la ley y el acto constitutivo, son vinculantes para todos los socios, incluso para los que no hayan asistido o hayan votado en contra.

Las resoluciones que no se tomen de conformidad con la ley o los estatutos podrán ser impugnadas por los socios ausentes, disidentes o se hayan abstenido, por los administradores, por el consejo de supervisión y por el colegio de síndicos.

La impugnación puede ser promovida por los socios cuando posean tantas acciones con derecho a voto respecto de la resolución, que representen, incluso conjuntamente, el uno por mil del capital social en las sociedades cotizadas, y el cinco por ciento en las demás; los estatutos pueden reducir o excluir este requisito. Para impugnar las resoluciones de las asambleas especiales, estos porcentajes se refieren al capital representado por las acciones de la categoría.

Los socios que no representen la parte del capital señalada en el párrafo anterior y aquellos que, al carecer de derecho a voto, no estén legitimados para promover la impugnación, tendrán derecho a la indemnización por los daños y perjuicios que les haya causado la resolución no conforme con la ley o los estatutos.

La resolución no puede ser anulada:

1) por la participación en la asamblea de personas no legitimadas, salvo que dicha participación haya sido determinante a efectos de la constitución válida de la asamblea, de conformidad con los artículos 2368 y 2369;

2) por la invalidez de votos individuales o por su recuento erróneo, salvo que el voto inválido o el error de recuento hayan sido determinantes para alcanzar la mayoría requerida;

3) por ser incompleta o inexacta el acta, salvo que impidan la comprobación del contenido, los efectos y la validez de la resolución.

La impugnación o la demanda de indemnización por daños y perjuicios se presentarán en un plazo de noventa días a partir de la fecha de la resolución o, si esta está sujeta a inscripción en el registro mercantil, en un plazo de noventa días a partir de la inscripción o, si solo está sujeta a depósito en la oficina del registro mercantil, en un plazo de noventa días a partir de la fecha del depósito.

La anulación de la resolución surte efecto respecto a todos los socios y obliga a los administradores, al consejo de supervisión y al consejo de gestión a adoptar las medidas pertinentes bajo su propia responsabilidad. En cualquier caso, quedan a salvo los derechos adquiridos de buena fe por terceros en virtud de actos realizados en ejecución de la resolución.

La anulación de la resolución no podrá tener lugar si la resolución impugnada es sustituida por otra adoptada de conformidad con la ley y los estatutos. En tal caso, el juez decidirá sobre las costas procesales, que normalmente correrán a cargo de la sociedad, y sobre la indemnización por los daños y perjuicios que puedan haberse producido.

Quedan a salvo los derechos adquiridos por terceros en virtud de la resolución sustituida.

Del texto transcrito surgen varias cuestiones: A diferencia del texto original de 1942, en el rubro del art. 2377 reformado, el legislador emplea el término *anulabilidad* en lugar del de *invalidez*, término éste que resulta más genérico. El primer párrafo queda igual, y es el que se refiere a que la resolución legalmente adoptada es obligatoria para todos los socios, incluso los que no hayan intervenido o los disidentes. En el segundo, que tiene como hipótesis las resoluciones que no son conforme a la ley o a los estatutos, introduce como sujetos legitimados para promover la impugnación —además de los socios ausentes y disidentes—, a los socios que se hayan abstenido, así como al consejo de supervisión (figura que fue introducida posteriormente en materia de sociedades por acciones). Una modificación notable, fue la de suprimir la acción de impugnación a cualquier accionista, que implícitamente se reconocía en el texto original, ya que ahora se requiere se represente el uno al millar si la sociedad cotiza en bolsa, o el cinco por ciento en las demás sociedades. No obstante, al socio que no pueda impugnar la resolución que va contra la ley o los

estatutos por falta del porcentaje requerido, se le concede acción de indemnización por los años que la resolución le cause.

De la misma suerte, se introdujeron tres casos en que la resolución, a pesar de estar en el supuesto del inicio del segundo párrafo, no puede ser anulada: (i) por intervención de quien no tenga derecho a voto o carezca de legitimación para votar (por ej., algún suplantador o quien no cumpla con requisitos de presencia —p. ej. no tener tarjeta de acceso a pesar de ser accionista—) salvo que su intervención haya sido determinante para la instalación y quorum de votación de la asamblea; (ii) por invalidez de votos individuales o por errores de cómputo (p. ej. no puede votar el socio que tenga conflicto de intereses, siempre y cuando su voto no sea determinante), y (iii) por falta de acta o que ésta sea incompleta, salvo que se impida el conocimiento del contenido, efectos o validez de la resolución.

Por último, continúa la posibilidad de sustituir la resolución impugnada por otra que sea tomada legalmente, es decir, conforme la ley o el acto constitutivo. Sin embargo, el texto reformado introduce otras dos novedades: En caso de ser sustituida, el juez hará condena en costas, generalmente a cargo de la sociedad, y la indemnización por el eventual daño, así como expresamente establece que quedan a salvo los derechos de tercero respecto de la resolución sustituida.

Además del art. 2377, que como hemos dicho tiene por rubro “Anulabilidad de las resoluciones”, el diverso art. 2379 también fue reformado para tener como rubro “Nulidad de las resoluciones”, y cuyo texto quedó de la siguiente manera:

Art. 2379. Nulidad de las resoluciones.

En caso de falta de convocatoria de la asamblea, de falta de acta y de imposibilidad o ilicitud del objeto, la resolución podrá ser impugnada por cualquier persona interesada en un plazo de tres años a partir de su inscripción o depósito en el registro de sociedades, si la resolución está sujeta a ello, o a partir de su transcripción en el libro de actas de la asamblea, si la resolución no está sujeta ni a inscripción ni a depósito. Podrán impugnarse sin límite de tiempo las resoluciones que modifiquen el objeto social previendo actividades ilícitas o imposibles.

En los casos y en los términos previstos en el párrafo anterior, la invalidez podrá ser declarada de oficio por el juez.

A los efectos de lo previsto en el primer párrafo, la convocatoria no se considerará inexistente en caso de irregularidad del aviso, si esta procede de un miembro del órgano de administración o de control de la sociedad y es idónea para permitir que quienes tengan derecho a intervenir sean previamente informados de la

convocatoria y de la fecha de la asamblea. El acta no se considerará inexistente si contiene la fecha de la resolución y su objeto y está firmada por el presidente de la asamblea, o por el presidente del consejo de administración o del consejo de supervisión y por el secretario o el notario.

Se aplicarán, en la medida en que sean compatibles, los párrafos séptimo y octavo del artículo 2377.

Del texto transcrito vemos que son cuatro los casos previstos de nulidad de una resolución de asamblea, donde los dos primeros, pudieran ser vistos como causas de nulidad de la asamblea misma; sin embargo, el CC italiano se refiere a la nulidad de la resolución emanada de la asamblea: (i) falta o irregularidad de convocatoria; (ii) falta o irregularidad en el acta, (iii) por ilicitud o imposibilidad del objeto de la resolución, y (iv) modifique el objeto social previendo actividades ilícitas o imposibles.

Y aún a pesar de señalar en qué casos hay nulidad de la resolución, el propio código (art. 2379-Bis), por una parte, acota cuándo no hay posibilidad de promover la nulidad por falta de convocatoria, así como, por otra parte, autoriza la regularización²⁸ de la resolución afectada de *nulidad*. Así, no se puede impugnar una resolución por falta de convocatoria por quienes, aun posteriormente, hubiesen manifestado su consentimiento con la celebración de la asamblea. Y, la falta de acta puede ser subsanada mediante la redacción de un acta antes de la asamblea siguiente, y la resolución surtirá efectos desde la fecha en que se hubiese adoptado, respetando, desde luego, los derechos de terceros que de buena fe ignoraban la resolución.

Por otra parte, y en otro tipo societario (sociedad de responsabilidad limitada) de manera aglutinante, el diverso art. 2479-ter, tiene por rubro “Invalidez de las decisiones de los socios”, y se refiere a que las decisiones de los socios que no sean tomadas de conformidad con la ley o el acto constitutivo, pueden ser impugnadas por los socios que no hayan consentido:

Art. 2479-ter. Invalidez de las decisiones de los socios.

Las decisiones de los socios que no se tomen de conformidad con la ley o los estatutos podrán ser impugnadas por los socios que no las hayan consentido, por cada uno de los administradores y por el colegio de síndicos en un plazo de noventa días a partir de su inscripción en el libro de decisiones de los socios. El tribunal, si lo considera oportuno y así lo solicita la sociedad o quien haya

²⁸ Nótese que no dice confirmar, sino *subsanar* la nulidad en función de hacer desaparecer la causa o vicio que generó la nulidad.

presentado el recurso, podrá fijar un plazo no superior a ciento ochenta días para la adopción de una nueva decisión que elimine la causa de invalidez.

Si pueden causar perjuicio a la sociedad, son impugnables, de conformidad con el apartado anterior, las decisiones adoptadas con la participación determinante de socios que, por cuenta propia o de terceros, tengan un interés en conflicto con el de la sociedad.

Las decisiones cuyo objeto sea ilícito o imposible y las adoptadas en ausencia absoluta de información pueden ser impugnadas por cualquier persona interesada en un plazo de tres años a partir de la inscripción indicada en el primer párrafo del apartado primero. Podrán impugnarse sin límite de tiempo las resoluciones que modifiquen el objeto social previendo actividades imposibles o ilícitas.

Se aplicarán, en la medida en que sean compatibles, los artículos 2377, párrafos primero, quinto, séptimo, octavo y noveno, 2378, 2379-bis, 2379-ter y 2434-bis.

En ese mismo artículo, el código italiano reúne las diversas causas de invalidez, y en razón del grado de su gravedad, la acción de impugnación la tendrán los socios o incluso cualquier interesado, así como el juez puede dar oportunidad para subsanar el vicio. Los plazos de caducidad también son diferentes. Hemos de hacer énfasis en la remisión que hace el art. 2479-Ter al 2379-Bis, que es el que se refiere a los supuestos específicos de nulidad de resolución de una sociedad anónima.

El mismo CC italiano, en la parte relativa a las asociaciones, en materia de acuerdos de asamblea, dice más o menos lo mismo que el segundo párrafo del art. 163 del CCO italiano de 1882, pero eliminó las palabras “manifiestamente” y “oposición”. El rubro del art. 23 es “Anulación y suspensión de las resoluciones”, y en su primer párrafo establece: “Las resoluciones de la asamblea contrarias a la ley, a la escritura de constitución o a los estatutos pueden ser anuladas a petición de los órganos de la entidad, de cualquier asociado o del ministerio público.”

COLOFÓN. — El CC italiano eliminó de su art. 2377 (que pudiéramos decir es el correlativo al anterior art. 163 del CCO) la palabra oposición; aunque, a pesar de ello, sigue hablando de opositores (art. 2378),²⁹ pero es claro que los socios, respecto de las resoluciones de asambleas, tienen acción de *impugnación*.

²⁹ La impugnación será promovida ante el juez del domicilio de la sociedad con su emplazamiento. — El socio o los socios *opositores* deberán acreditar, al momento de la impugnación, ser titulares del número de acciones previsto en el tercer párrafo del art. 2377.

Además, ese CC, divide las consecuencias de la ilegalidad entre nulidad (art. 2379) y anulabilidad (art. 2377).

Como vemos, la materia del art. 163 CCO italiano de 1882 y de los arts. 2377 y 2379 del CC, es el de *impugnación de resoluciones anulables o nulas*, sin que por el hecho de emplear del término “oponentes” (art. 2378), les dé, a las acciones que dichos artículos regulan, una impronta peculiar que distinga entre impugnación y oposición.

3. Actual LGSM 1934

Con fecha 4 de agosto de 1934, junto con su “Exposición de motivos”, fue publicada la LGSM, misma que, conforme su artículo cuarto transitorio, “derogó” el título segundo, del libro segundo (arts. 89 a 272), del Código de Comercio de 15 de septiembre de 1889, “y todas las disposiciones legales que se opongan a la presente Ley”. Dicha ley, originalmente estuvo compuesta por 264 artículos.

Es oportuno recordar que el CCO de 1890 regulaba las sociedades mercantiles dentro del contexto de un solo ordenamiento, y que las cuestiones societarias se resolvían también no solamente dentro del título específico de las sociedades, sino que se aplicaban directamente las disposiciones del propio código, sin perjuicio del empleo de las figuras de la subsidiariedad e incorporación contenidas en sus arts. 2o. y 81.

Hemos dicho que la doctrina es pacífica en cuanto al origen de los arts. 200 y 201 de la LGSM; sin embargo encontramos que el autor de dicha ley no fue uniforme en su criterio para regular lo relativo a los acuerdos de asambleas generales de accionistas, o de las propias asambleas, ya que se deslindó en muchas ocasiones del texto del Código de Comercio italiano de 1882, para adoptar figuras o instituciones de otras leyes, como pudiera ser la *Loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales*, en donde, supongo que como buenos admiradores de VOLTAIRE, dijeron: “en la variedad está el gusto”, y elaboraron una buena ensalada, tomando ingredientes de aquí (p. ej. Italia —asambleas de SA—),³⁰ allá (p. ej. Francia y sus *Dispositions particulières aux sociétés à capital*

³⁰ Sobre la influencia del código italiano de 1882 en nuestro sistema, v. Barrera Graf, Jorge. *Temas de derecho mercantil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G., Estudios Doctrinales, n. 79, UNAM, México, 1983, pp. 189 y ss.

variable, arts. 48 – 54, Loi 1867) y acullá (p. ej. Estados Unidos de América).³¹

En la materia que nos ocupa, en la Exposición de Motivos³² de la nueva Ley se manifestó lo siguiente:

“El artículo 200 consagra una de las consecuencias naturales del sistema corporativo de las anónimas: el de que las resoluciones legalmente dictadas por la asamblea general de accionistas son obligatorias para los ausentes o disidentes, pero establecen en defensa de las minorías el derecho de oposición.

“Conviene indicar que dicha oposición solamente puede fundarse en infracción a un precepto de la ley o a una cláusula del contrato, de tal manera que tal derecho no menoscaba en lo absoluto el carácter de la asamblea general de accionistas como órgano supremo de la sociedad”.

Son los únicos párrafos que hacen referencia a las cuestiones de nulidad o anulabilidad en materia de asambleas de sociedad anónima y de sus resoluciones. Así, en los artículos 200 a 205 se establecieron disposiciones relativas a la impugnación de acuerdos de asambleas.

En el art. 200 se pretendió transponer el primer párrafo, del art. 163 del CCO italiano de 1882:

Artículo 200.- Las resoluciones legalmente adoptadas por las Asambleas de Accionistas son obligatorias aun para los ausentes o disidentes, salvo el derecho de oposición en los términos de esta Ley.

³¹ En la Exposición de motivos de la LGSM, al justificar a la sociedad de capital variable: “... el Gobierno estima que esa modalidad será particularmente importante en las sociedades por acciones, supuesto que constituyéndose como de capital variable podrán adoptar instituciones como la de las acciones emitidas y no suscritas ...”, se refiere, con seguridad y con mala interpretación, a las *treasury stock*, cuyo origen se sitúa en el estado de Ohio, Estados Unidos de América. Cfr. KOTLER, Harry, *Treasury Stock; A Corporate Anomaly*. De la misma suerte, de allá tomó las “acciones sin valor nominal”: La Sección 1 de la *New York Stock Corporation Law*, de 1912 fue el primer ordenamiento en regular las acciones sin valor nominal. GOODBAR, J., *No-par Stock – It's nature and use*, p. 1. “Al revisar la historia de la legislación que autoriza la emisión de acciones sin valor nominal, Nueva York se destaca prominentemente como el pionero en el movimiento”. ROCHE, J., *No Par Value Stock*, p. 76.

³² En la Exposición de Motivos, no se hace referencia a cuestiones relativas a elementos de validez, eficacia o consecuencias de nulidad o anulabilidad, salvo los casos de omisión de requisitos en la constitución de la sociedad.

De elaboración muy similar al texto italiano, se incurrió en diversas inadecuaciones, tales como hacer creer que las resoluciones fueran legalmente adoptadas, en lugar de decir que las resoluciones de la asamblea que fueran conformes con la ley serían obligatorias para todos los socios. Asimismo, inexplicablemente hace creer que la salvedad a la que hace referencia, es para proteger los derechos de las minorías (en aquel entonces el 33% del capital social), pero lo que provocó fue que se pensara que solamente los minoritarios que alcanzaran ese porcentaje mínimo eran quienes podían actuar contra las resoluciones ilegales, siendo que la salvedad contenida en el texto italiano del primer párrafo, del art. 163, era para excluir de tal obligatoriedad a los socios disidentes con resoluciones que generaran la posibilidad del ejercicio de su derecho de separación.³³ En efecto, el art. 201 dispuso:

Artículo 201.- Los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las Asambleas Generales, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

I.- Que la demanda se presente dentro de los quince días siguientes a la fecha de clausura de la Asamblea;

II.- Que los reclamantes no hayan concurrido a la Asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución, y

III.- Que la demanda señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido y el concepto de violación.

No podrá formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los Administradores o de los Comisarios.

Como vemos, la transposición del art. 163 del CCO italiano empezó mal en el art. 200, y se agravó en el art. 201 LGSM. El segundo párrafo, del art. 163 establecía acción de impugnación contra aquellas resoluciones que fueran “manifiestamente” contrarias al acto constitutivo, a los estatutos o a la ley, acción que podría ser ejercitada por cualquier socio.³⁴ Convenimos que el legislador mexicano fue inducido al error por su homólogo italiano

³³ Ahí, lo que hubiera cabido, era decir “salvo el derecho de separación previsto por el art. 206”, o algo similar, pero no lo de “salvo el derecho de oposición”.

³⁴ De hecho, en Italia había quienes consideraban absurdo «el hecho de que la vida de una colosal sociedad anónima pudiera verse paralizada por la acción temeraria de un pequeño accionista con fines no «puros»» y, a este respecto, se había llegado incluso a proponer «eliminar este «Palladium der Aktionare», que es el derecho de impugnación. V. BASSI, *Profili processuali delle impugnazioni delle deliberazioni assembleari*, p. 4.

al emplear la palabra “oposición”, que para algún desprevenido podría haber sido interpretada como una nueva modalidad procesal; de la misma suerte, se olvidó que en diversos artículos se habla de nulidad, sin haber diseñado acciones o supuestos de ejercicio para impugnar actos inválidos, habiéndose llegado a considerar que la única opción que se tendría de defensa sería la consignada en ese art. 201. Lo mismo respecto del plazo perentorio de 15 días para ejercer la acción. En fin, sin explicación alguna del por qué solamente los accionistas que tuvieran la representación del 33% del capital social tendrían legitimación, siendo que el texto italiano no establecía restricciones de tiempo y de participación.

La SCJN³⁵ entendió que contra las *resoluciones* de una asamblea general de accionistas, proceden dos acciones: la de nulidad y la de oposición; que ambas tienen la misma finalidad: *controvertir y dejar sin efectos la resolución*, pero en cuanto a su ejercicio y tramitación tienen fundamentos legales diferentes, y limita la de *nulidad* a lo establecido por los arts. 179 y 188 LGSM, es decir, cuando se infringen requisitos formales propios de la asamblea como son no reunirse la asamblea en el domicilio social (art. 179) o no ser convocadas o ser indebidamente convocadas las asambleas (arts. 186, 187 y 188), con la característica que no tiene limitación de plazo para su ejercicio, ni se condiciona al depósito de las acciones, pero es silente respecto de las resoluciones en sí mismas. Respecto de la otra acción de oposición a las *resoluciones legalmente adoptadas*, prevista en el art. 201, sostuvo que “únicamente tiene por objeto oponerse a la ejecución de los acuerdos adoptados en la asamblea por contravención a los estatutos sociales o a la ley, de modo que atiende a cuestiones de fondo de los acuerdos y no a circunstancias previas a la asamblea que pueden incidir en su nulidad”.³⁶

³⁵ RD 174971, Contradicción de tesis 123/2005-PS, resuelta el 23 de noviembre de 2005. En el mismo sentido la tesis del Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito con RD 191394 (16 de junio de 2000). Es conveniente precisar que dicha jurisprudencia fue formada antes de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos.

³⁶ En una parte dice que su fin es dejar sin efectos la resolución, más abajo dice que tiene por objeto oponerse a la ejecución de tal resolución. La verdad es que siempre se tratará de impugnar la resolución por ir en contra de la ley o los estatutos, y por tanto producirá su nulidad o anulabilidad. Ahí, la SCJN reitera lo dicho por el Juez Décimo Primero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, que dio lugar a la ejecutoria que participó en la contradicción de tesis, emitida por el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el 27 de junio de 2005, el amparo en revisión civil número 171/2005 [el Colegiado en esa ejecutoria reconoce: “la posibilidad de que se suspendan las resoluciones adoptadas por una asamblea general de accionistas cuando se reclama la nulidad de dicha

La doctrina mexicana está llena de diferentes interpretaciones, donde la mayoría ha alimentado la conclusión a la que llegó la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en la tesis 174971. No es mi propósito referirme a tal doctrina, sino que me limito en citar lo escrito por Mantilla Molina respecto del texto de los arts. 200 y 201 LGSM, quien señala que el hecho que la ley exija, por una parte, que la demanda se presente dentro de los quince días siguientes a la fecha de clausura de la asamblea, y que, además, lo hagan accionistas que representen el 33% (hoy 25%) del capital social, daría lugar a que los accionistas que representen una participación menor hayan de *sufrir* una resolución de asamblea manifiestamente ilegal, y que el transcurso de 15 días basta para *convalidar* una resolución nula, o incluso, dar fuerza a una jurídicamente inexistente.³⁷

Dentro de la sinrazón, sin embargo, existe esperanza de una debida interpretación, habida cuenta que no hay que perder de vista que el art. 200 LGSM, establece como premisa fundamental para la obligatoriedad de los acuerdos o resoluciones de asamblea, que los mismos sean conforme a la ley y los estatutos sociales, ya que aquellos que son ilegales, no resultan obligatorios, de ahí que si no son conformes con la ley, los estatutos o el acto constitutivo, los accionistas (que se hayan abstenido, votado en contra o no hayan asistido) tienen legitimación procesal para impugnarlos. No desconocemos lo dicho por Rodríguez respecto de que no puede sostenerse que la acción del art. 201 sea una acción de nulidad caracterizada por la posibilidad de suspender la ejecución de la resolución impugnada, ya que, dice, “ningún acuerdo nulo podrá ser ejecutado”.³⁸

¿Qué diferencia existe entre una resolución de asamblea general que pueda ser impugnada por el 25% de la misma resolución que afecte al 24.9%? ¿Qué diferencia hay entre esos dos supuestos para poder solicitar la suspensión a que se refiere el art. 202?

asamblea ha generado opiniones encontradas entre los tratadistas”], y que a su vez, adoptó el criterio contenido en la tesis con RD 338745, de la extinta Tercera Sala SCJN, en donde la materia fue que se le había exigido a la parte actora el depósito de sus acciones en términos del art. 205, cuando el fondo era la nulidad por vicios formales relativos a la forma y condiciones en que deben tomarse los acuerdos en las asambleas, y no en términos de los arts. 201 a 205 (Amparo directo 5359/56. Jovita Boone Vda. de Cortina. 25 de abril de 1957).

³⁷ Mantilla, *D. Mercantil*, pp. 413, 414, no. 549.

³⁸ Citado por MANTILLA, loc. cit, nota 27-ch, con referencia al *Tratado de sociedades mercantiles*, t. ii, p. 77, de Joaquín RODRÍGUEZ.

Considérese una resolución asamblea general que no es conforme la ley, de aquellas que se encuentran viciadas de la llamada nulidad absoluta (por ej. ir contra el orden público, o un acuerdo de fusión en donde la sociedad fusionante está casi en quiebra), y cuyos efectos sean los mismos para todos los accionistas. Piénsese en que un accionista tiene el 25%, y por tanto puede “oponerse” en términos del art. 201 y obtener la suspensión de la ejecución de la resolución; pero también piénsese en que 24 accionistas, juntos, reúnan el 24.9% y no puedan hacer lo mismo que el otro que tiene el 25%, a pesar de que la resolución sea idéntica: no pueden promover “oposición”, pero lo peor, no pueden obtener la suspensión de la ejecución del acuerdo o resolución que se impugna.

Es evidente que no hay tratamiento igual a los accionistas, y por tanto el numeral que exige cierto porcentaje para poder solicitar la suspensión, resulta contrario a los principios constitucionales de igualdad. Piénsese también, en un escenario donde la resolución de la asamblea tiene una mínima afectación a un accionista que posee más del 25%, como pudiera ser que se aprobaron los informes de los administradores pero en los que hubo un error de mil pesos, y ello no le parece a ese accionista y promueve la “oposición” a la resolución legalmente adoptada por la asamblea y solicita la suspensión; en tanto que en otro escenario, la asamblea emite una resolución manifiestamente lesiva a los intereses de los 24 accionistas que reúnen el 24% del capital social, como pudiera ser que en asamblea se les privó del derecho de suscribir las acciones emitidas con motivo del aumento de capital aprobado, y quienes las suscribieron sin derecho, las transmiten a terceros en un plazo que no excede de los 15 días de los que habla el art. 201 LGSM.

El hecho que la LGSM, aparentemente establezca dos acciones diferentes, y que una de ellas es para combatir informalidades de la asamblea, y la otra para combatir resoluciones “tomadas legalmente”, de ninguna manera impide que el socio o grupo de accionistas, que no se encuentren en el supuesto del 25%, pueda impugnar una resolución “tomada legalmente”, es decir, sin que se infrinjan requisitos formales propios de la asamblea, ya que de lo contrario se le(s) privaría del derecho de acceso a la justicia, y las mayorías de más del 75%, podrían tomar resoluciones afectadas de cualquier anomalía, sin que los demás pudieran impugnarla.

Retomemos la tesis con Registro Digital (RD) 176513 de la que hablamos al principio. Sí resulta interesante el contexto de dicha tesis en cuanto a que, contrario a la opinión de la jurisprudencia de la SCJN (RD 174971, que divide en dos las

acciones que se pueden intentar para impugnar la asamblea y sus resoluciones), admite la posibilidad de que existan tres acciones que sustancialmente persiguen lo mismo: impugnar actos relacionados con asambleas generales de accionistas que necesariamente se encuentren afectados de alguna patología derivada de una cuestión ilegal o anti estatutaria.

Ello implica que entonces, pudiéramos decir que hay redundancia o exceso de regulación legal, ya que, en última instancia y siguiendo el hilo de argumentación contenido en la tesis, bastaría con la acción de nulidad genérica, que abarca a las otras dos acciones que se deducen de la LGSM; sin embargo, no quedaría claro si hay categorías de nulidad, en su caso, cuáles serían esas clases, sus diferencias y efectos, ya que, además debemos reconocer, que la figura de nulidad no se encuentra estudiada pacíficamente, no solo en México, sino en el resto del mundo del derecho privado.

Sobre esa posibilidad de tener una sola acción, y bajo la inexcusable aplicación del principio de *dura lex sed lex*, la tesis dice que sería bueno tener una sola acción, pero, según está la ley actual, existen limitaciones, aunque no excluye la tercera acción "genérica" de nulidad.

"... si bien de lege ferenda sería conveniente que también los mencionados socios pudieran ejercer la impugnación de acuerdos adoptados en asambleas con base en los citados preceptos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, a fin de que en una sola figura se concentraran las posibilidades de invalidar resoluciones sociales, lo cierto es que la actual regulación legal contenida en la legislación especial citada tiene las limitantes de referencia, sin que excluya la acción genérica de nulidad..."

Así, el problema radica en concentrar las diversas acciones en una sola, pero con variantes o categorías según lo requieran los vicios o males que afectan al o a la serie de actos relacionados con la asamblea general de accionistas.

De ahí que, dentro del maremágnum de confusiones, consideramos correcto el criterio del tribunal colegiado en la tesis con RD 176513 respecto de que los accionistas afectados por una resolución no conforme con la ley, los estatutos o el acto constitutivo, pueden impugnarla con acción de nulidad, cualquiera que sea la participación que representen en el capital social, e incorrecto el de quienes apuntan a que hay dos clases de acciones en donde una de ellas es para impugnar cuestiones correspondientes a la asamblea, y otra para las cuestiones "de

fondo" que afectan a la resolución (¡que no a la ejecución de la misma!), ya que la denominada por dicho tribunal "acción genérica" de nulidad, es, a nuestro juicio, la única que debería existir, y que de una interpretación jurídica, conforme lo habilita el cuarto párrafo, del art. 14 Constitucional, de la LGSM, se puede arribar a esa conclusión, claro, sin perjuicio de que si se pretende impugnar a la asamblea o a sus resoluciones pretendiendo la suspensión de la ejecución de la resolución, sí se tendría que agotar los requisitos previstos en los arts. 201 a 205, LGSM, sin perjuicio de que aun dentro de una acción de nulidad que no corresponda a los requisitos del art. 201, puedan solicitar la suspensión de la resolución o acuerdo impugnado, en función de una medida cautelar.

Así, la llamada acción de oposición regulada por los arts. 201 a 205 LGSM, no es una clase especial de acción procesal, diferente a las de invalidez, sino a lo más una acción de impugnación (por vicios legales o estatutarios) contra resoluciones de asambleas generales, en donde la ley impone requisitos³⁹ particulares para legitimar al promovente, como lo son, básicamente, el promover la acción dentro de un plazo perentorio; que se tenga un determinado porcentaje en relación con el capital social de la sociedad, y que los actores sean ausentes o disidentes. Además, al decir "resoluciones", ello no excluye la posibilidad de que los accionistas, con fundamento en ese mismo art. 201, promuevan dicha acción basándose en vicios propios de la asamblea que tomó la resolución, que, como consecuencia, también se reclama su nulidad. De ahí que a nuestro juicio resulta inexacto lo sostenido en la tesis RD 205373 (y muchas otras) en la que se limita la llamada "acción de oposición" a las resoluciones tomadas durante el curso de la asamblea de accionistas.

En razón de lo que hemos apuntado, en donde no existe ninguna razón lógica para entender que el contenido del art. 200 depende de lo establecido en el diverso art. 201, estimamos que en el momento en que la LGSM establece como requisito de la demanda que en la misma se "señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido y el concepto de violación", se refiere de manera evidente, no solamente a la ilegalidad de la resolución, sea por vicios propios, sea por vicios de la asamblea que tomó la resolución, y por tanto la acción tendrá por objeto la anulación de la resolución, sino a cualquier anormalidad que genere la ineficacia, tanto de la propia asamblea como de las consecuencias de la misma

³⁹ Que no superan el test de proporcionalidad en los términos en que aparece dicho principio en la primera parte de la tesis con RD 2016133 de la Segunda Sala de la SCJN.

que son sus resoluciones, incluso a pesar que éstas no vayan contra disposiciones legales o estatutarias.

Dado que es a nuestro juicio la acción en examen fundamentalmente aquella que busca la anulación de la resolución de asamblea general de accionistas de sociedad anónima, sea por vicios propios, sea por vicios anteriores a la decisión, conforme la clasificación que de las acciones hace OVALLE FAVELA, podemos concluir que puede ser meramente declarativa⁴⁰ o de condena,⁴¹ y que la prevista por el art. 202, es una acción cautelar.

Cabe señalar, además, que conforme lo establece el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares de inminente entrada en vigor y de aplicación subsidiaria al Código de Comercio, "La acción procede en juicio aun cuando no se exprese su nombre o se manifieste equivocadamente, siempre que se determine con claridad la prestación que se exija de la parte demandada y el título o causa de la acción" (art. 10).

En ese sentido, no considero que haya una auténtica y verdadera distinción entre la acción prevista por el art. 201 LGSM, y la llamada genérica de nulidad a la que alude la tesis RD 176513.

Suspensión de la ejecución de la resolución

Líneas arriba he mencionado que si además de impugnar la resolución de la asamblea, se pretende suspender su ejecución, ello, a la luz de la LGSM solo podría lograrse cumpliendo los extremos previstos por el art. 201, pero, aun en ese caso, es decir, que no se tenga el porcentaje requerido, los accionistas actores bien pueden solicitar al juez la suspensión de la ejecución de la resolución que se impugna mediante la acción "genérica" de nulidad, mediante la promoción de una medida cautelar.

En caso de que se considere en definitiva que la suspensión de la ejecución de las resoluciones adoptadas legalmente por una asamblea general de accionistas, a la que se refiere el art. 202 no proceda para los casos en que se promueva la acción "genérica" de nulidad, estimo que cuando el derecho del accionista (o grupo de ellos) que se vea gravemente afectado por una resolución

⁴⁰ "... en las acciones meramente declarativas lo que el actor pretende es sólo una sentencia de ese tipo, sin ningún otro pronunciamiento más. Ejemplo de esta clase de acciones son las que pretenden una sentencia que declare la nulidad de un contrato o algún otro acto jurídico". Teoría general, p. 169.

⁴¹ "la parte actora solicita al juzgador una sentencia en la que ordene a la contraparte llevar a cabo una conducta determinada... la sentencia solicitada puede ordenar a la parte demandada una conducta consistente en un dar... un hacer... o un no hacer...". *Ibid.*

“tomada legalmente” pero contraria a la ley o a los estatutos, y que promuevan acción de nulidad, válidamente podrán solicitar, en términos del art. 1054 del CCO, la aplicación subsidiaria del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), y que, además, previene una providencia precautoria similar a la del art. 202 LGSM, tal y como se desprende del art. 384 del CFPC, aunque en este caso, caben dos diferencias con la LGSM: (i) se decretan sin audiencia de la contraparte y no admiten recurso alguno, y (ii) la parte contra la que se dicte podrá obtener el levantamiento de la medida, o que no se efectúe, otorgando contragarantía suficiente para responder de los resultados del juicio (art. 391 CFPC).

Los mencionados arts. 384 y 391 disponen que antes de iniciarse el juicio, o durante su desarrollo, pueden decretarse todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho existente, y la parte que solicite la medida debe previamente otorgar garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que con ella se ocasionen.

Se ha controvertido que en los juicios mercantiles se concedan medidas cautelares distintas a las previstas por el art. 1168 CCO (radicación —arraigo— de persona y retención de bienes), ya que de su texto resulta que, en los juicios mercantiles, *únicamente* podrán dictarse tales medidas. Sin embargo, en una gallarda tesis (RD 2020903),⁴² el entonces Pleno en materia Civil del Primer Circuito concluyó que *en los juicios mercantiles*, a pesar de las reformas de 2014 a los arts. 1168 y 1171 del CCO, *sí se pueden decretar medidas cautelares o providencias precautorias para mantener una situación preexistente*, dado de que estas figuras son inherentes al derecho a la jurisdicción, al tener la finalidad de hacer eficaces las sentencias de los Jueces tal como está previsto en el artículo 17 Constitucional, y que las limitaciones establecidas en dichos numerales, no deben interpretarse con un criterio de simple literalidad. Ya antes, la Primera Sala SCJN se había pronunciado en similar sentido al considerar que “ante la solicitud de una medida cautelar con la finalidad de que se mantenga una situación de hecho, que no se funde en alguna de las tres hipótesis contenidas en el artículo 1168 del Código de Comercio, sí sería aplicable supletoriamente en términos del artículo 1054 del mismo ordenamiento, el contenido conducente del Código Federal de

⁴² “MEDIDAS CAUTELARES O PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS EN LOS JUICIOS MERCANTILES. SON INHERENTES AL DERECHO A LA JURISDICCIÓN, POR LO QUE LA LIMITACIÓN DE SU OTORGAMIENTO DEBE ATENDER A UNA INTERPRETACIÓN FUNCIONAL Y CONFORME DEL ARTÍCULO 1168 DEL CÓDIGO DE COMERCIO CON LOS ARTÍCULOS 10. Y 17 CONSTITUCIONALES”, Contradicción de tesis 10/2019.

Procedimientos Civiles, que prevé como medida cautelar las denominadas medidas de aseguramiento, establecidas en sus artículos 384 a 388” (RD 2003884),⁴³ que si bien es anterior a la reforma del CCO de 2014, el criterio ahí contenido resulta vigente.

Considero que los argumentos vertidos por el Pleno en materia Civil del Primer Circuito en la tesis RD 2020903, superan lo señalado por la entonces Primera Sala SCJN en la tesis de rubro “SOCIEDADES MERCANTILES. LA SUSPENSIÓN DE LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS POR LAS ASAMBLEAS GENERALES DE ACCIONISTAS, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 202 DE LA LEY GENERAL RELATIVA, ES APLICABLE TRATÁNDOSE DE LA ACCIÓN DE OPOSICIÓN, NO ASÍ PARA LA DE NULIDAD” (RD 174971), habida cuenta que dicha tesis fue emitida antes de la reforma constitucional del año 2011 en donde se acogieron de manera expresa los derechos humanos y, por lo tanto, el Máximo Tribunal deberá hacer una nueva reflexión sobre ese particular.

III] Anomalías de actos de asambleas de SA

1. Sobre la invalidez

Otras cuestiones relevantes que surgen de la tesis con RD 176513 (y no solo de ella, sino de una vasta gama de criterios judiciales y doctrinales) son las correspondientes a la utilización indiscriminada de términos como *nulidad*, *ineficacia*, *validez* e *invalidez*, *surtir efectos*, etc., así como a la limitación de acciones procesales en cuanto a la *impugnación*, sea de asambleas generales, sea de sus resoluciones, lo que da lugar a la necesidad de determinar cuáles son las figuras jurídicas que generan *ineficacia* de los actos societarios correspondientes a asambleas generales de accionistas por ir en contra de la ley o los estatutos, y en donde, como veremos, la regla general es la de su *anulabilidad* y de su *nulidad*. Asimismo, hemos de destacar que en la tesis se hace referencia a las causas de “nulidad” previstas por la LGSM o a la acción de “oposición” y que a juicio del tribunal, en principio son las únicas instancias a las que pueden acceder los accionistas de una SA cuando existe ilegalidad de una asamblea o de sus

⁴³ “PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS EN MATERIA MERCANTIL. CUANDO LA SOLICITUD DE LA MEDIDA NO SE FUNDA EN LOS CASOS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 1168 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, LA RESTRICCIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1171 DE LA MISMA LEY PARA DICTARLAS, NO IMPIDE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO PREVISTAS EN LOS NUMERALES 384 A 388 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES (ABANDONO PARCIAL DE LAS TESIS 1A. LXXIX/2007 Y 1A. LXXXI/2007)”, Contradicción de tesis 415/2012, aprobada el 20 de febrero de 2013.

resoluciones, pero que ello no excluye que se deba acudir a lo que establece el CCF, en cuanto a que se acoge el principio que son *nulos* los actos que contravengan disposiciones de orden público o leyes prohibitivas y esto comprende normas distintas a las de la ley especial (la LGSM), aunque es cuestionable el que la tesis, en razón de tal invocación que hace del art. 8o. CFF, aluda a que debe aplicarse la legislación que en general establezca *nulidad* de actos jurídicos, sin distinguir o precisar a qué se refiere por “nulidad”, ni a cuáles serían las normas externas a la LGSM que pudieran ser contravenidas por actos societarios.

Por una parte, es verdad que, a pesar de no establecerlo expresamente la LGSM, se debe atender al principio que los actos que contravienen las normas de orden público son nulos; cuestionable, por otra parte, es remitir a la aplicabilidad de los principios de nulidad (sin hacer distinciones de si se trata de normas que, sin ser de orden público, son de las que generan invalidez), para abarcar en ese término cualquier orden de nulidad. De ahí que consideramos oportuno distinguir diversas categorías de ineficacia respecto de actos que adolecen de algún vicio. En palabras de Donati: “El problema fundamental aparece súbitamente: el de la determinación de las varias formas de invalidez y del respectivo campo de aplicación”⁴⁴.

El propio Donati, en la justificación del título de su obra, explica que prefirió aplicar el término de *invalidez* al de ineficacia, “por ser este último tan lato, que comprende aun aquellas hipótesis, no raras en materia de deliberación, de negocio ineficaz pero válido, que no entran en el campo de este estudio”.⁴⁵ En el presente trabajo, limitamos el campo de ineficacia solo a aquellos actos societarios viciados por alguna anormalidad, o incluso, actos que jurídicamente son inexistentes.

El sistema jurídico en México, en materia de figuras que impiden el nacimiento (surgimiento), desarrollo pleno, o conclusión regular de un acto o negocio, es un campo de cultivo para toda clase de teorías, opiniones, desaciertos, conjeturas y desencuentros. Términos como inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa, invalidez, ineficacia, inoponibilidad, etc.,⁴⁶ así

⁴⁴ *Sociedades anónimas: la invalidez de las deliberaciones de las asambleas*, p. 8.

⁴⁵ *Ibidem*..., p. 11. Ahí, a pie de página señaló: “... muchos tratadistas del negocio jurídico adoptan el término más genérico de ineficacia en sentido lato (*Unwirksamkeit*) más bien que el más restringido de invalidez (*Ungültigkeit*)...”.

⁴⁶ Qué decir de la figura “se tiene por no puesta”, empleada en los arts. 1943 (“La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta”) y 2448 CCF (“Las disposiciones contenidas en los artículos ... son de orden público e interés social, por tanto son

como de las propias figuras que generan tal perturbación en el acto o negocio, y que son cuestiones que atañen al consentimiento, al objeto, al fin, motivo, causa; a los llamados vicios de la voluntad (error, violencia, dolo, mala fe, reticencia, lesión, etc.), capacidad, forma, etc., son regulados, analizados, estudiados, interpretados o aplicados de manera incorrecta, incorrección a la que desde luego el que esto escribe, no escapa.⁴⁷

2. Los códigos civiles

Por lo expuesto con anterioridad, es evidente que existe cierta confusión en la LGSM, la doctrina y jurisprudencia nacional respecto de la manera en que se regulan las figuras que generan invalidez o ineficacia por anormalidades de actos en materia de sociedades mercantiles. Por ello, para estar en condiciones de, al menos pretender, resolver la cuestión respecto de las patologías que se pueden presentar en materia de deliberaciones, acuerdos o resoluciones de asamblea de una SA, y que dan lugar a la nulidad, invalidez, etc., es menester reconocer que la dogmática mercantil, y sobre todo la societaria, difiere de la “común”, que es la relativa al derecho civil.

a) El código civil de 1884

Nuestro código civil de 1884, que es el que tuvo a la vista el legislador del CCO de 1890, empleaba el término *válido* para aplicarlo a los contratos que satisficieran las *condiciones*⁴⁸ previstas en su art. 1279: (i) capacidad de los contrayentes; (ii) mutuo consentimiento; (iii) que el objeto materia del contrato sea lícito, y (iv) que se haya celebrado con las formalidades externas que exige

irrenunciables y en consecuencia cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta”), similares a la francesa « *est réputée non écrite* », p. ej. arts. CCO francés, L225-37 (el consejo de administración solo podrá deliberar válidamente si al menos la mitad de sus miembros están presentes. *Cualquier cláusula contraria se tendrá por no puesta.*), L225-44 (los administradores no podrán percibir de la sociedad ninguna remuneración, permanente o no, distinta de las previstas en ciertos artículos del código; cualquier cláusula estatutaria contraria *se tendrá por no puesta* y cualquier *decisión contraria será nula*).

⁴⁷ El art. 1264 CC Jalisco, previene que para la *validez* de un contrato se requiere: consentimiento y objeto que pueda ser materia del contrato, en tanto que el art. 1794 del CCF exige los mismos requisitos, pero no para su validez, sino para su *existencia*.

⁴⁸ De clara inspiración en el código francés, considero que la traducción debió ser *requisitos* y no *condiciones*. El art. 1395 del Código civil de 1870 (vigente en 1871) establecía lo mismo, salvo el caso de las formalidades.

la ley. El art. 1108, del Código civil francés (vigente en 1890), también usaba el término *validez*, y la sujetaba a que los contratos contuvieran los cuatro *requisitos* esenciales que indicaba: consentimiento de la parte que se obliga; la capacidad de contratar; un objeto cierto que sea la materia del compromiso, y una causa lícita. De lo anterior se desprende que el código civil de 1884 no distinguía entre diversas categorías, sino que el concepto *validez* aplicaba tanto para el consentimiento como para las formalidades, al igual que su inspirador código francés.

Ese código civil de 1884, contenía diversas disposiciones sobre validez, rescisión y nulidad de actos, así como una bien elaborada normatividad sobre requisitos, renunciaciones, efectos, etc.,⁴⁹ por lo que el CCO de 1890 no tuvo empacho en hacer el *reenvío* o la *referencia* a las que se refieren sus arts. 2o. y 81. Y, quizás de ahí, la parquedad de solamente aludir a nulidad en su art. 203, de igual factura que el art. 42, del código de comercio de 1884.

b) El código civil de 1928

Después de ello, el CCF de 1928 introdujo novedades en la materia y distinguió entre *existencia* del contrato⁵⁰ y causas por las que un contrato *puede ser invalidado* (art. 1795), pero sin precisar en qué consiste tal existencia y tal invalidez, lo que generó criterios judiciales aventurados, por decir lo menos.

El legislador del CCF optó por establecer subsidiariedad inversa, según se desprende de sus arts. 1º. (sus disposiciones regirán en toda la República en asuntos del orden federal) y 1859 (las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los actos *jurídicos*, en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos), de ahí que para efectos del presente trabajo, si el CCF se refiere a contrato, nosotros lo adaptamos al término *acto*.

(i) *Inexistencia*

Así, conforme el art. 1794, para la *existencia* del acto, se requiere consentimiento y objeto que pueda ser materia del acto. De ahí que el Código Civil Federal considera *inexistente* el acto, y

⁴⁹ Solamente aplica una vez el término eficacia: "Artículo 6º. No tiene eficacia alguna la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las leyes prohibitivas o de interés público."

⁵⁰ El art. 1264 CC Jalisco (de vigencia en 1995), previene que para la *validez* de un contrato se requiere: consentimiento y objeto que pueda ser materia del contrato, en tanto que el art. 1794 del CCF exige los mismos requisitos, pero no para su validez, sino para su *existencia*.

por tanto no producirá ningún efecto legal si falta el consentimiento o de objeto que pueda ser materia del acto (art. 2224). Sobre la inexistencia, la SCJN llegó a decir que, si un caso fue considerado por el juez como de inexistencia y no de nulidad, no cometió agravio contra el afectado, ya que el art. 2224 del hoy CCF “no tiene sino meros efectos declarativos, teóricos”, ya que “el tratamiento que reciben las inexistencias es el de las nulidades” (RD 340126). Por lo que, podemos concluir que la frase “no producirá efecto legal alguno”, contenida en el art. 2224, es meramente teórica, y que no siempre hay que atender la ley a la letra, tal y como se sostiene en la jurisprudencia invocada líneas arriba (RD 2020903).

(ii) *Invalidez*

El art. 1795, que sigue al que declara la inexistencia del acto, señala que el acto puede ser *invalidado* cuando se surta alguna de las hipótesis ahí señaladas: por incapacidad legal⁵¹ de las partes o de una de ellas;⁵² por vicios del consentimiento; porque su objeto, motivo o fin, sea ilícito, y porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece. Todas esas anormalidades generan la ineficacia del acto, y al ser concomitantes a la celebración del acto, dicha ineficacia se da en razón de la afectación de nulidad, ya que, si el acto originalmente fue válido, puede devenir ineficaz si ciertas razones son posteriores a su celebración, y esas razones *impidan* que el acto produzca sus efectos (p. ej. una condición suspensiva no realizada, o destrucción de la cosa materia del contrato).

La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, *según lo disponga la ley* (art. 2225 CCF); es decir, la *nulidad* por estas razones debe estar señalada expresamente en la ley. En el CC italiano, *en materia contractual*, la *nulidad* del contrato se produce por (art. 1418): (i) falta de consentimiento de las partes, de causa, de objeto, y de la forma exigida por la ley cuando la misma sanciona con nulidad

⁵¹ No dice incapacidad *natural*, a pesar de que el propio CCF en su art. 450 habla de incapacidad *natural y legal*.

⁵² El art. 1420 CC italiano previene el caso de contratos plurilaterales, en donde las prestaciones de cada una de ellas están dirigidas a la consecución de un objetivo común, la nulidad que afecta al vínculo de una sola de las partes *no implica la nulidad del contrato*, salvo que la participación de dicha parte deba considerarse esencial, según las circunstancias.

dicha falta; (ii) ilicitud de la causa;⁵³ (iii) ilicitud de los motivos,⁵⁴ (iv) porque el objeto no sea posible, lícito, determinado o determinable, y (v) cuando la ley lo establezca expresamente.

3. Validez y nulidad en la LGSM

Seguramente el legislador de la LGSM tomó en consideración que los actos societarios difieren de los civiles, y sobre todo de los contratos. Quizás por ello, en lo que corresponde a la materia de regulaciones sobre validez, nulidad, existencia, etc., tanto de las sociedades como de sus actos y de sus órganos, la LGSM introdujo diversas disposiciones en donde expresamente se refiere a cada una de ellas, y en otros casos omite sancionar el incumplimiento de formalidades o requisitos que la propia ley establece, descansando en los principios que separan normas imperativas y normas dispositivas, tal y como se desprende del texto de la propia ley, pero de manera no expresa. En posteriores reformas, se pretendió aclarar el punto, aunque consideramos que persiste la problemática. En efecto, el art. 8o. LGSM fue adicionado con un segundo párrafo en el que se precisó que “las reglas permisivas contenidas en esta Ley no constituirán excepciones a la libertad contractual que prevalece en esta materia”; sin embargo, no todas las normas contenidas en la ley son permisivas, ni todas son imperativas, y, de hecho, es difícil, o cuando menos controvertible, catalogar ciertas disposiciones como imperativas o prohibitivas.

No obstante lo anterior, y sin que en la Exposición de Motivos de la ley se haga referencia alguna a invalidez (salvo lo relativo al acto de constitución), vemos que nuestra LGSM en diversos artículos, para referirse a situaciones patológicas que generan *ineficacia* de los actos societarios, emplea, indistinta y no creemos que exhaustivamente, los términos o expresiones *validez*, *nulidad* (solamente en un artículo sanciona con “nulidad de pleno derecho” —art. 21—), *no producir efectos legales* (arts. 17, 19), *no producir efecto alguno legal con relación a terceros* (¿inoponibilidad?, arts. 2, quinto párrafo, 10, segundo párrafo, 13, 14 73), *surtir efectos*, y *producir efectos* (arts. 220, 223, 228 bis, fr. VII), así como otra de contenido indeterminado como la empleada en el art. 224 “no podrá tener efecto”. Pero no todos los supuestos

⁵³ El art. 1343 del propio código señala que la causa es ilícita cuando es contraria a norma imperativa, al orden público o a las buenas costumbres.

⁵⁴ El contrato es ilícito cuando las partes han decidido celebrarlo exclusivamente por una razón ilícita común a ambas (art. 1345).

que impliquen omisión o infracción de formalidades o requisitos los sanciona expresamente, así como tampoco señala cuáles serían en concreto las consecuencias de que alguno de los actos fuera declarado inválido, nulo o que no tuviera efectos, lo que provoca diversas preguntas: al margen de que sea correcta la categorización que hace la ley respecto de actos que sanciona con nulidad o que presuponen requisitos para su validez, ¿qué pasa con aquellos actos respecto de los cuales la ley no sanciona con alguna de las consecuencias que sí previene expresamente para otros actos? ¿Debe la LGSM señalar, de manera exhaustiva los actos que sanciona con invalidez, y cuáles son las consecuencias de ello, sobre todo tomando en consideración el principio *res inter alios acta*?

En este apartado, nos referimos a los artículos en que la LGSM utiliza los términos relacionados con validez y con nulidad en donde su inobservancia o falta de cumplimiento o por incurrir en sus hipótesis, pueden dar lugar a la ineficacia de los actos ahí previstos, y que si se dan en un caso concreto, las personas accionistas afectadas pueden impugnarlos, sin necesidad de acudir a la llamada acción de oposición, y que, indebidamente, el legislador, de alguna manera, los incluye en los supuestos normativos previstos por la fracción III del art. 201.

a) *Válido, validez*

El art. 91, fr. VI dispone que, en el acto constitutivo de la SA, se pueden establecer condiciones de *validez* para el ejercicio del voto y de los acuerdos de asamblea,⁵⁵ “en cuanto las disposiciones legales puedan ser modificadas por la voluntad de los socios”. Esta última frase, no obstante, lo establecido por el art. 8o., segundo párrafo, que privilegia “la libertad contractual que prevalece en esta materia”, nos enseña que lo que se pretende sea excepción, es regla general, y que siempre prevalecerá el *ius cogens*. Art. 143, tercer párrafo: las resoluciones del consejo de administración de la SA, para ser *válidas*, deben ser tomadas por la mayoría de los asistentes. Art. 143, cuarto párrafo: pueden tener *validez* los acuerdos tomados fuera de sesión de consejo, si así lo establecen los estatutos, y son por unanimidad y confirmados por escrito. Art. 143, quinto párrafo: sesiones de consejo virtuales tendrán *validez*, si así está previsto en los estatutos, por extensión, la tendrán sus

⁵⁵ Debe tomarse en cuenta que cierta doctrina, con la que coincidimos, señala que los requisitos de *existencia* o de *validez* de un negocio jurídico *pueden buscarse solamente en el ordenamiento jurídico positivo*, y la existencia no puede determinarse por la voluntad de las partes. (cfr. DONATI, *Sociedades anónimas...*, pp. 95-96).

resoluciones o acuerdos (lo mismo establece el art. 178, tercer párrafo respecto de asambleas). Art. 178, segundo párrafo: pueden tomarse acuerdos con la misma *validez* que si emanaran de asamblea, si es que así está previsto por los estatutos, se tomen por unanimidad, representen la totalidad de las acciones y se confirmen por escrito. Art. 189: la *legal* instalación de la asamblea ordinaria requiere, en primera convocatoria, la presencia de cuando menos la mitad del capital social; sus resoluciones son *válidas* si son tomadas por la mayoría de los presentes. Art. 196, segundo párrafo: se refiere a *validez* del voto que da lugar a una resolución, y si el voto del accionista con interés contrario a la sociedad es determinante para obtener el acuerdo, la sanción al que contravenga su deber de abstención será la de indemnizar por los daños que cause. Art. 268 (sociedad por acciones simplificada), establece las reglas para “la toma de decisiones” de la asamblea de *accionistas* y agotado el procedimiento ahí establecido, las resoluciones “se consideran válidas y serán obligatorias para todos los accionistas si la votación se emitió por la mayoría de los mismos, salvo que se ejercite el derecho de oposición previsto en esta Ley”.

¿Qué pasa si no se observan condiciones y requisitos de validez?

¿Será que de manera implícita reconoce la existencia de una acción de nulidad para los casos en que no se dé cumplimiento a las condiciones o requisitos de validez a los que alude en los artículos reseñados? ¿Cuáles serían los efectos o consecuencias de obtener una sentencia que confirmara la falta de validez? ¿Se pueden anular *ex proprio iure*? ¿Se pueden confirmar, o subsanar? Lo que nos queda claro es que, si se incurre en omisión, abstención o infracción a las disposiciones que establecen condiciones o requisitos de validez, se provocará la ineficacia del acto en cuestión, y desde luego la modulación de sus efectos quedarán al arbitrio del operador del caso, lo que sin duda da lugar a inseguridad respecto de los efectos o consecuencias. De ahí que es preciso señalar de manera expresa qué ocurre en caso de inobservancia de los elementos de validez previstos en cada disposición de la LGSM, o bien evitar emplear términos equívocos. Ni en la Exposición de Motivos, ni del texto de la LGSM aparece por qué el legislador limitó a una llamada acción de oposición, la manera en que se pudieran impugnar los actos que no fueron originados válidamente, al ser contrarios a una cláusula del contrato social o a un precepto legal.

b) *Nulo, nulidad*

No hace referencia a que la nulidad de un acto no afecta a personas de buena fe; de hecho, no existe disposición alguna en relación con terceros que pudiesen ser afectados por la declaración de nulidad sea de la sociedad, o de algún otro acto societario, incluidas, desde luego, las asambleas de sociedad anónima, sus resoluciones y su ejecución. Así, tenemos que, en relación con la nulidad de la propia sociedad, los arts. 2o., segundo pfo. y 3o. abordan la cuestión: no pueden ser declaradas nulas las sociedades inscritas en el Registro Público de Comercio (RPC), salvo aquellas que tengan un objeto ilícito o ejecuten habitualmente actos ilícitos. Respecto de estas últimas, la LGSM las declara nulas, sin embargo, establece que se procederá a su inmediata liquidación, lo que, de suyo, le reconoce que ha surtido ciertos efectos, tanto así, que deberán pagarse las deudas de la sociedad. La única disposición en la LGSM que emplea la figura de “nulidad de pleno derecho”, es el art. 21, que sanciona así los acuerdos de administradores o de juntas o asambleas que vayan en contra de la obligación de separar, anualmente de las utilidades netas, el 5% como mínimo para formar el fondo de reserva.

En cuanto a disposiciones específicas para la SA, el art. 102 sanciona con nulidad, respecto a la propia sociedad, las operaciones de los fundadores de una SA de constitución sucesiva si la asamblea general constitutiva no las aprueba. La ley no lo dice, pero pueden ocurrir dos cosas: que respondan personalmente por tales operaciones los fundadores, o bien que la asamblea las apruebe y entonces la ley le da efectos retroactivos a la personalidad jurídica de una SA que no existía al momento de la realización de las operaciones. Son nulos los pactos conforme los cuales los fundadores estipulan a su favor beneficios que menoscaban el capital social (art. 104).

Respecto de las asambleas, la LGSM, en tres artículos habla de nulidad: 179, las asambleas generales (ordinarias o extraordinarias) deben reunirse en el domicilio social, y salvo caso fortuito o fuerza mayor, si lo hacen en lugar distinto, *las propias asambleas* serán nulas; en tanto que el art. 188 dispone que lo nulo será *la resolución* de la asamblea que haya sido tomada con infracción a las reglas de convocatoria contenidas en los arts. 186 y 187. Y el tercer supuesto, es el previsto por el art. 197, en donde los comisarios y administradores (en caso de que sean accionistas) deben abstenerse de votar en asuntos relativos a sus informes y a su responsabilidad; en caso de contravenir la abstención, y si su voto es determinante para lograr la mayoría, la resolución será nula.

La ley no lo dice, pero tales nulidades podrían ser entendidas como "absolutas",⁵⁶ es decir, que sus consecuencias tendrán efectos provisionales, mismos que serán retrotraídos, sin perjuicio del derecho de los terceros de buena fe.

Por último, es oportuno hacer la pregunta del por qué la ley no contiene disposiciones similares para los casos de asambleas y resoluciones de sociedad de responsabilidad limitada, y demás tipos societarios, así como para las sesiones o juntas de administradores, omisiones que dan lugar a una variedad de argumentos infundados, redundando en falta de seguridad jurídica.

Las causas más comunes que encontramos en la práctica y jurisprudencia mexicana que dan lugar a la impugnación se encuentran en las figuras denominadas como inexistencia, nulidad, ineficacia y oposición, que, de suyo, son figuras que no tienen una perfecta regulación, lo que, aunado a las acciones o instancias para su denuncia, han generado un sinnúmero de confusiones. Las tesis emanadas de los tribunales federales se han ocupado en diversos casos sobre temas de nulidad de asambleas de accionistas y/o de sus correspondientes resoluciones, entre ellas destacan: por no existir quorum de accionistas debido a falta de legitimación de un titular (RD 803313);⁵⁷ por simulación de la propiedad de títulos accionarios (RD 271005); por convocatoria irregular, en donde se alegó por una parte que a pesar de la irregularidad en la convocatoria, estaba presente el 100% del capital social, pero, la otra parte, alegó que no estaban conformes con la celebración de la asamblea (RD 385581);⁵⁸ o bien porque los estatutos requerían mancomunidad en la firma, y actuó uno solo (RD 205373); por haberse publicado el mismo día tanto la primera como la segunda convocatorias para una asamblea de accionistas (RD 191640);⁵⁹ por

⁵⁶ Con las salvedades establecidas en los propios arts. 179 (caso fortuito o fuerza mayor) y 188 (que en el momento de la votación esté presente la totalidad de las acciones).

⁵⁷ O por suplantación de accionista (RD 300656), en donde en asunto penal se dijo que el quejoso, en lugar de presentar denuncia, debió promover la nulidad de la asamblea celebrada ilegalmente.

⁵⁸ No obstante, en la tesis RD 219616 se sostuvo que a pesar de que no exista convocatoria, ello no trae como consecuencia la nulidad de la asamblea si en el acta se asentó que la votación fue representada por el 100% de las acciones.

⁵⁹ La Primera Sala SCJN, contrario a lo sostenido en la tesis aludida, concluyó que sí, que sí pueden hacerse el mismo día las convocatorias: "La primera y segunda convocatorias para la celebración de asambleas de accionistas de sociedades anónimas pueden constar en la misma publicación, siempre y cuando se precisen con claridad las condiciones de realización de cada una, lo cual no excluye la posibilidad de que la primera y segunda convocatorias se realicen en publicaciones distintas" Tesis: 1a./J. 76/2025 (11a.), RD 2030474.

convocar a asamblea ordinaria, siendo que los asuntos eran competencia de extraordinaria (RD 170967); por acordar asuntos que no se encontraban en el orden del día (RD 188034); porque se violó a un accionista su derecho de preferencia para suscribir acciones en términos del art. 132 (RD 223708); en fin, por haberse alterado o asentado datos falsos en el acta de asamblea (RD 176610).

Resulta interesante el criterio contenido en la tesis RD 209432, de rubro "ASAMBLEA DE ACCIONISTAS. LA FALTA DE REUNIÓN LEGAL REQUERIDA O LA FALTA O ILEGAL CONVOCATORIA, GENERA LA NULIDAD ABSOLUTA DE LAS RESOLUCIONES TOMADAS EN ELLA", en donde, además de calificar de *absoluta* la nulidad, refiere que las resoluciones tomadas en una asamblea que es *nula* por falta del requisito necesario para su *legal existencia*, tales resoluciones pueden ser "nuevamente" tomadas en otra asamblea en donde no existan anomalías, así como acordar que las resoluciones sean retrotraídas en cuanto a sus efectos a una cierta fecha, y que este nuevo acto *no constituye una ratificación* de la asamblea nula o de sus resoluciones.⁶⁰ Se confunden varios términos, como que la ausencia de nulidad es necesaria para la existencia; o que, a pesar de haberse calificado la resolución como de nulidad absoluta, se puede tomar la resolución "nuevamente". Además, la calificación de absoluta deviene infundada, debido a que el art. 2225 CCF, de desafortunada redacción, dispone que la nulidad será absoluta o relativa "según lo disponga la ley", y no aparece que la ley establezca la nulidad absoluta cuando en una asamblea no se encuentra presentada la totalidad de las acciones por no haber sido debidamente convocada; es verdad que el art. 8o del CCF dispone que los actos contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, sin embargo, del texto del referido art. no resulta que la nulidad sea "absoluta", así como tampoco resulta claro si la disposición que establece el *requisito* o la *formalidad* de convocar debidamente a asamblea es de interés público.

4. *Solución italiana*

Un Tribunal de Nápoles,⁶¹ resolvió que la anulabilidad es el régimen de invalidez de los acuerdos de la asamblea con

⁶⁰ En este caso, la resolución *ya fue declarada nula*, diferente al caso previsto por el séptimo párrafo, del art. 2377 CC italiano, donde antes de haber sido anulada la resolución, incluso, a pesar de haber sido impugnada, puede ser *sustituida por otra* que haya sido adoptada de conformidad con la ley y los estatutos.

⁶¹ Sección especializada en materia de empresas, sentencia n.º 7508 de 27 de julio de 2022.

carácter general, mientras que la nulidad tiene un alcance residual. La inexistencia solo puede declararse cuando no existe ningún elemento que permita clasificar un acto como acuerdo de la asamblea.

Ya en el punto 4, inciso b) anterior señalamos la reforma que en 2003 se hizo al CC italiano, y que distinguió expresamente las figuras de nulidad y anulabilidad. En el art. 2377 se contienen los supuestos de anulabilidad y en el 2379, los de nulidad. Si bien se refiere a resoluciones, es evidente que también se toman en cuenta factores que pueden viciar a la propia asamblea que tomará la resolución.

Así, en tratándose de anulabilidad, el art. 2377 señala que las resoluciones que no se tomen de conformidad con la ley o los estatutos podrán ser impugnadas, y para poder ser impugnadas requiere de ciertos porcentajes accionarios, y que en caso de que no se reúna o se carezca de legitimación (por carecer de derecho de voto) para promover la impugnación, tales accionistas tendrán derecho a la indemnización por los daños y perjuicios que les haya causado la resolución no conforme con la ley o los estatutos.

De la misma manera, el art. 2377 dispone que *no es posible* impugnar una resolución, incluso a pesar de haber sido tomada en contravención a la ley o los estatutos, y lo hace en tres supuestos específicos, relacionados con (i) intervención en la asamblea de personas no legitimadas, (ii) por invalidez de votos individuales o recuento erróneo, y (iii) por ser incompleta o inexacta el acta. Cada uno de ellos con su excepción que sí da lugar a la acción de anulabilidad, tal y como ya ha quedado expuesto en el punto 4 anterior.

Como vemos, el CC no establece supuestos específicos que provoquen la anulabilidad, sino que lo hace de manera *genérica* respecto de las resoluciones que hayan sido tomadas contra la ley o los estatutos, incluso aquellas que conforme nuestra doctrina o jurisprudencia mexicana pudieran ser consideradas afectadas con "nulidad absoluta".

Ahora bien, a diferencia del art. 2377, el diverso art. 2379, que en su rubro usa el término *nulidad*, establece cuatro supuestos *específicos* que dan lugar a la nulidad, en donde se abarcan tanto factores que afectan a la asamblea misma, como aquellos que vician la resolución en sí a pesar de que la asamblea fue convocada, instalada debidamente y emitió la resolución sin tacha, y que, insistimos, son: (i) falta o irregularidad de convocatoria; (ii) falta o

irregularidad en el acta, (iii) por ilicitud o imposibilidad del objeto de la resolución, y (iv) se modifique el objeto social previendo actividades ilícitas o imposibles.

Asimismo, hemos señalado que, a pesar de estar en presencia de casos que generan la nulidad, aun así, el CC italiano, en su art. 2379-Bis, reduce las posibilidades de impugnar la resolución por falta de convocatoria, así como también, a pesar de existir la causa de nulidad, existe la posibilidad de regularizar la resolución correspondiente, y la falta de acta puede ser subsanada mediante la redacción de un acta en la siguiente asamblea.

En lo que corresponde a la sociedad de responsabilidad limitada, el art. 2479-Ter, en una sola disposición reúne las diversas causas de invalidez, tanto de manera genérica, como específica al hacer aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada el diverso art. 2379-Bis. De esta disposición surgió el criterio que sintetiza el entramado legal relativo a la invalidez de resoluciones en materia de sociedades y al que hacemos referencia al inicio del presente punto; lo anterior, toda vez que del CC italiano de 1942, actualmente, conforme sus arts. 2377, 2379 y 2479-ter, en materia societaria, se desprende que la nulidad tiene carácter residual (específica) con respecto a la anulabilidad (genérica).

Concluye, pues, la sentencia del Tribunal de Nápoles, que la *nulidad* solo se aplica a las violaciones de normas de interés general, en tanto que los conflictos con normas que protegen intereses privados (como las mayorías) dan lugar a la *anulabilidad*, no a la nulidad. Tal criterio aclara los límites de la acción de nulidad en las asambleas de socios, distinguiendo claramente entre los intereses generales y los intereses particulares protegidos por las normas.

Por último, es importante destacar el criterio del Tribunal de Nápoles que señala que la *inexistencia* solo puede declararse cuando el acto impugnado no puede definirse como una resolución, al no tratarse de un acto imputable, ni siquiera de forma abstracta, a la sociedad, o bien, aunque exista un acto que pueda calificarse como tal, presente una desviación tan marcada del modelo legal que no permite su inclusión en la categoría de resolución, ya que si el acuerdo o resolución puede ser atribuible externamente al órgano decisorio de la sociedad y atribuible al género de la resolución de la asamblea, por la presencia de al menos uno de los elementos esenciales para la identificación del caso en cuestión, como puede ser una resolución procedente de una asamblea en la que *haya participado incluso uno solo de los*

socios (la sentencia cita la Cass. 26199/2021),⁶² así como si se ha adoptado con el voto determinante de personas no legitimadas para votar, entonces *no se puede hablar de inexistencia*; ello quiere decir que, *sí será inexistente* la resolución de una asamblea de una sociedad adoptada con la única participación de personas que *no son socios* de la misma.

5. Francia

La *Ordonnance n° 2025-229 du 12 mars 2025 portant réforme du régime des nullités en droit des sociétés* (publicada el 13 de marzo de 2025, y en vigor a partir del 1 de octubre de 2025, salvo el art. L821-5, en vigor a partir del 1 de enero de 2027) reformó tanto el código civil (c.c.) como el de comercio en materia de nulidades en sociedades, habiendo unificado las disposiciones *generales* de nulidad sin importar la naturaleza de la sociedad como civil o mercantil. De hecho, la reforma de 2025 modificó, creó o abrogó 57 artículos del código de comercio relativos a nulidades en materia societaria, y tales disposiciones generales se pasaron al c.c. en los artículos 1844-10 y siguientes.

En materia societaria, el código de comercio francés tenía un capítulo expreso de las nulidades dentro del título III (Disposiciones comunes a las diversas sociedades comerciales) del libro II (De las sociedades comerciales y de los grupos de interés económico), integrado por los artículos L. 235-1 al L. 235-14, y que resultaban aplicables de manera *general* a todos los tipos societarios. Todos esos artículos fueron abrogados por la Ordenanza 2025-229. Además de dichas disposiciones *generales*, el propio código, en diversos artículos, sancionaba (y continúa haciéndolo solamente para las sociedades de responsabilidad limitada y anónima, y solo en ciertos casos) con nulidad o anulabilidad ciertos actos societarios o incluso de cláusulas

⁶² Cass. Civ. Sez. I, sent. n. 26199 del 27/09/2021, in tema di inesistenza delle delibere assembleari. En esta sentencia de casación, el motivo de la impugnación se refería al hecho de que las resoluciones de las cuales se alegó su inexistencia, se habían adoptado con el voto favorable de una persona que no era socio y, por lo tanto, carecía de la facultad de vincular a la sociedad. Cfr. NiCCOLò Tamburini (28 Novembre 2021), <https://iusinitinere.it/cass-civ-sez-i-sent-n-26199-del-27-09-2021-in-tema-di-inesistenza-delle-delibere-assembleari/>

estatutarias (p. ej. 223-11, 223-13, 223-27,⁶³ 223-43,⁶⁴ 224-3,⁶⁵ 225-18, 225-18-1, 225-19, 225-20..., 225-104,⁶⁶ etc.; en fin, el art. 225-121, involucra diversos artículos que sancionan con nulidad o anulabilidad la infracción a lo dispuesto por tales artículos).

Ahora se regula la nulidad de la sociedad en sí misma (art. 1844-10, primer párrafo del código civil) en donde solamente se previenen dos causas: incapacidad de todos los socios, o violación a las disposiciones legales que establecen un mínimo de dos socios; asimismo, toda cláusula estatutaria contraria a una disposición imperativa de derecho societario cuya violación no se sancione con nulidad, se tendrá por no escrita (art. 1844-10, segundo párrafo c.c.) y se limitan las causas y efectos de la nulidad de las aportaciones (art. 1844-10-1, c.c.).

En tratándose de resoluciones societarias, cabe destacar que el c.c. lleva a cabo una precisión terminológica al abandonar las antiguas palabras “actos o deliberaciones” para emplear la de “decisiones” (art. 1844-10, tercer párrafo), cuya nulidad no puede resultar sino de (i) una violación a una disposición *imperativa*, salvo lo establecido por el párrafo segundo del art. 1833,⁶⁷ o bien (ii) si la decisión cae en alguna de las causas de nulidad de los contratos en general. Concluye el art. 1844-10, que, salvo disposición en contrario en la ley, la violación de los estatutos no constituye una causa de nulidad.

En fin, la reforma introduce un «triple-test» que debe llevar a cabo el juez para calificar la decisión como nula, según tres criterios acumulativos (art. 1844-12-1 c.c.): (i) el promovente debe demostrar la existencia de un perjuicio al interés que la norma cuya violación se alega protege; (ii) la irregularidad haya influido el sentido de la resolución impugnada; (iii) los efectos de la nulidad no sean excesivos para el interés social en relación con el interés cuya protección se alega.

⁶³ Aplicable a la SRL; permanece igual ante la reforma de 2025.

⁶⁴ Antes decía que toda transformación en violación de las reglas previstas en ese art., *son nulas*; actualmente solo si el acuerdo de SRL a colectiva o comandita no es por voto unánime de los socios, fuera de ello, otras violaciones, *pueden ser anuladas*.

⁶⁵ Este art. se refiere a la necesidad de que los socios aprueben la valoración de activos en caso de transformación de cualquier tipo a sociedad por acciones y que ello conste en acta; de no ser así, se sancionaba la transformación con nulidad; hoy dice que “podrá ser anulada”.

⁶⁶ Toda asamblea irregularmente convocada puede ser anulada. Lo mismo si la asamblea toma un acuerdo sobre un asunto no listado en el orden del día (art. L225-105 y L225-121).

⁶⁷ La sociedad operará en interés social, teniendo en cuenta las cuestiones sociales y ambientales de su actividad.

Órdenes judiciales de hacer

Por otra parte, el art. L225-149-3 (dentro de la sección «Modificaciones del capital social y de la participación accionaria de los trabajadores», de las sociedades anónimas), mismo que antes de las reformas también se refería, además de los actuales, a supuestos de nulidad y anulabilidad, establece diversos casos que pueden dar lugar a una *orden judicial de hacer* conforme las modalidades establecidas en los arts. L238-1 y L238-6 (dichos artículos se encuentran dentro del capítulo relativo a «Órdenes judiciales de hacer», del título de disposiciones comunes a las sociedades comerciales), y que básicamente son que los interesados pueden promover judicialmente en vía sumaria se ordene a la persona o al órgano competente para la satisfacción de los requisitos, formalidades o informes (L238-1), o bien para que en la misma vía se ordene, bajo pena de multa, a los funcionarios competentes, lleven a cabo lo establecido en los artículos mencionados por el diverso art. L225-149-3.

Tales artículos, por ejemplo, se refieren a los siguiente: casos en que la asamblea general extraordinaria delegue en el consejo de administración o en el comité ejecutivo decidir sobre aumento de capital, debe fijar duración que no exceda de 26 meses (L225-129-2). Cuando se trate de aumento de capital por oferta pública realizado a menos de dos años de haber sido constituida la sociedad, debe verificarse el activo y pasivo, así como beneficios que se hayan concedido a fundadores (L225-131). La emisión de títulos sin derecho preferente de suscripción mediante oferta pública está sujeta a diversos requisitos, entre otros, el de órgano competente para determinar el precio de emisión, previo *informe* del auditor de cuentas (L225-136). Reglas a seguir cuando la asamblea general reserve la suscripción del aumento a ciertas personas (L225-138). Formalidades de publicidad que se deben observar antes de una suscripción de aumento de capital (L225-142). Formalización de contratos de suscripción de acciones o de valores mobiliarios que den acceso al capital (L225-143). Si el aumento de capital no se lleva a cabo dentro de un plazo de seis meses, los suscriptores podrán solicitar la devolución de sus fondos a través de un mandatario (L225-144), y demás reglas para aumentos de capital social.

Como se ve, no habría nulidad de actos, sino que los interesados podrán acudir al juez para que provoque el debido cumplimiento.

Otrosí: actualmente, el código civil francés no habla de existencia del contrato, sino que emplea el término *validez* (art.

1128), en donde establece que para la validez del contrato son necesarios: el consentimiento de las partes; su capacidad de contratar y un *contenu*⁶⁸ lícito y cierto, donde el primero y tercero de tales figuras, son consideradas como “esenciales” para la “existencia” del contrato conforme la teoría mexicana.

IV] Conclusiones

1. La LGSM carece de una teoría coherente y sistemática sobre la invalidez de los actos societarios, lo que ha obligado a la doctrina y a la jurisprudencia mexicanas a construir soluciones fragmentarias, en ocasiones conceptualmente imprecisas, con falta de cimentación jurídica y estrictamente legalistas, sin reconocer que el legislador puede equivocarse, como lo demuestra el art. 225, que trató de ser una copia del diverso art. 195 del CCO italiano de 1882, habiendo confundido “conste el pago de todas las deudas sociales” con “si se pactare el pago de todas las deudas de las sociedades”, lo que de suyo, también ha provocado desaciertos (ver tesis con registro digital 219478, 219479 y 219480).⁶⁹
2. La tesis jurisprudencial que reconoce tres vías de impugnación (nulidad de asamblea, oposición y acción genérica de nulidad) parte de una confusión conceptual, al no distinguir con claridad entre invalidez, ineficacia, nulidad y anulabilidad, términos que el propio documento demuestra que no son sinónimos desde una perspectiva técnica, así como por el hecho de considerar que existe una “acción de oposición”.
3. Existe confusión terminológica tanto en la doctrina como en la jurisprudencia mexicana, lo que provoca inseguridad jurídica,

⁶⁸ Difícil traducir el concepto *contenu* usado en el código francés. En referencia al anterior art. 1108 del código civil francés, se dice que el concepto de *contenu* ha sustituido al concepto de *objeto* y el concepto de *causa* ha desaparecido en el actual art. 1128. Así LAGADEC, Alain, *De l'interprétation des clauses contractuelles à la qualification du contrat*. Droit. Université de Toulon, 2017. Français. NNT : 2017TOUL0112, <https://theses.hal.science/tel-02181938v1>, p. 21, nota 65. En efecto, “La Ordenanza n.º 2016-131, de 10 de febrero de 2016, relativa a la reforma del derecho contractual, del régimen general y de la prueba de las obligaciones, suprime el concepto de causa”. (Arnaud Lecourt, https://shs.cairn.info/article/ELLI_LECOU_2019_01_0106?lang=fr)

⁶⁹ Localizables mediante el buscador de tesis por número de registro en <https://sjf2.SCJN.gob.mx/busqueda-principal-tesis>

pues impide prever con claridad los efectos, plazos y legitimaciones aplicables a cada tipo de vicio societario.

4. Es necesario construir en México una teoría respecto de la invalidez de los actos societarios que tenga inspiración en la doctrina y derecho comparado y que haga una rigurosa distinción respecto de figuras como la nulidad, anulabilidad, ineficacia e inoponibilidad y se adopte *de lege ferenda*. Asimismo, poner debidos acentos respecto de los efectos y ámbitos de aplicación de las figuras, dejando libertad al juzgador quien fundadamente deberá interpretar la ley conforme los principios constitucionales y convencionales.
5. Deben establecerse con claridad las consecuencias y efectos internos y externos que pueden resultar por declarar la invalidez de los acuerdos. De lo contrario, se podría dar lugar a ineficacia de actos realizados en cumplimiento de una resolución combatida, lo que es llamado como nulidad en cascada o en cadena. Cuidar, por tanto, a terceros de buena fe, y a los propios administradores que ejecutaron los actos (art. 178 obliga a ejecutarlos LGSM).
6. El derecho comparado demuestra que los sistemas societarios más evolucionados distinguen con precisión entre nulidad y anulabilidad, asignando a cada categoría legitimaciones, plazos y efectos diferenciados, lo que contrasta con la técnica legislativa mexicana. De donde no es correcto que exista una denominada acción genérica de nulidad, debido a que la nulidad es residual, y la anulabilidad es lo general.
7. El sistema mexicano carece de mecanismos eficaces de regularización o sustitución de resoluciones inválidas, a diferencia de los modelos francés e italiano, que privilegian la conservación del acto societario y la seguridad jurídica.
8. La evolución del derecho italiano culmina en una tipología clara de invalidez, donde la nulidad se reserva para vicios estructurales graves (objeto ilícito, falta absoluta de convocatoria), y la anulabilidad para infracciones procedimentales o estatutarias subsanables. En ese sentido cabe prevenir legalmente la posibilidad de subsanar los vicios que afecten al acuerdo o a la propia asamblea, incluso cuando los vicios den lugar a la nulidad del acuerdo.

9. El principio de mayoría solo puede operar legítimamente cuando la voluntad social se forma conforme a derecho, lo que implica que la legalidad del procedimiento y del contenido es presupuesto indispensable de la obligatoriedad de las resoluciones.
10. El texto y contexto de la LGSM, en materia de *impugnación* de resoluciones de asambleas generales de accionistas, va en contra del principio de seguridad jurídica. Y no solo ello, también contra el *slogan* de justicia pronta y expedita, dados los vericuetos, inexactitudes que se contienen y entorpecimientos que provoca la ley.
11. El legislador mexicano indebidamente partió el contenido del art. 163 del código comercial italiano, perdiendo de vista que se trataba de una disposición antitética, que en su primer párrafo reconocía que las resoluciones legales adoptadas por la mayoría vinculaban a todos y cada uno de los socios, y que el segundo párrafo se refería a que, cuando una resolución fuera contra los estatutos o la ley, ya no era vinculatoria y se legitimaba para impugnarla a los minoritarios.
12. En el derecho italiano clásico, la oposición no constituía una categoría procesal independiente, sino una forma de ejercicio del *derecho de impugnación* de resoluciones inválidas, acompañada de una tutela cautelar (suspensión), lo que quedó desdibujado en la copia mexicana.
13. Es preciso recordar que en el CCO italiano de 1882, las resoluciones trascendentes, se encontraban sujetas a proceso de homologación judicial, y que no afectarían derechos de tercero, por lo que era improbable la necesidad de una acción de impugnación y por tanto dicho código no hacía mención de dichas resoluciones en el apartado relativo a las acciones de impugnación por parte de opositores.
14. Es incorrecto llamar a la acción de impugnación de acuerdos prevista por el art. 201 LGSM, como “acción de oposición”. La LGSM previene diversas acciones judiciales de oposición, y su objeto no es un acto inválido, ni su finalidad es invalidar el acto, dado que se trata de un acto totalmente legal, pero que puede afectar intereses de socios o terceros. De donde resulta que la LGSM mezcla indebidamente supuestos de invalidez con supuestos de ineficacia, especialmente cuando concede tanto

- a socios como a acreedores acciones para oponerse a actos que no son ilegales ni antiestatutarios, sino simplemente perjudiciales desde una perspectiva económica o patrimonial.
15. La acción, tal y como está contenida en el art. 201, no es una clase de acción que sea *sui generis*, sino que es de impugnación por vicios del acto. Lo que se pretende es la *invalidez* del acuerdo o resolución, sea por vicios propios o anteriores a su formulación si no son de conformidad con la ley o los estatutos. No excluye la posibilidad de impugnar una resolución ilegalmente adoptada por vicios formales, sean legales o estatutarios. La posibilidad de suspensión no puede ser elemento diferenciador.
 16. Hay una indebida lectura e interpretación doctrinal y jurisprudencial del art. 201 LGSM. Debe prevalecer la equidad sobre la ley. El operador de la norma, básicamente el juzgador, debe conocer los antecedentes y las fuentes de dicha norma y aplicarla jurídicamente, incluso subsanando errores legislativos y adecuando las disposiciones legales al Derecho. Los códigos procesales establecen remedios para mantener la situación como se encontraba. El Código Federal de Procedimientos Civiles y Familiares (CFPCYF) establece que para la procedencia de la acción no es necesario señalar su nombre.
 17. La ley no debe pretender ser casuística, por lo que debe facultarse expresamente al juzgador para determinar, con el debido conocimiento, en qué casos una disposición legal es de carácter imperativo para poder resolver una cuestión. Para ello debe construirse una dogmática relativa a las normas imperativas o prohibitivas pretendiendo hacer un criterio doctrinal común, para evitar interpretaciones incorrectas.
 18. La legitimación restringida al 25% del capital social para la oposición judicial genera una tutela deficiente de la legalidad societaria, pues excluye a socios que, aun detectando ilegalidades, carecen de acceso a un medio impugnatorio específico. Deben precisarse las cuestiones sobre legitimación, procedencia de suspensión, plazos de caducidad, posibilidad de subsanar anomalías, etc., particularmente cuestiones sobre legitimación de quienes no tienen posesión del título accionario, o de quienes, teniéndola, no son propietarios (prenda); señalar en qué vía y jurisdicción se promoverá la

acción, y definirse y establecerse los efectos de la declaración judicial de invalidez, según sea nulidad o anulabilidad.

19. Las acciones de invalidez deben ser aplicables a todos los tipos societarios, considerando los límites que los mismos elementos tipificantes establecen.

Bibliografía

- BACOSI, Giulio, *Finché dura...[L'annullabilità del negozio]*, 2021.
<https://www.giuristaconsapevole.it/finche-duralannullabilita-del-negoziodi-giulio-bacosi/>
- BASSI, Matilde, *Profili processuali delle impugnazioni delle deliberazioni assembleari di società per azioni: la legittimazione ad agire e ad intervenire*, Tesis de doctorado, Università degli Studi di Napoli Federico II, Diritto dei rapporti civili ed economico-sociali, Diritto processuale civile, 2008.
<http://www.fedoa.unina.it/id/eprint/1762>
DOI: <http://dx.doi.org/10.6092/UNINA/FEDOA/1762>
- Biblioteca Centrale Giuridica, I lavori preparatori dei codici italiani — Una bibliografia, Ministero della Giustizia, Dipartimento per gli Affari di Giustizia, Biblioteca Centrale Giuridica, 2013.
https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/LavPre_versione2016.pdf
- CECCOLI, Deborah, *La legittimazione all'impugnativa delle delibere nelle società di capitali*, Dottorato di ricerca in Diritto dell'economia (XXVII. ciclo), Università degli studi del Molise, 2015
<https://hdl.handle.net/11695/66303>
- BOLAÑOS ARTEAGA, Ilse, "El derecho de oposición de los accionistas de la sociedad anónima en contra de las resoluciones de las asambleas generales de accionistas", Tesis profesional, Universidad Panamericana, México, 2012.
- CAMACHO ORTIZ, Mauricio Alejandro, *Estudio de la nulidad de las asambleas de una sociedad anónima y de la acción de oposición a sus acuerdos*, tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, UNAM, México, 2003.
- DONATI, Antigono, *Sociedades anónimas: la invalidez de las deliberaciones de las asambleas*, trad. Felipe de J. Tena, Porrúa, México, 1939.
- H. LEÓN TOVAR, Soyla y GONZÁLEZ GARCÍA, Hugo, *Sociedades mercantiles e introducción al derecho mercantil*, Editorial Dikaia, México, 2021.
- H. LEÓN TOVAR, Soyla et al., *Ley General de Sociedades Mercantiles Comentada*, Tirant lo Blanch, México, 2025.
- MIRAMÓN PARRA, Araceli, "Teoría de las nulidades e ineficacias del acto jurídico", en *Cien Años de Derecho Civil e México 1910-2010, Conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México*, Colegio de profesores de derecho civil de la Facultad de Derecho

de la UNAM, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009, pp. 75-82

<http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/35537>

OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, Oxford University Press, sexta edición, México, 2011.

PANDOLFINI, Valerio, *L'impugnazione delle delibere assembleari nelle S.p.a. e nelle S.r.l.*, *Diritto societario*, News, 2024,

<https://assistenza-legale-imprese.it/impugnazione-delibere-assembleari-nelle-s-p-a-nelle-s-r->

[l/#~:text=I%20cas%20di%20nullit%C3%A0%20delle,impossibilit%C3%A0%20o%20illiceit%C3%A0%20dell'oggetto.](#)

RICHARD, Efraín Hugo, *Las normas imperativas del código civil y comercial, del derecho societario y el sistema concursal*, BLOG, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

[https://www.acaderc.org.ar/wp-](https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/normasimperativasdsconcur)

[content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/normasimperativasdsconcur](https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/normasimperativasdsconcur)
[al.pdf](#)

RICHARD, Efraín Hugo y VEIGA, Juan Carlos, *El contraderecho: las normas imperativas del derecho societario*, *El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio*, XII Congreso Argentino de Derecho Societario, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I pág. 161.

SCIALOJA V., *L'opposizione del socio alle deliberazioni delle assemblee nelle società anonime*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1903, 202

TAMBURINO, Elisa, *Nullità delle deliberazioni assembleari nella s.p.a. e regole generali in materia di invalidità*, Tesis, Università degli Studi di Catania, Facoltà di Giurisprudenza, Dottorato di ricerca in diritto privato dell'economia, 2012.

<https://hdl.handle.net/20.500.11769/587715>

TORRES LANDA RUFFO, Juan Francisco y DOMÍNGUEZ DE PEDRO, Ángel, *La impugnación en materia mercantil: comentarios en torno a la acción de oposición contra las resoluciones de las asambleas generales de accionistas de la sociedad anónima*, *Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época, Año I, Núm. 2, Julio-Diciembre de 2012, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/8992/11042>

VERBANO, Marco, *Il danno da deliberazione invalida nelle s.p.a.*, Università degli Studi di Padova, Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali, Scuola di Dottorato di Ricerca in Diritto Internazionale, Diritto Privato e del Lavoro, XXVIII Ciclo, 2016. <http://hdl.handle.net/11577/3424394>

VIVANTE, César, *Tratado de derecho mercantil, Vol II, Las sociedades mercantiles*, trad. Ricardo Espejo, 1ª ed., Editorial Reus, Madrid, 1932.

Reinstauración de la monarquía constitucional en las sociedades de occidente en el marco jurídico del ejercicio de gobierno en el siglo XXI

Reinstatement of constitutional monarchy in western societies within the legal framework of governance in the twenty-first century

ROGELIO DE JESÚS HUERTA IBARRA¹

SUMARIO: I. Introducción; II. Historicidad jurídica monárquica; III. Historicidad jurídica democrática; IV. Aspectos de la soberanía nacional como término social; V. Aspectos de la soberanía popular como término democrático; VI. Diferencias entre la constitucionalidad nacional; VII. Propuesta de equilibrio contra el neoconstitucionalismo actual; VIII. Conclusiones.

SUMMARY: I. Introduction; II. Legal history of monarchy; III. Legal history of democracy; IV. Aspects of national sovereignty as a social concept; V. Aspects of popular sovereignty as a democratic concept; VI. Differences between national constitutionality; VII. A proposed counterbalance to contemporary neo-constitutionalism; VIII. Conclusions.

Resumen. La monarquía como forma natural de gobierno implica la concentración del ejercicio del poder en un individuo que, a diferencia de la organicidad propia de las democracias contemporáneas, no requiere un cambio programático del personal que lo ejerce, sino que su continuidad en el tiempo pudiera vislumbrarse como un contrapeso a los retos de la eficiencia y conveniencia de las democracias en el siglo XXI. Para ello este trabajo pretende analizar su aplicación, partiendo de dos

¹ Rogelio de Jesús Huerta Ibarra, actualmente cursa el doctorado en Derecho en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara, y se encuentra desarrollando su tesis y tema de investigación sobre los fideicomisos en garantía. Maestro en Derecho Comercial y de la Empresa (2016 – 2018) por la misma Universidad Panamericana y Abogado por la Universidad de Guadalajara. Profesor de asignatura con 19 años de experiencia docente. Actualmente es socio director y fundador de la firma HUERTA DE OXEGUEDA, SC. rohuerta@up.edu.mx

hipótesis consustanciales, la primera, si la pluriculturalidad y la globalización que se entienden como valores de las sociedades actuales, representan de modo conveniente y posible una manera de convivir, y, en un segundo término, plantear si la realidad monárquica regulada en un parámetro constitucional podría desarrollarse con el sistema de derechos humanos y seguridad jurídica, partiendo del principio que, la cabeza coronada tendría que tener una idiosincrasia común a los intereses de su población ejerciendo en esta una representación social más *natural* y cercana a la realidad del gobernado y por ende con una aplicación todavía más conveniente de la vida propia del sistema jurídico y del derecho en dicha sociedad, puesto que, en caso de ser positiva esta afirmación, la reducción democrática a aspectos aplicables de la vida cotidiana podría hacer más eficiente la acción de la aplicación justa en vez de la realidad confusa de la *híper-democratización* social y la condescendencia a la aplicación de medidas populares que bien podrían ser terriblemente injustas.

Palabras clave: Gobierno monárquico ejercicio de la concentración del poder, idiosincrasia, derechos humanos, híper-democratización, seguridad jurídica, condescendencia popular.

Abstract. *Monarchy as a natural form of government entails the concentration of the exercise of power in a single individual who, unlike the organic structures characteristic of contemporary democracies, does not require programmatic turnover of those who exercise that power; its continuity over time might thus be envisioned as a counterweight to the efficiency and expediency challenges facing democracies in the twenty-first century. To that end, this paper seeks to analyze its application on the basis of two consubstantial hypotheses: first, whether the multiculturalism and globalization understood as values of contemporary societies conveniently and feasibly represent a viable mode of coexistence; and second, whether a monarchical framework regulated within constitutional parameters could develop in harmony with the system of human rights and legal certainty, proceeding from the premise that the crowned head would need to share an ethos common to the interests of the population, thereby exercising a social representation that is more natural and proximate to the reality of the governed, and consequently enabling an even more convenient application of the legal system and of law within that society. Should this proposition hold, the reduction of democratic mechanisms to aspects applicable in everyday life could render the*

just application of the law more efficient, as opposed to the confused reality of social hyper-democratization and the acquiescence to popular measures that might well prove profoundly unjust.

Keywords: *Monarchical government, exercise of concentrated power, ethos, human rights, hyper-democratization, legal certainty, popular acquiescence.*

I] Introducción

La valoración concreta que se está por presentar sirve como ejercicio crítico frente al sistema actual, donde se ha considerado a la democracia no solamente como una forma de gobierno, sino como un todo social, casi absoluto, cuando debe recordarse que la monarquía fue y ha sido el eje gubernativo históricamente más longevo en cuanto a su duración milenaria, en contraste con los casi tres siglos de existencia formal de la democracia moderna y con su verdadera expansión práctica apenas consolidada después del desmembramiento de los grandes imperios tras la Primera Guerra Mundial y de la conformación del orden bipolar posterior a la Segunda Guerra Mundial.

Antes que tratar de explicar la actuación de una posible realidad monárquica dentro de un marco constitucional, habría que considerar, primero, cuál es el parámetro sobre el cual dicho modelo pudiera tener un mejor existir, sin circunscribirnos necesariamente a la esfera democratizadora y democratizante que se ha querido establecer como dogma jurídico-político desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos y desde la comprensión contemporánea de que la voluntad del pueblo constituye la base de la autoridad del poder público. Lo que constriñe, entonces, es delimitar o entender el concepto mismo de pueblo, porque no es menor preguntarse si este es un organismo vivo conformado por una raíz, tradición y pensamiento común, o si se trata únicamente de una suma de individuos dirigida por quienes deciden, desde el marco constitucional positivo, qué debe entenderse como voluntad popular.

De ahí que el presente estudio no pretenda afirmar que la democracia deba desaparecer de la función jurídica, ni que las constituciones como las conocemos deban ser sustituidas por una monarquía sin límites, con tendencia tiranizante o ajena al derecho. Tampoco se propone una restauración meramente nostálgica de formas políticas superadas por la historia. Lo que se busca, más bien, es analizar si el marco constitucional actual requiere un

contrapeso real de poder ejecutivo, directamente relacionado con el pueblo en su conjunto y con un representante común, que tenga potestad suficiente para vetar, revertir o contrastar aquellas variaciones que afecten el orden social nacional establecido, sin encontrarse sometido a la injerencia política de la necesidad de refrendo ni a la carga electoral propia de la permanencia en el poder.

En este sentido, la cuestión central consiste en determinar si una monarquía constitucional, o cuando menos un poder que la imite o la mimetice funcionalmente, puede desarrollarse dentro de un sistema de derechos humanos, seguridad jurídica y juridicidad constitucional, sirviendo como elemento de continuidad, identidad y cohesión frente a la hiper-democratización social, la condescendencia frente a medidas populares que pueden ser profundamente injustas y el neoconstitucionalismo actual, que en no pocas ocasiones parece confundir la modificación permanente del orden jurídico con la verdadera expresión de la vida social del pueblo.

II] Historicidad jurídica monárquica

La valoración concreta que se está por presentar, sirve como ejercicio crítico al sistema actual donde se considera la democracia como un todo social, cuando debemos recordar que la monarquía fue y ha sido el eje de gobierno históricamente más longevo en cuanto a su duración milenaria en contraste con los casi tres siglos de *existencia formal* de la primera, y que refiriéndonos a la aplicación democrática de carácter global durante sus dos primeros siglos de vida fueron proyectos insípidos que no vinieron a materializarse sino hasta la derrota de los grandes imperios y su desmembramiento después de la primera guerra mundial (1914–1918)² a la conformación y robustecimiento de las democracias del término de la segunda guerra mundial (1939–1945) en la que los Estados Unidos y la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas se erigieron como hegemonías mundiales en el contexto de la bipolaridad mundial y la guerra fría.

1. El ataque ilustrado y el entendimiento del pueblo

Antes de tratar de explicar la actuación en un marco del neoconstitucionalismo habría que considerar que, primero

² STEVENSON, David, 1914-1918. *Historia de la Primera Guerra Mundial*, Barcelona, Debate/Penguin Random House Grupo Editorial España, 2013.

tenemos que definir el marco sobre el cual este parámetro pudiera tener un mejor existir sin considerar circunscribirnos a la esfera democratizadora y democratizante que se quiere establecer desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948 en París³ y cuando en el tercer apartado de su artículo 21 señala que:

*3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto*⁴

lo que constriñe es delimitar o entender el concepto del pueblo.

El Georg Jellinek en su obra *Reforma y Mutación de la Constitución* señala que:

*Las ideas que impulsaron la elaboración de los modernos documentos constitucionales no pueden describirse con una sola palabra: todo efecto histórico resulta de una multitud de causas muchas veces imprevisibles. En otro trabajo he mostrado los caminos principales que llevaron a la exigencia de las Constituciones escritas y lograron su cumplimiento. Ese objetivo se consiguió también gracias a la fe en el poder creador y consciente del pensamiento humano, tan arraigada en la época del racionalismo. Se invoca al legislador para curar los males de la sociedad. Se requiere al soberano estatal cuya voluntad ilustrada es capaz de atajar todo mal en la medida que la fuerza humana sea capaz. Por encima del legislador se eleva aún el poder superior de las leyes fundamentales, que son los pilares firmes en que se basa toda la estructura del Estado*⁵

En este sentido, en una primera observación, el depósito de la fe, siguiendo al autor no estaría entonces propiamente en el pueblo sino en el legislador, que si bien, puede, como mera posibilidad representar a un conglomerado social, no implica que per se, sea o el pueblo mismo o su representante, por el mismo carácter multifactorial que el propio autor reconoce como efecto

³ Naciones Unidas, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos* [en línea], s/lugar de edición, Naciones Unidas, s/fecha de publicación, Dirección URL: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

⁴ *Ibidem*, art. 21.3

⁵ JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección: Clásicos Políticos, 1991 [1906], p. 5.

histórico. Y así, hay un sesgo en la conformación de este *poder constituyente* en el tramo que comprende la selección del personal que redactará el cuerpo constitucional, la manera en la que lo plasmará y los efectos y propósitos que espera ocurran considerando en todo momento que tienen y poseen de sí y por sí una carga ideológica, un juego político o una tendencia histórica de la que son parte.

Así por ejemplo, las constituciones primarias ilustradas las conformaron sus propios ideólogos dejando de lado en buena parte a los monárquicos, el mismo historiador marxista británico George Rudé hacía la crítica al decir que:

*La ideología de la Ilustración se puede resumir en una serie de "ideas matrices" o ideas-fuerza que están estrechamente interrelacionadas: la razón es el instrumento esencial para alcanzar la verdad por lo que deben ser sometidas a crítica todas las "verdades" (o creencias admitidas) heredadas de la "tradición" (del pasado), especialmente aquéllas que se basan en los prejuicios, en la ignorancia y en la superstición (como son, según los ilustrados, las ideas de las religiones establecidas). Mediante la razón (recurriendo exclusivamente a los instrumentos que le proporcionan la filosofía y la ciencia) el hombre es capaz, él solo, de conocer y explicar la realidad, entendida como la Naturaleza, no como La Creación de ningún "dios" (aunque los "deístas" reconozcan que existe algún tipo de "Ser Supremo", principio de todo lo existente). Aplicando ese conocimiento (mediante la técnica) y extendiéndolo a toda la sociedad (mediante la educación) el hombre será capaz de perfeccionarse a sí mismo, de progresar (de mejorar sus condiciones de vida y de liberarse de la ignorancia y de la superstición), y lograr así la felicidad, sin esperar a alcanzarla en la "otra vida"*⁶.

En este sentido, la propia conciencia que tenía el ilustrado en sí misma atendía a atajar a aquellos que no estuvieran sometidos a este concepto social que, en términos justos eran los *deístas* que refiere Rudé amplia mayoría en la católica Francia de tiempos de la revolución francesa, misma que autores como Marie-Paule Biron señalan hasta en un 95 por ciento en la década de 1790⁷ y donde el resto eran mayoritariamente hugonotes protestantes⁸.

⁶ RUDÉ, George, *Europa en el siglo XVIII. La aristocracia y el desafío burgués*, Madrid, Alianza Editorial, Colección: Alianza Universidad, núm. 219, 1987 [1972], pp. 194-196.

⁷ BIRON, Marie-Paule, *Les messes clandestines pendant la Révolution*, París, Nouvelles Éditions Latines, 1989.

⁸ *Ibid.*

Es decir, en esta constitución, racional al que no se representó fue al pueblo, si estamos hablando de números poblacionales, tampoco fue el sentido popular, si eran prácticamente la totalidad de los franceses, y su mera desacreditación fue por el sentido creyente que tenían en su conexión para y con su referencia social gubernativa, que sería en efecto la corona francesa.

¿Qué pudiésemos decir entonces que era el *pueblo*? ¿Un organismo vivo conformado por una raíz y pensamiento común?, o bien ¿Una serie de directores que querían decidir que lo conformaba y que no? El mismo Jellinek refiere que un punto de partida en ese análisis constitucional deberá de ser el que las constituciones al contener preceptos jurídicos y todo se reformarán por el mero Derecho consuetudinario en la ley de categorías generales y sin poder formarnos un conocimiento cabal de la esencia de procesos tan extraños e interesantes sea con clara percepción o poco a poco, captar cómo es que los fundamentos existentes de un Estado son sustituidos por otros⁹. Reconociendo en ese caso que, lo que se busca es ¿Una sustitución o bien un reconocimiento del Pueblo en el Estado?

En el mismo derecho mexicano esto no nos es ajeno, el proceso constituyente de 1917, como nuestro fenómeno más reciente, ha atravesado durante sus 108 años de existencia, distintos procesos que obedecen a realidades que expresan quizás mucho de todo y de la conformación del pueblo poco, porque el núcleo social, ha buscado expresarse en su común denominador, es decir, en el soberano que, siendo partícipe de su realidad social, pudiera mejor expresar su propia necesidad al ser compartida y que, por el hecho de tenerse *en común*, por sí misma garantizara su expresión en su contenido legal, aunque claro, refiriendo de manera particular y precisa que, para el autor, la expresión de legalidad y de justicia no refiere una acción relacional directa sino la búsqueda técnica de la verdad entendida en su marco de actuación.

El hijo confía en el padre porque al ser, naturalmente su progenitor, es quien lo forma en una familia, y a su vez, en su educación procurará integrarlo con otras familias similares, en cuya similitud se pueda desarrollar su escolaridad, y no que por la participación en esta pueda ver en peligro su estabilidad familiar por un *choque ideológico* en saber una cosa en casa y vivir otra cosa en la escuela, replicando lo mismo en el entorno social en el que vive, extendiéndolo al municipio, a la entidad federativa y

⁹ JELLINEK, *op. cit.* p. 6

últimamente a la conformación del estado, así, cuando una nación, siguiendo la definición clásica expresada por la Real Academia Española, será este *Conjunto de personas con un mismo origen, y que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común*¹⁰.

De ahí que el solo hecho de que la expresión de la norma positiva constitucional en su proceso de creación sea contraria a la realidad misma de los integrantes, estaría, no solo sesgando el aspecto de la realidad popular, sino que, pudiera hasta contravenirlo. Expresión que, volviendo al origen francés, acabó por desmembrar la realidad que unía a la católica Francia y que, en la actualidad no es más que una expresión sufrida por la crisis de identidad del existencialismo que vino después, y que la tienen sumida en la más profunda de las crisis sociales que es entenderse en torno a algo que verdaderamente una a la población y no solo que la regule, en función de la expresión legalista, sino de algo que llegue al propio núcleo de lo que es y de lo que la conforma.

2. La unidad regia

Siguiendo con nuestro efecto francés, Eginardo el biógrafo de Carlomagno refirió que *Vestía a la manera de los francos: camisa de lino y calzones de lo mismo, túnica con pasamanos de seda; envolvía sus piernas con polainas de tiras, y en invierno protegía hombros y pecho con pieles de foca y de marta*¹¹ es decir, el monarca aparece de *entre los suyos*, su conformación se arraiga en torno a representarlos y a no tener ni sentir la necesidad del juego político, a no tener la presión de la permanencia por el juego de la sustitución del poder y, por el contrario a la búsqueda de la mejor manera de acatar en su pensar aquello que su pueblo piensa.

Ahora bien, del mismo Carlomagno al momento de traer aquello que fuera extraño el mismo Eginardo refiere que:

*Los trajes extraños, por hermosos que fuesen, los desechaba, de modo que solo una vez, a petición del pontífice Adriano, y otra a ruegos del papa León, se vistió la larga túnica y la clámide y usó el calzado a la usanza romana,*¹²

¹⁰ Real Academia Española, "Nación", *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., versión 23.8.1 [en línea], Madrid, Real Academia Española, 2024, Dirección URL: <https://dle.rae.es/naci%C3%B3n>

¹¹ EGINARDO, *Vita Karoli Magni*, s/lugar de edición, s/editor, s/fecha.

¹² *Ibid.*

es decir, no hay extrañeza en el actuar, se reconoce que se participa de la necesidad del pacto con otros pueblos, pero no con la expresión de aquello en lo que no se pertenece y donde el modelo social, que dio las bases a la unidad de vida del humanismo medieval, de la mano de la comprensión más natural del individuo se vio igualmente confrontado y derribado después de siglos en un momento abrupto y avasallador, Jellinek refiere sobre lo rudo que fue esto en la misma Francia a que, como ningún otro Estado transformó su ordenamiento estatal mediante una serie continuada de revoluciones, y que *los derechos fundamentales que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* vendrían positivamente a reconfigurar una idea de Estado, ajena a una situación popular, donde la gran pregunta es... ¿Quién entendía mejor al pueblo y, qué convenía a éste?

La sencillez del espacio de la generación vinculativa entre un acto de gobierno que comparta la acción del pueblo es visible, cuando la realidad social supera la teoría constitucional.

Al Salvador, previo a la llegada de Nayib Bukele no le faltaban leyes, y reglamentos, tenía su constitución, era parte de las Naciones Unidas y suscriptor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y sin embargo su realidad social era desastrosa. Los grupos delincuenciales tenían tomado el país, y la estrechez de vida hacía de la emigración una necesidad de supervivencia.

Cuando el entonces candidato decidió tomar el control en sus manos, con el solo hecho de atender al reclamo social, fue de facto, un nuevo monarca, donde las instituciones y cuerpos legales pasaron al marco regulatorio – como se propone en este estudio – para la aplicación de medidas que obedecieron a solucionar si, el problema de los salvadoreños, el resultado, un presidente fuerte, con capacidad ejecutiva y verdadero respaldo social, misma situación que sucede con *hombres fuertes*, con Putin en Rusia o el fenómeno MAGA, encabezado por Donald Trump en los Estados Unidos. Las comunidades buscan más el refugio en un *protector* que respete el sistema que tienen, pero que sea quien realice esa función, que en los apoltronados políticos que discuten más sobre sus propósitos electoreros que en aterrizar la vida social en el marco normativo.

3. La decapitación real y la ejecución de la tradición

Claro está, existe un momento en la historia del estado francés, donde la relación de la corona era ajena, quizás al pueblo, y que el rey sol, no vestía ya como Carlomagno, donde el pueblo

podría andar andrajoso, y Luis XIV brillar con las ropas propias de su época, pero la reflexión sería ¿qué le puede faltar al monarca o al pueblo le puede faltar un instrumento que regule a su monarca?

Permítaseme expresar con esta analogía la vivencia mexicana actual. Ante el proceso transformador del grupo y actual partido gobernante mexicano, que, en las urnas expresó la mayoría de los que acudieron a votar, las *grandes reformas propuestas* ¿Expresan verdaderamente esa conexión popular? Situaciones como la modificación y reconfiguración del sistema judicial mexicano, la promulgación de una nueva ley de amparo o bien, las modificaciones para la fiscalización tratando de delincuente al hecho económico como tal, ¿será prueba suficiente de qué es lo que socialmente se desea?

En su reciente estudio publicado, Luigi Ferrajoli, al que se le atribuye particular interés en este fenómeno jurídico mexicano ante la aprobación de la reforma el 15 de septiembre de 2024, equivale a una negación del paradigma constitucional de las actuales democracias avanzadas, refiere en su texto a la declaración no de 1948, sino de 1789, a la ilustrada, cuando al decir que si una constitución no tiene la garantía de la separación de poderes no es en sí misma una constitución. Luego además refiere que, la elección del sistema judicial conforma lo que describe como una *gravísima regresión* que tiene con estupor a la comunidad internacional¹³ y es entonces donde debemos preguntarnos si los órganos legislativos, debidamente establecidos y votados, tienen ese marco democratizador, no serían la prueba misma de que, es tan inestable como su idea de que es el ente racional quien deberá regularlo.

Siguiendo a los apuntes de Jellinek,

De tales hechos inferimos que la abolición de las leyes no implica necesariamente y como consecuencia, la de los preceptos que contienen. Pueden mantenerse en adelante como Derecho consuetudinario lo cual es prueba de que tenían ya, antes de la abolición de la ley, el doble carácter de Derecho escrito y consuetudinario, de ello, sin duda, no se tenía conciencia mientras la ley estaba vigente. En este sentido cabe añadir esta interesante pregunta, ¿en qué medida el Derecho consuetudinario pierde totalmente su carácter al adoptar la forma de ley? Sobre la cuestión de la reforma de la Constitución mediante la revolución – o la transformación – existe una doctrina importante que afirma que únicamente afecta al Derecho escrito y no al consuetudinario.

¹³ FERRAJOLI, Luigi, "La reforma judicial mexicana: cómo se destruye el Estado de derecho", *Jueces para la Democracia*, núm. 113, Madrid, Jueces y Jueces para la Democracia, julio de 2025, p. 103.

*Solamente cuando el Derecho consuetudinario está unido indisolublemente a determinadas leyes, decaen los dos juntos.*¹⁴

Y ante estas suposiciones podríamos considerar que, la cuestión de lo consuetudinario solamente se provoca desde la legalidad positiva o arraiga también en la cuestión de la acción propia de la adopción del entendimiento de aquello que busca el *bien común* pero en sentido inverso, es decir, desde la propia realidad nuclear de la familia y no hasta la conformación del Estado. Porque seamos sinceros, el vínculo constitucional actual, cuando menos, en un sentido de posibilidad real, puede obedecer más a una realidad de partido que a una esfera social, y ¿Encarnaría este principio cuando menos, verdaderos derechos, humanos o fundamentales? O bien, ¿Se pudiera estar dotando de una acción legalista donde el interés político se reviste solamente de una formalidad?

Ante estas carencias, Jackson Spielvogel en su obra *las civilizaciones de occidente* refiere que la posibilidad de la expansión imperial se dio más por la cohesión popular que gozaban y su agrado con el modelo que, por el contrario por la politización de su forma de vivir, España logró integrar a su territorio gracias a la conexión que se tenía de forma directa con el ente social y la clase gobernante, y de esa amalgama se tiene la conformación mestiza que sobrevive hasta nuestros días y que dio paso a que en toda américa latina, con excepción del Brasil, se hable español y se sea cristiana, en la que también se incluye el Brasil¹⁵. Mientras que, a diferencia de las conquistas de otras potencias, que se basaron más en el exterminio y en el crecimiento de sus nacionales, de ahí que, tanto en los Estados Unidos, Sudáfrica o Australia, los *británicos* dejaron comunidades propiamente británicas, cuya cercanía con la población fue nula o mínima, y que unas y otras comunidades conquistadas si no fueron eliminadas, fueron relegadas, apartadas o simplemente nulificadas, y cuando, se *abrieron las puertas*, el desencuentro entre ellas hace más difícil su cohesión.

Esta misma crítica, fue pronunciada en el discurso realizado en el Teatro de la Comedia de Madrid, el 29 de octubre de 1933 por José Antonio Primo de Rivera al criticar severamente al pensamiento ilustrado de Rousseau al hacer hincapié en cómo se

¹⁴ JELLINEK, *op. cit.* pp. 10-11

¹⁵ SPIELVOGEL, Jackson J., *Western Civilization*, Boston, Wadsworth/Cengage Learning, 2011, p. 194.

disoció el hombre de su forma de vivir por los estragos en los que había de sucumbir el estado.

Cuando en marzo de 1762 un hombre nefasto que se llamaba Juan Jacobo Rousseau, publicó « El contrato social », dejó de ser la verdad política una entidad permanente. Antes, en otras épocas más profundas, los Estados, que eran ejecutores de misiones históricas, tenían inscritas sobre sus frentes y aun sobre los astros, la justicia y la verdad. Juan Jacobo Rousseau suponía que el conjunto de los que vivimos un pueblo tiene un alma superior, de jerarquía diferente a cada una de nuestras almas, y que ese yo superior está dotado de una voluntad infalible, capaz de definir en cada instante lo justo y lo injusto, el bien y el mal. Y como esa voluntad colectiva, esa voluntad soberana, sólo se expresa por medio del sufragio —conjetura de los más que triunfa sobre la de los menos en la adivinación de la voluntad superior—, venía a resultar que el sufragio, esa farsa de las papeletas entradas en una urna de cristal, tenía la virtud de decirnos en cada instante si Dios existía o no existía; si la verdad era la verdad o no era la verdad; si la Patria debía permanecer o si era mejor que en un momento se suicidase¹⁶.

Y donde efectivamente ese suicidio sería terminar con la esencia misma que conforma a un pueblo, su tradición, moral, afectos y creencias espirituales.

III] Historicidad jurídica democrática

El Estado liberal, como servidor de esa doctrina, vino a constituirse no ya en ejecutor resuelto de los destinos patrios, sino en el espectador de las luchas electorales para el Estado liberal sólo era lo importante que en las mesas de votación hubiera sentado un determinado número de señores¹⁷ pero, siguiendo a la par el escrito de Ferrajoli, fueron precisamente esos mismos señores, los que, al votar, facultaron al partido para actuar en consecuencia, es más, las acciones tomadas corresponden a la atribución otorgada en las urnas, pero su implicación en el sistema de justicia tiene que ir más allá.

Si la Suprema Corte de Justicia declara o no su capacidad de regularse o declarar inconstitucionalidad sobre una reforma

¹⁶ PRIMO DE RIVERA, José Antonio, *Discurso pronunciado por el jefe nacional de Falange Española de la J.O.N.S. José Antonio Primo de Rivera el día 29 de octubre de 1933, en el Teatro de la Comedia, de Madrid*, Madrid, s/editor, 1933, p. 2.

¹⁷ *Ibid.*, p. 3.

erigida por el órgano electo – el legislador –¹⁸ su mera función cae en una contradicción, ya que, si el órgano no es favorable al ejercicio del poder, teniendo la atribución de moverlo, removerlo, modificarlo o transformarlo, solamente se tiene que seguir un proceso técnico, no fundamental, ejercerlo desde la bancada y no desde el foro, las aulas, la academia o la reflexión.

*De allí vino el sistema democrático, que es, en primer lugar, el más ruinoso sistema de derroche de energías. Un hombre dotado para la altísima función de gobernar, que es tal vez la más noble de las funciones humanas, [...] debe dedicar su energía a sustanciar reclamaciones formularias, a hacer propaganda electoral, a dormir en los escaños del Congreso, a adular a los electores, aguantar sus impertinencias, porque de los electores iba a recibir el Poder, a soportar humillaciones y vejámenes de los que precisamente, por la función casi divina de gobernar, estaban llamadas a obedecerle en ese mínimo sobrante era cuando el hombre dotado para gobernar, podía pensar seriamente en las funciones sustantivas de Gobierno (y legislación)*¹⁹.

Dice Jellinek que *Las leyes constitucionales suelen rodearse de garantías específicas para asegurar su inquebrantabilidad*²⁰ pero qué pasaría si precisamente su inquebrantabilidad hace que en sí mismas contengan disposiciones contrarias, caprichosas o carentes de razonabilidad jurídica y solamente interés político, y que ante tales realidades, el sujeto obligado, que es, el pueblo y sobre el que debe de recaer esto, se abyecte de su circunstancia más natural y normal por otra que lo supera, la desconoce y no le va, de suerte tal que tenga que recurrir al establecimiento de acciones que lo regulen que poco tengan que ver con este modelo normativo el cual le es ajeno en su sociedad y composición misma.

Primo de Rivera lo refiere como que,

Vino después la pérdida de la unidad espiritual de los pueblos, porque como el sistema funcionaba sobre el logro de las mayorías, todo aquél que aspiraba a ganar el sistema tenía que procurarse la mayoría en los sufragios. Y tenía que procurárselos, robándolos si era preciso, a los otros partidos; y para ello no tenía que vacilar en calumniarlos, en verter sobre ellos las peores injurias, en faltar deliberadamente a la verdad, en no desperdiciar un solo resorte de mentira y de envilecimiento. Y así, siendo la fraternidad uno de los postulados que el Estado liberal nos mostraba en su

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p. 4.

¹⁹ PRIMO DE RIVERA, José Antonio, *op. cit.*, p. 6.

²⁰ JELLINEK, Georg, *op. cit.*, p. 15.

*frontispicio, no hubo nunca situación de vida colectiva, donde sus hombres injuriados, enemigos unos de otros, se sintieran menos hermanos que en la vida turbulenta y desagradable del Estado liberal*²¹.

Acciones que hoy en día, parecieran previstas ante los disturbios de las urbes de las grandes democracias, donde la convivencia ha resultado prácticamente imposible. Verbigracia los disturbios en los Estados Unidos ante movimientos de afiliaciones ideológicas y en muchos casos antagónicas; falta del sentido de pertenencia de comunidad ante realidades heterogéneas como los maoríes y los descendientes de los británicos en Nueva Zelanda, o bien, el reciente movimiento inglés que, como fruto del BREXIT inglés, tuvo hace algunas semanas (el 13 de septiembre de este año)²² su movimiento más grande para volver a reunificar Inglaterra cohesionada socialmente y donde, esa cohesión solamente se dará al agrupar a sus iguales en tradiciones, costumbres, vínculos religiosos y por supuesto el papel de la corona británica, de cuyo Estado si bien, nunca se ha ido, avisora volver a dotar de poder real de decisión, porque en un país donde la fallecida monarca, Elizabeth II se mantuvo 70 años y 214 días en el trono de Inglaterra, siendo uno de los más extensos de la historia universal, y donde en la última década ha visto desfilar 6 primeros ministros (Cameron, May, Johnson, Truss, Sunak y Starmer). Pero siendo este fenómeno también visible en las manifestaciones en España contra el gobierno sanchista y el apoyo popular de la corona de Felipe VI, o bien, las declaraciones de Georgia Meloni por defender la identidad italiana.

1. La armonización social

Por ello, entender que,

El Estado debe formarse como una unidad total, en que se integran todos los individuos y todas las clases; no puede estar en manos de la clase más fuerte ni del partido mejor organizado. El Estado como “una síntesis trascendente, una síntesis indivisible, con fines propios que cumplir sean el instrumento eficaz autoritario, al servicio de una unidad indiscutible, de esa unidad irrevocable que se llama Patria. [...] Que todos los pueblos [...],

²¹ PRIMO DE RIVERA, José Antonio, *op. cit.*

²² France 24 Español, “Reino Unido: la marcha antiinmigración de Tommy Robinson” [en línea], s/lugar, France 24 Español, 14 de septiembre de 2025, Dirección URL: <https://www.dailymotion.com/video/x9qi28s>

*por diversos que sean, en una misma realidad nacional se sientan armonizados en una irrevocable unidad de destino*²³.

Y solamente así unos por otros, entre sus individuos podrán verse identificados y no enfrentados en sus acérrimas luchas de poder.

Ahora bien, podríamos decir entonces, que la democracia debe de salirse de la función y la juridicidad... no. Estaríamos expresando la necesidad de desaparecer las constituciones como las conocemos e instaurar una monarquía que pudiera por el ejercicio de su encargo convertirse en un poder sin límites con una tendencia tiranizante... tampoco.

Sencillamente el marco constitucional debe tener un contrapeso real de poder ejecutivo que sea directamente relacionado con el pueblo en su conjunto y con un único representante común, que tenga la potestad suficiente de vetar, revertir o contrastar las variaciones de aquello que afecte al orden social nacional establecido, y que no tenga en sí mismo, la injerencia política de la necesidad de refrendo, ni la carga electoral buscada para la permanencia en el poder. Pero, a diferencia de las propuestas títere, dotar a ese órgano, que se propone sea un monarca como medio para ello.

IV] Aspectos de la soberanía nacional como término social

Para su funcionamiento óptimo, entre más cohesionada esté la sociedad más difícil será su desentendimiento. Alfredo Jalife Rahme en su obra *Hacia la Desglobalización* y donde cita obras previas, habla de los riesgos que implica el que las sociedades no vivan cohesionadas entre sí, esto, en efecto, tendría como resultado ya muy mediato su *balcanización*, es decir, haciendo referencia a lo sucedido en los Balcanes donde las ex repúblicas soviéticas en lugar de mantenerse unidas como estados administrativos más poderosos, su convivencia fue tan inviable que terminaron por pulverizarse en estados más pequeños, consecuentemente más débiles internacionalmente, pero integrados nacionalmente²⁴. Esta situación no es por demás extraña ante la vivencia de fenómenos visibles en la gran unión americana. Estados Unidos atraviesa seriamente por conflictos

²³ PRIMO DE RIVERA, José Antonio *op. cit.*, p. 12.

²⁴ JALIFE-RAHME, Alfredo *Hacia la desglobalización*, México, Jorale Editores, 3ra. edición, 2007, edición digital, 2020.

internos donde, o se enfrenta a buscar su unión, o se prepara a afrontar el movimiento de recomposición social más grande desde la guerra civil.

Como marco reciente la protesta *No Kings*²⁵ tiene un efecto significativo ante la exposición de la presente disertación, efectivamente, aunque ni por asomo los Estados Unidos pretenden ser una corona, en la actualidad, lo único que puede evitar la desintegración pacífica es el girar en torno a una figura común de poder, autoridad y sobre todo relación con el imaginario social estadounidense, quienes, no obstante, en sus contrariedades, ven en este, como el factor sobre el cual se formó originalmente su patria.

V] Aspectos de la soberanía popular como término democrático

Ahora bien, en un escenario de reconocimiento social, Donald Trump y el MAGA (Acrónimo del movimiento *Make America Great Again* – hacer grande a América nuevamente) tienen enfrente el tinglado constitucional y su protección, para ahora en sentido contrario, hacer que estos tengan o pretendan tener un poder omnímodo. Siguiendo con las propuestas de Jellinek,

*Tales reglamentos pueden crear derecho dentro de los límites de la Constitución o de la ley. Si recordamos las instituciones estamentales de la Edad Media, la competencia de los Parlamentos tenía carácter autónomo, pero esto no armoniza con la idea de la posición orgánica del Parlamento en el Estado. Tampoco es cierto, aunque se ha dicho, que los reglamentos parlamentarios solamente crean Derecho estatutario entre los miembros de las Cámaras, ya que sus efectos también pueden ser externos, como veremos a continuación. Los reglamentos parlamentarios se relacionan jurídicamente con la Constitución como un decreto con la ley. Ahora bien, mientras que normalmente hay una garantía jurídica que asegura que los decretos respeten los límites legales, no encontramos regla semejante respecto de los reglamentos*²⁶

²⁵ CNN en Español, “Protestas ‘No Kings’ contra Trump el sábado 14 de junio: por qué las convocan, dónde serán y más claves” [en línea], s/lugar, CNN en Español, 12 de junio de 2025, Dirección URL: <https://trabajadorinmigrante.com/2025/06/protestas-no-kings-contra-trump-el-sabado-14-de-junio-por-que-las-convocan-donde-seran-y-mas-claves/>

²⁶ JELLINEK, Georg, *op. cit.*, p. 17.

es decir, así como el monarca puede controlar el mal uso de la constitución, la constitución debe establecer los límites del ejercicio de su poder pero sin reducirlo, de lo contrario este sería un agente del juego político y es lo que se debería evitar tener.

Estas figuras centrales, por tanto, en sí mismo, la constitución y el monarca no serían realidades distintas sino la expresión más pura de la realidad social ¿Cómo? Primero que nada, porque el agente constitucional, vendría en su conformación de la integración de los principios fundamentales que dieran origen al pueblo de forma *vera* y no de forma *formal*, y donde evidentemente se tendrían que reconocer los aspectos sustanciales y esenciales primigenios y más importantes de su conformación, como son su identidad cultural y en los casos que lo tengan, la espiritual, que serán la mayoría, y aunque esto se antoje anacrónico, sigue siendo parte indisoluble del espíritu popular, aunque los textos actuales se empeñen en negarlo.

Así por ejemplo, el cristianismo y el fervor mariano guadalupano son grandes en México, y desde su importancia implica en gran medida empezar a corromper la identidad de la ley con el sujeto al cual debe dirigirse, que es quien esto practica, en el entendido que, como hemos visto, su actualidad es propia del sistema ilustrado y con los desgarres que expusimos ya de forma conveniente.

Y donde por tanto, la verdadera acción de la democracia no sería negar su esencia sino llevarla al campo técnico, y dejar para la democracia aquellos efectos que sean propios de la convivencia pero no de la mentalidad social, porque una norma que no exprese el sentir popular, realmente nunca será ley, porque no quedará en forma alguna resuelta en el corazón y el ánimo del sujeto obligado porque, al servir solamente al propósito del momento y el contexto que la produzca, esperará para ser enviada al ostracismo en el punto que otra corriente u otra situación aparezca.

VI] Aspectos de la soberanía popular multicultural

El propio aspecto de la multiculturalidad reviste, aunque en la intención, el espíritu quizás más noble de convivencia posible, en la práctica se caracteriza por la ausencia de la cohesión social a solamente la convivencia social.

Dentro de las ciudades nos percatamos de la existencia de *grupos sociales*, de las denominadas *tribus urbanas*, asimismo, las comunidades indígenas, grupos foráneos y cualquier otra denominación étnica, social o cultural crean microcomunidades que salvo en la regulación jurídica positiva en no pocas ocasiones

en poco o en nada comparten aspectos que permitan su cohesión, y eso conlleva al establecimiento de grupos que, en búsqueda de la hegemonía entiendan que, su supervivencia o estabilidad impliquen el sometimiento *del otro grupo*, estas nuevas conquistas obtenidas a partir del activismo, la propaganda y el control del marco legal, permiten que se sesgue su aplicación e irrumpen, la corriente que sea, en este choque multicultural por controlar el aspecto formal de la elaboración de la ley, de tal suerte que, si bien, la declaración universal, el marco regulatorio o el marco teórico se escuchen (o se lean) bien, en el trasfondo habrá un crisol partidista, de intereses, económico o cultural, y donde precisamente una de las repercusiones volviendo a citar al doctor Jalife – Rahme será como consecuencia la balcanización estatal en pequeñas sociedades que se compartan y comporten idiosincráticamente similares, y que sean, precisamente estas similitudes las que le permitan desarrollarse.

Históricamente ese ha sido el destino de los grandes imperios cuando ante la caída de su objeto de cohesión social termina, llámese el factor militar, económico o de conveniencia termina, implica su implosión en realidades más pequeñas, más sólidas que permitan nuevamente su expansión a través de aquellos cuyos modelos resulten más atractivos o sean, de hecho, verdaderamente más justos y bien organizados entre sus pueblos y sus gobernantes.

De ahí que se considere que la aventura de la democracia, en su intento por homologar a todos en un algo único, volverá a ser, como la historia lo ha demostrado, un péndulo que primero fue *in crescendo* con la propuesta de la realidad global (globalización) y que a partir del término de la pandemia del COVID 2019, se perfile a su modificación o desarticulación; y donde al momento de surgir estas condiciones en donde, evidentemente los Estados actuales, sufrirán procesos en los que se *desmembren* y conformen unos nuevos, serán muestra de que, en ese punto volverán a verse en la necesidad de reintegrar aquello que milenariamente se sostuvo por algo, que se entendió como útil y conveniente... una corona o bien, un poder que la imite o la mimetice.

VII] Diferencias entre la constitucionalidad nacional propuesta contra el neoconstitucionalismo actual

Concluir esta disertación implica, reconocer una frase que dice Chesterton en *Lo que está mal en el mundo*; aquello que se busca no es saber propiamente lo que está mal, eso realmente lo sabemos todos, sino aquello que verdaderamente esté bien, la

funcionalidad de los estados implica cuestiones que sean poco prácticas, que estén larga y detenidamente pensadas y que los pueblos, se reúnan en rededor de una identidad común, es sin duda alguna, símbolo de su duración²⁷.

Inglaterra ha sostenido su nación en su corona, con sus cambios, modificaciones y adaptaciones, pero ha sido estable en ello. Recordemos que la Universidad de Oxford se construyó mucho antes que Tenochtitlán, y hoy esta última sobrevive solo en la historia, en sus libros y en el recuerdo.

Las instituciones trascendentes, que suelen además tener componentes religiosos, como bien podría ser la Iglesia Católica, algunas monarquías islámicas o bien, el mismo imperio japonés, tienen milenios de existencia, precisamente porque la norma positiva nunca ha sido más que el responsable del ejercicio del gobierno en un sentido autónomo y auténtico, y sus procesos de modificación son por demás lentos, reflexivos y en lo esencial, prácticamente inamovibles.

Esta propuesta intenta, por tanto, dilucidar que, no es pretencioso reconocer la ineficiencia próxima de los Estados de Derecho como los conocemos, que este medio propuesto, es quizás, una forma de reagrupar las cosas en un algo que ha sido puesto a prueba y resultó funcional por milenios, y que el desarrollo de emprendimientos nuevos como lo podría ser una tecnocracia ante las puertas de la inteligencia artificial y la tecnología que acompaña el depósito de responsabilidad unipersonal regulada pero amplia podría seguirse desempeñando como un buen instrumento de control y de identidad para los pueblos.

VIII] Conclusiones

El análisis desarrollado permite sostener que la crisis de las democracias contemporáneas no se encuentra únicamente en sus instituciones formales, sino en la pérdida de cohesión entre el orden jurídico y la realidad social que pretende regular. Una Constitución puede ser formalmente válida y, al mismo tiempo, resultar débil como instrumento de integración si no expresa los elementos históricos, culturales y espirituales que conforman la identidad del pueblo al que se dirige.

La democracia, por tanto, no debe desaparecer de la función jurídica ni de la vida pública; pero tampoco debe absorber la totalidad del orden constitucional. Su papel debe ubicarse en

²⁷ CHESTERTON, Gilbert Keith, *Lo que está mal en el mundo*, Madrid, Editorial Verbum, Colección: Ensayo, 2018 [1910].

aquellos espacios en los que la deliberación, la representación y la decisión mayoritaria resultan útiles para la convivencia social. Sin embargo, cuando la democracia se convierte en una fuerza de sustitución permanente de la identidad colectiva, puede terminar produciendo inestabilidad, fragmentación y normas desligadas del ánimo real del sujeto obligado.

De ahí que la Constitución y el monarca no deban entenderse necesariamente como realidades opuestas. En el modelo propuesto, la Constitución fija los límites jurídicos del poder, mientras que la figura monárquica —o una institución equivalente— opera como elemento de continuidad, identidad y contención frente a los excesos de la política coyuntural. La función de ese órgano no sería gobernar sin límites, sino preservar aquello que no debe quedar enteramente expuesto a la alternancia electoral, al cálculo partidista o a la presión inmediata de mayorías circunstanciales.

La tesis defendida no implica una restauración acrítica del absolutismo ni una negación del constitucionalismo moderno. Propone, más bien, reconsiderar si las sociedades occidentales requieren una forma de poder estable, simbólica y jurídicamente regulada que permita reagrupar lo que la hiper-democratización, la fragmentación multicultural y el neoconstitucionalismo han tendido a dispersar. En ese sentido, la monarquía constitucional, o un poder que la imite funcionalmente, podría operar como instrumento de control, continuidad e identidad para los pueblos en el siglo XXI.

Bibliografía

BIRON, Marie-Paule, *Les messes clandestines pendant la Révolution*, París, Nouvelles Éditions Latines, 1989, 224 pp.

CHESTERTON, Gilbert Keith, *Lo que está mal en el mundo*, Madrid, Editorial Verbum, Colección: Ensayo, 2018 [1910], 194 pp.

CNN en Español, "Protestas 'No Kings' contra Trump el sábado 14 de junio: por qué las convocan, dónde serán y más claves" [en línea], s/lugar, CNN en Español, 12 de junio de 2025, Dirección URL: <https://trabajadorinmigrante.com/2025/06/protestas-no-kings-contratump-el-sabado-14-de-junio-por-que-las-convocan-donde-seran-y-mas-claves/> [consulta: 25 de mayo de 2026].

EGINARDO, *Vita Karoli Magni*, s/lugar de edición, s/editor, s/fecha.

FERRAJOLI, Luigi, "La reforma judicial mexicana: cómo se destruye el Estado de derecho", *Jueces para la Democracia*, núm. 113, Madrid, Juezas y Jueces para la Democracia, julio de 2025, pp. 103-108.

France 24 Español, "Reino Unido: la marcha antiinmigración de Tommy Robinson" [en línea], s/lugar, France 24 Español, 14 de septiembre de 2025, Dirección URL: <https://www.dailymotion.com/video/x9qi28s> [consulta: 25 de mayo de 2026].

JALIFE-RAHME, Alfredo, *Hacia la desglobalización*, México, Jorale Editores, 3ra. edición, 2007, edición digital, 2020, 98 pp.

JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección: Clásicos Políticos, 1991 [1906], lxxx + 91 pp.

Naciones Unidas, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos* [en línea], s/lugar de edición, Naciones Unidas, s/fecha de publicación, Dirección URL: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> [consulta: 25 de mayo de 2026].

PRIMO DE RIVERA, José Antonio, *Discurso pronunciado por el jefe nacional de Falange Española de la J.O.N.S. José Antonio Primo de Rivera el día 29 de octubre de 1933, en el Teatro de la Comedia, de Madrid*, Madrid, s/editor, 1933, 15 pp.

Real Academia Española, "Nación", *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., versión 23.8.1 [en línea], Madrid, Real Academia Española, 2024, Dirección URL: <https://dle.rae.es/naci%C3%B3n> [consulta: 25 de mayo de 2026].

RUDÉ, George, *Europa en el siglo XVIII. La aristocracia y el desafío burgués*, Madrid, Alianza Editorial, Colección: Alianza Universidad, núm. 219, 1987 [1972], 344 pp.

SPIELVOGEL, Jackson J., *Western Civilization*, Boston, Wadsworth/Cengage Learning, 2011, 1078 pp.

STEVENSON, David, *1914-1918. Historia de la Primera Guerra Mundial*, Barcelona, Debate/Penguin Random House Grupo Editorial España, 2013, 895 pp.

Ensayos preparados por alumnos

Revista

PERSPECTIVA
JURÍDICA 

NÚMERO
23 SEMESTRE I
2026

Desigualdad fiscal en el régimen agrario mexicano: exclusión de los poseionarios de la exención del ISR

Fiscal inequality in the Mexican agrarian regime: exclusion of possessors from the income tax exemption

EDUARDO BORRAYO DELGADILLO¹

SUMARIO: I. Introducción; II. Régimen de la propiedad social en México; III. Sujetos agrarios individuales; IV. El dominio pleno de las parcelas; V. Régimen fiscal de la primera enajenación; VI. Principio de equidad tributaria; VII. Análisis de la violación al principio de equidad tributaria; VIII. Conclusiones.

SUMMARY: I. Introduction; II. Social property regime in Mexico; III. Individual agrarian subjects; IV. Full ownership of parcels; V. Tax regime for the first sale; VI. Principle of tax equity; VII. Analysis of the violation of the principle of tax equity; VIII. Conclusions.

Resumen. El presente trabajo analiza si existe una violación al principio de equidad tributaria en el artículo 93, fracción XXVIII de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, toda vez que este se limita a otorgar la exención de dicho impuesto a los ejidatarios y comuneros, dejando fuera a los poseionarios.

Palabras clave: Poseionarios agrarios, exención fiscal, impuesto sobre la renta.

Abstract. This paper examines whether article 93, section XXVIII of the Income Tax Law violates the principle of tax equity, given that it limits the exemption of such tax to ejidatarios and comuneros, excluding possessors from that benefit.

¹ Alumno de 10° Semestre de la licenciatura en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, miembro de la Sociedad de Investigación en la Facultad de Derecho. Correo: borrayoeduardo15@gmail.com.

Agradezco a todos los profesores que a lo largo de estos cinco años me han aportado su conocimiento para mi desarrollo como jurista. De manera muy especial agradezco a la Mtra. Gloria Angélica Castro Corona, sin su apoyo no hubiese podido ser posible este trabajo.

Keywords: *Agrarian possessors, tax exemption, income tax.*

I] Introducción

El derecho agrario es identificado como una de las principales ramas del derecho social junto al derecho laboral, reconociendo en los sujetos agrarios una vulnerabilidad no solo jurídica, sino también social y económica. Por ello, a fin de paliar esta vulnerabilidad y resarcir la injusticia social que aqueja a estos grupos, la legislación mexicana les reconoce una serie de derechos y prerrogativas en distintas materias.

Sin embargo, estos beneficios no se extienden a la totalidad de sujetos que el derecho agrario reconoce como sujetos agrarios, limitándose en la mayoría de los casos a solo reconocer a ejidatarios y comuneros, dejando de lado a otros sujetos agrarios como lo son los posesionarios.

Una de estas discriminaciones se encuentra presente en la legislación fiscal, específicamente en la Ley del Impuesto Sobre la Renta² (Ley del ISR), misma que exenta a ejidatarios y comuneros del pago de este impuesto cuando estos enajenan por primera vez una parcela que ha adoptado el dominio pleno, dejando fuera de este beneficio a los posesionarios. Este trabajo tiene entonces como propósito identificar si existe una violación al principio constitucional de equidad tributaria en la diferenciación que hace la referida ley.

II] Régimen de la propiedad social en México

El régimen contemporáneo agrario es el resultado de diversas etapas sociales e históricas. Actualmente, lo que entendemos por propiedad agraria, en el sistema mexicano es denominada como propiedad social y abarca alrededor del 50.8% de la superficie continental de México.³ Esta extensión se encuentra conformada por núcleos agrarios, constituido por los ejidos y comunidades, cuya tenencia de tierras y régimen jurídico obedecen a una reglamentación y características específicas.

² Ley del Impuesto Sobre la Renta. Publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 11 de diciembre de 2013.

³ Programa Sectorial de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano 2025-2030. Publicado en el DOF el 1 de septiembre de 2025.

En este sentido, para efectos del presente trabajo, resaltemos algunos aspectos importantes de estos dos sujetos agrarios colectivos.

1. El ejido

Dentro del territorio nacional existen cerca de 29,827 ejidos,⁴ lo que significa que más del 92% de los núcleos agrarios en México están organizados de esta forma.

El concepto del ejido ha tenido diversas acepciones a lo largo de los años, sin embargo, a partir de la reforma constitucional al artículo 27 de 1992 se puede definir como aquella sociedad de interés social integrada por mexicanos, con personalidad jurídica y patrimonio propio, el cual está constituido por tierras, bosques y aguas dotadas o adquiridas por cualquier otro título, cuyo aprovechamiento, explotación y disposición está sujeto a las modalidades establecidas por la ley, y cuya organización y administración interna se basa en la democracia económica y en el respeto a los derechos individuales y cuyo objetivo principal es la satisfacción de las demandas de sus integrantes mediante el aprovechamiento del potencial y aptitudes las tierras que se cultivan.⁵

Para acreditar que el ejido goza de personalidad jurídica y patrimonio propio, este cuenta con lo que se denomina carpeta básica compuesta por la resolución presidencial o la sentencia del Tribunal Superior Agrario en la que se le reconoce; la publicación de esta en el Diario Oficial de la Federación; el acta de ejecución y deslinde de entrega material y jurídica de las tierras; y el plano definitivo del núcleo agrario que refleja dicha entrega.⁶

Como en otros tipos de personas morales, el ejido cuenta con órganos internos, los cuales tienen composición, características y funciones propias, siendo estos: la asamblea, el comisariado ejidal y el consejo de vigilancia.⁷

La asamblea es el órgano supremo del ejido y en ella participan todos los ejidatarios, esta se reúne por lo menos una vez semestralmente, previa convocatoria con los asuntos a tratar y tienen competencia exclusiva sobre los asuntos del ejido, los cuales

⁴ *Ibidem*.

⁵ RIVERA RODRÍGUEZ, Isaías; *El Nuevo Derecho Agrario Mexicano*; McGraw-Hill; México; 1994; p. 131.

⁶ MARTÍNEZ GUERRA, Diana Laura; *La Problemática del Sujeto Agrario Posesionario y la Sucesión en Materia Agraria. Un Caso de Desigualdad Jurídica*; Tesis para obtener el grado de Licenciatura; México; 2020; p. 26.

⁷ Artículo (Art.) 21 de la Ley Agraria, publicada en el DOF el 26 de febrero de 1992.

se encuentran listados, más no limitados, a los que se encuentran en el artículo (art.) 23 de la Ley Agraria.⁸

Se puede resaltar la existencia de dos tipos de asamblea: la simple y la de formalidades especiales. Cada una de ellas, tanto para su instalación, como para que las resoluciones tomadas dentro de ella sean validas tienen ciertos requisitos y esto depende directamente de los asuntos a tratar en ella. Siendo por un lado, los asuntos de asamblea simple los listados de la fracción I a la VI y los asuntos de la asamblea de formalidades especiales los listados de la fracción VII a la XIV del art. 23 de la Ley Agraria.

El comisariado ejidal está constituido por un presidente, un secretario y un tesorero, así como sus respectivos suplentes. Este tiene facultades de representación, gestión administrativa, pleitos y cobranzas y de ejecución de los acuerdos que dicte la asamblea; dentro de sus obligaciones está procurar el respeto de los derechos de los ejidatarios, convocar e informar a la asamblea de sus gestiones y cualquier otra que establezca el reglamento interno del ejido.⁹

El consejo de vigilancia debe estar constituido por un presidente y dos secretarios, cuya función es vigilar las actuaciones del comisariado, convocar a asamblea en caso de omisión del comisariado y cualquier otra que establezca el reglamento interno del ejido.¹⁰

Finalmente, respecto de las tierras ejidales, estas se dividen según su destino en tierras para el asentamiento humano, tierras de uso común y tierras parceladas. En este orden de ideas, dentro de las tierras de asentamiento humano queda la zona de urbanización y en esta, los solares destinados a la vivienda de los habitantes del núcleo agrario; las tierras de uso común, que se destinan al aprovechamiento conjunto de los miembros del núcleo agrario;¹¹ y las tierras parceladas, que, para efectos de este trabajo, serán analizadas más adelante.

2. La comunidad

En comparación con la cantidad de ejidos existentes en México, el número de comunidades es mucho menor; aproximadamente existen 2,424 comunidades dentro del territorio nacional.¹²

⁸ Art. 22 de la Ley Agraria.

⁹ Artículos (Arts.) 32 y 33 de la Ley Agraria.

¹⁰ Art. 35 y 36 de la Ley Agraria.

¹¹ Arts. 44, 63 y 73 de la Ley Agraria.

¹² Programa Sectorial de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano 2025-2030. *Op. cit.*

La comunidad nace de la justicia social a las comunidades prehispánicas despojadas o con la posesión ancestral de sus tierras. Se puede definir a las comunidades como *“núcleos de población que guardan el estado comunal, a los cuales les reconoce personalidad jurídica y propiedad sobre sus tierras, así como determinar el uso de ellas, su división según las distintas finalidades y elegir la organización adecuada para el aprovechamiento de sus bienes”*.¹³

La Ley Agraria establece que las tierras de las comunidades son inalienables, imprescriptibles e inembargables,¹⁴ y señala que puede haber parcelas delimitadas, pero que, en caso contrario, se presumirá que todos los comuneros tienen igualdad de derechos sobre la totalidad de la extensión del núcleo.

En cuanto a sus órganos internos, poseen los mismos que el ejido, con la única excepción que la terminología pasa de comisariado ejidal a comisariado de bienes comunales. En cuanto a otros aspectos, le es aplicable a la comunidad todas las disposiciones que le son aplicables al ejido, mientras no vayan en contra de lo establecido en su capítulo especial.¹⁵

El ejido y la comunidad son sujetos agrarios colectivos y están integrados por sujetos agrarios individuales.

III] Sujetos agrarios individuales

En la materia agraria, los sujetos agrarios colectivos están integrados por sujetos agrarios individuales, los cuales son personas físicas con capacidad agraria individual quienes cuentan o poseen la posibilidad de adquirir, derechos agrarios individuales.¹⁶

En la clasificación de estos sujetos se puede reconocer al ejidatario, el comunero, el vecindado, el posesionario, el nacionalero y los sucesores. Sin embargo, para efectos del presente trabajo, se analizarán únicamente los cuatro primeros, dada su importancia y vinculación con cuestiones que se analizarán más adelante.

¹³ [s.a.]; *“Enciclopedia Jurídica Mexicana”*; 2ª ed.; Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; México; 2004; T. II; p. 329.

¹⁴ Arts. 99 y 102 de la Ley Agraria.

¹⁵ Arts. 99 y 107 de la Ley Agraria.

¹⁶ RIVERA RODRIGUEZ, Isaías; *Op. cit.*; p. 121-123.

1. Ejidatario

La Ley Agraria define al ejidatario como *los hombres y mujeres titulares de derechos ejidales*¹⁷ estos derechos ejidales son:

*a) uso y disfrute de su parcela, incluyendo su disposición, con las limitaciones propias de esta modalidad; b) uso y disfrute de las tierras de uso común y su disposición, en los términos de ley; c) el de la sucesión; d) participar en la asamblea (...); e) votar y ser votado (...); f) recibir certificado parcelario y de derechos sobre tierras de uso común; g) aquellos que el reglamento interno otorgue (...), y h) en caso de que sea posible, recibir gratuitamente un solar en la zona urbana.*¹⁸

Aunado a estos derechos que le reconoce la Ley Agraria al ejidatario, otros cuerpos normativos también otorgan prerrogativas, siendo la Ley del ISR una de estas, al conceder en el artículo 93, fracción XXVIII que estará libre de Impuesto Sobre la Renta (ISR) el ingreso que obtenga el ejidatario, el cual derive de la primera enajenación de parcelas sobre las que se haya obtenido el dominio pleno.

Los derechos y prerrogativas forman parte de la esfera jurídica del ejidatario, sin embargo, para que una persona pueda adquirir la calidad de ejidatario se requiere que este sea mexicano, vecindado del núcleo y mayor de edad o con familia a su cargo; se exime de estos dos últimos requisitos cuando se trata de un heredero de un ejidatario; además estos requisitos, el ejido puede establecer otro tipo de requisitos en su reglamento interno.¹⁹

Aunado a la adquisición de la calidad de ejidatario por sucesión, otra forma de ser formalmente reconocido dentro del núcleo agrario como ejidatario y se goce de los derechos enlistados, es mediante el reconocimiento de la asamblea.²⁰

La calidad de ejidatario se acredita mediante la constancia de vigencia de derechos expedida por el Registro Agrario Nacional (RAN), el certificado parcelario o de derechos sobre tierras de uso común expedido por la misma dependencia o mediante sentencia o resolución emitida por un Tribunal Agrario.²¹

¹⁷ Art. 12 de la Ley Agraria.

¹⁸ RIVERA RODRÍGUEZ, Isaías; *Op. cit.*; p. 123.

¹⁹ Art. 15 de la Ley Agraria.

²⁰ Art. 23, fracción II, de la Ley Agraria.

²¹ Art. 16 de la Ley Agraria.

2. *Comunero*

A diferencia del ejidatario, el comunero no tiene una definición en la ley, por lo que a fin de darle un concepto uniforme al de ejidatario, se le puede definir los hombres y mujeres titulares de derechos comunales.

Los derechos que posee el comunero son casi los mismos que los del ejidatario; sin embargo, en la mayoría de comunidades, los derechos que poseen sobre de su parcela son una cuestión de hecho dentro de la comunidad, por lo que no se les otorga un certificado parcelario que la ampare. Asimismo, al igual que los ejidatarios, los comuneros también se ven exentos del pago de ISR por el ingreso correspondiente a la primera enajenación de parcelas sobre las que se haya obtenido el dominio pleno y la primera enajenación de sus derechos comunales.²²

3. *Avecindado*

El avecindado es el mexicano, mayor de edad, que ha residido por más de un año en las tierras del ejido o comunidad y ha sido reconocido por la asamblea o tribunal agrario.²³

A diferencia de los ejidatarios o comuneros, el avecindado no posee derechos sobre parcelas o tierras de uso común dentro del ejido. Los derechos que la Ley Agraria le confiere al avecindado son: participar en la junta de pobladores, poder obtener la calidad de ejidatario o comunero, poder adquirir o que se le sea asignada una parcela en el núcleo agrario, poder participar en las empresas del ejido o comunidad y aquellos que le reconozca el reglamento interior del núcleo agrario.²⁴ Como se puede ver, la figura del avecindado más que poseer derechos, se encuentra en una expectativa de adquisición de derechos.

4. *Posesionario*

El posesionario es la persona de nacionalidad mexicana, mayor de edad, avecindada en un núcleo agrario, que, no siendo ejidatario o comunero, es titular de derechos de uso y usufructo parcelario.²⁵ Es decir, a diferencia del avecindado, el posesionario si cuenta con derechos parcelarios dentro del núcleo agrario.

²² Art. 93, fracción XXVIII de la Ley del ISR

²³ Art. 13 de la Ley Agraria

²⁴ Arts. 15, 19, 41, 57, 80, 84, 101, 108 de la Ley Agraria

²⁵ RIVERA RODRÍGUEZ, Isaías, MARTÍNEZ GUERRA, Diana Laura; "El posesionario agrario: un caso de desigualdad jurídica"; *Revista Perspectiva Jurídica UP*; Facultad de

Este concepto se desprende de un análisis sistemático de la Ley Agraria, toda vez que el legislador agrario ha sido flagrantemente omiso en definir y regular con claridad los pormenores del posesionario. Es irónico que la figura del avecindado se encuentre mejor regulada, a pesar de no contar con derechos parcelarios.

Para adquirir la calidad de posesionario, la Ley Agraria establece distintas vías, estas son: por virtud del reconocimiento de la asamblea, por la adquisición de derechos parcelarios, por sentencia del tribunal agrario o por la vía sucesoria.²⁶ Sin embargo, a diferencia de las figuras anteriores, los criterios emitidos por el Poder Judicial Federal reconocen la existencia de dos tipos de poseedores, el regular y el irregular.

a. La confusión del concepto de poseedor

La distinción que ha hecho el Poder Judicial Federal sobre poseedores regulares e irregulares se debe a una confusión entre las figuras de poseedor y propietario; esto no solo se debe a los criterios, sino también a una confusión por parte del legislador, quien erróneamente confundió ambos términos.²⁷

Diversos precedentes²⁸ señalan esta diferenciación entre poseedor regular e irregular, sin embargo, el más atinado para

Derecho, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara; México; 2021; Número 16; p. 167.

²⁶ MARTÍNEZ GUERRA, Diana Laura; *Op. cit.*; p. 54.

²⁷ *Ibidem*; p. 53-54.

²⁸ “PRESCRIPCIÓN EN MATERIA AGRARIA. EL POSESIONARIO IRREGULAR PUEDE EJERCER LA ACCIÓN RELATIVA COMO TITULAR DE DERECHOS DE EJIDATARIO,” Tesis XXIV.17 A, Tribunales Colegiados de Circuito, Registro digital: 175269, Novena Época, Materia: Administrativa, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXIII, Abril de 2006, p. 1096, Tesis Aislada; “ACCIÓN REIVINDICATORIA EN MATERIA AGRARIA. EL POSESIONARIO REGULAR CON CERTIFICADO PARCELARIO ESTÁ LEGITIMADO PARA EJERCERLA,” Tesis XVI.1o.A.138 A (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, Registro digital: 2015254, Décima Época, Materia Administrativa, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 47, Octubre de 2017, Tomo IV, p. 2397, Tesis Aislada; “NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA DE EJIDATARIOS SOBRE ASIGNACIÓN DE TIERRAS. EL PLAZO DE NOVENTA DÍAS A QUE ALUDE EL ARTÍCULO 61 DE LA LEY AGRARIA PARA SOLICITARLA, TRATÁNDOSE DE UN POSESIONARIO IRREGULAR DEMANDADO EN UN JUICIO REIVINDICATORIO, DEBE COMPUTARSE A PARTIR DE QUE TUVO CONOCIMIENTO O SE IMPUSO DEL CONTENIDO DEL TÍTULO DE PROPIEDAD EN QUE SE FUNDÓ LA ACCIÓN,” Tesis II.1o.1 A (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, Registro digital: 2007436, Décima Época, Materia Administrativa,

identificar este error que se ha señalado y diferenciarle de otros, es el siguiente:

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Registro digital: 2003879

Instancia: Segunda Sala

Décima Época

Materias(s): Administrativa

Tesis: 2a./J. 65/2013 (10a.)

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 1, página 1032

Tipo: Jurisprudencia

PRESCRIPCIÓN POSITIVA EN MATERIA AGRARIA. NO TIENE COMO CONSECUENCIA DIRECTA EL RECONOCIMIENTO DE LA CALIDAD DE EJIDATARIO DEL POSEEDOR.

De los artículos 48, 12 a 16, 20, 22, 23, 44, 56, 57, 60, 62, 76, 78 y 80 de la Ley Agraria; 30, 34, 37, 52 y 53 del Reglamento de la Ley Agraria en Materia de Certificación de Derechos Ejidales y Titulación de Solares; 89, 90, 93 y 94 del Reglamento Interior del Registro Agrario Nacional; y 18 de la Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios, se colige que la prescripción positiva en materia agraria no tiene como consecuencia directa el reconocimiento de la calidad de ejidatario del poseedor, pues éste adquiere sobre las tierras los mismos derechos que cualquier ejidatario sobre su parcela, los cuales se traducen en su aprovechamiento, uso y disfrute, y en la posibilidad de transmitir esos derechos a otros ejidatarios o avecindados del mismo núcleo de población, pero sin llegar al extremo de reconocerle la calidad de ejidatario, pues no debe pasarse por alto la naturaleza jurídica de la propiedad ejidal, cuyo titular principal no es el ejidatario en lo individual, sino el núcleo ejidal. Lo anterior es así, porque conforme a la normativa de la materia los posesionarios reconocidos por la asamblea sólo tendrán los derechos de uso y disfrute sobre las parcelas de que se trate, a quienes el Registro Agrario Nacional les expedirá los certificados parcelarios de posesionario correspondientes; consecuentemente, si el actor por la vía de prescripción positiva, prevista en el artículo 48 de la Ley Agraria, adquiere los derechos sobre una parcela, ello no significa que por ese solo hecho adquiere también la calidad de ejidatario, con todos los derechos y prerrogativas que atañen a esa calidad.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III, p. 2504, Tesis Aislada.

Contradicción de tesis 4/2013. Entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en Guadalajara, Jalisco y el entonces Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, con residencia en Nezahualcóyotl, Estado de México (actual Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, con residencia en Nezahualcóyotl, Estado de México). 20 de marzo de 2013. Mayoría de tres votos. Disidentes: José Fernando Franco González Salas y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Luis María Aguilar Morales. Secretario: Aurelio Damián Magaña. Tesis de jurisprudencia 65/2013 (10a.). Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del diez de abril de dos mil trece.

Esta jurisprudencia señala una diferencia fundamental entre las figuras de poseedor y su posterior paso a posesionario. El poseedor es quien detenta la tenencia material de una parcela sin contar con el reconocimiento formal del núcleo ejidal, al que se le ha llamado como posesionario irregular. En cambio, el verdadero posesionario es aquel que ha sido reconocido por la asamblea o por otro medio legal, ha adquirido jurídicamente esa calidad de posesionario y los derechos que la misma le da.

En el ejemplo concreto de la jurisprudencia, la resolución aclara que aun cuando el poseedor tenga materialmente los derechos sobre la parcela y pueda o los haya adquirido, esto no lo convierte en ejidatario, sino que únicamente lo regulariza como posesionario, con los derechos propios de la figura.

En la situación de hecho del campo mexicano y el desconocimiento de procesos judiciales y administrativos se confunden a menudo estas dos figuras, y por ello su distinción es fundamental.

b. Los derechos del posesionario

Como se mencionó anteriormente, la omisión legislativa agraria dificulta el análisis de la figura del posesionario, motivo por el cual sus derechos se encuentren en diversas disposiciones legales auxiliares a la Ley Agraria. Lo que podemos afirmar que este tiene derecho sobre el uso y usufructo de su parcela; sin embargo, este no es el único derecho que se le reconoce en el marco jurídico agrario.

De un análisis de la Ley Agraria, el posesionario tiene los siguientes derechos: "a) Al uso y usufructo parcelario; b) Recibir el certificado parcelario que ampare sus derechos; c) Participación restringida en la asamblea ejidal cuando se trate de asuntos

relativos a sus derechos parcelarios; y d) ser considerado por la asamblea en el orden preferencia para la asignación de tierras de uso común.”²⁹

Sin embargo, ante las graves omisiones legislativas y para asegurar los derechos de los poseionarios regulares, han tenido que surgir otras reglamentaciones como lo son el Reglamento Interior del Registro Agrario Nacional³⁰ para suplir estas deficiencias que violan gravemente la seguridad jurídica del poseionario sobre su parcela.

El artículo 86 del Reglamento Interior del Registro Agrario Nacional estipula que los poseionarios regulares adquieren sobre sus tierras los mismos derechos que el ejidatario. Criterio que a su vez el RAN ha reafirmado mediante circulares, en las cuales señalan que el poseionario tiene los siguientes derechos:

a. De uso y disfrute sobre sus parcelas (arts. 14,45, 62, 76, 77 y 79 Ley Agraria); b. De dar en garantía el usufructo de sus parcelas (art. 46 Ley Agraria); c. De recibir la indemnización por causa de expropiación de su parcela (art. 96 Ley Agraria); d. De suceder sus derechos parcelarios (art. 17 Ley Agraria); e. De enajenar sus derechos parcelarios (art. 80 Ley Agraria); f. De asumir el dominio pleno, una vez que la asamblea de ejidatarios hubiere autorizado a los ejidatarios a adoptar dicho dominio, y g. Los demás que le confieran la ley y el reglamento interno del ejido.”³¹

A la par de estas, criterios judiciales como lo son tesis y jurisprudencias han aumentado y reconocido los derechos de los poseionarios otorgándoles, entre otros derechos y prerrogativas: la suplencia de la queja deficiente en materia de amparo³², la legitimación para demandar la nulidad de la asamblea de

²⁹ MARTÍNEZ GUERRA, Diana Laura; *Op. cit.*; p. 50.

³⁰ Reglamento Interior del Registro Agrario Nacional, publicado en el DOF el 17 de enero de 2024.

³¹ Registro Agrario Nacional; *Reconocimiento de poseionarios*; consultado en internet en: <http://www.ran.gob.mx/ran/dgaj/Normateca/Documentos/Circulares/Anteriores/Derechos%20individuales/Reconocimiento%20de%20poseionarios/Circular%20DGRAJ-1.3.1.7-1.pdf> el 8 de diciembre de 2025.

³² “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA AGRARIA. PROCEDE A FAVOR DE LOS POSEIONARIOS DE TIERRAS EJIDALES [ARTÍCULO 79, FRACCIÓN IV, INCISO B), DE LA LEY DE AMPARO].”, 2a./J. 62/2024 (11a.), Segunda Sala, Registro digital: 2029287, Undécima Época, Materias: Común, Administrativa, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 40, Agosto de 2024, Tomo III, Volumen 1, p. 277, Jurisprudencia.

asignación de tierras³³, la sucesión de sus derechos³⁴ o el término amplio de siete años para la presentación de la demanda de amparo³⁵, entre otros.

La disparidad de derechos entre el ejidatario y el posesionario es amplísima y esto se debe fundamentalmente a la omisión grave del legislativo federal de regular cuestiones verdaderamente importantes en la materia agraria.

Ante esta falta legislativa es obligatorio hacer un análisis interpretativo para identificar los derechos del posesionario, sobre todo en cuanto a la protección de sus derechos parcelarios, toda vez que, como se menciona en párrafos anteriores, ejidatario, comunero y posesionario tienen los mismos derechos parcelarios.

Entre las muchas disparidades que existen entre estas tres figuras titulares de derechos parcelarios hacemos notar que los poseedores no se encuentran dentro del supuesto que establece la fracción XXVIII del artículo 93 de la Ley del ISR, y por tanto, no gozan de la exención de dicho impuesto en la primera enajenación de la parcela de la que hayan obtenido dominio pleno.

IV] El dominio pleno de las parcelas

Previo a analizar el dominio pleno parcelario es necesario distinguir los atributos de la propiedad en general, y luego, ésta en el contexto de la propiedad social. Así, la propiedad en general se

³³ “NULIDAD DE LA ASAMBLEA DE ASIGNACIÓN DE TIERRAS. EL PLAZO DE 90 DÍAS PARA HACER VALER LA ACCIÓN RELATIVA POR EJIATARIOS O POSESIONARIOS REGULARES, CORRE A PARTIR DE QUE ÉSTOS TUVIERON CONOCIMIENTO DE AQUÉLLA O DE SUS ACUERDOS, SI NO EXISTE CONSTANCIA EN AUTOS DE SU LEGAL CONVOCATORIA.” XVI.1o.A.134 A (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, Registro digital: 2015002, Décima Época, Materia: Administrativa, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 45, Agosto de 2017, Tomo IV, p. 2969, Tesis Aislada.

³⁴ “SUCESIÓN EN MATERIA AGRARIA. COMPRENDE LOS DERECHOS AGRARIOS DE LOS POSESIONARIOS REGULARES (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 18 DE LA LEY AGRARIA).” 2a. XI/2021 (10a.), Segunda Sala, Registro digital: 2023883, Undécima Época, Materia: Administrativa, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 7, Noviembre de 2021, Tomo II, p. 2073, Tesis Aislada.

³⁵ “DEMANDA DE AMPARO EN MATERIA AGRARIA. LOS POSESIONARIOS DE TIERRAS EJIATALES CUENTAN CON UN PLAZO DE SIETE AÑOS PARA PRESENTAR SU DEMANDA DE AMPARO, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 17, FRACCIÓN III, DE LA LEY DE AMPARO.” 2a./J. 16/2024 (11a.), Segunda Sala, Registro digital: 2028462, Undécima Época, Materias: Común, Administrativa, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 35, Marzo de 2024, Tomo IV, p. 3898, Jurisprudencia.

compone de *ius possidendi* (derecho de poseer), *ius utendi* (derecho de usar), *ius fruendi* (derecho de gozar) e *ius abutendi* (derecho de disponer de esa propiedad)³⁶; en la materia agraria, los ejidatarios y comuneros son titulares de los esos derechos, lo que se puede entender como el uso y usufructo parcelario, incluyendo se cesión, mientras que el núcleo agrario solo detenta la *nuda* propiedad de las parcelas.³⁷

Por tanto, el dominio pleno de las parcelas es el resultado de un procedimiento que debe autorizar el núcleo agrario para ceder la referida *nuda* propiedad, reunificándola al uso y usufructo y, con ello, desincorporar las parcelas del régimen ejidal o comunal, de tal manera que tanto el uso y usufructo, como la *nuda* propiedad de la parcela, sean propiedad plena de su titular.³⁸

1. El procedimiento para obtener el dominio pleno parcelario

Para obtener el dominio pleno parcelario, la Ley Agraria establece una serie de requisitos que deben agotarse. Previo a la solicitud, se requiere que la mayor parte de las parcelas hayan sido delimitadas y asignadas,³⁹ es decir, que la mayor parte del ejido esté regularizado y las parcelas de este hayan sido medidas, identificadas y asignadas a un ejidatario. Este proceso se llevó a cabo a partir de 1993 con el Programa de Certificación de Derechos Ejidales (PROCEDE), el cual realizó en gran parte de los núcleos agrarios un reconocimiento técnico y legal de las parcelas, dando así certidumbre jurídica sobre su extensión, identificación y titularidad,⁴⁰ entregando entonces a los titulares un certificado parcelario amparando sus derechos sobre la parcela.

Teniendo como base lo anterior, el interesado deberá de solicitar a la asamblea del núcleo agrario, con formalidades especiales, su autorización para adquirir el dominio pleno parcelario. Para ello es necesario presentar la propuesta ante el Comisariado Ejidal, o ante cualquier otro órgano facultado para

³⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Derecho Civil Mexicano*; Tomo Tercero: Bienes, Derechos Reales y Posesión; 6ª Ed.; Editorial Porrúa; México; 1985; p. 293.

³⁷ RIVERA RODRÍGUEZ, Isaías; *Derecho Agrario Integral*; 2ª Ed.; Editorial Porrúa; México; 2014; pp. 62-63.

³⁸ Art. 82 de la Ley Agraria.

³⁹ Art. 81 de la Ley Agraria.

⁴⁰ BRAÑA VARELA, Josefina, MARTÍNEZ CRUZ, Adán L.; "El PROCEDE y su impacto en la toma de decisiones sobre los recursos de uso común"; *Gaceta Ecológica*; Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales; México; 2005; No. 75 abril-junio; P 37. Consultado en internet en <https://www.redalyc.org/pdf/539/53907503.pdf> el 28 de noviembre de 2025.

convocar a asamblea.⁴¹ Esta convocatoria deberá de ser expedida con mínimo un mes de anticipación, deberá de ser notificado a la Procuraduría Agraria con este mismo termino para que asista un representante y a la cual deberá acudir un fedatario público.⁴² La convocatoria será colocada en los lugares más visibles del núcleo agrario, expresando los asuntos a tratar, el lugar, la fecha y hora de la reunión.⁴³

Para la instalación valida de una asamblea en la que se vaya a decidir la autorización para la adopción del dominio pleno parcelario⁴⁴, el *quorum* necesario para llevarse a cabo en primera convocatoria es del 75% de los ejidatarios.⁴⁵ De no juntarse el *quorum* necesario para su instalación, se expedirá de inmediato una segunda convocatoria la cual deberá de celebrarse en un plazo no menor a ocho ni mayor a 30 días a partir de la convocatoria, de igual manera se notificará a la Procuraduría Agraria y se proveerá la asistencia de un fedatario público.⁴⁶ Para la instalación valida de la asamblea en segunda o ulterior convocatoria será necesario que se reúnan la mitad más uno de los ejidatarios del núcleo agrario.⁴⁷

Para que la resolución de la asamblea en la que se autorice la adopción del dominio pleno sea válida, se requerirá tanto en primera, como en ulteriores convocatorias, el voto aprobatorio de dos terceras partes de los asistentes a la asamblea.⁴⁸ Aunado a la aprobación, es obligatoria la asistencia de un representante de la Procuraduría Agraria, así como un fedatario público en la asamblea en la que se decida la adopción del dominio pleno parcelario; la Procuraduría Agraria verificará que la convocatoria y la asamblea se hayan llevado a cabo con las formalidades descritas, siendo nulas aquellas que no cumplan con dichos requisitos.⁴⁹

⁴¹ El art. 33 de la Ley Agraria señala que es facultad del comisariado convocar asamblea, sin embargo, de ser omisos, los arts. 24 y 36 del mismo cuerpo normativo señala que tanto el consejo de vigilancia, como la Procuraduría Agraria pueden convocar a asamblea si concurren ciertos requisitos marcados en ley.

⁴² Art. 28 de la Ley Agraria.

⁴³ Art. 25 de la Ley Agraria.

⁴⁴ Fracción IX del art. 23 de la Ley Agraria.

⁴⁵ Art. 26 de la Ley Agraria.

⁴⁶ Art. 25 de la Ley Agraria.

⁴⁷ Art. 26 de la Ley Agraria.

⁴⁸ Art. 27 de la Ley Agraria.

⁴⁹ Art. 28 de la Ley Agraria. *Vid.* Procuraduría Agraria; [s.t.]; [página web sin fecha]; México. Consultado en internet en <https://www.pa.gob.mx/publica/pa07ga.htm> el 8 de diciembre de 2025.

Una vez que el acta de asamblea sea calificada e inscrita en el RAN, el interesado al que le fue aprobada la adquisición del dominio pleno podrá solicitar al RAN la baja de su certificado parcelario y la expedición del título de propiedad, el cual se inscribirá en el Registro Público de la Propiedad de la Entidad Federativa correspondiente.⁵⁰

El interesado no dejará de ser ejidatario si este sigue siendo titular de tierras dentro del ejido, ya sean parcelas o tierras de uso común.⁵¹

2. Los sujetos que pueden obtener el dominio pleno

La Ley Agraria establece que los ejidatarios pueden adquirir el dominio pleno sobre sus parcelas. En el caso de los comuneros, aunque por una interpretación del art. 107 de la Ley Agraria, podría decirse que también tienen derecho, lo cierto es que en la práctica no es usual que las comunidades lo hagan, ya que en muchos casos no existe un parcelamiento formal y por tanto no se cumple el primer requisito antes expuesto. Así mismo, otros cuerpos normativos reglamentarios no reconocen en el caso de comunidades la adopción del dominio, limitando su actuar al dominio pleno sobre tierras ejidales.⁵²

Además de los ejidatarios, también los posesionarios reconocidos pueden adquirir el dominio pleno de sus parcelas. Como se dijo anteriormente, la omisión legislativa sobre los derechos del posesionario ha obligado a resolver las lagunas legales a partir de normativa auxiliar en la materia agraria. Es así que órganos como el RAN han emitido Circulares mediante las cuales clarifican la situación del posesionario.

La circular DGRAJ/1.3.1.7/1⁵³, así como la circular DJ/RAN/I-15⁵⁴, ambas del RAN, establecen dentro de su competencia los derechos del posesionario y entre estos se encuentra el derecho de asumir el dominio pleno de su parcela. Por supuesto, para ello deben cumplir los mismos requisitos que el ejidatario y tener el certificado que lo acredite como titular en calidad de posesionario

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Vid.* Reglamento Interior del Registro Agrario Nacional, arts. 16, 17 y 45.

⁵³ Registro Agrario Nacional; *Reconocimiento de posesionarios*; *Op. cit.*

⁵⁴ Registro Agrario Nacional; *Adopción del dominio pleno*; consultado en internet en: <http://www.ran.gob.mx/ran/dgaj/Normateca/Documentos/Circulares/Actualizadas/DJ-RAN-I-15.pdf> el 8 de diciembre de 2025.

de la parcela sobre la que desee obtener el dominio pleno, es decir, que este sea un posesionario regular.

3. Formalidades agrarias de la primera enajenación

Una vez que se tiene el dominio pleno sobre una parcela, esta ha salido del régimen agrario, para regirse por el derecho común. Sin embargo, el titular debe cumplir una serie de obligaciones agrarias previas a enajenarla.

En primer lugar, la primera enajenación a personas ajenas al núcleo agrario del que provenía la parcela, deberá de hacerse cuando menos al precio de referencia que establezca la Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales o cualquier institución de crédito.⁵⁵

En la primera enajenación de la parcela sobre la que se haya adquirido el dominio pleno, tendrán derecho del tanto los siguientes sujetos, en el orden de preferencia en que se listan: los familiares del enajenante, las personas que hayan trabajado la parcela por más de un año, los vecindados y el mismo ejido.⁵⁶

El enajenante deberá de notificar al comisariado ejidal, con la participación de dos testigos o ante un fedatario público, para que surta efectos de notificación personal a los derechos del tanto, quienes deberán de hacerlo valer dentro de un término de 30 días naturales a partir de la notificación. Para ello, el comisariado ejidal deberá de publicar la notificación en los lugares más visibles del ejido, con la relación de los bienes que se enajenan a fin de que se presenten las posturas.⁵⁷ Si se presentaran posturas iguales, el comisariado, ante fedatario público, realizará un sorteo para determinar la preferencia.⁵⁸

En el caso de que la parcela se encuentre en áreas reservadas para el crecimiento de un centro de población dentro de los planes de desarrollo urbano del municipio donde se localice, la federación, las entidades federativas y los municipios tendrán un derecho de preferencia sobre la parcela que haya adquirido dominio pleno.⁵⁹

⁵⁵ Art. 86 de la Ley Agraria.

⁵⁶ Art. 84 de la Ley Agraria.

⁵⁷ *Ídem*.

⁵⁸ Art. 85 de la Ley Agraria.

⁵⁹ Art. 89 de la Ley Agraria y art. 84 de la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, publicada en el DOF el 28 de noviembre de 2016.

V J Régimen fiscal de la primera enajenación

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁶⁰, establece en su art. 31 que los mexicanos estamos obligados a contribuir al gasto público. Este establece lo siguiente:

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

(...)

*IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.*⁶¹

Las contribuciones que recibe el Estado Mexicano a partir de esta obligación que impone el citado artículo se clasifican en impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos.⁶²

1. De los impuestos

Los impuestos son definidos por el Código Fiscal de la Federación como *"las contribuciones establecidas en ley que deben pagar las personas físicas y morales que se encuentren en la situación jurídica o de hecho prevista en la misma y que sean distintas de las señaladas en las fracciones II, III y IV de este Artículo."*⁶³ Es entonces que podemos definir al impuesto como la contribución que se obliga a pagar la persona que se encuentre en el supuesto que establece la norma y que no es una aportación de seguridad social, una contribución de mejora o un derecho.

El impuesto tiene una serie de elementos esenciales, estos son: sujeto activo, el cual es *"aquel que tiene el derecho de exigir el pago de tributos"*⁶⁴ tales como la Federación, Entidades Federativas y Municipios; sujeto pasivo, es decir el contribuyente

⁶⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el DOF el 5 de febrero de 1917.

⁶¹ *Ídem.*

⁶² Art. 2o del Código Fiscal de la Federación, publicado en el DOF el 31 de diciembre de 1981.

⁶³ *Ídem.*

⁶⁴ BROTT DURÁN, Michelle Lorena; *Factores que posicionan a México como el menor recaudador tributario comparado con países de la OCDE*; Tesis para obtener el grado de Maestra; México; 2020; p. 11. Consultado en internet en: <https://scripta.up.edu.mx/server/api/core/bitstreams/7e8a1299-f715-412c-93ff-2e7c778cb1c8/content> el 20 de marzo de 2026.

obligado a pagar impuestos⁶⁵; objeto, el cual es el hecho generador del impuesto⁶⁶; base, mismo que *"es el monto gravable sobre el que se determina la cuantía del impuesto"*⁶⁷; tasa, tarifa o cuota que es la parte alícuota que se considera para fijar el monto del impuesto⁶⁸; y la época de pago.

a. Impuestos sobre la primera enajenación

Desde la teoría del derecho civil la enajenación es el cambio de titularidad del derecho real de propiedad con las implicaciones formales necesarias.⁶⁹ Sin embargo, para efectos del derecho fiscal el art. 14 del Código Fiscal de la Federación enlista todos aquellos supuestos que se entenderán como enajenación de bienes, entre ellos la fracción I define la enajenación como *"Toda transmisión de propiedad, aun en la que el enajenante se reserve el dominio del bien enajenado"*.⁷⁰

i) Impuesto Sobre la Renta

El Impuesto Sobre la Renta grava *"el total de ingresos en efectivo o en especie o crédito"*⁷¹ que reciba una persona física o jurídica. En el caso de la enajenación de parcelas sobre las que se ha obtenido el dominio pleno, este impuesto grava la cantidad recibida por concepto de dicha enajenación, siendo el sujeto pasivo de este impuesto el enajenante, es decir, la persona física que obtiene el dominio pleno parcelario.

Sin embargo, el artículo 86 de la Ley Agraria señala que la primera enajenación que se realice sobre parcelas que hayan adquirido el dominio pleno será libre de impuestos o derechos federales para el enajenante.⁷²

⁶⁵ *Ídem*

⁶⁶ *Ídem*

⁶⁷ *Ídem*

⁶⁸ *Ibidem*, p. 12

⁶⁹ IBARRA TORRES, Juan Carlos *et* LOZA, Juan Carlos; "El Marlo Legal y Fiscal Relacionado con la Enajenación de Bienes Inmuebles por Parte de una Persona Física"; *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*; México; Noviembre-Diciembre; 2025: Volumen 9; Número 6; p. 5157.

⁷⁰ Art. 14 del Código Fiscal de la Federación.

⁷¹ BAILÓN CABRERA, Lorenzo; *El Notario y los Impuestos Federales de la Compra-venta*; Colegio de Notarios del Estado de Jalisco y Coordinación de Posgrado en Derecho del CUCSH de la Universidad de Guadalajara; México; 2008; p. 13; Consultado en internet en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2964/3.pdf> el 21 de marzo de 2026.

⁷² Art. 86 de la Ley Agraria.

La exención de impuestos “es el hecho de que el gobierno o la ley excluyan de la obligación de pago a los sujetos pasivos del impuesto.”⁷³ Para el caso de la primera enajenación de la parcela esta exención de impuestos está expresamente señalada en la Ley del Impuesto Sobre la Renta⁷⁴ en su art. 93, fracción XXVIII, mismo que señala:

Artículo 93. No se pagará el impuesto sobre la renta por la obtención de los siguientes ingresos:

(...)

XXVIII. Los que deriven de la enajenación de derechos parcelarios, de las parcelas sobre las que hubiera adoptado el dominio pleno o de los derechos comuneros, siempre y cuando sea la primera transmisión que se efectúe por los ejidatarios o comuneros y la misma se realice en los términos de la legislación de la materia.

La enajenación a que se refiere esta fracción deberá realizarse ante fedatario público, y el enajenante deberá acreditar que es titular de dichos derechos parcelarios o comuneros, así como su calidad de ejidatario o comunero mediante los certificados o los títulos correspondientes a que se refiere la Ley Agraria.

En caso de no acreditar la calidad de ejidatario o comunero conforme a lo establecido en el párrafo anterior, o que no se trate de la primera transmisión que se efectúe por los ejidatarios o comuneros, el fedatario público calculará y enterará el impuesto en los términos de este Título.”⁷⁵

Como se menciona anteriormente, si el ejidatario adquiere el dominio pleno de su parcela y ha perdido la calidad de ejidatario⁷⁶, este no caería en el supuesto de la exención. Siendo entonces obligación del fedatario público requerir al enajenante el documento idóneo que acredite su calidad, lo cual sería una constancia de vigencia de derechos expedida por el RAN.

⁷³ RODRIGUEZ MEJIA, Gregorio; “Las exenciones de impuestos”; *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*; México; Enero-Abril; 1999; Número 94; consultado en internet: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3578/4303> el 21 de marzo de 2026.

⁷⁴ Ley del Impuesto Sobre la Renta, publicada en el DOF el 11 de diciembre de 2013.

⁷⁵ *Ídem*.

⁷⁶ La calidad de ejidatario se pierde por resolución judicial, renuncia a todos sus derechos ejidales o por la prescripción conforme la Ley Agraria. Registro Agrario Nacional; *Perdida de la calidad de ejidatario*; consultado en internet: http://www.ran.gob.mx/ran/dgaj/Normateca/Documentos/Circulares/Actualizadas/CA_PITULO%20III/DJ-RAN-III-11-2010.pdf el 22 de enero de 2026.

ii) Impuesto al Valor Agregado

El Impuesto al Valor Agregado (IVA) grava el consumo, el impuesto es pagado por el consumidor final de un bien, pero el sujeto pasivo es la persona física que, en este caso, enajena el bien⁷⁷, es decir, la persona que enajenó la parcela sobre la cual se obtuvo el dominio pleno.

Sin embargo, si consideramos que la parcela como un inmueble rural únicamente constituido por la fracción de suelo que representa, esta está exenta al caer en el supuesto de la fracción I del art. 9 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado,⁷⁸ mismo que a la letra dice:

Artículo 9o.- No se pagará el impuesto en la enajenación de los siguientes bienes:

I.- El suelo.

II.- Construcciones adheridas al suelo, destinadas o utilizadas para casa habitación. Cuando sólo parte de las construcciones se utilicen o destinen a casa habitación, no se pagará el impuesto por dicha parte. Los hoteles no quedan comprendidos en esta fracción.⁷⁹

Sin embargo, si dentro de la parcela hubiese construcciones las cuales no cayeran en el supuesto de la segunda fracción del artículo citado, sobre estas si se deberá de pagar el IVA correspondiente.

iii) Otros impuestos

Finalmente, respecto a las contribuciones de carácter local, serían aplicables las disposiciones relativas al Impuesto Sobre Transmisiones Patrimoniales del lugar en donde se ubique la parcela, así como otros impuestos locales aplicables según la ley de hacienda de la entidad federativa correspondiente.

⁷⁷ MELGAR MANZANILLA, Pastora; “Mecánica del Impuesto al Valor Agregado”; *Unidad de apoyo para el aprendizaje*; 2018; CUAED/FES Acatlán-UNAM. Consultado en https://repositorio-uapa.cuaed.unam.mx/repositorio/moodle/pluginfile.php/2841/mod_resource/content/1/UAPA-Mecanica-Impuesto-Valor-Agregado/index.html el 21 de marzo de 2026.

⁷⁸ Ley del Impuesto al Valor Agregado, publicada en el DOF el 29 de diciembre de 1978.

⁷⁹ *Ídem*.

VI J Principio de equidad tributaria

1. Principio constitucional de equidad tributaria

En párrafos anteriores ya establecimos lo que establece la Constitución Mexicana sobre la obligación de los mexicanos contribuir al gasto público. Sin embargo, para efectos ilustrativos volveremos a señalar la fracción respectiva:

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

(...)

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.⁸⁰

Aunado a esta obligación contributiva, hay una serie de principios elementales que rigen el derecho fiscal y delimitan el poder tributario del Estado. En particular, de esta fracción se desprenden dos principios claramente identificables: los principios de proporcionalidad y equidad tributaria. Si bien ambos principios suelen confundirse o emplearse como sinónimos, estos entrañan contenidos distintos.

Es así que, el principio de proporcionalidad tributaria se refiere a que los contribuyentes deben contribuir conforme a su capacidad económica.⁸¹ Por otro lado, el principio de equidad tributaria establece “que los gobernados deben recibir el mismo trato cuando se ubican en similar situación jurídica o de hecho”.⁸²

Aunado a la doctrina, la jurisprudencia mexicana ha aportado y definido una serie de elementos para este principio. En este sentido, se ha sostenido que la equidad tributaria está íntimamente ligada a la igualdad de los sujetos pasivos ante la ley fiscal, implicando entonces que los contribuyentes a los que se les aplica un mismo impuesto, deben guardar una situación de igualdad frente a la norma jurídica.⁸³

⁸⁰ Artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸¹ CARRASCO IRIARTE, Hugo; *Derecho Fiscal I*; 7ª Ed.; IURE Editores; México; 2017; p.

49

⁸² *Ídem*.

⁸³ “IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD DE LOS.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Registro digital: 232197, Séptima Época, Materias: Constitucional y Administrativa, *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 199-204, Primera Parte, p. 144, Jurisprudencia.

Dicha igualdad se traduce en un tratamiento idéntico ante una igualdad de hipótesis de causación, acumulación de ingresos gravables, deducciones permitidas, plazos de pago, debiendo variar únicamente las tarifas tributarias de acuerdo a la capacidad económica de cada contribuyente.⁸⁴

El principio de equidad tributaria impone, por un lado, una obligación a los poderes públicos para que traten igual a los que se encuentren en la misma situación sin privilegio ni favor; y por otro, busca evitar la desigualdad jurídica que se da cuando existen normas cuya aplicación causa una ruptura en la igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones analógicas.⁸⁵

Dentro de los poderes públicos obligados a seguir este principio de equidad tributaria, es fundamental la obligación que recae sobre el legislador, toda vez que debe procurar que en las leyes tributarias se proteja que los contribuyentes bajo la misma hipótesis de causación guarden una igualdad frente a la norma, igualdad que implica el tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, creando entonces categorías o clasificaciones para los contribuyentes. Estas categorías no pueden ser caprichosas ni arbitrarias, y deben de estar siempre sustentadas en bases objetivas que justifiquen el tratamiento diferente entre las clasificaciones.⁸⁶

Ahora bien, el principio de equidad no implica que los sujetos se encuentren en una situación absoluta de igualdad, sino que deben de estar una situación de hecho similar, para ello también los precedentes judiciales han establecido una serie de elementos para delimitar el principio de equidad tributaria:

⁸⁴ "PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD TRIBUTARIAS ESTABLECIDAS EN EL ARTICULO 31, FRACCION IV, CONSTITUCIONAL.", Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Registro digital: 232309, Séptima Época, Materias: Constitucional, Administrativa, *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 187-192, Primera Parte, p. 113, Jurisprudencia.

⁸⁵ "EQUIDAD TRIBUTARIA. IMPLICA QUE LAS NORMAS NO DEN UN TRATO DIVERSO A SITUACIONES ANÁLOGAS O UNO IGUAL A PERSONAS QUE ESTÁN EN SITUACIONES DISPARES.", Tesis: P./J. 42/97, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Registro digital: 198402, Novena Época, Materias: Administrativa y Constitucional, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo V, junio de 1997, p. 36, Jurisprudencia.

⁸⁶ "IMPUESTOS. PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA PREVISTO POR EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL.", Tesis: P./J. 24/2000, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Registro digital: 192290, Novena Época, Materias: Constitucional y Administrativa, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XI, marzo de 2000, p. 35, Jurisprudencia.

a) no toda desigualdad de trato por la ley supone una violación al artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino que dicha violación se configura únicamente si aquella desigualdad produce distinción entre situaciones tributarias que pueden considerarse iguales sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable;

b) a iguales supuestos de hecho deben corresponder idénticas consecuencias jurídicas;

c) no se prohíbe al legislador contemplar la desigualdad de trato, sino sólo en los casos en que resulta artificiosa o injustificada la distinción; y

d) para que la diferenciación tributaria resulte acorde con las garantías de igualdad, las consecuencias jurídicas que resultan de la ley, deben ser adecuadas y proporcionadas, para conseguir el trato equitativo, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador, superen un juicio de equilibrio en sede constitucional.⁸⁷

En consecuencia, el principio de equidad tributaria no implica que toda distinción normativa sea inconstitucional. La violación solo se configura cuando la norma fiscal establece un trato diferenciado entre contribuyentes que se encuentra en situaciones equivalentes, sin una justificación objetiva y razonable. Por ello, la equidad tributaria prohíbe únicamente aquellas diferenciaciones que carecen de fundamento y rompen el equilibrio entre la norma, el fin que persigue y los efectos que produce.

2. Amparo directo en revisión 5102/2021

En la sesión pública ordinaria de la, ahora extinta, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación celebrada el miércoles 29 de junio de 2022 fue aprobado el amparo directo en revisión 5102/2021. Mismo que se promovió el primero de septiembre de 2021 en contra de la sentencia del amparo directo 65/2021.

Los hechos previos del caso fueron los siguientes: el recurrente, persona física, con el carácter reconocido por la asamblea como avecinado del núcleo agrario y posesionario irregular de dos parcelas; celebró en 1998 diversos contratos de enajenación de derechos y el RAN le expidió los certificados

⁸⁷ “EQUIDAD TRIBUTARIA. SUS ELEMENTOS.”, Tesis P./J. 41/97, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Registro digital: 198403, Novena Época, Materias: Administrativa y Constitucional, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo V, junio de 1997, p. 43, Jurisprudencia.

correspondientes. En 1999 adquirió el dominio pleno de las parcelas y las vendió el 25 de octubre de 2013. El 19 de junio de 2019, fruto de una revisión, la autoridad fiscal determinó al quejoso un crédito fiscal por concepto de la omisión del pago ISR por esa operación, más las actualizaciones, multas y recargos correspondientes.⁸⁸

El caso fue presentado ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA), el recurrente aducía, entre otras cosas, que le era aplicable la exención de pago del ISR que disponía el artículo 109, fracción XXV⁸⁹, de la Ley del ISR⁹⁰ y el art. 132 de su Reglamento. Ante esto el TFJA consideró parcialmente fundados pero insuficientes los argumentos hechos valer.⁹¹ Aduciendo entre otras cosas, que el recurrente no se encontraba en ninguno de los supuesto de exención de la norma y ratificó el crédito fiscal⁹², esto ya que para efectos de las disposiciones de cargas y excepciones fiscales son de aplicación estricta.⁹³

El recurrente promovió demanda de amparo directo contra la resolución del TFJA reclamando la inconstitucionalidad del artículo mencionado de la Ley del ISR y el artículo correspondiente de su Reglamento por contravenir los derechos fundamentales de igualdad, de proporcionalidad legislativa y de equidad tributaria. Esto ya que argumentaba que la norma solo concede el beneficio de la exención a ejidatarios y comuneros sin que permita que otros sujetos agrarios, como avecindados y posesionarios accedan al beneficio.⁹⁴ El tribunal colegiado negó el amparo por las mismas

⁸⁸ Proyecto de sentencia del Amparo Directo en Revisión 5102/2021, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, Cotejó: Secretario de estudio y cuenta: Jorge Jiménez, Colaboró: Marisol Bernal Hernández. p. 1-2.

⁸⁹ El artículo 109 de dicha ley sostenía lo siguiente: “Artículo 109. No se pagará el impuesto sobre la renta por la obtención de los siguientes ingresos: (...) XXV. Los que deriven de la enajenación de derechos parcelarios, de las parcelas sobre las que hubiera adoptado el dominio pleno o de los derechos comuneros, siempre y cuando sea la primera transmisión que se efectúe por los ejidatarios o comuneros y la misma se realice en los términos de la legislación de la materia.”

⁹⁰ Ley del Impuesto Sobre la Renta, publicada en el DOF el 1 de enero de 2002, abrogada a partir del 1 de enero de 2014 por Decreto DOF 11-12-2013.

⁹¹ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 5102/2021, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, Encargada del engrose: Ministra Yasmín Esquivel Mossa, 29 de junio de 2022; p. 3-4.

⁹² Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 5102/2021, Op. cit. ¶ 3

⁹³ Artículo 50 del Código Fiscal de la Federación.

⁹⁴ Ídem. ¶ 4.

consideraciones que expuso el TFJA y ante ello se interpuso el recurso de revisión.⁹⁵

En dicho recurso de revisión la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinaría si los artículos 109, fracción XXV, de la Ley del ISR y 132 de su Reglamento, transgredían el principio de equidad tributaria al excluir a los avecindados y posesionarios agrarios de la exención del pago del impuesto sobre la renta que prevén dichos preceptos.

Al resolver el asunto, la Segunda Sala reconoció que, si bien el régimen agrario distingue entre ejidatarios y avecindados, estos sujetos agrarios *"se encuentran en una situación jurídicamente equiparable porque si la legislación agraria reconoce que éstos últimos gozan de obligaciones, prerrogativas y derechos agrarios homólogos, consecuentemente la Ley del del Impuesto sobre la Renta no tendría por qué hacer una distinción diversa"*.⁹⁶

A partir de un análisis histórico de las leyes del ISR la Segunda Sala estimó que el legislador al adicionar al comunero y excluir a los demás sujetos agrarios a la exención planteada *"no se advierte que el legislador persiga una finalidad proporcional, sino al contrario es desproporcionada"*⁹⁷, por lo que la finalidad perseguida por la ley no es objetiva o admisible.⁹⁸

En este sentido, la Sala privilegió un análisis atendiendo a los derechos de los sujetos agrarios sobre la parcela y a la naturaleza de la operación gravada. En consecuencia, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación concedió el amparo al quejoso⁹⁹ al estimar que la exclusión a la exención del ISR resultaba incompatible con el principio de equidad tributaria, al establecer una distinción carente de justificación objetiva y razonable frente a sujetos en una situación equivalente.

VII] Análisis de la violación al principio de equidad tributaria

Una vez realizado el análisis previo tanto de la materia agraria como del contenido constitucional del principio de equidad tributaria. Corresponde ahora analizar la violación al principio de equidad tributaria que implica el que los posesionarios no gocen

⁹⁵ Ídem. ¶ 6.

⁹⁶ Ídem ¶ 72.

⁹⁷ Ídem ¶ 82.

⁹⁸ Ídem ¶ 83.

⁹⁹ Ídem ¶ 99.

del beneficio fiscal previsto en el art. 93, fracción XXVIII de la Ley del ISR.

En primer término, en párrafos anteriores describimos que para que exista una violación al principio de equidad tributaria se requería la existencia de cuatro elementos: a) Que la desigualdad produzca distinción entre situaciones tributarias que pueden considerarse iguales, sin justificación objetiva y razonable; b) a iguales supuestos de hecho deben haber idénticas consecuencias jurídicas; c) la desigualdad que haga el legislador no puede ser artificiosa o injustificada; y d) las consecuencias jurídicas que resulten deben ser adecuadas y proporcionadas para conseguir el trato equitativo, de manera que el resultado que produce y el fin pretendido superen un juicio de equilibrio en sede constitucional.¹⁰⁰

Ahora bien, una vez identificados los elementos que ha marcado la jurisprudencia, pasemos al análisis de los sujetos: el ejidatario y el posesionario. Anteriormente se describieron los derechos que poseen ambos sujetos agrarios individuales¹⁰¹, siendo evidente que el ejidatario cuenta con mayores derechos que el posesionario.

En efecto, el ejidatario posee derechos más amplios dentro del núcleo agrario, sin embargo, en cuanto a derechos parcelarios, ambos cuentan con casi los mismos derechos¹⁰²; teniendo ambos el derecho al usufructo parcelario, recibir certificado parcelario, defender sus derechos parcelarios en asamblea, y solicitar el dominio pleno sobre las mismas, entre otros.

En este sentido y pasando a su estudio, las diferencias entre ejidatarios y poseedores responde a una categoría propia del

¹⁰⁰ "EQUIDAD TRIBUTARIA. SUS ELEMENTOS." *Op. cit.*

¹⁰¹ *Vid. supra.* II. Sujetos Agrarios Individuales.

¹⁰² Objetivamente el único derecho parcelario que está abierto a discusión es el derecho del poseedor a suceder sus parcelas, esto debido a un choque de criterios judiciales. *Vid.* "SUCESIÓN EN MATERIA AGRARIA. SÓLO COMPRENDE LOS DERECHOS AGRARIOS DE LOS EJIDATARIOS Y NO LA POSESIÓN QUE EJERCEN QUIENES NO TIENEN ESE CARÁCTER." Tesis 2a./J. 159/2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Registro digital: 176109, Novena Época, Materias: Administrativa, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIII, enero de 2006, p. 1200, Jurisprudencia. *Vid.* "SUCESIÓN EN MATERIA AGRARIA. COMPRENDE LOS DERECHOS AGRARIOS DE LOS POSESIONARIOS REGULARES (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 18 DE LA LEY AGRARIA)." 2a. XI/2021 (10a.), Segunda Sala, Registro digital: 2023883, Undécima Época, Materia: Administrativa, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 7, Noviembre de 2021, Tomo II, p. 2073, Tesis Aislada.

derecho agrario y recae en derechos internos de los núcleos agrarios, pero en cuanto a los derechos patrimoniales que poseen y las actividades que pueden realizar en su parcela, ambos producen los mismos efectos fiscales, por lo que pueden considerarse en una igual situación tributaria, sin que la diferencia de derechos dentro del núcleo agrario puedan ser considerados una justificación objetiva y razonable, puesto que estos derechos agrarios no implican efectos fiscales directos.

Para estos efectos considero importante transcribir parte de la Jurisprudencia "SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA AGRARIA. PROCEDE A FAVOR DE LOS POSESIONARIOS DE TIERRAS EJIDALES [ARTÍCULO 79, FRACCIÓN IV, INCISO B), DE LA LEY DE AMPARO]"¹⁰³ emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la cual se extendió la suplencia de la queja a los posesionarios justificándose en que *"resultaría discriminatorio y contrario al principio de igualdad que la legislación agraria les reconociera derechos y, pese a ello, no contarán con las mismas garantías que para su protección gozan los demás sujetos cuya condición jurídica es regulada por diversos ordenamientos de la materia con un sentido tutelar."*¹⁰⁴

Esta distinción que realizó la Segunda Sala lo hizo en virtud de que los posesionarios son sujetos agrarios reconocidos plenamente en la ley con derechos en función a su posesión sobre tierras ejidales. Por tanto, en virtud de esta misma jurisprudencia podemos extender este criterio de protección también a la materia fiscal.

No perdamos de vista que en el caso en concreto, ambos sujetos agrarios realizan el mismo hecho generador del impuesto cuando enajenan una parcela sobre la que han adquirido dominio pleno, sin embargo, el ejidatario si se encuentra exento del pago del impuesto y el posesionario no.

La desigualdad que el legislador tributario realiza es injustamente omisiva porque se basa exclusivamente en una omisión o pereza del legislador agrario, de no regular adecuadamente al posesionario, sin atender a la realidad de la titularidad de las parcelas del campo mexicano. La desigualdad ignora la situación económica y jurídica del hecho gravado, puesto que en ambos casos la enajenación de una parcela con dominio

¹⁰³ SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA AGRARIA. PROCEDE A FAVOR DE LOS POSESIONARIOS DE TIERRAS EJIDALES [ARTÍCULO 79, FRACCIÓN IV, INCISO B), DE LA LEY DE AMPARO]. *Op. cit.*

¹⁰⁴ *Ídem.*

pleno, generan el mismo ingreso acumulable de sujetos agrarios en una situación equiparable.

Las consecuencias jurídicas de esta diferenciación no son adecuadas ni equitativas entre ambos sujetos agrarios, pues el resultado práctico opera en perjuicio del posesionario, aun cuando puede presumirse que éste se encuentra en condiciones económicas y sociales similares a la del ejidatario. Esta equivalencia se advierte al tratarse de individuos análogos dentro de la materia agraria y dentro de su actividad productiva, por lo que no existe una diferencia sustantiva que justifique el trato fiscal dispar. Además, el legislador reconoció la situación de vulnerabilidad económica y social de ejidatarios y comuneros al otorgar la exención¹⁰⁵, razón por la cual excluir a los poseedores rompe el equilibrio que exige el principio de equidad tributaria.

Con base a lo anterior y tomando en cuenta la decisión de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo Directo en Revisión 5102/2021, puede concluirse que la fracción XXVIII del artículo 93 de la Ley del ISR establece un trato fiscal distinto para sujetos en situaciones análogas, sin que exista una fundamentación objetiva y razonable que justifique la diferencia. Por lo tanto, la norma al otorgar un beneficio fiscal ante la primera enajenación de una parcela con dominio pleno únicamente a ejidatarios y comuneros, aun cuando la operación gravada es la misma que puede realizar un poseedor, implica una desigualdad fiscal injustificada y contraria al artículo 31, fracción IV, de la Constitución.

VIII] Conclusiones

El marco jurídico agrario reconoce que los ejidatarios, comuneros y poseedores regulares son sujetos agrarios individuales que pueden tener la titularidad de una parcela y les reconoce derechos parcelarios similares. Entre estos derechos, se reconoce a los tres la capacidad de adoptar el dominio pleno de sus parcelas una vez realizados los requisitos que marca la Ley Agraria, desincorporando así esa propiedad del régimen agrario.

Sin embargo, la Ley del ISR solamente les concede una exención de pago de ISR a ejidatarios y comuneros sobre la primera enajenación de la parcela sobre la que hayan adquirido el dominio pleno, dejando fuera del beneficio a los poseedores, a pesar de que el hecho generador del impuesto es el mismo y los sujetos se encuentran en una situación análoga cuya diferenciación no se

¹⁰⁵ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 5102/2021. *Op. cit.* ¶ 74-81

encuentra fundamentada en razones de peso que justifiquen el trato desigual, sino que únicamente el legislador fiscal se escuda en una negligencia por omisión del legislador agrario.

Por ello, la exclusión del posesionario de la exención del pago de ISR por la primera enajenación de la parcela sobre la que haya adquirido dominio pleno, previsto en el art. 93, fracción XXVIII de la Ley del ISR, transgrede el principio de equidad tributaria presente en el art. 31, fracción IV, constitucional. Por tanto, resulta necesario extender el beneficio fiscal de dicha fracción a los poseedores para garantizar un trato equitativo a todos los sujetos agrarios individuales que se encuentran en condiciones equivalentes.

Bibliografía

BAILÓN CABRERA, Lorenzo; *El Notario y los Impuestos Federales de la Compra-venta*; Colegio de Notarios del Estado de Jalisco y Coordinación de Posgrado en Derecho del CUCSH de la Universidad de Guadalajara; México; 2008. Consultado en internet en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2964/3.pdf> el 21 de marzo de 2026.

BRAÑA VARELA, Josefina, MARTÍNEZ CRUZ, Adán L.; "El PROCEDE y su impacto en la toma de decisiones sobre los recursos de uso común"; *Gaceta Ecológica*; Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales; México; 2005; No. 75 abril-junio. Consultado en internet en <https://www.redalyc.org/pdf/539/53907503.pdf> el 28 de noviembre de 2025.

BROTT DURÁN, Michelle Lorena; *Factores que posicionan a México como el menor recaudador tributario comparado con países de la OCDE*; Tesis para obtener el grado de Maestra; México; 2020. Consultado en internet en: <https://scripta.up.edu.mx/server/api/core/bitstreams/7e8a1299-f715-412c-93ff-2e7c778cb1c8/content> el 20 de marzo de 2026.

CARRASCO IRIARTE, Hugo; *Derecho Fiscal I*; 7ª Ed.; IURE Editores; México; 2017.

IBARRA TORRES, Juan Carlos et LOZA, Juan Carlos; "El Marlos Legal y Fiscal Relacionado con la Enajenación de Bienes Inmuebles por Parte de una Persona Física"; *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*; México; Noviembre-Diciembre; 2025: Volumen 9; Número 6.

Ley Agraria, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de febrero de 1992.

Ley del Impuesto Sobre la Renta, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de diciembre de 2013.

Ley del Impuesto Sobre la Renta, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de enero de 2002, abrogada a partir del 1 de enero de 2014 por Decreto Diario Oficial de la Federación 11-12-2013.

Ley del Impuesto al Valor Agregado, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1978.

Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de noviembre de 2016.

MARTÍNEZ GUERRA, Diana Laura; *La Problemática del Sujeto Agrario Posesionario y la Sucesión en Materia Agraria. Un Caso de Desigualdad Jurídica*; Tesis para obtener el grado de Licenciatura; México; 2020.

MELGAR MANZANILLA, Pastora; "Mecánica del Impuesto al Valor Agregado"; *Unidad de apoyo para el aprendizaje*; 2018; CUAED/FES Acatlán-UNAM. Consultado en https://repositorio-uapa.cuaed.unam.mx/repositorio/moodle/pluginfile.php/2841/mod_resource/content/1/UAPA-Mecanica-Impuesto-Valor-Agregado/index.html el 21 de marzo de 2026.

Procuraduría Agraria; [s.t.]; [página web sin fecha]; México. Consultado en internet en <https://www.pa.gob.mx/publica/pa07ga.htm> el 8 de diciembre de 2025.

Programa Sectorial de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano 2025-2030. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1 de septiembre de 2025. Reglamento Interior del Registro Agrario Nacional, publicado en el DOF el 17 de enero de 2024.

Registro Agrario Nacional; *Adopción del dominio pleno*; consultado en internet en: <http://www.ran.gob.mx/ran/dgaj/Normateca/Documentos/Circulares/Actualizadas/DJ-RAN-I-15.pdf> el 8 de diciembre de 2025.

Registro Agrario Nacional; *Perdida de la calidad de ejidatario*; consultado en internet: <http://www.ran.gob.mx/ran/dgaj/Normateca/Documentos/Circulares/Actualizadas/CAPITULO%20III/DJ-RAN-III-11-2010.pdf> el 22 de enero de 2026.

Registro Agrario Nacional; *Reconocimiento de posesionarios*; consultado en internet en: <http://www.ran.gob.mx/ran/dgaj/Normateca/Documentos/Circulares/Anteriores/Derechos%20individuales/Reconocimiento%20de%20posesionarios/Circular%20DGRAJ-1.3.1.7-1.pdf> el 8 de diciembre de 2025.

RIVERA RODRÍGUEZ, Isaías; *Derecho Agrario Integral*; 2ª Ed.; Editorial Porrúa; México; 2014.

RIVERA RODRÍGUEZ, Isaías; *El Nuevo Derecho Agrario Mexicano*; McGraw-Hill; México; 1994.

RIVERA RODRÍGUEZ, Isaías, MARTÍNEZ GUERRA, Diana Laura; "El posesionario agrario: un caso de desigualdad jurídica"; *Revista Perspectiva Jurídica UP*; Facultad de Derecho, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara; México; 2021; Número 16.

RODRÍGUEZ MEJIA, Gregorio; "Las exenciones de impuestos"; *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*; México; Enero-Abril; 1999; Número 94; consultado en internet: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3578/4303> el 21 de marzo de 2026.

ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Derecho Civil Mexicano*; Tomo Tercero: Bienes, Derechos Reales y Posesión; 6ª Ed.; Editorial Porrúa ; México; 1985 [s.a.]; "*Enciclopedia Jurídica Mexicana*"; 2ª ed.; Editorial Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; México; 2004.

Sentencias:

Proyecto de sentencia del Amparo Directo en Revisión 5102/2021, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, Cotejó: Secretario de estudio y cuenta: Jorge Jiménez, Colaboró: Marisol Bernal Hernández.

Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 5102/2021, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, Encargada del engrose: Ministra Yasmín Esquivel Mossa, 29 de junio de 2022.

Jurisprudencia:

"ACCIÓN REIVINDICATORIA EN MATERIA AGRARIA. EL POSESIONARIO REGULAR CON CERTIFICADO PARCELARIO ESTÁ LEGITIMADO PARA EJERCERLA.", Tesis XVI.1o.A.138 A (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, Registro digital: 2015254, Décima Época, Materia Administrativa, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 47, Octubre de 2017, Tomo IV, p. 2397, Tesis Aislada.

"DEMANDA DE AMPARO EN MATERIA AGRARIA. LOS POSESIONARIOS DE TIERRAS EJIDALES CUENTAN CON UN PLAZO DE SIETE AÑOS PARA PRESENTAR SU DEMANDA DE AMPARO, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 17, FRACCIÓN III, DE LA LEY DE AMPARO." 2a./J. 16/2024 (11a.), Segunda Sala, Registro digital: 2028462, Undécima Época, Materias: Común, Administrativa, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 35, Marzo de 2024, Tomo IV, p. 3898, Jurisprudencia.

"EQUIDAD TRIBUTARIA. IMPLICA QUE LAS NORMAS NO DEN UN TRATO DIVERSO A SITUACIONES ANÁLOGAS O UNO IGUAL A PERSONAS QUE ESTÁN EN SITUACIONES DISPARES.", Tesis: P./J. 42/97, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Registro digital: 198402, Novena Época, Materias: Administrativa y Constitucional, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo V, junio de 1997, p. 36, Jurisprudencia.

"EQUIDAD TRIBUTARIA. SUS ELEMENTOS.", Tesis P./J. 41/97, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Registro digital: 198403, Novena Época, Materias: Administrativa y Constitucional, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo V, junio de 1997, p. 43, Jurisprudencia.

"IMPUESTOS. PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA PREVISTO POR EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL.", Tesis: P./J. 24/2000, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Registro digital: 192290, Novena Época, Materias: Constitucional y Administrativa, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XI, marzo de 2000, p. 35, Jurisprudencia.

"IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD DE LOS.", Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Registro digital: 232197, Séptima

Época, Materias: Constitucional y Administrativa, *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 199-204, Primera Parte, p. 144, Jurisprudencia.

"NULIDAD DE LA ASAMBLEA DE ASIGNACIÓN DE TIERRAS. EL PLAZO DE 90 DÍAS PARA HACER VALER LA ACCIÓN RELATIVA POR EJIDATARIOS O POSESIONARIOS REGULARES, CORRE A PARTIR DE QUE ÉSTOS TUVIERON CONOCIMIENTO DE AQUÉLLA O DE SUS ACUERDOS, SI NO EXISTE CONSTANCIA EN AUTOS DE SU LEGAL CONVOCATORIA." XVI.1o.A.134 A (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, Registro digital: 2015002, Décima Época, Materia: Administrativa, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 45, Agosto de 2017, Tomo IV, p. 2969, Tesis Aislada.

"NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA DE EJIDATARIOS SOBRE ASIGNACIÓN DE TIERRAS. EL PLAZO DE NOVENTA DÍAS A QUE ALUDE EL ARTÍCULO 61 DE LA LEY AGRARIA PARA SOLICITARLA, TRATÁNDOSE DE UN POSESIONARIO IRREGULAR DEMANDADO EN UN JUICIO REIVINDICATORIO, DEBE COMPUTARSE A PARTIR DE QUE TUVO CONOCIMIENTO O SE IMPUSO DEL CONTENIDO DEL TÍTULO DE PROPIEDAD EN QUE SE FUNDÓ LA ACCIÓN.", Tesis II.1o.1 A (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, Registro digital: 2007436, Décima Época, Materia Administrativa, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III, p. 2504, Tesis Aislada.

"PRESCRIPCIÓN EN MATERIA AGRARIA. EL POSESIONARIO IRREGULAR PUEDE EJERCER LA ACCIÓN RELATIVA COMO TITULAR DE DERECHOS DE EJIDATARIO.", Tesis XXIV.17 A, Tribunales Colegiados de Circuito, Registro digital: 175269, Novena Época, Materia: Administrativa, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXIII, Abril de 2006, p. 1096, Tesis Aislada.

"PRESCRIPCIÓN POSITIVA EN MATERIA AGRARIA. NO TIENE COMO CONSECUENCIA DIRECTA EL RECONOCIMIENTO DE LA CALIDAD DE EJIDATARIO DEL POSEEDOR.", Tesis; 2ª./J. 65/2013 (10ª), Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Registro digital: 2003879, Décima Época, Materias: Administrativa, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 1, página 1032, Jurisprudencia.

"PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD TRIBUTARIAS ESTABLECIDAS EN EL ARTICULO 31, FRACCION IV, CONSTITUCIONAL.", Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Registro digital: 232309, Séptima Época, Materias: Constitucional, Administrativa, *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen 187-192, Primera Parte, p. 113, Jurisprudencia.

"SUCESIÓN EN MATERIA AGRARIA. COMPRENDE LOS DERECHOS AGRARIOS DE LOS POSESIONARIOS REGULARES (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 18 DE LA LEY AGRARIA)." 2a. XI/2021 (10a.), Segunda Sala, Registro digital: 2023883, Undécima Época, Materia: Administrativa, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 7, Noviembre de 2021, Tomo II, p. 2073, Tesis Aislada.

"SUCESIÓN EN MATERIA AGRARIA. SÓLO COMPRENDE LOS DERECHOS AGRARIOS DE LOS EJIDATARIOS Y NO LA POSESIÓN QUE EJERCEN QUIENES NO TIENEN ESE CARÁCTER." Tesis 2a./J. 159/2005,

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Registro digital: 176109, Novena Época, Materias: Administrativa, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIII, enero de 2006, p. 1200, Jurisprudencia.

"SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA AGRARIA. PROCEDE A FAVOR DE LOS POSESIONARIOS DE TIERRAS EJIDALES [ARTÍCULO 79, FRACCIÓN IV, INCISO B), DE LA LEY DE AMPARO].", 2a./J. 62/2024 (11a.), Segunda Sala, Registro digital: 2029287, Undécima Época, Materias: Común, Administrativa, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 40, Agosto de 2024, Tomo III, Volumen 1, p. 277, Jurisprudencia.

El sistema de doble convocatoria en asambleas de accionistas y su impacto en la certeza jurídica de los sujetos convocados

The system of double call in shareholders' meetings and its impact on the legal certainty of the summoned subjects

MIGUEL ÁNGEL ELIZONDO TERRAZAS¹

SUMARIO: I. Introducción; II. Naturaleza jurídica de las asambleas; III. Régimen legal aplicable a las convocatorias de accionistas; IV. Sistema de doble convocatoria; V. Análisis jurisprudencial; VI. Crítica; VII. Conclusiones.

SUMMARY: I. Introduction; II. Legal nature of shareholder meetings; III. Legal regime applicable to shareholder meetings; IV. Double-call system; V. Case law analysis; VI. Critique; VII. Conclusions.

Resumen. El presente trabajo de investigación tiene por objeto el esclarecimiento del criterio establecido en la Tesis: 1a./J. 78/2025 (11a.). En este criterio la extinta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señaló que en aquellas ocasiones en las que la segunda convocatoria para la asamblea general de accionistas de sociedades anónimas conste en la misma publicación que en la primera convocatoria, no conlleva una afectación a la certeza jurídica de los accionistas. De esta forma, la controversia que da origen al presente escrito, surge de la facultad de anticipar en un solo acto un evento cuya materialización resulta ser de realización futura e incierta, toda vez que, la celebración de la segunda convocatoria está sujeta a la celebración de la primera convocatoria de asamblea de accionistas.

Palabras clave: Sistema de doble convocatoria, asamblea general de accionistas, certeza jurídica.

¹ Alumno de sexto semestre de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Panamericana Campus Guadalajara. Miembro de Club de Investigación en 2024.

Abstract. *This article aims to clarify the criterion established in Thesis 1a./J. 78/2025 (11a.), through which the now-defunct First Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation determined that the fact that the second call to the general shareholders' meeting of corporations appears in the same publication as the first call does not entail an affectation to the legal certainty of the shareholders. However, the controversy giving rise to this written work emerges from the questionable faculty of anticipating, in a single act, an event whose materialization is of a future and uncertain nature, given that the holding of the second call is subject to the holding of the first call to the shareholders' meeting.*

Keywords: Double call system; general shareholders' meeting; legal certainty.

I] Introducción

La correcta emisión de la convocatoria a una Asamblea General de Accionistas de una Sociedad Anónima, constituye un elemento de validez para la celebración de la misma. En este sentido la propia Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) prevé, en primer término, quiénes se encuentran facultados para convocar. Como regla general, el artículo 183 de la LGSM², dispone que la convocatoria deberá hacerse por el Administrador, el Consejo de Administración o en su caso, por los Comisarios. Como primera excepción, el artículo 184 de la ley citada³, establece que los accionistas que representen, por lo menos, el treinta y tres por ciento del capital social podrán solicitar por escrito, en cualquier momento, que se convoque a una Asamblea General de Accionistas para tratar los asuntos que indiquen en su petición, y si los órganos sociales se rehúsan a hacerlo o no lo hacen dentro del término de quince días desde que hayan recibido la solicitud, la convocatoria podrá ser realizada por la autoridad judicial del domicilio de la sociedad. Y como segunda excepción, conforme al artículo 185 del propio ordenamiento⁴, el titular de una sola acción podrá solicitar la convocatoria cuando durante dos ejercicios consecutivos no se haya celebrado asamblea alguna o cuando las celebradas no se hayan ocupado de los asuntos señalados en el

² CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN (1934). Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM), artículo 183.

³ LGSM, art.184.

⁴ LGSM, art. 185.

artículo 181 de dicha ley⁵. De esta manera, la legitimación para convocar no queda al arbitrio de la sociedad, sino que se encuentra expresamente delimitada por la ley aplicable.

Aunado a lo anterior, la LGSM, establece la forma en que la convocatoria debe ser publicada y el contenido mínimo que debe reunir. Así, el artículo 186 de la LGSM⁶ dispone que la convocatoria para las Asambleas Generales deberá hacerse mediante la publicación de un aviso en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía, con la anticipación que fijen los estatutos o, en su defecto, quince días antes de la fecha señalada para la reunión. Por otro lado, tratándose de la asamblea que haya de conocer del informe financiero a que se refieren los artículos 172 y 173 de la LGSM⁷, dicho informe deberá quedar terminado y ponerse a disposición de los accionistas por lo menos quince días antes de la fecha de la asamblea.

Conforme al artículo 187⁸ de la LGSM la convocatoria deberá contener la Orden del Día y estar firmada por quien la haga. En el mismo sentido, el autor Roberto Mantilla, en su obra denominada *Derecho Mercantil*⁹, sostiene que en la convocatoria debe insertarse la enumeración de los asuntos que habrán de someterse a la asamblea, de modo que ésta sólo pueda resolver válidamente sobre los temas expresamente comprendidos en el orden del día, y añade que la propia convocatoria debe señalar también el lugar de la reunión.

Otro elemento de validez de la asamblea es el lugar de su celebración, pues el artículo 179 de la LGSM¹⁰ dispone que las Asambleas Generales de Accionistas, sean ordinarias o extraordinarias, deberán reunirse en el domicilio social y que, sin este requisito, serán nulas, salvo caso fortuito o de fuerza mayor. En consecuencia, no basta con que exista convocatoria formal, sino que además la reunión del órgano deliberativo debe llevarse a cabo en el lugar previsto por la normatividad aplicable, ya que de lo contrario la propia ley sanciona con nulidad la celebración de la asamblea.

En ese mismo orden de ideas, el perfeccionamiento de la asamblea también depende de la satisfacción del quórum de integración y de las mayorías de votación correspondientes. Así, el

⁵ LGSM, art. 181.

⁶ LGSM, art. 186.

⁷ LGSM, art. 172 y 173.

⁸ LGSM, art. 187.

⁹ MANTILLA, Roberto, *Derecho Mercantil*, 26ª ed, Porrúa, México, 1946.

¹⁰ LGSM, art. 179.

artículo 189 de la LGSM¹¹ dispone que para que una asamblea Ordinaria se considere legalmente reunida deberá estar representada, por lo menos, la mitad del capital social, y que sus resoluciones sólo serán válidas cuando se tomen por mayoría de los votos presentes. Por su parte, el artículo 190 del ordenamiento referido¹² establece que, salvo que el contrato social fije una mayoría más elevada, en las asambleas Extraordinarias deberán estar representadas, por lo menos, las tres cuartas partes del capital social, y sus resoluciones se tomarán por el voto de las acciones que representen la mitad del capital social. Sobre este punto, el autor Roberto Mantilla, en su obra denominada *Derecho Mercantil*¹³, precisa que la asamblea ordinaria se instala válidamente con la presencia de accionistas que posean la mitad del capital social, mientras que la extraordinaria requiere la presencia de las tres cuartas partes del capital, lo que pone de relieve que la integración del órgano deliberativo constituye una condición indispensable para la eficacia de sus decisiones.

Ahora bien, la consecuencia de que tales requisitos se satisfagan correctamente, consiste en que la asamblea pueda considerarse legalmente reunida y, por ende, que sus resoluciones sean válidas y obligatorias para la vida social. Lo anterior encuentra sustento en el artículo 178 de la LGSM¹⁴, conforme al cual la Asamblea General de Accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Por lo que la Asamblea General puede acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta, y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe o, a falta de designación, por el Administrador o por el Consejo de Administración. El artículo 194 del ordenamiento¹⁵, dispone que las actas de las asambleas deberán asentarse en el libro respectivo y que a ellas se agregarán los documentos que justifiquen que las convocatorias se hicieron en los términos que la ley establece, lo cual robustece la certeza y regularidad documental de la reunión societaria.

Por el contrario, el incumplimiento de tales elementos produce consecuencias jurídicas expresas por la normatividad aplicable. En primer lugar, el artículo 188 de la LGSM¹⁶, prevé que toda resolución de la asamblea tomada con infracción de lo

¹¹ LGSM, art. 189.

¹² LGSM, art. 190.

¹³ MANTILLA, Roberto, *Derecho Mercantil*, 26ª ed, Porrúa, México, 1946.

¹⁴ LGSM, art. 178.

¹⁵ LGSM, art. 194.

¹⁶ LGSM, art. 188.

dispuesto en los artículos 186 y 187 de la LGSM¹⁷ será nula, salvo que en el momento de la votación haya estado representada la totalidad de las acciones. Por lo que, la omisión en la publicación legal de la convocatoria, la falta de orden del día o la ausencia de firma de quien la hace, no constituyen simples irregularidades formales, sino vicios que afectan directamente la validez de las resoluciones adoptadas.

En segundo lugar, si la asamblea no puede celebrarse por falta de quórum el día señalado para su reunión, el artículo 191 de la LGSM¹⁸, dispone que deberá hacerse una segunda convocatoria con expresión de esa circunstancia, resolviéndose entonces sobre los asuntos indicados en la Orden del Día. Incluso, en el caso de asambleas extraordinarias, dicho precepto exige que las decisiones se tomen siempre por el voto favorable del número de acciones que representen, por lo menos, la mitad del capital social. En armonía con ello, Roberto Mantilla¹⁹ señala que, si no se obtuviere el quórum para celebrar la asamblea, deberá expedirse una segunda convocatoria con expresión de esa circunstancia y con sujeción, en lo demás, a los requisitos de la primera.

Bajo esta tesitura, puede advertirse que la totalidad de requisitos previstos por la LGSM, tienen por finalidad asegurar que los sujetos convocados cuenten con el conocimiento previo para ejercer sus derechos de deliberación y voto. Sin embargo, el artículo 191 de la LGSM²⁰, ha dado lugar a la coexistencia de dos prácticas distintas, por un lado, aquellas sociedades que acostumbran a incluir la primera y la segunda convocatoria en una misma publicación; y, por otro, aquellas que optan por realizar ambas convocatorias en avisos diversos.

Así pues, es menester señalar que el artículo 191 de la LGSM se ha mantenido intocado desde su publicación el 4 de agosto de 1934, circunstancia que ha permitido que, en la práctica, coexistan diversas formas de entender el sistema de doble convocatoria. En efecto, el propio precepto dispone que, si la Asamblea no pudiere celebrarse el día señalado para su reunión, se hará una segunda convocatoria con expresión de esta circunstancia, y que en la junta se resolverá sobre los asuntos indicados en la Orden del Día, cualquiera que sea el número de acciones representadas. El problema que subyace al criterio de interpretación jurídica es si dicha segunda convocatoria necesariamente debe emitirse con

¹⁷ LGSM, art. 186 y 187.

¹⁸ LGSM, art. 191.

¹⁹ MANTILLA, *op. cit.*

²⁰ LGSM, art. 191.

posterioridad a la frustración de la primera, o si también puede constar, desde un inicio, en la misma publicación que la primera convocatoria.

Bajo esa tesitura, puede advertirse que el criterio sostenido por la extinta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación descansa, en esencia, en una interpretación sistemática del artículo 191 de la LGSM²¹, en tanto no aísla la expresión *con expresión de esta circunstancia*, sino que la entiende dentro del régimen general de las asambleas de accionistas previsto en los artículos 178 a 194 de la LGSM²², particularmente a la luz de la función que cumple la convocatoria como instrumento de información y certeza para los accionistas. Desde esa perspectiva, si lo jurídicamente relevante es que los socios conozcan con anticipación suficiente la fecha de la reunión, el orden del día y los escenarios bajo los cuales la asamblea podrá celebrarse, entonces la publicación conjunta de la primera y segunda convocatoria no generaría, por sí misma, una afectación a sus derechos, pues ambos llamamientos recaerían sobre los mismos asuntos previamente insertos en la Orden del Día. En otras palabras, dicha metodología privilegia una lectura integral del sistema societario por encima de una comprensión estrictamente literal de la redacción del precepto.

Sin embargo, el criterio que se sostiene en el presente artículo parte de una interpretación gramatical del artículo 191 de la LGSM²³, la cual se estima preferible en este punto concreto, toda vez que la literalidad de la norma es suficientemente expresiva al disponer, primero, que la asamblea no pudiere celebrarse el día señalado para su reunión y, después, que se hará una segunda convocatoria con expresión de esta circunstancia. De esta redacción se desprende que la segunda convocatoria no aparece configurada como un acto autónomo o simultáneo a la primera, sino como uno sucesivo y dependiente de un hecho previo, es decir, la imposibilidad de celebrar la reunión originalmente convocada.

Ahora bien, lo anterior no implica desconocer que el artículo 191 admite, en la práctica, dos posturas. La primera, que es la acogida por la Suprema Corte, permite que la primera y la segunda convocatoria consten en una misma publicación, bajo la premisa de que la ley no contiene una prohibición expresa en ese sentido. La segunda, que es la que se sostiene por medio del presente artículo,

²¹ *Ídem*

²² LGSM, arts. 178 a 194.

²³ LGSM, art.191.

entiende que la segunda convocatoria sólo puede emitirse una vez verificada la circunstancia que la justifica.

No obstante, el hecho de que ambas posturas puedan formularse no conduce, necesariamente, a que deban estimarse igualmente correctas. A juicio de este artículo, el criterio jurisprudencial resulta cuestionable, toda vez que, al privilegiar una interpretación sistemática y funcional, tiene por consecuencia debilitar la letra estricta referida en la normatividad aplicable, permitiendo anticipar en una sola publicación un acto cuya procedencia depende, de la actualización de un hecho futuro e incierto. En contraste, la interpretación gramatical conserva una mayor fidelidad al tenor del artículo 191 de la LGSM²⁴, pues entiende que la *circunstancia* cuya expresión exige la ley es, justamente, la no celebración de la primera asamblea, y que sólo una vez acontecido ese supuesto puede tener lugar válidamente el segundo llamamiento. En esa medida, aunque la coexistencia de dos posturas interpretativas deba admitirse, la que exige una segunda convocatoria posterior a la frustración de la primera se encuentra, a criterio del presente artículo, más apegada al texto normativo y ofrece una tutela más consistente de la certeza jurídica de los accionistas.

II] Naturaleza jurídica de las asambleas

Previo al análisis relativo al criterio objeto del presente artículo, resulta necesario establecer la naturaleza jurídica de las asambleas en una Sociedad Anónima. Así pues, con base en lo establecido por el autor Carlos Malagarriega en su obra *Apuntes de Derecho Comercial*²⁵, la asamblea no constituye cualquier reunión de accionistas, aunque concurren todos ellos, sino aquella que se realiza, con un determinado quórum, previa convocatoria en forma y tienen por finalidad tratar exclusivamente los asuntos comprendidos en el orden del día. Ahora bien, como fue mencionado anteriormente, desde una perspectiva basada en la LGSM²⁶, La Asamblea General de Accionistas es el órgano supremo de la sociedad, mismo que se encuentra facultado para acordar y ratificar todos los actos de esta.

²⁴ LGSM, art. 191.

²⁵ MALAGARRIEGA, Carlos, *Apuntes de Derecho Comercial*, 2ª ed, Talleres Gráficos de L.J. Rosso y Cía., Buenos Aires, Argentina, 1916.

²⁶ LGSM, art. 178.

1. Tipos de asambleas

El artículo 179²⁷ dispone que las Asambleas Generales de Accionistas serán ordinarias y extraordinarias, del cual se desprende que distingue dos clases de asambleas generales; asimismo, el artículo 195²⁸ prevé la existencia de asambleas especiales cuando existan diversas categorías de accionistas y alguna proposición pueda perjudicar los derechos de una de ellas. Bajo este orden de ideas, la diferencia entre asambleas ordinarias y extraordinarias no depende del momento en que se celebren, sino de los asuntos de los que conocen y de los requisitos para su válida instalación y votación.

Conforme al artículo 180²⁹, son ordinarias las que se reúnen con el objeto de tratar cualquier asunto exento de los enumerados en el artículo 182³⁰; por su parte, el artículo 181³¹ establece que la Asamblea Ordinaria deberá reunirse por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses siguientes a la clausura del ejercicio social y ocuparse, además de los asuntos del orden del día, de discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores, nombrar al Administrador o Consejo de Administración y a los Comisarios y determinar sus emolumentos cuando no hayan sido fijados en los estatutos. En cambio, el artículo 182³² dispone que serán extraordinarias las asambleas que se reúnan con el objeto de tratar cuestiones relativas a la prórroga de la duración de la sociedad, su disolución anticipada, el aumento o reducción del capital social, el cambio de objeto o de nacionalidad, la transformación, la fusión, la emisión de acciones privilegiadas, la amortización de acciones y emisión de acciones de goce, la emisión de bonos y cualquier otra modificación del contrato social. De esta manera, el propósito de la Asamblea General de Accionistas, conforme a la normativa aplicable, consiste en el ser el cauce por medio del cual la sociedad acuerda y ratifica sus actos y operaciones, ya sea para atender la marcha ordinaria de la sociedad o para resolver decisiones extraordinarias que inciden en su estructura.

²⁷ LGSM, art. 179.

²⁸ LGSM, art. 195.

²⁹ LGSM, art. 180.

³⁰ LGSM, art. 182.

³¹ LGSM, art. 181.

³² LGSM, art. 182.

2. Accionistas

El artículo 87 de la LGSM³³ establece que la Sociedad Anónima se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones. El artículo 111³⁴, dispone que las acciones en que se divide el capital social estarán representadas por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio. En relación a ello, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución Amparo Directo en Revisión 1426/2020³⁵, señaló que los accionistas, aun cuando integran el capital social, no se confunden con la persona moral ni con su patrimonio, sino que ocupan una posición jurídica específica dentro de ésta, de la cual derivan derechos y deberes societarios. En esa tesitura, puede afirmarse que accionista es la persona titular de una o más acciones, mediante las cuales acredita su calidad de socio y ejerce los derechos que la ley y los estatutos le reconocen dentro de la Sociedad Mercantil.

Tipos de accionistas

La LGSM permite distinguir a los socios por la clase de acciones de las que sean titulares, pues el artículo 112³⁶, prevé que, aunque por regla general todas las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos, en el contrato social podrá estipularse que el capital se divida en varias clases de acciones con derechos especiales para cada una de ellas. El artículo 113³⁷ permite que una parte de las acciones tenga derecho de voto solamente en determinadas asambleas extraordinarias, y el artículo 114³⁸ permite emitir acciones especiales en favor de las personas que presten sus servicios a la sociedad. Por ello, más que existir tipos de accionistas por razón de su persona, lo que existen son diversas categorías de accionistas, de las clases de acciones que cada sujeto detente.

En relación a la integración de la asamblea, si bien la concurrencia de los accionistas parte de su propia voluntad de asistir, la válida integración del órgano no depende únicamente del número de personas presentes, sino del número de acciones

³³ LGSM, art.87.

³⁴ LGSM, art. 111.

³⁵ RÍOS FARJAT, Ana Margarita, *Amparo Directo en Revisión 1426/2020*, Primera Sala, 7 de diciembre de 2022.

³⁶ LGSM, art. 112.

³⁷ LGSM, art. 113.

³⁸ LGSM, art. 114.

representadas conforme a lo dispuesto por la LGSM. Ello se desprende del artículo 189³⁹, conforme al cual la Asamblea Ordinaria se considerará legalmente reunida cuando esté representada, por lo menos, la mitad del capital social, y sus resoluciones serán válidas cuando se tomen por mayoría de los votos presentes. Del mismo modo, el artículo 190⁴⁰ dispone que, salvo que el contrato social fije una mayoría más elevada, en las Asambleas Extraordinarias deberán estar representadas, por lo menos, las tres cuartas partes del capital y sus resoluciones se tomarán por el voto de las acciones que representen la mitad del capital social. Aunado a ello, el artículo 192⁴¹ prevé que los accionistas podrán hacerse representar en las asambleas por mandatarios, pertenezcan o no a la sociedad.

Finalmente, tratándose de asambleas especiales, el artículo 195⁴² exige que la mayoría se compute con relación al número total de acciones de la categoría de que se trate. Por ello, aunque la asistencia a la asamblea deriva en primer término, de la voluntad de los accionistas, su integración válida depende de que se reúna el capital representado que la ley exige para cada tipo de asamblea o categoría accionaria.

III] Régimen legal aplicable a las convocatorias de accionistas

Ahora bien, como fue referido con anterioridad, en términos del artículo 178 de la LGSM⁴³, la Asamblea General de Accionistas es el órgano supremo de la Sociedad Anónima, mediante la cual podrán acordarse y ratificarse todos los actos y operaciones de ésta. Sin embargo, la Asamblea General de Accionistas no constituye el único órgano dentro de la Sociedad Anónima, pues la misma normatividad prevé, además, un órgano de administración y un órgano de vigilancia. Conforme al artículo 142 de la LGSM⁴⁴, la administración de la Sociedad Anónima estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables, quienes podrán ser socios o personas extrañas a la sociedad. Asimismo, el artículo 143⁴⁵ establece que cuando los administradores sean dos o más, constituirán el Consejo de Administración.

³⁹ LGSM, art. 189.

⁴⁰ LGSM, art. 190.

⁴¹ LGSM, art. 192.

⁴² LGSM, art. 195.

⁴³ LGSM, art. 178.

⁴⁴ LGSM, art. 142.

⁴⁵ LGSM, art. 143.

El artículo 164 de la LGSM⁴⁶, dispone que la vigilancia de la Sociedad Anónima estará a cargo de uno o varios Comisarios, también temporales y revocables, quienes podrán ser socios o personas extrañas a la sociedad. Bajo esa tesitura, puede advertirse que la estructura de la Sociedad Anónima descansa, por lo menos, en tres órganos esenciales: i. la Asamblea General de Accionistas, como órgano supremo y deliberativo; ii. el Administrador Único o Consejo de Administración, como órgano de gestión y representación; iii. el Comisario o los Comisarios, como órgano de vigilancia y control.

En ese sentido, para la celebración de las asambleas de accionistas, el artículo 183 de la LGSM⁴⁷, dispone que la convocatoria deberá hacerse por el Administrador, por el Consejo de Administración o por los Comisarios. A su vez, el artículo 186⁴⁸ establece que dicha convocatoria deberá publicarse por medio de un aviso en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía, con la anticipación que fijen los estatutos o, en su defecto, quince días antes de la fecha señalada para la reunión. En el mismo sentido, el artículo 187⁴⁹ dispone que la convocatoria deberá contener la Orden del Día y estar firmada por quien la haga, mientras que el artículo 188⁵⁰ prevé que toda resolución tomada con infracción de lo dispuesto en los artículos 186 y 187 será nula, salvo que al momento de la votación haya estado representada la totalidad de las acciones.

Bajo este orden de ideas, puede advertirse que la convocatoria constituye un presupuesto de validez de la asamblea, en tanto asegura que los accionistas tengan conocimiento previo a la misma y las condiciones bajo las cuales habrán de ejercer sus derechos de deliberación y voto.

Finalmente, en lo relativo a la válida integración de las asambleas, es menester señalar que, conforme al artículo 189⁵¹ de la LGSM para que una Asamblea Ordinaria se considere legalmente reunida deberá estar representada, por lo menos, la mitad del capital social, y sus resoluciones sólo serán válidas cuando se tomen por mayoría de los votos presentes. Por su parte, el artículo 190⁵² establece que, salvo que el contrato social fije una mayoría más elevada, en las Asambleas Extraordinarias deberán estar

⁴⁶ LGSM, art. 164.

⁴⁷ LGSM, art. 183.

⁴⁸ LGSM, art. 186.

⁴⁹ LGSM, art. 187.

⁵⁰ LGSM, art. 188.

⁵¹ LGSM, art. 189.

⁵² LGSM, art. 190.

representadas, por lo menos, las tres cuartas partes del capital social, y sus resoluciones se tomarán por el voto de las acciones que representen la mitad del capital social. Así pues, la ley no sólo distingue las clases de asambleas y los órganos que intervienen en su convocatoria, sino que también establece, de manera diferenciada, los requisitos de quórum y votación que condicionan la eficacia de sus resoluciones.

IV] Sistema de doble convocatoria

El artículo 191 de la LGSM⁵³ prevé que cuando la Asamblea de Accionistas no pueda celebrarse el día señalado en la convocatoria, deberá realizarse una segunda convocatoria con expresión de esta causa. Mismo numeral establece que, en la asamblea de esta segunda convocatoria se resolverá sobre los asuntos indicados en la orden del día, cualquiera que sea el número de acciones representadas. Dicho precepto se limita a establecer la posibilidad de realizar una segunda convocatoria cuando la asamblea de la primera no pueda celebrarse, sin prever plazo alguno que deba mediar entre la publicación de una y otra.

1. *Derechos de los accionistas*

Resulta importante señalar que la problemática de fondo que da lugar al presente estudio, radica en establecer de qué manera debe entenderse la segunda convocatoria prevista en el artículo 191 de la LGSM. En ese sentido, la cuestión puede plantearse a partir de dos posibilidades interpretativas diversas. La primera consiste en sostener que la primera y la segunda convocatoria pueden constar desde un inicio en una misma publicación. La segunda, por el contrario, parte de la premisa que la segunda convocatoria sólo puede emitirse una vez que se haya verificado que la primera asamblea no pudo celebrarse, toda vez que el propio artículo 191⁵⁴ dispone que, si la asamblea no pudiere celebrarse el día señalado para su reunión, *se hará una segunda convocatoria con expresión de esta circunstancia*. Así pues, la controversia estudiada por medio del presente artículo, consiste en dilucidar si la ley aplicable permite anticipar ambos llamamientos en un solo acto o si, por el contrario, exige una secuencia sucesiva entre la frustración de la primera asamblea y la expedición del segundo llamamiento.

⁵³ LGSM, art. 191.

⁵⁴ LGSM, art. 191.

De igual manera, a efecto de comprender por qué dicho problema repercute en la certeza jurídica de los accionistas, es preciso recordar lo que implica adquirir la calidad de accionistas dentro de una Sociedad Anónima. En términos del artículo 87 de la LGSM⁵⁵, la Sociedad Anónima se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones, mientras que el artículo 111⁵⁶ dispone que las acciones servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio. De esta manera, ser accionista no sólo significa haber participado en la integración del capital social, sino ocupar una posición específica dentro de la sociedad, a partir de la cual se tiene injerencia en la formación de la voluntad social y se accede a un conjunto de derechos corporativos y patrimoniales.

Ahora bien, los derechos de los accionistas pueden clasificarse en fundamentales e instrumentales: los primeros son aquellos que permiten al accionista tener injerencia directa en la vida societaria, ya sea en la integración de la voluntad social, en la toma de decisiones colectivas o en la participación en los beneficios sociales. Dentro de esta categoría se ubican, el derecho a participar y votar en las asambleas de accionistas, el derecho a integrar la voluntad social a través de la deliberación y el voto, y el derecho a participar en las utilidades de la sociedad. En esa medida, los derechos fundamentales tienen por finalidad garantizar que el accionista no sea un sujeto ajeno al ente social, sino partícipe de su conducción, de su control y de los beneficios que de ella derivan.

Los derechos fundamentales tienen por objeto asegurar a los accionistas un trato igualitario, equitativo y proporcional. Por ello, el derecho a ser convocado a las asambleas constituye una manifestación de esta tutela, pues sin una convocatoria que cumpla la totalidad de requisitos anteriormente expuestos, el accionista quedaría excluido de la posibilidad de comparecer, conocer previamente los asuntos que habrán de tratarse, deliberar sobre ellos y ejercer su derecho de voto. Bajo esta tesitura, el derecho de ser convocado no constituye una formalidad del procedimiento societario, sino una garantía indispensable para el ejercicio efectivo de la participación societaria.

Los derechos instrumentales, son aquellos que la ley concede para permitir, facilitar o asegurar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. En esta lógica se encuentra el derecho de información previsto en los artículos 172 y 173 de la

⁵⁵ LGSM, art. 87.

⁵⁶ LGSM, art. 111.

LGSM⁵⁷, conforme a los cuales los administradores deben presentar anualmente a la asamblea el informe financiero correspondiente y dicho informe deberá encontrarse a disposición de los accionistas por lo menos quince días antes de la fecha de la asamblea, teniendo éstos derecho a obtener una copia.

El artículo 199⁵⁸ prevé que los accionistas que reúnan el veinticinco por ciento de las acciones representadas en una asamblea pueden solicitar el aplazamiento de la votación de un asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados. Del mismo modo, el artículo 184⁵⁹ concede a la minoría que represente por lo menos el treinta y tres por ciento del capital social el derecho de pedir la convocatoria de una Asamblea General de Accionistas. Y el artículo 201⁶⁰ reconoce a los accionistas que representen el veinticinco por ciento del capital social el derecho de oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales en los casos previstos. Todos estos derechos cumplen una función instrumental, pues no sustituyen al derecho de voto, a la participación en la asamblea o a la utilidad social, sino que los hacen posibles, útiles y eficaces.

2. Certeza jurídica de los accionistas

La certeza jurídica de los accionistas debe entenderse como la garantía de que los derechos fundamentales e instrumentales que la ley reconoce podrán ejercerse en condiciones de información previa y previsibilidad. Por ello, si el accionista tiene derecho a ser convocado, a conocer el orden del día, a contar con la información suficiente, a aplazar la votación cuando no se encuentre debidamente informado y, a oponerse de las resoluciones que infrinjan el contrato social, entonces resulta a toda luz evidente que, el hecho de que la segunda convocatoria puede anticiparse en un solo aviso constituye un problema que incide directamente en la forma en que el accionista conoce, comprende y ejerce sus derechos accionarios. De ahí que el análisis del artículo 191 de la LGSM⁶¹ se encuentre estrechamente vinculado con la certeza jurídica de los accionistas.

⁵⁷ LGSM, arts. 172 y 173.

⁵⁸ LGSM, art. 199.

⁵⁹ LGSM, art. 184.

⁶⁰ LGSM, art. 201.

⁶¹ LGSM, art. 191.

V] Análisis jurisprudencial

Ahora bien, una vez esclarecido el contexto del que emana el criterio emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se puede apreciar que el rubro de la jurisprudencia con número de registro digital 2030473, materia del presente artículo es el siguiente: *CONVOCATORIA A ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. EL HECHO DE QUE LA SEGUNDA CONVOCATORIA CONSTE EN LA MISMA PUBLICACIÓN QUE LA PRIMERA, NO AFECTA LA CERTEZA JURÍDICA DE LOS ACCIONISTAS.*⁶²

1. El criterio de la Corte; un sistema de doble convocatoria

Bajo esta decisión la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera viable permitir la posibilidad de que, por medio de una sola publicación, se realicen tanto la primera como la segunda convocatoria a una asamblea de accionistas. Sin embargo, la controversia que suscita dicho entendimiento, se sostiene en las diversas interpretaciones posibles del artículo 191 de la LGSM⁶³. En efecto, por una parte, puede sostenerse que la ley permite que ambas convocatorias consten en una misma publicación; mientras que por otra, puede sostenerse que la segunda convocatoria sólo puede emitirse una vez actualizada la circunstancia que la justifica. Por lo que en este segundo caso solo ante la imposibilidad de celebrar la primera asamblea en la fecha inicialmente señalada es que se puede convocar la segunda asamblea, pues el propio artículo 191⁶⁴ dispone que, si la asamblea no pudiere celebrarse, *se hará una segunda convocatoria con expresión de esta circunstancia*. Es precisamente esta dualidad interpretativa la que torna cuestionable el criterio adoptado por la Corte, ya que admitir la anticipación de la segunda convocatoria, supone aceptar como posible la previsión de un acto cuya procedencia depende de un hecho futuro e incierto.

⁶² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis [J]: 1a./J. 78/2025 (11a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 50, Junio de 2025, Tomo I, Volumen 1, página 599. Reg. Digital 2030473. CONVOCATORIA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. EL HECHO DE QUE LA SEGUNDA CONVOCATORIA CONSTE EN LA MISMA PUBLICACIÓN QUE LA PRIMERA, NO AFECTA LA CERTEZA JURÍDICA DE LOS ACCIONISTAS.

⁶³ LGSM, art. 191.

⁶⁴ *Idem*.

El criterio adoptado por la Corte promete no vulnerar la certeza jurídica de los accionistas. Sin embargo, dicha cuestión es puesta en duda derivada de la naturaleza de dicho principio. Ello es así, toda vez que la certeza jurídica de los accionistas, exige que los mismos cuenten con información clara, suficiente y congruente respecto del momento, las condiciones y los supuestos bajo los cuales habrán de ejercer sus derechos societarios.

2. Un sistema de convocatorias consecutivas

En ese sentido, la LGSM tutela esa certeza mediante diversas reglas: 1) el artículo 186⁶⁵ exige que la convocatoria se publique con anticipación suficiente; 2) el artículo 187⁶⁶ dispone que ésta contenga la orden del día; 3) el artículo 173⁶⁷ prevé que el informe financiero quede a disposición de los accionistas por lo menos quince días antes de la asamblea; 4) y el artículo 199 reconoce incluso el derecho de aplazar la votación de cualquier asunto cuando los accionistas que representen el veinticinco por ciento de las acciones representadas no se consideren suficientemente informados.

De esta manera, la certeza jurídica no se agota en el simple conocimiento de una fecha, sino que comprende la garantía de que el accionista pueda conocer anticipadamente los asuntos a tratar, allegarse de la información necesaria y participar en condiciones que le permitan deliberar y votar de forma real y efectiva.

Aunado a lo anterior, conviene precisar que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación arribó a esa conclusión bajo la consideración de que el artículo 191 de la LGSM⁶⁸ no contiene una prohibición expresa en el sentido de exigir, dos publicaciones distintas para la primera y la segunda convocatoria, sino que su texto admite una lectura en la que ambos llamamientos puedan constar en un mismo aviso. Bajo esa lógica, la Corte estimó que la certeza jurídica de los accionistas no se ve afectada cuando, desde la publicación inicial, éstos quedan enterados de la fecha, de los asuntos comprendidos en la Orden del Día y de la eventual celebración de la asamblea en segunda convocatoria. A ello se suma que la propia LGSM tutela la libertad contractual en materia societaria al disponer que sus reglas permisivas no constituyen excepciones a dicha libertad, lo que

⁶⁵ LGSM, art. 186.

⁶⁶ LGSM, art. 187.

⁶⁷ LGSM, art. 173.

⁶⁸ LGSM, art. 191.

permitió a la Corte adoptar una lectura sistemática y funcional del artículo 191, orientada a privilegiar la operatividad práctica de las asambleas y la autonomía de la voluntad de las sociedades, antes que una comprensión estrictamente literal del precepto.

En consecuencia, la controversia objeto del presente artículo no consiste en negar que el artículo 191 admita más de una interpretación posible, sino en determinar cuál de ellas protege en mejor medida la certeza jurídica de los accionistas.

VI] Crítica

La jurisprudencia 1a./J. 78/2025 (11a.)⁶⁹, al permitir que la primera y la segunda convocatoria se concentren en una sola publicación, introduce un margen de incertidumbre que puede conllevar a una afectación de la certeza jurídica de los accionistas. Ello es así, pues el problema principal radica en advertir que, la segunda convocatoria en términos del artículo 191 de la LGSM⁷⁰, únicamente es posible cuando la primera asamblea no pudiere celebrarse el día señalado para su reunión. Por ende, la circunstancia que justifica la segunda convocatoria no constituye un hecho actual ni conocido al momento de emitir el primer llamamiento, sino un acontecimiento futuro e incierto, cuya actualización depende precisamente de que la asamblea convocada en primer término no pueda llevarse a cabo. En ese sentido, anticipar desde una sola publicación un acto que la propia ley hace depender de la no realización de otro previo supone dar por actualizada una condición que todavía no ha sido realizada. El artículo 191⁷¹ prevé expresamente que, si la asamblea no pudiere celebrarse el día señalado, *se hará una segunda convocatoria con expresión de esta circunstancia*, de modo que la segunda convocatoria aparece configurada como un acto sucesivo y condicionado, no como uno autónomo ni simultáneo.

De igual forma, la trascendencia del problema se acentúa si se toma en consideración la importancia de que se respeten los derechos de los accionistas. Pues, como fue referido con anterioridad, el accionista no es un tercero ajeno al ente social, sino

⁶⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis [J]: 1a./J. 78/2025 (11a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 50, Junio de 2025, Tomo I, Volumen 1, página 599. Reg. Digital 2030473. CONVOCATORIA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. EL HECHO DE QUE LA SEGUNDA CONVOCATORIA CONSTE EN LA MISMA PUBLICACIÓN QUE LA PRIMERA, NO AFECTA LA CERTEZA JURÍDICA DE LOS ACCIONISTAS.

⁷⁰ LGSM, art. 191

⁷¹ *Ídem*.

el titular de una posición jurídica a partir de la cual interviene en la vida de la sociedad. La propia LGSM otorga a los accionistas derechos concretos para participar en la formación de la voluntad social, recibir información suficiente, solicitar convocatorias, aplazar votaciones y oponerse a determinadas resoluciones. Por ello, cualquier interpretación del artículo 191 debe medirse, a la luz de la tutela efectiva de esos derechos.

Ahora bien, resulta preciso señalar que la discusión no debe formularse en términos absolutos, es decir, como si únicamente existiera una forma posible de proceder. Pues, la práctica societaria ha demostrado dos posibilidades: la primera, consistente en que la primera y la segunda convocatoria consten desde un inicio en una misma publicación; y la segunda, consistente en que se publique primero la convocatoria inicial y, sólo en caso de que la asamblea no pueda celebrarse, se emita posteriormente la segunda convocatoria con expresión de dicha circunstancia. De ahí la crítica del presente artículo no se diriga a negar que la ley haya sido interpretada en ambos sentidos, sino a sostener que, entre ambas posibilidades, la segunda se ajusta de manera más precisa al tenor del artículo 191.

En ese sentido, resulta indispensable destacar la importancia de respetar los requisitos esenciales de las asambleas, pues la regularidad del mismo procedimiento no constituye una simple formalidad. Pues, como fue expuesto con anterioridad, la LGSM exige que la convocatoria sea realizada por sujeto legitimado, que se publique con la anticipación legal, que contenga la orden del día y que las resoluciones se adopten con el quórum y mayorías previstos por la propia ley. Por ello, al momento que el artículo 191 de la LGSM, condiciona la segunda convocatoria a la no celebración de la primera y exige que se exprese esa circunstancia, dicha exigencia no puede ser vista como una formalidad irrelevante, sino como una parte del modelo asambleario que busca dotar de regularidad, transparencia y certeza al accionista.

Bajo este orden de ideas, los autores Soyla H. León Tovar y Hugo González García en su libro *Derecho Mercantil*⁷², sostienen una postura conforme a la ilegalidad de dicho acto, toda vez que, la definen como una *práctica viciosa*. Esto, derivado de la omisión al cumplimiento de los requisitos esenciales para la celebración de una segunda convocatoria, toda vez que, es imposible que se exprese en la segunda convocatoria la circunstancia por la cual no

⁷² LEÓN TOVAR, Soyla H, GONZÁLEZ GARCÍA, Hugo, *Derecho Mercantil*, Oxford University Press, México, 2007.

se celebró la asamblea fijada en la primera convocatoria, si esta no ha llegado al momento pactado.

Ahora bien, los efectos que tendría la celebración de la segunda convocatoria, cuando la primera no fuere posible llevarse a cabo por la falta de quórum requerida, en atención a lo dispuesto por el artículo 191 de la LGSM⁷³, sería que dicha asamblea fuese llevada a cabo por cualquiera que fuere el número de los accionistas presentes. Por ello es que resulta indispensable que la emisión de la segunda convocatoria se produzca únicamente cuando exista la certeza de que la primera asamblea efectivamente no pudo celebrarse. Ello obedece a que la segunda convocatoria constituye un acto de naturaleza sucesiva y dependiente, pues como fue expuesto, la posibilidad de emitir una segunda convocatoria, descansa en la no celebración de la asamblea relativa a la primera convocatoria, ello en atención al mismo artículo 191. Por lo cual, se puede entender que, la validez de la segunda convocatoria depende de la realización previa de un hecho que todavía no ha ocurrido al momento de publicar la primera convocatoria. Por ese motivo, anticiparla en una misma publicación genera incertidumbre sobre el cumplimiento de las formalidades requeridas para la validez de la convocatoria a una asamblea general de accionistas, comprometiendo así la transparencia y legalidad que deben regir la formación de la voluntad de las partes en una sociedad mercantil.

Así pues, contrario a lo establecido por el criterio anteriormente mencionado, resulta trascendental exponer la existencia de otro criterio por el cual, se establece que si la publicación de la primera como la segunda convocatoria para una asamblea de accionistas fueron realizadas el mismo día, a sabiendas de que la primera no podría llevarse a cabo por falta de quórum, dicha circunstancia tendría como consecuencia la nulidad de la asamblea celebrada, se transcribe en la parte que interesa:

*NULIDAD DE UNA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS.
PROCEDE CUANDO LAS CONVOCATORIAS NO
CUMPLAN CON LAS FORMALIDADES LEGALES
RESPECTIVAS.*

*Si se comprueba que tanto la primera como la segunda
convocatoria para una asamblea de accionistas fueron
publicadas el mismo día, como si ya se tuviera
conocimiento de que la inicial no podría llevarse a cabo
por falta de quórum, tal circunstancia propicia la nulidad*

⁷³ LGSM, art. 191.

*de la celebrada en franca contravención al artículo 191 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.*⁷⁴

A pesar de que el criterio citado constituye un precedente anterior y, por ende, debe entenderse como un criterio superado frente a la jurisprudencia emitida por la extinta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, su valor comparativo resulta particularmente relevante, pues evidencia con claridad la existencia de dos posturas interpretativas opuestas respecto del artículo 191 de la LGSM.

Por un lado, el criterio anterior parte de una lectura estricta del precepto y sostiene que la publicación simultánea de la primera y la segunda convocatoria vulnera las formalidades requeridas, en tanto presupone de antemano que la primera asamblea no podrá celebrarse, circunstancia que sólo puede conocerse hasta el momento fijado para su realización; por ello, considera que tal irregularidad puede producir la nulidad de la asamblea celebrada. Por otro lado, la jurisprudencia de la Primera Sala adopta una interpretación sistemática y funcional, conforme a la cual, al no existir una prohibición expresa en la ley, resulta válido que ambas convocatorias consten en una sola publicación, siempre que los accionistas tengan conocimiento previo de los escenarios de celebración y de los asuntos comprendidos en el orden del día.

Sin embargo, aun cuando esta última postura privilegia la practicidad y la eficiencia operativa de la vida societaria, la primera ofrece una protección más amplia a los derechos de los accionistas, pues resguarda con mayor rigor su derecho de información, su derecho de asistencia, su derecho de deliberación y su derecho de voto, al impedir que se tenga por actualizada una circunstancia futura e incierta antes de que ésta realmente acontezca.

En ese sentido, la contradicción entre ambos criterios no sólo revela dos maneras distintas de entender la formalidad de la segunda convocatoria, sino también dos niveles diversos de tutela respecto de la certeza jurídica de los accionistas.

Ahora bien, es menester señalar que, derivado del estudio realizado a la sentencia que da origen a la jurisprudencia materia de la presente controversia, como también a los cuerpos normativos relativos a la materia en cuestión, se desprende que no existe un posicionamiento uniforme sobre si existe una única

⁷⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis [A]: II.2o. C.229 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, Julio de 2000, página 794. Reg. Digital 191640. NULIDAD DE UNA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS. PROCEDE CUANDO LAS CONVOCATORIAS NO CUMPLAN CON LAS FORMALIDADES LEGALES RESPECTIVAS.

interpretación válida, esto es así, pues no existe una prohibición expresa que delimite las reglas para la segunda convocatoria y que ésta válidamente puede estar contenida en la misma publicación que la primera convocatoria. Otros diversos autores como lo son Soyla H. León Tovar y Hugo González García⁷⁵, mencionan que la segunda convocatoria sólo puede expedirse cuando no se haya podido celebrar la asamblea en la primera convocatoria, por lo cual, no es válido que la primera y segunda convocatoria estén contenidas en la misma publicación.

Por ello, ante dicha incertidumbre jurídica, la extinta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la propia resolución que da origen al criterio analizado, establece que atención al uso que el cúmulo de sociedades le han dado a los alcances del artículo 191 de la LGSM⁷⁶, ha manifestado que derivado de revisiones al sistema electrónico de la Secretaría de Economía, se puede identificar la existencia de ambas conductas. Tanto la práctica por la cual mediante el uso de la misma publicación se realizan tanto la primera y la segunda convocatoria, como otras donde la primera y segunda convocatoria están contenidas en publicaciones diversas.

Por consiguiente, de una estricta interpretación gramatical al propio artículo 191 de la ley en comento, en la cual se menciona que, *se hará una segunda convocatoria con expresión de esta circunstancia*⁷⁷, de dicho precepto citado, se puede interpretar que la expresión *esta circunstancia* debe referirse, bajo un razonamiento apegado a una interpretación estrictamente gramatical, a algo previamente señalado y no a algo que se señalará después. Por lo cual, resulta ilógico manifestar en la publicación de la segunda convocatoria el motivo por el cual no se llevó a cabo la asamblea en primera convocatoria, si está se publicará el mismo día, toda vez que, no se puede anticipar el motivo por el cual no se llevará a cabo una asamblea sin que se llegue a la fecha de su celebración.

Sin embargo, resulta necesario comprender el sentido del criterio adoptado por la Suprema Corte. Para dicho órgano jurisdiccional, una interpretación estrictamente gramatical del artículo 191 de la LGSM no basta, para concluir que es inválido realizar la primera y la segunda convocatoria en una misma publicación. Ello obedece a que la norma no establece de manera

⁷⁵ LEÓN TOVAR, Soyla H, GONZÁLEZ GARCÍA, Hugo, *Op. cit.*

⁷⁶ LGSM, art. 191.

⁷⁷ *Ídem.*

expresa la obligación de emitir dos publicaciones distintas, ni contiene una prohibición clara en contra de la publicación conjunta. Por esa razón, la Corte considera que sería incorrecto derivar, únicamente del tenor literal del precepto, una restricción que el legislador no previó expresamente, e imponer como requisito de validez una formalidad que no se encuentra consignada de manera clara en la ley, se transcribe lo relativo en la sentencia del juicio de amparo directo en revisión 1426/2020, misma que da origen al criterio objeto del presente artículo:

Hasta aquí tenemos como conclusión que existe un alcance interpretativo válido desde que se emitió la Ley General de Sociedades Mercantiles, pues una postura estrictamente gramatical no puede tener el alcance de generar restricciones que no se establecen de forma expresa en la ley.⁷⁸

Asimismo, de una interpretación conjunta a los artículos 186, 187, 191 y 192 de la LGSM⁷⁹, se desprende que la segunda convocatoria tiene por objeto hacer posible la celebración de la asamblea cuando ésta no hubiere podido realizarse en la fecha señalada para la primera reunión. Ello es así, toda vez que el artículo 191 dispone que, si la asamblea no pudiese celebrarse el día señalado para su reunión, se hará una segunda convocatoria con expresión de esa circunstancia y en la junta se resolverá sobre los asuntos indicados en la Orden del Día, cualquiera que sea el número de acciones representadas; a su vez, los artículos 186 y 187 exigen que la convocatoria se publique con anticipación y que contenga la Orden del Día, mientras que el artículo 192 reconoce a los accionistas el derecho de hacerse representar en las asambleas por mandatarios. En ese sentido, la finalidad de la segunda convocatoria consiste en permitir que la sociedad pueda adoptar resoluciones sobre los asuntos previamente convocados, aun cuando no se haya reunido el quórum necesario en la primera reunión, preservando con ello el conocimiento previo de los accionistas respecto de la celebración de la asamblea, de los temas a deliberar y de la posibilidad de comparecer personalmente o por representación

Ahora bien, en base al criterio expuesto por la Suprema Corte en la Sentencia del juicio de amparo directo en revisión 1426/2020 se puede advertir lo siguiente:

⁷⁸ RÍOS FARJAT, *op. cit.*

⁷⁹ LGSM, arts. 186, 187, 191 y 192.

La finalidad que persiguen las disposiciones que conforman el sistema normativo que regula las convocatorias a asambleas de accionistas es brindar seguridad jurídica para que dichas asambleas se lleven a cabo con el conocimiento de los socios presentes.⁸⁰

En base en lo anterior, la resolución del juicio de amparo directo en revisión 1426/2020 sustenta que, el hecho de que dentro de la primera convocatoria se estipule que en caso de no reunirse el quórum de accionistas requeridos se llevará a cabo una segunda convocatoria, resulta suficiente para que el cúmulo de accionistas tengan certeza de la celebración de la asamblea, por lo cual, se les otorgaría a los mismos la oportunidad real de asistir a la asamblea, teniendo desde el primer momento el conocimiento de cuando se llevará a cabo la asamblea en segunda convocatoria. Sin embargo, la crítica surge en la cuestionable manera en que dicha práctica busca asumir que la asamblea prevista en la primera convocatoria no será llevada a cabo, cuando dicha circunstancia claramente solo podrá conocerse el día de la celebración de la misma.

Así las cosas, se transcriben las conclusiones establecidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación a la resolución del juicio de Amparo Directo en Revisión 1426/2020:

Por lo anteriormente expuesto, esta Primera Sala considera que la interpretación del sistema normativo que regula la convocatoria a asambleas de accionistas de sociedades anónimas, conforme a la cual, los artículos 186 y 191 de la Ley General de Sociedades Mercantiles permiten que la primera y segunda convocatorias puedan constar en la misma publicación, resulta acorde con la Constitución. Interpretación que además ha sido posible y válida desde la emisión del ordenamiento jurídico, sin que alguna reforma haya impactado la formalidad en análisis para hacer expresa una restricción a realizar una sola publicación para ambas convocatorias, ni sendas publicaciones individuales para cada una de esas dos convocatorias.

Así, al estar publicadas la primera y segunda convocatorias en el mismo aviso se da oportunidad a los accionistas de conocer el día y hora de la realización de la asamblea tanto en primer como en segunda convocatoria, con lo cual se garantiza el ejercicio de la

⁸⁰ RÍOS FARJAT, *op. cit.*

*libertad de trabajo y comercio previstas en el artículo 5 de la Constitución Política del país.*⁸¹

En atención a lo anterior, es cierto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no comparte la interpretación sostenida en el presente artículo; no obstante, también reconoce que no resulta jurídicamente incorrecto que la primera y la segunda convocatoria a una Asamblea General de Accionistas consten en publicaciones diversas.

VII] Conclusiones

Expuesto lo anterior, puede concluirse que el artículo 191 de la LGSM no contiene una obligación expresa en el sentido de que la primera y la segunda convocatoria a una Asamblea General de Accionistas deban constar necesariamente en publicaciones distintas, pero tampoco establece una autorización textual para que ambas consten, en una sola publicación. En ese sentido, la redacción del precepto ha permitido históricamente una flexibilidad interpretativa respecto del sistema de doble convocatoria.

Ahora bien, debido a la falta de regulación, la controversia no se resuelve afirmando de manera absoluta la validez exclusiva de una sola de las dos prácticas, sino ponderando entre las dos interpretaciones: por una parte, la libertad societaria en materia mercantil, que permite a las sociedades registrarse por sus estatutos y por las reglas que válidamente adopten, siempre que no contravengan una prohibición o una obligación expresa; y, por otra, la certeza jurídica de los accionistas, entendida como la garantía de que éstos puedan ejercer sus derechos en condiciones de información previa, previsibilidad y regularidad procedimental. Esta última no se agota en el simple conocimiento de la fecha de una asamblea, sino que se encuentra protegida por el propio sistema de la LGSM mediante la exigencia de convocatoria previa, orden del día, nulidad por omisión a dichas formalidades, disponibilidad anticipada de la información financiera, derecho de aplazamiento por falta de información suficiente y derecho de oposición judicial frente a resoluciones asamblearias.

Bajo esa ponderación, el presente artículo sostiene que, aun cuando no sea posible afirmar la existencia de una prohibición expresa contra la publicación conjunta de la primera y la segunda convocatoria, la interpretación que exige que la segunda convocatoria se emita una vez verificada la imposibilidad de

⁸¹ RÍOS FARJAT, *op. cit.*

celebrar la primera, ofrece una protección más amplia a los derechos de los accionistas. Ello es así, pues dicha interpretación preserva con mayor rigor su derecho de información, su derecho de asistencia, su derecho de deliberación y su derecho de voto, al evitar que se tenga por actualizada, desde un inicio, una circunstancia que por su propia naturaleza depende de un hecho futuro e incierto. En otras palabras, la interpretación aquí sostenida no pretende desconocer la flexibilidad que la Suprema Corte ha reconocido en torno al artículo 191, sino afirmar que, dentro del margen interpretativo permitido por la ley, la interpretación que mejor tutela la certeza jurídica de los accionistas es aquella que mantiene la secuencia entre la frustración de la primera convocatoria y la expedición de la segunda.

En consecuencia, si bien la jurisprudencia de la Primera Sala admite que la primera y la segunda convocatoria puedan constar en la misma publicación sin estimar una vulneración a la certeza jurídica de los accionistas, ello no limita la validez de una interpretación distinta, más apegada a la literalidad del artículo 191 de la LGSM y más protectora a los derechos adquiridos de todo accionista. Por ello, la conclusión del presente artículo no consiste en sostener que la publicación conjunta sea, por sí misma, ilegal en todos los casos, sino en afirmar que la interpretación que exige una segunda convocatoria posterior a la no celebración de la primera fortalece en mayor medida la certeza jurídica de los sujetos convocados y, en consecuencia, resguarda de mejor forma los derechos que la LGSM reconoce a los accionistas.

Bibliografía

- CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN (1934). Ley General de Sociedades Mercantiles.
- LEÓN TOVAR, Soyla H, et al, GONZÁLEZ GARCÍA, Hugo, Derecho Mercantil, Oxford University Press, México, 2007.
- MALAGARRIEGA, Carlos, Apuntes de Derecho Comercial, 2ª ed., Talleres Gráficos de L. J. Rosso y Cía., Buenos Aires, Argentina, 1916.
- MANTILLA, Roberto, Derecho Mercantil, 26ª ed., Porrúa, México, 1946.
- RÍOS FARJAT, Ana Margarita, Amparo Directo en Revisión 1426/2020, Primera Sala, 7 de diciembre de 2022.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis [A]: II.2o. C.229 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, Julio de 2000, página 794. Reg. Digital 191640. NULIDAD DE UNA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS. PROCEDE CUANDO LAS CONVOCATORIAS NO CUMPLAN CON LAS FORMALIDADES LEGALES RESPECTIVAS.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tesis [J]: 1a./J. 78/2025 (11a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 50, Junio de 2025, Tomo I, Volumen 1, página 599. Reg. Digital 2030473.

CONVOCATORIA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. EL HECHO DE QUE LA SEGUNDA CONVOCATORIA CONSTE EN LA MISMA PUBLICACIÓN QUE LA PRIMERA, NO AFECTA LA CERTEZA JURÍDICA DE LOS ACCIONISTAS.

Freezing time? *Ratione temporis* limits to the jurisdiction of the ICJ and continuing acts

¿Congelar el tiempo? Los límites ratione temporis a la jurisdicción de la CIJ y los actos continuados

JOSÉ MARÍA OLVERA AMADO¹

SUMMARY: I. Introduction; II. Jurisdiction of the International Court of Justice; III. Consent as a fundamental basis of ICJ jurisdiction; IV. The legal nature and function of *ratione temporis* limitations; V. ICJ criteria for determining *ratione temporis* jurisdiction; VI. Prolongation of situations and continuous acts; VII. Conclusion.

SUMARIO: I. Introducción; II. Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia; III. El consentimiento como fundamento esencial de la jurisdicción de la CIJ; IV. Naturaleza jurídica y función de las limitaciones *ratione temporis*; V. Criterios de la CIJ para determinar la jurisdicción *ratione temporis*; VI. Prolongación de situaciones y actos continuos; VII. Conclusión.

Abstract. The jurisdiction of the International Court of Justice is based on the consent of States, as expressed through different international instruments. Those instruments often include temporal limitations (*ratione temporis*) that restrict the Court's jurisdiction over disputes connected with facts, situations, or claims predating a specified date and that, in some cases, exclude certain claims from judicial review. In this context, determining whether a dispute falls within the Court's temporal jurisdiction requires a careful examination of both the facts and the instrument conferring jurisdiction on the Court. This article examines how the Court determines whether a dispute falls within the temporal limits derived from State consent and what role, if any, continuing acts play in that determination. Drawing on key ICJ cases, the article offers a reconstruction of the Court's case law on temporal jurisdiction.

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana, Guadalajara Campus. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-4308-2316>. Email: joseolveraamado@gmail.com.

Keywords: ICJ, jurisdiction, *ratione temporis*, State consent, continuous acts, international dispute resolution.

Resumen. La jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia se funda en el consentimiento de los Estados, expresado a través de diversos instrumentos internacionales. Estos instrumentos suelen incorporar limitaciones temporales (*ratione temporis*) que restringen la competencia de la Corte para conocer de controversias surgidas antes de una fecha determinada y que, en algunos casos, excluyen ciertas reclamaciones del escrutinio judicial. En ese contexto, determinar si una controversia cae dentro de la jurisdicción temporal de la Corte exige un examen cuidadoso de los hechos y del instrumento que le confiere competencia. Este artículo analiza cómo determina la Corte si una controversia se encuentra comprendida dentro de los límites temporales derivados del consentimiento estatal y qué papel, en su caso, desempeñan los actos continuados en esa determinación. Sostiene que la jurisprudencia de la Corte revela un patrón analítico recurrente construido en torno a varias fechas jurídicamente relevantes. A partir de casos clave de la CIJ, el artículo ofrece una reconstrucción doctrinal y sistemática de su jurisprudencia sobre jurisdicción temporal.

Palabras clave: CIJ, jurisdicción, *ratione temporis*, consentimiento del Estado, actos continuados, solución internacional de controversias.

I] Introduction

Suppose a State alleges before the International Court of Justice that another State has been systematically violating a treaty for decades—and that the violation is ongoing. If the respondent State's consent to the Court's jurisdiction extends only to disputes arising after a specified date, a prior question immediately arises: has the dispute "arisen" at some identifiable moment in the past, placing it outside the Court's reach, or does the alleged continuing conduct bring it within the temporal scope of consent? This article examines how the Court resolves that question.² ³Within that

² D. MASOUD, "The Effectiveness of International Law in Resolving International Armed Conflicts", *Journal of Law, Policy and Globalization* [online], 2019, p. 119, URL: <https://doi.org/10.7176/jlpg/91-15>

³ G. HERNÁNDEZ, "The History and Nature of International Law", en *International Law* [online], 2019, ch. 1, URL: <https://doi.org/10.1093/HE/9780198748830.003.0001>.

framework, the International Court of Justice (ICJ or the Court) occupies a central place⁴ as the principal judicial organ of the United Nations⁵. Although its judgments are binding only on the parties and with respect to the particular case, its reasoning often shapes the broader development of international law⁶.

At the same time, the Court faces significant limits in the exercise of its jurisdiction because it depends on State consent⁷. Unlike domestic courts, which generally exercise jurisdiction as part of an internal legal order, the ICJ may act only to the extent that States have accepted its authority⁸. This has two important consequences. First, not all States have accepted the Court's jurisdiction, which limits the range of disputes that may be brought before it⁹. Second, even when States do accept the Court's jurisdiction, they often do so subject to reservations or other restrictions.

One such restriction concerns temporal, or *ratione temporis*, limitations. Through these limitations, States define the period within which the Court may adjudicate disputes. In practical terms, such limitations arise from the temporal scope of State consent and determine whether a given claim falls within the Court's jurisdiction. Acts or situations that fall outside that temporal framework are excluded from judicial review. For that reason, *ratione temporis* limitations are often decisive in jurisdictional disputes before the Court.

The interaction between State consent and temporal limitations has been addressed repeatedly in the Court's

⁴ M.-F. CUÉLLAR; O. A. HATHAWAY, "The International Court of Justice's Balancing Act" [online], 2024, URL: <https://carnegieendowment.org/posts/2024/01/the-international-court-of-justices-balancing-act>

⁵ UNITED NATIONS CHARTER, article 92.

⁶ D. AKANDE, "Selection of the International Court of Justice as a Forum for Contentious and Advisory Proceedings (Including Jurisdiction)", *Journal of International Dispute Settlement* [online], vol. 7, n. 2, 2016, p. 323, URL: <https://doi.org/10.1093/jnlids/idw011>.

⁷ One of the essential characteristics of international tribunals is that their jurisdiction depends on the consent of States.

⁸ S. ALEXANDROV, "The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: How Compulsory Is It?", *Chinese Journal of International Law* [online], 2006, pp. 29-38, URL: <https://doi.org/10.1093/CHINESEJIL/JML008>

⁹ Only 75 States have accepted the jurisdiction of the Court. UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, "Declarations recognizing as compulsory the jurisdiction of the International Court of Justice under Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court" [online], October 15, 1946, URL: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?chapter=1&clang=_en&mtdsg_no=i-4&src=treaty

jurisprudence. This gives rise to the central question of this work: how does the ICJ determine whether a dispute falls within *ratione temporis* limits derived from State consent? This article argues that, although the Court has not formulated a single express or formal test, its case law reveals a recurrent pattern of reasoning. That pattern may be reconstructed through a close reading of the relevant cases.

More specifically, the article argues that the Court's analysis turns on four recurrent considerations: the interpretation of the temporal limitation in light of the form of consent given, the identification of legally relevant dates, the determination of the real cause of the dispute as distinct from its historical background, and the requirement of a direct connection between that cause and the claims submitted. Continuing acts are addressed separately: the article contends that they do not operate as an autonomous basis for overcoming temporal limits but may retain legal relevance where the conduct itself—rather than merely its effects—persists beyond the critical date. The contribution of this article is therefore limited but precise. It does not seek to provide a complete theory of *ratione temporis* limitations in international adjudication. Rather, it seeks to reorganize the Court's jurisprudence and identify the factors that have been most relevant in determining whether a dispute falls within the Court's temporal jurisdiction.

A related question concerns the place of continuing acts in the Court's jurisdictional analysis. In other international tribunals, where similar temporal questions have arisen, the notion of continuing acts has been used to explain how certain wrongful conduct may extend over time because its commission is prolonged or renewed. Enforced disappearance is the clearest example: as long as the person's fate and whereabouts remain unknown, the wrongful act may be understood as continuing. This raises a further question for the present study: do continuing acts play an independent role in the jurisdiction of the ICJ? The Court's recent judgment in *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia)* has renewed that debate in the specific context of the ICJ.

This article addresses these questions through a study of the Court's leading cases on temporal limitations, including *Phosphates in Morocco*, *Right of Passage*, and *Certain Property*. Its aim is to determine whether the Court's jurisprudence discloses a consistent analytical structure or, instead, a case-by-case approach in which the Court retains broad discretion in deciding whether a dispute falls within or outside its temporal jurisdiction.

The article proceeds in four analytical stages, organized across seven sections. The first examines the jurisdiction of the International Court of Justice and the centrality of State consent to that jurisdiction. The second analyses the function of temporal limitations within the framework of consensual jurisdiction. The third and fourth examine the Court's jurisprudence on *ratione temporis* limitations and reconstruct the consistent analytical structure that emerges from it. The final section addresses the debate on continuing acts and evaluates whether they operate, in the Court's case law, as an independent basis for bringing disputes within the Court's temporal jurisdiction.

II] The jurisdiction of the International Court of Justice

The jurisdiction of the International Court of Justice is not self-executing. Before the Court can proceed to the merits of any dispute, it must establish that it has the authority to hear the case. That authority rests on the consent of States—a consent that is often qualified, partial, or temporally bounded. Understanding how such limitations operate requires a prior account of the Court's jurisdictional framework. It should be noted at the outset that temporal or *ratione temporis* limitations are not unique to the jurisdiction of the International Court of Justice. Similar questions arise before other international courts and tribunals¹⁰, including regional human rights courts, international criminal tribunals¹¹, and arbitral bodies¹². This is largely because international adjudication is generally based on State consent, and that consent may be limited in scope, including through temporal limitations. Nevertheless, despite the broader relevance of the issue, this article is confined to temporal limitations in the jurisdiction of the

¹⁰ Nick GALLUS, *The Temporal Jurisdiction of International Tribunals* [online], Oxford, Oxford University Press, 2017, URL: <https://doi.org/10.1093/law/9780198791676.001.0001>

¹¹ The most recent cases at the Inter-American Court of Human Rights are: INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Case of Cley Mendes et al. (Chacina do Tapanã) v. Brazil*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 25, 2025. Series C No. 578; INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Case of Chirinos Salamanca et al. v. Venezuela*. Preliminary Objections. Judgment of August 21, 2025. Series C No. 562; INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Case of Da Silva et al. v. Brazil*. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 27, 2024. Series C No. 552.

¹² Eduardo SAVARESE, "BIT Clauses Bearing on the *Ratione Temporis* Jurisdiction of ICSID Tribunals. A Survey on the Constituent Elements of Investor-State Legal Disputes under BITs", *The Journal of World Investment & Trade* [online], vol. 10, no. 4, 2009, pp. 601-616, URL: <https://doi.org/10.1163/221190009X00321>

International Court of Justice. Although the Court's approach may at times resemble that of other international tribunals, this study does not seek to generalize its conclusions beyond the ICJ. For that reason, it is necessary first to examine the legal nature of the organ whose case law forms the subject of this study.

The International Court of Justice exercises two principal functions: the giving of advisory opinions and the adjudication of contentious disputes. Its advisory jurisdiction allows the Court to render legal opinions at the request of authorized organs and specialized agencies of the United Nations. Its contentious jurisdiction, by contrast, allows States to submit disputes to the Court for a binding decision¹³ and is therefore the function most relevant for present purposes.

In this context, jurisdiction refers to the Court's legal authority to hear a dispute¹⁴ and to issue a binding decision between the parties. This authority is derived principally from Article 36 of the Statute of the Court, which provides that *[t]he jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force*¹⁵. Jurisdiction is not only the legal basis of the Court's authority, but also a prerequisite for the examination of a case. It is therefore commonly addressed at the preliminary stage, particularly in the context of preliminary objections raised by States. In the absence of jurisdiction, the Court cannot proceed to the merits of the dispute¹⁶.

¹³ Shabtai ROSENNE; Malcolm N. SHAW, *Rosenne's Law and Practice of the International Court, 1920–2015*, Leiden; Boston, Brill Nijhoff, 2016, 5th ed., p. 544.

¹⁴ According to Article 36, disputes concerning the interpretation of treaties, questions of international law, the existence of facts that would constitute a breach of an international obligation, and the nature or extent of the reparation due for such a breach: INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, *ICJ Reports* 1963, pp. 33–34.

¹⁵ Article 36(1) of the Statute establishes that the Court's contentious jurisdiction "comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force." The provision therefore encompasses both the optional clause (Article 36(2)) and jurisdiction conferred by special agreement or compromissory clause. See: José María OLVERA AMADO, "Binding or Not? Determining the Legal Status in International Law of UN Security Council Resolutions", *Juris Gentium Law Review* [online], vol. 10, no. 1, Yogyakarta, Faculty of Law, Gadjah Mada University, September 11, 2024, URL: <https://doi.org/10.22146/jglrv10i1.13511>, p. 16.

¹⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan)*, Judgment, *ICJ Reports* 1972, p. 52, para. 13, August 18, 1972.

At that preliminary stage, the Court may also be required to consider the admissibility of the case. Although jurisdiction and admissibility are often raised together, they are distinct legal concepts. Jurisdiction concerns the Court's authority to hear the dispute, which depends on State consent. Admissibility, by contrast, concerns whether the claim is fit to be decided by the Court, even where jurisdiction exists. This distinction is reflected in Article 79 of the Rules of Court, which provides that *questions of jurisdiction and admissibility may be determined separately*¹⁷.

Admissibility should therefore be understood as a procedural concept separate from the Court's jurisdictional authority. Issues of admissibility may include, among others, standing¹⁸, *res judicata*, *lis pendens*¹⁹, and the exhaustion of local remedies²⁰. By contrast, the Court's contentious jurisdiction rests on three basic conditions: the parties must be States, they must have consented to the Court's jurisdiction, and the dispute must be legal in nature. Of these elements, consent is the decisive basis of the Court's authority, since it not only finds jurisdiction but also defines its scope. Temporal limitations must be understood within that framework.

III] Consent as a fundamental basis of ICJ jurisdiction

Because the Court's jurisdiction is founded on State consent, its scope is determined by the terms in which that consent is expressed.

1. *Forms of expressing consent*

State consent may be expressed through various international instruments, including optional declarations, compromissory clauses, special agreements, and *forum*

¹⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Rules of Court* (1978) [online], The Hague, International Court of Justice, April 14, 1978, as amended on September 29, 2005, URL: <https://www.icj-cij.org/rules> [accessed: April 4, 2026].

¹⁸ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries* [online], New York, United Nations, 2001, art. 42, URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

¹⁹ Vera GOWLLAND-DEBBAS, "The Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case", *American Journal of International Law* [online], vol. 88, no. 4, Washington, D.C., American Society of International Law, October 1994, p. 650, n. 78, URL: <https://doi.org/10.2307/2204134>

²⁰ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *op. cit.*, art. 44.

prorogatum. These mechanisms, codified primarily in Article 36 of the ICJ Statute, establish the legal framework within which States confer jurisdiction upon the Court. Each form of consent carries distinct legal implications and limitations, which makes careful differentiation necessary²¹.

Compromissory clauses are provisions included in bilateral or multilateral treaties through which States agree in advance to submit disputes arising from the interpretation or application of the treaty to the ICJ²². The inclusion of such clauses necessarily restricts the Court's jurisdiction to disputes connected with the substantive obligations set out in the treaty framework²³. The ICJ has referred to this limitation as the requirement of a *sufficient link* between the treaty and the dispute. As a result, the Court's adjudicatory competence is confined to matters governed by the treaty containing the compromissory clause, thereby ensuring that States remain bound only by the specific legal commitments they have voluntarily undertaken²⁴.

By contrast, an optional declaration represents a broader and more comprehensive form of consent. Under Article 36(2) of the ICJ Statute, States parties to the Statute may make a unilateral declaration recognizing the Court's jurisdiction as compulsory *ipso facto* and without the need for a specific agreement in each dispute.

A further method of granting jurisdiction to the ICJ is through special agreements or *compromis*, as provided for in Article 40(1) of the ICJ Statute. This mechanism enables parties to a dispute to agree expressly to submit their case to the Court through a *compromis*, which establishes the Court's jurisdiction

²¹ See Article 36, paras. 1 and 2 of the ICJ Statute, and cf. Article 36, para. 5, and Article 37 regarding the transfer of jurisdiction from the PCIJ to the ICJ: UNITED NATIONS, Statute of the International Court of Justice, annexed to the Charter of the United Nations, 26 June 1945. The Statute forms an integral part of the Charter; a commonly used treaty citation is 33 U.N.T.S. 993.

²² Christian J. TAMS, "The Continued Relevance of Compromissory Clauses as a Source of ICJ Jurisdiction", *SSRN Electronic Journal* [online], SSRN, June 3, 2009, URL: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1413722>

²³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation: 32 States Intervening)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 2024, p. 360, February 2, 2024.

²⁴ Enzo CANNIZZARO; Beatrice BONAFÉ, "Fragmenting International Law through Compromissory Clauses? Some Remarks on the Decision of the ICJ in the Oil Platforms Case", *European Journal of International Law* [online], vol. 16, no. 3, Oxford, Oxford University Press, June 1, 2005, pp. 481-497, URL: <https://doi.org/10.1093/ejil/chi127>

over a particular legal dispute. Unlike compromissory clauses, which derive from pre-existing treaties, special agreements are negotiated *ad hoc* and confer jurisdiction on the Court only for the case at hand. This method gives States a flexible means of dispute resolution, allowing them to determine both the precise legal issues they wish to submit for adjudication and the applicable legal framework.

Finally, *forum prorogatum* constitutes an exceptional mechanism for conferring jurisdiction upon the ICJ. This doctrine applies where one State unilaterally initiates proceedings before the Court and the respondent State subsequently consents to its jurisdiction. Unlike other forms of consent, *forum prorogatum* allows jurisdiction to be established after proceedings have already been instituted. This mechanism, also regulated under Article 40(1) of the ICJ Statute, operates as an exception to the general requirement that jurisdiction must be established before or at the time proceedings are instituted²⁵. By allowing States to recognize jurisdiction *post hoc*, *forum prorogatum* provides an avenue for dispute resolution even where no prior formal agreement existed, thereby expanding the Court's availability as a forum for legal adjudication.

These various forms of consent reflect the fundamental principle of consensual adjudication in international law. While compromissory clauses and optional declarations establish jurisdiction in advance, special agreements and *forum prorogatum* allow States to confer jurisdiction on a case-by-case basis. The scope and limits of the ICJ's jurisdiction therefore depend on the particular form of consent granted by States, reinforcing the continuing primacy of State sovereignty in the international legal order.

2. Legal limitations to consent

The principle of consent grants States not only the discretion to accept or decline the Court's jurisdiction, but also the ability to shape the specific terms and conditions under which that consent is given²⁶. As a result, States may impose limitations that

²⁵ Nneoma UDEARIRY, "Peaceful Settlement of International Disputes Assignment", *SSRN Electronic Journal* [online], SSRN, January 10, 2011, URL: <https://doi.org/10.2139/SSRN.2052487> [accessed: April 7, 2026].

²⁶ Stanimir A. ALEXANDROV, "Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice with Reservations: An Overview of Practice with a Focus on Recent Trends

restrict the Court's jurisdiction in a manner consistent with their legal and political interests²⁷.

Article 36(3) of the ICJ Statute expressly permits States to qualify for their acceptance of jurisdiction under the optional clause by introducing reservations. This discretionary power extends beyond optional-clause declarations and appears in consent granted through *compromis* and compromissory clauses. The broad latitude afforded to States in limiting the scope of their consent was already evident during the drafting of the United Nations Charter, during which negotiators did not consider it necessary to provide further clarification of this right in either the UN Charter or the ICJ Statute²⁸. The Court reaffirmed this principle in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, stating:

*In making the declaration, a State is free either to do so unconditionally and without a time limit or to qualify it with conditions or reservations. It may limit its effects to disputes arising after a certain date, specify how long the declaration shall remain in force, or determine what notice (if any) will be required for its termination*²⁹.

The terminology used to describe these limits is not uniform, since it depends on the instrument through which jurisdiction is conferred on the Court. For example, the term *reservations* may be appropriate in relation to optional-clause declarations, but it is not equally suitable for special agreements. For that reason, the broader term *limitations* is preferable for the purposes of this study. These limitations generally fall into three principal categories: *ratione temporis*, *ratione materiae*, and *ratione personae*³⁰.

and Cases", *Leiden Journal of International Law* [online], vol. 14, no. 1, Kluwer Law International, March 2001, pp. 89-124, URL: <https://doi.org/10.1017/S092215650100005X> [accessed: April 3, 2026].

²⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, ICJ Reports 2000, 12.

²⁸ UNITED NATIONS, *Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, 1945*, vol. XIII: Commission IV, Judicial Organization, London; New York, United Nations Information Organizations, 1945, p. 559.

²⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392, November 26, 1984.

³⁰ Marko BAUMERT, review of *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, by Stanimir A. Alexandrov, *Verfassung und Recht in Übersee (VRÜ)*, vol. 30, no. 2, Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 258.

Ratione personae limitations are designed to restrict the Court's jurisdiction with respect to particular States. They frequently operate based on reciprocity³¹, meaning that only States that have accepted the Court's jurisdiction under similar conditions may initiate proceedings against the reserving State. By contrast, *ratione materiae* limitations impose substantive restrictions by confining the Court's jurisdiction to particular subject matters or by excluding issues considered to fall within the domestic jurisdiction of the State³².

IV J The legal nature and function of *ratione temporis* limitations

As seen in the previous section, States have the discretionary power to shape their consent to the Court's jurisdiction in the manner that best suits them, and those limitations may be personal, material, or temporal. *Ratione temporis* limitations are commonly referred to as time clauses and, like other limitations, derive their legal basis from Article 36(3) of the ICJ Statute. These limitations serve as mechanisms for restricting the Court's jurisdiction in three ways: (1) establishing the date on which jurisdiction takes effect, (2) defining the conditions under which consent to jurisdiction may be withdrawn, and (3) determining the duration of a State's commitment to the Court's jurisdiction³³.

Temporal limitations on jurisdiction are most commonly applied to optional-clause declarations and compromissory clauses because, as seen in previous sections, these mechanisms inherently operate prospectively. Given that these instruments create forward-looking obligations, States have the authority to define the scope and applicability of those commitments. In this respect, the ICJ has recognized that *ratione temporis* limitations are legally binding if they reflect the clear and express intention of the State making the declaration:

³¹ Andreas ZIMMERMANN; Christian J. TAMS; Karin OELLERS-FRAHM; Christian TOMUSCHAT (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* [online], Oxford, Oxford University Press, 2019, 3rd ed., p. 772, URL: <https://doi.org/10.1093/law/9780198814894.001.0001>.

³² Gaetano ARANGIO-RUIZ, "The Plea of Domestic Jurisdiction Before the International Court of Justice: Substance or Procedure?", in Vaughan Lowe; Malgosia Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings* [online], Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 464, URL: <https://ssrn.com/abstract=2634502>.

³³ ZIMMERMANN et al., *op. cit.*, p. 772.

*Declarations of this kind may be, and often are, very specific. When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration.*³⁴

One of the most widely used techniques for restricting jurisdiction with *ratione temporis* limitations is the so-called *Belgian formula*. This approach was first introduced in Belgium's Declaration of 25 September 1925, which stated that: *Recognizing as compulsory ... the jurisdiction of the [Permanent] Court [of International Justice] ... in any disputes arising after the ratification of the present declaration with regard to situations or facts subsequent to this ratification*³⁵.

The Belgian formula was specifically designed to exclude from the Court's jurisdiction disputes concerning past events, ensuring that jurisdiction would apply only to situations or facts arising after the State's acceptance of compulsory jurisdiction. This approach has been widely adopted by States and has played a significant role in shaping the jurisprudence of both the Permanent Court of International Justice (PCIJ) and the ICJ. This is due not only to the fact that several States have reproduced the Belgian formula almost *verbatim* in their declarations, but also to the fact that most cases concerning *ratione temporis* limitations revolve around the same or very similar wording.

The first major case in which this type of temporal limitation was examined was *Phosphates in Morocco*, in which the PCIJ assessed the validity of a temporal limitation contained in a State's declaration under the optional clause. Since then, the ICJ has repeatedly addressed the scope and application of *ratione temporis* limitations in various cases, further refining the legal framework governing temporal restrictions on jurisdiction.

³⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, *I.C.J. Reports* 2006, p. 6, p. 33, February 3, 2006.

³⁵ Frans DE PAUW, "The So-called 'Belgian' Reservation to Acceptances of Compulsory Jurisdiction of the World Court", in Neri SYBESMA-Knol (ed.), *The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: A Turning Point?*, Brussels, Vrije Universiteit Brussel, 1991, p. 56.

V] ICJ criteria for determining *ratione temporis* jurisdiction

In cases involving *ratione temporis* limitations, the ICJ must assess whether the contested acts fall within the temporal parameters³⁶ established by the State's declaration of consent³⁷. For that reason, when a State objects to the Court's jurisdiction on the ground that the dispute falls outside those parameters, the Court must determine whether it has jurisdiction in light of the temporal limitation contained in the instrument conferring jurisdiction. In other words, it must examine whether jurisdiction exists under the specific instrument through which consent was given and under the temporal limitation attached to that consent.

In addressing *ratione temporis* objections, the Court does not appear to apply a rigid or uniform test. Its reasoning instead turns on a set of recurring considerations. The starting point is the temporal limitation contained in the instrument conferring jurisdiction, since the wording of that limitation defines the scope of the State's consent. The Court then examines the facts, situations, and claims before it to determine which elements are legally relevant to the dispute submitted and whether they fall within the temporal scope of that consent. In doing so, it may consider certain relevant dates, but chronology alone is not decisive. What matters is whether the claims brought before the Court are sufficiently connected to facts or situations occurring within the jurisdictional period, rather than to antecedent events lying outside it. In some cases, the Court also considers whether allegedly continuing conduct affects that analysis; however, such conduct does not by itself displace the temporal limits accepted by the parties. The case law therefore suggests not a fixed methodology, but a recurrent form of reasoning anchored in the terms of the jurisdictional instrument, the legally relevant facts or situations, and their connection to the claims submitted.

³⁶ Fernando L. BORDIN, "Jurisdiction Ratione Temporis Under a Compromissory Clause in the Context of State Succession", *British Yearbook of International Law*, vol. 84, 2015, pp. 209-231.

³⁷ Stanimir A. ALEXANDROV, *op. cit.*, p. 100.

1. *Analyze the language of the limitations ratione temporis*

As expressions of State consent, *ratione temporis* limitations must be interpreted in a manner that respects the intention³⁸ of the State concerned³⁹. Accordingly, any analysis of a *ratione temporis* limitation must give primary weight to the intention underlying the instrument in which that limitation is expressed. In other words, the central interpretative value lies in the intention manifested by the State when it gave its consent.

These limitations typically appear in two distinct legal instruments: optional declarations and compromissory clauses. While both mechanisms confer jurisdiction upon the Court, the ICJ has emphasized that their interpretation should follow different methodologies. Although it may seem that the rules of treaty interpretation under the Vienna Convention on the Law of Treaties⁴⁰ (VCLT) would apply uniformly, the Court has clarified that *an optional declaration is a sui generis instrument in international law, distinct from a treaty*⁴¹. By contrast, a compromissory clause containing a *ratione temporis* limitation is to be interpreted in accordance with the VCLT's rules of treaty interpretation⁴². In this respect, the Court has explicitly stated that *the regime governing the interpretation of declarations made under Article 36 of the Statute is not identical to that established for the interpretation of treaties by the Vienna Convention on the Law of Treaties*⁴³. While the VCLT may be applied by analogy, its provisions should be invoked only insofar as they are compatible with the *sui generis* character of a State's unilateral acceptance of the Court's jurisdiction⁴⁴.

As a general rule, the VCLT serves as a guiding framework for the interpretation of *ratione temporis* limitations. In the case of compromissory clauses, the VCLT applies directly, whereas in the

³⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, *I.C.J. Reports* 1998, p. 432, p. 441, para. 46, December 4, 1998.

³⁹ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, *The Case of the S.S. Lotus (France v. Turkey)*, Judgment, *P.C.I.J. Series A, No. 10*, p. 18, September 7, 1927.

⁴⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, arts. 31 and 32, 1155 UNTS 331.

⁴¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *op. cit.*

⁴² Vienna Convention on the Law of Treaties, *op. cit.*, art. 31.

⁴³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 1998, p. 275, p. 291, para. 30, June 11, 1998.

⁴⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *op. cit.*, p. 441, para. 46.

case of optional declarations, it may serve as a point of reference, albeit with certain limitations.

Following the Court's interpretative approach, State consent must be interpreted restrictively⁴⁵. The ICJ cannot exceed the limits imposed by the jurisdictional basis invoked by the parties to the dispute. As the Court has repeatedly affirmed, *jurisdiction only exists within the limits accepted*.⁴⁶ This fundamental principle underscores the need to adhere strictly to the scope of the limitation as defined by the State conferring jurisdiction.

In interpreting the intention underlying a *ratione temporis* limitation, the Court follows a structured methodology. The first step is an examination of the literal meaning of the words used in the limitation of consent. The second step involves considering the limitation within its broader legal and factual context. The third step is an assessment of the intention of the State at the time it accepted jurisdiction. This methodology bears some resemblance to the interpretative rules of the VCLT, but it is not identical to them.

With respect to the literal meaning, the Court has emphasized that a *ratione temporis* limitation *must be interpreted as it stands, having regard to the words actually used*.⁴⁷ Each limitation must therefore be interpreted *as it stands*⁴⁸ ensuring that the analysis remains within the natural and ordinary meaning of the terms employed. However, this interpretation must also be reasonable. The Court has stated that it must *interpret the relevant words of a declaration, including any limitation, in a natural and reasonable way, taking into account the intention of the State at the time it accepted the compulsory jurisdiction of the Court*.⁴⁹ Accordingly, the interpretation must strive for internal coherence and consistency, preserving the overall harmony of the legal text⁵⁰.

Beyond the literal meaning, the ICJ has underscored that the intention of the limiting State may be inferred not only from the wording of the relevant clause, but also from the broader legal and

⁴⁵ Stanimir A. ALEXANDROV, *op. cit.*, p. 100.

⁴⁶ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, *Phosphates in Morocco* (Italy v. France), Preliminary Objections, Judgment of 14 June 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 17.

⁴⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*, Preliminary Objection, Judgment, *I.C.J. Reports* 1952, p. 93, p. 105, July 22, 1952.

⁴⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1957, p. 9, p. 27, July 6, 1957.

⁴⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1978, p. 3, p. 29, para. 69, December 19, 1978.

⁵⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Anglo-Iranian Oil Co.*, *op. cit.*, p. 104.

political context in which the limitation was formulated. This analysis includes a review of the circumstances surrounding the State's decision to include the limitation and the objectives it sought to achieve. As the Court has stated, *The Court has not hesitated to place a certain emphasis on the intention of the depositing State.*⁵¹ Furthermore, in its jurisprudence, the Court has referred to a *decisive confirmation of the intention of the Government of Iran at the time when it accepted the compulsory jurisdiction of the Court.*⁵²

Once the scope of the limitation has been determined, the next step is to identify the relevant dates that establish the precise temporal boundaries within which the ICJ may exercise its jurisdiction.

2. Identify relevant dates

Determining the temporal limits of the Court's jurisdiction in contentious cases requires a careful examination of the parties' intention and of the specific way they have sought to restrict the Court's authority. As Judge Charlesworth has observed, *In the life of a dispute, two points in time are potentially important: the time of inception and the time of referral.*⁵³ *Inception* refers to the moment when the events giving rise to the dispute occurred, while *referral* denotes the date on which the dispute was formally submitted to the Court. These temporal markers are important in assessing the ICJ's jurisdiction, since they help establish the period within which the alleged violations must fall and whether the dispute comes within the scope of the Court's *ratione temporis* jurisdiction.

Within this analytical framework, the Court has identified three specific dates as critical to the assessment of *ratione temporis* jurisdiction. The first is the date on which the dispute itself arose, marking the point at which a disagreement between the parties crystallized into a legal dispute. The second is the date of the *situations or facts* giving rise to the dispute, with particular emphasis on the act allegedly constituting a violation of international law. The third is the date relevant to the rights invoked

⁵¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *op. cit.*, p. 454, para. 48.

⁵² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Anglo-Iranian Oil Co.*, *op. cit.*, p. 107.

⁵³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia)*, Preliminary Objections, Judgment, November 12, 2024, Separate Opinion of Judge Charlesworth.

as the basis of the dispute, which may have been affected by prior acts or legal frameworks predating the dispute itself.

Each of these dates plays a distinct role in the Court's jurisdictional analysis. The temporal relationship between them may determine whether the ICJ has jurisdiction over a dispute. The Court has consistently reaffirmed that it cannot exercise jurisdiction retroactively over disputes concerning facts or legal situations that occurred before the critical date established by the parties' consent. Accordingly, the identification and legal characterization of these dates are essential to defining the temporal scope within which the Court may adjudicate a case, while ensuring compliance with the *ratione temporis* limitations established by the parties.

a. On the date of the dispute itself

The existence of a dispute⁵⁴ is a fundamental prerequisite⁵⁵ for the Court's jurisdiction and forms the basis of its contentious proceedings⁵⁶, as the Court has underscored by stating that *the existence of a dispute between the parties is a condition of the Court's jurisdiction*.⁵⁷ The Court has also affirmed that a dispute must be identified through the *constituent elements* that

⁵⁴ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom)*, Judgment, P.C.I.J. Series A, No. 2, p. 11, August 30, 1924. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962, p. 319, p. 328, December 21, 1962. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, February 20, 1969. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Certain Property (Liechtenstein v. Germany)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 6, February 10, 2005. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, December 19, 2005. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 833, October 5, 2016.

⁵⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, February 3, 2012.

⁵⁶ Ori POMSON, "The Obligations Concerning Negotiations Cases and the 'Dispute' Requirement in the International Court of Justice", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* [online], vol. 16, no. 3, Brill Nijhoff, 2017, pp. 373-397, URL: <https://doi.org/10.1163/15718034-12341357>.

⁵⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I), p. 26, para. 50, March 17, 2016.

characterize it⁵⁸. A valid dispute must involve: (1) a genuine disagreement⁵⁹; (2) a dispute that exists at the relevant time⁶⁰; (3) a matter involving legal rather than purely political questions⁶¹; and (4) objective awareness⁶² on the part of the respondent State⁶³ before proceedings are initiated⁶⁴.

The Court has further clarified that the critical date of a dispute must be established by demonstrating that *before the filing of the application, a dispute had arisen*.⁶⁵ This requires identifying the moment at which the parties [hold] clearly opposite views concerning the question of the performance or non-performance of

⁵⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1960, p. 6, p. 32, April 12, 1960.

⁵⁹ Described as a "conflict of legal views or interests", that is substantive and persistent; PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, *Readaptation of the Mavrommatis Jerusalem Concessions (Greece v. United Kingdom)*, Jurisdiction, Judgment, *P.C.I.J. Series A*, No. 11, p. 18, October 10, 1927; PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)*, Merits, Judgment No. 7, 25 May 1926, *P.C.I.J., Series A*, No. 7; INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 2016 (II), Separate Opinion of Judge Owada, p. 881.

⁶⁰ This requirement excludes hypothetical or potential disputes that lack a defined legal opposition; Christoph SCHREUER, "What Is a Legal Dispute?", in Isabelle Buffard; James Crawford; Alain Pellet; Stephan Wittich (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner* [online], Brill, 2008, p. 959, URL: <https://brill.com/content/books/10.1163/ej.9789004167278.v-1086.295>.

⁶¹ The defining characteristic of a dispute, therefore, is a "conflict of legal views," necessitating that the parties frame their positions in terms of legal rights and obligations; ZIMMERMANN et al., *op. cit.*, p. 724.

⁶² The Court has articulated this requirement through the "objective awareness"; Alina MIRON, "Establishing the existence of a dispute before the International Court of Justice: Between formalism and verbalism", *Questions of International Law* [online], no. 45, 2017, p. 43, URL: <https://www.qil-qdi.org/establishing-the-existence-of-a-dispute-before-the-international-court-of-justice-between-formalism-and-verbalism/>.

⁶³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Marshall Islands v. United Kingdom*, *op. cit.*, p. 833.

⁶⁴ In the Marshall Islands case, for instance, the Marshall Islands sought to bring claims against multiple States, but the Court determined that no clear dispute existed with any of them; Aniruddha RAJPUT, "Necessity of 'objective awareness' for the 'existence of dispute'", *Indian Journal of International Law* [online], vol. 58, nos. 1-2, 2018, pp. 85-109, URL: <https://doi.org/10.1007/S40901-018-0091-X>.

⁶⁵ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, *Case of the Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Belgium v. Bulgaria)*, Preliminary Objection, Judgment, *P.C.I.J. Series A/B*, No. 77, p. 83, April 4, 1939.

certain international obligations⁶⁶, or, more generally, when they adopt clearly defined legal positions against each other. Moreover, the Court has specified that incidental events which do not give rise to direct legal opposition should be excluded from the determination of the dispute's critical date⁶⁷. The relevant date is established only once a conflict of legal views between the parties has materialized.

For that reason, determining the date of the dispute is particularly significant in cases involving temporal limitations. The first key date in the analysis of *ratione temporis* limitations is the date on which the dispute arises. However, the date on which the dispute arises does not, by itself, establish the Court's jurisdiction. A dispute may stem from events or legal situations that predate the formal articulation of conflicting legal positions. It is therefore necessary to consider not only the date on which those positions were explicitly adopted, but also the antecedent events that gave rise to the disagreement.

b. On the date of the rights claimed as the basis of the dispute

The determination of *ratione temporis* jurisdiction before the Court requires not only establishing when the dispute arose but also identifying the date on which the rights invoked by the applicant State were created⁶⁸. The existence of an allegedly violated right must be verified, and its source must be identifiable within the framework of international law. In *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, the Court introduced the concept of the *source of the rights claimed*⁶⁹ referring to the point in time at which the relevant legal rights were established. Those rights must derive from valid sources of international law, as reflected in Article 38 of the ICJ Statute⁷⁰. Their relevance to the dispute does not lie in the fact that they themselves gave rise to the dispute⁷¹, but in the fact

⁶⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Right of Passage over Indian Territory*, *op. cit.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, *Yearbook of the International Law Commission* 2001, vol. II (Part Two), p. 26.

⁶⁹ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, *Case of the Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, *op. cit.*, p. 83.

⁷⁰ *Statute of the International Court of Justice*, *op. cit.*

⁷¹ Gergana GOZANSKA, "The Judgment of the Case Concerning the Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Belgium v. Bulgaria) in the Practice of the International Court of Justice", *De Jure* [online], no. 1, 2019, p. 102, URL: [https://journals.uni-
vt.bg/dejure/eng/vol10/iss1/art14](https://journals.uni-
vt.bg/dejure/eng/vol10/iss1/art14) [accessed: April 9, 2026].

that they constitute the legal basis of the obligations whose alleged breach is later invoked before the Court.

The legal significance of this date lies in the fact that the rights in question must already exist before any act or omission can be alleged to have violated them⁷². A legal situation that is still undefined cannot, by itself, serve as the basis of a justiciable claim.

The date on which the right was established is therefore significant because it marks the origin of the obligations invoked by a State when alleging non-compliance by another State. However, this is not, in itself, the decisive date for determining whether the dispute falls within the temporal limitation. Nor does it determine the date of the dispute. The mere existence of rights or obligations does not, by itself, generate a dispute.

c. On the date of the situations or facts that led to the conflict

As noted above, several dates may be relevant in a *ratione temporis* analysis. However, neither the date on which the dispute arose nor the date on which the invoked rights came into existence is, by itself, decisive for determining whether the Court has jurisdiction under a temporal limitation. For that purpose, the crucial date is that of the *fait générateur*, namely, the date on which the *situations or facts* giving rise to the dispute occurred.

This date is crucial because it identifies the moment at which the alleged breach of an obligation began. Temporal limitations are intended to restrict the Court's jurisdiction to disputes arising out of situations or facts occurring after the entry into force of the optional declaration or of the treaty containing the compromissory clause⁷³. Determining that date therefore requires an examination of the nature of the dispute and of its relationship to the relevant situations or facts.

i. The dispute presented to the Court

A central difficulty in determining the Court's jurisdiction lies in identifying the situations or facts that constitute the true origin of the dispute. As the Court has repeatedly made clear, temporal limitations exclude disputes rooted in past events, so that only disputes connected to legally relevant situations or facts arising

⁷² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Certain Property (Liechtenstein v. Germany)*, *op. cit.*

⁷³ Jorun BAUMGARTNER, "Jurisdiction *Ratione Temporis*", in *Treaty Shopping in International Investment Law* [online], Oxford, Oxford University Press, 2016, URL: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198787112.003.0007>.

after the critical date may be adjudicated⁷⁴. At the same time, the mere existence of earlier events is not enough. The decisive question is whether there is a sufficiently direct relationship between those events and the dispute actually submitted to the Court.

The Court has interpreted *situations or facts* broadly as referring to *all the different factors capable of giving rise to a dispute*.⁷⁵ Yet their identification must be precise. What matters is not the whole legal and factual background, but the specific circumstances that directly generated the dispute before the Court⁷⁶. The task, therefore, is to isolate the acts or facts that constitute the real cause of the dispute.

ii. Link between the dispute and the situations or facts

Because the Court may adjudicate only the dispute submitted by the parties, a clear causal nexus⁷⁷ between that dispute and the relevant situations or facts is essential. Otherwise, an unlimited chain of causations could be invoked, thereby undermining the function of temporal limitations.

This point appears clearly in the Court's case law. In *Right of Passage over Indian Territory*, the Court held that although tensions between India and Portugal had existed for many years, those earlier circumstances did not in themselves constitute the dispute⁷⁸. The dispute arose only when Portugal was denied passage, since that was the act directly connected with the claim before the Court.

A similar approach was followed in *Jurisdictional Immunities of the State*. There, the Court distinguished between the wartime acts that formed the historical background to the case and the Italian judicial decisions that were the immediate source of the dispute submitted to it. The decisive factor, the Court explained, was the content of *the claims submitted to the Court*. Germany's complaint did not concern the legality of the wartime conduct as such, but the alleged denial of Germany's immunity by Italian courts. The relevant *situations or facts* were therefore the judicial decisions, not the earlier events of the Second World War⁷⁹.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Certain Property*, *op. cit.*

⁷⁷ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Phosphates in Morocco*, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Right of Passage over Indian Territory*, *op. cit.*

⁷⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Jurisdictional Immunities of the State*, *op. cit.*

This approach reflects a broader principle stated by the Permanent Court in *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*: it is true that a dispute may presuppose the existence of some prior situations or facts, but it does not follow that the dispute arises with regard to that situation or those facts⁸⁰. A situation or fact must be the real cause of the dispute, not merely part of its background. If the act invoked is not directly connected with the subject matter of the application, it cannot serve as the *fait générateur* for jurisdictional purposes.

The requirement for a direct connection between the dispute and the relevant situations or facts is also reflected in the Court's broader case law. In *Asylum*, although the issue did not arise in the context of a temporal limitation, the Court emphasized that the connection between the acts invoked and the legal conditions at issue must be sufficiently direct⁸¹. This reasoning is particularly relevant in *ratione temporis* analysis, since it prevents the identification of remote or background events as the true *fait générateur* of the dispute.

A more direct application of this logic appears in *Jurisdictional Immunities of the State*. There, the Court distinguished between the wartime acts forming the historical background of the case and the Italian judicial decisions that constituted the situations or facts giving rise to the dispute before it. The decisive question was not the existence of earlier wrongful conduct, but whether the claims submitted to the Court were directly connected to acts falling within the relevant jurisdictional framework. On that basis, the Court treated the Italian judicial decisions, rather than the events of the Second World War, as the relevant facts for jurisdictional purposes.

The same idea also limits the relevance of subsequent acts (*faits subséquents*). Acts that merely follow from an earlier legal situation do not automatically become the *fait générateur* of a new dispute⁸². The key question is whether the act invoked is directly connected with the subject matter of the application and whether it is the act that actually gave rise to the dispute.

⁸⁰ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, *Case of the Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, *op. cit.*

⁸¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Asylum (Colombia v. Peru)*, Judgment, 20 November 1950, I.C.J. Reports 1950, p. 266.

⁸² *Ibid.*

iii. Confirm the novelty of the situation or fact

A final step in the analysis is to determine whether the alleged fact constitutes a genuinely new legal situation or merely reflects the continuation of an existing position. This question matters because a State cannot bring within the Court's temporal jurisdiction a dispute that is, in substance, only the continuation of an earlier one⁸³.

In *Certain Property*, the Court addressed this issue directly. Liechtenstein relied on later proceedings involving a Liechtenstein national as the event giving rise to a new dispute. The Court rejected that characterization, noting that similar proceedings had already been brought under the same legal framework against German nationals. The later act did not reflect a substantive change in legal position; it was only an application of an already existing position⁸⁴. For that reason, it could not be treated as the real cause of a new dispute for jurisdictional purposes.

Accordingly, minor procedural variations, differences in the identity of the affected individuals, or later acts merely confirming an earlier legal position⁸⁵ are not enough. What is required is a sufficiently new factual or legal element capable of giving rise to a distinct dispute within the temporal limits accepted by the parties.

VI] Prolongation of situations and continuous acts

The Court's *ratione temporis* analysis is centred on the situations or facts giving rise to the dispute. A further question within that framework concerns the treatment of conduct that began before the critical date but is alleged to have continued beyond it⁸⁶. This question is significant because international law recognizes that certain wrongful acts may extend over time. Article 14(2) of the International Law Commission's Articles on State Responsibility provides that the breach of an international obligation by an act having a continuing character extends over the

⁸³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Certain Property (Liechtenstein v. Germany)*, *op. cit.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Sungjin KANG, "Jurisdictional Objections and Defenses (Ratione Personae, Ratione Materiae, and Ratione Temporis)", in Julien Chaisse; Leila Choukroune; Sufian Jusoh (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy* [online], Singapore, Springer, 2021, p. 1, URL: https://doi.org/10.1007/978-981-13-3615-7_67

entire period during which the act continues and remains not in conformity with that obligation⁸⁷.

A continuing wrongful act must, however, be distinguished from both the continuing effects of a completed act and a composite act. A completed or instantaneous act may continue to produce legal or factual effects after the moment of its commission, but that persistence does not by itself transform it into a continuing violation. By contrast, a continuing wrongful act remains in breach for as long as the conduct itself persists⁸⁸. A composite act is different again: it is made up of a series of actions or omissions which, taken together, amount to a wrongful act⁸⁹. This distinction is essential in the present context, because the mere prolongation of the effects of an earlier act cannot, without more, bring a dispute within the temporal scope of the Court's jurisdiction⁹⁰.

This distinction has been recognized more clearly in the practice of other international tribunals⁹¹, particularly in relation to enforced disappearances. In such cases, the violation is understood as continuing for as long as the fate or whereabouts of the person remain unclarified⁹². For present purposes, however, the relevant issue is narrower. The question is not whether international law recognizes continuing or composite wrongful acts in the abstract, but whether, and to what extent, such characterizations may affect the Court's jurisdiction when a *ratione temporis* limitation applies.

One useful way to approach the issue is to examine, first, the nature of the obligation allegedly breached; second, the temporal dimension of the breach in light of the remedy sought, particularly whether cessation would be required; and third, whether the impugned conduct may properly be regarded as

⁸⁷ Antoine BUYSE, "A Lifeline in Time – Non-Retroactivity and Continuing Violations under the ECHR", *Nordic Journal of International Law* [online], vol. 75, no. 1, Brill, 2006, p. 75, URL: <https://doi.org/10.1163/157181006778530803>

⁸⁸ James CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

⁸⁹ Abdullah ELHABEEB Elmahjoub, "Unlawful Act Having a Continuing Character In the Context of State Responsibility", *Sultan Qaboos University Legal Studies Journal* [online], vol. 1, no. 1, 2022, URL: <https://doi.org/10.61191/squlsj.v1i1.4970>

⁹⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Phosphates in Morocco*, *op. cit.*, p. 17.

⁹¹ Borzu SABAH; Noah RUBINS; Don WALLACE, "Jurisdiction *Ratione Temporis*", in *Investor-State Arbitration*, 2nd ed. [online], Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 412-431, URL: <https://doi.org/10.1093/law/9780198755760.003.0012>

⁹² Stéphane BOURGON, "Jurisdiction *Ratione Temporis*", in Antonio Cassese; Paola Gaeta; John RWD Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* [online], Oxford, Oxford University Press, 2002, URL: <https://doi.org/10.1093/law/9780199243129.003.0026>

persisting over time, or whether only its effects continue. These considerations help distinguish cases in which the wrongful conduct itself remains ongoing from those in which the legally relevant act was completed before the critical date and only its consequences persisted thereafter.

The first significant case in which this issue arose before the Court was *Phosphates in Morocco*. Italy argued that, although some acts had occurred before the critical date, their effects continued beyond that point and therefore fell within the Court's jurisdiction. It further contended that certain acts occurring after the critical date, when viewed together with the earlier conduct, formed a composite and continuing unlawful situation.

The Court rejected that argument. It held that the material facts giving rise to the dispute—most notably the administrative measures concerning phosphate exploitation—had occurred before the critical date established by France's declaration. In the Court's view, the later consequences of those measures did not alter the temporal character of the dispute. What mattered was not the persistence of the effects of the earlier acts, but the date on which the relevant situations or facts had occurred. The case is therefore significant not because the Court denied in the abstract that wrongful conduct may continue over time, but because it refused to equate the continued effects of earlier acts with a continuing wrongful act capable of founding jurisdiction.

The question reappeared more recently in *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia)*. There, the Court adopted a more nuanced position. It expressly acknowledged that certain violations of the Convention might be committed through acts of a continuing or composite nature. At the same time, it emphasized that determining whether such acts existed in fact required an examination of the merits and could not be resolved conclusively at the jurisdictional stage alone. As the Court observed:

The Court notes that violations of certain obligations under CERD may be committed through acts of a continuing or composite nature. To decide on Azerbaijan's claim, the Court needs to determine first whether there is sufficient evidence to establish that there existed a systematic campaign of ethnic cleansing launched by Armenia against Azerbaijan during the relevant period and, if so, whether there were continuing or composite wrongful acts for which Armenia should be held responsible under CERD. These issues are for the merits. At the present stage, all the

*Court is required to decide is to what extent, ratione temporis, the Court has jurisdiction over such alleged conduct.*⁹³

That passage is important for two reasons. First, it shows that the Court does not treat the mere allegation of a continuing wrongful act as sufficient to establish jurisdiction. Second, it confirms that the existence and legal characterization of continuing or composite conduct may depend on factual and legal assessments that properly belong to the merits stage.

The Court further clarified that, if it were later established on the merits that a continuing or composite wrongful act had begun before the critical date and continued thereafter, the respondent State's responsibility could be engaged in respect of conduct occurring after the date on which the relevant obligations became binding between the parties. At the same time, this would not prevent the Court from considering pre-critical-date facts insofar as they were relevant to the assessment of conduct occurring after the jurisdictional cut-off. In that respect, the Court's reasoning is consistent with the approach reflected in the ILC's Articles on State Responsibility, particularly the distinction between the temporal existence of the wrongful act and the temporal scope of responsibility arising from it⁹⁴.

The case law therefore supports a more limited conclusion than is sometimes suggested. It does not establish that continuing acts operate as an autonomous basis for extending the Court's jurisdiction beyond the temporal limits accepted by the parties. Rather, it indicates that pre-critical-date facts are not always irrelevant, and that genuinely continuing or composite wrongful conduct may engage responsibility for the period during which the relevant obligation is in force. But that possibility does not displace the central role of State consent, nor does it permit the mere continuing effects of an earlier act to be recast as a new jurisdictional basis. The Court's jurisprudence thus reflects a structural tension that has thus far declined to resolve: between the logic of State responsibility, which treats certain violations as continuing for as long as the wrongful conduct persists, and the logic of consensual jurisdiction, which anchors the Court's authority in the terms of the parties' consent. *Azerbaijan v. Armenia* clarified that the temporal characterization of continuing or composite conduct may require merits-stage analysis, but it did not resolve the

⁹³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Azerbaijan v. Armenia*), *op. cit.*

⁹⁴ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, *op. cit.*

underlying tension. Whether the Court will, in future cases, develop a more explicit framework for integrating the two logics remains an open question—and the most significant doctrinal problem left unaddressed by its current approach.

VII] Conclusion

This article has examined how the International Court of Justice determines whether a dispute falls within *ratione temporis* limits derived from State consent, and what place, if any, continuing acts may occupy within that analysis. Its central claim has not been that the Court has articulated a single express test, but rather that its case law discloses a consistent analytical structure that allows a more precise reconstruction of its approach. The value of that reconstruction lies in showing that questions of temporal jurisdiction are not resolved through chronology alone, nor through abstract formulae, but through a structured inquiry shaped by the terms of consent, the nature of the dispute, and the legal relevance of the facts invoked.

The starting point of that inquiry is the jurisdictional instrument itself. Because the Court's authority rests on State consent, the temporal scope of its jurisdiction depends on the terms in which that consent has been expressed. In that sense, *ratione temporis* limitations are not external qualifications added to an otherwise complete jurisdictional title; they form part of the very definition of the Court's competence. The jurisprudence also makes clear that such limitations cannot be interpreted without regard to the legal form through which consent has been given. The distinction between optional declarations and compromissory clauses is therefore not merely formal. It shapes the interpretative framework within which temporal limitations are read and, ultimately, the degree of emphasis placed on the text, context, and intention of the State or States concerned.

At the same time, the case law shows that the Court's analysis does not end with the interpretation of the jurisdictional clause. The identification of relevant dates is necessary, but not all dates perform the same function. The date on which the dispute was crystallized and the date on which the rights invoked came into existence may both assist in clarifying the structure of the case, yet neither is, by itself, determinative of jurisdiction. The more exacting question concerns the situations or facts that gave rise to the dispute. It is here that the notion of the real cause of the dispute becomes central. The jurisprudence examined in this article indicates that the Court does not ask simply whether earlier events

formed part of the historical background of the claim, nor whether the dispute would have arisen but for those events. What matters is whether the situations or facts invoked are directly connected to the claims submitted to the Court in such a way that they can properly be regarded as the juridically relevant origin of the dispute.

This requirement of direct connection performs a limiting function of considerable importance. It prevents *ratione temporis* restrictions from being neutralized by broad causal narratives that transform historical background into jurisdictionally operative fact. It also explains why the Court has been reluctant to treat later repetitions, procedural developments, or the continued application of an already established legal position as sufficient, without more, to generate a distinct dispute within the temporal limits accepted by the parties. In this respect, the jurisprudence suggests that temporal jurisdiction depends not on the mere sequence of events, but on the legal characterization of those events in relation to the dispute actually before the Court.

The question of continuing acts introduces a further layer of complexity. The analysis undertaken here does not support the proposition that continuing conduct operates as an autonomous basis for overcoming temporal limits. The earlier case law, particularly *Phosphates in Morocco*, shows the Court's refusal to equate the continuing effects of an earlier act with a continuing wrongful act capable of founding jurisdiction. More recent jurisprudence, however, indicates a more careful position. In *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia)*, the Court accepted that certain alleged violations might be of a continuing or composite nature, while at the same time emphasizing that their legal characterization may depend on issues more properly examined at the merits stage. The significance of that development should not be overstated. It does not displace the centrality of consent, nor does it dilute temporal limitations. What it does suggest is that pre-critical-date facts may retain legal relevance where they bear upon conduct continuing after the critical date, and that the boundary between jurisdiction and merits may, in some cases, become analytically delicate.

The contribution of this article lies in making that underlying structure more visible. By reading the Court's decisions together, rather than treating them as isolated responses to particular facts, the article has sought to identify the considerations that recur across the jurisprudence: the interpretation of the jurisdictional instrument, the distinction between different legally relevant dates,

the identification of the real cause of the dispute, and the insistence on a direct connection between that cause and the claims submitted. It is in that combination, rather than in any single formula, that the Court's approach to *ratione temporis* jurisdiction is best understood. The same analysis also helps clarify the limited space within which arguments based on continuing conduct may be sustained, without allowing them to unsettle the temporal framework established by the parties themselves.

The present study leaves open several questions that merit further examinations. One concerns the precise relationship between *ratione temporis* objections and the distinction between jurisdiction and merits. The Court's recent treatment of continuing and composite conduct suggests that, in some cases, the temporal characterization of the alleged wrongful act cannot be resolved entirely at the preliminary stage without anticipating aspects of the merits. A second question concerns the extent to which the Court's treatment of continuing conduct converges with, or departs from, the approach adopted by other international tribunals. A third line of inquiry concerns the relationship between the notion of the real cause of the dispute and the broader jurisprudence on the identification of the subject matter of disputes.

Bibliography

- AKANDE, D., "Selection of the International Court of Justice as a Forum for Contentious and Advisory Proceedings (Including Jurisdiction)", *Journal of International Dispute Settlement* [online], vol. 7, no. 2, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 320-344, URL: <https://doi.org/10.1093/jnlids/idw011> [accessed: April 10, 2026].
- ALEXANDROV, Stanimir A., "Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice with Reservations: An Overview of Practice with a Focus on Recent Trends and Cases", *Leiden Journal of International Law* [online], vol. 14, no. 1, s/place of publication, Kluwer Law International, 2001, pp. 89-124, URL: <https://doi.org/10.1017/S092215650100005X> [accessed: April 10, 2026].
- ALEXANDROV, Stanimir A., "The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: How Compulsory Is It?", *Chinese Journal of International Law* [online], vol. 5, no. 1, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 29-38, URL: <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jml008> [accessed: April 10, 2026].
- ARANGIO-RUIZ, Gaetano, "The Plea of Domestic Jurisdiction Before the International Court of Justice: Substance or Procedure?", in Vaughan Lowe; Malgosia Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings* [online], Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 440-464, URL: <https://ssrn.com/abstract=2634502> [accessed: April 10, 2026].

BAUMERT, Marko, review of *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, by Stanimir A. Alexandrov, *Verfassung und Recht in Übersee (VRÜ)*, vol. 30, no. 2, Baden-Baden, Nomos, 1997, pp. 258-259.

BAUMGARTNER, Jorun, "Jurisdiction Ratione Temporis", in *Treaty Shopping in International Investment Law* [online], Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 166-201, URL: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198787112.003.0007> [accessed: April 10, 2026].

BORDIN, Fernando L., "Jurisdiction Ratione Temporis Under a Compromissory Clause in the Context of State Succession", *British Yearbook of International Law*, vol. 84, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 209-231.

BOURGON, Stéphane, "Jurisdiction Ratione Temporis", in Antonio Cassese; Paola Gaeta; John RWD Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* [online], Oxford, Oxford University Press, 2002, URL: <https://doi.org/10.1093/law/9780199243129.003.0026> [accessed: April 10, 2026].

BUYSE, Antoine, "A Lifeline in Time – Non-Retroactivity and Continuing Violations under the ECHR", *Nordic Journal of International Law* [online], vol. 75, no. 1, s/place of publication, Brill, 2006, pp. 63-76, URL: <https://doi.org/10.1163/157181006778530803> [accessed: April 10, 2026].

CANNIZZARO, Enzo; Bonafé, Beatrice, "Fragmenting International Law through Compromissory Clauses? Some Remarks on the Decision of the ICJ in the Oil Platforms Case", *European Journal of International Law* [online], vol. 16, no. 3, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 481-497, URL: <https://doi.org/10.1093/ejil/chi127> [accessed: April 10, 2026].

CRAWFORD, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

CUÉLLAR, M.-F.; Hathaway, O. A., "The International Court of Justice's Balancing Act" [online], s/place of publication, Carnegie Endowment for International Peace, 2024, URL: <https://carnegieendowment.org/posts/2024/01/the-international-court-of-justices-balancing-act> [accessed: April 10, 2026].

DE PAUW, Frans, "The So-called 'Belgian' Reservation to Acceptances of Compulsory Jurisdiction of the World Court", in Neri Sybesma-Knol (ed.), *The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: A Turning Point?*, Brussels, Vrije Universiteit Brussel, 1991, pp. 51-56.

ELMAHJOUB, Abdullah Elhabeeb, "Unlawful Act Having a Continuing Character in the Context of State Responsibility", *Sultan Qaboos University Legal Studies Journal* [online], vol. 1, no. 1, s/place of publication, Sultan Qaboos University, 2022, URL: <https://doi.org/10.61191/squlsj.v1i1.4970> [accessed: April 10, 2026].

GALLUS, Nick, *The Temporal Jurisdiction of International Tribunals* [online], Oxford, Oxford University Press, 2017, URL:

<https://doi.org/10.1093/law/9780198791676.001.0001> [accessed: April 10, 2026].

GOWLLAND-DEBBAS, Vera, "The Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case", *American Journal of International Law* [online], vol. 88, no. 4, Washington, D.C., American Society of International Law, 1994, pp. 643-677, URL: <https://doi.org/10.2307/2204134> [accessed: April 10, 2026].

GOZANSKA, Gergana, "The Judgment of the Case Concerning the Electricity Company of Sofia and Bulgaria (Belgium v. Bulgaria) in the Practice of the International Court of Justice", *De Jure* [online], no. 1, 2019, pp. 102-108, URL: <https://journals.uni-vt.bg/dejure/eng/vol10/iss1/art14> [accessed: April 10, 2026].

HERNÁNDEZ, G., "The History and Nature of International Law", in *International Law* [online], Oxford, Oxford University Press, 2019, ch. 1, URL: <https://doi.org/10.1093/HE/9780198748830.003.0001> [accessed: April 10, 2026].

KANG, Sungjin, "Jurisdictional Objections and Defenses (Ratione Personae, Ratione Materiae, and Ratione Temporis)", in Julien Chaisse; Leïla Choukroune; Sufian Jusoh (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy* [online], Singapore, Springer, 2021, URL: https://doi.org/10.1007/978-981-13-3615-7_67 [accessed: April 10, 2026].

MASOUD, D., "The Effectiveness of International Law in Resolving International Armed Conflicts", *Journal of Law, Policy and Globalization* [online], vol. 91, s/place of publication, International Institute for Science, Technology and Education, 2019, pp. 117-129, URL: <https://doi.org/10.7176/JLPG/91-15> [accessed: April 10, 2026].

MIRON, Alina, "'Establishing the Existence of a Dispute before the International Court of Justice': Between Formalism and Verbalism", *Questions of International Law* [online], no. 45, 2017, URL: <https://www.qil-qdi.org/establishing-the-existence-of-a-dispute-before-the-international-court-of-justice-between-formalism-and-verbalism/> [accessed: April 10, 2026].

ODA, Shigeru, "The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice: A Myth? A Statistical Analysis of Contentious Cases", *International and Comparative Law Quarterly* [online], vol. 49, no. 2, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 251-277, URL: <https://doi.org/10.1017/S0020589300064150> [accessed: April 10, 2026].

OLVERA AMADO, José María, "Binding or Not? Determining the Legal Status in International Law of UN Security Council Resolutions", *Juris Gentium Law Review* [online], vol. 10, no. 1, Yogyakarta, Faculty of Law, Universitas Gadjah Mada, 2024, pp. 13-37, URL: <https://doi.org/10.22146/jglr.v10i1.13511> [accessed: April 10, 2026].

POMSON, Ori, "The Obligations Concerning Negotiations Cases and the 'Dispute' Requirement in the International Court of Justice", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* [online], vol. 16, no. 3, s/place of publication, Brill Nijhoff, 2017, pp. 373-397, URL: <https://doi.org/10.1163/15718034-12341357> [accessed: April 10, 2026].

RAJPUT, Aniruddha, "Necessity of 'Objective Awareness' for the 'Existence of Dispute'", *Indian Journal of International Law* [online], vol.

58, nos. 1-2, s/place of publication, Springer, 2018, pp. 85-109, URL: <https://doi.org/10.1007/S40901-018-0091-X> [accessed: April 10, 2026].

ROSENNE, Shabtai; Shaw, Malcolm N., *Rosenne's Law and Practice of the International Court, 1920–2015*, Leiden; Boston, Brill Nijhoff, 2016, 5th ed. SABAHI, Borzu; Rubins, Noah; Wallace, Don, "Jurisdiction *Ratione Temporis*", in *Investor-State Arbitration*, 2nd ed. [online], Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 412-431, URL: <https://doi.org/10.1093/law/9780198755760.003.0012> [accessed: April 10, 2026].

SAVARESE, Eduardo, "BIT Clauses Bearing on the *Ratione Temporis* Jurisdiction of ICSID Tribunals. A Survey on the Constituent Elements of Investor-State Legal Disputes under BITs", *The Journal of World Investment & Trade* [online], vol. 10, no. 4, s/place of publication, Brill, 2009, pp. 601-616, URL: <https://doi.org/10.1163/221190009X00321> [accessed: April 10, 2026].

SCHREUER, Christoph, "What Is a Legal Dispute?", in Isabelle Buffard; James Crawford; Alain Pellet; Stephan Wittich (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner* [online], Leiden, Brill, 2008, pp. 959-980, URL: <https://brill.com/content/books/10.1163/ej.9789004167278.v-1086.295> [accessed: April 10, 2026].

TAMS, Christian J., "The Continued Relevance of Compromissory Clauses as a Source of ICJ Jurisdiction", *SSRN Electronic Journal* [online], s/place of publication, SSRN, 2009, URL: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1413722> [accessed: April 10, 2026].

UDEARIRY, Nneoma, "Peaceful Settlement of International Disputes Assignment", *SSRN Electronic Journal* [online], s/place of publication, SSRN, 2011, URL: <https://doi.org/10.2139/SSRN.2052487> [accessed: April 10, 2026].

ZIMMERMANN, Andreas; Tams, Christian J.; Oellers-Frahm, Karin; Tomuschat, Christian (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* [online], Oxford, Oxford University Press, 2019, 3rd ed., URL: <https://doi.org/10.1093/law/9780198814894.001.0001> [accessed: April 10, 2026].

Cases of International Courts

Inter-American Court of Human Rights, *Case of Chirinos Salamanca et al. v. Venezuela*. Preliminary Objections. Judgment of August 21, 2025. Series C No. 562.

Inter-American Court of Human Rights, *Case of Cley Mendes et al. (Chacina do Tapanã) v. Brazil*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 25, 2025. Series C No. 578.

Inter-American Court of Human Rights, *Case of Da Silva et al. v. Brazil*. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 27, 2024. Series C No. 552.

International Court of Justice, *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1978, p. 3, December 19, 1978.

International Court of Justice, *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, *I.C.J. Reports* 2000, p. 12, June 21, 2000.

International Court of Justice, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation: 32 States Intervening)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 2024, p. 360, February 2, 2024.

International Court of Justice, *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 2016 (I), p. 3, March 17, 2016.

International Court of Justice, *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*, Preliminary Objection, Judgment, *I.C.J. Reports* 1952, p. 93, July 22, 1952.

International Court of Justice, *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1972, p. 46, August 18, 1972.

International Court of Justice, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2015 (I), p. 3, February 3, 2015.

International Court of Justice, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia)*, Preliminary Objections, Judgment, Separate Opinion of Judge Charlesworth, November 12, 2024.

International Court of Justice, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2005, p. 168, December 19, 2005.

International Court of Justice, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, *I.C.J. Reports* 2006, p. 6, February 3, 2006.

International Court of Justice, *Asylum (Colombia/Peru)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1950, p. 266, November 20, 1950.

International Court of Justice, *Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1957, p. 9, July 6, 1957.

International Court of Justice, *Certain Property (Liechtenstein v. Germany)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 2005, p. 6, February 10, 2005.

International Court of Justice, *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, *I.C.J. Reports* 1998, p. 432, December 4, 1998.

International Court of Justice, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2012, p. 99, February 3, 2012.

International Court of Justice, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 1998, p. 275, June 11, 1998.

International Court of Justice, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, *I.C.J. Reports* 1984, p. 392, November 26, 1984.

International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf* (*Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands*), Judgment, *I.C.J. Reports* 1969, p. 3, February 20, 1969.

International Court of Justice, *Northern Cameroons* (*Cameroon v. United Kingdom*), Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 1963, p. 15, December 2, 1963.

International Court of Justice, *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* (*Marshall Islands v. United Kingdom*), Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 2016 (II), p. 833, October 5, 2016.

International Court of Justice, *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* (*Marshall Islands v. United Kingdom*), Preliminary Objections, Judgment, Separate Opinion of Judge Owada, *I.C.J. Reports* 2016 (II), p. 881, October 5, 2016.

International Court of Justice, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (*Belgium v. Senegal*), Judgment, *I.C.J. Reports* 2012, p. 422, July 20, 2012.

International Court of Justice, *Right of Passage over Indian Territory* (*Portugal v. India*), Judgment, *I.C.J. Reports* 1960, p. 6, April 12, 1960.

International Court of Justice, *Right of Passage over Indian Territory* (*Portugal v. India*), Judgment, Dissenting Opinion of Judges Winiarski and Badawi, *I.C.J. Reports* 1960, April 12, 1960.

Permanent Court of International Justice, *Case of the Electricity Company of Sofia and Bulgaria* (*Belgium v. Bulgaria*), Preliminary Objection, Judgment, *P.C.I.J. Series A/B*, No. 77, April 4, 1939.

Permanent Court of International Justice, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* (*Germany v. Poland*), Jurisdiction, Judgment, *P.C.I.J. Series A*, No. 6, August 25, 1925.

Permanent Court of International Justice, *Mavrommatis Palestine Concessions* (*Greece v. United Kingdom*), Judgment, *P.C.I.J. Series A*, No. 2, August 30, 1924.

Permanent Court of International Justice, *Phosphates in Morocco* (*Italy v. France*), Judgment, *P.C.I.J. Series A/B*, No. 74, June 14, 1938.

Permanent Court of International Justice, *Readaptation of the Mavrommatis Jerusalem Concessions* (*Greece v. United Kingdom*), Jurisdiction, Judgment, *P.C.I.J. Series A*, No. 11, October 10, 1927.

Permanent Court of International Justice, *The Case of the S.S. Lotus* (*France v. Turkey*), Judgment, *P.C.I.J. Series A*, No. 10, September 7, 1927.

Treaties and other documents

International Court of Justice, *Rules of Court (1978)* [online], The Hague, International Court of Justice, April 14, 1978, as amended on September 29, 2005, URL: <https://www.icj-cij.org/rules> [accessed: April 10, 2026].

International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* [online], *Yearbook of the International Law Commission* 2001, vol. II, Part Two, New York, United Nations, 2001, URL:

https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2001_v2_p2.pdf [accessed: April 10, 2026].

International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries* [online], New York, United Nations, 2001, URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf [accessed: April 10, 2026].

Statute of the International Court of Justice, June 26, 1945, 33 U.N.T.S. 993.

United Nations, *Charter of the United Nations*, June 26, 1945.

United Nations, *Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, 1945*, vol. XIII: Commission IV, Judicial Organization, London; New York, United Nations Information Organizations, 1945.

United Nations Treaty Collection, "Declarations recognizing as compulsory the jurisdiction of the International Court of Justice under Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court" [online], October 15, 1946, URL:

https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?chapter=1&clang=_en&mtdsg_no=i-4&src=treaty [accessed: April 10, 2026].

Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331.

Free, prior and informed consent according to the sources of international law

El consentimiento libre, previo e informado según las fuentes del derecho internacional

SALMA LILIANA RAMÍREZ MARTÍNEZ ¹

SUMMARY: I. Introduction; II. FPIC in treaty obligations; III. FPIC in international organizations; IV. FPIC in the decisions of international tribunals; V. FPIC in national legislations; VI. FPIC in doctrine; VII. Conclusions.

SUMARIO: I. Introducción; II. El CLPI en las obligaciones convencionales; III. El CLPI en las organizaciones internacionales; IV. El CLPI en las decisiones de los tribunales internacionales; V. El CLPI en las legislaciones nacionales; VI. El CLPI en la doctrina; VII. Conclusiones.

Abstract. This paper examines the juridical value of Free, Prior and Informed Consent (FPIC) through the sources of international law under Article 38(1) of the ICJ Statute. It analyses the International Labor Organization (ILO) Conventions No. 107 and No. 169 as the only binding instruments addressing indigenous consultation; focusing on the fact that Convention No. 169 invokes FPIC exclusively in the context of relocation, while its provisions on mineral extraction employ conditional language that reduces indigenous communities to procedural participants. As for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) it remains non-binding soft law. Moreover, the Inter-American Court of Human Rights and the African human rights system constitute the primary bodies that have substantively analyzed FPIC, though their reach cannot be equated with a

¹ Estudiante de Derecho en la Universidad Panamericana, con enfoque en Derecho Internacional Público y Arbitraje Comercial Internacional. Miembro del Club de Investigación en la Facultad de Derecho en 2025. Ha participado en competencias internacionales como el Philip C. Jessup Moot Court Competition y el Willem C. Vis Moot. Sus áreas de interés incluyen la interpretación de tratados, el derecho del mar y los mecanismos de solución de controversias internacionales. Correo: salmarmzmtz@gmail.com

universal standard. The paper concludes that FPIC's juridical status remains fundamentally uncertain, state practice is contradictory, and interpretive tools under Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties are necessary to clarify existing obligations.

Keywords: Free, prior and informed consent (FPIC); indigenous peoples; ILO Convention No. 169; UNDRIP.

Resumen. El presente trabajo examina el valor jurídico del consentimiento libre, previo e informado (CLPI) a través de las fuentes del derecho internacional conforme al artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Los Convenios núm. 107 y 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) son los únicos instrumentos vinculantes que abordan la consulta indígena; sin embargo, el Convenio núm. 169 invoca el CLPI exclusivamente en el contexto de la reubicación, mientras que sus disposiciones sobre extracción de recursos minerales emplean lenguaje condicional que reduce a las comunidades indígenas a participantes procedimentales. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas constituye soft law sin fuerza vinculante. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el sistema africano de derechos humanos son los principales órganos que han analizado sustantivamente el CLPI, aunque su alcance no equivale a un estándar universal. Se concluye que el estatus jurídico del CLPI sigue siendo fundamentalmente incierto y que los instrumentos interpretativos previstos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados resultan necesarios para clarificar las obligaciones existentes.

Palabras clave: Consentimiento libre, previo e informado (CLPI); pueblos indígenas; Convenio núm. 169 de la OIT; DNUDPI.

I] Introduction

The green energy movement relies heavily on rare earth minerals, yet their extraction sites are located within or adjacent to indigenous territories. The effects of this overlap have become one of the most contested frontiers of contemporary international law. The accelerating global demand for rare earth minerals, driven by the energy transition and the expansion of digital technologies, has placed indigenous territories at the center of extractive disputes with far-reaching consequences for their collective human rights.

Indigenous communities face exploration and exploitation projects on their lands without mechanisms that guarantee their participation, and in many cases without any meaningful opportunity to refuse. It is in this context that the concept of Free, Prior, and Informed Consent (FPIC) has emerged as a critical standard in international law, invoked by States, international organizations, and indigenous peoples alike, yet without settled agreement on its meaning and its binding value.

International law is built from a plurality of sources, including treaties, custom, general principles, judicial decisions, and doctrine, each carrying different degrees of authority and each subject to interpretive contestation. FPIC may appear in all the sources recognized by the International Court of Justice (ICJ) in its Statute, but the only treaty that addresses indigenous consultation with binding force, ILO Convention No. 169, does so through ambiguous and conditional language that States have interpreted in diverse, often contradictory ways. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP), despite its overwhelming reception in the international community, constitutes soft law. International tribunals have addressed FPIC only in a fragmented manner and within the limits of their respective jurisdictions. The result is a legal landscape in which the same concept is simultaneously treated as a fundamental right, a procedural safeguard, and a non-enforceable aspiration depending on the forum, the State, and the context. Understanding why this fragmentation persists, and what it means for the protection of indigenous peoples in the specific context of mineral extraction, is the animating question of this study.

This paper argues that the binding value of FPIC, specifically in the context of rare earth mineral extraction, cannot be determined from any single source of international law and requires a systematic analysis across all sources identified in Article 38(1) of the ICJ Statute. To that end, the following sections examine FPIC as it appears in treaty obligations, in the instruments of international organizations, in the jurisprudence of international tribunals, in national legislation, and in scholarly doctrine. The analysis proceeds source by source, evaluating not only what each source says about FPIC but also what authority it carries and what gaps it leaves unresolved. The significance of the conclusion in this paper extends beyond academic debate: it determines, in practice, whether indigenous communities retain any meaningful power to halt extractive projects on their lands or are reduced to passive participants in a consultation process designed to legitimate decisions already made.

II | FPIC in treaty obligations

Treaties or international conventions are a rather modern way to create law. They may be seen as the best way to capture the States' intentions, but they are bound to interpretations or alterations in their meaning.² Article 38 of the Statute of the International Court of Justice refers to international conventions as a source of international law that establishes rules expressly recognized by the contracting States.³ Article 2 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties (VCLT) states that a treaty is *an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument*.⁴ Lastly, Malcolm Shaw defines them as *the creation of written agreements whereby the States participating bind themselves legally to act in a particular way or set up particular relations between themselves*.⁵

In this regard, it's clear that treaties remain the default source of international law, as there is express consent by the States and they constitute an accurate portrayal of their position in the international community. Hence, the relevance in analyzing treaty conventions relies from the fact that according to Malcolm Shaw treaties constitute the most important source of law since they require the express consent of the contracting parties.⁶ Unfortunately, the only treaty conventions that mention a consultation process to the indigenous peoples are the Conventions numbers 107⁷ and 169⁸ of the International Labor Organization (ILO).⁹

The ILO was created in 1919, as part of the Treaty of Versailles to reflect the belief that peace can only be reached on

² SHAW Malcolm N., *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 69.

³ *Statute of the International Court of Justice*, art. 38.

⁴ UNITED NATIONS, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1969, art. 2.

⁵ SHAW Malcolm N., *Op. cit.*, p. 69.

⁶ *Ibid.*, p. 70.

⁷ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Convention No. 107 concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries*, International Labour Organization, Geneva, 1957.

⁸ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*, International Labour Organization, Geneva, 1989.

⁹ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Rights of Indigenous Peoples. Interim Report. The Hague Conference (2010)*, International Law Association, The Hague, 2010, p. 6.

social justice.¹⁰ Its objective is to promote social justice as well as internationally recognized human and labor rights.¹¹ It's the only tripartite and specialized U.N. agency since it works with governments, employers and workers from different backgrounds and their 183 Member States.¹² The ILO has been engaged with indigenous peoples since the 1920s and they are able to participate via trade union associations.¹³

In 1957, the ILO adopted Convention 107, covering the topics of health, education and land rights. The problematic in this regard is that it was not well received for concerns over its content embracing a philosophy of assimilation and paternalism. In view of the latter, the ILO decided to revise the Convention and, on June 27, 1989, the ILO adopted the Convention No. 169 on Indigenous and Tribal Peoples.¹⁴ This new and revised Convention tried to enhance and facilitate the dialogue between the Indigenous Peoples and the State by acknowledging the protection towards the control the indigenous communities held over their institutions in order to maintain their way of life and identities within the States framework.

Convention 169 mentions the obligation to consult on Article 6 as follows:

Article 6

1. In applying the provisions of this Convention, Governments shall:

(a) Consult the peoples concerned, through appropriate procedures and in particular through their representative institutions, whenever consideration is being given to legislative or administrative measures which may affect them directly.

¹⁰ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, "History of the ILO", International Labour Organization, [s.l.i.], [s.a.], available at ILO History Page, Date of access: 21 April 2026.

¹¹ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, "About the ILO", International Labour Organization, [s.l.i.], [s.a.], available at <https://www.ilo.org/about-ilo>, Date of access: 21 April 2026.

¹² *Idem*.

¹³ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, "Indigenous and Tribal Peoples", International Labour Organization, [s.l.i.], [s.a.], available at <https://www.ilo.org/topics-and-sectors/indigenous-and-tribal-peoples>, Date of access: 21 April 2026.

¹⁴ ILA, *Hague Conference*, *Op. cit.*, p. 4.

(b) Establish means by which these peoples can freely participate, to at least the same extent as other sectors of the population, at all levels of decision-making in elective institutions and administrative and other bodies responsible for policies and programmes which concern them.

(c) Establish means for the full development of these peoples' own institutions and initiatives, and in appropriate cases provide the resources necessary for this purpose.

2. The consultations carried out in application of this Convention shall be undertaken, in good faith and in a form appropriate to the circumstances, with the objective of achieving agreement or consent to the proposed measures.

¹⁵

It is true that Article 6 only mentions the consultation process, not FPIC. Nevertheless, it does establish the way in which the consultation must be achieved, which resembles the way the consent needs to be given. Establishing first, that the consultation must be done when there is a **consideration** of measures that may affect the indigenous community (prior), second, that there needs to be free participation by providing the same opportunities to be involved as other sectors of the population within their institutions and representatives and lastly, that the objective of the consultation is to obtain consent or reach an agreement. The author considers this article as sufficient for reduced-impact measures.

On the contrary, since the present work's focus is on the extraction of mineral resources, Articles 15 and 16 of the Convention are worth analyzing since they provide the regulation for this delicate subject with a lack of clarity:

Article 15

1. The rights of the peoples concerned to the natural resources pertaining to their lands shall be specially safeguarded. These rights include the right of these peoples to participate in the use, management and conservation of these resources.

2. In cases in which the State retains the ownership of mineral or sub-surface resources or rights to other resources

¹⁵ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*, International Labour Organization, Geneva, 1989, art. 6.

*pertaining to lands, governments shall establish or maintain procedures through which they shall consult these peoples, with a view to ascertaining whether and to what degree their interests would be prejudiced, before undertaking or permitting any programmes for the exploration or exploitation of such resources pertaining to their lands. The peoples concerned shall wherever possible participate in the benefits of such activities and shall receive fair compensation for any damage which they may sustain as a result of such activities.*¹⁶

Article 16

1. Subject to the following paragraphs of this Article, the peoples concerned shall not be removed from the lands which they occupy.

2. Where the relocation of these peoples is considered necessary as an exceptional measure, such relocation shall take place only with their free and informed consent. Where their consent cannot be obtained, such relocation shall take place only following appropriate procedures established by national laws and regulations, including public inquiries where appropriate, which provide the opportunity for effective representation of the peoples concerned.

3. Whenever possible, these peoples shall have the right to return to their traditional lands, as soon as the grounds for relocation cease to exist.

4. When such return is not possible, as determined by agreement or, in the absence of such agreement, through appropriate procedures, these peoples shall be provided in all possible cases with lands of quality and legal status at least equal to that of the lands previously occupied by them, suitable to provide for their present needs and future development. Where the peoples concerned express a preference for compensation in money or in kind, they shall be so compensated under appropriate guarantees.

5. Persons thus relocated shall be fully compensated for any resulting loss or injury.¹⁷

A few things to consider in the articles previously cited. As for the former, it mentions that where the State retains ownership of the natural resources, consulting the indigenous community is

¹⁶ INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Op. cit.*, art. 15.

¹⁷ *Ibid.*, art. 16.

just a *necessary step* to determine the damage the extraction and exploration of the minerals would cost to the interests of the indigenous peoples. Using the language of *wherever possible* is not enough to guarantee the protection of the interests of the indigenous community, since as mentioned, the consultation would become a procedural requirement for the extraction project instead of a substantive right to be protected.

It can be appreciated from the articles cited that the only time that FPIC is mentioned in the Convention 169 is concerning the eviction and relocation of the indigenous communities in Article 16, which considers relocation as an exceptional measure for its extreme effects on the indigenous peoples. Stating that when it is necessary to relocate the indigenous community, the State must first look to obtain the FPIC does not bind it to obtain the consent of the indigenous peoples before the relocation, the only binding obligation stated in that article is undergoing the consultation process by asking whether the indigenous community wants to be relocated.

Due to the fact that the Convention was drafted ambiguously, interpretation rules are necessary to understand the content of the obligations. Language such as *whenever possible*, *where consent cannot be obtained*, *when such return is not possible* and *absence of such agreement* does not provide clarity as to the extent of the State's actions necessary to fulfill said obligation. Articles 31 and 32 of the VCLT¹⁸, also considered as customary international law,¹⁹ are helpful to bring some light into the meaning of the terms.²⁰ But the state practice and doctrine that could give a clear understanding of the State's obligation to obtain the consent are also contradictory. Therefore, situations concerning FPIC that are brought to international tribunals force the courts to analyze them on a case-by-case basis for the lack of homologous precedents.²¹

Moreover, it is worth noting the parties to the Convention 169, since it reflects the States' real position about the consultation and FPIC as a binding obligation. The following States have ratified

¹⁸ VCLT, 1969, arts. 31–32.

¹⁹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, United Nations, [s.l.i.], 1966, pp. 217–223.

²⁰ *Id.*

²¹ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Case of the Saramaka People v. Suriname. Judgment of November 28, 2007 (Merits, Reparations and Costs)*, San José, Costa Rica, 2007, para. 202.

the Convention 169,²² and as it can be appreciated the Convention is widely accepted within the Latin-American States:

Table 1²³

STATE	DATE IT WAS RATIFIED	STATUS
Argentina	03 July 2000	In Force
Bolivia	11 December 1991	In Force
Brazil	25 July 2002	In Force
Central African Republic	30 August 2010	In Force
Chile	15 September 2008	In Force
Colombia	07 August 1991	In Force
Costa Rica	02 April 1993	In Force
Denmark	22 February 1996	In Force
Dominica	25 June 2002	In Force
Ecuador	15 May 1998	In Force
Fiji	03 March 1998	In Force
Guatemala	05 June 1996	In Force
Honduras	28 March 1995	In Force
Luxembourg	05 June 2018	In Force
Mexico	05 September 1990	In Force
Nepal	14 September 2007	In Force
Netherlands	02 February 1998	In Force
Nicaragua	25 August 2010	In Force
Norway	19 June 1990	In Force
Paraguay	10 August 1993	In Force
Peru	02 February 1994	In Force
Spain	15 February 2007	In Force
Venezuela	22 May 2002	In Force

III J FPIC in International Organizations

The adoption of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples²⁴ (UNDRIP) in 2007 represented a

²² SWARTZ Chris, "After 30 Years, only 23 Countries Have Ratified Indigenous and Tribal Peoples Convention ILO 169", Cultural Survival, [s.l.i.], 2019, available at <https://www.culturalsurvival.org/news/after-30-years-only-23-countries-have-ratified-indigenous-and-tribal-peoples-convention-ilo>, Date of access: 15 April 2026.

²³ Table prepared by the author.

²⁴ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (A/RES/61/295)*, United Nations, New York, 2007.

major milestone for the international community. The drafting process started with a *Draft Declaration on Indigenous Rights* by the U.N. Working Group on Indigenous Populations (WGIP), which consisted of five experts appointed by the Sub-commission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities.²⁵

This first draft established six principles, but were heavily criticized by the indigenous peoples, since their careful approach and general language did not benefit the community. Arguing that since self-determination is a pillar to the indigenous peoples, it needs to be recognized upfront for it to be guaranteed. As it was drafted, the draft could only be the minimum standard by the indigenous peoples. The text itself was divided into a preamble and eight parts covering: general principles; life, integrity and security, cultural rights, education, information and labor rights, development, decision making and economic and social rights; lands, territories and resources; self-determination and indigenous institutions and implementation.²⁶

Since this was rejected, the drafting process continued, and in 1993 the WGIP sent another draft for approval to the Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. In the following year the Sub-Commission adopted the draft with the Resolution 1994/45.²⁷ Later on, the document was delivered to the Commission on Human Rights, who adopted the Draft with the Resolution 1995/32, in which it established a new Working group to continue with the drafting process.²⁸

At the tenth and eleventh session of the Working Group on the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (WGDRIP) all the debate that emerged since its creation was translated into a proposal that included the concerns of governmental delegations and representatives of the indigenous peoples involved in the discussions.²⁹ On June 29, 2006 the newly established Human

²⁵ ILA, *Hague Conference*, Op. cit., p. 4.

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*; United Nations, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1, United Nations, [s.l.i.], 1994.

²⁸ UNITED NATIONS, UN Doc. E/CN.4/1995/2; E/CN.4/Sub.2/1994/56, United Nations, [s.l.i.], 1995, para. 105; United Nations, *Report of the Working Group established in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/32 on its tenth session, Addendum*, UN Doc. E/CN.4/2005/89/Add.2, United Nations, [s.l.i.], 2005; United Nations, *Report of the Working Group established in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/32 on its eleventh session, Summary*, UN Doc. E/CN.4/2006/79, United Nations, [s.l.i.], 2006.

²⁹ UNITED NATIONS, *Report of the Working Group established in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/32 of 3 March 1995 on its tenth session, Addendum*, UN Doc. E/CN.4/2005/89/Add.2, United Nations, [s.l.i.], 2005; United Nations, *Report of the Working*

Rights Council, which will later develop a series of works regarding FPIC and the indigenous peoples, approved the draft declaration with the resolution 1/2 by a vote of 30 in favor, 2 against and 12 abstentions.³⁰ On November 28, 2006, the Third Committee of the General Assembly by a vote of 82 in favor to 67 against and 25 abstentions decided in taking action on the Declaration before the end of the sixty-first session of the General Assembly.³¹ Before September 2007, the last changes were made which included the demands of the African States to prevent their previous deferral.³²

The final version of the UNDRIP was adopted on September 13, 2007, by the affirmative vote of 143 States, 4 against and 11 abstentions.³³ For better clarity, this is the list of the 192 member States of the General Assembly and their vote:

Table 2³⁴

STATE	VOTE	STATE	VOTE
Afghanistan	Yes	Libyan Arab Jamahiriya	Yes
Albania	Yes	Liechtenstein	Yes
Algeria	Yes	Lithuania	Yes
Andorra	Yes	Luxembourg	Yes
Angola	Yes	Madagascar	Yes
Antigua and Barbuda	Yes	Malawi	Yes
Argentina	Yes	Malaysia	Yes
Armenia	Yes	Maldives	Yes
Australia	No	Mali	Yes
Austria	Yes	Malta	Yes
Azerbaijan	Abstained	Marshall Islands	
Bahamas	Yes	Mauritania	
Bahrain	Yes	Mauritius	

Group established in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/32 of 3 March 1995 on its eleventh session, Summary, UN Doc. E/CN.4/2006/79, United Nations, [s.l.i.], 2006.

³⁰ ILA, *Hague Conference*, Op. cit., p. 4.

³¹ Id.

³² VAN GENUGTEN Willem, "Protection of Indigenous Peoples on the African Continent: Concepts, Position Seeking, and the Interaction of Legal Systems", *American Journal of International Law*, [s.l.i.], 2010, p. 34 ff.

³³ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (A/RES/61/295)*, United Nations, New York, 2007, available at <https://digitallibrary.un.org/record/609197>, Date of access: 21 April 2026.

³⁴ Table prepared by the author.

Bangladesh	Abstained	Mexico	Yes
Barbados	Yes	Micronesia	Yes
Belarus	Yes	Monaco	Yes
Belgium	Yes	Mongolia	Yes
Belize	Yes	Montenegro	
Benin	Yes	Morocco	
Bhutan	Abstained	Mozambique	Yes
Bolivia	Yes	Myanmar	Yes
Bosnia and Herzegovina	Yes	Namibia	Yes
Botswana	Yes	Nauru	
Brazil	Yes	Nepal	Yes
Brunei	Yes	Netherlands	Yes
Darussalam			
Bulgaria	Yes	New Zealand	No
Burkina Faso	Yes	Nicaragua	Yes
Burundi	Abstained	Niger	Yes
Cambodia	Yes	Nigeria	Abstained
Cameroon	Yes	Norway	Yes
Canada	No	Oman	Yes
Cape Verde	Yes	Pakistan	Yes
Central African Republic	Yes	Palau	
Chad		Panama	Yes
Chile	Yes	Papua Guinea	New
		Paraguay	Yes
China	Yes	Peru	Yes
Colombia	Abstained	Philippines	Yes
Comoros	Yes	Poland	Yes
Congo	Yes	Portugal	Yes
Costa Rica	Yes	Qatar	Yes
Côte D'ivoire		Republic of Korea	Yes
Croatia	Yes	Republic of Moldova	Yes
Cuba	Yes	Romania	Yes
		Russian Federation	Abstained
Cyprus	Yes	Rwanda	
Czech Republic	Yes		
		Saint Kittsand Nevis	
Democratic People's Republic of Korea			
Democratic Republic of the Congo	Yes		

Denmark	Yes	Saint Lucia	Yes
Djibouti	Yes	Saint Vincent and the Grenadines	Yes
Dominica	Yes	Samoa	Abstained
Dominican Republic	Yes	San Marino	Yes
Ecuador	Yes	Sao Tome and Principe	
Egypt	Yes	Saudi Arabia	Yes
El Salvador	Yes	Senegal	Yes
Equatorial Guinea		Serbia	Yes
Eritrea		Seychelles	
Estonia	Yes	Sierra Leone	Yes
Ethiopia		Singapore	Yes
Fiji		Slovakia	Yes
Finland	Yes	Slovenia	Yes
France	Yes	Solomon Islands	
Gabon	Yes	Somalia	
Gambia		South Africa	Yes
Georgia	Abstained	Spain	Yes
Germany	Yes	Sri Lanka	Yes
Ghana	Yes	Sudan	Yes
Greece	Yes	Suriname	Yes
Grenada		Swaziland	Yes
Guatemala	Yes	Sweden	Yes
Guinea	Yes	Switzerland	Yes
Guinea-Bissau		Syrian Arab Republic	Yes
Guyana	Yes	Tajikistan	
Haiti	Yes	Thailand	Yes
Honduras	Yes	The Former Yugoslav Republic of Macedonia	Yes
Hungary	Yes	Timor-Leste	Yes
Iceland	Yes	Togo	
India	Yes	Tonga	
Indonesia	Yes	Trinidad and Tobago	Yes
Iran	Yes	Tunisia	Yes
Iraq	Yes	Turkey	Yes
Ireland	Yes	Turkmenistan	
Israel		Tuvalu	
Italy	Yes	Uganda	

Jamaica	Yes	Ukraine	Abstained
Japan	Yes	United Arab Emirates	Yes
Jordan	Yes	United Kingdom	Yes
Kazakhstan	Yes	United Republic of Tanzania	Yes
Kenya	Abstained	United States	No
Kiribati		Uruguay	Yes
Kuwait	Yes	Uzbekistan	
Kyrgyzstan		Vanuatu	
Laos People's Democratic Republic	Yes	Venezuela	Yes
Latvia	Yes	Viet Nam	Yes
Lebanon	Yes	Yemen	Yes
Lesotho	Yes	Zambia	Yes
Liberia	Yes	Zimbabwe	Yes

Nevertheless, Australia revised their position on the UNDRIP, originally voted against, and endorsed it in 2009.³⁵ Further on, New Zealand announced its support on April 19, 2010.³⁶ Canada declared, on March 10, 2010, that it *will take steps to endorse this aspirational document in a manner fully consistent with Canada's constitution and laws*.³⁷ As for the abstaining States, Colombia and Samoa have formally expressed their support for the Declaration.³⁸ This change of views have been used in order to state

³⁵ UNITED NATIONS, "Statement on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", [s.e.], [s.l.i.], 2009, available at http://www.jennymacklin.fahcsia.gov.au/internet/jennymacklin.nsf/content/un_declarati_on_03apr09.htm, Date of access: 21 April 2026.

³⁶ UNITED STATES MISSION TO THE UNITED NATIONS, "Remarks by Ambassador Susan E. Rice, U.S. Permanent Representative to the United Nations, at the UN Permanent Forum on Indigenous Issues", [s.e.], [s.l.i.], 2010, available at <https://geneva.usmission.gov/2010/04/21/april20-ambassador-rice/>, Date of access: 19 April 2026.

³⁷ UNIVERSITY OF BRITISH COLUMBIA, "United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", University of British Columbia, [s.l.i.], [s.a.], available at https://indigenousfoundations.arts.ubc.ca/un_declaration_on_the_rights_of_indigenou_s_peoples/, Date of access: 21 April 2026.

³⁸ UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, "Colombia's Support for UN Declaration on Indigenous People Welcomed", United Nations High Commissioner for Refugees, [s.l.i.], 2009, available at <https://www.unhcr.org/news/briefing-notes/colombias-support-un-declaration-indigenous-people-welcomed>, Date of access: 21

a positive practice towards the UNDRIP and FPIC. But some doubt remains as to whether the acceptance of the UNDRIP is in view of its non-binding value, compared with the member States of the ILO Convention No. 169 that has significant fewer parties.

Reinforcing the last point, even if the Declaration was received with overwhelming acceptance, a fact remains the same, the Declaration is a non-binding document. Article 10 of the United Nations Charter,³⁹ establishes that the documents emerging from the General Assembly will remain recommendations and therefore lack juridical value. While it is true that there have been attempts to give declarations a higher degree of authority, such as the Declaration of Human Rights,⁴⁰ a declaration remains only an instrument resorted to rare cases in matters of major importance and by which major compliance is expected.⁴¹ Hence, a more accurate term for the UNDRIP and one that has often been used to describe it is *soft law*.⁴²

As for its content, the UNDRIP does cover a wide range of indigenous aspects. It first establishes the background and purpose of the declaration and how it was adopted.⁴³ Clarifying that it is a global standard achievement to be pursued for the protection of indigenous peoples.⁴⁴ It recognizes the historical context of the indigenous peoples concerning colonization, dispossession of land,

April 2026; TAONUI Rawiri, “UNDRIP at 10: Are We Making Progress in the Global Fight for Indigenous Rights?”, Open Canada, [s.l.i.], 2017, available at <https://opencanada.org/undrip-10-are-we-making-progress-global-fight-indigenous-rights>, Date of access: 21 April 2026.

³⁹ Article 10. The General Assembly may discuss any questions or any matters within the scope of the present Charter or relating to the powers and functions of any organs provided for in the present Charter, and, except as provided in Article 12, may make recommendations to the Members of the United Nations or to the Security Council or to both on any such questions or matters.

⁴⁰ ILA, Hague Conference, *Op. cit.*, p. 5; MCDUGAL Myres S. et al., *Human Rights and World Public Order*, [s.e.], New Haven, 1980, p. 273 f. and 325 ff.; WALDOCK Humphrey, “Human Rights in Contemporary International Law and the Significance of the European Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, [s.l.i.], 1963, Supp., p. 15; SOHN Louis B., “The Human Rights Law of the Charter”, *Texas International Law Journal*, [s.l.i.], 1977, p. 133.

⁴¹ ILA, Hague Conference, *Op. cit.*, p. 5; United Nations Economic and Social Council, *Report of the Commission on Human Rights (E/3616/Rev.1)*, United Nations, [s.l.i.], 1962, para. 105.

⁴² BARELLI Mauro, “The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, *International and Comparative Law Quarterly*, [s.l.i.], 2009, p. 957.

⁴³ UNDRIP, p. 2-7.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 7.

and discrimination, and emphasizes the need to protect their cultures, identities, and ways of life.⁴⁵ It also affirms that indigenous peoples are equal to all other peoples,⁴⁶ that they have the right to be different and respected, and their rights are essential for their survival and development.

The core principles that the Declaration is based on are equality and non-discrimination,⁴⁷ self-determination, respect for cultural diversity, collective rights, good faith and cooperation between States and indigenous peoples.⁴⁸ As for the rights recognized the UNDRIP states that indigenous peoples have the right to self-determination,⁴⁹ autonomy,⁵⁰ to maintain their own institutions and governance systems,⁵¹ to preserve and develop their culture,⁵² traditions,⁵³ and languages,⁵⁴ to protect their spiritual practices and sacred sites,⁵⁵ to control their cultural heritage and intellectual property⁵⁶ and to establish their own education systems and media.⁵⁷ As for their economic and social aspects, the indigenous peoples have the right to health, education, housing, and social security, to improve their living conditions without discrimination, to maintain their traditional economies and livelihoods and to define their own development priorities.⁵⁸ It also established that the indigenous peoples have the right to enjoy all human rights and fundamental freedoms, have the right to life, security, and integrity, to be free from violence, genocide, and forced assimilation, and to not be forcibly removed from their lands without consent and compensation.⁵⁹

The key aspects for the participation and consultation process are that the indigenous peoples must be consulted in good faith, that the State must obtain their free, prior and informed consent before passing laws, approving projects or taking actions

⁴⁵ *Ibid.*, p. 2-7.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 2.

⁴⁷ *Ibid.*, arts. 1-2.

⁴⁸ *Ibid.*, arts. 43-46.

⁴⁹ *Ibid.*, art. 3.

⁵⁰ *Ibid.*, art. 4.

⁵¹ *Ibid.*, art. 5.

⁵² *Ibid.*, art. 11.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Ibid.*, art. 13.

⁵⁵ *Ibid.*, art. 12.

⁵⁶ *Ibid.*, art. 31.

⁵⁷ *Ibid.*, arts. 14, 16.

⁵⁸ *Ibid.*, arts. 6-10, 17.

⁵⁹ *Ibid.*, arts. 20-24.

that affect them, and indigenous peoples have the right to participate in the decision-making through their own institutions.⁶⁰ The Declaration strongly protects indigenous lands by stating that the indigenous peoples have rights to own, use, control, and develop their lands and resources,⁶¹ that States must provide legal recognition and protection,⁶² that they must receive compensation or restitution if lands are taken⁶³ and no harmful activities, hazardous waste or extractive projects, can occur without consent.⁶⁴

The Declaration also recognizes that indigenous peoples have rights under treaties and agreements with States, that they must have access to justice and fair procedures and that they are entitled to effective remedies and reparations when their rights are violated.⁶⁵ As for the role of the States and the United Nations, they must take legislative and practical measures to implement the Declaration, work in consultation with indigenous peoples, provide financial and technical support, promote and monitor these rights.⁶⁶ Lastly, the UNDRIP establishes minimum standards for indigenous peoples' dignity and survival, guarantees rights equally for men and women and clarifies that rights must respect state sovereignty and human rights law.⁶⁷

IV] FPIC In the decisions of international tribunals

Judicial decisions are to be utilized as a subsidiary means for the determination of rules of law rather than an actual source of law, but their importance is not to be diminished by this facts, given that even if there is not an international system of precedents, writers and States tend to quote judgments as authoritative decisions.⁶⁸ Even the ICJ will examine previous cases in order to identify the difference between situations and how the law should be interpreted either by creating or clarifying it.⁶⁹ For example, the Court may rule in regards to a certain topic that will later be

⁶⁰ *Ibid.*, arts. 10, 18, 19, 32.

⁶¹ *Ibid.*, art. 26.

⁶² *Ibid.*, art. 27.

⁶³ *Ibid.*, art. 28.

⁶⁴ *Ibid.*, art. 29.

⁶⁵ *Ibid.*, arts. 37, 40.

⁶⁶ *Ibid.*, arts. 38, 39, 41, 42.

⁶⁷ *Ibid.*, arts. 43-46.

⁶⁸ SHAW Malcolm N., *Op. cit.*, pp. 81-82.

⁶⁹ *Id.*

established in a treaty.⁷⁰ On the contrary, it may reconsider its position when effects of their resolutions have manifested, such as the intervention cases.⁷¹ It is even common for international courts to cite each other's decisions in support or disagreement.⁷² Hence following Article 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice, it is fundamental to dive into the judicial decisions of international tribunals.

1. *International Court of Justice*

In optimal circumstances, the main cases to analyze would be the resolutions from the International Court of Justice. Nevertheless, the Court has just referred to the indigenous peoples as the main question or conflict in an advisory opinion, the Western Sahara. On 13 December 1974, the General Assembly requested an advisory opinion on the following questions: I. Was Western Sahara (Rio de Oro and Sakiet El Hamra) at the time of colonization by Spain a territory belonging to no one (*terra nullius*)? II. What were the legal ties between this territory and the Kingdom of Morocco and the Mauritanian entity?⁷³

In its Advisory Opinion, delivered on 16 October 1975, the Court replied to Question I in the negative.⁷⁴ In reply to Question II, it expressed the opinion that the materials and information presented to it showed the existence, at the time of Spanish colonization, of legal ties of allegiance between the Sultan of

⁷⁰ *Id.*; INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*. Judgment of December 18, 1951, [s.e.], The Hague, 1951, p. 116.

⁷¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*. Judgment of February 24, 1982, [s.e.], The Hague, 1982; International Court of Justice, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*. Judgment of June 3, 1985, [s.e.], The Hague, 1985; International Court of Justice, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*. Judgment of September 11, 1992, [s.e.], The Hague, 1992; International Court of Justice, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*. Judgment of October 10, 2002, [s.e.], The Hague, 2002; International Court of Justice, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*. Judgment of December 17, 2002, [s.e.], The Hague, 2002; International Court of Justice, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*. Judgment of November 19, 2012, [s.e.], The Hague, 2012; International Court of Justice, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Judgment of February 3, 2012, [s.e.], The Hague, 2012.

⁷² SHAW Malcolm N., *Op. cit.*, pp. 81-82.

⁷³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*. Judgment of July 25, 1974, [s.e.], The Hague, 1974.

⁷⁴ *Id.*

Morocco and some of the tribes living in the territory of Western Sahara.⁷⁵ They equally showed the existence of rights relating to the land, which constituted legal ties between the Mauritanian entity, as understood by the Court, and the territory of Western Sahara.⁷⁶

Since this advisory opinion only touched on the aspects of self-determination, land rights, specifically concerning *terra nullius*, and the role of the General Assembly in the decolonization period it is of no use to the present work. Nevertheless, it is worth mentioning since the ICJ recognized the existence of social and political structures of indigenous nomadic tribes and their connections to the land, asserting that the right to self-determination applies to all indigenous populations.⁷⁷

2. The Interamerican Court of Human Rights

The main tribunal who has analyzed FPIC, is the Interamerican Court of Human Rights (IACtHR). It merits attention that the IACtHR relies only on its own case law to study and analyze various topics. Albeit it cannot be concluded that what the IACtHR states about FPIC and the indigenous community is a representation of a consensus between the International Community; hence, its resolutions must be taken with certain skepticism. Notwithstanding this, the reality is that the IACtHR is the only international tribunal that has dealt with FPIC as the main problem in the proceedings and has gone as far as to defining each of the FPIC elements.

a. Indigenous Community of Yakye Axa v Paraguay (2005)⁷⁸

- Concerning the land rights of the Yakye Axa Indigenous Community in Paraguay.
- The Community claimed that Paraguay had failed to restore their ancestral lands, forcing them to live in precarious conditions alongside a road without access to adequate food, water, health care, or housing.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ JONES N., “Finding Support for Indigenous Peoples’ Participation in the Sources of International Law”, in *Self-Determination as Voice: The Participation of Indigenous Peoples in International Governance*, Cambridge University Press, [s.l.i.], 2024, p. 45-80.

⁷⁸ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Case of the Indigenous Community of Yakye Axa v. Paraguay. Judgment of June 17, 2005 (Merits, Reparations and Costs)*, San José, Costa Rica, 2005.

- The Court held that Paraguay violated the right to property (Article 21 ACHR) in relation to Indigenous communal land, recognizing the special relationship between Indigenous peoples and their ancestral territories.
- As reparations, the Court ordered Paraguay to return the traditional lands, adopt legislative measures, and provide compensation and basic services to the Community.

*b. Saramaka People v Suriname (2007)*⁷⁹

- Concerned the rights of the Saramaka people, a tribal community in Suriname, over their ancestral lands and natural resources.
- The dispute centered on whether Suriname could authorize natural resource exploitation in Saramaka territory without recognizing their collective land rights, without effective consultation, and without ensuring safeguards for their cultural and physical survival.
- The Court held that Suriname violated Article 21 of the American Convention (right to property) by granting logging and mining concessions within Saramaka territory without effective consultation.
- It ruled that for large-scale development or investment projects with major impact, the State must obtain the community's FPIC.
- The judgment required Suriname to delimit, demarcate, and grant collective title to Saramaka territory, and to adopt legislative measures recognizing their juridical personality and land rights.

*c. Kichwa Indigenous Peoples Sarayaku v Ecuador (2012)*⁸⁰

- Concerned Ecuador's authorization of oil exploration activities within the ancestral territory of the Sarayaku People without prior consultation.
- Ecuador had granted an oil concession to a private company, which entered Sarayaku territory and placed explosives for seismic exploration, seriously affecting the

⁷⁹ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Case of the Saramaka People v. Suriname. Judgment of November 28, 2007 (Merits, Reparations and Costs)*, San José, Costa Rica, 2007.

⁸⁰ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador. Judgment of June 27, 2012 (Merits and Reparations)*, San José, Costa Rica, 2012.

community's territory, security, and spiritual relationship with the land.

- The Court found that Ecuador violated Article 21 (right to property) of the American Convention by failing to conduct prior, adequate, and effective consultation with the community, consistent with international standards on Indigenous rights.
- Court reaffirmed that consultation must be made in good faith, through culturally appropriate procedures, and with the objective of reaching agreement (establishes FPIC).
- The Court ordered Ecuador to remove the explosives, carry out proper consultation procedures, adopt legislative measures to regulate prior consultation, and provide reparations.

3. African Court of Human and Peoples' Rights

As for the African Court and Commission of Human and Peoples' Rights there are two main cases dealing with the indigenous consent.

*a. The Commission resolved on the Endorois Welfare Council v Kenya.*⁸¹

- Kenya evicted the Endorois from their ancestral lands around Lake Bogoria to establish a game reserve and promote tourism, without adequate consultation, compensation, or benefit-sharing. The community was relocated to semi-arid land unsuitable for their pastoralist lifestyle.
- The Commission held that the Endorois had collective property rights over their ancestral land, even without formal title, because of their long-standing occupation and spiritual, cultural, and economic relationship with the territory.
- The Commission interpreted Article 21 (natural resources) and Article 22 (right to development) to require FPIC.
- It was the first time the Commission clearly recognized Indigenous land rights and articulated the right to

⁸¹ AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya. Decision of February 4, 2010*, [s.e.], [s.l.i.], 2010.

development as a substantive, enforceable collective right under the African Charter.

*b. African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*⁸²

- The case *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya* (2017) concerns the Ogiek community, an indigenous group that has traditionally lived in the Mau Forest in Kenya.
- In 2009, the Kenyan government issued an eviction notice requiring the Ogiek to leave the forest, arguing that the area was a protected conservation zone. The African Commission brought the case before the African Court, claiming that the eviction threatened the community's cultural, social, and economic survival and violated several human rights.
- The Court first confirmed its jurisdiction and admissibility, rejecting Kenya's arguments that the case was inadmissible and that local remedies had not been exhausted. It also recognized the Ogiek as an indigenous people, emphasizing their deep historical and cultural connection to the land.
- On the merits, the Court found that Kenya violated the right to property (Article 14 of the African Charter) by evicting the Ogiek without proper consultation, without adequate compensation, and without sufficient justification based on public interest. The Court also determined that environmental conservation did not justify the eviction, since the Ogiek were not the main cause of the forest's degradation.

V J FPIC In national legislations

FPIC is particularly well established among specially affected States,⁸³ namely those whose territories include Indigenous

⁸² AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya. Judgment of May 26, 2017*, [s.e.], Arusha, 2017.

⁸³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*. Judgment of February 20, 1969, [s.e.], The Hague, 1969, para. 73; International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with Commentaries*, United Nations, [s.l.i.], 2018, Conclusion 8, Commentary 4.

peoples.⁸⁴ States such as, Argentina, Australia, Bolivia,⁸⁵ Canada, Chile, Colombia, Democratic Republic of Congo, Ecuador, Finland, India, Malaysia, Mexico, Nicaragua, Norway, Paraguay, Panama,⁸⁶ Philippines,⁸⁷ Peru, the United States, and Venezuela have incorporated FPIC into their domestic legal frameworks and administrative practices. This is further reinforced by extensive national jurisprudence in the Supreme Court of Belize, the Constitutional Court of Bolivia, the Supreme Court of Canada, the Constitutional Court of Colombia, the Constitutional Court of Guatemala, Brazil, Chile, Costa Rica, Mexico, New Zealand, Peru, the United States, and Venezuela all of which have treated FPIC as a binding obligation.

For clarity purposes here are two examples of FPIC in national legislation. The *Constitution of the Plurinational State of Bolivia* art. 30(II) which recognizes the rights to be consulted by appropriate procedures, the right to prior obligatory consultation by the State with respect to the exploitation of nonrenewable natural resources to participate in the benefits of the exploitation of natural resources in their territory, to the exclusive use and exploitation of renewable natural resources existing in their territory without prejudice to the legitimate rights acquired by third parties. The Constitution of the Republic of Ecuador of 2008 in its article 57 recognizes the mandatory free, prior and informed consultation, within a reasonable timeframe, regarding plans and programs for the prospecting, exploitation, and commercialization of non-renewable resources located on their lands that may affect the indigenous peoples.

VI J FPIC in doctrine

Lastly, for the last subsidiary source of law according to article 38(1) of the Statute of International Law, there are the teachings of the most highly qualified publicists. The International

⁸⁴ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Op. cit.*, Conclusion 8, Commentary 4; United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *General Recommendation No. 23: Indigenous Peoples* (UN Doc. A/52/18, Annex V), United Nations, [s.l.i.], 1997, para. 4(d); United Nations Human Rights Council, *Free, Prior and Informed Consent: A Human Rights-Based Approach. Study of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples* (UN Doc. A/HRC/39/62), United Nations, [s.l.i.], 2018, paras. 11–13.

⁸⁵ BOLIVIA, *Constitution of the Plurinational State of Bolivia*, art. 30(II); *Hydrocarbons Law No. 3058 of May 17, 2005* (Bolivia); *Environmental Law No. 1333 of April 27, 1992* (Bolivia), art. 78.

⁸⁶ *Law No. 37 of August 2, 2016*, Official Gazette No. 28090-A, August 5, 2016.

⁸⁷ PHILIPPINES, *Indigenous Peoples' Rights Act of 1997* (Philippines), Republic Act No. 8371.

Law Commission, a highly authoritative body in international legal scholarship, has yet to develop works regarding FPIC or indigenous peoples. Nonetheless, one of the main writers about FPIC is James Anaya, an American lawyer and Former Special Rapporteur on the indigenous peoples' rights from 2008 to 2014. Some of his works as a Special Rapporteur are the following:

1. Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People (2009)⁸⁸

It outlines the human rights framework applicable to indigenous peoples, emphasizing self-determination, land and resource rights, cultural integrity, and non-discrimination. The report analyzes the core issue of the duty of States to consult indigenous peoples. This duty is grounded in international human rights law, especially the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and ILO Convention No. 169. It requires governments to consult indigenous communities whenever decisions may affect them, particularly in ways that differ from the general population.

The report emphasizes that consultations must be conducted in good faith, aim to achieve agreement or consent, involve indigenous representative institutions, and occur before decisions are made. Anaya affirms that in cases of major impact, such as relocation, large-scale development, or resource extraction, States may be required to obtain free, prior, and informed consent. Additionally, the report notes that lack of proper consultation often leads to conflict, mistrust, and human rights violations. It also clarifies that States remain responsible for ensuring consultation, even when private companies are involved in projects affecting indigenous lands. Finally, the report provides recommendations, urging States to establish clear consultation mechanisms, ensure transparency and access to information, support indigenous participation, and respect their rights to self-determination and cultural integrity.

⁸⁸ UNITED NATIONS, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People* (UN Doc. A/HRC/12/34), United Nations, [s.l.i.], 2009.

***2. Report of The Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples; Extractive Industries and Indigenous Peoples (2013)*⁸⁹**

The report examines the rights of indigenous peoples in the context of extractive industries and large-scale development projects, particularly those affecting their lands, territories, and natural resources. The report explains that many indigenous communities face serious threats due to mining, oil, gas, and other large-scale projects, often carried out without proper safeguards. These activities can lead to environmental damage, displacement, and the loss of cultural and economic foundations.

The report clarifies that States must not only consult, but also ensure that projects respect indigenous peoples' land rights, cultural integrity, self-determination, and participation in decision-making (FPIC). It clarifies each element of FPIC and has recommendations for the States.

A central theme of the report is the obligation of States to ensure consultation and participation, based on international standards such as the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and ILO Convention No. 169. The report also highlights that States are responsible for regulating private companies and ensuring that business activities respect indigenous rights. Failure to do so often results in conflicts, human rights violations, and social unrest.

VII] Conclusions

The analysis conducted across the sources of international law identified in Article 38(1) of the ICJ Statute reveals a pattern: the stronger the claim made on behalf of FPIC, the weaker the legal foundation that can be identified to sustain it. The juridical value of Free, Prior, and Informed Consent and the consultation process for indigenous peoples remains fundamentally uncertain, characterized by a lack of clear definition and binding obligation. While international frameworks like the International Labor Organization (ILO) Convention 169 attempt to address these rights, they primarily emphasize procedural consultation rather than the absolute necessity of obtaining consent. Regarding the extraction of mineral resources, these conventions often reduce the role of indigenous communities to passive participants, where the

⁸⁹ UNITED NATIONS, *Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples: Extractive Industries and Indigenous Peoples* (UN Doc. A/HRC/24/41), United Nations, [s.l.i.], 2013.

consultation does not serve as mechanism for the protection of their interests.

Furthermore, the implementation of these protections is hindered by ambiguous and conditional language, such as *whenever possible* or *where consent cannot be obtained*, which weakens the effectiveness of the obligations imposed on States. Even in the specific case of the relocation of indigenous peoples, the only context in which FPIC is explicitly mentioned, States are not bound to secure actual consent, but rather only to engage in a consultation process. Consequently, because state practices remain contradictory and international case law is scarce, the practical application of these rights is currently unresolved. The jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the African human rights system, while instructive, cannot substitute for a universal binding standard, and their reach remains limited to States within their respective jurisdictions.

To determine the true extent of State obligations, it is necessary to employ formal interpretative tools, such as those found in Articles 31 and 32 of the VCLT, to clarify the currently ambiguous legal landscape. Until such clarification is achieved, FPIC will remain a standard whose moral weight far exceeds its legal enforceability.

Bibliography

- ANAYA, James, *Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples: Extractive Industries and Indigenous Peoples* (UN Doc. A/HRC/24/41), Geneva, United Nations Human Rights Council, 2013.
- ANAYA, James, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People* (UN Doc. A/HRC/12/34), Geneva, United Nations Human Rights Council, 2009.
- BARELLI, Mauro, "The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, no. 4, United Kingdom, Cambridge University Press, 2009, pp. 957–983.
- International Court of Justice, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*. Judgment of June 3, 1985, The Hague, International Court of Justice, 1985.
- International Court of Justice, *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*. Judgment of February 24, 1982, The Hague, International Court of Justice, 1982.
- International Court of Justice, *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*. Judgment of December 18, 1951, The Hague, International Court of Justice, 1951.

International Court of Justice, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*. Judgment of July 25, 1974, The Hague, International Court of Justice, 1974.

International Court of Justice, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*. Judgment of February 3, 2012, The Hague, International Court of Justice, 2012.

International Court of Justice, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea Intervening)*. Judgment of October 10, 2002, The Hague, International Court of Justice, 2002.

International Court of Justice, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening)*. Judgment of September 11, 1992, The Hague, International Court of Justice, 1992.

International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*. Judgment of February 20, 1969, The Hague, International Court of Justice, 1969.

International Court of Justice, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*. Judgment of December 17, 2002, The Hague, International Court of Justice, 2002.

International Court of Justice, *Statute of the International Court of Justice*, The Hague, International Court of Justice, 1945.

International Court of Justice, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*. Judgment of November 19, 2012, The Hague, International Court of Justice, 2012.

International Labour Organization, "About the ILO" [online], Geneva, International Labour Organization, [s.a.], available at: <https://www.ilo.org/about-ilo>, Date of access: 22 May 2026.

International Labour Organization, *Convention No. 107 concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries*, Geneva, International Labour Organization, 1957.

International Labour Organization, *Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries*, Geneva, International Labour Organization, 1989.

International Labour Organization, "History of the ILO" [online], Geneva, International Labour Organization, [s.a.], available at: <https://www.ilo.org/about-ilo/history-ilo>, Date of access: 22 May 2026.

International Labour Organization, "Indigenous and Tribal Peoples" [online], Geneva, International Labour Organization, [s.a.], available at: <https://www.ilo.org/topics-and-sectors/indigenous-and-tribal-peoples>, Date of access: 22 May 2026.

International Law Association, *Rights of Indigenous Peoples. Interim Report. The Hague Conference (2010)*, The Hague, International Law Association, 2010.

International Law Commission, *Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries*, New York, United Nations, 1966.

International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries*, New York, United Nations, 2018.

JONES, Natalie, "Finding Support for Indigenous Peoples' Participation in the Sources of International Law", in *Self-Determination as Voice: The Participation of Indigenous Peoples in International Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 45–80.

MACKLIN, Jenny, "Statement on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples" [online], Canberra, Government of Australia, 3 April 2009, available at: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/Australia_official_state_ment_endorsement_UNDRIP.pdf, Date of access: 22 May 2026.

McDOUGAL, Myres S.; Lasswell, Harold D.; Chen, Lung-chu, *Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, New Haven and London, Yale University Press, 1980, xxiv + 1016 pp.

Plurinational State of Bolivia, *Constitution of the Plurinational State of Bolivia*, La Paz, Plurinational State of Bolivia, 2009.

Plurinational State of Bolivia, *Environmental Law No. 1333 of April 27, 1992*, La Paz, Plurinational State of Bolivia, 1992.

Plurinational State of Bolivia, *Hydrocarbons Law No. 3058 of May 17, 2005*, La Paz, Plurinational State of Bolivia, 2005.

Republic of Panama, *Law No. 37 of August 2, 2016, Official Gazette No. 28090-A, August 5, 2016*, Panama City, Republic of Panama, 2016.

Republic of the Philippines, *Indigenous Peoples' Rights Act of 1997* (Republic Act No. 8371), Manila, Republic of the Philippines, 1997.

Shaw, Malcolm N., *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, 9th edition, 1308 pp.

SOHN, Louis B., "The Human Rights Law of the Charter", *Texas International Law Journal*, vol. 12, United States, Texas International Law Journal, 1977, pp. 129–140.

SWARTZ, Chris, "After 30 Years, Only 23 Countries Have Ratified Indigenous and Tribal Peoples Convention ILO 169" [online], Cultural Survival, [s.l.i.], Cultural Survival, 5 June 2019, available at: <https://www.culturalsurvival.org/news/after-30-years-only-23-countries-have-ratified-indigenous-and-tribal-peoples-convention-ilo>, Date of access: 22 May 2026.

TAONUI, Rawiri, "UNDRIP at 10: Are We Making Progress in the Global Fight for Indigenous Rights?" [online], Open Canada, [s.l.i.], Open Canada, 13 September 2017, available at: <https://opencanada.org/undrip-10-are-we-making-progress-global-fight-indigenous-rights/>, Date of access: 22 May 2026.

United Nations, *Charter of the United Nations*, San Francisco, United Nations, 1945.

United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Vienna, United Nations, 1969.

United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *General Recommendation No. 23: Indigenous Peoples* (UN Doc. A/52/18, Annex V), Geneva, United Nations, 1997.

United Nations Economic and Social Council, *Commission on Human Rights: Report of the Eighteenth Session, 19 March–14 April 1962* (UN Docs. E/3616/Rev.1; E/CN.4/832/Rev.1), New York, United Nations, 1962.

United Nations Economic and Social Council, *Report of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities on Its Forty-Sixth Session* (UN Docs. E/CN.4/1995/2; E/CN.4/Sub.2/1994/56), Geneva, United Nations, 1994.

United Nations Economic and Social Council, *Report of the Working Group Established in Accordance with Commission on Human Rights Resolution 1995/32 on Its Eleventh Session: Summary* (UN Doc. E/CN.4/2006/79), Geneva, United Nations, 2006.

United Nations General Assembly, *Report of the Working Group Established in Accordance with Commission on Human Rights Resolution 1995/32 of 3 March 1995 on Its Tenth Session: Addendum* (UN Doc. E/CN.4/2005/89/Add.2), Geneva, United Nations, 2005.

United Nations General Assembly, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (A/RES/61/295), New York, United Nations, 2007.

United Nations High Commissioner for Refugees, “Colombia’s Support for UN Declaration on Indigenous People Welcomed” [online], Geneva, United Nations High Commissioner for Refugees, 24 April 2009, available at: <https://www.unhcr.org/news/briefing-notes/colombias-support-un-declaration-indigenous-people-welcomed>, Date of access: 22 May 2026.

United Nations Human Rights Council, *Free, Prior and Informed Consent: A Human Rights-Based Approach. Study of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples* (UN Doc. A/HRC/39/62), Geneva, United Nations, 2018.

United Nations Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Technical Review of the United Nations Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1), Geneva, United Nations, 1994.

United States Mission to the United Nations, “Remarks by Ambassador Susan E. Rice, U.S. Permanent Representative to the United Nations, at the UN Permanent Forum on Indigenous Issues” [online], Geneva, United States Mission to the United Nations, 21 April 2010, available at: <https://geneva.usmission.gov/2010/04/21/april20-ambassador-rice/>, Date of access: 22 May 2026.

University of British Columbia, “UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples” [online], Vancouver, Indigenous Foundations, [s.a.], available at: https://indigenousfoundations.arts.ubc.ca/un_declaration_on_the_rights_of_indigenous_peoples/, Date of access: 22 May 2026.

VAN GENUGTEN, Willem, “Protection of Indigenous Peoples on the African Continent: Concepts, Position Seeking, and the Interaction of Legal Systems”, *American Journal of International Law*, vol. 104, no. 1, United States, Cambridge University Press, 2010, pp. 29–65.

Waldock, Humphrey, “Human Rights in Contemporary International Law and the Significance of the European Convention”, in *The European Convention on Human Rights*, London, Stevens and Sons on behalf of the British Institute of International and Comparative Law, 1965, pp. 1–23.

Un giro en el arbitraje internacional: el papel emergente del financiamiento por terceros

A shift on international arbitration: the emerging role of third-party funding

EMILIANO VILLALOBOS ALVIRDE¹

SUMARIO: I. Introducción; II. La anatomía del arbitraje internacional: ¿Un sistema en estado crítico?; III. La economía del procedimiento arbitral en reconfiguración: los terceros financiadores como figuras en expansión; IV. Los tribunales arbitrales ante la divulgación del contrato de financiamiento por terceros; V. Conclusión.

SUMMARY: I. Introduction; II. The anatomy of international arbitration: A system in critical condition?; III. The economy of arbitral proceedings in reconfiguration: third-party funders as expanding actors; IV. Arbitral tribunals and the disclosure of third-party funding agreements; V. Conclusion.

Resumen. El financiamiento por terceros está transformando el panorama de arbitraje internacional. En principio, el arbitraje sirve como un mecanismo alternativo de solución de controversias por el que las partes pueden evitar acudir a tribunales jurisdiccionales del Estado. Con el crecimiento del comercio internacional, el arbitraje ha dejado de ser meramente una opción, sino que, en numerosos casos, funge como el medio necesario para resolver disputas transfronterizas. Sin embargo, entre las ventajas y desventajas del arbitraje se erige un obstáculo clave: el elevado costo de los procedimientos y la desigualdad económica de las partes. Frente a este problema, la figura del *third-party funding* surge como mecanismo para otorgar el capital a quienes, de otro modo, difícilmente podrían acceder al arbitraje. No obstante, su

¹ Estudiante de octavo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana Campus Guadalajara. Miembro del Club de Investigación. Integrante del equipo que representó a la Universidad en el Willem C. Vis East International Commercial Arbitration Moot 2025-2026, con sede en Hong Kong. Actualmente es becario en AM Abogados, despacho especializado en Derecho del Trabajo. 0253010@up.edu.mx.

intervención en los procedimientos arbitrales no ha estado exenta de crítica, pues genera cuestionamientos sobre conflictos de interés, sobre su influencia en la estrategia del caso y sobre el grado de transparencia exigible en el ámbito probatorio. Por dichas razones, esta investigación busca reflexionar sobre cómo deberían actuar los tribunales arbitrales frente a ésta figura y, en los casos en los que se ha abordado, si la conducta ha sido adecuada.

Palabras clave: Tercero financiador, acceso a la justicia, involucramiento, confidencialidad.

Abstract. *Third-party funding is transforming the landscape of international arbitration. In principle, arbitration operates as an alternative dispute resolution mechanism through which parties may avoid resorting to State courts. With the growth of international trade, arbitration has ceased to be merely an option; in many cases, it has become the necessary means for resolving cross-border disputes. However, among the advantages and disadvantages of arbitration, one key obstacle stands out: the high cost of proceedings and the economic inequality between the parties. In response to this problem, third-party funding has emerged as a mechanism for providing capital to those who, otherwise, would hardly be able to access arbitration. Nevertheless, the involvement of third-party funders in arbitral proceedings has not been free from criticism, as it raises questions regarding conflicts of interest, their influence on case strategy, and the degree of transparency required in evidentiary matters. For these reasons, this research seeks to reflect on how arbitral tribunals should respond to this figure and, in the cases in which it has been addressed, whether their conduct has been appropriate.*

Keywords. *Third-party funder, access to justice, involvement, confidentiality.*

I] Introducción

En los últimos años el arbitraje ha dejado de ser un mecanismo alternativo de solución de controversias poco utilizado para convertirse en una de las vías más relevantes para la solución de problemas derivados de relaciones jurídicas complejas. Su flexibilidad, expeditéz, neutralidad, y ejecución transfronteriza lo han convertido en un recurso recurrido por numerosas partes de relaciones comerciales y de inversión. No obstante lo anterior,

últimamente se ha evidenciado una problemática que no puede ignorarse: el arbitraje internacional suele ser costoso.

Esto es debido a que los costos de arbitraje no se limitan al pago de árbitros o costos administrativos de las instituciones arbitrales, pues se extienden al pago de honorarios de abogados especializados, peritos, traducciones, producción de documentos, preparación de testigos, viajes, ejecución del laudo, etcétera. Dicho de otro modo, el arbitraje es un mecanismo accesible únicamente para quienes tienen poder adquisitivo suficiente para sostenerlo.

Es en este contexto donde surge la figura del *third-party funding*, o financiamiento por terceros. En pocas palabras, el financiamiento por terceros consiste en que un tercero ajeno a la relación jurídica aporta recursos económicos a una de las partes para que pueda sostener un procedimiento arbitral, a cambio de una contraprestación.

Prima facie esta figura podría parecer una solución frente a la desigualdad económica entre las partes, pues permite que quien no cuente con recursos pueda acceder al arbitraje y sostener sus reclamaciones. Empero, la problemática de los terceros financiadores radica en que no existe una respuesta uniforme sobre cómo deben tratarse dentro del arbitraje internacional, pues pueden traer consigo cuestiones de conflictos de intereses, agresividad e influencia en el procedimiento, y demás que detallaremos posteriormente.

En este tenor, la presente investigación tiene como finalidad analizar el rol del financiamiento por terceros en el arbitraje internacional y, especialmente, la manera en que los tribunales arbitrales lo afrontan. Para ello, utilizaremos un método deductivo: en la primera sección se partirá del estudio general del arbitraje internacional y sus principales características; en la segunda sección se analizará la figura del *third-party funding* con sus implicaciones; en la última sección se estudiará la conducta de los tribunales arbitrales frente a la divulgación del contrato de financiamiento por terceros.

II] La anatomía del arbitraje internacional: ¿un sistema en estado crítico?

Actualmente somos parte del fenómeno de globalización, por el que vemos cada vez más la necesidad de estar interconectados los unos con los otros de la manera más eficiente, principalmente entre países. Como ejemplo, hemos visualizado el crecimiento exponencial de la tecnología de las comunicaciones y la inteligencia artificial. De esta manera, tenemos al alcance

innumerables herramientas para relacionarnos, como lo son los medios que producen inmediatez en las comunicaciones (ej. Zoom, Google, etc.). Empero, comúnmente olvidamos que estas tecnologías no son las únicas ni primeras fuentes en crear una relación entre personas en el mundo. En este ámbito, el Derecho se impone como el imperante en la creación de relaciones entre personas.

Precisamente, el Derecho es la herramienta por la que el Estado crea normas para regular la conducta de las personas en la sociedad y conseguir un orden de paz y bien común².

Así, se crean relaciones de supra-subordinación en materia penal (Estado-delincuente), administrativa (Estado-gobernado), fiscal (Estado-contribuyente), y demás del orden público³. Por otro lado, en el orden privado se crean relaciones de coordinación, es decir, en un plano de igualdad entre las partes, por ejemplo, arrendador-arrendatario, comprador-vendedor, *de cuius*-herederos. Esta distinción es relevante para el presente artículo, pues nos adentraremos en una de las manifestaciones del Derecho Privado: el arbitraje.

Comúnmente, cuando hay una disputa entre las partes de una relación jurídica, el procedimiento para resolverlo se lleva ante los tribunales jurisdiccionales del Estado, en donde el juez estudia el caso, aplica la ley nacional, emite su sentencia y la ejecuta con el *imperium* que le delega la ley. Empero, el Estado ha reconocido la posibilidad de que las partes puedan resolver de manera independiente sus disputas sin tener que recurrir a los tribunales estatales⁴. Así, de manera parecida al litigio, las partes de una disputa renuncian a su derecho de acudir a tribunales jurisdiccionales para que un tercero neutral (árbitro), sin ser funcionario público, resuelva la disputa. Como dato adicional, a la resolución del árbitro se le denominará laudo, el cual tiene los mismos efectos que una sentencia por ser obligatorio para las partes.

Es precisamente el arbitraje la figura jurídica que ha hecho posible la globalización a la que nos referimos con anterioridad, pues innegablemente ha incrementado fluidez en el desenvolvimiento del comercio en talla internacional⁵. Esto es así

² MOTO SALAZAR, Efraín, *Elementos de Derecho*, Porrúa, 49ª ed, 2006, p. 8.

³ RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, 17ª ed, 2014, p. 179.

⁴ Art. 17 CPEUM.- “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”. Éstos, además se encuentran previstos en la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, a los que vulgarmente se les conoce como MASC.

⁵ ROBLES FARÍAS, Diego, *Derecho contractual internacional*, Tirant lo Blanch, México, 2021, p. 47.

por una razón simple: anteriormente, los comerciantes debían resolver sus disputas ante tribunales jurisdiccionales desconocidos, lo cual generaba problemáticas en el ámbito de determinación de jurisdicción (saber ante qué tribunales llevar la disputa), en el desembolso de costos (para llevar procedimientos en otro país), en la determinación de la ley aplicable al asunto (ley del país A o del país B), en la ejecución de sentencias (juez de país A no podía ejecutar en país B), y demás análogas. Así, el arbitraje ha resultado la vía idónea para dar vuelta a estas problemáticas.

En principio, el árbitro se considera que rige en su propia jurisdicción⁶, por lo que aplica estrictamente lo conferido por las partes a la disputa. Además, debido a que el árbitro no tiene *imperium*⁷ por ser de carácter privado, se auxilia de los tribunales jurisdiccionales para poder ejecutar sus resoluciones, lo cual otorga seguridad a las partes en la adopción de cualquier tipo de decisión arbitral.

Más allá, el arbitraje cuenta con ciertos beneficios que lo hacen deseable para los comerciantes que participan en alguna disputa.

En primer lugar, los procedimientos arbitrales suelen ser resueltos de manera expedita. Esto suele ser por virtud de disposiciones previstas en reglas institucionales, las cuales son emitidas por entes de carácter privado para poder establecer los lineamientos bajo los cuales se desarrollarán los procedimientos arbitrales que involucren a particulares sometidos a su jurisdicción. Usualmente, las reglas institucionales limitan a los árbitros a emitir el laudo en un plazo reducido⁸.

En segundo lugar, los procedimientos arbitrales están diseñados para que estén dotados de flexibilidad. Esto hace que los particulares puedan diseñar a modo el procedimiento según sus intereses y necesidades, claro está, sujetándose al consentimiento de la otra parte. Así, se retira un procedimiento cargado de formalidades. Además, esto mismo permite que se desenvuelva una relación de cercanía con el árbitro, pues se facilita que éste último atienda las solicitudes de las partes y, de considerarlas pertinentes, ajustar el procedimiento para que sea relativamente llevadero.

⁶ BERGER, Klaus Peter, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation and Arbitration*, 3ª ed, 2015, Web, p. 412, para. 20-29.

⁷ El *imperium* hace referencia a aquella facultad coercitiva que tienen las autoridades para poder hacer efectivas sus determinaciones.

⁸ Por ejemplo, el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC, por sus siglas en inglés), contempla en el Cronograma 2 de las Reglas SIAC 2025 al procedimiento expedito, en el cual los árbitros deberán conducir el procedimiento en plazos más cortos.

En tercer lugar, los procedimientos arbitrales se caracterizan por ser especializados en la materia. Esto es así debido a que, una vez que las partes designan árbitros, se busca que sean expertos en la materia a resolver, i.e. en inversión extranjera, propiedad intelectual, operaciones de comercio, compraventa internacional de mercaderías, derecho societario, y demás. De esta manera, se garantiza que la decisión tomada por el árbitro sea basada en un conocimiento del que es experto, abonando legitimidad en la decisión.

En último lugar, e incluso considerado por la doctrina⁹ como una de las cuestiones más importantes y relevantes del arbitraje, es su naturaleza confidencial. Esto es debido a que, tanto los árbitros como las partes que participen en un procedimiento arbitral, tienen la obligación de mantener toda la información que se haya desarrollado dentro y con relación del procedimiento de arbitraje como confidencial¹⁰. Por ende, se crea una obligación de no-revelación de información a terceros, a menos que sea información de dominio público, como sucede en el arbitraje de inversión.

Aunque son numerosos los beneficios de someter las disputas en arbitraje, lo cierto es que, para poder someterse a tal procedimiento, ambas partes de la disputa deben estar de acuerdo en hacerlo. Dicho consentimiento se puede expresar de dos maneras: expresa o tácitamente¹¹.

Por un lado, la manera expresa es por la que inequívocamente se desprende que las partes estuvieron de acuerdo en someter la disputa al arbitraje. Comúnmente, dicho consentimiento es plasmado en una cláusula del contrato celebrado entre las partes, denominada cláusula o acuerdo arbitral¹².

Además, existe doctrina¹³ sobre considerar al acuerdo arbitral como un contrato independiente-separado del principal,

⁹ VILLAGGI, Florencia et al., *Chapter 9: Confidentiality of Arbitration in Argentina*, en Fabricio Fortese (ed), *Arbitration in Argentina*, 2020, Web, p. 189, para. 9.03 [B].

¹⁰ Artículo 8 del Apéndice I de los Estatutos de la Corte Internacional de Arbitraje.- “La actividad de la Corte es de carácter confidencial el cual debe ser respetado por todos los que participen en ella, a cualquier título. [...]”.

¹¹ BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, 3ª ed, Marzo 2021, Web, para. 5.04.

¹² Como ejemplo, se recomienda utilizar el lenguaje de la cláusula modelo de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, la cual previene lo siguiente: “*Todas las disputas que surjan de o en conexión con el presente contrato se resolverán definitivamente de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros designados de conformidad con dichas Reglas*”.

¹³ BLACKABY, Nigel, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7ª ed, 2023, Web, para. c.5.106.

aunque físicamente no lo esté. Esto es así debido a que, en dado caso que se suscite una pretensión de nulidad, inexistencia, invalidez, ilegalidad, o terminación del contrato principal, corra riesgo de acarrear los mismos efectos para la cláusula arbitral¹⁴. En dado caso que así fuera, un árbitro no podría resolver cuestión alguna por haberse anulado el contrato principal.

De esta manera, el principio de separabilidad permite que un árbitro pueda ejercer su jurisdicción para atender dichas cuestiones. Adicionalmente, existe el consenso que dicho consentimiento puede constar por cualquier otro medio, sea electrónico, intercambio de documentos, etcétera¹⁵.

En dado caso que no se conste con certeza la existencia de consentimiento, opera el consentimiento tácito, por el que en atención a la conducta de las partes, no cabe duda que ambas están de acuerdo en llevar sus disputas a un procedimiento arbitral. A manera ejemplificativa: si el demandante presenta la solicitud de arbitraje con la demanda y, al momento de contestar, el demandado no pone en duda la jurisdicción del árbitro y continúa el procedimiento (ej. presenta pruebas, hace solicitudes al árbitro, etc.), se puede entender que tácitamente está aceptando que el procedimiento de resolución de disputas se lleve a cabo por medio de arbitraje. Ésta forma de expresión del consentimiento también se puede interpretar de manera contraria: aún si las partes hubieran plasmado en su contrato resolver la controversia en arbitraje y, frente a la objeción de una parte, la otra también continuara el procedimiento ante los tribunales jurisdiccionales sin objetarlo, se interpretaría que las partes renunciaron tácitamente a su derecho de resolver la controversia en arbitraje¹⁶.

Incluso así, para estar de acuerdo con remitir las disputas al arbitraje, hay ciertos aspectos a tomar en cuenta. Tales como: la elección de ley aplicable al fondo del asunto (ej. ley del país A o ley del país B, o algún texto de derecho uniforme — como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías —), la elección del tipo de arbitraje (sea *ad hoc* o institucional), la elección de reglas aplicables al procedimiento (o en su defecto, bajo la *lex arbitri*¹⁷),

¹⁴ BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, 3ª ed, Marzo 2021, Web, para. 3.03 [A].

¹⁵ Como se menciona en la Guía para la Convención de Nueva York, los medios en que conste el acuerdo se deberán analizar caso por caso para determinar si realmente hubo consentimiento de las partes en someter sus disputas al arbitraje.

¹⁶ BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, 3ª ed, Marzo 2021, Web, 5.04 [D] [6] [c].

¹⁷ Por *lex arbitri*, nos referimos a la regulación que tiene cada país referente al arbitraje. En el caso mexicano, debido a que las disposiciones referentes al arbitraje se encuentran plasmadas

la elección de la sede de arbitraje, la designación de árbitros y pago de honorarios (sea unitario o tribunal colegiado), búsqueda de abogados especializados en la materia y pago de honorarios, y de los aspectos más importantes a considerar, los gastos que se efectuarán para llevar a cabo el procedimiento de arbitraje.

Precisamente, por ser disputas de nivel internacional, los costos y gastos para llevar a cabo procedimientos arbitrales suelen ser bastante elevados, aunado a que el monto de las disputas de arbitraje de por sí suelen ser cuantiosos. Por ello, desafortunadamente el arbitraje también ha sido categorizado como un procedimiento que solamente puede ser llevado a cabo por personas con alto poder adquisitivo.

En consecuencia, sería inútil concebir al arbitraje como un procedimiento dotado de flexibilidad, especialización en la materia, confidencialidad, y demás, si tales beneficios son reservados únicamente para aquellos sujetos que cuentan con la capacidad económica suficiente para financiar un procedimiento de naturaleza arbitral, por ejemplo, las grandes empresas. En este tenor, nuestro enfoque se convierte en un problema que se transforma en un obstáculo práctico: el acceso a la justicia arbitral se pone en tela de juicio por la existencia de una brecha económica entre las partes.

Como mencionamos algunos párrafos arriba, cuando hablamos de acceso al arbitraje internacional, no podemos limitarnos al concepto abstracto de libertad contractual con el que cuentan las partes para someter sus controversias a este medio de resolución de controversias. Sino que resulta relevante y necesario cuestionarse si, en los hechos y en la práctica, las partes están en condiciones reales de absorber los costos asociados al procedimiento: sea de honorarios de árbitros y de abogados especializados, gastos dirigidos a instituciones arbitrales, peritajes, viajes, y todo lo que implica someter una controversia ante un foro internacional.

En tanto que en el ámbito jurisdiccional generalmente existe apoyo del Estado a personas en situaciones económicas desfavorables, por concebirse el acceso a la justicia uno de los derechos humanos fundamentales (por ejemplo, defensoría pública)¹⁸, en el ámbito del arbitraje internacional éste es prácticamente inexistente.

en el Código de Comercio. Éste último se considerará *lex arbitri* en dado caso las partes hayan pactado como sede alguna ciudad mexicana. Así, la *lex arbitri* será la base de validez y de supletoriedad de las reglas institucionales elegidas por las partes.

¹⁸ Art. 10 Declaración Universal de los Derechos Humanos.- “*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente*

Esto se ve evidentemente reflejado cuando observamos que, en gran parte de las controversias que se suscitan en arbitraje las partes no se encuentran en un plano de igualdad económica. A manera de ejemplo, es recurrente que una pequeña o mediana empresa se vea enfrentada contra una corporación multinacional o a una asociación empresarial. Incluso de forma más notoria, es común que un inversionista comparezca a demandar a un Estado por el incumplimiento de las disposiciones contenidas en algún Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), conocidos en inglés como *Bilateral Investment Treaties* (BIT)¹⁹.

Con esto en consideración, aunque las partes comparezcan al arbitraje en un plano de igualdad teórica, materialmente la disparidad en el poder adquisitivo puede conllevar una desigualdad de armas²⁰. Esto se puede traducir en que, por un lado, una parte tenga la capacidad de contratar a los mejores abogados en la materia, llevar a cabo estrategias procedimentales elevadas y complejas, contar con mejores recursos para hacer llegar evidencia al tribunal arbitral, e incluso cubrir los gastos derivados del arbitraje durante todo su desarrollo sin complicación alguna.

En cambio, la otra parte podría ver el ejercicio de su defensa limitado y, en el peor de los casos, llegar a desistirse de sus reclamaciones por el único hecho de no poder sostener los costos del procedimiento. De esta manera, se crea una erosión en la legitimidad del arbitraje que resulta contradictoria: en una cara presentarlo como la vía idónea para resolver disputas comerciales de talla internacional, pero en otra cara, condicionarlo a un filtro por el que solamente las partes con capacidad económica puedan participar, sin que la veracidad o validez de sus reclamaciones sea relevante.

Es precisamente bajo este contexto donde se comienza a vislumbrar la necesidad imperante de buscar mecanismos alternativos para el financiamiento de controversias: el *quid* del presente artículo. Así, se abre la puerta a nuevas figuras jurídicas y

e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

¹⁹ Controversias que se suscitan ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en inglés conocido como *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID).

²⁰ KRÖLL, Stephan et al., *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration*, Vol. 2, Cambridge University Press, 2023, p. 1207, para. 39.4.4. También considerado como principio fundamental del arbitraje, en TRIBUNAL INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DEL BANCO MUNDIAL, *Methanex Corporation v. United States of America*, Laudo, Agosto 2005, Web, p. 25, para. 52.

económicas que buscan restablecer el equilibrio. Entre otras figuras destaca, como se abordará en el siguiente apartado, el *third-party funding* (TPF), al cual en lo subsecuente también denominaremos financiamiento por terceros, o bien, terceros financiadores.

III J La economía del procedimiento arbitral en reconfiguración: los terceros financiadores como figuras en expansión

El financiamiento de terceros se puede definir como aquel mecanismo por el que un sujeto tercero o ajeno a una relación jurídica aporta recursos económicos para que una de las partes pueda iniciar o sostener un procedimiento de arbitraje a cambio de recibir una retribución, la cual se encuentra condicionada a los resultados obtenidos del caso²¹.

De manera más explicativa: si la parte que recibe el financiamiento del tercero obtiene un laudo favorable (gana), el tercero financiador participará en las ganancias económicas del caso. En cambio, si obtiene un laudo desfavorable (pierde), el tercero financiador deberá pagar la cantidad ordenada por el tribunal arbitral. Adicionalmente, es importante tener en mente que el tercero financiador no interviene como parte del procedimiento, sino que solamente asume el riesgo de la parte financiada en cuanto al resultado.

Como puede apreciar el lector, la relevancia de esta figura radica en que origina una relación de triangulación, la cual rompe con el esquema tradicional con el que se concibe al litigio en general: pues los terceros financiadores emergen como partes con un interés económico directo en el desenlace de la controversia, cuestión que abordaremos más adelante.

Añadiendo un brevísimo contexto histórico, lo cierto es que el financiamiento por terceros no es mera coincidencia ni creación exclusiva del arbitraje internacional. Ésta figura tiene sus orígenes en el desenvolvimiento de los litigios en sistemas del *Common Law*²², en donde los conceptos de *maintenance* y *champerty* establecían prohibiciones en la intervención de terceros

²¹ KAYALI, Didem, *Third-party Funding in Investment Arbitration: How to Define and Disclose It*, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 38, 2023, Web, p. 136.

²² Por ejemplo, el Reino Unido (en este caso), Australia, Estados Unidos de América, etcétera.

financiadores²³. Esto era así debido a que se consideraba que la participación de terceros ajenos a la controversia, que solamente tienen un interés de especulación económica, podía generar cierta injerencia en la manera en la que se llevaban a cabo los juicios, comúnmente propiciando abusos en su gestión. Sin embargo, con el paso del tiempo y con el incremento de la complejidad y la onerosidad de los litigios, numerosas jurisdicciones comenzaron a tener una perspectiva flexible y tolerante ante dicha figura²⁴.

Naturalmente, de participar exclusivamente en litigios ante tribunales jurisdiccionales, el financiamiento por terceros se fue expandiendo progresivamente hacia el arbitraje internacional, particularmente en el arbitraje comercial y en el de inversión extranjera.

De la misma manera, los terceros financiadores han ido especializando y focalizando su ámbito de acción en distintas ramas del arbitraje, generando así un genuino 'mercado de financiadores'. Efectivamente, este mercado ha resultado bastante atractivo desde el punto de vista de los financiadores, pues la cuantía de las disputas suele ser bastante elevada (incrementando así el monto correspondiente a su retribución), hay relativamente poca oferta en la prestación de este tipo de servicios (aunque en crecimiento), y desde hace algunos años existe la posibilidad de ejecutar las resoluciones arbitrales en cualquier lugar del mundo²⁵.

Además, cabe mencionar que el *third-party funding* no ha sido utilizado exclusivamente por pequeñas empresas o con poco poder adquisitivo. Al contrario, ante el incremento de la complejidad en el desarrollo de disputas internacionales, se ha observado que también es utilizado por grandes corporaciones con la finalidad de mitigar riesgos empresariales²⁶. En este sentido, podemos afirmar que el financiamiento por terceros tiene dos facetas, a saber: como figura económica y como figura jurídica.

En efecto, es económica dado que esencialmente responde a una dinámica de inversión y gestión de riesgos, en la que se determina *a priori* el monto de capital que se destinará a la

²³ NG, Jern-Fei, *The Role of the Doctrines of Champerty and Maintenance in Arbitration*, en Derek Roebuck (ed), *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation, and Dispute Management*, Singapur, Mayo 2010, Web, p. 208-209

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Bajo la adopción de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (conocida como la Convención de Nueva York) firmada por 172 países, incluyendo a México.

²⁶ BARNETT, Jonathan et al., *Third-Party Funding and Reform of the ICSID Arbitration Rules*, Corte de Arbitraje Comercial Internacional de Rumania, Wolters Kluwer, Revista No. 3, 2021, Web, p. 32.

controversia. Es jurídica porque comúnmente se celebran contratos complejos que crean derechos y obligaciones entre el financiador y la parte financiada, por ejemplo, delimitando la intervención del tercero financiador en la controversia, el porcentaje de ganancia que obtendrá el tercero financiador, obligaciones de confidencialidad²⁷, entre otras. Es por esta razón por la que las operaciones de financiamiento por terceros los han convertido en sujetos que genuinamente se relacionan activamente con el arbitraje, aunque bajo las diferentes manifestaciones que analizaremos a continuación.

Según la Ciarb²⁸, hay ciertas formas que pueden tomar los contratos de financiamiento por terceros, las cuales pueden variar según las necesidades del caso en concreto. Entre aquellos que señala, se encuentran: a) de caso-único, b) de portafolio, c) de apelación y ejecución, d) de monetización de laudo, e) de costos adversos, f) de préstamo y, g) de firma de abogados²⁹.

a) Los financiamientos de caso-único, como lo dice su nombre, son los procedimientos que se financian respecto de un sólo caso. Por ello, en este tipo de financiamiento se puede observar de manera más evidente la asunción del riesgo por parte del tercero financiador. Pues, como mencionamos algunos párrafos arriba, el tercero financiador asume completamente el riesgo de su inversión en un único caso, por lo que si la parte financiada tiene un laudo desfavorable, el tercero financiador deberá pagar y pierde por completo su inversión.

b) Percibido como una de las maneras más atractivas, los financiamientos de portafolio se refieren a otorgar financiamiento respecto de un grupo de casos específico. A diferencia del anterior, los costos y las ganancias de cada caso que conforma el portafolio impactará en la retribución total de la inversión para el tercero financiador.

Como ejemplo: dentro del contrato celebrado entre Comerciante A y el tercero financiador, encontramos que en el portafolio del comerciante se encuentran Arbitraje 1, Arbitraje 2, y Arbitraje 3, en el que se pacta la retribución sujeta a un porcentaje de éxito. Pasado un año, Comerciante A ganó los primeros dos arbitrajes, pero resultó desfavorable el tercero. De ahí, el tercero financiador deberá asumir completamente los gastos y costos del

²⁷ SHAW, Gary, *Third-party funding in investment arbitration: how non-disclosure can cause harm for the sake of profit*, Oxford University Press, Arbitration International, 2017, p. 114, para. 2.3.

²⁸ *Chartered Institute of Arbitrators*, reconocida comunidad internacional de profesionales especializados en resolución de disputas.

²⁹ CIARB, *Guideline on Third-Party Funding*, 2025, Web, p. 26-32.

Arbitraje 3, pero lo compensará con el monto obtenido por haber tenido un éxito del 66% con el Arbitraje 1 y 2. Como el lector podrá percibir, este tipo de financiamientos suelen ser más complejos.

c) El financiamiento de apelación y ejecución se divide en dos. Con apelación, nos referimos a la posibilidad que tiene una parte de la disputa (normalmente quien perdió el asunto) para poder controvertir la decisión del árbitro. Ante esta posibilidad, hay casos en los que una parte sólo habrá podido utilizar sus recursos para financiar una única instancia, por lo que si la otra parte decide apelar la decisión del árbitro, quedaría en riesgo su defensa. De esa manera, se asegura que la parte pueda contar con los recursos necesarios para hacer frente a una apelación.

Refiriéndonos ahora a la ejecución, por ésta entendemos la acción que realiza el tribunal arbitral para que, ante la falta de cumplimiento voluntario del laudo³⁰, se le obligue a dar cumplimiento. Como ejemplo: disputa entre Comerciante A (México) y Comerciante B (Canadá), en donde Comerciante B fue condenado a pagar una suma determinada de dinero. Aunque el laudo arbitral sea considerado como obligatorio para las partes desde su emisión³¹, Comerciante B injustificadamente se rehúsa a cumplirlo (pagar). Las cosas así, el tribunal arbitral decide auxiliarse de los tribunales jurisdiccionales de Canadá para ejecutar el laudo (dado que no tiene *imperium*)³². Para poder llevar a cabo la mencionada ejecución, el Comerciante A deberá incurrir en gastos adicionales, lo cual tal vez no tenía previsto desde un principio. Por ende, un tercero financiador podría entrar en la disputa para costear los gastos adicionales para que se ejecute el laudo en Canadá.

d) Respecto del financiamiento de monetización del laudo la explicación es más sencilla de lo que parece. Para que este tipo de financiamiento sea posible, necesariamente debe existir un laudo arbitral a favor de la parte que necesite el financiamiento (ganadora; para ejecutarse). En este caso, el tercero financiador liquida el monto del laudo directamente a la parte ganadora (de ahí su nombre), cediéndole así los derechos de ejecución al tercero financiador. En estos términos, para que éste pueda recibir el monto de su inversión, deberá ser ejecutado por él mismo contra la parte vencida en arbitraje.

³⁰ Usualmente quien perdió o a quien se le impuso una obligación.

³¹ Art. 1461 del Código de Comercio.- “Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido como vinculante y, después de la presentación de una petición por escrito al juez, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este capítulo”.

³² Esta posibilidad de reconocimiento y ejecución de laudos está esencialmente contenida en la Convención de Nueva York.

e) Cuando nos referimos al financiamiento por costos adversos (*adverse costs risks*) debemos hacer una distinción importante: una situación es pagar el monto principal de la disputa, y otra es pagar los gastos en que haya incurrido la contraparte para poder realizar su defensa. Ésta última es la forma de financiamiento a la que hacemos alusión en este inciso³³.

Debido a que no todas las jurisdicciones regulan la figura de costos adversos, dependiendo de la tradición jurídica a la que pertenecen los árbitros, habrá criterios discordantes para conceder su asignación. En dado caso que así sea, los costos se sumarán al monto por pagar, lo cual sería una carga económica más para la parte a que se le ordene su pago. De ahí que los terceros financiadores podrán apoyar para soportar únicamente esa carga, o incluso como cláusula adicional dentro del contrato de financiamiento, lo cual es bastante común.

f) De manera un poco más proteccionista para los terceros financiadores, los financiamientos por préstamo se refieren a que, para poder otorgar el financiamiento, los financiadores deberán tramitar un crédito con una institución bancaria para asegurar el pago en dado caso que la parte financiada obtenga un resultado desfavorable.

Empero, lo cierto es que los terceros financiadores también corren los riesgos inherentes al crédito bancario, como pagar meses de intereses en dado caso que el arbitraje dure más que lo esperado, de otorgar garantías a favor de la institución bancaria, e incluso deber pagar el crédito en un plazo anterior a la resolución del laudo (incurriendo en un gasto anticipado e innecesario).

g) Por último, el financiamiento de firma de abogados se refiere a aquellos supuestos en los que es la propia firma quien celebra el contrato de financiamiento a fin de asegurar la cobertura de sus honorarios y costos aún en el evento de que sus clientes obtengan resoluciones desfavorables. En consecuencia, suele celebrarse a la par de esquemas de financiamiento de portafolio.

En efecto, este tipo de financiamientos suelen exigir un grado mayor de escrutinio que cualquier otro, pues no se requiere de una organización y logística impecable solamente para poder dar seguimiento a cada caso incluido en el portafolio, sino también propiciar un equilibrio entre el involucramiento del tercero financiador en la controversia y la estrategia procesal que la firma de abogados haya acordado con su cliente. Por ello, se recomienda

³³ Como ejemplo: Comerciante A ganó el arbitraje contra B, por lo que B deberá pagar una suma determinada de dinero respecto del monto de la disputa. Adicionalmente, dado que A tuvo que además incurrir en gastos en el arbitraje, se le sumarán éstos para que los reembolse B.

tener una fina delimitación y atribución de facultades, responsabilidades y obligaciones de cada sujeto que interviene en el esquema, de modo que no se distorsione la relación abogado-cliente. Enfáticamente, en todo momento deberán imperar los intereses del cliente durante la disputa.

Ante todas las circunstancias que rodean al *third-party funding* señaladas con anterioridad, nos podríamos preguntar sobre cómo se comportan este tipo de actores en el nuevo paradigma de arbitraje. Algunos opinan que éstos son esenciales para garantizar el acceso a la justicia arbitral, por lo que su intervención la consideran hasta cierto punto necesaria³⁴. Otros, específicamente los Estados que son parte de disputas en arbitraje de inversión, los han considerado altamente agresivos³⁵.

Para determinar su agresividad, debemos utilizar una acepción distinta a la cotidiana, la cual hace referencia a conductas hostiles, desmedidas, y ajenas a la lealtad. No necesariamente implica lo anterior. Nosotros nos referiremos a la agresividad como un perfil de apetito de riesgo, intensidad en el involucramiento en el caso, y firmeza en la toma de decisiones económicas de la disputa. Por ende, calificar de agresivo a un tercero financiador no acarrea necesariamente a una conducta maliciosa, pues hay también distintas fases del financiamiento en las que se debe poner atención.

En primer término, como cualquier tipo de contrato, la conducta del tercero financiador inicia desde las negociaciones previo al acuerdo de voluntades entre las partes. Aquí, el tercero financiador normalmente realiza un análisis del caso (o en financiamiento de portafolio, selección de casos) para delimitar la dinámica económica que propondrá que rija la relación jurídica. Esto es debido a que los terceros financiadores no otorgarán el financiamiento 'a ciegas', sino que se debe realizar estudios de viabilidad, tales como: cálculo de la cuantía de la disputa, revisar aspectos de solvencia de la otra parte, cotejar aspectos de derecho societario³⁶ y de cálculo de los costos en los que se incurrirá en el procedimiento, revisar cuestiones de tramitación de créditos con instituciones bancarias y otorgamiento de garantías de pago, cambios en la representación de la empresa, modificaciones

³⁴ GODMAN, Camilla, *Third-party funding: How to... understand third-party funding*, The Resolver, Agosto 2022, Web, p. 20.

³⁵ GARCÍA, Frank J., *Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System*, Boston College Law Review, Vol. 59., 2018, Web, p. 2920.

³⁶ Por ejemplo, ver si se trata de una filial, si la sociedad es parte de un procedimiento de quiebra, si no ha sido inhabilitada para realizar operaciones comerciales, etcétera.

respecto de la responsabilidad de los socios, posibilidades reales de ejecución del laudo, entre muchas otras más.

Con toda razón, se les podría categorizar a los terceros financiadores de agresivos, aunque también es cierto que se les debería de poner especial consideración debido a que su finalidad de ser tan escrupulosos es, al fin y a cabo, proteger el capital que destinarán a su inversión en el caso.

En segundo término, cabe tomar en cuenta la conducta del tercero financiador una vez que se firmó el contrato. Es aquí donde se puede diferenciar entre dos tipos de financiadores: los de supervisión activa y los de supervisión pasiva.

Como bien puede ser asumido por las palabras utilizadas, los financiadores de supervisión pasiva solamente se limitan a responder por las obligaciones contractuales sin necesidad de estar involucrándose en el asunto. Aunque, consideramos que celebrar un contrato con un tercero financiador que realice supervisión pasiva podría resultar un poco más delicado, en tanto la parte que busca ser financiada debería asegurarse que el financiador sea solvente y esté dispuesto a cumplir con sus obligaciones.

En cambio, los financiadores que realizan una supervisión activa son quienes están al pendiente de cómo se está llevando el caso, solicitando periódicamente información, sugiriendo cierta toma de decisiones³⁷, y demás actitudes análogas. A éste comúnmente se le considera agresivo, pues lo que busca es proteger a toda costa su inversión en el asunto, incluso si para lograrlo debe anteponer sus intereses a los de la parte que financia y sus abogados.

Éste estilo de financiamiento es el que se ha visualizado de una manera más evidente en el arbitraje de inversión extranjera. Esto es debido a que el *animus* de especulación comercial y ganancia económica en arbitrajes de este tipo se ve incrementado por la cuantía de los asuntos. Además, en no pocas ocasiones se les ha retratado como auténticos 'cazadores' de reclamaciones contra Estados, en medida en que toman ventaja de las debilidades de los sistemas de defensa del Estado para obtener un lucro³⁸.

En último término, como hemos mencionado en diversas ocasiones, resta por considerar la conducta del tercero financiador en la etapa de ejecución del laudo. Por una parte, si la parte financiada resulta condenada al pago de una suma determinada de dinero (sea por el monto principal, o además, por costos adversos),

³⁷ Aunque en algunas ocasiones las cláusulas del contrato de financiamiento están redactadas de manera tal, que permiten que *de facto* impongan sus determinaciones.

³⁸ GARCÍA, Frank J., *Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System*, Boston College Law Review, Vol. 59., 2018, Web, p. 2919.

el tercero financiador deberá asumir dicha carga en la medida en que se haya obligado. Naturalmente, éstas condenas no son ajenas a objeciones por parte de los terceros financiadores

Entre las objeciones que podría pretender invocar un financiador agresivo se encuentra rehusarse a cubrir el pago, alegando que la parte financiada o sus abogados no siguieron sus instrucciones estratégicas, aún cuando dicho condicionamiento no estuviera previsto en disposiciones contractuales. Por ello, consideramos indispensable que la parte que pretenda obtener un financiamiento por terceros sea especialmente cautelosa al negociar y redactar el contrato mediante la clara delimitación de derechos y obligaciones. Más importante, evitar que el financiador pueda invocar, de manera unilateral, pretextos para desprenderse de los compromisos asumidos frente a la parte financiada.

En última instancia para la presente sección, es relevante considerar que el financiamiento por terceros se ha vislumbrado como un posible generador de conflictos de intereses³⁹. Por estos, entendemos aquellas cuestiones y circunstancias que deterioran la independencia (aspecto objetivo) e imparcialidad (aspecto subjetivo) del tribunal arbitral. Éstas dos, aunque están íntimamente conectadas e influyen una sobre la otra, tienen una diferencia.

En lo que resta a la independencia, se refiere a aquellas situaciones de hecho que generan una relación de dependencia entre el árbitro y alguna de las partes, lo cual, podría ocasionar que decida en su favor. Como ejemplos: el árbitro sea inversionista o asociado de una de las partes, o el árbitro sea cónyuge de alguna de ellas. En este sentido, si un tribunal arbitral condenara a dicha parte al pago de una suma elevadísima de dinero, posiblemente le ocasionaría un perjuicio económico (por alterar el valor de su inversión) o un sentimiento de presión (resolver a favor del cónyuge). Por ende, el sentido de resolución del laudo estaría dependiendo de una situación de hecho que afectaría su inclinación hacia un lado u otro.

En cambio, la imparcialidad se refiere a ese carácter de neutralidad que debe tener el árbitro para resolver una controversia, sin sentir afinidad o preferencia por una u otra parte, tales como alguna relación de amistad con alguna de las partes o afinidad hacia una empresa.

³⁹ SHAW, Gary, *Third-party funding in investment arbitration: how non-disclosure can cause harm for the sake of profit*, Oxford University Press, Arbitration International, 2017, p. 116, para. 2.3.

Por ende, cualquier situación que ponga en peligro cualquiera de estos dos criterios haría acreedor al árbitro de ser recusado. Debido a que usualmente no se previenen supuestos de recusación en reglamentos de instituciones arbitrales, la IBA⁴⁰ ha emitido sus Directrices sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, las cuales son reconocidas a nivel internacional.

Éstas últimas son relevantes para el asunto que nos ocupa, pues en los últimos años se incluyó dentro de la Nota Explicativa sobre la Norma General 6 de las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional⁴¹ a los terceros financiadores como posibles generadores de un conflicto de interés con los árbitros, ya sea por tener una relación profesional con los árbitros, sean cercanos al tribunal, hayan financiado a algún árbitro en el pasado, y demás circunstancias similares.

Como se menciona en dicha nota⁴², aunado a que los terceros financiadores pueden influir en la designación de árbitros, y considerando que suelen ser la parte 'escondida' en el arbitraje, la falta de transparencia respecto de su identidad obstaculiza que las partes puedan sostener si existen o no motivos razonables para poner en duda la independencia e imparcialidad del tribunal de arbitraje.

En función de las razones presentadas en esta sección, en seguida examinaremos cómo los tribunales arbitrales han abordado el financiamiento por terceros, prestando especial atención a las cuestiones relativas a la obtención y valoración de la evidencia.

IV] Los tribunales arbitrales ante la divulgación del contrato de financiamiento por terceros

Como bien se podrá identificar a través del artículo, no existe una perspectiva uniforme sobre el trato que debe darse al financiamiento por terceros en el arbitraje internacional. Además, dada la forma en la que los terceros financiadores se comportan en arbitraje, la veracidad de los posibles obstáculos y conflictos que

⁴⁰ *International Bar Association*, por sus siglas en inglés.

⁴¹ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, 2024, Web, p. 11, para. (b).

⁴² "Los terceros financiadores y aseguradores pueden tener un interés económico directo en la tramitación o defensa del caso en disputa, una relación de control sobre una de las partes del arbitraje, o influencia sobre el desarrollo del procedimiento, incluida la selección de los árbitros. Estas distinciones pueden ser relevantes a la hora de analizar si debe considerarse que dichas entidades ostentan la identidad de una parte".

pudieren generar deben ser sometidos a revisión. Para ello, nos servimos de la evidencia.

Por evidencia nos referimos a todos aquellos elementos que sirven para crear convicción sobre la realidad de un hecho, sean documentos (pagarés), declaraciones (testigos o confesionales), diligencias de inspección, y otros medios probatorios. En este orden de ideas, cuando aludimos a los posibles obstáculos que pueden ser generados por los terceros financiadores, el propio contrato de financiamiento se convierte en una pieza relevante de evidencia.

Precisamente por ello, se ha observado que algunos tribunales arbitrales han ordenado la divulgación del contrato de financiamiento por terceros (de manera total o parcial) con la finalidad de valorar si sus términos y condiciones influyen materialmente en la controversia⁴³.

Previo a adentrarnos en los motivos de los tribunales para ordenar tal cosa, consideramos que es relevante hacer una distinción entre los conceptos de relevancia y de materialidad, pues en gran parte de los reglamentos institucionales se considera como requisito para ordenar exhibición de evidencia que ésta reúna ambas características⁴⁴.

En principio, la relevancia hace referencia a la idoneidad que tiene cierta evidencia para probar un hecho⁴⁵. Por ejemplo: Comerciante A (vendedor) celebra un contrato de compraventa internacional de computadoras con Comerciante B (comprador). Una vez que le son entregadas las mercancías, después de haberlas examinado, el Comerciante B se da cuenta que hay una falta de conformidad en los bienes (pues en vez de ser computadoras, le entregó teléfonos). En este caso, el Comerciante B deberá exhibir la mercancía entregada y el contrato, pues éste último será relevante para comparar lo que pactaron en un inicio las partes y lo que se entregó.

⁴³ CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, *South American Silver Limited (Bermuda) v. El Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso No. 2013-15, Orden Procesal No. 10, Web, p. 12, paras. 79-82.

⁴⁴ Art. 50.2 (f) del Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur (SIAC).- “Además de las demás facultades previstas en este Reglamento, salvo que las partes acuerden en contrario o que lo prohíban las normas imperativas de cualquier ley aplicable, el Tribunal tendrá la facultad de: [...] (f) ordenar a cualquiera de las partes que presente al Tribunal y a las demás partes para su inspección, en la forma en que lo determine el Tribunal, cualquier documento, propiedad, o elemento que se encuentre en su posesión o control que el Tribunal considere relevante para el caso y material para su resultado (traducido)”.

⁴⁵ BANTEKAS, Ilias et al., *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: A Commentary*, 2020, p. 556, para. 3.2.1.

Por otro lado, la materialidad hace referencia a la valoración *per se* de la prueba, es decir, si crea convicción en el tribunal de que el hecho es cierto⁴⁶. Retomando el ejemplo pasado, exhibir la mercancía entregada tendría un efecto material en el caso, pues con aquella se probaría que efectivamente existió una falta de conformidad de los bienes.

Teniendo en mente lo anterior, corresponde a la parte que solicita su divulgación manifestar qué hecho pretende demostrar y por qué el contrato constituye el medio idóneo para acreditarlo⁴⁷. Asimismo, cabe resaltar que es bastante común que se exija al solicitante que justifique por qué el acreditamiento de los hechos no podría probarse mediante otros medios probatorios menos intrusivos. Así, quien solicita la divulgación del contrato de financiamiento por terceros tendrá una carga de argumentación fáctica, en donde las disposiciones del contrato pasarán de ser una mera suposición a un elemento de prueba para que tenga efectos directos en la controversia.

Adicionalmente, hay personas que sostienen que los terceros financiadores ocasionan obstáculos procesales en el desahogo del arbitraje. Según ellos, se está propiciando un abuso en solicitudes de divulgación del contrato de financiamiento con la intención de desequilibrar la relación entre la parte financiada y su financiador, dilatar el procedimiento arbitral, e incluso obtener información sobre la solvencia de la parte financiada para usarla como herramienta de presión en argumentos de asignación de costas⁴⁸. Frente a estas actitudes realmente agresivas, lo que precisamente servirá de filtro probatorio será el estándar de relevancia y materialidad. Si el solicitante no puede demostrar en qué medida el contrato de financiamiento por terceros incide en un punto controvertido, la petición se rechazará, protegiendo así a la parte financiada de intromisiones injustificadas en su esfera jurídica, financiera y estratégica.

Por la complejidad que conlleva el tema, progresivamente las instituciones de arbitraje internacional han optado por incluir disposiciones en sus reglamentos relativas al *third-party funding*⁴⁹.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 558, para. 3.2.3

⁴⁷ Por ejemplo, la existencia de algún conflicto de interés, el riesgo que la parte financiada resulte insolvente, el grado de control que el tercero financiador ejerce sobre la controversia, entre algunos otros ejemplos.

⁴⁸ CRIVELLARO & MELCHIONDA, *Disclosure and Conflicts of Interest in Relation to Third-Party Funding*, BCDR International Arbitration Review No. 2, 2018, p. 300.

⁴⁹ Art. 38.1 del Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur (SIAC).- "La parte deberá revelar la existencia de cualquier acuerdo de financiamiento por terceros, así como el contacto e identidad del financiador en su Escrito de Contestación o tan pronto

Por éstas, se reconoce expresamente al tribunal arbitral el poder de ordenar la revelación de la existencia del financiamiento y la identificación del tercero financiador. Reiteradamente, si se trata de ordenar la producción de documentos, incluyendo la divulgación total o parcial del contrato de financiamiento, es recurrente que los propios reglamentos institucionales condicionan dicha medida a que el tribunal considere que la información solicitada es relevante y material para la resolución del caso concreto.

Además, conviene mencionar una distinción fundamental que los tribunales han tenido que enfrentar en la práctica: una cosa es ordenar la revelación de la existencia e identidad del tercero financiador, y otra es ordenar la divulgación del contenido del contrato de financiamiento.

La primera se erige, como lo hemos mencionado con anterioridad, para el efecto de gestionar posibles conflictos de interés, e incluso, para adoptar medidas relacionadas con la garantía de costas. En cambio, la segunda implica penetrar en un ámbito bastante sensible, pues el contrato de financiamiento suele contener información sobre el análisis de riesgos, las condiciones económicas pactadas y, en general, información que las partes consideran confidencial⁵⁰.

Por estas razones el tema no ha sido ajeno a la crítica. Hay quienes sostienen que ordenar la producción íntegra del contrato constituye un exceso de poderes del tribunal arbitral por no preverse en el reglamento institucional⁵¹, quienes sostienen que la sola revelación de la identificación del tercero financiador es suficiente⁵², y quienes dicen que una revelación amplia de los términos del contrato de financiamiento mermaría la naturaleza confidencial del mismo⁵³. En este tenor, consideramos que estas

como sea razonablemente posible tras la celebración de dicho contrato de financiamiento por terceros (traducido)".

⁵⁰ CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, *Tennant Energy, LLC v. Canadá*, Caso No. 2018-54, 27 de Febrero de 2020, Orden Procesal No. 4, Web, p. 20.

⁵¹ CIADI, Joseph K. Borkowski, *Rasia FZE v. República de Armenia*, Caso No. ARB/18/28, 5 de Noviembre de 2024, Decisión sobre la anulación, Web, para. 78.

⁵² CRIVELLARO & MELCHIONDA, *Disclosure and Conflicts of Interest in Relation to Third-Party Funding*, BCDR International Arbitration Review No. 2, 2018, p. 297, para. 3.3. Así como en CIADI, *Muhammet Çap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistán*, Caso No. ARB/12/6, Orden Procesal No. 3., Web, p. 4, para. 13.

⁵³ SHAW, Gary, *Third-party funding in investment arbitration: how non-disclosure can cause harm for the sake of profit*, Oxford University Press, Arbitration International, 2017, p. 114, para. 2.3.

posiciones sólo pueden valorarse de manera adecuada si se sujetan a los principios esenciales del debido proceso.

Por un lado, un exceso de opacidad (negar rotundamente la existencia e identidad del financiador) podría privar a la otra parte de herramientas para cuestionar la independencia e imparcialidad del tribunal, o en su caso, para solicitar garantía de costas. Si se impidiera lo anterior, se mermaría la igualdad de armas y el derecho de tener igualdad de oportunidades para presentar su caso⁵⁴. Por el otro, una orden de divulgación total del contrato de financiamiento por terceros podría violar cuestiones de confidencialidad, fracturar la relación entre la parte financiada y el tercero financiador, e incluso desincentivar el uso de la figura.

V] Conclusión

A manera de conclusión, el *third-party funding* se erige como una figura novedosa en el arbitraje internacional. Su rol emergente no solamente introduce una nueva forma de financiar conflictos, sino una nueva dinámica de arbitraje. Anteriormente el procedimiento se integraba por el actor, demandado y el tribunal arbitral. Ahora aparece un nuevo sujeto que, aunque no comparece como parte, *de facto* tiene un interés económico en el desenlace de la disputa.

Por este motivo, la conducta de los tribunales arbitrales resulta fundamental. Frente al financiamiento por terceros, los tribunales arbitrales no deberían adoptar una postura de repudio automático, pero tampoco de una permisividad absoluta. Los tribunales arbitrales tendrán como misión analizar cada caso concreto para salvaguardar la integridad del procedimiento.

Dicho de otra manera, el verdadero desafío para el arbitraje contemporáneo consiste en definir bajo qué condiciones su intervención puede coexistir con el arbitraje. Por ende, el financiamiento por terceros debe ser regulado y valorado de tal forma que no restrinja el acceso a la justicia o que se convierta en un factor de presión, opacidad o distorsión del procedimiento. Al contrario, la regulación y estudio del *third-party funding* implica equilibrar transparencia, confidencialidad, igualdad de armas, imparcialidad, y justicia.

⁵⁴ Lo cual, en términos del Art. 1457 fracción I inciso b) del Código de Comercio, acarrearía su nulidad: “Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando: I. La parte que intente la acción pruebe que: [...] b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”.

Bibliografía

BANTEKAS, Ilias et al., UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: A Commentary, 2020, p. 556, para. 3.2.1.

BARNETT, Jonathan et al., Third-Party Funding and Reform of the ICSID Arbitration Rules, Corte de Arbitraje Comercial Internacional de Rumania, Wolters Kluwer, Revista No. 3, 2021, p. 32, retirado de https://nivalion.com/uploads/pdf/Romanian_Arbitration_Journal_no_3_2021_Excerpt.pdf

BERGER, Klaus Peter, Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation and Arbitration, 3ª ed, 2015, p. 412, para. 20-29, retirado de <https://kluwarbitration.up.elogim.com/document/KLI-KA-Berger-Vol2-SC020>

BLACKABY, NIGEL et al., Redfern and Hunter on International Arbitration, 7ª ed, 2023, para. c.5.106, retirado de <https://kluwarbitration.up.elogim.com/document/kli-ka-blackaby-2022-ch05?q=doctrine%20of%20separability>

BORN, GARY, International Commercial Arbitration, 3ª ed, Marzo 2021, paras. 3.03 [A], 5.04 [D] [6] [c], retirado de <https://kluwarbitration.up.elogim.com/document/kli-ka-born-2021-ch03?q=separability>

CIADI, Joseph K. Borkowski, Rasia FZE v. República de Armenia, Caso No. ARB/18/28, 5 de Noviembre de 2024, Decisión sobre la anulación, para. 78, retirado de <https://kluwarbitration.up.elogim.com/document/case/2298/43814/kli-ka-kaces-65416?q=choice%20of%20rules>

CIADI, Muhammet Çap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistán, Caso No. ARB/12/6, Orden Procesal No. 3., p. 4, para. 13, retirado de <https://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4350.pdf>

CIARB, Guideline on Third-Party Funding, 2025, p. 26-32, retirado de <https://www.ciarb.org/media/y1kbwzbv/guideline-on-third-party-funding-4.pdf>

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, South American Silver Limited (Bermuda) v. El Estado Plurinacional de Bolivia, Caso No. 2013-15, Orden Procesal No. 10, p. 12, paras. 79-82, retirado de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf>

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, Tennant Energy, LLC v. Canadá, Caso No. 2018-54, 27 de Febrero de 2020, Orden Procesal No. 4, p. 20, retirado de <https://pcacases.com/web/sendAttach/9911>

CRIVELLARO & MELCHIONDA, Disclosure and Conflicts of Interest in Relation to Third-Party Funding, BCDR International Arbitration Review No. 2, 2018, p. 30.2.

GARCÍA, Frank J., *Third-Party Funding as Exploitation of the Investment Treaty System*, Boston College Law Review, Vol. 59., 2018, p. 2919, retirado de <https://bclawreview.bc.edu/articles/422/files/63aab64cd00c5.pdf>

- GODMAN, Camilla, *Third-party funding: How to...understand third-party funding*, The Resolver, Agosto 2022, p. 20, retirado de <https://kluwarbitration.up.elogim.com/document/kli-ka-rlvr-2022-2-009?q=third%20party%20funding%20AND%20access>
- INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, 2024, p. 11, para. (b), retirado de <https://www.ibanet.org/document?id=guidelines-on-conflicts-of-interest-in-international-arbitration-2024>
- KAYALI, Didem, Third-Party Funding in Investment Arbitration: How to Define and Disclose It, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 38, pp. 113-139, 2023, p. 136, retirado de <https://academic.oup.com/icsidreview/article-abstract/38/1/113/6678786?redirectedFrom=fulltext>
- KRÖLL, Stefan et al., Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration, Volume 2, Cambridge University Press, 2023, p. 1207, para. 39.4.4.
- MOTO SALAZAR, Efraín, Elementos de Derecho, Porrúa, 49ª ed, 2006, p. 8.
- NG, Jern-Fei, The Role of the Doctrines of Champerty and Maintenance in Arbitration', en Derek Roebuck (ed), Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation, and Dispute Management, Singapur, Mayo 2010, p. 208-209, retirado de <https://kluwarbitration.up.elogim.com/document/kli-ka-amdm-76-02-005-n?q=champerty>
- RECASENS SICHES, Luis, Introducción al estudio del Derecho, Porrúa, 17ª ed, 2014, p. 179.
- ROBLES FARÍAS, Diego, Derecho contractual internacional, tirant lo blanch, México, 2021, p. 47.
- SHAW, Gary, Third-party funding in investment arbitration: how non-disclosure can cause harm for the sake of profit, Oxford University Press, Arbitration International, 2017, p. 114, para. 2.3.
- TRIBUNAL INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DEL BANCO MUNDIAL, Methanex Corporation v. United States of America, Laudo, Agosto 2005, p. 25, para. 52, retirado de <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>
- VILLAGGI, Florencia et al., Chapter 9: Confidentiality of Arbitration in Argentina, en Fabricio Fortese (ed), Arbitration in Argentina, 2020, p. 189, para. 9.03 [B], retirado de <https://kluwarbitration.up.elogim.com/document/kli-ka-fortese-2020-ch09?q=confidentiality%20of%20arbitration>

Revista

**PERSPECTIVA
JURIDICA** **UP**

FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA